

# Право

## Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

## Редакционный совет

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

## Редакционная коллегия

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

## Главный редактор

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

## Адрес редакции

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

## Адрес издателя и распространителя

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

© НИУ ВШЭ, 2016

## ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

# 2/2016



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

### Российское право: состояние, перспективы, комментарии

#### В.О. Калятин

Проблемы определения сферы общественного достояния в современном информационном обществе ..... 4

#### А.И. Бутовецкий

Проект нового закона о садовыходах: целесообразность принятия и предмет регулирования ..... 15

#### Е.В. Обухова

Ограничительные условия в трудовых договорах ..... 27

#### N.V. Kravchuk

Re-Defining Unaccompanied and Separated Children in Russia ..... 36

#### Р.О. Долотов

Условно-досрочное освобождение от наказания и домашний арест: проблемы взаимозачета ..... 45

#### Е.В. Егорова

О некоторых коллизиях правовой регламентации стадии возбуждения уголовного дела ..... 55

#### И.Ю. Янина

Понятие и признаки неосторожного причинения ..... 65

#### С.А. Чеховская

Современное развитие корпоративного законодательства ..... 74

#### Е.К. Цветкова

Процедуры ослабления нормативных актов в законодательстве Российской Федерации: от Гражданского процессуального кодекса до Кодекса административного судопроизводства ..... 87

### Суд и судебная практика

#### Е.И. Алексеевская

Установление единого уровня правовых гарантий справедливого судебного разбирательства в правовом регулировании судопроизводства — средство действительного обеспечения прав человека ..... 100

#### А.С. Корпен

К вопросу о содержании права на доступ к правосудию ..... 111

#### М. Ондрейчик

Словакия и Венгрия против Совета Европейского союза: борьба вокруг решения о распределении беженцев ..... 122

#### V. Pilyugina, A. Bakhtiozina

Some Peculiarities of Registration of Pharmaceutical Trademarks ..... 135

### Право в современном мире

#### М.В. Мажорина

Трансграничные договорные обязательства: проблема правовой квалификации ..... 143

#### В.С. Беззубцев

Понятие и классификация принудительных мер в области защиты прав человека ..... 160

#### А.С. Касаткина

Международные морские перевозки грузов: актуальные проблемы правового регулирования ..... 171

#### О.В. Луткова

Доктрина добросовестного использования произведений в современном авторском праве США ..... 186

#### О.А. Берзинь, Е.Н. Рябинина

Правовые формы ведения бизнеса российскими предпринимателями в Китае ..... 200

#### М.Р. Глушков

Документирование полицейского расследования в США ..... 212

#### И.И. Нагорная

Моральная упречность и уголовно-правовая вина (на примере доктрины смягчающих обстоятельств в странах Африки) ..... 223

Рецензии ..... 235

# Law

## JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

### Publisher

National Research  
University Higher School  
of Economics

# 2/2016



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)  
T.G. Morschakova (HSE,  
Russian Federation)  
V.D. Perevalov (Ural State Law  
Academy, Russian Federation)  
Yu.A. Tikhomirov (HSE,  
Russian Federation)  
T. Endicott (Oxford University,  
Great Britain)

### Editorial Board

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

### Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya  
(HSE, Russian Federation)

### Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitskiy Per.,  
Moscow 109028, Russia

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

### Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

<b>V.O. Kalyatin</b> Issues in Definition of Public Domain in Modern Information Society.....	4
<b>A.I. Butovetskiy</b> Bill on Gardening: Expediency and Subject of Regulation .....	15
<b>E.V. Obukhova</b> Restrictive Conditions in Employment Agreements .....	27
<b>N.V. Kravchuk</b> Re-Defining Unaccompanied and Separated Children in Russia (in English) .....	36
<b>R.O. Dolotov</b> Parole and House Arrest: Issues of Interchangeability .....	45
<b>E.V. Egorova</b> Collisions of Legal Regulation at the Stage of Initiating Legal Proceedings .....	55
<b>I.Yu. Yanina</b> The Concept and Features of Careless Infliction .....	65
<b>S.A. Chekhovskaya</b> Current Development of Corporate Legislation.....	74
<b>E.K. Tsvetkova</b> Procedures for Challenging Regulations in the Russian Legislation: from Civil Procedural Code to Administrative Procedural Code .....	87

### Court and Judicial Practice

<b>E.I. Alexeevskaya</b> Unification of Fair Trial Guarantees in Proceedings as Reliable Means of Human Rights Protection.....	100
<b>A.S. Korpen</b> Content of the Right to the Access to Justice .....	111
<b>M. Ondreychik</b> Slovakia and Hungary vs. Council of the European Union: Fight for Annulment of Decision Relocating Refugees.....	122
<b>V. Pilyugina, A. Bakhtiozina</b> Some Peculiarities of Registration of Pharmaceutical Trademarks (in English) .....	135

### Law in the Modern World

<b>M.V. Mazhorina</b> Cross-Border Contractual Obligations: Issues in Legal Qualification.....	143
<b>V.S. Bezzubtsev</b> Concept and Classification of Coercive Measures in Context of Human Rights Protection.....	160
<b>A.S. Kasatkina</b> International Shipping of Goods: Issues of Legal Regulation .....	171
<b>O. V. Lutkova</b> The Fair Use Doctrine in the Contemporary US Copyright Law.....	186
<b>O.A. Berzin', E.N. Ryabinina</b> Legal Forms of Running Business by Russian Entrepreneurs in China .....	200
<b>M.R. Glushkov</b> Documenting Police Investigation in the USA.....	212
<b>I.I. Nagornaya</b> Moral Blameworthiness and Criminal Culpability (Case of Extenuating Circumstances Doctrine in African Nations) .....	223
<b>Book Review</b> .....	235

---

# Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

---

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

**The objectives of the journal include:**

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

**The following key issues are addressed:**

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

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

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

# Проблемы определения сферы общественного достояния в современном информационном обществе<sup>1</sup>



**В.О. Калятин**

старший научный сотрудник научно-учебной лаборатории по информационному праву Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», профессор Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ, кандидат юридических наук. Адрес: 101000 Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: kalvit@yandex.ru



## Аннотация

Статья посвящена проблемным вопросам определения сферы режима общественного достояния и факторам, влияющим на возможность его применения. В теории правовой режим общественного достояния оставляет обществу широкий набор возможностей для использования интеллектуальной собственности, однако правовое регулирование и даже само определение этого режима могут существенно различаться в разных странах, что создает правовую неопределенность. Хорошо известный принцип «разделение идеи и ее выражения» (*«idea/expression dichotomy»*), провозглашающий свободу использования идей, может в целом определить сферу общественного достояния, но не в состоянии указать его точные границы. В узком смысле режим общественного достояния является специальным режимом для ситуаций, когда существовавшее исключительное право на работу прекращается в силу истечения срока охраны или по иной причине. В этом случае существует особое регулирование использования соответствующих объектов, а не просто отсутствие регулирования. Особое место занимают специальные режимы, предусмотренные для результатов народного творчества (фольклор) и «традиционных знаний». Фактически эти режимы занимают промежуточное положение между исключительным правом и классическим вариантом общественного достояния. Режим общественного достояния в целом может предоставить обществу возможность контроля использования результатов интеллектуально деятельности и, в то же время, избежать его монополизации. На практике, однако, применение данного режима оказывается ограниченным в силу действия ряда факторов, в частности, в силу ограничения доступа к объекту, наличия охраняемых элементов внутри объекта, существования особых технических условий его использования, территориального ограничения действия права и т.д. Для того, чтобы обеспечить эффективное использование всего общечеловеческого наследия, данные факторы должны найти отражение в международных соглашениях. К сожалению, на данный момент международное правовое регулирование в этой сфере крайне ограничено и недостаточно, а национальное законодательство (включая, российское) также не доставляет необходимой правовой поддержки. В результате сегодня общество не имеет реального доступа к достижениям творческой деятельности своих членов.



## Ключевые слова

интеллектуальная собственность, авторское право, патентное право, общественное достояние, срок охраны, фольклор, «традиционные знания», доступ к произведениям, территория действия, международное регулирование.

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

Библиографическое описание: Калятин В.О. Проблемы определения сферы общественного достояния в современном информационном обществе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 4–14.

JEL: K 19; УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.4.14

В предыдущей статье<sup>2</sup> были рассмотрены общие функции, которые может выполнять режим общественного достояния в современном обществе. Однако реальные возможности этого режима зависят от того, как определить его пределы и какие ограничения в его применении возможны.

В широком смысле в сферу общественного достояния включаются все результаты интеллектуальной деятельности, в отношении которых не действуют исключительные права, какова бы причина этого ни была: неохраноспособность объекта, специальный закон или истечение срока действия исключительного права. Примером такого подхода может быть следующее высказывание: «Институт авторского права делает необходимым получение разрешения до начала использования, режим общественного достояния позволяет использовать без необходимости получать разрешение. Очевидно, это включает работы, которые, по любой причине, не могут рассматриваться как охраняемые авторским правом»<sup>3</sup>. Подобный подход популярен и в «ближнем зарубежье», так, его поддерживает С. Лосев<sup>4</sup>, А. Амангельды<sup>5</sup> и др.

На международном уровне этот подход выражен, например, в Рекомендациях ЮНЕСКО о развитии и использовании многоязычия и всеобщем доступе к киберпространству (2003), которые определяют общественное достояние как доступную для общественности информацию, «использование которой не нарушает ни прав, установленных законом, ни обязательств сохранения конфиденциальности. Таким образом, это определение охватывает, с одной стороны, все произведения или объекты смежных прав, которые каждый может использовать без получения разрешения, например, когда на основании национального или международного права не обеспечивается охрана или когда истекает срок действия охраны. С другой стороны, оно включает данные, являющиеся общественным достоянием, и официальную информацию, произведенную и добровольно предоставленную правительствами или международными организациями».

К сфере общественного достояния при указанном широком подходе могут быть отнесены следующие объекты:

- не соответствующие установленным критериям охраноспособности. Например, в области авторского права это будут произведения, не обладающие достаточной оригинальностью, при создании которых автором не проявлена требуемая степень творческой самостоятельности; технические решения, не отвечающие требованиям новизны, изобретательского уровня, промышленной применимости (для изобретений) и т.д. При этом важно помнить, что критерии охраноспособности, применяемые к одним и тем же объектам, в разных странах различаются; так, например, в Российской Федерации

<sup>2</sup> См.: Калятин В.О. Функции режима общественного достояния в современном информационном обществе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 4–16.

<sup>3</sup> Deazley R. Rethinking Copyright History, Theory, Language. Northampton, 2006. P. 107.

<sup>4</sup> Лосев С.С. Научно-практический комментарий к Закону Республики Беларусь «О патентах на изобретения, полезные модели и промышленные образцы». Минск, 2014. С. 159.

<sup>5</sup> Амангельды А.А. Законодательство Республики Казахстан об интеллектуальной собственности. Постатейный научно-практический комментарий. Т. 1. Алматы, 2015. С. 94.

произведение должно быть выражено в объективной форме, в то время как в США необходимо наличие фиксации произведения, соответственно, публично произнесенное, но не зафиксированное произведение будет находиться в общественном достоянии в США, но охраняться в России;

- прямо исключенные из сферы охраны (например, официальные документы государственных органов и органов местного самоуправления муниципальных образований, произведения народного творчества (фольклор), сообщения о событиях и фактах, имеющие исключительно информационный характер и т.д.);
- не охраняемые на территории соответствующей страны в силу применения принципа территориальной охраны;
- срок действия исключительных прав в отношении которых истек. Международные соглашения предусматривают минимальный срок охраны авторских прав: так, Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений и Соглашение ТРИПС предусматривают минимальный срок действия авторского права, равный жизни автора и 50 годам после его смерти. На практике сроки охраны различаются в разных странах, тем более, что наряду с общим сроком законодательство может предусматривать и специальные варианты расчета сроков (например, в отношении лиц, участвовавших в войне). Кроме того, ст. 7 Бернской конвенции, провозглашая, что срок определяется законом страны, в которой истребуется охрана, в то же время уточняет: «Однако если законодательством этой страны не предусмотрено иное, этот срок не может превышать срок, установленный в стране происхождения произведения». Таким образом, создается возможность для перехода произведения в общественное достояние даже ранее сроков, предусмотренных в данной стране.

Еще более широкий подход предлагает П. Самуэльсон: она разделяет «ядро» общественного достояния (неохраняемые объекты) и «смежные территории», куда попадают ограничения исключительных прав, открытое программное обеспечение и т.д.<sup>6</sup> Таким образом, в этом случае критерием выделения сферы общественного достояния является не отсутствие исключительного права, а возможность свободного использования объекта.

Ряд зарубежных исследователей при изучении проблематики общественного достояния также рассматривают в рамках этого режима отдельные элементы создаваемых результатов интеллектуальной деятельности, а не только сами объекты. Профессор Дьюкского университета Д. Ланге отмечает, что «...судебная практика показывает удивительное единство в используемых подходах и концепциях. Суды чистосердечно признают, что идеи, новые или старые, раз выявленные, должны быть «свободны как воздух» для любого использования. Они признают также, что широкая аккумуляция человеческого опыта, характер человека и его мир во всех возможных фазах и отношении каждого к другим лицам и к другим вещам не только в целом, но и в частности не являются и не могут становиться «собственностью» кого-либо независимо от того, как они выражены. Эти объекты являются всеобщим наследием, общественным достоянием, из которого все могут свободно питаться и которые можно использовать как им может показаться наиболее приемлемым»<sup>7</sup>. К таким «неприватизируемым» объектам автор относит ситуации, концепции, темы, сюжеты, факты, характеры и т.д.

В основе указанного подхода лежит популярная доктрина разделения идеи и формы («*idea/expression dichotomy*»). В наиболее широком виде она сформулирована судьей

<sup>6</sup> Samuelson P. Digital Information, Digital Networks and the Public Domain // Law and Contemporary Problems. 2003. Vol. 66. P. 148.

<sup>7</sup> Lange D. Recognizing the Public Domain // Law and Contemporary Problems. 1981. Vol. 44. No. 4. P. 151.

Уолтоном: «Лицу никоим образом не запрещено говорить именно то, что он хочет или публиковать именно, что он хочет, в случае, если он не может публиковать именно те слова, которые кто-то уже использовал, что являются сутью авторского права. Свобода слова нарушается, если кто-то не может сказать, что является истиной»<sup>8</sup>.

На уровне международных соглашений данный принцип нашел выражение в статье 9 (2) Соглашения ТРИПС и ст. 2 Конвенции ВОИС по авторскому праву, которая закрепляет, что «авторско-правовая охрана распространяется на форму выражения, а не на идеи, процессы, методы функционирования или математические концепции как таковые». Данный подход реализован в большинстве законов об авторском праве стран мира — или напрямую<sup>9</sup>, или косвенным образом, например, путем перечисления объектов, не являющихся объектами авторского права, или путем закрепления общего принципа, что авторское право охраняет только форму произведения.

Исторически данный широкий подход является первым, так как он основан на противопоставлении ограниченной области охраняемых результатов интеллектуальной деятельности неограниченному множеству всех остальных объектов, но он сохраняет значение и сегодня — как обозначение области, в которой возможно свободное использование результатов интеллектуальной деятельности.

В узком смысле режим общественного достояния включает только объекты, в отношении которых исключительное право действовало, но прекратилось. Узкое понимание данного режима заложено в российском законодательстве, и его выделение в таком варианте обусловлено тем, что в данном случае речь идет не о простом отсутствии прав на объект, но об особом правовом режиме, определяющем условия использования объекта при отсутствии исключительного права на него.

Прекращение исключительного права не приводит к ситуации правового вакуума, но лишь заменяет один правовой режим другим. Иначе говоря, в этом случае требуется не сокращение сферы интеллектуальной собственности, а лишь введение особого режима, отвечающего потребностям общества для конкретных случаев. Такой подход позволяет, с одной стороны, обеспечить возможность контроля общества за использованием произведения (например, в части корректного указания имени автора, исключения случаев использования, наносящих вред чести и достоинству автора и т.д.), а с другой — предупредить монополизацию контроля соответствующих объектов.

Примыкают к сфере общественного достояния специальные режимы, предусмотренные для результатов народного творчества (фольклор)<sup>10</sup>, а также в ряде стран «традиционных знаний» (широкая категория, которая, в зависимости от страны, может включать обычаи, методы разрешения споров, способы управления и т.д.). Фактически в этом случае налицо особая модель общественного достояния, в которой круг лиц, имеющих право пользоваться объектом, является ограниченным. Она может быть поставлена в промежутке между исключительным правом и классическим вариантом общественного достояния. Причем, что важно заметить, она применима не только к

<sup>8</sup> Associated Newspapers v. News Group Newspapers, [1986] RPC 515.

<sup>9</sup> В качестве примера приведем ст. 102 (b) Закона об авторском праве США (1976): «Ни в каком случае охрана оригинального произведения деятельности автора не распространяется на любые идеи, процедуры, процессы, системы, методы операций, концепции, принципы или открытия, независимо от формы, в которой они описаны, объяснены, проиллюстрированы или воплощены в такой работе».

<sup>10</sup> Colin C. Registers, Databases and Orphan Works, in Copyright and Cultural Heritage. Preservation and Access to Works in a Digital World. Cheltenham, 2010; Indigenous Intellectual Property Rights. Legal Obstacles and Innovative Solutions / ed. by M. Riley. Walnut Creek, 2004, etc.



объектам авторского права, но и к техническим и биологическим объектам, средствам индивидуализации и т.д.

Слабая изученность данной проблематики, многообразие объектов, к которым могут применяться подобные режимы (с необходимостью учета специфики их существования и использования) затрудняет как использование этих режимов в широком масштабе, так и выработку международных механизмов, применимых во многих странах. Очевидно, что это тема требует отдельного изучения и обсуждения на международном уровне, однако именно подобные механизмы могут послужить основой для выработки новых путей в регулировании интеллектуальной собственности в дальнейшем в целом и за пределами фольклора.

Сказанное выше касается использования результатов интеллектуальной деятельности. Однако важно понимать, что не всякое действие с объектом будет являться его использованием в значении, употребляемом в законодательстве об интеллектуальной собственности. Использование в сфере интеллектуальной собственности предполагают активные действия с объектом, связанные (прямо или косвенно) с предоставлением соответствующего объекта обществу (за некоторыми исключениями). По этой причине действия, непосредственно направленные на потребление объекта (чтение книги, просмотр фильма и т.д.), традиционно не входят в сферу контроля правообладателя.

Так, чтение книги, просмотр фильма, употребление кондитерского изделия, рецепт которого запатентован, не рассматривается правом интеллектуальной собственности как «использование» объекта, хотя в бытовом понимании здесь и наличествует использование. Как подчеркивалось в литературе: «Авторское право никогда не было задумано как средство регулирования *доступа* к произведениям или их *использованию*»<sup>11</sup>. То же можно сказать и о *потреблении* соответствующих объектов.

Подобные действия будут являться свободными и в то же время находиться за рамками режима общественного достояния.

Однако в этом есть опасность. Существует определенная тенденция по обоснованию контроля доступа к объекту, опирающемуся на договор или специальные технические средства. Профессор Намюрского университета С. Дюсолье отмечает: «Авторское право, по причине загрязняющего внедрения программного обеспечения в свои ряды, постепенно распространяется на простое использование произведения, вначале через специальные правила в отношении программного обеспечения и баз данных, и, в конечном итоге, в отношении любого типа произведения путем защиты технических параметров, препятствующих использованию произведений и контролирующих само использование. Содержание произведения, в случае программного обеспечения, даже не является доступным для интеллектуального ознакомления»<sup>12</sup>.

Таким образом, налицо расширение понятия использования результата интеллектуальной деятельности и, в результате, распространение явочным путем контроля правообладателя за разрешенными законом действиями пользователя на ранее свободные области. В этом отношении понимание общественного достояния (прежде всего в широком смысле) должно быть скорректировано с точки зрения учета действий, формально не являющихся «использованием».

Описанная схема общественного достояния очерчивает общие границы этого режима, но фактически сфера его применения на практике оказывается гораздо более ограниченной за счет ряда факторов.

---

<sup>11</sup> Дюсолье С. Обзорное исследование по авторскому праву и смежным правам и общественному достоянию. ВОИС // [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/ru/cdip\\_7/cdip\\_7\\_inf\\_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/ru/cdip_7/cdip_7_inf_2.pdf) (дата обращения: 18.04. 2016)

<sup>12</sup> См.: Там же.



Первым из них следует назвать фактическое ограничение доступа к объекту. Переход объекта в общественное достояние сам по себе не означает, что он становится доступным для общества. Лицо может использовать объект, но у него нет права требовать его предоставления, даже если такие действия легко осуществимы и не повлекут для третьего лица каких-либо расходов (например, если речь идет о копировании электронного файла).

Проблема, соответственно, будет заключаться в том, что режим общественного достояния окажется декларативным, если в действительности доступ к этим объектам не будет предоставлен обществу. Как отмечает Генеральный директор ЮНЕСКО в 1999–2009 гг. К. Мацура, такие ограничения возникают, например, когда информация и данные приватизируются или коммерциализируются путем «переупаковки»<sup>13</sup>. Ситуация может дополнительно осложняться тем, что для большинства аудитории соответствующий объект будет доступен только в рамках единственного источника — например, популярной базы данных.

В связи с этим в целях обеспечения свободы движения информации и свободного взаимодействия членов общества существование в рамках права интеллектуальной собственности режима общественного достояния должно дополняться принятием мер, обеспечивающих фактическую возможность использования объекта — уже за пределами гражданского права.

И здесь само авторское право порождает значительную опасность: как отмечает профессор Г. Пессах, авторское право создает стимулы для приватизации сетевых институтов, обеспечивающих сохранение культурного и исторического наследия (то, что он назвал «институтами памяти»)<sup>14</sup>. Это уже означает, что наследие человечества (по крайней мере, в массовом восприятии) будет в действительности представлено как отражение интересов лиц, контролирующих «институты памяти». Решению или, по крайней мере, минимизации этой опасности может способствовать, по мнению профессора Пессаха, усиление роли публично ориентированных и индивидуальных «институтов памяти», так же как их институциональное многообразие<sup>15</sup>. Только когда будут существовать общедоступные информационные ресурсы, сохраняющие ценные для общества объекты, может полноценно функционировать и механизм общественного достояния.

Вторым фактором, ограничивающим применение режима общественного достояния, является возможность сохранения в отношении определенной части объекта исключительных прав.

В частности, такая ситуация возникает в связи с разделением прав на относящиеся к форме и к содержанию соответствующего результата интеллектуальной деятельности. Так, например, произведение может перейти в общественное достояние, но если документ содержит конфиденциальную информацию, то его использование будет ограничено и т.д.

Другой вариант — внесение изменений в объект. На основе произведения, перешедшего в общественное достояние, может быть создано новое, которое, в определенных случаях, в восприятии общества может заменить оригинальное произведение. Такая ситуация возможна, например, при реставрации или реконструкции объекта: при зна-

<sup>13</sup> *Matsuura K.* UNESCO's Approach to Open-Access and Public-Domain Information / Open Access and the Public Domain in Digital Data and Information for Science. Washington, 2004. P. 20.

<sup>14</sup> *Pessach G.* Networked Memory Institutions: Social Remembering, Privatization and its Discontents // *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*. 2008. No.26. P. 71.

<sup>15</sup> *Pessach G.* Op. cit. P. 128.

чительном изменении произведения можно говорить уже о возникновении нового объекта, поглощающего предыдущий.

Даже если оставить в стороне вопрос допустимости столь серьезного изменения, то в любом случае сохраняется вопрос прав лица, осуществлявшего указанные реставрационные или реконструкционные работы, на полученное произведение. Причем это может относиться не только к произведениям живописи, скульптуры и им подобным, где визуально зрителю доступен только обновленный объект, но и к музыкальным и даже литературным произведениям, где возможно восстановление определенной редакции<sup>16</sup>. Только при чисто механических работах не возникает вопроса о правах реставратора на готовый объект<sup>17</sup>. Это означает, что произведение, ранее находившееся в общественном достоянии, может неожиданно опять стать объектом действующего права. В связи с этим заслуживает внимания вопрос законодательного определения режима реставрированных и реконструированных объектов, в частности, может представлять интерес существующее в Германии ограничение 25 годами срока действия исключительного права редактора работы, ранее находившейся в общественном достоянии.

Третьим фактором, оказывающим влияние на возможность использования объекта, находящегося в общественном достоянии, являются технические условия его эксплуатации. Так, изменение форматов и технологий фиксации произведения делает со временем невозможным использование старых фиксаций произведения. Необходимость получения согласия правообладателя на изменение формата и т.п. характеристик (при том, что поиск правообладателя может быть затруднен) способна привести к прекращению использования произведения.

В особенности этот вопрос актуален для библиотек и архивов, ведь глобальные изменения технических условий использования произведений влекут для таких лиц чрезвычайно большие расходы, связанные с необходимостью получения согласия всех правообладателей на сохранение объектов в новых форматах или использование их на новом типе оборудования и т.д. Ограничения, установленные правообладателем, могут касаться не только количества копий, но и формата записи, операционной системы и т.п. В результате даже приобретение компьютеров с новой операционной системой может привести к тому, что фонды библиотеки или архива не смогут использоваться на них без дополнительных разрешений со стороны правообладателей. Очевидно, что в таких случаях режим общественного достояния должен быть дополнен соответствующими изъятиями из действия исключительного права.

Интересно заметить, что такая возможность разрешена Директивой ЕС № 2001/29, которая признает право государств предусматривать исключения или ограничения из права на воспроизведение в отношении действий публично доступных библиотек, образовательных учреждений, музеев и архивов, если такие действия совершаются не для получения прямой или непрямой экономической или коммерческой выгоды<sup>18</sup>.

Еще одно важное ограничение общего характера, относящееся к режиму общественного достояния, вытекает из такой существенной характеристики исключительного права, как территориальная ограниченность его действия. Согласно ст. 5(2) Бернской

---

<sup>16</sup> *Rahmatian A. Copyright Protection for the Restoration, Reconstruction and Digitization of Public Domain Works / Copyright and Cultural Heritage. Preservation and Access to Works in a Digital World. Cheltenham, 2010. Part III. P. 51,63.*

<sup>17</sup> *Ibid. P. 71.*

<sup>18</sup> Ст. 5 (2) (с) Директивы ЕС № 2001/29/ЕС от 22 мая 2001 г. о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе.

конвенции объем охраны, равно как и средства защиты, предоставляемые автору для охраны его прав, регулируются исключительно законодательством страны, в которой истребуется охрана.

Следовательно, рассмотрение объема исключительного права всегда осуществляется применительно к определенной стране, так как в каждой стране правообладатель будет иметь свой объем прав. Но, исходя из указанного принципа, закрепленного в Бернской конвенции, то же самое относится и к определению пределов и возможностей свободного использования произведения: произведение, находящееся в одной стране в сфере общественного достояния, может охраняться в другой стране, а в тех странах, где оно относится к общественному достоянию, применяемый режим может различаться.

Таким образом, режим общественного достояния подвержен влиянию целого ряда факторов, требующих учета при развитии правового регулирования в этой сфере, причем решение возникающих проблем желательно закрепить в международных документах — на приобретение использованием произведений глобального характера надо отвечать формированием глобальных гарантий доступности информации обществу.

Однако на данный момент на международном уровне регулирование общественного достояния практически отсутствует. Это обусловлено основной целью международных соглашений в сфере интеллектуальной собственности — охраной интеллектуальных прав (прежде всего, исключительного права), вопросы же общественного достояния остаются на усмотрении национального законодательства (с учетом закрепления в конвенциях ряда единых ограничений исключительного права).

Но в настоящее время формирование единых подходов разных стран к регулированию в сфере общественного достояния приобретает все большую важность, поскольку задача обеспечения доступа общества к результатам творческого труда своих членов уже становится не внутренним вопросом государства, а условием всеобщего прогресса. В своих документах Всемирная организация интеллектуальной собственности регулярно обращается к теме общественного достояния. Можно вспомнить, например, рекомендацию ВОИС № 16 (*«рассмотреть вопросы сохранения общественного достояния в контексте нормотворческого процесса ВОИС и углубить анализ последствий и преимуществ богатейшей области общественного достояния»*) и рекомендацию № 20 (*«содействовать нормотворческой деятельности в связи с ИС, которая поддерживает устойчивое общественное достояние в государствах-членах ВОИС, включая возможность подготовки руководства, которое могло бы помочь заинтересованным государствам-членам в идентификации объектов, которые перешли в область общественного достояния в их соответствующих юрисдикциях»*)<sup>19</sup>. Однако до выработки на международном уровне единых подходов в этой области пока далеко.

Одной из причин такого положения является стремление многих стран дать своим правообладателям большую защищенность. При этом следует отметить любопытное явление: на национальном уровне важность защиты общественных интересов вполне может сознаваться, но при переходе на международный уровень вектор интересов государства меняется. В этом отношении показательно высказывание американского юриста Д. Харриса: «В национальном праве интеллектуальной собственности можно заметить очевидный перекоп в сторону публичных интересов... В то же время при переходе к международно-правовому регулированию акценты меняются. Так, с помощью Соглашения ТРИПС США стремятся сформировать режим интеллектуальной соб-

<sup>19</sup> <http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/ru/agenda/recommendations.pdf> (дата обращения: 18.04. 2016)

ственности, который являлся бы наиболее благоприятным для осуществления частных интересов, прежде всего, американских фармацевтических компаний»<sup>20</sup>.

До недавнего времени механизму общественного достояния почти не уделялось внимания и на национальном уровне. Как пишет профессор Дюсолье, «если авторское право регулируется и поощряется, то на сами элементы общественного достояния, как правило, не распространяются какие-либо правила или охрана: термин «общественное достояние» редко появляется в положениях закона. Еще более редкими являются случаи, когда конкретные правила распространяются на общественное достояние или на его элементы»<sup>21</sup>.

К сожалению, не является исключением и законодательство Российской Федерации.

Общественное достояние упоминается в действующем Гражданском кодексе РФ (ст. 1282, 1318, 1327, 1331, 1364) в связи с определением срока действия исключительного права. Это указывает на наличие особого порядка охраны объекта, в отношении которого исключительное право истекло, но дальнейшее развитие этого режима в законе отсутствует. В результате возникает не только множество «серых зон» (например, в части режима элементов создаваемых результатов интеллектуальной деятельности), но и общественное достояние приобретает черты декларативного режима, не обеспечивающего обществу реального доступа к достижениям творческой деятельности своих членов.

Режим общественного достояния может стать важным инструментом в формировании современного информационного общества. Однако обеспечить эффективное использование результатов интеллектуальной деятельности в таком обществе можно только при комплексном подходе к данной проблематике, включающем развитие правового регулирования, относящегося к разным отраслям права. И в этом отношении мы находимся только в самом начале пути.



## Библиография

Амангельды А.А. Законодательство Республики Казахстан об интеллектуальной собственности. Постатейный научно-практический комментарий. Алматы: Правовая реформа в Казахстане, 2015. 867 с.

Дюсолье С. Обзорное исследование по авторскому праву и смежным правам и общественному достоянию. ВОИС, Комитет по развитию и интеллектуальной собственности, 2011. Available at: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/ru/cdip\\_7/cdip\\_7\\_inf\\_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/ru/cdip_7/cdip_7_inf_2.pdf) (дата обращения: 18.04. 2016)

Калятин В.О. Функции режима общественного достояния в современном информационном обществе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 4–16.

Лосев С.С. Научно-практический комментарий к Закону Республики Беларусь «О патентах на изобретения, полезные модели и промышленные образцы». Минск: Институт Радиологии, 2014. 458 с.

Boyle J. The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind. New Haven: Yale University Press, 2010. 336 p.

Colin C. Registers, Databases and Orphan Works / Copyright and Cultural Heritage: Preservation and Access to Works in a Digital World. Cheltenham: Edward Elgar, 2010, pp. 28–50.

Copyright and the Value of the Public Domain: an Empirical Assessment, Newport: Intellectual Property Office, 2015. Available at: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/415014/Copyright\\_and\\_the\\_value\\_of\\_the\\_public\\_domain.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/415014/Copyright_and_the_value_of_the_public_domain.pdf) (дата обращения: 18.04. 2016)

<sup>20</sup> Harris J. Property and Justice. Oxford, 1996. P. 101.

<sup>21</sup> Дюсолье С. Указ. соч. С. 6.

Deazley R. *Rethinking Copyright History, Theory, Language*. Northampton: Edward Elgar, 2006. 201 p.

Harris J. *Property and Justice*. Oxford: Hart, 1996. 416 p.

*Indigenous Intellectual Property Rights: Legal Obstacles and Innovative Solutions*. M. Riley (ed.). Walnut Creek: Altamira Press, 2004. 393 p.

Lange D. *Recognizing Public Domain // Law and Contemporary Problems*. 1981, vol. 44, no 4, pp. 147–181.

Matsuura K. *UNESCO's Approach to Open-Access and Public-Domain Information / Open Access and the Public Domain in Digital Data and Information for Science*. *Proceedings of International Symposium*. Washington: National Academies Press, 2004, pp. 7–9.

Pessach G. *Networked Memory Institutions: Social Remembering, Privatization and its Discontents // Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*. 2008, no 26, pp. 71–149.

Rahmatian A. *Copyright Protection for the Restoration, Reconstruction and Digitization of Public Domain Works / Copyright and Cultural Heritage: Preservation and Access to Works in a Digital World*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010, pp. 51–76.

Samuelson P. *Digital Information, Digital Networks, and the Public Domain // Law and Contemporary Problems*. 2003, vol. 66, pp. 80–107.

---

## Issues in Definition of Public Domain in Modern Information Society



**Vitaly O. Kalyatin**

Senior Fellow, Information Law Laboratory, National Research University Higher School of Economics, Professor, S.S. Alexeev Research Centre of Private Law under President of Russia, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnikaya Str., Moscow, 101000, Russia. E-mail: kalvit@yandex.ru



### Abstract

The article is devoted to determining the area of public domain and problematic issues of its application. In theory, legal regime of public domain provides modern society with a wide range of opportunities of intellectual property use, however, regulation of this regime and even its definition may differ from country to country, which creates legal uncertainty. The well-known principle *idea/expression dichotomy* which declares that all ideas should be free to use, may show the sphere of public domain in general, but it does not permit to determine the area of this regime precisely. In the narrow sense, public domain is a specific regime for situations where existing exclusive right to work expired or ceased to exist on any reason. In this case, we have a specific legal regulation rather than absence of legal regulation at all. This may provide a public control for use of intellectual property and, at the same time, avoid monopolization. However, practical application of the public domain regime is limited by a number of factors, in particular, limited access to the object, existence of protecting elements inside the work, specific technical conditions of its use, territorial limitation of exclusive right, etc. In order to provide effective use of the global humankind heritage, these factors should be reflected in legal documents at the international level. Unfortunately, currently there is clear shortage of international regulation of the public domain regime. National legislation (including the Russian one) as a rule does not provide necessary legal support either. As a result, society may not obtain proper access to results of creative activity of its members.



### Keywords

intellectual property, copyright, patent law, public domain, term of protection, folklore, traditional knowledge, access to works, territory of law application, international regulation.

Citation: Kalyatin V.O. (2016) *Issues in Definition of Public Domain in Modern Information Society*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 4–14 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.4.14



## References

- Amangel'dy A.A. (2015) *Zakonodatel'stvo Respubliki Kazakhstan ob intellektual'noy sobstvennosti. Postateynny nauchno-prakticheskiy kommentariy* [Legislation on Intellectual Property in the Republic of Kazakhstan. Commentary]. Almaty: Pravovaya Reforma Press, 867 p.
- Boyle J. (2010) *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. New Haven: Yale University Press, 336 p.
- Colin C. (2010) Registers, Databases and Orphan Works / *Copyright and Cultural Heritage. Preservation and Access to Works in a Digital World*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, pp. 28–50.
- Copyright and the Value of the Public Domain: an Empirical Assessment. Newport: Intellectual Property Office, 2015. Available at: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/415014/Copyright\\_and\\_the\\_value\\_of\\_the\\_public\\_domain.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/415014/Copyright_and_the_value_of_the_public_domain.pdf) (accessed: April 18, 2016)
- Deazley R. (2006) *Rethinking Copyright History, Theory, Language*. Northampton: Edward Elgar, 201 p.
- Dyusol'e S. (2011) *Obzornoe issledovanie po avtorskomu pravu i smezhnym pravam i obshchestvennomu dostoyaniyu*. VOIS, *Komitet po razvitiyu i intellektual'noy sobstvennosti* [Review on Copyright and Public Domain. WIPO, Committee on Developing Intellectual Property], p. 7. Available at: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/ru/cdip\\_7/cdip\\_7\\_inf\\_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/ru/cdip_7/cdip_7_inf_2.pdf) (accessed: April 18, 2016)
- Harris J. (1996) *Property and Justice*. Oxford: Clarendon Press, 416 p.
- Kalyatin V.O. (2015) Funktsii rezhima obshchestvennogo dostoyaniya v sovremennom informatsionnom obshchestve [Instruments of Public Domain in Modern Information Society]. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, p. 4–16.
- Lange D. (1981) Recognizing Public Domain. *Law and Contemporary Problems*, vol. 44, no 4, pp. 147–181.
- Losev S.S. (2014) *Nauchno-prakticheskiy kommentariy k Zakonu Respubliki Belarus' «O patentakh na izobreteniya, poleznye modeli i promyshlennye obraztsy»* [Commentary to the Belarus Law On Invention Patents, Useful Models and Industrial Patterns]. Minsk: Institut Radiologii, 458 p.
- Matsuura K. (2004) UNESCO's Approach to Open-Access and Public-Domain Information. *Open Access and Public Domain in Digital Data and Information for Science. Proceedings of Symposium*. Washington: National Academies Press, pp. 7–9.
- Pessach G. (2008) Networked Memory Institutions: Social Remembering, Privatization and its Discontents. *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, no 26, pp. 71–149.
- Rahmatian A. (2010) Copyright Protection for the Restoration, Reconstruction and Digitization of Public Domain Works. *Copyright and Cultural Heritage. Preservation and Access to Works in a Digital World*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 51–76.
- Riley M. (ed.) (2004) *Indigenous Intellectual Property Rights: Legal Obstacles and Innovative Solutions*. Walnut Creek: Alta Mira Press, 393 p.
- Samuelson P. (2003) Digital Information, Digital Networks, and the Public Domain. *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, pp. 80–107.



# Проект нового закона о садоводах: целесообразность принятия и предмет регулирования<sup>1</sup>

---



**А.И. Бутовецкий**

заместитель руководителя аппарата Комитета Государственной Думы по земельным отношениям и строительству, кандидат юридических наук. Адрес: 103265, Российская Федерация, Москва, Охотный ряд, 1. E-mail: ai.but@mail.ru

---



## Аннотация

Статья посвящена планируемым изменениям в законодательстве Российской Федерации, регулирующем правоотношения в сфере садоводства, огородничества и дачного хозяйства. В статье проанализированы подходы к определению предмета правового регулирования нового проектируемого федерального закона «О садоводстве, огородничестве и дачном хозяйстве», направленного на совершенствование правоотношений в сфере садоводства, огородничества и дачного хозяйства, разработка которого осуществляется Правительством Российской Федерации в соответствии с указанием Президента Российской Федерации от 14 апреля 2014 г. № Пр-840. В ходе сравнительно-правового анализа указанных проектируемых положений федерального законодательства и действующего в настоящее время Федерального закона от 15 апреля 1998 г. № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» автор отмечает, что, несмотря на наименование действующего закона, его нормы не ограничиваются рамками регулирования только правового положения садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан как юридических лиц. Автор отмечает, что этот закон содержит положения, распространяющиеся на всех садоводов, огородников и дачников независимо от того, являются ли они членами некоммерческих товариществ, потребительских кооперативов и некоммерческих партнерств. В связи с этим делаются выводы на тему целесообразности выбора того или иного подхода к предмету регулирования нового федерального закона, а именно дается ответ на вопрос, должен ли новый федеральный закон быть законом о юридических лицах (некоммерческих корпоративных организациях, создаваемых гражданами для садоводства, огородничества и дачного хозяйства) либо законом о садоводстве, огородничестве и дачном хозяйстве как о виде деятельности и отдыха граждан. Автор сделал акцент на необходимости определения понятий «садоводство», «огородничество» и «дачное хозяйство» как базовых для нового федерального закона, сформулировал собственное предложение по их определению, а также обосновал вывод об уникальности садоводства, огородничества и дачного хозяйства как видов землепользования.

---



## Ключевые слова

садоводство, огородничество, дачное хозяйство, некоммерческие организации, земельные участки, проект федерального закона «О садоводстве, огородничестве и дачном хозяйстве».

---

Библиографическое описание: Бутовецкий А.И. Проект нового закона о садоводах: целесообразность принятия и предмет регулирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 15–26.

JEL: K 19; УДК: 349

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.15.26

<sup>1</sup> В наименовании статьи понятие «садоводы» использовано в качестве обобщающего термина, включающего лиц, занимающихся садоводством, огородничеством и дачным хозяйством.



Садоводство, огородничество и дачное хозяйство имеет широкое распространение в нашей стране и длительную историю развития в отечественном законодательстве. Основным нормативным правовым актом, регулирующим деятельность садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан и их членов, является Федеральный закон от 15.04.1998 г. № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» (далее — Закон 66-ФЗ). В Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, подготовленной в соответствии с Указом Президента России от 18.07.2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации», отмечалось, что данный закон отличается низким юридико-техническим уровнем и неэффективен в применении.

В последнее время правовое регулирование ведения гражданами садоводства, огородничества и дачного хозяйства подвергается существенным изменениям. В частности, вступил в силу Федеральный закон от 5.05.2014 г. № 99-ФЗ «О внесении изменений в Главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» (далее — Закон 99-ФЗ), установивший в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее — ГК РФ) новую систему юридических лиц, что коснулось всех без исключения садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан<sup>2</sup>. Федеральным законом от 23.07.2014 г. № 171-ФЗ «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» полностью пересмотрен порядок предоставления земельных участков садоводам, огородникам и дачникам, а также созданным ими организациям<sup>3</sup>.

Однако попытки законодателя существенно улучшить ситуацию, складывающуюся в садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан, на сегодняшний день не привели к ощутимому успеху. Часть особенно значимых для садоводов, огородников и дачников вопросов по-прежнему остается без четких законодательных механизмов регулирования, на что обращается внимание специалистов<sup>4</sup>. Сюда можно отнести не вполне понятные правила приведения уставов садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих товариществ в соответствие с новыми положениями ГК РФ<sup>5</sup>; необходимость совершенствования правового регулирования деятельности органов управления объединений; сложные отношения между объединениями и лицами, ведущими садоводство, огородничество и дачное хозяйство в индивидуальном порядке<sup>6</sup>; не решенный до настоящего времени на законодательном уровне вопрос о регистрации граждан по месту жительства в жилых строениях, расположенных на са-

<sup>2</sup> Подробнее об этом см.: *Бутовецкий А.* Об организационно-правовых формах некоммерческих организаций, создаваемых гражданами для ведения садоводства, огородничества и дачного хозяйства // *Хозяйство и право.* 2016. № 3. С. 93–109.

<sup>3</sup> Подробнее об этом см.: *Бутовецкий А.И.* Предоставление земельных участков для ведения садоводства, огородничества и дачного хозяйства в свете земельной реформы // *Имущественные отношения в Российской Федерации.* 2015. № 10. С. 80–96.

<sup>4</sup> См., напр.: *Липски С.А.* О перспективах законодательства, регулирующего деятельность садоводческих объединений // *Землеустройство, кадастр и мониторинг земель.* 2015. №12. С. 23.

<sup>5</sup> Подробнее об этом см.: *Бутовецкий А.* Об организационно-правовых формах некоммерческих организаций, создаваемых гражданами для ведения садоводства, огородничества и дачного хозяйства // *Хозяйство и право.* 2016. № 3. С. 93–109.

<sup>6</sup> См., напр.: *Шуплецова Ю.И.* Некоторые вопросы разрешения земельных споров с участием садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан // *Законодательство и экономика.* 2015. № 2. С. 53–55.

довых земельных участках<sup>7</sup>; отсутствие прозрачного порядка установления размеров взносов; отношения с органами государственной власти и органами местного самоуправления<sup>8</sup>; постоянно увеличивающаяся налоговая нагрузка в виде роста имущественных налогов садоводов, огородников и дачников<sup>9</sup>.

В такой обстановке далеко не случайно и обращение на данную проблематику внимания Верховного Суда Российской Федерации. В частности, в Обзоре судебной практики по вопросам, возникающим при рассмотрении дел, связанных с садоводческими, огородническими и дачными некоммерческими объединениями за 2010–2013 гг., утвержденном Президиумом Верховного Суда 2 июля 2014 г.<sup>10</sup>, Судом сформулированы правовые позиции по наиболее чувствительным вопросам споров в данной сфере. При этом отметим, что к теме спорных правоотношений в данной сфере даже в советский период бурного развития садоводства высшие судебные инстанции обращались не часто<sup>11</sup>.

В соответствии с указанием Президента России от 14 апреля 2014 г. № Пр-840 Правительству поручено подготовить изменения в законодательстве, на комплексной и системной основе регулирующие все отношения, касающиеся юридических лиц и граждан в области садоводства, огородничества и дачного хозяйства. Безусловно, подход, обозначенный Президентом, исключающий продолжение попыток точечно исправить отдельные недостатки правового регулирования в сфере садоводства, огородничества и дачного хозяйства, нужно признать правильным. Главное в предложенном подходе — это комплексная (системная) основа правового регулирования.

Задача по реформированию законодательства о садоводстве, огородничестве и дачном хозяйстве является очень сложной и требует консолидации усилий исполнительной и законодательной властей, а также самого садоводческого, огороднического и дачного сообщества, поскольку в этой сфере пересекается огромное количество вопросов — от земельных и внутрикорпоративных отношений до электроэнергетики и вывоза бытовых отходов.

Однако очевидно, что результат принятия нового закона не должен выражаться в переносе всех существующих проблем из одного законодательного акта в другой. Первый и самый главный вопрос, который необходимо решить при исполнении вышеприведенного указания Президента, заключается в том, о чем именно должен быть новый закон, не только с точки зрения его наименования, но и с точки зрения предмета правового регулирования.

Следует отметить, что в настоящее время Закон № 66-ФЗ, исходя из его названия, обозначает предмет своего регулирования именно вопросы, связанные с садовод-

---

<sup>7</sup> Подробнее об этом см.: Бутовецкий А.И. «Прописка» для садоводов: пути реализации постановлений Конституционного Суда Российской Федерации // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2015. № 2. С. 77–91.

<sup>8</sup> См., напр.: Молчанов А.В. Могут ли садоводы и дачники участвовать в местном самоуправлении // Жилищное право. 2007. № 5. С. 38–43.

<sup>9</sup> Подробнее об этом см.: Бутовецкий А. Земельный налог для садоводов (о соблюдении принципов налогообложения) // Хозяйство и право. 2016. № 6. С. 38–57.

<sup>10</sup> Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2015. № 1.

<sup>11</sup> См., напр.: Постановление Пленума Верховного Суда РСФСР от 2 августа 1972 г. № 3 «О применении судами РСФСР законодательства при разрешении споров, связанных с деятельностью садоводческих товариществ» (Бюллетень Верховного Суда РСФСР. 1972. № 11), постановление Пленума Верховного Суда СССР от 30 марта 1990 г. № 5 «О применении законодательства при рассмотрении судами споров, связанных с деятельностью садоводческих товариществ» (Бюллетень Верховного Суда СССР. 1990. № 3).

ческими, огородническими и дачными некоммерческими объединениями граждан, то есть это закон о юридических лицах. В то же время в соответствии с п. 1 ст. 2 Закона № 66-ФЗ он использует нормы других отраслей права, комплексно регулирует отношения, возникающие в связи с ведением садоводства, огородничества и дачного хозяйства, и устанавливает правовое положение садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений, в том числе особенности их гражданско-правового положения (п. 4 ст. 49 ГК). Таким образом, нормы данного Закона, определяя предмет его регулирования, указывают, что данный предмет гораздо шире, чем он обозначен в наименовании закона, поскольку, прежде всего, законом урегулированы отношения, возникающие в связи с ведением гражданами садоводства, огородничества и дачного хозяйства и только во вторую очередь — правовое положение объединений садоводов, огородников и дачников как юридических лиц.

Это подтверждается, в частности, и иными нормами Закона. Так, к примеру, понятия садовых, огородных и дачных земельных участков, приведенные в ст. 1 Закона, являются универсальными и применяются независимо от того, расположен ли соответствующий земельный участок в границах садоводческого, огороднического или дачного некоммерческого объединения граждан либо он предоставлен гражданину, не являющемуся членом какого-либо объединения, например, в соответствии со ст. 39<sup>18</sup> Земельного кодекса Российской Федерации (далее — ЗК РФ). В определении от 3 сентября 2014 г. № 44-КГ 14-4<sup>12</sup> Верховный Суд подтвердил, что существующее законодательство не ограничивает возможности предоставления гражданину земельного участка для ведения садоводства индивидуально, и, следовательно, граждане вправе подавать заявления о предоставлении земельного участка для указанных целей в общем порядке, установленном ЗК РФ.

В отдельных нормах Закон № 66-ФЗ упоминает садоводов, огородников и дачников совместно с их некоммерческими объединениями, к примеру, говоря о формах поддержки садоводов, огородников и дачников, а также их объединений в ст. 35 Закона. Некоторые положения рассматриваемого Закона посвящены исключительно садоводам, огородникам и дачникам, не упоминая их членства в некоммерческих товариществах, кооперативах и партнерствах. Так, например, в соответствии со ст. 47 садовод, огородник или дачник может быть лишен прав собственности, пожизненного наследуемого владения, постоянного (бессрочного) пользования, срочного пользования либо аренды земельного участка за умышленные или систематические нарушения, предусмотренные земельным законодательством.

Здесь следует согласиться с А.Ю.Чикильдиной, указывающей, что ответственность садоводов, огородников и дачников имеет юридическую связь с гражданско-правовым режимом садовых, огородных и дачных участков<sup>13</sup>, в связи с чем имеются основания полагать, что такая ответственность у данных лиц возникает независимо от того, являются ли они членами садоводческого, огороднического или дачного некоммерческого объединения граждан, или ведут хозяйство без членства в таких некоммерческих организациях. Данный вывод подтверждается и положениями ч. 3 ст. 8.8 Кодекса России об административных правонарушениях, устанавливающими ответственность за неиспользование земельного участка, предназначенного для дачного строительства, садоводства, огород-

---

<sup>12</sup> Определение Верховного Суда Российской Федерации от 3 сентября 2014 г. № 44-КГ14-4 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>13</sup> Чикильдина А.Ю. Правовые проблемы ответственности за нарушение правового режима дачных, садовых и огородных земельных участков // Правовые вопросы недвижимости. 2010. № 1. С. 11–14.

ничества независимо от членства нарушителя в садоводческих некоммерческих товариществах, потребительских кооперативах или некоммерческих партнерствах.

Являясь по наименованию законом об объединениях садоводов, огородников и дачников, Закон № 66-ФЗ в то же время регулирует вопросы создания и осуществления деятельности и других юридических лиц, не являющихся садоводческими, огородническими и дачными некоммерческими объединениями граждан. В частности, ст. 9 Закона № 66-ФЗ посвящена ассоциациям (союзам) садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений, а ст. 11 данного закона устанавливает правила о фондах взаимного кредитования и фондах проката, создаваемых садоводами, огородниками и дачниками.

Таким образом, Закон № 66-ФЗ несмотря на его название далеко не ограничивается регулированием вопросов, связанных с правовым положением садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан, а затрагивает и те сферы правового регулирования, которые имеют отношение и в целом к ведению гражданами садоводства, огородничества и дачного хозяйства как вида землепользования, хотя трудно сказать, чтобы это было сделано на комплексной и системной основе.

Следует предположить, что наименование Закона № 66-ФЗ скорее всего подчеркивало исторические корни возникновения садоводства, огородничества и дачного хозяйства в советский период, когда такая деятельность носила прежде всего коллективный характер<sup>14</sup>. Не случайно исходя из Указа Президента России от 7 июня 1996 г. № 819 «О государственной поддержке садоводов, огородников и владельцев личных подсобных хозяйств» и постановления Правительства Российской Федерации от 27 июня 1996 г. № 758 «О государственной поддержке садоводов, огородников и владельцев личных подсобных хозяйств» Закон № 66-ФЗ мог бы иметь наименование «О коллективном садоводстве и огородничестве».

Исторические изменения в жизни страны и общества заставляют законодателя по-новому взглянуть на правоотношения с участием садоводов, огородников и дачников. Существующие реалии указывают, что новый закон не должен ограничивать предмет своего регулирования только правовым положением некоммерческих корпоративных организаций, создаваемых гражданами для ведения садоводства, огородничества и дачного хозяйства, но и действительно комплексно регулировать все вопросы, связанные с ведением гражданами садоводства, огородничества и дачного хозяйства, как это в настоящее время только декларируется Законом № 66-ФЗ.

По-видимому, указание Президента России от 14 апреля 2014 г. № Пр-840 Правительству предполагается реализовать в проекте федерального закона «О садоводстве, огородничестве и дачном хозяйстве»<sup>15</sup>, подготовленном Министерством экономического развития, который до настоящего времени в Государственную Думу не внесен. Такое громкое наименование проектируемого закона, на первый взгляд, указывает, что в нем должен быть очерчен новый взгляд государства на такие явления, как садоводство, огородничество и дачное хозяйство, определена их юридическая природа, поскольку это уже не закон о юридических лицах. В противном случае он бы мог «унаследовать» название действующего Закона № 66-ФЗ и с учетом положений ГК РФ называться, к примеру, «О некоммерческих корпоративных организациях, создаваемых гражданами для ведения садоводства, огородничества и дачного хозяйства». Однако это не так.

<sup>14</sup> Подробнее об этом см., напр.: Чикильдина А.Ю. Историко-правовые аспекты становления садоводства, огородничества, дачного строительства в России // Журнал российского права. 2009. № 4. С. 115–122.

<sup>15</sup> СПС Консультант Плюс.

В связи с этим было бы логично именно при разработке нового федерального закона с наименованием «О садоводстве, огородничестве и дачном хозяйстве» дать ответ на вопрос о концептуальном месте таких видов деятельности и отдыха в жизни гражданского общества, о задачах, которые ставит государство перед садоводами, огородниками и дачниками (организация отдыха населения<sup>16</sup>, выращивание сельскохозяйственной продукции для собственных нужд<sup>17</sup>, решение проблемы продовольственной безопасности страны<sup>18</sup>, решение жилищных проблем<sup>19</sup>, совместное управление недвижимостью<sup>20</sup>, либо все перечисленное в совокупности или что-то иное).

При таком многообразии различных взглядов на юридическую природу садоводства, огородничества и дачного хозяйства нельзя обойти вниманием такой важный вопрос, как определение предмета правового регулирования нового закона. Представляется, что избранный Правительством России подход может быть реализован на уровне федерального закона только при закреплении в самом законе понятия (определения) садоводства, огородничества и дачного хозяйства (либо каждого понятия отдельно), поскольку в противном случае возникает сомнение в обоснованности наименования закона и правовая неопределенность в предмете его регулирования. Отметим, что сегодня законодатель, провозглашая Закон № 66-ФЗ законом о юридических лицах, не устраняется от определения садоводческого, огороднического или дачного некоммерческого объединения граждан. Под ним в соответствии со ст. 1 Закона № 66-ФЗ понимается некоммерческая организация, учрежденная гражданами на добровольных началах для

<sup>16</sup> А.А. Байтенова и Н.И. Кресникова указывают, что садоводческие, огороднические и дачные некоммерческие объединения граждан представляют собой добровольные организации граждан для индивидуального (семейного) садоводства, огородничества и отдыха. См.: Байтенова А.А., Кресникова Н.И. Комментарий к Федеральному закону «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» (постатейный). М., 2006 // СПС Консультант Плюс.

<sup>17</sup> А.П. Анисимов, Ю.В. Васильчук, А.Ю. Чикильдина отмечают, что современное значение дачных, садовых и огородных земельных участков как средства обеспечения граждан сельскохозяйственной продукцией со временем трансформируется в подобие дачных участков, предназначенных в первую очередь для цивилизованного отдыха на природе. См.: Постатейный комментарий к Федеральному закону «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» // СПС Консультант Плюс.

<sup>18</sup> См., напр.: Палладина М.И., Воронина Н.П. Садоводческие, огороднические и дачные некоммерческие организации граждан и проблемы определения их правового статуса // Аграрное и земельное право. 2013. № 10 (106). С. 61.

<sup>19</sup> В Заключении Комитета Государственной Думы по жилищной политике и жилищно-коммунальному хозяйству к проекту Федерального закона № 313087-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» указано, что «...безусловно, имеется положительный аспект решения жилищной проблемы за счет садовых домов, однако данное решение имеет отдаленные последствия, поскольку это потребует дорогостоящего социального обеспечения граждан, предусмотренного Конституцией Российской Федерации, именно по месту жительства, в частности, медицинского и социального обеспечения» // www.duma.gov.ru.

<sup>20</sup> В соответствии с п. 1 ст. 123<sup>12</sup> ГК РФ товарищество собственников недвижимости представляет собой добровольное объединение собственников недвижимого имущества (помещений в здании, в том числе в многоквартирном доме, или в нескольких зданиях, жилых домов, дачных домов, садоводческих, огороднических или дачных земельных участков и т.п.), созданное ими для совместного владения, пользования и в установленных законом пределах распоряжения имуществом (вещами), в силу закона находящимся в их общей собственности или в общем пользовании, а также для достижения иных целей, предусмотренных законами. Согласно п. 6 ч. 8 ст. 3 Закона № 99-ФЗ к созданным до дня вступления в силу данного федерального закона садоводческим, огородническим и дачным некоммерческим товариществам применяются нормы о товариществах собственников недвижимости.

содействия ее членам в решении общих социально-хозяйственных задач ведения садоводства, огородничества и дачного хозяйства. В этой части проект федерального закона «О садоводстве, огородничестве и дачном хозяйстве» отличается от Закона № 66-ФЗ в худшую сторону, поскольку понятия садоводства, огородничества и дачного хозяйства не содержит и не раскрывает его, тем самым оставляя самый важный вопрос без ответа, хотя именно данные базовые категории должны являться основополагающими для правового регулирования в этой области.

Отметим, что в ряде других федеральных законов, в том числе определяющих правовое положение различных форм хозяйствования на земле использован подход, при котором базовые понятия закрепляются непосредственно в федеральном законе.

Так, например, в соответствии со ст. 1 Федерального закона от 11.06.2003 г. № 74-ФЗ «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» крестьянское (фермерское) хозяйство представляет собой объединение граждан, связанных родством и (или) свойством, имеющих в общей собственности имущество и совместно осуществляющих производственную и иную хозяйственную деятельность (производство, переработку, хранение, транспортировку и реализацию сельскохозяйственной продукции), основанную на их личном участии. Согласно п. 1 ст. 2 Федерального закона от 7.07.2003 г. № 112-ФЗ «О личном подсобном хозяйстве» личное подсобное хозяйство — форма непредпринимательской деятельности по производству и переработке сельскохозяйственной продукции.

Задача законодателя по формулированию базовых понятий (определений) садоводства, огородничества и дачного хозяйства представляется не такой простой. Специалистами по этому поводу высказываются различные мнения. В частности, Н.Н. Лебедева справедливо обращает внимание не только на смешение понятий «сад» и «огород», а также на общую размытость категориального аппарата в отношении садов, огородов, дач и индивидуального жилищного строительства<sup>21</sup>. К примеру, возможность выращивания садовых (плодовых) деревьев в настоящее время предусматривается правовым режимом не только садовых земельных участков, но и земельных участков, например, предназначенных для жилой застройки<sup>22</sup>. С.А.Липски предлагает вместо понятия «садоводство» для целей правового регулирования деятельности садоводческих некоммерческих объединений граждан использовать термин «садоводчество», поскольку садоводство все чаще признается специалистами отраслью растениеводства<sup>23</sup>. Нельзя забывать, что термин «садовод» в настоящее время рассматривается еще и как профессия<sup>24</sup>.

Под огородом в бытовом языке граждан далеко не всегда понимается правовая категория или юридическое понятие, а обозначается место выращивания овощей и ягод, в том числе рядом с жилыми домами. Понятие «дача» давно и прочно вошло в жизнь

<sup>21</sup> Лебедева Н.Н. Садовые и дачные дома как жилые помещения // Адвокат. 2009. № 1.

<sup>22</sup> См. п. 2.1, 2.1.1. 2.3 Классификатора видов разрешенного использования земельных участков, утв. приказом Министерства экономического развития от 1 сентября 2014 г. № 540.

<sup>23</sup> Липски С.А. Указ. соч. С. 23.

<sup>24</sup> См., напр.: приказы Министерства образования и науки от 20 октября 2015 г. № 1165 «Об утверждении федерального государственного образовательного стандарта высшего образования по направлению подготовки 35.03.05 «Садоводство» (уровень бакалавриата)» и от 23 сентября 2015 г. № 1049 «Об утверждении федерального государственного образовательного стандарта высшего образования по направлению подготовки 35.04.05 «Садоводство» (уровень магистратуры)»; приказы Министерства труда и социальной защиты от 8 сентября 2014 г. № 627н «Об утверждении профессионального стандарта «Специалист в области декоративного садоводства» и от 4 августа 2014 г. № 527н «Об утверждении профессионального стандарта «Садовод».



населения нашей страны<sup>25</sup>, но оно, как и понятие «дачный дом», хотя и используется<sup>26</sup>, но в целом не раскрыто в законодательстве России.

Безусловно, тот факт, что под вошедшими в обиход и давно укоренившимися в сознании граждан понятиями «сад», «огород» и «дача» во многих случаях каждый понимает что-то свое, заметно осложняет задачу законодателя по применению этих терминов именно для целей нового федерального закона. Представляется, что для того, чтобы сформулировать базовое определение садоводства, огородничества и дачного хозяйства требуется, во-первых, принять за основу некоммерческий характер такой деятельности, во-вторых, подчеркнуть особенности правового режима садовых, огородных и дачных земельных участков. В связи с этим напомним, что:

- огородный земельный участок — земельный участок, предоставленный гражданину или приобретенный им для выращивания ягодных, овощных, бахчевых или иных сельскохозяйственных культур и картофеля (с правом или без права возведения некапитального жилого строения и хозяйственных строений и сооружений в зависимости от разрешенного использования земельного участка, определенного при зонировании территории);

- дачный земельный участок — земельный участок, предоставленный гражданину или приобретенный им в целях отдыха (с правом возведения жилого строения без права регистрации проживания в нем или жилого дома с правом регистрации проживания и хозяйственных строений и сооружений, а также с правом выращивания плодовых, ягодных, овощных, бахчевых или иных сельскохозяйственных культур и картофеля);

- садовый земельный участок — земельный участок, предоставленный гражданину или приобретенный им для выращивания плодовых, ягодных, овощных, бахчевых или иных сельскохозяйственных культур и картофеля, а также для отдыха (с правом возведения жилого строения без права регистрации проживания в нем и хозяйственных строений и сооружений)<sup>27</sup>.

Конституционный суд России в определении от 29 мая 2012 г. № 917-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Царевой Любови Михайловны на нарушении ее конституционных прав абзацем вторым статьи 1 Федерального закона «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан»<sup>28</sup> ука-

<sup>25</sup> См., напр.: *Ефимова Е.И.* Виды разрешенного использования земельных участков «для ведения садоводства» и «для дачного строительства» (к истории вопроса) // *Экологическое право.* 2012. № 4. С. 10–13.

<sup>26</sup> См., напр.: ст. 11 Федерального закона от 23.11. 2009 г. № 261-ФЗ «Об энергосбережении и о повышении энергетической эффективности и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»; ст. 9.16 Кодекса РФ об административных правонарушениях; п. 2 ч. 2 ст. 136 Жилищного кодекса РФ.

<sup>27</sup> Постановлениями Конституционного Суда РФ от 14 апреля 2008 г. N 7-П «По делу о проверке конституционности абзаца второго статьи 1 Федерального закона «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» в связи с жалобами ряда граждан» и от 30 июня 2011 г. № 13-П «По делу о проверке конституционности абзаца второго статьи 1 Федерального закона «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» в связи с жалобой гражданина А.В.Воробьева» абз. второй ст. 1 Федерального закона от 15 апреля 1998 г. № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан», содержащий определение садового земельного участка, признан не соответствующим Конституции России в той части, в какой им ограничивается право граждан на регистрацию по месту жительства в пригодном для постоянного проживания жилом строении, расположенном на садовом земельном участке, который относится к землям населенных пунктов или землям сельскохозяйственного назначения.

<sup>28</sup> Определение Конституционного суда РФ от 29 мая 2012 г. № 917-О // СПС КонсультантПлюс.



зал, что нормы, закрепляющие понятия земельных участков посредством определения видов их разрешенного использования обеспечивают реализацию одного из основных принципов земельного законодательства, согласно которому правовой режим земель определяется исходя из их принадлежности к определенной категории и разрешенного использования в соответствии с зонированием территорий и требованиями законодательства (пп. 8 п. 1 ст. 1 ЗК РФ).

Здесь же обратим внимание на постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда от 3 июня 2014 г. № 818/14, в котором указано, что вид разрешенного использования земельного участка представляет собой конкретную деятельность, осуществляемую землепользователем на предоставленном ему земельном участке, основанную на градостроительном зонировании территории<sup>29</sup>.

Таким образом, закрепленные Законом № 66-ФЗ понятия садовых, огородных и дачных земельных участков определяют их правовой режим, тем самым указывая на виды деятельности, которые граждане могут осуществлять на этих земельных участках. Это, в свою очередь, обозначает основные черты садоводства, огородничества и дачного хозяйства как вида землепользования.

При этом, анализируя садоводство и дачное хозяйство именно как виды землепользования, можно сказать, что они являются уникальными правовыми явлениями, поскольку в качестве легитимного использования земельных участков подразумевают не только осуществление какой-либо деятельности (выращивание сельскохозяйственной продукции, возведение объектов недвижимости), но и бездействие (отдых). Конституцией Российской Федерации и Трудовым кодексом закреплено общее право граждан на отдых. При этом понятие «отдых» действующим законодательством не раскрывается. К примеру, под отдыхом может пониматься проведение некоторого времени без обычных занятий, или работы для восстановления сил<sup>30</sup>. В связи с этим вызывает недоумение, что отдых в настоящее время положениями ст. 1 Закона № 66-ФЗ не предусмотрен в качестве составляющего разрешенного использования огородных земельных участков, поскольку совершенно непонятно, каким образом и какими именно правовыми инструментами возможно ограничить граждан в отдыхе на огородном земельном участке.

Основываясь на данных законодательных положениях, можно сделать вывод, что под садоводством, огородничеством или дачным хозяйством можно понимать форму непредпринимательской деятельности граждан по выращиванию для собственных нужд сельскохозяйственной продукции на садовых, огородных или дачных земельных участках, а также форму их отдыха на таких земельных участках, в том числе с использованием размещенных на них объектов недвижимости.

При этом данное определение предлагается воспринимать именно как общее и объединяющее обе цели использования садовых, огородных или дачных земельных участков (отдых, не относящийся к какой-либо форме деятельности, а также выращивание сельскохозяйственной продукции). В свою очередь различие указанных форм деятельности и отдыха должно определяться разрешенным использованием садовых, огородных и дачных участков в зависимости от видов объектов недвижимости, которые допускается возводить на таких земельных участках.

<sup>29</sup> Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 3 июня 2014 г. № 818/14 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>30</sup> Краткий юридический словарь. М., 2005. С. 505.



## Библиография

Анисимов А.П., Васильчук Ю.В., Чикильдина А.Ю. Постатейный комментарий к Федеральному закону «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» // СПС Консультант Плюс.

Байтенова А.А., Кресникова Н.И. Комментарий к Федеральному закону «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» (постатейный) // СПС КонсультантПлюс.

Бутовецкий А.И. Земельный налог для садоводов (о соблюдении принципов налогообложения) // Хозяйство и право. 2016. № 6. С. 38–57.

Бутовецкий А.И. Об организационно-правовых формах некоммерческих организаций, создаваемых гражданами для ведения садоводства, огородничества и дачного хозяйства // Хозяйство и право. 2016. № 3. С. 93–109.

Бутовецкий А.И. Предоставление земельных участков для ведения садоводства, огородничества и дачного хозяйства в свете земельной реформы // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2015. № 10. С. 80–96.

Бутовецкий А.И. «Прописка» для садоводов: пути реализации постановлений Конституционного Суда Российской Федерации // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2015. № 2. С. 77–91.

Ефимова Е.И. Виды разрешенного использования земельных участков «для ведения садоводства» и «для дачного строительства» (к истории вопроса) // Экологическое право. 2012. № 4. С. 10–13.

Краткий юридический словарь / под ред. А. Н. Азрилина. М.: Институт новой экономики, 2005. 1152 с.

Лебедева Н.Н. Садовые и дачные дома как жилые помещения // Адвокат. 2009. № 1 // СПС КонсультантПлюс.

Липски С.А. О перспективах законодательства, регулирующих деятельность садоводческих объединений // Землеустройство, кадастр и мониторинг земель. 2015. № 12 (131). С. 22–27.

Молчанов А.В. Могут ли садоводы и дачники участвовать в местном самоуправлении // Жилищное право. 2007. № 5. С. 38–43.

Палладина М.И. О юридических категориях и терминах в аграрном праве // Государство и право. 2000. № 7. С. 42–48.

Палладина М.И., Воронина Н.П. Садоводческие, огороднические и дачные некоммерческие организации граждан и проблемы определения их правового статуса // Аграрное и земельное право. 2013. № 10 (106). С. 60–77.

Чикильдина А.Ю. Правовые проблемы ответственности за нарушение правового режима дачных, садовых и огородных земельных участков // Правовые вопросы недвижимости. 2010. № 1. С. 11–14.

Чикильдина А.Ю. Историко-правовые аспекты становления садоводства, огородничества, дачного строительства в России // Журнал российского права. 2009. № 4. С. 115–122.

Шуплецова Ю.И. Некоторые вопросы разрешения земельных споров с участием садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан // Законодательство и экономика. 2015. № 2. С. 53–55.

---

## Bill on Gardening: Expediency and Subject of Regulation



### Alexey I. Butovetskiy

Deputy Head, State Duma Committee Administration on Land Relations and Construction, Candidate of Juridical Sciences. Address: 1 Okhotny Ryad, Moscow, 103265, Russian Federation. E-mail: ai.but@mail.ru



## Abstract

The paper features coming alterations in the Russian legislation regulating legal relations in gardening, vegetable gardening and cottage gardening. The paper examines the approaches to determining the subject matter of legal regulation in the bill of the federal law *On Gardening, Vegetable Gardening and Cottage Gardening* aiming to facilitate legal relations in gardening, vegetable gardening and cottage being developed by the Russian Government under the instruction of the President of April 14 2014 N Pr-840. The legal comparison of the provisions of the federal legislation and the applicable Federal Law of April 15 1998 no 66-FZ *On Gardening and Cottage noncommercial Associations of Citizens* shows that despite the title of the applicable law, its norms are not limited to regulating legal status of Gardening and Cottage noncommercial Associations of citizens as legal persons. The author notes that the law contains the provisions relevant to all gardeners and cottage owners irrespective of their membership in noncommercial partnerships, consumer cooperatives and noncommercial partnerships. Due to this, conclusions are made on the rationale of the choice of approaches to the subject matter of regulation as to the new federal law, i.e. whether the law answers the question if the new federal law should be a law on legal persons (noncommercial corporate organizations established by citizens for gardening or cottage farming) or the law on gardening and cottage gardening as a type of activity and leisure for citizens. The author stresses the necessity to define the concepts *gardening*, *vegetable gardening* and *cottage gardening* due to their fundamental nature for the new federal law, presented own approaches to defining them and justified the unique nature of gardening, vegetable gardening and cottage gardening as types of land-use.



## Keywords

gardening, vegetable gardening, cottage gardening, noncommercial associations, land plots, bill of the Federal Law *On Gardening, Vegetable Gardening, and Cottage Gardening*.

Citation: Butovetskiy A.I. (2016) Bill on Gardening: Expediency and Subject of Regulation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 15–26 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.15.26



## References

Anisimov A.P., Vasil'chuk Yu.V., Chikil'dina A.Yu. (2008) *Postateynny kommentariy k Federal'nomu zakonu «O sadovodcheskikh, ogorodnicheskikh i dachnykh nekommercheskikh ob'edineniyakh grazhdan»* [Commentaries to the Federal Law on Gardening and Cottage Noncommercial Associations] Moscow: ROSBUKh Press, 304 p. SPS Consultant Plus.

Azrilian A. N. (ed.) (2005) *Kratkiy yuridicheskiy slovar'* [Concise Legal Dictionary. Moscow: Institut novoy ekonomiki, 1152 p.

Baytenova A.A., Kresnikova N.I. (2006) *Kommentariy k Federal'nomu zakonu «O sadovodcheskikh, ogorodnicheskikh i dachnykh nekommercheskikh ob'edineniyakh grazhdan» (postateynny)* [Commentaries to the Federal Law On Gardening Vegetable Gardening and Cottage noncommercial Associations of Citizens]. Moscow: Yustitsinform, 320 p. SPS Consultant Plus.

Butovetskiy A. (2016) Ob organizatsionno-pravovykh formakh nekommercheskikh organizatsiy, sozdavaemykh grazhdanami dlya vedeniya sadovodstva, ogorodnichestva i dachnogo khozyaystva [On Legal Forms of Noncommercial Organizations Established by Citizens for Gardening, Vegetable Gardening and Cottage Gardening]. *Khozyaystvo i pravo*, no 3, pp. 93–109.

Butovetskiy A.I. (2015) Predostavlenie zemel'nykh uchastkov dlya vedeniya sadovodstva, ogorodnichestva i dachnogo khozyaystva v svete zemel'noy reformy [Allocating Land Plots for Gardening, Vegetable gardening and Cottage Gardening in context of Land Reform]. *Imushchestvennyye otnosheniya v Rossiyskoy Federatsii*, no 10, pp. 80–96.

Butovetskiy A.I. (2015) «Propiska» dlya sadovodov: puti realizatsii postanovleniy Konstitutsionnogo Suda Rossiyskoy Federatsii [Registration for Garden Owners: Implementing Decisions of RF Constitutional Court]. *Imushchestvennyye otnosheniya v Rossiyskoy Federatsii*, no 2, pp. 77–91.

Chikil'dina A.Yu. (2010) Pravovye problemy otvetstvennosti za narushenie pravovogo rezhima dachnykh, sadovykh i ogorodnykh zemel'nykh uchastkov [Legal Regulations of Liability for Violating

Legal Regime of Gardening, Cottage Gardening and Vegetable Gardening Plots]. *Pravovye voprosy nedvizhimosti*, no 1, pp. 11–14.

Chikil'dina A.Yu. (2009) Istoriko-pravovye aspekty stanovleniya sadovodstva, ogorodnichestva, dachnogo stroitel'stva v Rossii [Historical and Legal Aspects of Gardening, Vegetable Gardening and Cottage Building in Russia]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 4, p. 115–122.

Efimova E.I. (2012) Vidy razreshennogo ispol'zovaniya zemel'nykh uchastkov «dlya vedeniya sadovodstva» i «dlya dachnogo stroitel'stva» [Types of Permitted Uses of Land Plots for Gardening and Cottage Building]. *Ekologicheskoe pravo*, no 4, pp. 10–13.

Lebedeva N.N. (2009) Sadovye i dachnye doma kak zhilye pomeshcheniya [Garden and Cottage Gouses as Dwelling]. *Advokat*, no 1 SPS Konsul'tantPlyus.

Lipski S.A. (2015) O perspektivakh zakonodatel'stva, reguliruyushchikh deyatel'nost' sadovodcheskikh ob»edineniy [On Perspectives of the Legislation Regulating Gardening Associations] *Zemleustroystvo, kadastr i monitoring zemel'*, no 12 (131), pp. 22–27.

Molchanov A.V. (2007) Mogut li sadovody i dachniki uchastvovat' v mestnom samoupravlenii [Involvement of Gardeners and Cottage Owners in Local Governance]. *Zhilishchnoe pravo*, no 5, pp. 38–43.

Palladina M.I. (2000) O yuridicheskikh kategoriyakh i terminakh v agrarnom prave [On Legal Categories and terms in Agricultural Law]. *Gosudarstvo i pravo*, no 7, pp. 42–48.

Palladina M.I., Voronina N.P. (2013) Sadovodcheskie, ogorodnicheskie i dachnye nekommercheskie organizatsii grazhdan i problemy opredeleniya ikh pravovogo statusa [Gardening, Vegetable Gardening and Cottage gardening Associations of Citizens and the Issues in Determining their Legal Status]. *Agrarnoe i zemel'noe pravo*, no 10 (106), pp. 60–77.

Shupletsova Yu.I. (2015) Nekotorye voprosy razresheniya zemel'nykh sporov s uchastiem sadovodcheskikh, ogorodnicheskikh i dachnykh nekommercheskikh ob»edineniy grazhdan [Some Issues of Resolving Land Disputes Involving Gardening, Vegetable Gardening and Cottage Gardening Noncommercial Citizen Associations]. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, no 2, pp. 53–55.

# Ограничительные условия в трудовых договорах

---

---

 **Е.В. Обухова**

аспирантка кафедры гражданского и предпринимательского права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул, 20. E-mail: obukhovajane@mail.ru; eobuxova@hse.ru

---

## Аннотация

В ходе трудовой деятельности работник получает доступ к коммерчески ценной информации о работодателе, включая особенности организационной структуры, ведения бизнеса, данные о клиентах и иную. Интерес работодателя в сохранении такой информации очевиден. Прекращение трудовых отношений влечет для работодателя значительные риски: помимо прямых убытков, которые, по оценкам, могут достигать шести годовых зарплат работника, результатом его увольнения может стать утрата хорошей деловой репутации, потеря клиентов (так называемый *goodwill*), конкуренция с бывшим работником, «переманивание» клиентов и других работников. В зарубежных странах права и законные интересы работодателя при расторжении трудового договора защищаются в значительной степени. Минимизация рисков работодателя достигается различными способами, в том числе путем включения в трудовой договор «ограничительных условий» (*restrictive covenants*), запрещающих работнику осуществлять определенную деятельность после расторжения трудового договора. Палитра применяемых за рубежом ограничительных условий обширна: это запреты конкурировать с работодателем, ограничение трудоустройства на определенной территории, запрет «переманивать» клиентов и коллег и иные ограничения. В свою очередь, российское законодательство предлагает сравнительно небольшой набор способов разрешения подобных проблем. В то же время число судебных споров о допустимости «премий за лояльность», «запретов конкуренции» и иных ограничительных условий растет. Целью настоящей статьи является обзорное ознакомление читателя с некоторыми способами решения проблем конкуренции работника и работодателя в отдельных зарубежных странах, критериями, на которые обращает внимание суд при оценке действительности ограничительного условия. Также приводятся подходы к регулированию данной сферы российского законодательства и некоторые тенденции судебной практики.

---

## Ключевые слова

ограничительные условия, трудовой договор, свобода договора, увольнение по инициативе работника, конкуренция, свобода труда.

---

---

Библиографическое описание: Обухова Е.В. Ограничительные условия в трудовых договорах // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 27–35.

JEL: K 31; УДК: 349

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.27.35

## 1. Общие основания ограничения прав работника

Понятие справедливого баланса интересов сторон трудового договора различается в России и зарубежных странах. В силу исторических традиций положение работника как

слабой стороны договора в большей степени защищено и императивно регулируется законодательством. Права работника, в том числе право на использование способностей к труду и свободный выбор места и формы профессиональной и предпринимательской деятельности гарантированы Конституцией Российской Федерации, закреплены в качестве основных принципов в Трудовом кодексе Российской Федерации (далее — ТК РФ) (ст. 2).

В большинстве случаев в зарубежных правовых порядках законодатель (а в отсутствие детального законодательного регулирования — суд) стремится оценивать и учитывать также и интересы работодателя. Даже там, где право на труд (в широком смысле) является непосредственно действующим<sup>1</sup>, допускается его ограничение в интересах работодателя на основании закона<sup>2</sup>.

Представляется, что в ходе поиска справедливого баланса интересов сторон следует учитывать, что риски работодателя могут быть весьма существенными, однако исполнение условий, ограничивающих работника после прекращения трудовых отношений, затрагивает и публичный интерес. Помимо этической неоднозначности ограничения работника в какой-либо деятельности в интересах бывшего работодателя представляется также, что оптимальный уровень конкуренции на рынке труда на стороне спроса (работодателя) возможен, когда участники рынка свободны в своем выборе. Право на труд без каких-либо ограничений на случай прекращения трудовой деятельности увеличивает ценность труда и, как следствие, влечет общее улучшение его условий. В этом смысле свобода выбора работодателя является в определенном смысле экономической гарантией нормального функционирования рынка труда, как со стороны спроса, так и со стороны предложения (работника).

Этическая составляющая и экономические последствия ограничения работника предполагают значительную роль суда в поиске справедливого баланса интересов сторон. За исключением некоторых стран, где ограничительные условия трудовых договоров детально урегулированы законом (Германия), по общему правилу ограничительное условие рассматривается судом индивидуально. Суд устанавливает законность ограничения с учетом как законных предпринимательских интересов работодателя, так и специфики трудовой функции работника. Изучаются обстоятельства дела в целом: предшествующие отношения сторон (основания увольнения), условие оценивается на соответствие различным критериям, в числе которых исключительная экономическая необходимость, правовая допустимость, разумность и некоторые иные.

## **2. Ограничительные условия в зарубежных странах. Действительность ограничительного условия.**

Особенно интересна в связи с изучаемой проблемой зарубежная практика, поскольку концепция ограничительных условий трудовых контрактов существует там значи-

<sup>1</sup> Право на свободу труда в смысле настоящей статьи не является универсальным, но закреплено в отдельных конституциях. Например, ст. 34, 37 Конституции Российской Федерации; ст. 12 Конституции Федеративной Республики Германия // URL: [https://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg\\_01/245122](https://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01/245122) (дата обращения: 12.01.2016)

<sup>2</sup> Так, Конституция Германии закрепляет право граждан свободно избирать профессию, место работы и пр., но вместе с тем законодательство прямо допускает включение ограничительных условий в трудовые договоры. См.: *Eylert M. Non-Competition Clauses in Labor Contracts. XIV Meeting of European Labor Court Judges. September 4, 2006, Paris* // URL: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms\\_159962.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms_159962.pdf) (дата обращения: 01.12.2015)

тельное время и детально разработана в законодательстве и правоприменительной практике. Так, ограничительные условия в трудовых договорах рассматриваются английскими судами приблизительно с середины XIX века<sup>3</sup>.

В большинстве зарубежных стран<sup>4</sup> включение в договор с работником условия о запрете конкуренции с работодателем, запрете «переманивания коллег» и пр. являются, с определенными ограничениями, законным способом регулирования пост-трудовых отношений. Справедливость установленного договором баланса интересов сторон, как уже отмечалось, оценивается судами. В большинстве стран признается право суда признавать условия не подлежащими судебной защите по своему усмотрению с учетом обстоятельств дела. В некоторых штатах США судам прямо предписано уменьшать ограничения для работника до разумного, минимально необходимого для соблюдения интересов работодателя уровня. При оценке действительности и законности ограничительного условия суды в целом руководствуются следующими критериями.

- Охраняемый законный интерес работодателя в сохранении конфиденциальной информации.

Так, например, в штатах Нью-Йорк и Флорида (США) суды учитывают законный интерес работодателя в сохранении конфиденциальной информации. Наличие интереса предполагается в случаях, когда работник имеет доступ к коммерческой тайне, ценной и конфиденциальной профессиональной информации, существенным аспектам взаимоотношений с клиентами; проходил специализированное обучение, а также в случаях, когда работодатель имеет узнаваемое фирменное наименование и пр.<sup>5</sup> При этом суды обязаны рассматривать и оценивать фактический уровень доступа работника к коммерческой информации работодателя.

- Индивидуальность ограничительного условия.

В целом суды негативно относятся к практике включения во все трудовые договоры одинаковых ограничительных условий. Последнее должно формулироваться индивидуально и в любом случае быть сообразно трудовым обязанностям, должности и даже сроку исполнения трудовых обязанностей работником. Так, в деле *Anich Industries, Inc. vs. Raney* (2000) компания подала в суд Флориды на своего бывшего менеджера по продажам, обвинив его в нарушении условия трудового контракта о запрете конкурировать. Однако суд отклонил требование компании, отметив, что срок работы менеджера в компании составил всего 3 месяца<sup>6</sup>. В штате Джорджия условия договоров о запрете конкуренции применимы только когда трудовой функцией работника является продажа товаров/услуг работодателя; притом работник возглавляет отдел либо департамент, имеет в подчинении минимум двух человек, имеет право принимать на должности и увольнять других работников; либо работник является ведущим специалистом<sup>7</sup>. При рассмотрении спора в суде штата Нью-Йорк работодателю придется доказать, что работник выполнял специфическую, исключительную трудовую функцию<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> 43 A.L.R.2d 94.

<sup>4</sup> В настоящей работе анализировалась практика рассмотрения судами ограничительных условий в отдельных штатах США, Великобритании и Сингапуре.

<sup>5</sup> Fla. Stat. 542.335(1)(b).

<sup>6</sup> *Anich Industries, Inc. vs. Raney*, 751 So.2d 767 (Fla. 5th DCA 2000).

<sup>7</sup> Georgia Restrictive Covenants Act. Laws 2009, Act 64, § 3, eff. Nov. 3, 2010; Laws 2011, Act 99, § 4, eff. May 11, 2011.

<sup>8</sup> *Bowie A. II. Restrictive Covenants Under New York Law. New York Business Litigation // New York Law Journal. 2014. P. 269–306.*



- Срок ограничения работника.

По общему правилу, ограничительные условия являются срочными. Так, в Джорджии действует соответствующий закон, который устанавливает *презумпцию действительности* ограничений со сроком до 2 лет. В Германии же ограничительное условие может быть действительным *только* если длительность ограничения *не превышает* 2 лет. В некоторых юрисдикциях срок ограничения права работника на трудоустройство к определенным работодателям продлевается, если такое ограничение является возмездным. В Финляндии допускается заключение соглашения о запрете конкуренции на срок до 6 месяцев. Однако если стороны договорились о выплате определенного возмещения, срок ограничения продлевается до 1 года.

### 3. Некоторые виды ограничительных условий в зарубежной практике

Анализируя законодательство и судебную практику зарубежных стран, можно выделить несколько наиболее часто встречающихся разновидностей ограничительных условий.

- Условия о «запрете конкуренции» (non-competition clauses) содержат запрет трудоустройства к конкурентам работодателя и/или запрет ведения собственной деятельности в сферах, где работник будет конкурировать с работодателем, иными словами, в определенной индустрии<sup>9</sup>. В некоторых странах (Германия) за соблюдение таких условий работодатель обязан выплатить работнику компенсацию<sup>10</sup>.

- Условия о запрете «переманивать» контрагентов либо коллег (non-solicitation clauses). Подобные условия контракта запрещают работнику «переманивать» бывших, настоящих или будущих (в рамках действия трудового договора) клиентов работодателя. Такие условия, как отметил суд американского штата Алабама, должны распространяться только на тех клиентов работодателя, с которыми бывший работник непосредственно контактировал<sup>11</sup>. В отличие от условий, запрещающих конкуренцию с работодателем в целом, условия о запрете «переманивания» контрагентов работодателя (либо его работников) являются более определенными и персонализированными. Территория, на которую распространяется ограничение, а также срок действия ограничения может не быть заранее определенным в договоре (тогда эти параметры определяет суд по собственному усмотрению с учетом места ведения и характера бизнеса клиентов работодателя). Таким образом, по мнению некоторых практикующих юристов, суды рассматривают условия о запрете «переманивать» клиентов работодателя или коллег как более рациональные и в меньшей степени ограничивающие право работника на труд<sup>12</sup>.

- Условия о запрете трудоустройства на определенной территории (например, на определенном расстоянии от центрального офиса работодателя). Допустимые территориальные пределы ограничения будущей деятельности работника исторически изменя-

<sup>9</sup> Stanton A., Kobus J. Non-Compete vs. Non-Solicitation — Every Business Person Should Know the Difference // URL:<http://www.burkelaw.com/News/Non+compete+vs+Non+solicitation+-+Every+Business+Person+Should+Know+the+Difference> (дата обращения: 01.12.2015)

<sup>10</sup> Wacke A. Freedom of Contract and Restraint of Trade Clauses in Roman and Modern Law // Law and History Review. 1993. Vol.11. No.1; Judge Mario Eylert. Op. cit. P. 3.

<sup>11</sup> Digital Corp. v. Deltacom, Inc., 953 F. Supp. 1486 (M.D. Ala. 1996)

<sup>12</sup> Stanton A., Kobus J. Op. cit.

лись. Например, при рассмотрении дела *Lamson Pneumatic Tube Co. v. Phillips*<sup>13</sup> (1904) английский суд пришел к выводу, что ввиду малых темпов роста бизнеса работодателя, запрет работнику трудоустроиваться где-либо в Восточном полушарии в течение 5 лет является незаконным. На сегодняшний день трудно вывести какое-либо общее правило о территориальных ограничениях даже в конкретном штате или стране, поскольку суды определяют территории сообразно виду деятельности работодателя. Соответственно ограничение может охватывать и десятки метров, и несколько миль.

- В Британии с середины XIX века года применяются условия о временном ограничении любой профессиональной деятельности работника (*garden leave*): в течение некоторого периода времени (до 12 месяцев) работник продолжает получать заработную плату в прежнем размере, но лишается доступа к коммерческой информации работодателя. Вместе с тем увольняющийся работник на время такого «отпуска» дает консультации по проектам, которые он непосредственно вел, и становится наставником работника, вступившего в его должность<sup>14</sup>.

### 3.1. Последствия нарушения ограничительных условий работником

Ценность ограничительных условий как метода договорного регулирования заключается, в первую очередь, в возможности применения предусмотренных договором санкций к работнику-нарушителю и взыскания убытков, причиненных его недобросовестным поведением. Так, американской компании *Grey Wireline Services, Inc. (GWSI)*, обслуживающей нефтяные и газовые скважины, удалось взыскать 33,2 млн. дол. США со своих президента и вице-президентов, которые в нарушение ограничительных условий основали собственную конкурирующую компанию<sup>15</sup>.

В некоторых случаях, помимо возмещения убытков (которые не всегда легко доказуемы), законодательство позволяет включить в трудовой контракт оговорку о размере штрафа на случай нарушения ограничительного условия. В Финляндии, например, предельный размер штрафа может составлять до полугодовой зарплаты работника<sup>16</sup>. В случаях, когда обеспечение ограничительного условия санкцией за нарушение прямо невозможно в силу предписания закона (как, например, в России), такое условие, тем не менее, может иметь стимулирующий характер.

Практика выработала приемы, позволяющие снижать вероятность споров о возврате «премий за лояльность». С работником заключается соглашение о премировании на случай соблюдения им запрета конкурировать с работодателем (т.е. работник принимает на себя негативное обязательство) с указанием срока соблюдения ограничения. Период выплаты премии устанавливается несколько больший с тем, чтобы работодатель имел возможность проверить соблюдение работником ограничительного условия<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> *Lamson Pneumatic Tube Co. v. Phillips* (1904, Eng) 91 LT NS 363—CA.

<sup>14</sup> *McGregor A. Garden Leave & Post Termination Restraints. Their Interaction and the Legal Problems Generated* // URL:<http://www.11kbw.com/articles/docs/PostTermsandGardenAMcG.pdf> (дата обращения: 01.12.2015)

<sup>15</sup> *Gray Wireline Service, Inc. v. Cavanna*, 374 S.W.3d 464, Tex.App.-Waco, October 12, 2011 (No. 10-11-00058-CV).

<sup>16</sup> *Киселев А. Наем и увольнение по-фински* // ЭЖ-Юрист. 2013. № 21. С. 15.

<sup>17</sup> *Mano Vikrant Singh vs. Cargill TSF Asia PTE ltd* [2012] SGCA 42, Civil Appeal No 149 of 2011, dated 7.08.2012.

#### 4. Ограничительные условия в трудовых договорах в российском праве. Законодательный подход и судебная практика

Российское законодательство, как упоминалось ранее, прямо запрещает условия, ограничивающие работника в возможности выбора сферы, места и способов профессиональной деятельности после расторжения трудового договора. В силу ст. 9 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), отказ граждан от осуществления принадлежащих им прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом. В то же время ст. 37 и 34 Конституции России гарантируют свободу труда и право каждого свободно распоряжаться своими способностями, работая по трудовому договору либо занимаясь предпринимательской деятельностью. ТК РФ также не содержит положений, допускающих ограничение прав работника после расторжения трудового договора, и прямо предусматривает (ст. 57), что условия трудового договора не должны ухудшать положение работника по сравнению с установленным трудовым законодательством<sup>18</sup>.

Указанные правовые нормы влекут невозможность как запретить работнику трудоустроиться к конкурентам<sup>19</sup>, так и обязать его выплачивать штраф за факт трудоустройства к конкуренту или за «переманивание» коллег. Однако приведенный правовой подход запрещает ограничение только тех прав работника, которые предусмотрены законом и иными актами. Представляется, что отказ работодателя в премиях и иных преференциях за лояльность в определенных случаях не может рассматриваться как ограничение прав. Складывающаяся судебная практика подтверждает такую позицию.

Так, в конце 2014 года Московский городской суд рассмотрел в апелляционной инстанции дело о нарушении работником запрета конкурировать с работодателем<sup>20</sup>. Суд посчитал условия о неразглашении информации и запрете конкуренции способом обеспечения режима конфиденциальной информации. Поскольку работник нарушил условия, устроившись на работу к другому работодателю, суд отклонил требования о выплате работнику оговоренной денежной суммы. Также суд указал, что положения о конфиденциальности и запрете конкуренции не могут принудительно осуществляться, выступая лишь в виде условия выплаты вознаграждения за соблюдение работником условий договора.

Если следовать логике некоторых российских судов<sup>21</sup>, условие, по которому работник отказывается прямо или косвенно конкурировать с работодателем в течение определенного срока, не лишает работника свободного права на труд и выбор места работы или занятие предпринимательской деятельностью.

Тенденции в российской судебной практике свидетельствуют о допустимости использования отдельных конструкций ограничительных условий в трудовых отношениях. Однако следует учитывать, во-первых, отсутствие разъяснений высших судебных

<sup>18</sup> Ст. 3 ТК РФ.

<sup>19</sup> См.: Еришова Е.А. Гудвилл бизнеса. М., 2013. С. 165–168.

<sup>20</sup> Апелляционное определение Московского городского суда от 14 октября 2014 по делу 33-34658 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>21</sup> Также в некоторых решениях суды отмечают, что до отказа в осуществлении права, в котором работник ограничен договором, такое ограничение является «несуществующим». См.: Решение Хамовнического районного суда города Москвы от 15.07.2014 по делу № 2-1587/2014 — М-1111/2014; Апелляционное определение Московского городского суда от 16.01.2015 по делу №33-0626 // ГАС Правосудие.

инстанций и единообразной практики судов по данному вопросу. Во-вторых, вследствие предписания законодательства ограничительное условие является своего рода добровольное решение работника, которое нельзя обеспечить санкцией.

Работник вправе, независимо от каких-либо положений об обратном, расторгнуть трудовой договор по собственной инициативе и не выполнять условия соглашения без возмещения работодателю каких-либо понесенных убытков.



## Библиография

Демидов Н.В. Трудовое право России: системные проблемы истории и современности // Журнал российского права. 2015. № 11. С. 106–113.

Ершова Е.А. Гудвилл бизнеса. М.: Статут, 2013. 223 с.

Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы: Т.1. Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. М.: Статут, 2012. 452 с.

Киселев А. Наем и увольнение по-фински // ЭЖ-Юрист. 2013. № 21. С. 15–16.

Князева Н.В., Мохнатова Е.А.. Интеллектуальный потенциал персонала: отбор, оценка, управление // Аудиторские ведомости. 2011. № 9. С. 41–51.

Назметдинов Р. Правовое регулирование рабочего времени в Соединенных Штатах Америки // Кадровик. 2013. № 5. С. 68–71.

Рогова Ю.В. Договор как средство обеспечения стабильности гражданского оборота. М.: Статут, 2015. 144 с.

Bowie A. The Restrictive Covenants under New York Law // New York Law Journal. 2014. Pp. 269–306.

Stanton A., Kobus J. Non-Compete vs. Non-solicitation — Every Business Person Should Know the Difference // URL:<http://www.burkelaw.com/News/Non+compete+vs+Non+solicitation+-+Every+Business+Person+Should+Know+the+Difference> (дата обращения: 01.12.2015)

Kamerling A. Restrictive Covenants and Common and Competition Law. London Sweet and Maxwell, 2007. 538 p.

McGregor A. Garden Leave & Post Termination Restraints. Their Interaction and Legal Problems Generated // URL: <http://www.11kbw.com/articles/docs/PostTermsandGardenAMcG.pdf> (дата обращения: 01.12.2015)

Sharma G. Garden Leave Clause: Restrictive Covenant in Employment Contracts (with Special Reference to its Applicability in India) // URL:<http://ssrn.com/abstract=2141186;http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2141186> (дата обращения: 01.12.2015)

Judge Mario Eylert. Non-Competition Causes in Labor Contracts // URL: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed\\_dialogue/--dialogue/documents/meetingdocument/wcms\\_159962.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_dialogue/--dialogue/documents/meetingdocument/wcms_159962.pdf) (дата обращения: 01.12.2015)

Sandeen S. (ed.) Trade Secrets and Undisclosed Information. Cheltenham: Elgar, 2014. 946 p.

Wacke A. Freedom of Contract and Restraint of Trade Clauses in Roman and Modern Law // Law and History Review. 1993. Vol.11. N 1. P. 1–19.

---

## Restrictive Conditions in Employment Agreements



**Evgeniya Obukhova**

Postgraduate Student, Civil and Entrepreneurial Law Department, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russia. E-mail: obukhovajane@mail.ru ;eobukhova@hse.ru



## Abstract

During working activity, employee accesses commercially valuable information on the employer including the specifics of organizational structure, business, client base etc. The interest of the employer to keeping such information is evident. Cessation of labour relations may involve risks: beside direct damages which may reach six annual salaries of an employee dismissal may result in losing goodwill, competition with the former employee, stealing clients and other employees. Abroad, rights and legal interests of employer are seriously protected in the event of terminating work agreement. Minimizing risks of the employer is reached by various ways in particular by including in employment agreement restrictive covenants forbidding the employer to perform certain activity after terminating the work agreement. The range of restrictive covenants used abroad is wide: bans to compete with the employer, employment restrictions on a certain territory, ban on stealing clients and colleagues etc. In turn, Russian legislation provides a relatively narrow range of tools to solve similar issues. However, the number of court disputes on introducing loyalty bonuses, non-competition and other restrictions grows. The aim of the paper is to outline some ways of solving issues on the competition between employee and employer in some foreign countries, criteria considered by court when assessing the efficiency of restrictive covenants. Besides, the paper presents approaches to regulating this sphere of Russian law and trends in legal practice.



## Keywords

restrictive covenants, employment agreement, freedom of contract, dismissal initiated by employee, competition, freedom of labor.

Citation: Obukhova E. (2016) Restrictive Conditions in Employment Agreements. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 27–35 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.27.35



## References

- Bowie A. (2014) Restrictive Covenants Under New York Law. *New York Law Journal*, pp. 269–306.
- Demidov N.V. (2015) Trudovoe pravo Rossii: sistemnye problemy istorii i sovremennosti [Russian Labor Law: System Issues in History and Modernity]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 11, pp. 106–113.
- Ershova E.A. (2013) *Gudvill biznesa* [Business Googwill]. Moscow: Statut, 223 p. (in Russian)
- Eylert M. (2006) Non-Competition Clauses in Labor Contracts. Available at: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms\\_159962.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms_159962.pdf) (accessed: December 1, 2015)
- Kamerling A. (2007) *Restrictive Covenants under Common and Competition Law*. London: Sweet and Maxwell, 538 p.
- Karapetov A.G., Savel'ev A.I. (2012) *Svoboda dogovora i ee predely* [Freedom of Contract and its Limits]: T.1. *Teoreticheskie, istoricheskie i politiko-pravovye osnovaniya printsipa svobody dogovora i ego ogranicheniy* [Vol. 1. Theoretical, Historical and Political Fundamentals for Freedom of Contract and its Limitations]. Moscow: Statut, 452 p. (in Russian)
- Kiselev A. (2013) Naem i uvol'nenie po-finski [Employing and Dismissing in Finnish Fashion]. *EZh-Yurist*, no 21, pp. 15–16.
- Knyazeva N.V., Mokhnatova E.A. (2011) Intellektual'nyy potentsial personala: otbor, otsenka, upravlenie [Intellectual Potential: Selection, Choice and Management] *Auditorskije vedomosti*, no 9, pp. 41–51.
- McGregor A. Garden Leave and Post Termination Restraints. Their Interaction and Legal Problems Generated. Available at: URL: <http://www.11kbw.com/articles/docs/PostTermsandGardenAMcG.pdf> (accessed: December 1, 2015)
- Nazmetdinov R. (2013) Pravovoe regulirovanie rabocheho vremeni v Soedinennykh Shtatakh Ameriki [Legal Regulation of Working Time in the United States of America]. *Kadrovik*, no 5, p. 68–71.
- Rogova Yu.V. (2015) *Dogovor kak sredstvo obespecheniya stabil'nosti grazhdanskogo oborota* [Agreement as a Means of Stable Civil Transaction]. Moscow: Statut, 144 p. (in Russian)

Sandeen S. (ed.) (2014) *Trade Secrets and Undisclosed Information*. Cheltenham: Elgar, 946 p.

Sharma G. (2012) Garden Leave Clause: Restrictive Covenant in Employment Contracts (with Reference to its Applicability in India). Available at: URL: <http://ssrn.com/abstract=2141186>; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2141186> (accessed: December 1, 2015)

Stanton A., Kobus J. (2011) Non-Compete vs. Non-Solicitation — Every Business Person Should Know the Difference. Available at: URL:<http://www.burkelaw.com/News/Non+compete+vs+Non+solicitation+-+Every+Business+Person+Should+Know+the+Difference> (accessed: December 1, 2015)

Wacke A. (1993) Freedom of Contract and Restraint of trade clauses in Roman and Modern Law. *Law and History Review*, vol.11, no 1, pp. 1–19.

# Re-Defining Unaccompanied and Separated Children in Russia

---



**Natalya Kravchuk**

Research Fellow, Institute of Scientific Information for Social Sciences, Russian Academy of Sciences; associate professor, International Law Department, Russian State University of Justice, Candidate of Juridical Sciences. Address: 15 Krzhizhanovskogo Str., Moscow 117292, Russia. E-mail: natkravchuk@mail.ru

---



## Abstract

The notion “unaccompanied and separated children” was introduced by the UN Convention on the rights of the child. It is widely used by both international human rights community and governmental bodies of various countries in regulation of treatment of the specific vulnerable group of children. The notion, which initially aimed to address specific needs of children-refugees, gradually evaluated and presently refers to children outside of country of their origin who are not being cared for by a responsible adult or who are with family members that are not their primary caregivers, including illegal migrants. Certain scope of rights and guarantees is attributed to the notion to address their needs that should be determined using the best interests of the child principle. Russia does not use the notion developed on the international level in the national law in its human rights meaning. It was literally translated and adjusted to national perceptions (re-defined). The content of the term used to define the group in Russia — “children deprived of a parental care” (*deti, ostavshiyesya bez roditelskogo popecheniya*) is similar but not equal. It allows to strip children of the guarantees attributed to the notion “unaccompanied and separated children” by the international treaty and to consider unaccompanied and separated children within the contexts of “violation by parents of their parental rights” and “migration”. The change of the focus brings along a perversion of the understanding of the best interests of these children and measures the state is obliged to undertake to protect them. Moreover, it puts all the blame regarding the situation of children on their parents, leaving the state a secondary role.

---



## Keywords

unaccompanied and separated children; UN Convention on the rights of the child; notion; children; deprived of a parental care; child rights; best interests of the child; Russia; migrants.

---

JEL: K 33, K36;

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.36.44

Citation: Kravchuk N. (2016) Re-Defining Unaccompanied and Separated Children in Russia. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 36–44 (in English).

## Introduction

The notion “unaccompanied and separated children” introduced by the UN Convention on the Rights of the Child is widely applied by both the international human rights community and governmental bodies of various countries in regulating the treatment of a specific vulnerable group of children.

In this article I aim to show that the notion and its meaning, which was formed by providing safeguards for these children, are essential for their protection. I argue that by adopting a



different meaning to it following the literal translation and adjustment to national perceptions (re-defining it) Russia deprives them of the guarantees attributed to the notion “unaccompanied and separated children” by the aforesaid international treaty.

With this in view, I describe the process of the construction of the meaning of the notion on the international level, and how it was substituted by terms with a similar but not equal meaning that exist in Russian law. The content of the term used to define the group in Russia — “children deprived of parental care” (*deti, ostavshiyesya bez roditelskogo popecheniya*) allows considering unaccompanied and separated children within the contexts of “violation by parents of their parental rights” and “migration”. The change of focus results in a perversion of the understanding of the best interests of these children, and measures what the state is obliged to undertake to protect them.

## **“Unaccompanied and Separated Children”: the Group and Rights to Which it is Entitled**

### *Who are these children?*

The notion of “unaccompanied and separated children” was introduced by the UN Convention on the Rights of the Child (1989) to address specific needs of child refugees. It is noted that about half of the world’s 10 million refugees are children. The problem of migration is thus not regional but truly global. Almost every Concluding Observation by the Committee on the Rights of the Child (CRC)<sup>1</sup> has a section on the country’s treatment of refugee children<sup>2</sup>.

According to the Art.22 of the Convention:

1. States Parties shall take appropriate measures to ensure that a child who is seeking refugee status or who is considered a refugee in accordance with applicable international or domestic law and procedures shall, whether unaccompanied or accompanied by his or her parents or by any other person, receive appropriate protection and humanitarian assistance in the enjoyment of applicable rights set forth in the present Convention and in other international human rights or humanitarian instruments to which the said States are Parties.

2. For this purpose, States Parties shall ..... protect and assist such a child and to trace the parents or other members of the family of any refugee child in order to obtain information necessary for reunification with his or her family. In cases where no parents or other members of the family can be found, the child shall be accorded the same protection as any other child permanently or temporarily deprived of his or her family environment for any reason, as set forth in the present Convention. Though initially it was envisaged that Article 22 of the CRC would not cover migrant children who are not refugees, including many of the world’s unaccompanied children that are so-called economic migrants fleeing poverty and lack of opportunity rather than persecution, the initial meaning of the notion in question received a new interpretation with time. It presently refers to children who are not being cared for by a responsible adult, or to children who are with family members that are not their primary caregivers. Such children primarily include refugees, trafficked children and children in search of economic opportunities; they are often exposed to exploitation, abuse, persecution and discrimination and thus

---

<sup>1</sup> The Committee on the Rights of the Child is the body that monitors implementation of the Convention on the Rights of the Child by its State parties. The Committee examines a State’s report and addresses its concerns and recommendations to the State party in the form of “concluding observations”.

<sup>2</sup> UNICEF. Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child. United Nations Children’s Fund. 2007. P.305.

need special protection. As defined by the UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), there is increasing preference to call “separated” those children who, though accompanied by an adult, are not with a parent, legal or customary caregiver, but are perhaps with a trafficker, sibling, or acquaintance<sup>3</sup>.

This new enlarged meaning is applied to individual countries. For example, in 2006 the Committee recommended that Thailand “take urgent measures to ensure that the children of migrant workers or their family members, in particular non-registered migrants, are not arbitrarily arrested, detained or persecuted and if they are to be returned to their country of origin, the principle of non-refoulement should be respected. It recommends that the children of migrant workers are guaranteed access to health and social services and to education in accordance with the principle of non-discrimination...”<sup>4</sup>.

The notion now also covers unaccompanied children departing the country for unknown reasons. Addressing Albania in its Concluding Observations, the Committee noted that “the departure of children from Albania to neighboring countries is a significant problem, and that approximately 4,000 children have left the country unaccompanied by their parents.” The Committee recommended that Albania strengthen its efforts in this area, in particular to determine and address the causes of such large-scale departure of unaccompanied children and introduce safeguards to reduce the phenomenon, in particular if such children are victims of illegal networks, and to ensure a coordinated approach to the collection of information and statistics, allowing a response commensurate to the needs.”<sup>5</sup>.

The meaning of the notion was deepened further during the same period of time, but by another international body — the European Court of Human Rights (ECtHR). In the case of *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*<sup>6</sup>, it ruled that illegal immigrants enjoy the same protection. The applicant in the case, who was only five years old, was held in the same conditions as adults in a closed center even though she was unaccompanied by her parents and no one had been assigned to look after her. No measures were taken to ensure that she received proper counselling and educational assistance from qualified personnel specially mandated for that purpose during two months. The Court considered that the measures taken by the Belgian authorities — informing the first applicant (the mother of the girl who arrived to Belgium together with the child and was separated from her upon the arrival) of the position, giving her a telephone number where she could reach her daughter, appointing a lawyer to assist the second applicant and liaising with the Canadian authorities and the Belgian embassy in Kinshasa — were far from sufficient to fulfill the Belgian State’s obligation to provide care for the second applicant. The applicant’s position was characterized by her very young age, the fact that she was an illegal immigrant in a foreign land and the fact that she was unaccompanied by her family. She was thus in an extremely vulnerable situation. In view of the absolute nature of the protection afforded by Article 3 of the Convention (prohibition of torture, inhuman and degrading treatment or punishment), noted the Court, it is important to bear in mind that this is the decisive factor and takes precedence over considerations relating to the second applicant’s status as an illegal immigrant.

As a result of this case, changes have been made to Belgian law, which now prohibits the detention of unaccompanied child migrants and requires the appointment of a guardian in each

---

<sup>3</sup> *Piwowarczyk L.A.* Our Responsibility to Unaccompanied and Separated Children in the United States: a Helping Hand // *Public Interest Law Journal*, 2006, vol.15, p. 264.

<sup>4</sup> Thailand CRC/C/THA/CO/2, para. 6.

<sup>5</sup> Albania CRC/C/15/Add.249, para. 66-67.

<sup>6</sup> ECtHR, judgment of October 12, 2006.

case, propelling Belgium from one of the least to one of the most rights-respecting EU states regarding separated and unaccompanied children<sup>7</sup>. The ECtHR's understanding of the non-decisiveness of illegality as a factor for rendering protective measures became part of the notion.

Human rights organizations, both international and domestic, as well as academics, have contributed considerably to the construction of the meaning of the term in question. They enriched it by including victims of child-specific persecution like the sale of a child, domestic violence, or social cleansing of street children, fleeing gang membership, sexual orientation, forced labor in the family, suffering a severe disability (autism), or family position in violation of population control in it<sup>8</sup>. The Immigration Law Practitioners Association (UK) authors' simple definition of "separated children" is that these are children who are outside their country of origin and separated from their parents or legal or customary carer. It criticized the practice when children are effectively separated from their parents but are not treated as unaccompanied because they arrive in the UK with someone who is not a parent or primary carer, for example, an older brother, or sister, or an uncle. In addition, though some children appear to be accompanied on their arrival in the UK, the adults with them are not necessarily able or appropriate to assume responsibility for them, nor they are responsible for them in law<sup>9</sup>.

In 2012 the European Commission supported this broad reading stating in its "Shaping a common approach on unaccompanied minors" memo that:

"Children migrate to the EU for many reasons. Some are asylum seekers fleeing war, armed conflicts, discrimination or persecution in their home countries, sometimes even within their own family, while others are victims of trafficking and slavery. Some dream of education and employment opportunities, others do not leave on their own accord but are sent away by their families to escape poverty. They may arrive clandestinely in an attempt to join relatives, on their own or after having paid smugglers. But whatever the purpose of their journey, they find themselves extremely vulnerable in a foreign country, separated from their loved ones, with rather uncertain prospects.

... each unaccompanied minor must be seen as being a child before being a migrant, and that particular consideration must be given regarding his particular circumstances. As soon as a young person is identified and suspected of being an isolated minor, authorities have to provide immediate protection and care."

#### *What are their rights?*

The consideration of the particular circumstances of the child corresponds to the principle of the best interests of the child assessment– the core principle of CRC and many national jurisdictions.

In spite of the fact that the notion "the best interests of the child" is empty and cannot be defined by law, as it is to be filled in by the facts of a particular case, the international community has made an effort to frame a general understanding of the term<sup>10</sup>. It was necessary as the range and the complexity of situations in which children become separated from families, and the diverse needs of children themselves, make the determination of the best interest of the child a question of paramount importance.

<sup>7</sup> Bhabha J. *Arendt's Children: Do Today's Migrant Children Have a Right to Have Rights?* // *Human Rights Quarterly*, 2009, vol.31, p.433.

<sup>8</sup> *Piowarczyk L.* Op. cit. P. 266.

<sup>9</sup> *Crawley H.* *Child First, Migrant Second: Ensuring that Every Child Matters*. ILPA, 2006. P. 11.

<sup>10</sup> *Turkovic K., Grgic A.* *Best Interests of the Child in the Context of Article 8 of the ECHR /Essays in honour of Dean Spielmann*. Oisterwijk, 2015. P. 630.

International bodies and human rights organization working in the field of protection of unaccompanied and separated children state the best interests of the child constitute the basic standard for guiding decisions and actions taken to help children whether by national or international organizations, courts of law, administrative authorities or legislative bodies<sup>11</sup>. A lot was done to define the process of the best interests' determination (BID). According to the Red Cross Committee, it is a formal process with specific procedural safeguards and documentation requirements that is conducted for certain children of concern, whereby a decision maker is required to weigh and balance all the relevant factors of the particular case, giving appropriate weight to the rights and obligations recognized by the CRC and other human rights instruments, so that a comprehensive decision can be made that best protects the rights of children<sup>12</sup>. It is noted that BID is conducted regarding children for whom tracing was unsuccessful despite extensive (repeated) and comprehensive efforts. It is thus presumed that reunification with families generally qualifies as the best solution for all separated and unaccompanied children<sup>13</sup>.

Setting the guarantees and procedures for the assessment and decision making as a frame for further individualized assessment of personal needs, experts working in the field note the necessity of corresponding state action. In particular they consider it important for the state to clarify that the principle of preferential status of a child's interests demand that in passing legislation, implementing it in practice and in addressing questions that are not regulated by legal acts, a decision or any other action should always be assessed from the perspectives of a child's interests<sup>14</sup>. The basic guiding principles in any child care and protection action are the principle of the "best interests of the child"<sup>15</sup> and the principle of non-refoulement.

The drafters of the Convention on the Rights of a Child recognized that the needs of these children would be met if its articles were properly applied to them<sup>16</sup>. The scope of rights attributed to the notion did not change significantly since it was set in the Convention on the Rights of the Child in 1989. In 2005, however, it was deemed important to stress the specific guarantees of this group.

The CRC's General Comment No.6 on "Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin"<sup>17</sup> (2005) set the essential safeguards for such children which should be enforced in domestic legislation, thus forming the unified reading of the notion. It was noted that "it applies to unaccompanied and separated children who find themselves outside of their country of nationality, or, if stateless, outside their country of habitual residence.... irrespective of their residence status, and reasons for being abroad" (para 5).

The General Comment stresses the importance of the information related to the child and his/her family. Among others, facts sought should include: the identity and citizenship of the

---

<sup>11</sup> International Committee of the Red Cross. Inter-Agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children. 2004. P. 17.

<sup>12</sup> International Rescue Committee. Determining the Best Interests of Unaccompanied and Separated Children: Lessons from Guinea. 2007. P. 4.

<sup>13</sup> Ibid. P. 9.

<sup>14</sup> *Sipavičienė A., Kules R., Jersovas M.* On the Road: Unaccompanied Minors in Lithuania. Geneva, 2009. P. 12.

<sup>15</sup> UNHCR. Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Minors Seeking Asylum. 1997. P. 5.

<sup>16</sup> UNICEF. Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child. P. 306.

<sup>17</sup> UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin, September 1, 2005, CRC/GC/2005/6. Available at: <http://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html> (accessed: 28.03.2016)

child and of both parents and siblings; the reason for being separated/unaccompanied; assessment of any vulnerability and needs, and any evidence of persecution, conflict or violence in the country of origin. The state must make all efforts, as quickly as possible, to trace the family of unaccompanied and separated children and reunite them, unless this is contrary the children's interests or would jeopardize the family. If return to the country of origin is not possible due to the risk that the child's rights will be violated, local integration is the primary option. Inter-country adoption may only occur if all efforts regarding tracing and family reunification have failed.

Special attention is paid to the procedural guarantees: interviews and hearings should be conducted in a child-friendly environment, and there should be access to appeal, a guardian or adviser should be appointed to the child to ensure that all decisions taken are in the child's best interests, and, when necessary, lawyers and interpreters.

All children should have access to full educational opportunities, including being registered with school authorities as soon as possible, and being provided with appropriate educational certificates where the return or resettlement is likely. They should have an adequate standard of living and have the same access to health care as children who are nationals.

It is important that a large body of international and regional human rights law providing for and defining the scope of rights of children in question and the responsibilities of the states in this regard is applicable without distinction as to legal status, that is, whether or not someone is legally on the territory<sup>18</sup>.

## Unaccompanied and Separated Children in Russia

Despite the well-defined notion and guarantees attributed, unaccompanied and separated children keep falling between the gaps in many national protection systems. In the case of Russia they lack any specific guarantees.

The ratification of the UN Convention on the Rights of the Child by Russia back in 1990 did not lead to the introduction of the notion in question into the national law. The wording "unaccompanied or separated children" is not mentioned in legal acts related to children or to migrants. But if mentioned, it would be understood and interpreted within the national context of regulation of children's rights.

In accordance with the national law, the obligation to care about the child lies with the parent. A child separated from parents would be labelled "a child left without parental care" (*ostavshiyasya bez roditelskogo popecheniya*).<sup>19</sup> Two categories of such children include:

- removed from the family due to potential danger to their life and health, or due to the withdrawal of the parental rights of the parent(s);<sup>20</sup>
- abandoned or neglected by their parents<sup>21</sup> (also called "street children").

---

<sup>18</sup> *Feijen L.* The Challenges of Ensuring Protection to Unaccompanied and Separated Children in Composite Laws in Europe // *Refugee Survey Quarterly*, 2009, vol. 27, p. 66.

<sup>19</sup> Family Code of the Russian Federation. Art. 145.

<sup>20</sup> Article 69 of the Russian Federation Family Code provides reasons for the withdrawal of parental rights, Article 73 (Limitation of parental rights) provides for the right of the court to remove the child from the parent's authority.

<sup>21</sup> According to the Law "On Foundations of the System of Prevention of Underage Vagrancy and Juvenile Delinquency" (1999), a neglected child (*beznadzorny rebenok*) is a child lacking control following breach or improper execution of duties to care, raise or educate him/her by his parents or other legal caregiver (Art.1); a vagrant child (*besprizorny rebenok*) is a neglected child with no home.

Theoretically these children are entitled to all the rights provided for in the Family Code of Russia, including the right to live in a family environment, the right to have access to parents and other relatives, the right to protection, the right to a name and property rights. However, in case such a child is identified, he/she is subject to the scheme of treatment of the “child left without parental care” — the state considers its primary obligation to find a placement best suited to his/her needs.<sup>22</sup> No specific BID is conducted<sup>23</sup>. In some cases children would be returned home, in others — placed within state child care institutions.<sup>24</sup> In both cases the decision is taken by the local state care authorities. Absence of caregivers in this situation does not add to the level of the protection of children as it would be if they were to be considered within the international context of the “unaccompanied and separated children” notion. While, for example, in Lithuania (former constituent entity of the USSR, the country-recipient of Russian unaccompanied children) the law distinguishes unaccompanied minors as a separate category of migrants and applies to them general principles of protecting unaccompanied children applied in the EU<sup>25</sup>, in Russia these children do not obtain any special status with specific guarantees attached. Thus the international law notion is substituted by the Russian one — the literal meaning of which was similar, the presupposed difference in treatment was neglected. The new wording has certain negative connotation (opposite to the “children in need of special protection by the state”; connotation of the notion “unaccompanied or separated children”) places all the blame regarding the situation of children on their parents, leaving the state a secondary role.

Practitioners working with unaccompanied or separated children from Moldova point out that measures taken regarding these children are inspired by general attitudes towards migrants. Children of migrants are considered as migrants, separated or unaccompanied children — as vagrant or neglected children of migrants<sup>26</sup>. Labelling unaccompanied or separated children as migrants automatically shifts the focus of the audience from the protection of the vulnerable group to the potential hazards of which it could possibly become a source. Increasingly hostile political context, politicization of asylum and immigration discourses along with the economic crisis and customary anti-migrant sentiments in Russia stimulate negative attitudes towards all migrants including minors.<sup>27</sup>

---

<sup>22</sup> Family Code of the Russian Federation. Art. 145.

<sup>23</sup> Unaccompanied or separated children are placed into specialized institutions and might be detained there for several weeks for the purpose of personal identification, assessment of the reasons and circumstances for their arrival, and for the consequent return to the country of their permanent residence. Children are not informed about refoulement until the last moment to prevent them from running away. In certain cases children were not informed about it at all, and had little or no understanding of where they were moved and for how long. At the same time, there were instances when the child was granted Russian citizenship immediately after he/she was identified with no efforts spent on search and identification of parents and relatives.

<sup>24</sup> JURIX. Situation of Moldovan Separated and Unaccompanied Children in Moscow and Moscow Region. Moscow, 2011.

<sup>25</sup> Sipaviciene A., Kules R., Jersovas M. Op. cit. P. 5.

<sup>26</sup> “After a ‘fishing out’ of illegal migrant their children were left abandoned” (“Posle ‘otlova’ nelegalnyh migrantov ih deti okazalis practicheski besprizornikami”). Available at: <http://nazaccent.ru/content/7046-posle-otlova-nelegalnyh-migrantov-ih-deti.html> (accessed: 30.03.2016)

<sup>27</sup> News repeatedly refer to the results of special operations conducted by the Department of the Interior resulting in identification and prosecution of illegal migrants. They refer to statistics of crimes (“Migrants raids in Moscow: more than 7 thousand arrested within a day”). Available at: <http://www.newsru.com/russia/25oct2014/migr.html> (accessed: 30.03.2016). This influences public opinion. According to recent polls, 35% of Russians consider migrants to be the main threat to Russia (VTsIOM press issue N 2652 of 19.08.14.



The State Ombudsperson for the rights of the child in Saint-Petersburg shares the understanding that children belonging to a family of migrants should be considered as migrants first, and children — second. In her talk with human rights activists, she stated that “first and foremost migrant children should comply with the legislation on migrants and a positive decision on admitting or keeping an “illegal child” at school can only be made in exceptional circumstances”<sup>28</sup>. Such attitudes are shared and/or employed by politicians. For example, in 2013 a draft law aimed at the prevention of children of illegal migrants from attending schools and kinder-gardens was introduced by the member of the ruling party “United Russia” (Yedinaya Rossiya)<sup>29</sup>. According to the draft law, access to education should only be provided for children of those migrants who prove they are taxpayers in Russia. This measure will allegedly allow the allocation of more places for Russian children.

The question of what scope of rights of separated and unaccompanied children should have — or even, whether they should have rights — is typical not only in Russia. Migration authorities, politicians and even some academics<sup>30</sup> in different countries doubt that these children should have equal access to social services in the host country. They treat migrant minors not as children but as objects of interest for homeland security, border patrols, and immigration discourse<sup>31</sup>. This was addressed by the CoE Commissioner for Human Rights, Thomas Hammerberg, who noted that:

“Decision-making politicians appear sometimes to be confused about how to treat migrant children. On the one hand, they state their full support of the idea that children do have rights and all recognize that our aging continent will need migration, not least young migrants. On the other hand a number of them appear not to be able to draw the necessary conclusions about the rights of migrant children”<sup>32</sup>.

Formulating and passing laws is probably the easiest step in the journey from aspirational principle to practical realization<sup>33</sup> as it would hardly be possible to implement the rights of a vulnerable group based solely on international standards. However, the statutory text that may seem plain at first glance and consist of “ordinary” words, still needs an interpretation<sup>34</sup> with

---

Available at: <http://wciom.ru/index.php?id=459&uid=114941> (accessed: 30.03.2016); 15% state there are too many migrants in Russia, 14 % claim “we need to throw them out, we don’t need them”, 26% think there are not jobs for ourselves, 12% say that migrants’ “behavior is rude, they do not respect our laws”, 8% agree that “the delinquency among them is high”. VTsIOM press issue N 2442 of 30.10.13. Available at: <http://wciom.ru/index.php?id=459&uid=114584> (accessed: 30.03.2016). Experts confirm the anti-migrant feelings are traditional in Russia and a certain decrease in 2014 due to the shift of the propaganda from migrants to Ukraine is only temporary (“Ukraine confused it for nationals: xenophobia and radical nationalism and countering them in Russia in the first half of 2014”). Available at: <http://www.sova-center.ru/racism-xenophobia/publications/2014/07/d29887> (accessed: 30.03.2016)

<sup>28</sup> Anti-Discrimination Centre Memorial. *The Situation of Children Belonging to Vulnerable Groups in Russia*. Moscow, 2013. P. 11.

<sup>29</sup> “There is a suggestion not to accept children of illegal migrants in nurseries.” Available at: <http://izvestia.ru/news/557658> (accessed: 30.03.2016)

<sup>30</sup> *Bhabha J.* Op. cit. P. 416.

<sup>31</sup> *Piwowarczyk L.* Op. cit. P. 263.

<sup>32</sup> *Hammerberg T.* Address at the Save the Children Sweden Conference. 2007. Available at: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1111219> (accessed: 30.03.2016)

<sup>33</sup> *Bhabha J.* Op. cit. P. 425.

<sup>34</sup> *Soboleva A.* Use and Misuse of Language in Judicial Decision-Making: Russian Experience // *International Journal for the Semiotics of Law*, 2013, vol. 26, no 3, p. 3.

the main principles of the Convention on the Rights of the Child in view. Use in national law of the notion similar to the literal translation of the international law notion with no human rights context behind it allows the state to substitute a meaning by the one suitable for national perceptions (re-define) depriving the group from rights and guarantees.



## References

- Bhabha J. (2009) Arendt's Children: Do Today's Migrant Children Have a Right to Have Rights? *Human Rights Quarterly*, vol. 31, pp. 410–451.
- Boziev T.O., Krivosheeva M.A. (2012) Analiz zalonodatelnoy bazy prav detey-sirot, ostavshikhsya bez popecheniya roditel'ey [Analysis of Legal Base of Rights of Orphans Left without Parental Care]. *Zhurnal pravovykh i ekonomicheskikh issledovaniy*, no 3, pp. 26–29.
- Feijen L. (2009) The Challenges of Ensuring Protection to Unaccompanied and Separated Children in Composite Laws in Europe. *Refugee Survey Quarterly*, vol. 27, no 4, pp. 63–73.
- Il'ina O.Yu. (2015) Semeyno-pravovye prezumptsii interesov rebenka [Family and Legal Presumptions of Child's Interests]. *Problema garmonizatsii chastnykh i publichnykh interesov v semeynom prave Rossiyskoy Federatsii* [Harmonizing Private and Public Interests in Family Law]. Moscow: YNITI, pp. 72–83.
- Kokorina M.S. (2015) Pravovaya priroda ustroystva detey, ostavshikhsya bez popecheniya roditel'ey, v organizatsii dlya detey-sirot i detey, ostavshikhsya bez popecheniya roditel'ey [Legal Nature of Adopting Children in Organizations for Orphans] *Semeynoe pravo i zakonodatel'stvo: politicheskie i sotsial'nye orientiry sovershenstvovaniya*. Tver': Tverskoi universitet, pp.106–110.
- Kosova O.Yu. (2015) O primeneniі bazisnykh terminov v semeynom zakonodatel'stve [On Applying Basic Terms in Family Law] *Semeynoe pravo i zakonodatel'stvo: politicheskie i sotsial'nye orientiry sovershenstvovaniya*. Tver': Tverskoi universitet, pp. 115–118.
- Krasitskaya L.V. (2012) Osyshestvlenie roditel'yami prava na predstavitel'stvo i zascitu prav i interesov rebyonka [Fulfilling Parents Rights for Representation and Protection of Child Rights and Interests] // *Ekonomika i pravo*, no 3, pp. 116–121.
- Krylova O.A. (2009) Neispkneniye obyazannostey po siderzhaniu i vospitanii nesovershennoletnykh detey kak osyvanie primeneniia mer uridicheskoy otvetstvennosti k roditel'yam [Non-Fulfilling Duties in Maintenance and Education of Children as Reason For Legal Responsibility]. *Sovremennoye pravo*, no 8, pp. 57–62.
- Nechaeva A.M. (2016) *Pravovye problemy semeynogo vospitaniya nesovershennoletnykh* [Legal Issues of Family Education of Non-Adults]. Moscow: Prospekt, 128 p. (in Russian)
- Nikonov K. (2007) Pravovye aspekty zashchity detey v voorushennykh conflictah [Legal Aspects of Protecting Children during Armed Conflicts] *Moskovsky zhurnal mezhdunarodnogo prava*, no 4, pp. 216–225.
- Piowarczyk L. (2006) Our Responsibility to Unaccompanied and Separated Children in the United States: a Helping Hand. *Public Interest Law Journal*, vol. 15, pp. 263–296.
- Sipaviciene A., Kules R., Jersovas M. (2009) *On the Road: Unaccompanied Minors in Lithuania*. Geneva: International Organization for Migration, 54 p.
- Soboleva A. (2013) Use and Misuse of Language in Judicial Decision-Making: Russian Experience. *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 26, no 3, pp. 673–692.
- Turkovic K., Grgic A. (2015) Best Interests of the Child in the Context of Article 8 of the ECHR / *Essays in honor of Dean Spielmann*. Oisterwijk: Wolf, 720 p.
- Zharova O.N. (2016) Sotsialno-pravovaya zashchita detey-sirot i ostavshikhsya bez popecheniya roditel'ey [Social and Legal Protection of Orphans and Children Left without Parental Care]. *Molodoy uchenyi*, no 8, pp. 745–747.

# Условно-досрочное освобождение от наказания и домашний арест: проблемы взаимозачета

---



**Р.О. Долотов**

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

---



## **Аннотация**

Статья посвящена анализу практики условно-досрочного освобождения от отбытия наказания при применении к лицу до его осуждения мер пресечения в виде заключения под стражу и домашнего ареста. Главная цель статьи заключается в аргументированном ответе на вопрос: правильно ли засчитывать время содержания под домашним арестом в шестимесячный срок лишения свободы, необходимый для возникновения права на условно-досрочное освобождение? Для достижения заявленной цели в статье анализируется сложившаяся правоприменительная практика и мнения ученых по этой проблеме, а затем на основе полученных результатов приводятся аргументы в защиту авторской позиции. Основные выводы исследования: 1) зачет времени содержания под стражей при расчете фактически отбытого срока лишения свободы для решения вопроса об условно-досрочном освобождении — устоявшаяся практика, основывающаяся на позициях высших судебных органов страны и поддерживаемая частью ученых в области уголовного права; 2) при решении вопроса о зачете времени домашнего ареста на практике исходят из следующего умозаключения: так как время нахождения лица под домашним арестом подлежит зачету в срок содержания под стражей, а срок содержания под стражей засчитывается в срок лишения свободы, то при расчете фактически отбытого осужденным срока лишения свободы для условно-досрочного освобождения время домашнего ареста необходимо включать в этот срок; 3) данное умозаключение является ошибочным, так как оно основывается на догматическом, а не системном толковании УК и УПК РФ без уяснения роли, которую играет установленный законодателем шестимесячный срок при условно-досрочном освобождении в системе мер уголовно-правового воздействия; 4) по своей природе лишение свободы и содержание лица под стражей, с точки зрения уголовно-правового воздействия, практически идентичны, а вот домашний арест существенно от них отличается; 5) для решения указанной проблемы предлагается внести соответствующие поправки в постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.04.2009 № 8 «О судебной практике условно-досрочного освобождения от отбывания наказания, замены неотбытой части наказания более мягким видом наказания».

---



## **Ключевые слова**

условно-досрочное освобождение, домашний арест, содержание под стражей, лишение свободы, меры изоляции, уголовно-правовое воздействие.

---

Библиографическое описание: Долотов Р.Д. Условно-досрочное освобождение от наказания и домашний арест: проблемы взаимозачета // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 45–54.

JEL: K14 УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.45.54

Условно-досрочное освобождение является самым распространенным видом освобождения от отбывания наказания<sup>1</sup>. Несмотря на наличие специального постановления

<sup>1</sup> См.: Данные судебной статистики // <http://www.cdep.ru/index.php?id=79> (дата обращения: 13.02.2016)

Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21.04.2009 № 8 (ред. от 17.11.2015) «О судебной практике условно-досрочного освобождения от отбывания наказания, замены неотбытой части наказания более мягким видом наказания», условно-досрочное освобождение от отбывания наказания все равно вызывает немало проблем и в теории, и на практике. Тематика спорных ситуаций, анализируемых в научной литературе в указанной сфере, крайне обширна<sup>2</sup>. В настоящей статье мы рассмотрим одну из таких ситуаций, до сих пор не получившей, на наш взгляд, должной проработки в отечественной уголовно-правовой доктрине. Данную проблему можно кратко представить в виде следующего вопроса: «*Правильно ли засчитывать время содержания под домашним арестом в шестимесячный срок лишения свободы, необходимый, в силу ч. 4 ст. 79 УК РФ, для возникновения права на условно-досрочное освобождение?*»

Так, согласно п. 2 ч. 10 ст. 109 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ) в срок содержания под стражей засчитывается время домашнего ареста. В п. 9 ч. 1 ст. 308 УПК РФ сказано, что в резолютивной части обвинительного приговора среди прочего должно быть указано *решение о зачете времени* предварительного содержания под стражей, если к подсудимому применялись меры пресечения:

- 1) в виде заключения под стражу,
- 2) *домашнего ареста*,
- 3) или он помещался в медицинскую организацию, оказывающую медицинскую помощь в стационарных условиях, или в медицинскую организацию, оказывающую психиатрическую помощь в стационарных условиях

В Уголовном кодексе Российской Федерации (далее — УК РФ) содержится правило, согласно которому время содержания лица под стражей до судебного разбирательства засчитывается в сроки лишения свободы из расчета один день за один день (ч. 3 ст. 72). Часть 4 ст. 79 УК РФ указывает, что *фактически отбытый* осужденным срок лишения свободы для возникновения формального основания для условно-досрочного освобождения не может быть менее шести месяцев.

Указанные положения закона могут привести к следующему умозаключению: так как время нахождения лица под домашним арестом подлежит зачету в срок содержания под стражей, а срок содержания под стражей засчитывается в срок лишения свободы, то при расчете фактически отбытого осужденным срока лишения свободы для условно-досрочного освобождения от наказания необходимо засчитывать время домашнего ареста в фактически отбытый срок лишения свободы. Если, например, в отношении лица до его осуждения за преступление средней тяжести применялась мера пресечения в виде домашнего ареста сроком на шесть месяцев (при продлении меры пресечения), и суд назначил наказание в виде лишения свободы сроком на один год шесть месяцев, то в день вступления приговора в законную силу у лица уже автоматически возникает формальное право на условно-досрочное освобождение, так как оно уже отбыло 1/3 наказания и минимальный шестимесячный срок. Другими словами, осужденный может пробыть в местах лишения свободы всего пару дней перед условно-досрочным освобождением от наказания.

<sup>2</sup> См.: Долгополов Д.В. Допустимость применения дополнительных оснований для условно-досрочного освобождения осужденных // Уголовный процесс. 2012. № 1 (85). С. 23–29; Бабаян С.Л. Формальное основание применения поощрительного института условно-досрочного освобождения // Уголовно-исполнительное право. 2012. № 2. С. 85–89; Дроздов А.И. Совершенствование деятельности института условно-досрочного освобождения // Вестник Самарского юридического института. 2012. № 2 (7). С. 21–24; Рыбаков А.А. Неотбытая часть наказания при условно-досрочном освобождении: теоретические и практические вопросы // Вестник Владимирского юридического института. 2014. № 2 (31). С. 162–167.

Данное умозаключение представляется ошибочным, так как оно основывается на догматическом, а не системном толковании УК и УПК РФ без уяснения роли, которую играет установленный законодателем шестимесячный срок при условно-досрочном освобождении в системе мер уголовно-правового воздействия. Для обоснования своей позиции мы проанализируем правоприменительную практику и мнения ученых по этой проблеме, а затем на основе полученных результатов приведем соответствующие аргументы.

Вопрос об учете меры пресечения при условно-досрочном освобождении поднимался еще в дореволюционном уголовном законодательстве. Так, в ст. 1 «Закона об условном досрочном освобождении с изложением рассуждений, на коих он основан» (1909 г.) содержалось правило о том, что условное досрочное освобождение могло применяться к лицу, приговоренному к заключению в тюрьме, исправительном арестантском отделении или исправительном доме (на срок не менее восьми месяцев), по отбытии им 3/4 назначенного судом срока наказания, но не менее шести месяцев, **без зачета в этот срок времени содержания под стражей**<sup>3</sup>.

В первые годы действия УК РФ 1996 г. тезис о том, что время, проведенное осужденным в рамках меры пресечения, не должно учитываться при расчете фактически отбытого срока наказания при условно-досрочном освобождении, также получил довольно широкое распространение среди ученых и практиков. Так, помощник Кировского прокурора по надзору за соблюдением законности в исправительных учреждениях А. Кропачев в журнале прокурорских работников «Законность» писал: *«До вступления приговора в законную силу нельзя вести речь об отбытии назначенного судом срока наказания, так как лицо по закону осужденным в полном смысле слова не является. Даже если вынесен обвинительный приговор первой инстанцией, не исключено, что в кассационной инстанции лицо может быть признано невиновным, а приговор несостоявшимся. Вот почему начало отбытия срока наказания с целью обоснованности и единообразия следует исчислять со дня вступления приговора в законную силу. Используя приведенные выше нормы и изложенные обстоятельства, можно сделать вывод, что фактическое отбытие осужденным назначенного судом срока наказания — это период срока наказания после вступления приговора в законную силу, отбытый осужденным в порядке, установленном Уголовно-исполнительным кодексом РФ»*<sup>4</sup>.

В связи с этим ряд авторов выступает за закрепление в законодательстве такого положения, что осужденный может подлежать условно-досрочному освобождению только в случае отбытия им шестимесячного срока именно в исправительном учреждении, т.е. срок должен исчисляться с момента прибытия осужденного в исправительное учреждение, ибо для того, чтобы изучить осужденного и сделать вывод о его исправлении, необходимо определенное время<sup>5</sup>.

В.В. Степанов в диссертации, посвященной проблемам условно-досрочного освобождения, доказывает, что минимальный фактический срок, дающий право на условно-досрочное освобождение, должен исчисляться с момента прибытия осужденного

<sup>3</sup> Закон об условном досрочном освобождении с изложением рассуждений, на коих он основан: (Собр. Узак. 1909 г. № 126, ст. 1216) / под ред. Д.А. Коптева, статс-секретаря Государственного совета. С.-Пб., 1909. С. 30.

<sup>4</sup> Кропачев А. Когда возникает право осужденного на условно-досрочное освобождение // Законность. 2003. № 9. С. 23.

<sup>5</sup> См.: Василенко-Захарова О.В. Формальные основания применения условно-досрочного освобождения от отбывания наказания // Пробелы в российском законодательстве. 2012. № 5. С. 136.

в исправительное учреждение и указывает, что среди опрошенных им практических работников 62,1% (из 230 сотрудников воспитательной и оперативно-режимной служб уголовно-исполнительной системы Тамбовской области) отметили, что в срок, указанный в ч. 4 ст. 79 УК РФ, должно входить только время реального отбывания наказания в исправительной колонии<sup>6</sup>. Среди различных аргументов В.В. Степанов в обоснование данного тезиса указывает, что, по мнению специалистов-психологов, как раз в период первых шести месяцев пребывания в исправительном учреждении завершается вторая фаза адаптации, в результате которой в личностной динамике осужденного определяются положительные либо отрицательные тенденции<sup>7</sup>.

Однако правоприменительная практика показывает, что у большинства осужденных, прибывающих в исправительные колонии, срок лишения свободы исчисляется с момента избрания мерой пресечения содержания под стражей, вследствие чего у них (особенно в колонии-поселении и колонии общего режима) фактический минимум, дающий право на условно-досрочное освобождение, наступает через два-три месяца по прибытию в исправительную колонию<sup>8</sup>.

Подобная ситуация на практике связана с позициями Конституционного Суда России и Верховного Суда России. Так, Конституционный Суд разъяснил в п. 3 постановления от 27.02.2003 № 1-П: «По смыслу положений статьи 130 УИК Российской Федерации во взаимосвязи с положениями статьи 72 УК Российской Федерации, *время содержания под стражей в качестве меры пресечения* во всяком случае *подлежит зачету* при определении общего срока назначенного судом наказания, а также *при исчислении срока отбытого наказания, позволяющего применить условно-досрочное освобождение от наказания*. Такой подход корреспондирует международным стандартам, согласно которым предварительное заключение не должно применяться, если предполагаемому правонарушителю не соответствует наказание в виде лишения свободы, а при вынесении приговора срок, проведенный в предварительном заключении, следует или засчитывать в установленный приговором срок наказания, или принимать во внимание с целью сокращения срока наказания»<sup>9</sup>.

Верховный Суд указал в п.1 постановления Пленума Верховного Суда от 21.04.2009 № 8, что условно-досрочное освобождение от отбывания наказания может быть применено только к тем осужденным, которые, по признанию суда, для своего исправления не нуждаются в полном отбывании назначенного судом наказания и отбыли предусмотренную законом его *часть с учетом времени содержания под стражей* до вынесения приговора и вступления его в законную силу<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Степанов В.В. Проблемы теории и практики условно-досрочного освобождения от отбывания наказания: на примере Тамбовской области: дис.... канд. юрид. наук: М., 2009. С. 131.

<sup>7</sup> См.: Чуфаровский Ю.В. Юридическая психология: теоретические аспекты, практическое применение. М., 1996. С. 314–315.

<sup>8</sup> Степанов В.В. Проблемы теории и практики условно-досрочного освобождения от отбывания наказания: на примере Тамбовской области: дис.... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 132.

<sup>9</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 27.02.2003 № 1-П «По делу о проверке конституционности положения части первой статьи 130 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан П.Л. Верещака, В.М. Гладкова, И.В. Гольшева и К.П. Данилова» // Вестник Конституционного Суда РФ. № 3. 2003.

<sup>10</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.04.2009 № 8 «О судебной практике условно-досрочного освобождения от отбывания наказания, замены неотбытой части наказания более мягким видом наказания» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 7.



В теории также высказываются доводы в пользу такого подхода. Так, О.В. Василенко-Захарова пишет, что несправедливо не засчитывать срок, проведенный в качестве заключенного под стражу во время следствия, а также во время конвоирования как минимальный срок для предоставления условно-досрочного освобождения. Это также, по ее мнению, будет способствовать профилактике нарушений в следственном изоляторе. Работники следственных изоляторов хотя и не являются профессионалами в изучении личности осужденных, тем не менее могут дать характеристику поведения осужденного за период нахождения под стражей, а также констатировать наличие правонарушений либо их отсутствие<sup>11</sup>.

Таким образом, зачет времени содержания под стражей при расчете фактически отбытого срока лишения свободы для решения вопроса об условно-досрочном освобождении — это устоявшаяся практика, основывающаяся на позициях высших судебных органов страны и поддерживаемая частью ученых в области уголовного права.

Однако содержание под стражей — не единственная мера пресечения в российском уголовно-процессуальном законодательстве. Не так уж и редки случаи избрания судом домашнего ареста в качестве меры пресечения. И возникает резонный вопрос, о котором мы писали выше: нужно ли засчитывать время домашнего ареста в фактически отбытый срок наказания для целей ст. 79 УК РФ?

Если придерживаться формальной логики, то путем построения дедуктивного умозаключения мы должны дать положительный ответ по схеме:

- срок содержания под стражей засчитывается в фактически отбытый срок лишения свободы;
- время домашнего ареста засчитывается в срок содержания под стражей.

Таким образом, время домашнего ареста засчитывается в фактически отбытый срок лишения свободы.

Данный вывод основывается на буквально-формальном толковании норм УК и УПК РФ. Несмотря на то, что в ст. 72 УК ничего не говорится о замене части наказания домашним арестом, а предусмотрен расчет срока наказания с учетом только содержания под стражей, правоприменительная практика все же придерживается именно той логики, которую мы продемонстрировали в вышеуказанном умозаключении.

Необходимо отметить, что в формах сводной статистической отчетности о деятельности судов общей юрисдикции, публикуемых на официальном сайте Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации<sup>12</sup>, не содержится граф, позволяющих отследить случаи зачета срока домашнего ареста при условно-досрочном освобождении от отбывания наказания. Проведенный нами анализ утвержденных Президиумом Верховного Суда обзоров практики рассмотрения областными и равными им судами уголовных дел, опубликованных на сайте Суда с 2000 по 2015 гг.<sup>13</sup>, также не позволил выявить каких-либо обобщений по вопросу условно-досрочного освобождения, где речь шла бы о зачете времени домашнего ареста. В связи с этим трудно сказать, насколько распространена подобная практика, однако отсутствие статистических данных не означает отсутствия самих случаев. Проиллюстрируем это примером из уголовного дела:

<sup>11</sup> Василенко-Захарова О.В. Формальные основания применения условно-досрочного освобождения от отбывания наказания // Пробелы в российском законодательстве. 2012. № 5. С. 136.

<sup>12</sup> Судебная статистика по делам, рассматриваемым федеральными судами общей юрисдикции и мировыми судьями // <http://www.cdep.ru/index.php?id=5> (дата обращения: 13.02.2016)

<sup>13</sup> Документы Верховного Суда Российской Федерации // <http://supcourt.ru/second.php> (дата обращения: 13.02.2016)



«01.04.2011 года приговором Ленинского районного суда ЕАО Михайлов А.И. был осужден по ч. 3 ст. 30, ч. 2 ст. 107, ч. 1 ст. 107, ч. 2 ст. 69 УК РФ к 2 годам лишения свободы с отбыванием наказания в колонии-поселении. Согласно приговору срок наказания исчислен со дня фактического прибытия в колонию-поселение. Также по приговору зачтено время нахождения под стражей с 13 по 14 августа 2010 года, под домашним арестом — с 14 августа 2010 года и до дня прибытия в колонию-поселение. Осужденный прибыл в колонию 20.04.2011 года. Окончание срока установлено колонией-поселением 13.08.2012 года. Отбывая наказание, 26.08.2011 года осужденный обратился в Биробиджанский районный суд ЕАО с ходатайством об условно-досрочном освобождении, мотивировав отбытием 1/2 части срока наказания. Отказывая в удовлетворении ходатайства, суд указал, что время нахождения осужденного на домашнем аресте в качестве меры пресечения не входит в шестимесячный срок.

В кассационной жалобе осужденный Михайлов А.И., не соглашаясь с постановлением судьи, просит его пересмотреть. Полагает, что в срок необходимый для подачи ходатайства об условно-досрочном освобождении должно засчитываться время, проведенное им под домашним арестом.

Проверив материалы дела, обсудив доводы кассационной жалобы, судебная коллегия находит их обоснованными, судебное решение подлежащим отмене в связи с неправильным применением норм уголовного закона. Единственной причиной отказа в удовлетворении ходатайства суд указал, что осужденный Михайлов А.И. не отбыл установленного ч. 4 ст. 79 УК РФ шестимесячного срока. Вместе с тем, при рассмотрении ходатайства осужденного судом не были учтены следующие положения уголовного закона. Так, согласно ч. 3 ст. 72 УК РФ время содержания под стражей до судебного разбирательства засчитывается в сроки лишения свободы. Из Постановления Пленума Верховного суда РФ № 8 от 21 апреля 2009 года «О судебной практике условно-досрочного освобождения от отбывания наказания, замены неотбытой части наказания более мягким видом наказания» также следует, что время содержания лица под стражей до вынесения приговора и вступления его в законную силу засчитывается в срок фактического отбытия им лишения свободы. В силу ч. 10 ст. 109 УПК РФ время домашнего ареста засчитывается в срок содержания под стражей»<sup>14</sup>.

Безусловно, наиболее резонансным делом последних лет, связанным с зачетом времени домашнего ареста в срок фактического отбытого судом наказания, является решение Судогодского районного суда Владимирской области от 25.08. 2015 г. об условно-досрочном освобождении от отбывания наказания Е.Н. Васильевой — бывшего начальника департамента имущественных отношений Министерства обороны РФ<sup>15</sup>. Данное решение, формально законное, вызвало массовое недовольство в обществе, так как было воспринято как несправедливое<sup>16</sup>.

Зачет времени домашнего ареста (в отличие от срока содержания под стражей) в фактически отбытый срок лишения свободы является ошибкой. Однако сразу же возникает вопрос: почему время содержания под стражей следует засчитывать в этот

<sup>14</sup> Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам суда Еврейской автономной области от 08.11.2011 по делу № 22-791/11.

<sup>15</sup> Судебное делопроизводство Судогодского районного суда Владимирской области // [https://sudogodsky--wld.sudrf.ru/modules.php?name=sud\\_delo&srv\\_num=1&name\\_op=case&case\\_id=52630180&dello\\_id=1610001](https://sudogodsky--wld.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=case&case_id=52630180&dello_id=1610001) (дата обращения: 13.02.2016)

<sup>16</sup> Законность УДО Васильевой проверяет в Генпрокуратуре // <http://rusplt.ru/society/zakonnost-udo-vasilevoy-proveryat-v-genprokurature-18516.html> (дата обращения: 13.02.2016)

срок, а время домашнего ареста — нет. Ответ, на наш взгляд, кроется в сущности уголовно-правового воздействия, которое оказывают меры принудительной изоляции от общества.

По своей природе все эти меры в науке обоснованно предлагают делить на две большие группы: меры в рамках комплексных (интегрированных) административно-правовых и уголовно-правовых институтов — «пенитенциарного права» или «права лишения свободы». В связи с этим из всей совокупности мер принудительной изоляции от общества выделяются так называемые «пенитенциарные меры». Критериями их выделения ученые называют не столько самую принудительную изоляцию, сколько схожие с лишением свободы порядок исполнения и условия отбывания; их уголовно-правовую или уголовно-процессуальную природу; направленность, выражающуюся в прямо предусмотренной законом юридической связи с лишением свободы; уголовно-процессуальный порядок применения (изменения и отмены); а также исполнение органами или учреждениями ФСИН России.

С учетом названных критериев О.В. Воронин из состава пенитенциарных мер справедливо исключает все виды административно-правовой и смешанной административно-правовой и уголовно-правовой изоляции от общества, а также **домашний арест** как меру пресечения<sup>17</sup>. Совокупность «чистых» пенитенциарных мер, по мнению данного автора, включает в себя предварительное заключение и содержание под стражей, уголовные наказания, предполагающие изоляцию от общества, а также задержание осужденных, находящихся на свободе, подразделениями ФСИН России для обеспечения производств, возникающих в стадии исполнения приговора. Условия и порядок исполнения (отбывания) принудительной изоляции являются основным критерием отнесения той или иной меры к числу пенитенциарных (при домашнем аресте отсутствуют такие важные признаки, как водворение в специальные условия и отбывание этой меры совместно с иными лицами). К тому же следует учесть, что домашний арест всегда служил и продолжает служить привилегированной альтернативой такой изоляционной меры, как предварительное заключение и содержание под стражей<sup>18</sup>.

Разделяя позицию О.В. Воронина, мы приходим к логичному выводу, что по своей природе лишение свободы и содержание лица под стражей с точки зрения уголовно-правового воздействия практически идентичны, а домашний арест существенно от них отличается. Поэтому время домашнего ареста нельзя засчитывать в фактически отбывтый срок лишения свободы при условно-досрочном освобождении.

Кроме того, в ст. 107 УПК РФ ясно сказано, что суд с учетом данных о личности подозреваемого или обвиняемого и фактических обстоятельств при избрании домашнего ареста в качестве меры пресечения может ему запретить и (или) ограничить:

- 1) выход за пределы жилого помещения, в котором он проживает;
- 2) общение с определенными лицами;
- 3) отправдение и получение почтово-телеграфных отправлений;
- 4) использование средств связи и информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

В зависимости от тяжести предъявленного обвинения и фактических обстоятельств подозреваемый или обвиняемый может быть подвергнут судом всем запретам и (или) ограничениям, перечисленным выше, либо *некоторым из них*.

<sup>17</sup> Воронин О.В. О некоторых видах принудительной изоляции от общества, известных российскому законодательству // Уголовная юстиция. 2013. № 2. С. 68–69.

<sup>18</sup> Там же. С. 69.

Это означает, что суд может при избрании домашнего ареста в соответствии с ч. 7 ст. 107 УПК РФ запретить или ограничить арестанту «общение с определенными лицами» (п. 2 ч. 7 ст. 107) или запретить или ограничить «использование средств связи и сети Интернет» (п. 4 ч. 7 ст. 107), *не запретив выход за пределы жилого помещения*, в котором проживает лицо, находящееся под следствием.

Зачет времени домашнего ареста в фактически отбытый срок лишения свободы при условно-досрочном освобождении как минимум без учета примененных при этом ограничений не согласуется с принципом справедливости (ст. 6 УК РФ), поскольку ставит в неравное положение лиц, содержащихся под стражей, и лиц, находившихся под домашним арестом с правом покидать жилище.

Возвращаясь к вопросу об уголовно-правовом воздействии, которое оказывает условно-досрочное освобождение от отбытия наказания, следует сказать, что и понятие уголовно-правового воздействия вызывает немало споров среди теоретиков<sup>19</sup>. Одну из наиболее обоснованных дефиниций предложил В.К. Дуононов в докторской диссертации, непосредственно посвященной уголовно-правовому воздействию. В ней он определяет уголовно-правовое воздействие «как целенаправленное карательно-воспитательно-превентивное воздействие на лиц, совершивших преступление, и превентивное воздействие на так называемых неустойчивых граждан в целях утверждения социальной справедливости, укрепления законности и правопорядка, предупреждения преступлений, а также воспитания их в духе неуклонного соблюдения Конституции РФ и других законов»<sup>20</sup>.

Таким образом, утверждение социальной справедливости выступает одной из главных целей уголовно-правового воздействия. Условно-досрочное освобождение как одна из специальных мер уголовно-правового воздействия также должно способствовать достижению этой цели. Зачет времени домашнего ареста в срок фактически отбытого срока лишения свободы при условно-досрочном освобождении не согласуется с указанной целью из-за колоссальной разницы в сущности этих мер изоляции от общества.

Для решения указанной проблемы нами предлагается внести дополнение в постановление Пленума Верховного Суда России от 21.04.2009 № 8 «О судебной практике условно-досрочного освобождения от отбывания наказания, замены неотбытой части наказания более мягким видом наказания», указав в нем, что время домашнего ареста не должно учитываться при расчете фактически отбытого срока при условно-досрочном освобождении.



### Библиография

Бабаян С.Л. Формальное основание применения поощрительного института условно-досрочного освобождения // Уголовно-исполнительное право. 2012. № 2. С. 85–89.

Василенко-Захарова О.В. Формальные основания применения условно-досрочного освобождения от отбывания наказания // Пробелы в российском законодательстве. 2012. № 5. С. 135–137.

Воронин О.В. О некоторых видах принудительной изоляции от общества, известных российскому законодательству // Уголовная юстиция. 2013. № 2. С. 68–71.

<sup>19</sup> См.: Трунцевский Ю.В. Меры уголовно-правового воздействия: понятие и виды // Российская юстиция. 2015. № 5. С. 29–32; Ермолович Я.Н. Уголовная ответственность и уголовно-правовое воздействие // Библиотека криминалиста. 2013. № 6 (11). С. 96–116; Чучаев А.И., Фирсова А.П. Уголовно-правовое воздействие: сущность и характеристика // Lex Russica. 2008. Т. LXVII. № 6. С. 1330–1346; Разгильдиев Б.Т. Уголовно-правовое воздействие и его пределы // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2011. № 2 (295). С. 174–179.

<sup>20</sup> Дуононов В.К. Механизм уголовно-правового воздействия: Теоретические основы и практика реализации: дис. ... д-ра юрид. наук. Тольятти, 2001. С. 36.

Долгополов Д.В. Допустимость применения дополнительных оснований для условно-досрочного освобождения осужденных // Уголовный процесс. 2012. № 1 (85). С. 23–29.

Дроздов А.И. Совершенствование деятельности института условно-досрочного освобождения // Вестник Самарского юридического института. 2012. № 2 (7). С. 21–24.

Дююнов В.К. Механизм уголовно-правового воздействия: Теоретические основы и практика реализации: дис. ... д-ра юрид. наук. Тольятти, 2001. 512 с.

Ермолович Я.Н. Уголовная ответственность и уголовно-правовое воздействие // Библиотека криминалиста. 2013. № 6 (11). С. 96–116.

Закон об условном досрочном освобождении с изложением рассуждений, на коих он основан: (Собрание Узаконений 1909 г. № 126, ст. 1216) / под ред. Д.А. Коптева, статс-секретаря Государственного совета. С.-Пб.: Изд. Г.Г. Ходунова, 1909. 384 с.

Кропачев А. Когда возникает право осужденного на условно-досрочное освобождение // Законность. 2003. № 9. С. 22–24.

Разгильдиев Б.Т. Уголовно-правовое воздействие и его пределы // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2011. № 2 (295). С. 174–179.

Рыбаков А.А. Неотбытая часть наказания при условно-досрочном освобождении: теоретические и практические вопросы // Вестник Владимирского юридического института. 2014. № 2 (31). С. 162–167.

Степанов В.В. Проблемы теории и практики условно-досрочного освобождения от отбывания наказания на примере Тамбовской области: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. 249 с.

Трунцевский Ю.В. Меры уголовно-правового воздействия: понятие и виды // Российская юстиция. 2015. № 5. С. 29–32.

Чуфаровский Ю.В. Юридическая психология: теоретические аспекты, практическое применение. М.: Юрист, 1996. 352 с.

Чучаев А.И., Фирсова А.П. Уголовно-правовое воздействие: сущность и характеристика // Lex-Russica. 2008. Т. LXVII. № 6. С. 1330–1346.

---

## Parole and House Arrest: Issues of Interchangeability



**Ruslan Dolotov**

Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminalistics, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russia. E-mail: rdolotov@hse.ru



### Abstract

The article examines the practice of early release on parole for persons before being sentenced. The pre-trial restrictions concern detention and house arrest. The main purpose of the article is a reasonable response to the question about whether the right to set off time of detention under house arrest in six months' imprisonment necessary for the emergence of the right to parole? To achieve the purpose, the article analyzes the current enforcement practice and opinions of scientists on this issue and then based on the results presents arguments to defend author's position. The key findings of the research are: 1) offsetting time spent in detention to calculate a factual time in imprisonment to address the issue of parole is a common practice based on the positions of the highest judicial bodies of the country and supported by part of scholars in the field of criminal law; 2) when deciding in practice on recalculating time under house arrest, the decision is based on the following reasoning: since the time of the person under house arrest shall be credited to the period of detention, and the detention period is included in the term of imprisonment, when calculating the actual period of detention, imprisonment for parole period of house arrest should be included in that period; 3) this reasoning is flawed because it is based on a dogmatic rather than systemic interpretation of the Criminal Code and Code of Criminal Procedure without understanding the role of the set six-month term in the parole system of criminal law measures; 4) by its nature, the deprivation of liberty and detention of a person from the point of criminal law are almost identical, but the house arrest is substantially different from them; 5) the paper proposes to

amend the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 21.04.2009 № 8 "On Judicial Practice Parole from Serving a Sentence, Replacing the Unserved Part of Punishment with a Milder one".



## Keywords

parole, house arrest, detention, deprivation of liberty, isolation measures, criminal law.

Citation: Dolotov R.O. (2016) Parole and House Arrest: Issues in Interchangeability. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 45–54 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.45.54



## References

Babayan S.L. (2012) Formal'noe osnovanie primeneniya pooshchritel'nogo instituta uslovno-dosrochnogo osvobozhdeniya [Formal Reasons of Applying Incentive Measure of Release on Parole]. *Ugolovno-ispolnitel'noe pravo*, no 2, pp. 85–89.

Chuchaev A.I., Firsova A.P. (2008) Ugolovno-pravovoye vozdeystvie: suschnost i kharakteristika [Criminal Law Influence: Essence and Characteristics]. *Lex Russica*, vol. LXVII, pp. 1330–1346.

Chufarovskiy Yu.V. (1996) *Yuridicheskaya psikhologiya* [Legal Psychology] Moscow: Jurist, 352 p. (in Russian)

Dolgopolov D.V. (2012) Dopustimost' primeneniya dopolnitel'nykh osnovaniy dlya uslovno-dosrochnogo osvobozhdeniya osuzhdennykh [Applying Additional Grounds for Release on Parole for the Convicted] *Ugolovnyi protsess*, no 1 (85), pp. 23–29.

Drozdo A.I. (2012) Sovershenstvovaniye razvitiya instituta uslovno-dosrochnogo osvobozhdeniya [Development of the Institute of Release on Parole]. *Vestnik Samarskogo yuridicheskogo instituta*, no 2, pp. 21–24.

Duyunov V.K. (2001) *Mekhanizm ugolovno-pravovogo vozdeystviya: Teoreticheskie osnovy i praktika realizatsii* (Diss. Doktor Jurid. Nauk). [Mechanism of Criminal Law Influence: Theory and Implementation Companies (Doctor of Juridical Sciences Dissertation)]. Tolyatti, 512 p.

Ermolovich Ya.N. (2013) Ugolovnaya otvetstvennost' i ugolovno-pravovoye vozdeystvie [Criminal Liability and Criminal Law Influence]. *Biblioteka kriminalista*, no 6 (11), pp. 96–116.

Koptev D.A. (ed.) (1909) *Zakon ob uslovnom dosrochnom osvobozhdenii s slozheniem rassuzhdeniy, na koikh on osnovan: (Sobr. Uzak. 1909 g. № 126, st. 1216)* [Law On Release on Parole Attached with Commentaries (Collection of the Legal Acts for 1909, no 126, art. 1216)]. Saint Petersburg: G.G. Khodunov, 384 p.

Kropachev A. (2003) Kogda voznikaet pravo osuzhdeniya na uslovno- dosrochnoe osvobozhdenie [Period for Claiming Release on Parole]. *Zakonnost'*, no 9, pp. 22–24.

Razgil'diev B.T. (2011) Ugolovno-pravovoye vozdeystvie ego predely [Criminal Law Influence and its Limits]. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedenie*, no 2 (295), pp. 174–179.

Rybakov A.A. (2014) Neotbytaya chast' nakazaniya pri uslovno-dosrochnom osvobozhdenii: teoreticheskie i prakticheskie voprosy [Remanent under Release on Parole]. *Vestnik Vladimirovskogo yuridicheskogo instituta*, no 2 (31), pp. 162–167.

Stepanov V.V. (2009) *Problemy teorii i praktiki uslovno-dosrochnogo osvobozhdeniya ot otbyvaniya nakazaniya na primere Tambovskoy oblasti* (Diss. kand. jurid. nauk) [Problems of Theory and Practice of Release on Parole: Concepts and Types (Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Moscow, 249 p.

Truntsevskiy Yu. V. (2015) *Mery ugolovno-pravovogo vozdeystviya: ponyatie i vidy* [Measures of Criminal Law: Concepts and Types]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 5, pp. 29–32.

Vasilenko-Zakharova O.V. (2012) Formalnye osnovaniya primeneniya uslovno-dosrochnogo osvobozhdeniya [Grounds for Applying Release on Parole]. *Probely v rossiyskom zakonodatelstve*, no 5, pp. 135–137.

Voronin O.V. (2013) O nekotorykh vidakh prinuditel'noy izolatsii ot obschestva izvestnykh rossiyskomy zakonodatelstvu [Some Types of Involuntary Social Isolation under Russian Legislation]. *Ugolovnaya yustitsiya*, no 2, pp. 66–71.

# О некоторых коллизиях правовой регламентации стадии возбуждения уголовного дела



**Е.В. Егорова**

доцент кафедры судебной власти факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: 459-43-70@mail.ru



## Аннотация

В статье рассматриваются проблемы правового и прикладного характера, возникающие на стадии возбуждения уголовного дела, устранение которых возможно только путем внесения изменений в уголовно-процессуальное законодательство, и предлагаются возможные пути устранения таких коллизий правового регулирования. Актуальность и практическая значимость рассматриваемых здесь вопросов вызвана прежде всего следующими обстоятельствами. Возбуждение уголовного дела занимает особое место в системе стадий уголовного судопроизводства и имеет специфический круг задач, решаемых на этом этапе уголовно-процессуальной деятельности. Достаточно отметить, что от того, насколько полно, быстро и тщательно будет проведена проверка сообщения о преступлении, непосредственно зависит вынесение законного и обоснованного решения о возбуждении уголовного дела, служащего началом предварительного расследования и создающего важные предпосылки и условия для достижения назначения уголовного судопроизводства в целом. Вместе с тем надлежащее выполнение требований о своевременной и качественной проверке сообщений о совершенных или готовящихся преступлениях во многом зависят не только от профессионализма и добросовестности должностных лиц, проводящих указанные следственные проверки, но и от состояния нормативно-правового регулирования этой деятельности. Проводимый в настоящей статье анализ целого ряда уголовно-процессуальных норм в их взаимосвязи позволяет прийти к выводу о наличии значительного количества противоречий в правовом регулировании деятельности следователей, дознавателей на стадии возбуждения уголовного дела. Устранение их силами самих правоприменителей, без внесения соответствующих изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации, невозможно. Такие казусы касаются самых различных аспектов, начиная от весьма спорного перечня органов дознания, которым действующим законодательством предоставлено право производства проверок сообщений о преступлениях, и заканчивая отсутствием правовой возможности эксгумации трупа, что исключает возможность его осмотра и, соответственно, установления наличия достаточных данных, указывающих на признаки преступления. Очевидно, что такая ситуация фактически устраняет возможности для принятия обоснованного решения о возбуждении уголовного дела даже при наличии на то объективного основания. Данная статья является попыткой не только обратить внимание на некоторые из коллизий правовой регламентации стадии возбуждения уголовного дела, но и предложить возможные варианты их устранения.



## Ключевые слова

возбуждение уголовного дела, следственная проверка, правовая коллизия, следственные действия, осмотр места происшествия, эксгумация, освидетельствование, заключение специалиста, сторона обвинения.

Библиографическое описание: Егорова Е.В. О некоторых коллизиях правовой регламентации стадии возбуждения уголовного дела // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 55–64.



Возбуждение уголовного дела как начальная стадия уголовного судопроизводства является одним из важнейших этапов, в ходе которого уполномоченным государственным органом или должностным лицом осуществляются прием и регистрация поступившего сообщения о преступлении и проводится так называемая доследственная проверка с целью установления наличия или отсутствия достаточных данных, указывающих на признаки преступления. От быстроты и качества ее проведения зависят не только обоснованность решения о возбуждении уголовного дела (или об отказе в его возбуждении), но во многом — успех дальнейшего расследования, возможность уголовного преследования и назначения виновным справедливого наказания.

Вместе с тем, исходя из положений ч. 1 ст. 144 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ), возможности дознавателя, органа дознания, следователя и руководителя следственного органа при проверке сообщений о преступлениях ограничены правами «получать объяснения, образцы для сравнительного исследования, истребовать документы и предметы, изымать их в порядке, установленном настоящим Кодексом, назначать судебную экспертизу, принимать участие в ее производстве и получать заключение эксперта в разумный срок, производить осмотр места происшествия, документов, предметов, трупов, освидетельствование, требовать производства документальных проверок, ревизий, исследований документов, предметов, трупов, привлекать к участию в этих действиях специалистов, давать органу дознания обязательное для исполнения письменное поручение о проведении оперативно-розыскных мероприятий».

Совокупность указанных полномочий производит впечатление достаточной для того, чтобы в установленный законом срок провести объективную проверку и принять обоснованное процессуальное решение. Однако возможность их непосредственной реализации на практике в ряде случаев оказывается под сомнением в результате несогласованности отдельных положений уголовно-процессуального законодательства. В первую очередь это касается тех следственных действий, производство которых разрешено на стадии возбуждения уголовного дела.

В частности, речь идет об осмотре трупа (ч. 1 ст. 144, ч. 4 ст. 178 УПК РФ). Если труп захоронен, необходимым условием и предпосылкой его осмотра является эксгумация. Тем не менее проведение данного процессуального действия до возбуждения уголовного дела УПК РФ не предусмотрено, что на практике лишает следователя возможности вынести обоснованное решение о возбуждении уголовного дела либо об отказе в его возбуждении. В связи с этим для устранения указанной коллизии целесообразно внести изменения в часть 4 ст. 178 УПК РФ, изложив ее в следующей редакции: «4. ... При необходимости эксгумация и осмотр трупа могут быть произведены до возбуждения уголовного дела».

Более того, УПК РФ не регламентирует и порядок оформления факта, хода и результатов проведения эксгумации. При этом безоговорочно руководствоваться положениями ст. 166, 167 УПК РФ, содержащими требования к составлению протокола следственного действия, нет должных оснований в связи с тем, что вопрос об отнесении эксгумации к числу следственных действий остается до настоящего времени дискуссионным. Учитывая, что эксгумация, нередко рассматриваемая в юридической литературе как некоторый аналог выемки, обладает многими признаками следственного действия, представляется целесообразным для устранения указанного пробела в правовом регулировании внести изменения в ч. 1 ст. 180 УПК РФ, изложив ее в следующей редакции «1. Протоколы эксгумации, осмотра и освидетельствования составляются с соблюдением требований настоящей статьи, статей 166 и 167 настоящего Кодекса».



Значительным потенциалом для установления обстоятельств произошедшего события обладает и освидетельствование, которое согласно ч. 1 ст. 179 УПК РФ в случаях, не терпящих отлагательства, может быть произведено до возбуждения уголовного дела. Важно учитывать, что производство данного следственного действия закон допускает только в отношении строго определенного круга участников уголовного судопроизводства, к которому относятся только подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, а также свидетель с его согласия, за исключением случаев, когда освидетельствование необходимо для оценки достоверности его показаний (ч. 1 ст. 179 УПК РФ).

Такая особенность правовой регламентации освидетельствования не в полной мере учитывает потребности практики, так как ставит следователя на стадии возбуждения уголовного дела в условия вынужденного отказа от производства этого следственного действия из-за невозможности выполнения в данном случае всех требований УПК РФ. В противном случае возникает опасность составления протокола освидетельствования без соблюдения предписаний закона, что в дальнейшем не позволит использовать протокол в качестве допустимого доказательства. Избежать отмеченной дилеммы правоприменителю по сути невозможно в связи со спецификой законодательного закрепления порядка производства освидетельствования.

Для аргументации нашего вывода обратимся к выяснению вопроса о том, кто из участников уголовного судопроизводства, в отношении которых допустимо производство освидетельствования, может появиться как процессуальная фигура на стадии возбуждения уголовного дела.

Прежде всего речь идет о подозреваемом в случае задержания лица в соответствии со ст. 91 УПК РФ, когда оно застигнуто при совершении преступления или непосредственно после его совершения; когда потерпевшие или очевидцы укажут на него как на совершившее преступление или когда на этом лице или его одежде, при нем или в его жилище будут обнаружены явные следы преступления.

Следует отметить, что УПК РФ не содержит прямого запрета на задержание лица по подозрению в совершении преступления до принятия решения о возбуждении уголовного дела. Однако вопрос о допустимости подобных действий в течение нескольких десятилетий остается до конца не решенным как в теории уголовного процесса, так и в правоприменительной деятельности. Поэтому на практике, как правило, избегают задерживать по подозрению в совершении преступления до возбуждения уголовного дела с тем, чтобы не нарушить конституционные права граждан на свободу передвижения и личную неприкосновенность.

Что касается обвиняемого, то на стадии возбуждения уголовного дела этот участник уголовного судопроизводства ни при каких обстоятельствах появиться не может по причинам, которые вытекают из положений гл. 23 и ст. 225 УПК РФ. Достаточно отметить, что нет никаких правовых оснований обвинять лицо в преступлении, факт совершения которого только предстоит установить.

Свидетель как лицо, которому могут быть известны какие-либо обстоятельства, имеющие значение для расследования и разрешения уголовного дела, появляется с момента его вызова для дачи показаний, что следует из ч. 1 ст. 56 УПК РФ, официально определяющей понятие данного участника уголовного судопроизводства. Вместе с тем важно учитывать, что показания свидетеля, согласно ч. 1 ст. 79 УПК РФ, — это сведения, сообщенные им на допросе, производство которого до возбуждения уголовного дела УПК РФ не допускается. В результате появление свидетеля на стадии возбуждения уголовного дела также невозможно.

Аналогичным образом складывается и ситуация с потерпевшим как физическим лицом, которому преступлением причинен физический, имущественный или моральный вред (ч. 1 ст. 42 УПК РФ). Впервые факт совершения деяния, содержащего признаки преступления, констатируется в постановлении о возбуждении уголовного дела, т.е. уже после доследственной проверки. Только после этого появляется основание полагать, что определенному лицу был причинен вред именно в результате совершения преступления.

Таким образом, на стадии возбуждения уголовного дела проведение освидетельствования, даже в случаях, не терпящих отлагательства, становится практически невозможным без нарушения требований ч. 1 ст. 179 УПК РФ. Очевидно, что подобная ситуация не способствует повышению эффективности проверок сообщений о преступлениях.

На наш взгляд, одним из возможных путей устранения отмеченного недостатка могло бы стать внесение дополнения в часть 1 ст. 179 УПК РФ, которую предлагаем изложить в следующей редакции: *«...В случаях, не терпящих отлагательства, до возбуждения уголовного дела освидетельствование возможно в отношении лица, на теле которого могут быть обнаружены следы, имеющие значение для установления наличия достаточных данных, указывающих на признаки преступления»*.

Широкими возможностями по установлению обстоятельств произошедшего события в ходе доследственной проверки обладают и такие процессуальные действия, как исследование документов, предметов и трупов, к участию в проведении которых привлекаются специалисты. Однако имеющийся здесь потенциал, связанный с применением специальных знаний, также не может быть использован с максимальной результативностью на практике в силу некоторых расхождений в предписаниях смежных уголовно-процессуальных норм.

Так, ч. 1 ст. 58 УПК РФ под специалистом понимает «лицо, обладающее специальными знаниями, привлекаемое к участию в процессуальных действиях в порядке, установленном настоящим Кодексом, для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении технических средств в исследовании материалов уголовного дела, для постановки вопросов эксперту, а также для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию».

Вместе с тем очевидно, что обнаружение, закрепление и изъятие предметов и документов, о которых говорится в данной статье, является только необходимой предпосылкой для исследования указанных объектов. Поэтому действия по обнаружению, закреплению и изъятию не охватываются понятием исследования и предшествуют ему.

Кроме того, в приведенной дефиниции речь идет об исследовании «материалов уголовного дела», что возможно лишь со стадии предварительного расследования. Учитывая, что ч. 1 ст. 58 УПК РФ не предполагает расширительного подхода, буквальное ее толкование позволяет прийти к выводу, что специалист не наделен правом участвовать в исследовании документов, предметов и трупов до возбуждения уголовного дела.

Таким образом, между предписаниями ч. 1 ст. 58 и ч. 1 ст. 144 УПК РФ усматривается существенное противоречие, которое ограничивает полномочия следователя по привлечению специалиста к исследованию вышеуказанных объектов в ходе проверки сообщения о преступлении.

Не позволяет в должной мере прояснить роль специалиста в проведении исследований в ходе доследственной проверки и ч. 3 ст. 80 УПК РФ, содержащая определение понятия заключения специалиста, под которым понимается «представленное в письменном виде суждение по вопросам, поставленным перед специалистом сторонами».

На наш взгляд, следует согласиться с мнением С.А. Шейфера, который отмечает следующее: «По-видимому, законодатель употребил слово «суждение» для того, чтобы не допускать тавтологии в содержании ст. 80 УПК РФ. Но и семантически, и фактически, говоря о суждении, новая ч. 3 ст. 80 УПК РФ имеет в виду заключение, т.е. вывод, сделанный в результате исследования каких-либо объектов (трактовка термина «заключение» как вывода четко отобразилась в нормативном определении заключения эксперта в ч. 1 ст. 80). Если это так, совершенно неясно, какие именно факты специалист исследует, по чьей инициативе и на основе чего он дает свое заключение, т.е. строит выводы»<sup>1</sup>.

Еще одним недостатком является также отсутствие предусмотренных в уголовно-процессуальном законодательстве оснований и порядка постановки вопросов перед специалистом, равно как и процессуальных гарантий, которые бы обеспечивали обоснованность и объективность его заключения, подобные тем, которые установлены для судебных экспертиз. С.А. Шейфер справедливо замечает, что «попытки придать суждениям специалиста доказательственное значение предпринимались издавна... Но законодатель ранее их не поддерживал, видимо, понимая, что этим опасно размывать грань между заключением специалиста и заключением эксперта. Победа этой тенденции вряд ли принесет положительные результаты, но создаст опасность разрушения института экспертизы посредством проведения ее в непроцессуальной форме, что неминуемо повлечет серьезные нарушения прав участников процесса»<sup>2</sup>.

Разделяя эти опасения, мы тем не менее не считаем целесообразным отказываться от признания заключения специалиста в качестве доказательства, но убеждены, что порядок его получения нуждается в подробной процессуальной регламентации аналогично тому, как это сделано применительно к назначению и производству судебных экспертиз в уголовном процессе.

Также целесообразно расширить на законодательном уровне перечень видов объектов, которые могут быть исследованы на стадии возбуждения уголовного дела. В настоящее время к ним отнесены только документы, предметы и трупы (ч. 1 ст. 144 УПК РФ). Однако практика показывает, что многие следы, обнаруживаемые в ходе осмотра мест происшествий, трупов, а также освидетельствования не относятся к категории предметов, а являются следами — отображениями или следами — веществами, которые образуют две самостоятельные группы материальных следов, о которых не упоминается в ч. 1 ст. 144 УПК. Формально такие следы — это отображения и вещества, даже при условии что они имеют важное значение для установления обстоятельств произошедшего события, не охватываются понятием предмета и поэтому не могут быть объектом исследования специалиста в ходе доследственной проверки.

Для устранения указанного пробела представляется важным внесение дополнения в ч. 1 ст. 144 УПК РФ, которое предусматривало бы не только возможность исследования трупов, документов и предметов, но и иных материальных следов, включая следы — отображения и следы — вещества, обнаруженных в результате осмотра места происшествия, документов, предметов, трупов, а также освидетельствования.

С учетом этого формулировка части 1 ст. 144 УПК РФ нуждается, на наш взгляд, в дальнейшем совершенствовании и может быть предложена в следующей редакции: «... При проверке сообщения о преступлении дознаватель, орган дознания, следователь, руководитель следственного органа вправе получать объяснения, образцы для сравни-

<sup>1</sup> Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М., 2009. С. 171–172.

<sup>2</sup> Там же. С. 172–173.

тельного исследования, истребовать документы и предметы, изымать их в порядке, установленном настоящим Кодексом, назначать судебную экспертизу, принимать участие в ее производстве и получать заключение эксперта в разумный срок, производить осмотр места происшествия, документов, предметов, трупов, освидетельствование, требовать производства документальных проверок, ревизий, исследований документов, предметов, *иных материальных следов*, трупов, привлекать к участию в этих действиях специалистов, давать органу дознания обязательное для исполнения письменное поручение о проведении оперативно-розыскных мероприятий».

Кроме того, с учетом данного предложения о расширении перечня объектов, исследование которых допустимо и целесообразно на этапе следственной проверки, и принимая во внимание тесную взаимосвязь ряда уголовно-процессуальных норм, полагаем целесообразным также внесение соответствующего изменения в ч. 1 ст. 58 УПК РФ, содержание которой могло бы быть изложено следующим образом: «1. Специалист — лицо, обладающее специальными знаниями, привлекаемое к участию в процессуальных действиях в порядке, установленном настоящим Кодексом, для содействия в обнаружении, закреплении, изъятии и *исследовании* предметов, документов, *трупов, иных материальных следов, в том числе с применением технических средств, проведении документальных проверок, ревизий и дачи заключений по результатам их производства*, для постановки вопросов эксперту, а также для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию».

Начиная с февраля 2013 года в отличие от ранее действовавших редакций ч. 1 ст. 144 УПК РФ предусматривает не только возможность назначения, но и производства судебной экспертизы на стадии возбуждения уголовного дела. Вместе с тем, этой же частью данной статьи за дознавателем, органом дознания, следователем, руководителем следственного органа сохранено право при проверке сообщений о преступлениях требовать производства исследований трупов.

Основной целью такого исследования, как правило, является установление причины смерти для решения вопроса о наличии или отсутствии основания для возбуждения уголовного дела. Вместе с тем такую практику необходимо рассматривать в контексте положений п. 1 ч. 1 ст. 196 УПК РФ, предусматривающего обязательность назначения и производства судебной экспертизы для установления причины смерти. В противном случае исследование трупа на стадии возбуждения уголовного дела может значительно усложнить производство последующей судебно-медицинской экспертизы и отрицательно отразиться на ее результатах, не говоря о напрасной потере времени и сил.

На наш взгляд, ранее, когда судебная экспертиза на стадии возбуждения уголовного дела предусмотрена не была, возможность исследования трупа в ходе следственной проверки в значительной степени было оправданным и востребованным шагом. Хотя и здесь складывалась парадоксальная ситуация, поскольку для установления причины смерти в любом случае требовалось производство судебной экспертизы, которая допускалась лишь в рамках возбужденного уголовного дела. В итоге следователь оказывался «в замкнутом круге»: производство судебной экспертизы требовало обязательного принятия решения о возбуждении уголовного дела, а правовые основания для этого отсутствовали (например, ненасильственная смерть, вызванная определенным заболеванием или глубокими возрастными изменениями). В то же время ограничиваться исследованием трупа без судебно-медицинской экспертизы следователю не позволяло требование ст. 196 УПК РФ, указывавшее на обязательность такой экспертизы в любом случае.

Данный казус, ранее существовавший в УПК РФ, в настоящее время законодателем устранен путем предоставления права назначения и производства любого вида судеб-

ной экспертизы на стадии возбуждения уголовного дела, включая и судебно-медицинскую. Остается учитывать важность этой новеллы и ее значение для правоприменительной практики.

Несмотря на определенные положительные изменения, связанные с совершенствованием уголовно-процессуального законодательства, остаются нерешенными и другие проблемные вопросы стадии возбуждения уголовного дела. В том числе это касается круга субъектов, которым дано право производства проверок сообщений о преступлениях. Согласно ч. 1 ст. 40 УПК РФ к таким уполномоченным участникам уголовного процесса наряду с дознавателем, следователем и руководителем следственного органа относится и орган дознания.

Статья ст. 40 УПК РФ, являясь бланкетной, не приводит исчерпывающего перечня органов дознания и относит к ним «также иные органы исполнительной власти, наделенные в соответствии с федеральным законом полномочиями по осуществлению оперативно-розыскной деятельности». В соответствии со ст. 13 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» право осуществлять такую деятельность представлено, в частности, оперативным подразделениям: органов внутренних дел Российской Федерации; органов ФСБ; федерального органа исполнительной власти в области государственной охраны; таможенных органов; Службы внешней разведки; Федеральной службы исполнения наказаний; органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ.

Таким образом, исходя из положений ч. 1 ст. 40 УПК РФ, оперативные подразделения всех вышеперечисленных государственных органов являются одновременно и органами дознания. По смыслу положений ч. 3 ст. 151 УПК РФ и ст. 157 УПК РФ любой орган дознания, возбудив уголовное дело, или должен приступить к производству дознания, или, если уголовное дело ему не подследственно, провести неотложные следственные действия, после чего направить уголовное дело по подследственности руководителю следственного органа.

Вместе с тем анализ ст. 151 и 157 УПК РФ, как и других положений УПК РФ, позволяет прийти к выводу, что оперативные подразделения Федеральной службы охраны и Службы внешней разведки фактически не обладают полномочиями ни производства дознания, ни проведения неотложных следственных действий. В связи с этим, на наш взгляд, теряется смысл отнесения их к числу органов дознания в связи с отсутствием правовой возможности осуществлять уголовное преследование, которое допустимо лишь в рамках возбужденного уголовного дела.

Вышеуказанные проблемы правового характера, связанные с проведением следственных проверок, мы не расцениваем в качестве повода для отмены стадии возбуждения уголовного дела. Наоборот, изложенные нами предложения рассматриваем как один из возможных путей дальнейшего совершенствования этого важного и ответственного этапа уголовного судопроизводства.



### **Библиография**

Виницкий Л.В. и др. Актуальные вопросы использования помощи специалиста на стадии возбуждения уголовного дела. М.: Юрлитинформ, 2012. 226 с.

Грачев С.А. Уголовно-процессуальная деятельность в стадии возбуждения уголовного дела. Нижний Новгород: Академия МВД России, 2013. 49 с.

Гриненко А.В. Механизм возбуждения уголовного дела. М.: Юрлитинформ, 2016. 219 с.

Дикарев И.С. (отв. ред.) и др. Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела. М.: Юрлитинформ, 2012. 405 с.

Мальшева О.А. Возбуждение уголовного дела: теория и практика. М.: Юрист, 2008. 196 с.

Марфицин П.Г., Синенко С.А., Филиппов Д.В. Обеспечение прав и законных интересов лица, пострадавшего от преступления, в стадии возбуждения уголовного дела. Омск: Академия МВД России, 2013. 143 с.

Миленин Ю.Н., Семенов Е.А. Уголовно-процессуальная деятельность участников уголовного судопроизводства на стадии возбуждения уголовного дела: учебное пособие. Орел: Юридический институт МВД России, 2015. 82 с.

Николук В.В., Вольнский В.В. Судебный контроль за деятельностью органов предварительного расследования на стадии возбуждения уголовного дела. Орел: Юридический институт МВД России, 2013. 139 с.

Победкин А.В., Яшин В.Н. Возбуждение уголовного дела (теория, современное состояние, перспективы): учебное пособие. М.: РПА Минюста России, 2015. 119 с.

Рыжаков А.П. Возбуждение и отказ в возбуждении уголовного дела. М.: Экзамен, 2007. 317 с.

Ряполова Я.П. Уголовно-процессуальная деятельность в стадии возбуждения уголовного дела. Курск: Университетская книга, 2016. 167 с.

Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела / Под ред. И.С.Дикарева. Волгоград: Изд-во Волгоградского университета, 2011. 378 с.

Удовыдченко И.В. Процессуальные способы проверки сообщения о преступлении на стадии возбуждения уголовного дела. Ставрополь: Краснодарский университет МВД России, 2011. 58 с.

Фролкин Н.П., Шульгин И.В. Стадия возбуждения уголовного дела в уголовном судопроизводстве: учебное пособие. М.: Изд. Шумиловой, 2011. 131 с.

Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М.: Норма, 2009. 239 с.

---

## Collisions of Legal Regulation at the Stage of Initiating Legal Proceedings



**Elena Egorova**

Associate Professor, Department of Judicial Power, National Research University Higher School of Economics. Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russia. E-mail: 459-43-70@mail.ru



### Abstract

The paper features the issues of legal and applied character arising at the stage of initiating criminal cases. The issues in question may be eliminated only by amending criminal proceeding legislation. The paper considers possible ways of eliminating such collisions of legal regulation. The relevance and the practical importance of the questions considered here are caused, first of all, by the following circumstances. First of all, the special place which is taken by initiation of legal proceedings in the system of stages of criminal legal proceedings and a specific circle of the tasks solved at this stage of criminal procedure activity. Of note that the lawful and reasonable decision on initiation of legal proceedings depend on the completeness, time and accuracy of the inspection of the notice on a crime. At the same time, appropriate implementation of requirements about carrying out timely and high-quality verification of the arrived messages on the committed or preparing crimes in many respects depend not only on the qualification and conscientiousness of the officials who are carrying out the specified investigation verifications but also on a condition of standard and legal regulation of this activity. The analysis of a number of criminal procedure norms which is carried out in the present article in their correlation enables to come to the conclusion about the considerable number of contradictions in legal regulation of the activity of investigators at the stage of initiation of legal proceedings. The elimination of the contradictions by law enforcement officials, without making corresponding changes in the Code



of Criminal Procedure of the Russian Federation deems impossible. Such cases concern the most various aspects, such as a very controversial list of bodies of inquiry which by the current legislation have been granted the right of producing the verifications of messages on crimes and the lack of legal possibility to exhume a corpse that excludes a possibility of its examination and, respectively, establishment of existence of the sufficient data indicating crime signs. It is obvious that such a situation actually deprives of an opportunity to make a reasonable decision on the initiation of legal proceedings even in the presence of grounded basis. This article is an attempt not only to draw attention to some of the existing collisions of the legal regulation at the stage of initiation of legal proceedings, but also to propose possible options of their elimination.



## Keywords

initiation of legal proceedings, pre-investigation check, legal collision, investigations, view of place of occurrence under investigation, exhumation, survey, expert opinion, prosecution.

Citation: Egorova E.V. (2016) Collisions of Legal Regulation at the Stage of Initiating Legal Proceedings. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 55–64 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.55.64



## References

Dikarev I.S. (ed.) (2011) *Sushchnost' i aktual'nye problemy stadii vozbuzhdeniya ugovnogo dela: monografiya* [Essence and Issues of Initiating Criminal Case. Monograph]. Volgograd: Volgogradskiy gos. universitet, 378 p. (in Russian)

Dikarev I.S. (ed.) (2012) *Sushchnost' i aktual'nye problemy stadii vozbuzhdeniya ugovnogo dela: monografiya* [Essence and Issues of Initiating Criminal Case. Monograph]. Moscow: Yurлитinform, 405 p. (in Russian)

Frolkin N.P., Shulgin I.V. (2011) *Stadiya vozbuzhdeniya ugovnogo dela v ugovnom sudoproizvodstve* [Initiating Criminal Case on Proceedings]. Moscow: Shumilova, 131 p. (in Russian)

Grachev S.A. (2013) *Ugovno-protsessual'naya deyatel'nost' v stadii vozbuzhdeniya ugovnogo dela* [Criminal Proceedings at the Stage of Initiating a Criminal Case]. N. Novgorod: NA MVD, 49 p. (in Russian)

Grinenko A.V. (2016) *Mekhanizm vozbuzhdeniya ugovnogo dela* [Mechanism of Initiating a Criminal Case]. Moscow: Yurлитinform, 219 p. (in Russian)

Malysheva O.A. (2008) *Vozbuzhdenie ugovnogo dela: teoriya i praktika: monografiya* [Initiating a Criminal Case: Theory and Practice: Monograph]. Moscow: Yurist, 196 p. (in Russian)

Marfitsin P.G., Sinenko S.A., Filippov D.V. (2013) *Obespechenie prav i zakonnykh interesov litsa, post-radavshogo ot prestupleniya, v stadii vozbuzhdeniya ugovnogo dela* [Ensuring Rights and Legal Interests for Persons who got a Victim of Crime]. Omsk: OMA MVD Rossii, 143 s. (in Russian)

Milenin Yu.N., Semenov E.A. (2015) *Ugovno-protsessual'naya deyatel'nost' uchastnikov ugovnogo sudoproizvodstva na stadii vozbuzhdeniya ugovnogo dela* [Procedure of Criminal Case Investigators]. Orel: OrYul MVD, 82 p. (in Russian)

Nikolyuk V.V., Volynskiy V.V. (2013) *Sudebnyy kontrol' za deyatel'nost'yu organov predvaritel'nogo rassledovaniya na stadii vozbuzhdeniya ugovnogo dela* [Judicial Control over the Bodies of Preliminary Investigation]. Orel: OrYul MVD Rossii, 139 p. (in Russian)

Pobedkin A.V., Yashin V.N. (2015) *Vozbuzhdenie ugovnogo dela (teoriya, sovremennoe sostoyanie, perspektivy)* [Initiating a Criminal Case (Theory, Current Situation, Perspectives)]. Moscow: RPA Minyusta Rossii, 119 p. (in Russian)

Ryzhakov A.P. (2007) *Vozbuzhdenie i otkaz v vozbuzhdenii ugovnogo dela: nauchno-prakticheskoe rukovodstvo* [Initiating and Denying Initiation of a Criminal Case: Manual]. Moscow: Ekzamen, 317 p. (in Russian)

Ryapolova Ya.P. (2016) *Ugovno-protsessual'naya deyatel'nost' v stadii vozbuzhdeniya ugovnogo dela: monografiya* [Criminal Proceeding at the Stage of Initiating a Criminal Case: Monograph]. Kursk: Univ. kniga, 167 p. (in Russian)



Sheyfer S.A. (2009) *Dokazatelstva i dokazyvanie po ugovolnym delam* [Proof in Criminal Cases]. Moscow: Norma, 239 p. (in Russian)

Udovydchenko I.V. (2011) *Protsessual'nye sposoby proverki soobshcheniya o prestuplenii na stadii vzbuzhdeniya ugovolnogo dela* [Procedures of Verifying Crime Initiating a Criminal Case]. Stavropol': SF KrU MVD Rossii, 58 p. (in Russian)

Vinit'skiy L.V., Mel'nik S.L., Revenko Ya.D. (2012) *Aktual'nye voprosy ispol'zovaniya pomoshchi spetsialista na stadii vzbuzhdeniya ugovolnogo dela* [Using Experts at the Stage of Initiating Criminal Case]. Moscow: Yurliitinform, 226 p. (in Russian)

# Понятие и признаки неосторожного причинения

---



**И.Ю. Янина**

аспирантка кафедры уголовного права, криминалистики и криминологии Мордовского государственного университета им. Н.П. Огарева. Адрес: 430005, Российская Федерация, Саранск, ул. Полежаева, 20. E-mail: yanina\_i@bk.ru

---



## Аннотация

В статье обсуждается проблема неосторожной преступной деятельности, осуществленной несколькими субъектами, с позиции специального вида уголовно-правового причинения. Определена правовая природа многосубъектных неосторожных преступлений. Проведен анализ существующих в науке категорий неосторожного причинения, позволяющих сформировать представление о его признаках. Высказано предложение об изменении названия неосторожной преступной деятельности двух или более лиц: вместо традиционного понятия «неосторожное сопричинение» можно использовать название «неосторожное причинение». Термины «сопричинение», «сопричастность» и «совместность» имеют отношение только к умышленным преступлениям, совершенным в соучастии. Отмечен смежный характер преступлений, осуществляемых путем неосторожного причинения, и преступлений, совершаемых в соучастии. Изучение понятия «неосторожное причинение» показало, что в доктрине уголовного права данная форма преступного поведения в целом понимается однотипно. В статье высказано несогласие с позицией ученых-криминалистов, которые рассматривают неосторожную и умышленную формы преступной деятельности нескольких субъектов как тождественные уголовно-правовые явления. Сформулированы определения (доктринальное и законодательное) неосторожного причинения. Приведен исчерпывающий перечень признаков, характерных для неосторожной преступной деятельности двух или более лиц, — неосторожная форма вины; взаимосвязанный и взаимообусловленный характер преступного деяния, совершенного причинителями; неосторожный преступный результат, наступивший в результате легкомысленных или небрежных действий нескольких лиц. Особое лексическое толкование придается двум признакам неосторожного причинения, таким как взаимосвязанность и взаимообусловленность. Подтверждена существующая в науке точка зрения о необходимости закрепления неосторожного причинения на законодательном уровне. Проведенное исследование показало, что нередко при совершении неосторожного деяния несколькими неосторожно действующими виновными лицами уголовная ответственность наступает лишь для одного из таких субъектов. В целях возможности привлечения к ответственности всех неосторожных причинителей выработано предположение о целесообразности его закрепления в тексте УК. Определено место неосторожного причинения в структуре Общей части уголовного закона — в главе 7<sup>1</sup> «Специальные виды причинения» и ст. 36<sup>3</sup> УК РФ «Неосторожное причинение».

---



## Ключевые слова

уголовное право, Уголовный кодекс Российской Федерации, неосторожное причинение, соучастие, неосторожное соучастие, сопричастность, сопричинение, совместность.

---

Библиографическое описание: Янина И.Ю. Понятие и признаки неосторожного причинения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 65–73.

JEL: K14; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.65.73

Традиционно в теории уголовного права под неосторожным причинением понимается преступная деятельность, вызванная неосторожными действиями двух или более субъектов. Представленная формулировка неосторожного причинения не раскрывает его содержания, что, в свою очередь, вызывает сложности в определении юридической сущности и, соответственно, признаков многосубъектной неосторожной преступной деятельности.

Преступления, совершаемые путем неосторожного причинения, переплетаются с преступными деяниями, осуществленными в соучастии. Согласно ст. 32 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) «соучастием в преступлении признается умышленное совместное участие двух или более лиц в совершении умышленного преступления». Буквальное толкование нормы о соучастии напрямую свидетельствует об умышленном характере содеянного соучастниками; и на этом вопрос о возможности неосторожного соучастия, казалось бы, должен быть закрыт. Тем не менее, некоторые современные ученые не без оснований критикуют подобный подход, не претендуя на признание неосторожного соучастия, а в целях отыскания адекватного уголовно-правового реагирования на совершение неосторожных преступлений несколькими лицами<sup>1</sup>.

Например, А.П. Козлов полагает, что для соучастия характерны как прямой, так и косвенный виды умысла. Из этого делается вывод о возможности в некоторых случаях действовать соучастникам при совершении преступления и по неосторожности, поскольку «механизм совершения преступления по неосторожности ничем не отличается от механизма совершения преступления с косвенным умыслом»<sup>2</sup>. В связи с этим автор в поисках приемов урегулирования неосторожной преступной деятельности нескольких лиц, скорее, от безысходности, предлагает на законодательном уровне предусмотреть соучастие с неосторожной формой вины, поскольку «приемлемого решения спорных случаев неосторожной совместности не существует до сих пор»<sup>3</sup>.

В науке существует позиция, согласно которой соучастники могут действовать с косвенным умыслом, но только при соисполнительстве и лишь в преступлениях, субъективная сторона которых предполагает как прямой, так и косвенный умысел<sup>4</sup>. Надо заметить, что интеллектуальные составляющие косвенного умысла и неосторожности, в частности, легкомыслия, все же весьма различны. Косвенный умысел состоит из трех обязательных компонентов — осознания преступного характера содеянного, предвидения наступления преступного результата, нежелания наступления общественно опасных последствий при условии понимания возможности их наступления либо вовсе безразличного к ним отношения. С преступным легкомыслием ситуация складывается совершенно иным образом; имеет место предвидение наступления общественно опасных последствий и самонадеянность, благодаря которой лицо, совершившее преступление, бесосновательно надеется, что преступный результат не наступит.

<sup>1</sup> См., напр.: *Безбородов Д.А.* Уголовно-правовое регулирование ответственности за совместное совершение преступления: монография. СПб., 2007. С. 202; *Курсаев А.В.* Неосторожное сопричинение в российском уголовном праве. М.: Юрлитинформ, 2015. С. 186–187; *Лопашенко Н.А.* Экологические преступления: уголовно-правовой анализ. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 334; *Нерсесян В.А.* Уголовная ответственность сопричинителей вреда по неосторожности // *Российская юстиция.* 1999. № 10. С. 44–45; *Рарог А.И.* Уголовная ответственность за неосторожное сопричинение / *Уголовное право в XXI веке: материалы Междунар. науч.-практ. конф.* 31 мая — 1 июня 2001 г. М., 2002. С. 70; и др.

<sup>2</sup> См.: *Козлов А.П.* Соучастие: традиции и реальность. СПб., 2001. С. 68.

<sup>3</sup> *Козлов А.П.* Указ соч. С. 76.

<sup>4</sup> См., напр.: *Уголовное право России. Части Общая и Особенная: курс лекций / под ред. А.И. Рарога.* М., 2007. С. 100 (автор главы «Соучастие в преступлении» — Г.А. Есаков).

Применительно к соучастникам преступления предположение о том, что исполнитель либо организатор, планируя преступление заранее и тщательно, стремясь к преступной цели, могут рассчитывать на предотвращение преступного результата, сомнительно, поскольку соучастник, вне зависимости от выполняемой им роли всегда тяготеет к общему, единому для всех результату. По этой причине более убедительной представляется точка зрения Б.С. Никифорова, который выступал противником подобных взглядов: «Нет сомнения, что действие соучастника есть всегда умышленное. Однако не вызывает сомнения и то, что в ряде составов представляется необходимым раздельный анализ вины в отношении действия и в отношении последствий»<sup>5</sup>.

Отрицание неосторожной преступной деятельности нескольких лиц в рамках института соучастия вполне закономерно. Вместе с тем возможность совершения неосторожного преступления несколькими лицами очевидна. Судебная практика переполнена подобными прецедентами<sup>6</sup>. Например, при нарушении установленных требований охраны труда, пожарной безопасности, в области транспортной безопасности, правил безопасности на объектах атомной энергетики, при ведении горных работ, обращении с источниками повышенной опасности, строительных или иных работ, охране окружающей среды, правил безопасности движения и эксплуатации транспортных средств и т.п.

Выражаясь словами Н.А. Бабия, «соучастия в неосторожных преступлениях нет, но есть проблема законодательного закрепления ответственности за «неосторожное причинение», под которым понимается совершение неосторожного преступления взаимосвязанными и взаимообусловленными действиями двух или более лиц»<sup>7</sup>.

Существующие в уголовно-правовой доктрине понятия неосторожного причинения весьма схожи с вышеприведенным определением Н.А. Бабия<sup>8</sup>, соответственно, учеными выделяются и схожие признаки неосторожного причинения. Например, Р.Р. Галиакбаров ведет речь о следующих признаках неосторожного причинения: «едином преступлении, участии в таком преступлении нескольких субъектов, взаимосвязанном и взаимообусловленном характере «допреступного» поведения участников посягательства, создании угрозы наступления или наступлении единого для всех субъектов преступного последствия, предусмотренного конкретным составом, наличии причинной связи между «допреступным» поведением субъектов и наступившим преступным результатом, совершении посягательства с неосторожной формой вины»<sup>9</sup>. А.В. Курсаев пишет о «едином преступлении, наличии нескольких лиц, взаимосвязанном и взаимообусловленном характере действий причинителей, едином для всех причинителей об-

<sup>5</sup> Никифоров Б.С. Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик. М.: Госюриздат, 1959. С. 15.

<sup>6</sup> См., напр.: Приговор от 3 августа 2012 г. Железнодорожного районного суда Екатеринбурга Свердловской области // URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения: 18.04.2015); Приговор от 10 октября 2014 г. Златоустовского городского суда Челябинской области // URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения: 18.04.2015); и др.

<sup>7</sup> Бабий Н.А. Множественность лиц в преступлении и проблемы учения о соучастии: монография. М.: Юрлитинформ, 2013. С. 577.

<sup>8</sup> См., напр.: Гладкова А.Д. Уголовная ответственность сопричинителей вреда по неосторожности // Science Time. 2014. № 5(5). С. 52; Гринберг М.С. Соучастие в неосторожных преступлениях // Советское государство и право. 1990. № 8. С. 56; Намняев В.В. Особенности уголовной ответственности лиц, управляющих транспортными средствами, при обоюдном нарушении правил дорожного движения // Теория и практика общественного развития. 2014. № 20. С. 112; и др.

<sup>9</sup> Галиакбаров Р.Р. Квалификация многосубъектных преступлений без признаков соучастия. Хабаровск, 1987. С. 72.

щественно опасном результате, наличии причинной связи между действиями (бездействием) *причинителей* и наступившими последствиями, неосторожной форме вины, противоправности (*курсив мой — И.Я.*)»<sup>10</sup>. И.Р. Харитоновна говорит об «участии в преступлении двух и более субъектов, взаимосвязанном характере действий (бездействия) субъектов, наступлении единого последствия или создании угрозы его наступления (в зависимости от конструкции конкретного состава преступления), причинной связи между действиями (бездействием) субъектов и преступным последствием ... совершенном по неосторожности двумя или более субъектами единого преступления»<sup>11</sup>.

В целом такие признаки неосторожного причинения как неосторожное деяние, неосторожный преступный результат, неосторожная форма вины, наличие двух или более субъектов, взаимосвязанный и взаимообусловленный характер действий неосторожных причинителей не вызывают нареканий. Кроме того, при характеристике неосторожного преступления, совершенного несколькими лицами, излишне вести речь об обязательных признаках преступления, в том числе и противоправности. Юридическую природу каждой формы множественности лиц при совершении преступления (соучастия, посредственного причинения, неосторожного причинения и др.) можно установить только на основании специальных признаков, позволяющих произвести отличие одного вида преступной совместности от другого.

Традиционно в теории уголовного права применительно к неосторожному преступному результату, наступившему по вине нескольких лиц, используют термин «*неосторожное сопричинение*»<sup>12</sup>. В связи с этим многие авторы в содержание неосторожного причинения включают признак совместности<sup>13</sup>. А.П. Козлов, на наш взгляд, правильно критикует понятие «неосторожное сопричинение», поскольку в нем сосредоточены признаки соучастия<sup>14</sup>. В литературе встречаются и другие названия неосторожной преступной деятельности двух или более лиц. Так, в докторской диссертации В.А. Нерсесяна «Ответственность за неосторожные преступления»<sup>15</sup> упоминается термин «неосторожное причинение», однако ученый не настаивает на его закреплении в науке. А.А. Тайбаков употребляет категорию «сопричастность в преступлении»<sup>16</sup>; Д.А. Безбородов и А.К. Романов — «преступная совместность»<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> Курсаев А.В. Указ соч. С. 125.

<sup>11</sup> Харитоновна И.Р. Неосторожное сопричинение в советском уголовном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1985. С. 11.

<sup>12</sup> См., напр.: Вопросы Общей части уголовного права в теории и правоприменительной деятельности Республике Мордовия / под ред. Н.А. Лопашенко. Саранск, 2014. С. 68 (автор главы «Соучастие в преступлении» — О.Н. Агеева); Козаев Н.Ш. Современные производственные технологии и концепция неосторожного сопричинения в уголовном праве // Российский следователь. 2013. № 16. С. 33; Короблева С.Ю. Вопросы квалификации деяний неосторожных сопричинителей // Российский следователь. 2013. № 24. С. 18; и др.

<sup>13</sup> См., напр.: Канашина О.А. Взаимная вина в уголовном праве: необходимость установления. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 73–74; Тер-Акопов А.А. Ответственность за нарушение специальных правил поведения. М., 1995. С. 168; и др.

<sup>14</sup> См.: Козлов А.П. Указ. соч. С. 15.

<sup>15</sup> См.: Нерсесян В.А. Ответственность за неосторожные преступления: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006. С. 214.

<sup>16</sup> См.: Тайбаков А.А. Сопричастность при неосторожной вине // Законность. 2000. № 6. С. 43.

<sup>17</sup> См.: Безбородов Д.А. Совместность деяния в неосторожном преступлении: о целесообразности изменения подходов к исследованию // Российская юстиция. 2007. № 6. С. 22; Романов А.К. Преступная совместность: понятие, формы и виды / Проблемы и перспективы развития современной юриспруденции. Сборник научных трудов. Воронеж, 2014. С. 83.

По сути, понятия «сопричинение», «сопричастность» и «совместность» выступают словами-синонимами, в связи с чем приставка «со» наталкивает на мысль о таком обязательном признаке соучастия в преступлении, как совместность. Нельзя не согласиться с А.В. Наумовым, который считает, что «в случае совместного причинения вреда по неосторожности отсутствует необходимая внутренняя, субъективная совместность действий, и каждый из причинивших преступный результат отвечает самостоятельно. Поэтому соучастие в неосторожных преступлениях невозможно»<sup>18</sup>.

По нашему убеждению, в контексте неосторожной многосубъектной преступной деятельности следует вести речь не о совместном характере осуществленного деяния виновными лицами, а о взаимосвязанной и взаимообусловленной природе содеянного неосторожными причинителями. Взаимосвязанность в неосторожном причинении предполагает последовательность действий (бездействий), осуществленных каждым неосторожным участником автономно. Взаимообусловленность неосторожного причинения следует рассматривать как влияние действия (бездействия) одного неосторожного виновника преступления на действие (бездействие) другого неосторожного причинителя, совокупные деяния которых ведут к наступлению преступного результата. Взаимосвязанность и взаимообусловленность, в отличие от совместности, свойственны как для умышленных многосубъектных преступлений, так и для неосторожных.

Термин сопричинение имеет прямое отношение к соучастию. На данное обстоятельство обращал внимание А.Ф. Зелинский: «При соучастии происходит сопричинение (совместное причинение) вреда, который наносится вследствие взаимодействия нескольких участников. Действия каждого соучастника выступают в качестве составной части общей причины»<sup>19</sup>. То есть, при совершении преступления путем неосторожного причинения действия (бездействия) виновных лиц состоят в причинной связи; несовершение деяния одним из таких субъектов не может привести к наступлению неосторожного преступного результата.

И.Я. Козаченко и Г.П. Новоселов утверждают, что «... подобно любому иному виду совместного совершения преступления, соучастие в преступлении возможно только тогда, когда имеет место сопричинение вреда двумя или более лицами»<sup>20</sup>. Сопричинение вреда при совершении преступления в соучастии немислимо без совместной противоправной деятельности нескольких лиц, действующих умышленно.

Некоторые ученые-криминалисты не без оснований исключают неосторожное соучастие также по причине отсутствия и другого его обязательного объективного признака — согласованности действий между виновными лицами. Например, С.П. Познышев полагал, что «... нет соучастия в случаях, когда хотя бы один из соучастников действует неосторожно, или когда между соучастниками не было соглашения. ... В противном случае, к числу соучастников придется отнести и некоторых таких лиц, которые явно не участвовали в совершении преступления»<sup>21</sup>. Л.Е. Владимиров отрицал неосторожное соучастие вследствие отсутствия признака согласованности между действиями виновных лиц: «Неосторожное соучастие есть нелепость; также точно нелепость неосторожное участие в умышленном преступлении, и обратно — умышленное участие в неосто-

<sup>18</sup> Наумов А.В. Российское уголовное право: курс лекций: в 3 т. Т. 1: Общая часть. 5-е изд., перераб. и доп. М., 2011. С. 467–468.

<sup>19</sup> Зелинский А.Ф. Соучастие в преступлении. Лекция. Волгоград, 1971. С. 6.

<sup>20</sup> Уголовное право. Общая часть: учебник для бакалавров / И.Я. Козаченко, Г.П. Новоселов. М., 2014. С. 203.

<sup>21</sup> Познышев С.П. Общая часть уголовного права. М., 1912. С. 376.



рожном преступлении. Для соучастия требуется соглашение совершить преступление общими силами: соглашение может выражаться в той или другой форме, может быть предварительным или не предварительным (при самом выполнении преступления), но оно должно существовать»<sup>22</sup>.

Из числа современных исследователей, например, Л.Д. Гаухман не признавал соучастием случаи, «когда психическое отношение лица к содеянному или к созданию исполнителю реальной возможности совершения преступления, даже умышленного, выражается в форме неосторожности, поскольку отсутствует такой признак соучастия, как согласованность»<sup>23</sup>. Р.С. Данелян очень точно подчеркивает, что «неосторожная вина при совершении преступления не может создать той внутренней согласованности между действиями нескольких лиц, которая свойственна соучастию»<sup>24</sup>. Согласованность всегда свидетельствует об умышленном характере преступления; при этом соучастник осознает групповой характер способа совершения преступного деяния.

Справедливости ради, А.П. Брагин указывает, что при совершении преступления путем неосторожного причинения «сам факт совершения преступления фиксируется сознанием виновного уже после наступления преступного результата»<sup>25</sup>. В связи с этим, поясняет В.А. Нерсесян, неосторожный производный (дополнительный) результат не будет результатом соучастия<sup>26</sup>. Аналогичную позицию занимает и В.А. Кузьмин, который считает, что причинение вреда одному и тому же объекту несколькими лицами, действующими независимо друг от друга, не является соучастием<sup>27</sup>. В самом деле, то обстоятельство, что неосторожные причинители действуют *каждый сам по себе*, исключает умысел. Здесь деяния, осуществляемые неосторожными виновниками, становятся противоправными только в случае наступления единого неосторожного преступного результата.

Таким образом, думается, что именно употребление названия «неосторожное причинение» позволит наиболее точно сформировать понятие и юридическое содержание групповой неосторожной преступности, поскольку из категории «неосторожное причинение» исключаются признаки совместности и согласованности действий между виновными лицами, присущие только преступлениям, совершенным в соучастии. «Неосторожное причинение» в отличие от «неосторожного сопричинения» не ассоциируется с неосторожным соучастием. Данное обстоятельство позволяет рассматривать неосторожную преступную деятельность нескольких лиц как самостоятельное уголовно-правовое явление, которое имеет смежный характер с преступлениями, совершаемыми в соучастии.

Неосторожное причинение, будучи специальным видом уголовно-правового причинения, характеризуется неосторожной формой вины, имеет взаимосвязанный и взаимообусловленный характер действий (бездействия) причинителей, который проявляется только при внешней последовательности преступного поведения неосторожных

<sup>22</sup> Владимиров Л.Е. Учебник русского уголовного права. Общая часть. Харьков, 1889. С. 107.

<sup>23</sup> Уголовное право России. Общая часть. Учебник / под ред. В.П. Ревина. М., 2010. С. 235 (автор главы «Соучастие в преступлении» — Л.Д. Гаухман).

<sup>24</sup> Данелян Р.С. Квалификация преступлений, совершенных в соучастии. М., 2012. С. 11.

<sup>25</sup> Брагин А.П. Российское уголовное право: учебно-практическое пособие. М., 2012. С. 183.

<sup>26</sup> См.: Нерсесян В.А. Ответственность за неосторожные преступления: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006. С. 19.

<sup>27</sup> См.: Кузьмин В.А. Уголовное право России. Саратов, 2013. С. 27.

причинителей и не связан с предварительной согласованностью между ними, а также отличается наступлением общественно опасных последствий по неосторожности в результате действий (бездействия) двух или более лиц.

Эффективность применения норм об ответственности за неосторожные преступления, совершенные несколькими лицами, напрямую зависит от законодательной основы. В целях совершенствования специального вида уголовно-правового причинения (неосторожного причинения) предлагается внести его определение в главу 7<sup>1</sup> УК РФ «Специальные виды причинения», в ст. 36<sup>3</sup> УК РФ «Неосторожное причинение»: «*Неосторожным причинением признается совершение двумя или более лицами (неосторожными причинителями) в результате взаимосвязанных и взаимообусловленных действий, включающих соучастие, деяния, повлекшего наступление по неосторожности общественно опасных последствий*».



### Библиография

- Бабий Н.А. Множественность лиц в преступлении и проблемы учения о соучастии: монография. М.: Юрлитинформ, 2013. 720 с.
- Владимиров Л.Е. Учебник русского уголовного права. Общая часть. Харьков: Каплан и Бирюков, 1889. 253 с.
- Вопросы Общей части уголовного права в теории и правоприменительной деятельности Республике Мордовия: монография / под ред. Н.А. Лопашенко. Саранск: Изд-во Мордовского ун-та, 2014. 256 с.
- Гладкова А.Д. Уголовная ответственность сопричинителей вреда по неосторожности // Science Time. 2014. № 5(5). С. 50–55.
- Гринберг М.С. Соучастие в неосторожных преступлениях // Советское государство и право. 1990. № 8. С. 53–60.
- Данелян Р.С. Квалификация преступлений, совершенных в соучастии: учебное пособие. М.: МГПУ, 2012. 108 с.
- Канашина О.А. Взаимная вина в уголовном праве: необходимость установления: монография. М.: Юрлитинформ, 2012. 280 с.
- Козаев Н.Ш. Современные производственные технологии и концепция неосторожного сопричинения в уголовном праве // Российский следователь. 2013. № 16. С. 33–38.
- Кораблева С.Ю. Вопросы квалификации деяний неосторожных сопричинителей // Российский следователь. 2013. № 24. С. 18–21.
- Курсаев А.В. Неосторожное сопричинение в российском уголовно праве: монография. М.: Юрлитинформ, 2015. 280 с.
- Намнясев В.В. Особенности уголовной ответственности лиц, управляющих транспортными средствами, при обоюдном нарушении правил дорожного движения // Теория и практика общественного развития. 2014. № 20. С. 111–113.
- Наумов А.В. Российское уголовное право: курс лекций: в 3 т. Т. 1: Общая часть. М.: Волтерс Клувер, 2011. 768 с.
- Нерсисян В.А. Ответственность за неосторожные преступления: дис. ... докт. юрид. наук. М., 2006. 334 с.
- Никифоров Б.С. Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик. М.: Госюриздат, 1959. 712 с.
- Познышев С.В. Основные начала науки уголовного права. Общая часть уголовного права. М.: Карцев, 1912. 653 с.

## The Concept and Features of Careless Infliction



Irina Yanina

Postgraduate Student, Department of Criminal Law, Criminalistics and Criminology, Mordovian State University. Address: 20 Polezhaeva Str., Saransk, 430005, Russian Federation. E-mail: yanina\_i@bk.ru



### Abstract

The article discusses the problem of careless criminal activities carried out by several people, from the position of a special kind of criminal law infliction. The article determines the legal nature of multipersonal careless crimes. The analysis of existing scientific categories of negligent infliction may help to form an idea about its features. The author proposes to change the name of reckless criminal activity of two or more persons — instead of the traditional concept of *careless co-infliction* you can use the name of the *negligent infliction*. The terms *infliction*, *participation* and *consistency* are relevant only to intentional crimes committed in complicity. It marked contiguous nature of the crimes carried out by negligence, the infliction, and crimes committed in complicity. The study of the concept of *negligent infliction* showed that in theory the authors of this form of criminal behavior in general understood it in the same way. Author disagrees with the position of forensic scientists who consider reckless and deliberate forms of criminal activity as a number of subjects that are identical to penal phenomenon. He has formulated definition (doctrinal and legislative) of negligent infliction. Also author gives an exhaustive list of characteristics of reckless criminal activity of two or more persons, — careless form of guilt; interconnected and interdependent nature of the offense committed by the causer; careless criminal result, was the result of careless or negligent acts of a few individuals. Particular lexical interpretation is given to two signs of negligent infliction, such as the interrelatedness and interdependence. Present-day academic point of view of the need to secure the careless infliction at the legislative level is confirmed. The study demonstrates that often when making careless actions convicted by a few persons, criminal liability comes only to one of these entities. In order to be able to prosecute all the participants of careless infliction it should be consolidated in the text of the Criminal Code. The place of imprudence in the structure of the General Part of the Criminal Law — Chapter 71 of the Criminal Code, «Special forms of inflicting» in Art. 363 «Negligent infliction».



### Keywords

careless infliction, complicity, careless complicity, participation, infliction, compatibility.

Citation: Yanina I.Yu. (2016) The Concept and Features of Careless Infliction. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 65–73 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.65.73



### References

- Babiy N. A. (2013) *Mnozhestvennost' lits v prestupleniiiprobemyucheniya o souchasti* [The Multiplicity of Persons in a Crime and Problems of the Complicity Doctrine]. Moscow: Yurлитinform, 720 p. (in Russian)
- Danelyan R.S. (2012) *Kvalifikatsiya prestupleniy, sovershennykh v souchastii: uchebnoe posobie* [Qualification of Crimes Committed in Complicity]. Moscow: MGPU, 108 p. (in Russian)
- Gladkova A.D. (2014) *Ugolovnaya otvetstvennost' soprichiniteley vreda po neostorozhnosti* [Criminal Liability of a Tort Feasor by Negligence]. *Science Time*, no 5, pp. 50–55.
- Grinberg M.S. (1990) *Souchastie v neostorozhnykh prestupleniyakh* [Complicity in Crimes of Negligence]. *Sovetskoe gosudarstvo I pravo*, no 8, pp. 53–60.
- Kanashina O.A. (2012) *Vzaimnaya vina v ugovnom prave: neobhodimost' ustanovleniya* [Mutual Guilt in Criminal Law: Need for Establishment]. Moscow: Yurлитinform, 280 p. (in Russian)
- Kozhev N.Sh. (2013) *Sovremennye proizvodstvennyye tekhnologii I kontseptsiya neostorozhnogo soprichineniya v ugovnom prave* [Modern Production Technology and Concept of a Careless Infliction in Criminal Law]. *Rossiyskiy sledovatel*, no 16, pp. 33–38.

- Kozlov A.P. (2001) *Souchastie: traditsii i real'nost'* [Complicity: tradition and reality]. Saint Petersburg: Yuridicheskii tsentr Press, 362 p. (in Russian)
- Korableva S.Yu. (2013) *Voprosy kvalifikatsii deyaniy neostorozhnykh soprichiniteley* [Issues in Qualification of Careless Acts of Infliction]. *Rossiyskiy sledovatel'*, no 24, pp. 18–21.
- Kursaev A.V. (2015) *Neostorozhnoe soprichinenie v rossiyskom ugolovnom prave: monografiya* [Careless Infliction in Russian Criminal Law]. Moscow: Yurlitinform, 280 p. (in Russian)
- Lopashenko N.A. (ed.). (2014) *Voprosy Obshchey chaste ugolovnogo prava v teorii i pravoprimeritel'noy deyatelnosti Respublike Mordoviya* [Questions of the General Part of Criminal Law in Theory and Law Enforcement in Republic of Mordovia]. Saransk: Mordovskiy universitet, 256 p. (in Russian)
- Namnyasev V.V. (2014) *Osobennosti ugolovnoy otvetstvennosti lits, upravlyayushchikh transportnymi sredstvami, pri oboyudnom narushenii pravil dorozhnogo dvizheniya* [Criminal Liability of Persons Driving Vehicles by Mutual Violation of Traffic Rules]. *Teoriya i praktika obshchestvennogo razvitiya*, no 20, pp. 111–113.
- Naumov A.V. (2011) *Rossiyskoe ugolovnoe pravo: kurs lektsiy v 3 t. T. 1: Obshchay chast'* [Russian Criminal Law: Course of Lectures]. Moscow: Volters Kluver, 768 p. (in Russian)
- Nersesyan V.A. (2006) *Otvetstvennost' za neostorozhnye prestupleniya: (Diss. dokt. yurid. nauk.)* [Responsibility for Careless Crimes (Doctor of Juridical Sciences Dissertation)]. Moscow, 334 p.
- Nikiforov B.S. (1959) *Osnovy ugolovnogo zakonodatel'stva Soyuza SSR isoyuznykh respublik* [Fundamentals of Criminal Legislation of the USSR and Union Republics]. Moscow: Gosyurizdat, 712 p. (in Russian)
- Poznyshchev S.V. (1912) *Osnovnye nachala nauki ugolovnogo prava*. [The Principles of Science of Criminal Law]. Moscow: Kartsev, 653 p. (in Russian)
- Vladimirov L.E. (1889) *Uchebnik russkogo ugolovnogo prava* [Textbook of Russian Criminal Law]. Kharkov, 253 p. (in Russian)

# Современное развитие корпоративного законодательства<sup>1</sup>



**С.А. Чеховская**

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



## Аннотация

Масштабные и перманентные изменения внешней среды во многом определяют развитие права и законодательства в настоящий период. В условиях глобального ведения бизнеса по-прежнему актуальна проблема конкуренции национальных правовых режимов. Значительно выигрывают те страны, которые создают более комфортабельные правовые условия, в том числе в сфере рынка ценных бумаг и корпоративного управления. Работа посвящена анализу новелл, содержащихся в корпоративном законодательстве и законах, сферой действия которых является рынок ценных бумаг. Современное корпоративное право России стремительно обновляется и поэтапно движется по нескольким направлениям одновременно: изменяются правовые условия деятельности публичных и непубличных обществ, отдельно идет работа над формированием правового режима обществ с ограниченной ответственностью, готовится и публично обсуждается проект закона, вносящий изменения в федеральные законы о хозяйственных обществах в части реализации права на информацию. Главный акцент в работе сделан на ключевом аспекте реформирования корпоративного законодательства, связанном с формированием правовых режимов деятельности публичных и непубличных хозяйственных обществ в России, дана правовая оценка измененным нормам. Целями работы являются определение главных задач, которые решает обновленное корпоративное законодательство, а также осмысление того, в какой мере российский опыт совершенствования законодательства в исследуемой сфере соотносится с подобными процессами, происходящими в других странах, а также лучшими международными практиками корпоративного управления. Формирование специальных правовых режимов публичных акционерных обществ и непубличных хозяйственных обществ только начинается. Правовое регулирование корпоративных отношений в обществах с ограниченной ответственностью по-прежнему имеет специфику, можно говорить лишь о формальном сближении правовых режимов для непубличных акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью. С процессом совершенствования корпоративного законодательства тесно связано формирование актов «мягкого» правового регулирования, которое является составным элементом в частности правового обеспечения корпоративного управления.



## Ключевые слова

корпоративное право, реформа корпоративного законодательства, корпоративное управление, «мягкое» право.

Библиографическое описание: Чеховская С.А. Современное развитие корпоративного законодательства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 74–86.

JEL: К 19; УДК: 346

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.74.86

<sup>1</sup> В статье использованы результаты, полученные в ходе выполнения проекта № 14-01-0151 в рамках Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2014–2015 гг., в том числе по материалам доклада «Recent Russian Corporate Law Development», сделанного на международной конференции «Development of Russian Law-VIII: Legal Policy, Perspectives of the Rule-of-Law and Market Economy in Russia» (Хельсинки).

## Вводные положения

Масштабные постоянные изменения внешней среды во многом определяют развитие права и законодательства в настоящий период. При этом модели развития часто базируются, ориентируясь на развитые страны, социальная динамика которых принципиально отличаются от развивающихся стран<sup>2</sup>. В условиях глобального ведения бизнеса по-прежнему актуальна проблема конкуренции правовых национальных режимов. Значительно выигрывают страны, создающие бизнесу наиболее комфортабельные правовые условия, в том числе в сфере рынка ценных бумаг и корпоративного управления<sup>3</sup>.

Современное корпоративное право России стремительно обновляется и поэтапно движется по нескольким направлениям одновременно: изменяются правовые условия деятельности публичных и непубличных обществ, отдельно идет работа над формированием правового режима обществ с ограниченной ответственностью, готовится и публично обсуждается проект закона, вносящие изменения в федеральные законы о хозяйственных обществах в части реализации права на информацию<sup>4</sup>.

Измененные нормы широко обсуждаются специалистами<sup>5</sup>. Глава 4 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), вступившая в силу с 1 сентября 2014 г., положила начало реформированию специального законодательства в целях приведения его в соответствие с измененным кодексом. Приведение в соответствие является кропотливой работой, большим масштаб изменений часто является причиной выявления несоответствия норм ГК РФ и специальных законов. В частности, не совпадают понятия акционерного общества, закрепленные в ГК РФ и Федеральном законе от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее — ФЗ об АО). В п. 1 ст. 96 ГК РФ устанавливается, что акционерным обществом признается хозяйственное общество, уставный капитал которого разделен на определенное число акций; участники акционерного общества (акционеры) не отвечают по его обязательствам и несут риск убытков, связанных с деятельностью общества, в пределах стоимости принадлежащих им акций. В то же время п. 1 ст. 2 ФЗ об АО содержит все еще не обновленное понятие акционерного общества, а именно: акционерным обществом признается коммерческая организация, уставный капитал которой разделен на определенное число акций, удостоверяющих обязательственные права участников общества (акционеров) по отношению к обществу. Объяснить это можно только тем, что все законодательные тексты до сих пор до конца не вычитаны.

Концептуально новым изменением ГК РФ является закрепление понятия корпорации и формирование общих правовых требований к новым субъектам частного пра-

---

<sup>2</sup> North D. et al. Limited Access Orders in the Developing World: A New Approach to the Problems of Development//World Bank Policy Research Working Paper. No. 4359 // [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1015978](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1015978) (дата обращения: 02.04.2016)

<sup>3</sup> Чеховская С.А. Принципы реформирования корпоративного законодательства России в современный период // Вестник Калмыцкого университета. 2007. № 4. С. 57.

<sup>4</sup> Проект размещен: <http://regulation.gov.ru/projects#npa=47405> (дата обращения: 02.04.2016)

<sup>5</sup> Больше количество работ посвящено отдельным аспектам реформы. Среди работ, обобщающих принятые изменения, могут быть названы: Долинская В.В. Организационно-правовые формы хозяйствования: система и новеллы // Журнал российского права. 2016. № 1. С. 13–22; Макарова О.А. Новое в ГК РФ и в законах о хозяйственных обществах: соотношение императивного и диспозитивного регулирования // Гражданское право. 2016. № 1. С. 9–12; Степанов Д.И. Новые положения Гражданского кодекса о юридических лицах // Закон. 2014. № 7. С. 31–55.



ва. Тем самым корпоративное законодательство можно понимать как отрасль законодательства, регулирующую деятельность всех видов корпораций<sup>6</sup>. Но сохранилось и традиционное понимание корпоративного законодательства как совокупности норм, регулирующих корпоративные отношения, возникающие только в хозяйственных обществах. В статье речь пойдет о корпоративном законодательстве именно в таком, узком смысле, ориентированном на ключевое направление начавшегося реформирования корпоративного законодательства — создание отдельных правовых режимов публичных и непубличных обществ.

## Формирование правовых условий для публичных обществ (going public)

Публичное обращение акций помимо правовой охраны владения ими, реализации и защиты корпоративных прав акционеров требует создания правовых условий функционирования инфраструктуры финансового рынка, стандартизации операций с акциями как биржевым товаром, снижения издержек на осуществление прав по ним.

Согласно п. 1 ст. 66.3 ГК РФ, публичным является акционерное общество, акции и ценные бумаги которого, конвертируемые в его акции, публично размещаются (путем открытой подписки) или публично обращаются на условиях, установленных законами о ценных бумагах. В соответствии с п. 2 ст. 66.3 общество с ограниченной ответственностью и акционерное общество, которое не отвечает вышеназванным признакам, признаются непубличными.

Большое влияние на содержание нормативных правил для публичных акционерных обществ оказывает постоянно развивающаяся концепция корпоративного управления<sup>7</sup>. Корпоративное управление, являясь одним из элементов инвестиционной привлекательности, приносящим дополнительную прибыль организации, выступает своеобразным «экономическим» двигателем развития корпоративного права в любой стране мира. Идеи, определяющие содержание современного корпоративного законодательства, тесно связаны с развитием так называемых «лучших практик» (*best practice*) корпоративного управления.

Совершенствованию корпоративного управления, прежде всего в публичных обществах, уделяется в настоящее время повышенное внимание. В частности, в декабре 2015 г. Банк России вынес на публичное обсуждение доклад «О совершенствовании корпоративного управления в публичных акционерных обществах»<sup>8</sup>; разрабатывается План мероприятий («дорожная карта») «Совершенствование корпоративного управления»<sup>9</sup>. «Дорожная карта» также имеет целью обеспечение инвестиционной привлекательности системы корпоративного управления России, в том числе и главного ее элемента — корпоративного законодательства.

Значительная часть правил, касающихся корпоративного управления, формируется как «мягкое право», поскольку они создаются и принимаются негосударственными уполномоченными организациями. Наиболее влиятельной площадкой в этой сфере

---

<sup>6</sup> Исходя из этого, нужно говорить не о корпоративном праве, а о праве корпорационном.

<sup>7</sup> См. подробнее: Чеховская С.А. Корпоративное управление и корпоративное право // Предпринимательское право. 2015. № 3. С. 14–22.

<sup>8</sup> [http://www.cbr.ru/analytics/ppc/ppc\\_1512.pdf](http://www.cbr.ru/analytics/ppc/ppc_1512.pdf) (дата обращения: 30.03.2016)

<sup>9</sup> <http://asi.ru/news/44979/> (дата обращения: 12.04.2016)

остаётся ОЭСР, которая совместно со странами Большой двадцатки недавно приняла Принципы корпоративного управления G20/ОЭСР 2015<sup>10</sup> (далее — Принципы 2015). Авторитетность этого документа для профессионального сообщества и рынка в целом подтверждается также тем, что в пересмотре Принципов корпоративного управления ОЭСР 2004 г. принимали участие эксперты Базельского комитета по банковскому надзору, Совета по вопросам финансовой стабильности и Группы Всемирного Банка.

Отличительной особенностью Принципов 2015 является раздел «Институциональные инвесторы, рынки ценных бумаг и иные посредники». В данном документе говорится, что в последние годы некоторые страны начали рассматривать вопрос о принятии кодексов об участии акционеров в управлении («кодексы разумного управления») и предлагать институциональным инвесторам подписать их на добровольных началах.

Обновленный ФЗ об АО<sup>11</sup> содержит положения, которые позволят обозначить контуры российской инфраструктуры финансового рынка. В частности, с 1 июля 2016 г. отдельные корпоративные действия акционер может, а в некоторых случаях — должен осуществлять только через номинального держателя, если он передал ему свои акции. В частности, такая обязанность возникает в отношении преимущественного права приобретения ценных бумаг (ст. 41), права требовать выкупа акций обществом (ст. 76), отдельных прав в рамках добровольного и обязательного предложения (ст. 84.3).

Принципы 2015 рекомендуют запрещать номинальным держателям голосовать от имени акционера, если от него не получены конкретные указания. Следует заметить, что в соответствии с п. 1 ст. 8.8. Федерального закона от 22.04.1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (далее — Закон о РЦБ), владелец ценных бумаг и иное лицо, которое в соответствии с федеральным законом или его личным законом осуществляет права по ценным бумагам, права на которые учитываются номинальным держателем или иностранным номинальным держателем, вправе принять участие в общем собрании владельцев таких ценных бумаг лично либо путем указаний номинальному держателю или иностранному номинальному держателю голосовать определенным образом, если это предусмотрено договором с номинальным держателем или иностранным номинальным держателем. Несмотря на то, что прямого запрета голосовать без указаний в действующем российском законодательстве не содержится, закрепляются только два способа участия в общем собрании, а, значит, и голосования на нем: лично или путем указаний номинальному держателю. Другими словами, российское законодательство придерживается лучшей практики, закрепленной в Принципах 2015.

Отдельно остановимся на изменениях, касающихся порядка проведения общих собраний акционеров дистанционно. Согласно п. 2 ст. 8.8 Закона о РЦБ, эмитент ценных бумаг или лицо, обязанное по ценным бумагам, вправе, а, если в реестре владельцев ценных бумаг открыт лицевой счет номинального держателя центрального депозитария, обязаны обеспечить возможность участия в общем собрании владельцев ценных бумаг путем направления электронного документа (электронных документов), подписанного электронной подписью (далее — документ о голосовании). Регистратор или иное лицо, осуществляющее ведение реестра владельцев ценных бумаг, по поручению

<sup>10</sup> На русском языке текст доступен: [http://www.oecd-ilibrary.org/governance/g20\\_9789264252035-ru](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/g20_9789264252035-ru) (дата обращения: 30.03.2016)

<sup>11</sup> Здесь речь пойдет об изменениях, внесенных в Федеральный закон от 29.06.2015 г. № 210-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» // СПС Консультант Плюс.

эмитента ценных бумаг или лица, обязанного по ценным бумагам, направляет центральному депозитарию и зарегистрированному в реестре владельцев ценных бумаг номинальному держателю информацию, содержащуюся в бюллетене для голосования, в форме электронного документа, подписанного электронной подписью.

Таким образом, акционер вправе либо самостоятельно проголосовать в электронном виде (*e-voting*), либо обратиться к услугам депозитария (*e-proxy voting*). Без сомнения, данный способ участия в общем собрании и голосования сможет сократить издержки акционера, а также упростить участие в общем собрании, например, акционера-нерезидента, избавив его от оформления доверенности и заверения апостилом.

Ключевую роль во внедрении новых технологий при проведении корпоративных действий в России играет Национальный расчетный депозитарий (НРД), получивший в 2012 г. статус центрального депозитария в соответствии с Федеральным законом от 07.12.2011 г. № 414-ФЗ «О центральном депозитарии»<sup>12</sup>. НРД является небанковской кредитной организацией и действует в форме акционерного общества.

С октября 2014 г. ведется работа по осуществлению комплекса мер, направленных на совершенствование регуляторных и технологических аспектов сбора и распространения корпоративной информации, а также проведения корпоративных действий<sup>13</sup>. Предполагается, что указанные меры должны обеспечить:

- создание в Российской Федерации центра по хранению и распространению официальной достоверной информации о корпоративных действиях;
- представление депозитариями (на основании закона) интересов своих клиентов (депонентов) при совершении корпоративных действий;
- стандартизацию корпоративных процедур и введение универсальных форматов документов;
- возможность максимально широкого использования электронного документооборота, соответствующего международным стандартам, как при сборе, так и при распространении корпоративной информации, а также при проведении корпоративных действий;
- возможность сквозной обработки (STP) информации, охватывающей все звенья учетной системы российского рынка ценных бумаг;
- внедрение в российскую практику использования электронного голосования на общих собраниях владельцев ценных бумаг, как через институты учетной системы (*e-proxy voting*), так и непосредственно (*e-voting*);
- доступность инструментов фондового рынка Российской Федерации для иностранных инвесторов, а также международных расчетных организаций и центральных депозитариев;
- повышение качества корпоративного управления;
- повышение инвестиционной привлекательности российского рынка ценных бумаг.

С 1 апреля 2015 г. НРД начал применять международные стандарты ISO 15022 и ISO 20022 при организации и проведении общих собраний акционеров. Следует добавить, что с 15 августа 2015 г. вступило в силу Указание Банка России от 15.06.2015 № 3680-У «О требованиях к порядку и форме предоставления иностранными организациями, действующими в интересах других лиц, информации о владельцах ценных бумаг и об

<sup>12</sup> В соответствии с п. 5 ст. 22 ФЗ «О центральном депозитарии», статус центрального депозитария может быть присвоен только одному юридическому лицу. Статус центрального депозитария присвоен НКО ЗАО НРД приказом ФСФР России от 06.11.2012 № 12-2761/пз-и.

<sup>13</sup> В марте 2015 г. запущен информационный ресурс о реформе корпоративных действий — <http://www.corpactions.ru/ru/reform/> (дата обращения: 01.04.2016)

иных лицах, осуществляющих права по ценным бумагам, а также о количестве ценных бумаг, которыми владеют такие лица» (далее — Указание).

Указаниями уточнен порядок и объем предоставления информации российским депозитариям лицами, которым открыт счет депо депозитарных программ, в связи с осуществлением прав на участие в общем собрании акционеров держателями депозитарных расписок. В отличие от ранее действовавшего нормативно-правового акта новое Указание также регулирует порядок предоставления информации в отношении ценных бумаг иностранными номинальными держателями и иностранными уполномоченными держателями. Наиболее важное нововведение заключается в том, что Указание закрепило за российскими депозитариями обязанность предоставлять список владельцев депозитарных ценных бумаг, а также ряд иных документов центральному депозитарию, депонентом которого он является, в электронной форме, подписанной электронной подписью российского депозитария, если лицо, которому открыт счет депо депозитарных программ, принимает участие в общем собрании акционеров путем дачи указаний российскому депозитарию голосовать определенным образом.

Предполагается, что новеллы регулирования позволят повысить защищенность прав владельцев ценных бумаг и снизить издержки корпоративных действий. Ранее на российском рынке к однотипным корпоративным действиям могли применяться различные подходы, что влекло за собой дополнительные расходы и риски инвесторов. Положения нового законодательства позволяют внедрить международные стандарты проведения корпоративных действий, в том числе с использованием формализованного электронного документооборота с применением стандартов ISO.

Разработка и применение стандартных правил поведения — это характерный признак «мягкого» правового регулирования. Это также видно в сфере применения информационных технологий. По сути, наряду с Московской биржей на рынке действует еще один мягкой правовой регулятор — НРД.

Требование, начавшее действовать с 1 октября 2014 г., о передаче функций ведения реестра акционеров профессиональному регистратору, имеющему предусмотренную законом лицензию, также направлено в том числе на формирование инфраструктуры корпоративного управления, что, по мнению экспертов, повысит уровень охраны прав владельцев акций. Таким образом, акционерным обществам необходимо утвердить регистратора общества и условия договора с ним, раскрыть информацию об этом и уведомить зарегистрированных лиц (если общество несет соответствующую обязанность), а также внести в ЕГРЮЛ<sup>14</sup> сведения о регистраторе.

Вопросы регулирования деятельности посредников на рынке ценных бумаг, их участия в системе корпоративного управления являются предметом дискуссий и в Европейском Союзе. На национальном уровне в европейских странах фундаментальным вопросом в этой сфере остается выбор между императивным и диспозитивным регулированием, однако финансовый кризис вновь позволил исследователям говорить о патернализме в современный период<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Форма утверждена Приказом ФНС России от 25.01.2012 № ММВ-7-6/25@ «Об утверждении форм и требований к оформлению документов, представляемых в регистрирующий орган при государственной регистрации юридических лиц, индивидуальных предпринимателей и крестьянских (фермерских) хозяйств».

<sup>15</sup> *Hopt K. Directors' Duties and Shareholders' Rights in the European Union: Mandatory and/or Default Rules?* // European Corporate Governance Institute (ECGI) — Law Working Paper No. 312/2016 // [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2749237](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2749237) (дата обращения: 02.04.2016)

В декабре 2012 г. Европейская комиссия опубликовала второй «План действий: корпоративное право и корпоративное управление»<sup>16</sup>. Этому предшествовали публичные обсуждения вопроса о будущем европейского корпоративного права<sup>17</sup> с февраля по май 2012 года. По мнению экспертов европейского корпоративного права (European Company Law Experts (ECLE)) будущее европейское корпоративное право может идти по пути создания Европейского модельного акта о компаниях (European Model Company Act (EMCA))<sup>18</sup>.

В апреле 2014 г. Европейская комиссия опубликовала проект изменений, касающихся осуществления прав акционеров, который призван устранить недостатки корпоративного управления, касающиеся листингуемых компаний и членов совета директоров, акционеров (институциональных инвесторов и управляющих), посредников и проху-консультантов (т.е. фирм, которые оказывают услуги акционерам, в частности, советы по голосованию). Тем самым различные виды посредников (биржи, брокеры), а также сервисные организации (регистраторы, депозитарии, «советники по голосованию» и т.п.) включаются в состав стейкхолдеров<sup>19</sup> в системе корпоративного управления.

Все рассмотренное выше еще раз подтверждает, что в настоящее время два фактора, кардинально влияющие на социально-экономическое состояние общества, в том числе и его правовое развитие являются основными — глобализация и диджитализация (digitalization — преобразование процессов в цифровую форму)<sup>20</sup>.

## Правовые механизмы «going private»

Действия по реформированию корпоративного законодательства в целях создания условий для деятельности публичных обществ, или иначе механизмов «going public», сочетаются с разработкой правовых правил для непубличных обществ («going private»). За рубежом отмечается популярность новых форм партнерств и закрытых компаний с ограниченной ответственностью<sup>21</sup>. Другими словами, статус публичности перестает быть привлекательным. В связи с этим следует привести результаты исследований, проведенных Э. Вермуленом<sup>22</sup>, который отметил, что 76% компаний в списке 50-ти наиболее успешных инновационных компаний 2015 года (Fast Company 2015)<sup>23</sup> являются частными нелистин-

<sup>16</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52012DC0740>. Об этом см. также: Чеховская С.А. Корпоративное управление и корпоративное право // Предпринимательское право. 2015. № 5.

<sup>17</sup> [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2012/company\\_law\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/company_law_en.htm) (дата обращения: 02.04.2016)

<sup>18</sup> [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2075034](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2075034) (дата обращения: 02.04.2016)

<sup>19</sup> Под стейкхолдерами в корпоративном управлении понимаются лица, заинтересованные в деятельности корпорации. Это могут быть держатели облигаций, размещаемых корпорацией, ее работники и другие лица.

<sup>20</sup> Shareholder Meetings under the Influence of Globalisation and Digitalisation // Handelsblatt. 21 March. 2002. No. 57. P. 41. Цит. по: *Zetzsche D.* Corporate Governance in Cyberspace — A Blueprint for Virtual Shareholder Meetings // Center for Business & Corporate Law. June 19. 2005. CBC-RPS No. 0011 // [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=747347](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=747347) (дата обращения: 02.04.2016)

<sup>21</sup> Этот вопрос подробно изучен и рассмотрен в книге: *Маккери Дж., Вермулен Э.* Исследование внекорпоративных форм ведения бизнеса. М.: Национальный совет по корпоративному управлению, 2007. С. 176.

<sup>22</sup> *Vermeulen E.* Corporate Governance in a Networked Age // Topics in Corporate Law & Economics Working Paper № 2015-4 // [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2641441](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2641441) (дата обращения: 30.03.2016)

<sup>23</sup> <http://www.fastcompany.com/section/most-innovative-companies-2015> (дата обращения: 01.04.2016).

гумными компаниями. Использование непубличного статуса, в том числе и успешными компаниями, является определенным глобальным трендом развития бизнеса.

Более того, возможности новых информационных технологий могут кардинально изменить формы осуществления бизнеса, а значит и содержание правовых норм, регулирующих предпринимательскую деятельность. Финансовый успех часто может быть не связан с поступательным циклическим многолетним развитием, бизнес может приносить доход во многих странах мира одновременно на основе, например, онлайн-сервиса по вызову такси Uber<sup>24</sup>. Мы входим в эпоху развития успешных «компактных» фирм, которые строят бизнес-модель на комбинации программной платформы, телекоммуникационных технологий и коммерческих операций, проводимых «вне фирмы»<sup>25</sup>.

Изменения, недавно внесенные в ГК РФ в части регулирования деятельности юридических лиц, а также изменения законов о хозяйственных обществах являются результатом предыдущего развития корпоративных практик российского бизнеса, а также попыткой создания новой российской модели закрытых, непубличных обществ. Новеллы российского корпоративного законодательства очень созвучны общему состоянию корпоративного законодательства развитых стран, где регулирование корпоративных отношений в частных корпорациях не является детальным и подробным.

При концептуальном изменении законодательства переходный период, с одной стороны, довольно сложен. На практике возникают самые разнообразные вопросы, связанные с формированием корпорацией собственной системы управления, распределением компетенции между ее органами, порядком работы каждого органа, статусом каждого участника корпорации. В большинстве случаев акционерные общества ограничиваются изменением наименования общества и не готовы пока определить, в какой мере для них имеют значение диспозитивные возможности «иног» внутреннего регулирования. Анализ уставов отдельных акционерных обществ, поменявших наименование, в котором вместо «открытое акционерное общество» теперь значится «акционерное общество», позволяет сделать вывод, что в лучшем случае общество исключило из своей структуры управления ревизионную комиссию.

С другой стороны, законодательно закреплён разумный и комфортный период, в течение которого это нужно решить. В соответствии с п. 7 ст. 3 Федерального закона от 05.05.2014 г. № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации»<sup>26</sup> учредительные документы, а также наименования юридических лиц, созданных до дня вступления в силу данного Федерального закона, подлежат приведению в соответствие с нормами главы 4 ГК РФ (в ред. Федерального закона № 99-ФЗ) при первом изменении учредительных документов таких юридических лиц. При этом внесение изменений в правоустанавливающие и иные документы, содержащие его прежнее наименование, не требуется.

Несмотря на то, что акционерные общества и общества с ограниченной ответственностью законодательно объединены в группу непубличных хозяйственных обществ, регулирование обществ с ограниченной ответственностью сохраняет особенности. В данной статье рассмотрим лишь общие моменты, характерные для обоих видов обществ.

<sup>24</sup> <https://www.uber.com/ru/> (дата обращения: 02.04.2016)

<sup>25</sup> Fenwick M., Vermeulen E. The New Firm: Staying Relevant, Unique & Competitive // Lex Research Topics in Corporate Law & Economics. Working Paper № 2015-5 // [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2659763](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2659763) (дата обращения: 02.04.2016)

<sup>26</sup> СПС Консультант Плюс.



Начнем с того, что, используя п. 5 ст. 52 ГК РФ, участники вправе утвердить регулирующие корпоративные отношения и не являющиеся учредительными документами внутренний регламент и иные внутренние документы юридического лица. Другими словами, участники непубличного общества многие корпоративные вопросы могут решить не в уставе, а, например, во внутреннем регламенте, порядок изменения которого не связан с регистрацией в ЕГРЮЛ. Но с другой стороны, п. 3 ст. 66.3 ГК прямо закрепляет перечень положений, которые могут быть установлены единственным способом — включением в устав по решению, принятому участниками единогласно. Заметим, что данная статья закрепляет абсолютное единогласие, т.е. не от присутствующих на собрании, а всех участников общества. В соответствии с указанной статьей непубличное общество может:

- создать собственную структуру органов (пп. 2, 3, 4) и перераспределить компетенцию между созданными органами управления в соответствии с правилами, закрепленными в пп. 1, 3 и 8. При этом важно, что передавать вопросы, отнесенные к компетенции общего собрания можно только коллегиальным органам: совету директоров (в ГК РФ он поименован как коллегиальный орган управления) или коллегиальному исполнительному органу. Привлекательной правовой свободой для непубличных обществ является отнесение к компетенции общего собрания акционеров вопросов, не относящихся к ней в соответствии с ГК или ФЗ об АО;
- установить иной, отличный от установленного законами и иными правовыми актами, порядок созыва, подготовки и проведения общих собраний, принятия ими решений при условии, что такие изменения не лишают его участников права на участие в общем собрании непубличного общества и на получение информации о нем (п. 5);
- установить иные, отличные от установленных законами и иными правовыми актами, требования к количественному составу, порядку формирования и проведения заседаний совета директоров или коллегиального исполнительного органа общества (п. 6);
- установить собственные правила, связанные с преимущественной покупкой акций и долей, отчуждаемых другим участником общества (п. 7).

Указанные правовые возможности могут использоваться непубличными обществами для различных целей. Это может быть и желание сконцентрировать контроль у отдельных лиц, и создание гибкой системы принятия оперативных решений, которая учитывает интересы всех участников. При формировании собственной структуры управления участникам непубличного общества следует иметь в виду, что при наличии в ней совета директоров будут применяться правила, установленные в п. 4 ст. 65.3 ГК РФ. Согласно указанной статье, члены этого органа имеют право получать информацию о деятельности общества, знакомиться с бухгалтерской и иной документацией, требовать возмещения причиненных обществу убытков, оспаривать совершенные обществом сделки по основаниям, предусмотренным ст. 174 ГК или законами о корпорациях отдельных организационно-правовых форм, и требовать применения последствий их недействительности, а также требовать применения последствий недействительности ничтожных сделок в порядке, установленном п. 2 ст. 65.2 ГК. Другими словами, в обществе должен быть разработан и принят порядок, позволяющий членам совета директоров реализовать принадлежащее им право на информацию.

После продолжительных научных дискуссий в ГК РФ появилась статья 67.2, посвященная корпоративному договору. Значимость договорного регулирования для непубличных обществ трудно переоценить, хотя во многом положения ГК дублируют нормы, появившиеся ранее в ФЗ об АО и Федеральном законе от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ

«Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее — ФЗ об ООО). Статья 67.2 позволила объединить положения указанных законов под единым понятием «корпоративный договор» и уточнить некоторые аспекты. В частности, участники хозяйственного общества, заключившие корпоративный договор, обязаны уведомить общество о факте заключения корпоративного договора, при этом его содержание раскрывать не требуется. В случае неисполнения данной обязанности участники общества, не являющиеся сторонами корпоративного договора, вправе требовать возмещения причиненных им убытков. Если иное не установлено законом, информация о содержании корпоративного договора, заключенного участниками непубличного общества, не подлежит раскрытию и является конфиденциальной.

Помимо участников общества участвовать в корпоративном договоре могут и третьи лица, имеющих законный интерес. Закрепление данного положения в ГК создает участникам общества возможность использовать корпоративный договор в качестве инструмента привлечения финансовых средств, дополнительных инвестиций, но в то же время может создавать и большие риски<sup>27</sup>, которые могут быть минимизированы путем привлечения в такие договорные отношения всех участников общества.

Не все специалисты разделяют мнение о том, что договор участников с третьими лицами продолжает оставаться корпоративным. Так, по мнению Е. В. Богданова<sup>28</sup>, это не корпоративный договор по смыслу пп. 1–8 ст. 67.2 ГК РФ, указание в п. 9 ст. 67.2 о применении к такому соглашению правил о корпоративном договоре является ошибкой. Аргументы Е. В. Богданова вполне могут быть обоснованы, однако правила о корпоративном договоре будут распространяться и на такие квази-корпоративные договоры, поскольку в силу ГК РФ они должны заключаться по поводу осуществления корпоративных прав и иных действий по управлению обществом, приобретения или отчуждения доли в его уставном капитале (акции) по определенной цене или при наступлении определенных обстоятельств либо закрепления обязанности воздерживаться от отчуждения долей (акций) до наступления определенных обстоятельств.

Закрепление единого для непубличных акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью порядка исключения из общества пока создает неопределенность в отношении его реализации применительно к акционерным обществам. Статья 67 ГК устанавливает право участника хозяйственного общества требовать исключения другого участника из общества (кроме публичных акционерных обществ) в судебном порядке с выплатой ему действительной стоимости его доли участия. Что понимается под действительной стоимостью доли участия применительно к акциям? Формальное объединение акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью в одну группу непубличных обществ пока не создает единых правил регулирования корпоративных отношений в указанных хозяйственных обществах. Скорее наоборот, в ФЗ об ООО вносятся изменения специальные, характерные только для этого вида обществ<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> По мнению О. А. Макаровой, это «явно приведет к нарушению прав миноритарных акционеров, к нарушению принципа равного отношения, подотчетности и прозрачности и, как итог, к нарушению прав кредиторов». Макарова О.А. Новое в ГК РФ и в законах о хозяйственных обществах: соотношение императивного и диспозитивного регулирования // Гражданское право. 2016. № 1 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>28</sup> Богданов Е.В. Корпоративный договор как соглашение о коллективном осуществлении (неосуществлении) субъективных корпоративных прав // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 7. С. 54–60.

<sup>29</sup> Изменение законодательства об обществах с ограниченной ответственностью // СПС Консультант Плюс.

В частности, с 1 января 2016 г. расширился перечень корпоративных действий, которые нужно заверять у нотариуса:

- факт принятия общим собранием решения об увеличении уставного капитала и состав участников, принимавших решение (ст. 17);
- оферту, направляемую участникам общества для реализации ими права преимущественной покупки доли в уставном капитале ООО (п. 5 ст. 21);
- требование участника общества, голосовавшего против принятия решения о совершении крупной сделки или об увеличении уставного капитала либо не принимавшего участия в таком голосовании, о приобретении обществом его доли (п. 2 ст. 23);
- заявление участника о выходе из общества (п. 1 ст. 26).

## Заключительные положения

Современное развитие корпоративного законодательства характеризуется созданием одновременно правовых условий функционирования публичных обществ на рынке ценных бумаг и правовых возможностей для формирования собственного внутреннего регулирования для непубличных хозяйственных обществ. Это в целом согласуется с тем, как формируется корпоративное законодательство в зарубежных странах. Однако исследование показало, что и в европейских странах продолжается поиск адекватного баланса между императивным и неимперативным регулированием. Неимперативное регулирование включает в себя не только диспозитивные нормы, но и рекомендательные правила мягкого корпоративного права.

Правовое регулирование корпоративных отношений в обществах с ограниченной ответственностью по-прежнему имеет специфику, можно говорить лишь о формальном сближении правовых режимов для непубличных акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью. Система законодательства, определяющая требования, касающиеся осуществления владельцами ценных бумаг, свободно обращающихся на финансовом рынке, принадлежащих им прав, не исчерпывается только нормами ГК РФ и ФЗ об АО. Более того, в систему правил поведения могут включаться и рекомендательные акты.

Глобализация и диджитализация способствуют появлению на рынке негосударственных авторитетных организаций, осуществляющих регуляторные функции. С процессом совершенствования корпоративного законодательства тесно связано формирование актов «мягкого» правового регулирования, которое является составным элементом, в частности, правового обеспечения корпоративного управления. Как было показано, актуальным является оценка в совокупности обязательных и рекомендательных правил поведения. Регуляторная нагрузка на корпорации может как возрасти, в связи с выполнением рекомендательных правил (*soft law*), так и снижаться издержки и риски соблюдения обязательных норм (*hard law*) путем стандартизации и диджитализации корпоративных действий.



### Библиография

Богданов Е.В. Корпоративный договор как соглашение о коллективном осуществлении (неосуществлении) субъективных корпоративных прав // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 7. С. 54–60.

Долинская В.В. Организационно-правовые формы хозяйствования: система и новеллы // Журнал российского права. 2016. № 1. С. 13–22.

Корпоративное право: учебник / отв. ред. И.С. Шиткина. М: КНОРУС, 2015. 1080 с.

Макарова О.А. Новое в ГК РФ и в законах о хозяйственных обществах: соотношение императивного и диспозитивного регулирования // *Гражданское право*. 2016. № 1. С. 9–12.

Маккери Д., Вермулен Э. Исследование внекорпоративных форм бизнеса. М.: Национальный совет по корпоративному управлению, 2007. 176 с.

Принципы корпоративного управления G20/ОЭСР, 2015 // [http://www.oecd-ilibrary.org/governance/g20\\_9789264252035-ru](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/g20_9789264252035-ru) (дата обращения: 01.04.2016)

Степанов Д.И. Новые положения Гражданского кодекса о юридических лицах // *Закон*. 2014. № 7. С. 31–55.

Чеховская С.А. Корпоративное управление и корпоративное право // *Предпринимательское право*. 2015. № 3. С. 14–22.

Чеховская С.А. Принципы реформирования корпоративного законодательства России в современный период // *Вестник Калмыцкого университета*. 2007. № 4. С. 57–61.

Dallas L. Short-Termism, the Financial Crisis, and Corporate Governance // [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2006556](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2006556) (дата обращения: 30.03.2016)

Fenwick M., Vermeulen E. The New Firm: Staying Relevant, Unique & Competitive // *Topics in Corporate Law and Economics*. Working Paper № 2015-5 // [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2659763](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2659763) (дата обращения: 30.03.2016)

Hopt K. Directors' Duties and Shareholders' Rights in the European Union: Mandatory and/or Default Rules? // *European Corporate Governance Institute (ECGI). Law*. Working Paper No. 312/2016 // [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2749237](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2749237) (дата обращения: 30.03.2016)

North D. et al. Limited Access Orders in the Developing World: A New Approach to the Problems of Development // *World Bank Policy Research*. Working Paper No. 4359 // [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1015978](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1015978) (дата обращения: 30.03.2016)

Vermeulen E. Corporate Governance in a Networked Age // [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2641441](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2641441) (дата обращения: 03.04.2016)

Zetzsche D. Corporate Governance in Cyberspace // [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=747347](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=747347) (дата обращения: 30.03.2016)

---

## Current Development of Corporate Legislation



**Svetlana Chekhovskaya**

Associate Professor, Department of Civil and Entrepreneurial Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: [schekhovskaya@hse.ru](mailto:schekhovskaya@hse.ru)



### Abstract

Large-scale and permanent changes in the current conjuncture determine the development of law and legislation. In context of global business, the issue of competing national legal regimes remains topical. Countries develop dynamically and win greatly if they have a comfortable legal environment, which covers securities market and corporate governance. This paper analyzes the current corporate and securities market legislation. The modern Russian corporate law is at the stage of updating and gradual diverse development involving the activity of public and non-public companies, limited liability companies, exercising a shareholder information right. The article stresses the corporate law reform concerning public and non-public corporations in Russia and the legal assessment of modified rules. The objectives of the paper are to identify the challenges faced by the new corporate law and to comprehend to what extent the Russian experience is correlated with the similar processes in other countries and best international practices of corporate governance. Corporate relationships in limited liability corporations still have own specifics. It demonstrates only a technical convergence of the legal regimes for non-public joint stock corporations and limited liability corporations. Improving corporate law is closely related to the formation of the soft law regulation, in particular in corporate governance.



## Keywords

corporate law, corporate law reform in, corporate governance, soft law

Citation: Chekhovskaya S.A. (2016) Current Development of Corporate Legislation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 74–86 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.74.86



## References

Bogdanov E.V. (2015) Korporativnyy dogovor kak soglasenie o kollektivnom osushchestvlenii (neosushchestvlenii) sub"ektivnykh korporativnykh prav [Corporate Contract as Agreement on Collective Performance (Non-Performance) of Legal Corporate Rights]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, no 7, pp. 54–60.

Chekhovskaya S.A. (2015) Korporativnoe upravlenie i korporativnoe pravo [Corporate Governance and Corporate Law]. *Predprinimatel'skoe pravo*, no 3, pp. 14–22.

Chekhovskaya S.A. (2007) Printsipy reformirovaniya korporativnogo zakonodatel'stva Rossii v sovremennyy period [Principles of Reforming Corporate Legislation in Modern Russia]. *Vestnik Kalmytskogo universiteta*, no 4, p. 57.

Dallas L. (2013) Short-Termism, the Financial Crisis, and Corporate Governance. Available at: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2006556](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2006556) (accessed: 30.03.2016)

Dolinskaya V.V. (2016) Organizatsionno-pravovye formy khozyaystvovaniya: sistema i novelly [Legal Organizational Forms: System and Novellas]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 1, pp. 13–22.

Fenwick M., Vermeulen E. (2015) The New Firm: Staying Relevant, Unique and Competitive. Topics in Corporate Law and Economics. Working Paper No. 2015-5. Available at: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2659763](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2659763) (accessed: 30.03.2016)

Hopt K. Directors' Duties and Shareholders' Rights in the European Union: Mandatory and /or Default Rules? *European Corporate Governance Institute (ECGI)*. Working Paper No. 312/2016. Available at: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2749237](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2749237) (accessed: 30.03.2016)

Makarova O.A. (2016) Novoye v GK RF i v zakonakh o khozyaystvennykh obshchestvakh [New in Russian Civil Code and in Laws on Commercial Companies]. *Grazhdanskoe pravo*, no 1, pp. 9–12.

McCahery J., Vermeulen E. (2007) *Issledovanie vnekorporativnykh form vedeniya biznesa* [Research on Extracorporate Forms of Doing Business]. Moscow: Natsionalnyi sovet korporativnogo upravleniya, 176 p. (in Russian)

North D. et al. (2011) Limited Access Orders in the Developing World: A New Approach to the Problems of Development. *World Bank Policy Research*. Working Paper 4359. Available at: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1015978](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1015978) (accessed: 30.03.2016)

OECD (2015) Printsipy korporativnogo upravleniya [OECD Principles of Corporate Governance]. Available at: [http://www.oecd-ilibrary.org/governance/g20\\_9789264252035-ru](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/g20_9789264252035-ru) (accessed: 1.04.2016)

Shitkina I.S. (ed.) (2015) *Korporativnoe pravo: uchebnyy* [Corporate Law: Textbook]. Moscow: KNORUS, 1080 p. (in Russian)

Stepanov D.I. (2014) Novye polozheniya Grazhdanskogo kodeksa o yuridicheskikh litsakh [New Provisions in the Civil Code on Legal Entities]. *Zakon*, no 7, pp. 31–55.

Vermeulen E. (2015) Corporate Governance in a Networked Age. Available at: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2641441](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2641441) (accessed: 3.04.2016)

Zetsche D. (2005) Corporate Governance in Cyberspace. A Blueprint for Virtual Shareholder Meetings. Available at: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=747347](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=747347) (accessed: 30.03.2016)

# Процедуры оспаривания нормативных актов в законодательстве Российской Федерации: от Гражданского процессуального кодекса до Кодекса административного судопроизводства<sup>1</sup>

---



**Е.К. Цветкова**

доцент кафедры конституционного и административного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: zam\_ekaterina@rambler.ru

---



## **Аннотация**

В статье дается анализ наиболее важных положений Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации, посвященных производству по делам об оспаривании нормативных правовых актов. В частности, рассматриваются требования к заявителям и условия их обращения в суд; срок, в течение которого может быть подано административное исковое заявление об оспаривании нормативного правового акта; юридические последствия утраты силы актом во время рассмотрения дела о его оспаривании; требования к представителям по делам об оспаривании нормативных правовых актов; варианты процессуальных действий суда, если административное исковое заявление об оспаривании нормативного правового акта не подлежит на момент обращения принятию к производству; особенности судебного разбирательства по делам об оспаривании нормативных правовых актов; момент, с которого оспариваемый акт признается не соответствующим акту большей юридической силы, недействующим и не подлежащим дальнейшему применению; запрет применения нормативных правовых актов, имеющих меньшую юридическую силу и воспроизводящих содержание акта, признанного недействующим полностью или в части, либо на нем основанных и из него вытекающих. Существующее законодательное регулирование приводится в сравнении с ранее действовавшими нормами Гражданского процессуального кодекса РФ, регламентирующими производство по делам о признании недействующими нормативных правовых актов полностью или в части. Оцениваются новеллы Кодекса административного судопроизводства, включенные в производство по делам об оспаривании нормативных правовых актов — меры предварительной защиты; объединение в одно производство нескольких дел об оспаривании одного и того же нормативного акта либо разных положений этого акта; запрет заключения мировых соглашений по делам об оспаривании нормативных правовых актов; указание суда на выявленное им определенное истолкование оспариваемого акта, адресованное другим правоприменительным органам и должностным лицам; применение упрощенного производства по делам об оспаривании нормативных правовых актов. Указывается также на недостатки юридической техники отдельных положений Кодекса. Проводятся параллели с конституционным судопроизводством.

---



## **Ключевые слова**

Кодекс административного судопроизводства, Гражданский процессуальный кодекс, производство по делам об оспаривании нормативных правовых актов, Верховный Суд Российской Федерации, Конституционный Суд Российской Федерации, конституционное судопроизводство.

---

<sup>1</sup> Статья подготовлена при информационной поддержке СПС Консультант Плюс.



Библиографическое описание: Цветкова Е.К. Процедуры оспаривания нормативных правовых актов в законодательстве Российской Федерации: от Гражданского процессуального кодекса до Кодекса административного судопроизводства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 87–99.

JEL: K41; УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.87.99

15 сентября 2015 г. вступил в силу Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации (далее — КАС РФ), которым были внесены существенные изменения в порядок производства по делам об оспаривании нормативных правовых актов. Прежде всего следует отметить, что объем главы 21 КАС РФ, целиком посвященной рассмотрению и разрешению судами данной категории дел, стал значительно больше аналогичной главы Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее — ГПК РФ), ранее регулировавшей соответствующий вид административного судопроизводства. Для сравнения: в главе 24 ГПК РФ («Производство по делам о признании недействующими нормативных правовых актов полностью или в части») содержалось всего три статьи, т.е. втрое меньше, чем в главе 21 КАС РФ («Производство по административным делам об оспаривании нормативных правовых актов»), включающей 10 статей. Объем почти половины из них весьма внушителен<sup>2</sup>.

Таким образом, законодательная регламентация производства по делам об оспаривании нормативных правовых актов стала более развернутой и конкретной. Таковой, как сейчас, она не была еще никогда. Это произошло впервые за всю историю эволюции судебного нормоконтроля, осуществляемого судами общей юрисдикции. Безусловно, это положительный фактор, свидетельствующий о расширении гарантий конституционного права на судебную защиту от действия незаконных нормативных решений органов власти и должностных лиц.

Обратим внимание на наиболее важные положения КАС РФ. Начнем с того, что устанавливаются более четкие требования к заявителям и условия их обращения в суд. В ч. 1 ст. 208 обозначены две категории заявителей по делам об оспаривании нормативных правовых актов:

- лица, в отношении которых применен оспариваемый акт;
- лица, которые являются субъектами отношений, регулируемых оспариваемым актом.

Причем и те, и другие должны полагать, что оспариваемым актом нарушены или нарушаются их права, свободы и законные интересы. Информация о таких нарушениях, а также сведения о применении оспариваемого нормативного акта к административному истцу или о том, что административный истец является субъектом отношений, регулируемых этим актом, должны содержаться в административном исковом заявлении (в ГПК РФ соответствующий документ назывался «заявлением») и приложениях к нему.

Отметим, что по ГПК РФ круг субъектов, обладающих правом на обращение в суд с заявлением об оспаривании нормативного правового акта, был более узким. К их числу относились граждане и организации, считающие, что принятым и опубликованным в установленном порядке нормативным правовым актом нарушаются их права и свободы, а также прокурор в пределах своей компетенции (ч. 1 ст. 251 ГПК РФ). Причем обратиться в суд можно было не только если права и свободы уже нарушены или находятся в состоянии нарушения, но и при угрозе их нарушения (п. 4 ч. 2 ст. 131 ГПК РФ). Данное обстоятельство было подтверждено и в п. 7 Постановления Пленума Верховного Суда

<sup>2</sup> См., напр.: ст. 208, 213, 215, 216 КАС РФ.

Российской Федерации от 29 ноября 2007 г. № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части»<sup>3</sup>.

На сегодняшний день возможность обращения в суд в случае реальной угрозы нарушения прав и свобод существует только у так называемых *специальных* субъектов, которые выступают в защиту прав, свобод и законных интересов других лиц (общественные объединения — в случаях, предусмотренных федеральным законом; прокурор; Президент России, Правительство России, законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта федерации, высшее должностное лицо субъекта федерации (руководитель высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ), орган местного самоуправления, глава муниципального образования; Центральная избирательная комиссия, избирательная комиссия субъекта Российской Федерации, избирательная комиссия муниципального образования) (ч. 2–4 ст. 208, п. 5 ч. 2 ст. 209 КАС РФ).

Таким образом, право на судебную защиту от нарушающих права и свободы нормативных актов, с одной стороны, было расширено за счет того, что субъекты права на обращение в суд теперь не дифференцируются на группы заявителей (граждане, организации), а определяются более общим понятием «лица», а с другой — ограничено вследствие исключения возможности обращения в суд при реальной и непосредственной угрозе нарушения оспариваемым актом прав и свобод заявителя.

В ч. 6 ст. 208 КАС РФ закреплена норма, которая определяет срок, в течение которого может быть подано административное исковое заявление об оспаривании нормативного правового акта. Установлено, что такое заявление может быть подано *в течение всего срока действия оспариваемого акта*. Исключение касается случая оспаривания закона субъекта Российской Федерации о роспуске представительного органа муниципального образования. Такое заявление может быть подано в течение десяти дней со дня принятия соответствующего нормативного правового акта (ч. 7 ст. 208 КАС РФ).

Если ко времени обращения в суд акт утратил силу (например, в связи с истечением срока действия или в связи с его отменой принявшим органом или должностным лицом), заявителю будет отказано в принятии заявления (ч. 1 ст. 210 КАС РФ). В п. 11 Постановления Пленума Верховного Суда от 29 ноября 2007 г. № 48 разъяснено, что судья должен отказать в принятии заявления также когда в заявлении оспариваются проект нормативного правового акта, решение законодательного органа о принятии или отклонении проекта нормативного правового акта, а равно если в заявлении оспаривается акт, не вступивший в силу<sup>4</sup>, либо формально не отмененный, но фактически недействующий в силу издания более позднего акта. Во всех этих случаях, отмечается в Постановлении, акты не порождают правовых последствий, в результате чего не могут повлечь каких-либо нарушений охраняемых законом прав и свобод заявителя и других лиц.

В то же время заинтересованные лица не остаются без судебной защиты, поскольку у них сохраняется возможность обжалования неправомερных решений, действий (бездействия), основанных на акте, утратившем силу, а также право на обращение в суд в порядке искового производства, в ходе которого заявитель может поставить вопрос о неприменении при разрешении спора данного нормативного правового акта или его части.

Следует отметить, что юридические последствия оспаривания акта, утратившего силу, не распространяются на случаи, когда акт утрачивает силу в ходе рассмотрения

<sup>3</sup> Российская газета. 2007. № 276.

<sup>4</sup> Согласно ч. 2 ст. 210 КАС РФ, в случае оспаривания акта, не вступившего в силу, или его отдельных положений, судья возвращает административное исковое заявление.

судом дела об оспаривании данного акта. Это означает, что если оспариваемый акт утратил силу до окончания производства по делу, суд вправе, но не обязан прекратить производство. Причем это право действует только если оспариваемый акт перестал затрагивать права, свободы и законные интересы административного истца (ч. 11 ст. 213, п. 1 ч. 2 ст. 214 КАС РФ). Данное положение Кодекса согласуется и с правовой позицией Конституционного Суда Российской Федерации, содержащейся в Определении от 12 мая 2005 г. № 244-О и подтвержденной в ряде последующих решений<sup>5</sup>. Суть этой позиции в том, что суд не может прекратить производство по делу об оспаривании нормативного правового акта, признанного по решению органа государственной власти, органа местного самоуправления или должностного лица, принявшего данный нормативный правовой акт, утратившим силу после подачи в суд соответствующего заявления, если в процессе судебного разбирательства будет установлено нарушение оспариваемым нормативным правовым актом прав и свобод заявителя, гарантированных Конституцией России, законами и иными нормативными правовыми актами.

КАС РФ, в отличие от ранее действовавших положений ГПК РФ, установил более жесткие требования к представителям по делам об оспаривании нормативных правовых актов. Теперь представителями по данной категории дел могут быть только лица, имеющие высшее юридическое образование (ч. 9 ст. 208, ст. 55 КАС). Более того, если сам заявитель не имеет высшего юридического образования, то он не может самостоятельно участвовать в деле, но должен привлечь в качестве представителя лицо, имеющее такое образование. Исключение из этого правила относится только к случаям рассмотрения дела об оспаривании нормативного акта районным судом.

Полагаем, что включение в КАС РФ подобного требования вполне оправдано. Ведь речь идет о судебных делах, участие в которых требует специальных познаний в области права не только от судей или участвующего в деле прокурора, но и от административного истца, административного ответчика и их представителей. Участие в деле квалифицированных специалистов призвано способствовать более грамотному, эффективному и оперативному отправлению правосудия.

Вместе с тем, несмотря на прогрессивный и в целом позитивный характер положений КАС РФ, регламентирующих статус административных истцов, а также представителей по делам об оспаривании нормативных правовых актов, текст Кодекса не лишен некоторых юридико-технических недостатков.

Во-первых, имеются текстуальные несоответствия между отдельными нормами. Например, в п. 4 ч. 1 ст. 126 КАС РФ сказано, что к административному исковому заявлению прилагается в том числе документ, подтверждающий наличие высшего юридического образования у гражданина, который является административным истцом и намерен лично вести административное дело, по которому настоящим Кодексом предусмотрено обязательное участие представителя. В случае несоблюдения данного требования судья оставляет заявление без движения, а спустя некоторое время возвращает его заявителю (ст. 130, ч. 3 ст. 210). Следовательно, административное исковое заявление об оспаривании нормативного правового акта не может быть принято у лица, не могущего подтвердить наличие высшего юридического образования, а сам заявитель не может приобрести статус лица, участвующего в деле.

Несмотря на это, в ч. 9 ст. 208 КАС РФ содержится формулировка, опровергающая (или, во всяком случае, ставящая под сомнение) данное утверждение: «При рассмотре-

<sup>5</sup> См.: определения Конституционного Суда от 12 июля 2006 г. № 182-О, от 4 июня 2013 г. № 1025-О и № 1026-О, от 24 декабря 2013 г. № 1979-О, от 27 октября 2015 г. № 2473-О и др.

нии административных дел об оспаривании нормативных правовых актов... *граждане, участвующие в деле и не имеющие высшего юридического образования*, ведут дела через представителей...» (курсив мой. — Е.Ц.). Если следовать буквальному толкованию данного положения, получается, что граждане, не имеющие высшего юридического образования, могут быть лицами, участвующими в деле.

Во-вторых, в КАС РФ нет ответа на вопрос, нужно ли адвокату, являющемуся представителем по делу об оспаривании нормативного правового акта, предъявлять документ о наличии у него высшего юридического образования. В ГПК РФ данный вопрос как ранее, так и в настоящее время решен однозначно: не нужно, достаточно предъявления ордера, выданного соответствующим адвокатским образованием (ч. 5 ст. 53). Верховный Суд Российской Федерации в разъяснениях по вопросам применения КАС РФ отмечает, что поскольку «присвоение лицу статуса адвоката свидетельствует о наличии у него квалификации, позволяющей профессионально оказывать юридическую помощь... предъявления документов о высшем юридическом образовании для представления интересов доверителя в административном процессе адвокату не требуется»<sup>6</sup>. Кроме того, в Госдуме уже внесен проект федерального закона, согласно которому адвокатам достаточно будет предъявить суду документы, подтверждающие полномочия на ведение административного дела и статус. Полномочия, как указано в законопроекте, удостоверяются ордерами и доверенностью. Статус, в соответствии с Законом об адвокатской деятельности, подтверждается удостоверением (справкой)<sup>7</sup>.

В КАС РФ предусмотрены следующие варианты процессуальных действий, если административное исковое заявление об оспаривании нормативного правового акта не подлежит на момент обращения принятию к производству:

1) *отказ в принятии административного искового заявления* (если, например, заявление не подлежит рассмотрению и разрешению судом в порядке административного судопроизводства);

2) *возвращение административного искового заявления* (если, скажем, нарушены правила подсудности, не исправлены недостатки административного искового заявления и документов, приложенных к нему, в срок, установленный в определении об оставлении данного заявления без движения);

3) *оставление административного искового заявления без движения* (если нарушены требования к форме и содержанию заявления и (или) приложенных к нему документов).

Когда административное исковое заявление уже принято к производству, суд в определенных случаях может *прекратить производство по делу* или *оставить заявление без рассмотрения*. Так, в ч. 6 ст. 39 КАС РФ закреплено, что если прокурор откажется от административного иска, поданного в защиту прав, свобод и законных интересов гражданина, суд оставляет соответствующее заявление без рассмотрения, если гражданин, обладающий административной процессуальной дееспособностью, его представитель или законный представитель гражданина, не обладающего административной процессуальной дееспособностью, не заявит об отказе от административного иска.

В ст. 211 КАС РФ закреплено чрезвычайно важное положение, которого не было ранее в ГПК РФ. Речь идет о *мерах предварительной защиты* по делам об оспаривании

<sup>6</sup> Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2015) // СПС Консультант Плюс.

<sup>7</sup> См.: проект Федерального закона № 971508-6 «О внесении изменений в Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации» // [http://asozd.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=971508-6](http://asozd.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=971508-6) (дата обращения: 07.02.2016)

нормативных правовых актов. Установлено, что по данной категории дел суды могут использовать такую меру предварительной защиты, как *запрет применения оспариваемого акта или его отдельных положений в отношении административного истца*. Данная мера как бы приостанавливает действие оспариваемого акта в отношении заявителя. Она носит превентивный характер и направлена на то, чтобы не допустить или, во всяком случае, не усугубить нарушение прав, свобод и законных интересов административного истца применением к нему этого акта.

Для сравнения отметим, что в ГПК РФ полностью исключалась возможность каких бы то ни было мер предварительной защиты по делам об оспаривании нормативных правовых актов. На сей счет есть специальное указание Верховного Суда Российской Федерации: «Имея в виду, что в соответствии с частью 7 статьи 251 ГПК РФ подача в суд заявления об оспаривании нормативного правового акта не приостанавливает действие этого нормативного правового акта, судья не вправе применять по просьбе заявителя меры обеспечения по основаниям, предусмотренным статьей 139 ГПК РФ»<sup>8</sup>.

Трудно переоценить значение ст. 212 КАС РФ, предусматривающей возможность объединения в одно производство нескольких дел об оспаривании одного и того же нормативного акта либо разных положений этого акта. Полагаем, что данная норма вполне отвечает задачам административного судопроизводства и его принципам — осуществлению административного судопроизводства в разумный срок, принципу процессуальной экономии.

Среди особенностей судебного разбирательства по делам об оспаривании нормативных правовых актов необходимо отметить следующие:

- увеличен срок рассмотрения судами таких дел с одного месяца до двух со дня подачи административного искового заявления, за исключением Верховного Суда Российской Федерации, рассматривающего подобные дела в течение трех месяцев со дня подачи заявления<sup>9</sup>;

- дела об оспаривании нормативных правовых актов рассматриваются с участием прокурора. В КАС РФ по сравнению с ГПК уточняется процессуальное положение прокурора — в зависимости от того, возбуждено ли дело об оспаривании нормативного акта на основании заявления прокурора (ч. 4 ст. 213);

- существенно увеличены размеры штрафов за неявку в судебное заседание органов и лиц, когда суд признает явку обязательной. Для сравнения: согласно ГПК в случае неявки в судебное заседание представителя органа государственной власти, органа местного самоуправления или должностного лица указанные лица могли быть подвергнуты штрафу в размере до одной тысячи рублей (ч. 4 ст. 246); в соответствии с положениями КАС в аналогичных ситуациях на должностное лицо может быть наложен штраф в размере до 30 тысяч рублей (ч. 1 ст. 122);

- в КАС РФ, в отличие от ГПК РФ, более детально регламентируется сам процесс проверки оспариваемого акта, устанавливаются критерии такой проверки. Думается, не случайно законодатель закрепил сначала «формальные» критерии (п. 2 ч. 8 ст. 213), а потом уже «содержательный» критерий (п. 3 ч. 8 ст. 213). Такой порядок проверки акта также служит задачам и принципам правосудия, в частности, принципу процессуальной экономии. Проверка формальных требований, которым должен соответствовать

<sup>8</sup> П. 14 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2007 г. № 48.

<sup>9</sup> Подробнее об этом см.: *Порываев С.А.* О возможности унификации производства по делам об оспаривании нормативных правовых актов при принятии Кодекса административного судопроизводства // СПС Консультант Плюс.

оспариваемый акт, зачастую занимает у суда меньше времени, чем его проверка «по существу», т.е., собственно, проверка законности акта или его отдельных положений. Для признания акта недействующим достаточно установления его несоответствия хотя бы одному «формальному» требованию<sup>10</sup>;

- в КАС РФ закреплено положение о недопустимости заключения мировых соглашений по делам об оспаривании нормативных правовых актов, чего не было в ГПК РФ. Вот как объясняет данное обстоятельство Верховный Суд: «...учитывая, что производство по делу об оспаривании нормативного правового акта носит публичный характер и результаты его рассмотрения являются обязательными как для лиц, участвующих в рассмотрении данного дела, так и для лиц, не участвующих в нем, утверждение мирового соглашения по делам данной категории недопустимо»<sup>11</sup>.

Интересное положение содержится в ч. 3 ст. 215 КАС РФ: если при рассмотрении дела об оспаривании нормативного правового акта суд установит, что применение на практике оспариваемого акта (его отдельных положений) не соответствует истолкованию данного акта (его отдельных положений), выявленному судом с учетом места этого акта в системе нормативных правовых актов, суд указывает на это в мотивировочной и резолютивной частях решения по административному делу об оспаривании нормативного правового акта. Очевидно, данная норма призвана обеспечить единообразие в правоприменительной практике, что свидетельствует о ее положительной направленности. В то же время встает вопрос: каковы юридические последствия указания суда на определенное истолкование оспариваемого акта (его отдельных положений), становится ли оно обязательным для других судов и иных правоприменительных органов? В конституционном судопроизводстве, например, этот вопрос решен однозначно: решение Конституционного Суда России, которым подтверждается конституционность нормы именно в данном им истолковании и тем самым исключается любое иное, т.е. неконституционное, ее истолкование, а, следовательно, и применение в неконституционной интерпретации, имеет в этой части такие же последствия, как и признание нормы не соответствующей Конституции Российской Федерации<sup>12</sup>.

Степень обязательности истолкования нормативного правового акта, выявленного одним судом, для других судебных органов будет, на наш взгляд, зависеть от того, признано ли такое истолкование Верховным Судом России. Если последний подтвердит правильность истолкования акта (его отдельных положений), выявленного нижестоящим судом, т.е. как бы санкционирует это истолкование своим решением, то оно станет обязательным для всех нижестоящих судов. Что касается обязательности истолкования акта, выявленного судом, для других (несудебных) правоприменительных органов, то на практике она может игнорироваться. Несмотря на обязательность вступивших в законную силу решений судов для всех иных органов и должностных лиц, правоприменители нередко руководствуются в своей деятельности не судебными актами, а должностными инструкциями и решениями вышестоящих органов. Ситуация усугубляется еще и недостаточной проработанными механизмами ответственности органов власти за неисполнение судебных решений.

Между отдельными положениями ст. 215 КАС РФ имеются текстуальные несоответствия. Речь идет о сроке, с которого оспариваемый акт признается не соответствующим

<sup>10</sup> См.: п. 17 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2007 г. № 48.

<sup>11</sup> П. 27 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2007 г. № 48.

<sup>12</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 11 ноября 2008 г. № 556-О-П // Российская газета. 2008. № 245.



акту большей юридической силы, недействующим и не подлежащим дальнейшему применению. В п. 1 ч. 2 ст. 215 установлено, что акт признается недействующим полностью или в части *со дня его принятия*<sup>13</sup> или с иной определенной судом даты, а в п. 1 ч. 4 этой же статьи говорится о признании акта недействующим полностью или в части *со дня вступления решения суда в законную силу*<sup>14</sup> или с иной определенной судом даты. Между тем момент, с которого оспариваемый акт признается не соответствующим акту большей юридической силы, недействующим и не подлежащим дальнейшему применению, имеет огромное значение: от него зависят не только юридические последствия, но и дальнейшие действия сторон и других заинтересованных лиц. Следует отметить, что у суда имеется широкая свобода усмотрения в отношении определения данного момента.

Верховный Суд Российской Федерации дал следующие разъяснения по этому вопросу:

- нормативный правовой акт или его часть могут быть признаны недействующими с того времени, когда они вошли в противоречие с нормативным правовым актом, имеющим большую юридическую силу;
- если оспариваемый акт был принят ранее нормативного правового акта, имеющего большую юридическую силу, он или его часть могут быть признаны недействующими со дня вступления в силу нормативного правового акта, имеющего большую юридическую силу, которому он или его часть стали противоречить;
- оспариваемый акт, принятый позднее нормативного правового акта, имеющего большую юридическую силу, которому он или его часть не соответствует, может быть признан судом недействующим полностью или в части со дня вступления в силу оспариваемого акта;
- если нормативный правовой акт до вынесения решения суда применялся, и на основании этого акта были реализованы права граждан и организаций, суд может признать его недействующим полностью или в части со дня вступления решения в законную силу.

Обстоятельства, в связи с которыми суд пришел к выводу о необходимости признания акта или его части недействующими с того или иного времени, должны быть отражены в мотивировочной части решения<sup>15</sup>.

Из правила о возможности признания судом оспариваемого нормативного акта недействующим со дня его принятия есть исключение. Оно касается актов, которые в соответствии со ст. 125 Конституции могут быть проверены в процедуре конституционного судопроизводства. Такой акт признается судом недействующим *с момента вступления решения в законную силу*<sup>16</sup>. Надо полагать, что данное положение введено чтобы смягчить «конфликт компетенций», связанный с возможностью проверки одних и тех же актов судами общей юрисдикции и Конституционным Судом Российской Федерации. В данном случае речь идет о том, чтобы решения судов общей юрисдикции о признании нормативных актов недействующими и юридические последствия таких

<sup>13</sup> Такой вид судебного нормоконтроля получил название «*ex tunc*». Это значит, что в данном случае решению суда о признании акта недействующим как бы придается обратная сила, т.е. акт считается недействующим со дня его принятия. См.: Конституционное (государственное) право зарубежных стран: Учебник. В 4-х т. Т. 1–2 / отв. ред. Б.А. Страшун. М., 1996. С. 79.

<sup>14</sup> Данный вид судебного нормоконтроля получил название «*ex nunc*». В отличие от контроля *ex tunc*, данная разновидность не предполагает надления судебного решения обратной силой. Иными словами, акт считается недействующим со дня вступления в силу решения суда, т.е. только на будущее время. См.: Там же. С. 80.

<sup>15</sup> П. 28 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2007 г. № 48.

<sup>16</sup> Там же.

решений не создавали препятствий для проверки этих же актов в порядке конституционного судопроизводства. Как отмечает Конституционный Суд, «рассмотрение судом общей юрисдикции административного дела о проверке закона субъекта Российской Федерации, в результате которой он может быть признан противоречащим федеральному закону, не исключает последующей проверки его конституционности в порядке конституционного судопроизводства. Следовательно, решение суда общей юрисдикции, которым закон субъекта Российской Федерации признан противоречащим федеральному закону, по своей природе не является подтверждением недействительности закона, его отмены самим судом, тем более лишения его юридической силы с момента издания, а означает лишь признание его недействующим и, следовательно, с момента вступления решения суда в силу не подлежащим применению...» (курсив мой. — Е.Ц.)<sup>17</sup>.

Важная норма закреплена в ч. 2 ст. 216 КАС РФ, которая содержит запрет на применение нормативных правовых актов, имеющих меньшую юридическую силу и воспроизводящих содержание акта, признанного недействующим полностью или в части, либо на нем основанных и из него вытекающих. Схожее положение было ранее и в ГПК — с той лишь разницей, что в ч. 3 ст. 253 ГПК говорилось не о неприменении, а об утрате силы нормативных актов, основанных на акте, признанном недействующим, или воспроизводящих его содержание. Приведенные нормы процессуальных кодексов очень напоминают положения Федерального конституционного закона от 21.07.1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»<sup>18</sup>, предусматривающие отмену и невозможность дальнейшего применения нормативных актов, основанных на акте, признанном неконституционным, либо воспроизводящих его или содержащих такие же положения, какие были признаны неконституционными (ч. 2–4 ст. 87).

Схожесть административного судопроизводства по делам об оспаривании нормативных правовых актов с конституционным судопроизводством наблюдается и в возможности использования в определенных случаях упрощенного (письменного) производства. В конституционном судопроизводстве такая возможность появилась в 2010 г., а в административном — в 2015 г., т.е. с принятием КАС РФ. Применение упрощенного (письменного) производства, согласно ч. 5 ст. 216 КАС РФ, допускается в случае оспаривания нормативных актов, имеющих меньшую юридическую силу по сравнению с актом, ранее признанном недействующим, воспроизводящих его содержание, либо на нем основанных и из него вытекающих. Такие акты могут рассматриваться судом без проверки законности повторного нормативного акта (принятого вместо ранее признанного недействующим и аналогичного ему по содержанию), если на момент принятия повторного акта отсутствовали изменения в законодательстве, которому противоречил акт, ранее признанный недействующим. При рассмотрении дела в порядке упрощенного (письменного) производства в мотивировочной части решения суда должно быть указано в том числе на судебное решение, которым тождественный нормативный акт признан недействующим.

Таким образом, применение процедуры упрощенного (письменного) производства основано на ранее вынесенных и сохраняющих свою силу судебных решениях по делам об оспаривании нормативных правовых актов.

<sup>17</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 11 апреля 2000 г. № 6-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений пункта 2 статьи 1, пункта 1 статьи 21 и пункта 3 статьи 22 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» в связи с запросом Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации» // СЗ РФ. 2000. № 16. Ст. 1774.

<sup>18</sup> СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

В соответствии со ст. 20 и 47.1 Закона о Конституционном Суде Российской Федерации упрощенное (письменное) производство называется «разрешением дел без проведения слушания». В таком порядке могут рассматриваться дела о проверке конституционности нормативных актов, если Суд придет к выводу, что вопрос может быть разрешен на основании правовых позиций, содержащихся в ранее принятых им постановлениях, и проведение слушания не является необходимым для обеспечения прав стороны.

Следует отметить, что как в административном, так и в конституционном судопроизводстве, по ходатайству сторон или одной из них процедура упрощенного (письменного) производства может быть (в административном судопроизводстве — должна быть) заменена обычным, устным разбирательством.

Беспрецедентное значение имеет ч. 4 ст. 216 КАС РФ, наделяющая суд возможностью (в случае образования пробела в правовом регулировании вследствие признания нормативного правового акта недействующим) возложить на орган, уполномоченную организацию или должностное лицо, принявшие оспариваемый акт, *обязанность* принять новый акт вместо признанного недействующим. В то же время данная норма, чтобы стать реально применимой, нуждается, на наш взгляд, в дополнительной конкретизации. Должны быть четко определены по крайней мере: срок, в течение которого должен быть принят новый акт, а также юридические последствия неисполнения обязанности по принятию такого акта, особенно органами власти и организациями.

Подводя итог обзора положений КАС РФ, посвященных производству по делам об оспаривании нормативных правовых актов, сформулируем выводы:

- правовая регламентация данного вида административного судопроизводства стала более развернутой и детальной;
- в КАС РФ появились важные новеллы, которых не было в ГПК РФ;
- несмотря на весьма прогрессивный характер некоторых положений КАС РФ, в его тексте присутствуют дефекты юридической техники, могущие усложнить применение Кодекса;
- некоторые нормы, имеющие важное практическое значение, могут остаться нормами «на бумаге», т.е. мертвыми нормами, если не будет разработан механизм их реализации;
- административное судопроизводство по делам об оспаривании нормативных правовых актов в его нынешнем виде имеет значительное сходство с конституционным судопроизводством, т.е. наблюдается унификация данных форм осуществления судебной власти<sup>19</sup>.

Некоторые недостатки КАС РФ и практики его применения уже повлекли за собой волну изменений и дополнений, которые приняты федеральным законодателем или пока находятся на его рассмотрении. Это лишний раз доказывает, что идеальных законов не бывает, а если закон меняется, значит, он живет, развивается и совершенствуется.



## Библиография

Беспалов Ю.Ф. Комментарий к Кодексу административного судопроизводства Российской Федерации (постатейный научно-практический). М.: Проспект, 2016. 768 с.

<sup>19</sup> Подробнее см.: Брежнев О.В. Кодекс административного судопроизводства РФ о разграничении подведомственности и особенностях взаимодействия между судами общей юрисдикции и органами конституционного правосудия // СПС Консультант Плюс.

Брежнев О.В. Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации о разграничении подведомственности и особенностях взаимодействия между судами общей юрисдикции и органами конституционного правосудия // *Административное и муниципальное право*. 2015. № 6. С. 626–633.

Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Т.Т. Алиев, С.Ф. Афанасьев, А.Н. Балашов и др.; под ред. М.А. Вилкут. 2-е изд. М.: Юрайт, 2014. 627 с.

Комментарий к Кодексу административного судопроизводства Российской Федерации (поглавный) / О.В. Аксенова, С.А. Алешукина, Н.А. Антонова и др.; под ред. А.А. Муравьева. М.: Проспект, 2015. 408 с.

Комментарий к Федеральному конституционному закону «О Конституционном Суде Российской Федерации» (постатейный) / Ю.А. Андреева и др.; под ред. Г.А. Гаджиева. М.: Норма, 2012. 672 с.

Конституционное (государственное) право зарубежных стран: учебник. В 4-х т. Т. 1–2 / отв. ред. Б.А. Страшун. М.: БЕК, 1996. 784 с.

Кудряшова Е. Долгожданный КАС РФ // *ЭЖ-Юрист*. 2015. № 10. С. 10–15.

Мохов А.А. Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации: (постатейный). М.: КОНТРАКТ, 2011. 752 с.

Научно-практическое пособие по разрешению дел, возникающих из публичных правоотношений (главы 23–26 ГПК РФ) / В.Ю. Зайцев и др.; под ред. П.П. Серкова. М.: НОРМА, 2006. 128 с.

Порываев С.А. О возможности унификации производства по делам об оспаривании нормативных правовых актов при принятии Кодекса административного судопроизводства // *Законы России: опыт, анализ, практика*. 2015. № 3. С. 71–74.

Постатейный комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / А.В. Аргунов, В.В. Аргунов, А.В. Демкина и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2012. 636 с.

Рыжаков А.П. Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный). 6-е изд. // СПС КонсультантПлюс.

Рыжаков А.П. Постатейный комментарий к Кодексу административного судопроизводства Российской Федерации // СПС КонсультантПлюс.

Стариков Ю.Н. Судебный нормоконтроль и административное судопроизводство в системе модернизации административного и административного процессуального законодательства // *Мировой судья*. 2015. № 4. С. 31–38.

Ярков В. и др. Кодекс административного судопроизводства: ожидания и перспективы // *Закон*. 2015. № 9. С. 18–32.

---

## **Procedures for Challenging Regulations in the Russian Legislation: from Civil Procedural Code to Administrative Procedural Code**



**Ekaterina Tsvetkova**

Associate Professor, Department of Constitutional and Administrative Law, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: zam\_ekaterina@rambler.ru



### **Abstract**

The article presents an analysis of the most important provisions of recently adopted Russian Administrative Procedural Code (APC) dealing with the cases of challenging regulations. In particular, the author addresses issues as: application requirements, the period during which the applicants can take legal recourse; legal implications of the situation when the regulation got invalidated while being challenged; the strategies of procedural judicial procedures if the request for challenging a regulation was not satisfied; specific features of handling cases involving challenging regulations; the moment

when the challenged regulation has been found in contradiction with an overriding legal act and by virtue of this invalidated; the prohibition to apply regulations that possess a less significant legal effect and overlap the content of an overriding act that was completely or partially repealed. The author compares the current legislative framework with the earlier norms of the Russian Civil Procedural Code that envisages procedures for complete or partial repeal of regulatory legal acts. The article presents the author's assessment of the new provisions of the Russian APC which address the procedures for challenging regulations, including measures of provisional remedy, merger of cases, prohibition of amicable agreements in cases with challenging regulations, and using summary of written proceedings in the cases involving the challenge of regulations. Apart of it, the article displays several drawbacks of legal writings and mechanics, discovers contradictions in certain parts of the Administrative Procedural Code and brings up occasional parallels between some APC norms and constitutional proceedings.



## Keywords

Russian Administrative Procedural Code, Russian Civil Procedural Code, procedures for challenging regulations, regulatory legal act, The Supreme Court of Russia, The Constitutional Court of Russia, constitutional proceedings.

Citation: Tsvetkova E. K. (2016) Procedures for Challenging regulations in the Russian Legislation from Civil Procedural Code to Administrative Procedural Code. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 87–99 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.87.99



## References

A.A. Murav'ev (ed.) (2015) *Kommentariy k Kodeksu administrativnogo sudoproizvodstva Rossiyskoy Federatsii (poglavnyy)* [Commentary to the Administrative Procedure Code of Russia]. Moscow: Prospekt, 408 p. (in Russian)

Bespalov Yu. F. (2016) *Kommentariy k Kodeksu administrativnogo sudoproizvodstva Rossiyskoy Federatsii* [Commentaries to the Administrative Procedure Code of the Russian Federation]. Moscow: Prospekt, 768 p. (in Russian)

Brezhnev O.V. (2015) Kodeks administrativnogo sudoproizvodstva RF o razgranichenii podvedomstvennosti i osobennostyakh vzaimodeystviya mezhdud sudami obshchey yurisdiksiy i organami konstitutsionnogo pravosudiya [Administrative Procedure Code on Dividing Jurisdiction and Interaction between Jurisdiction and the Bodies of Constitutional Jurisprudence]. *Administrativnoe i munitsipal'noe pravo*, no 6, p. 626–633.

Gadzhiev. G.A. (ed.) (2012) *Kommentariy k Federal'nomu konstitutsionnomu zakonu O Konstitutsionnom Sude Rossiyskoy Federatsii* [Commentaries to the Constitutional Law On the Constitutional Court of the Russian Federation]. Moscow: Norma, 672 p. (in Russian)

Krashennnikov P.V. (ed.) (2012) *Postateynny kommentariy k Grazhdanskomu protsessual'nomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Commentary to the Civil Procedural Code of Russia]. Moscow: Statut, 636 p. (in Russian)

Kudryashova E. (2015) Dolgozhdannyy KAS [Long-Awaited Administrative Procedural Code]. *EZh-Yurist*, no 10, p. 10–15.

Mokhov A.A. (2011) *Kommentariy k Grazhdanskomu protsessual'nomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Commentaries to the Civil Procedural Code of the Russian Federation]. Moscow: KONTRAKT, 752 p. (in Russian)

Poryvaev S.A. (2015) O vozmozhnosti unifikatsiy proizvodstva po delam ob osparivaniy normativnykh pravovykh aktov pri prinyatii Kodeksa administrativnogo sudoproizvodstva [On Possible Unification of Procedures on the Cases of Challenging Regulations Adopting the Administrative Procedure Code]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, no 3, pp. 71–74.

Ryzhakov A.P. (2011) *Kommentariy k Grazhdanskomu protsessual'nomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Commentary to the Russian Civil Procedural Code]. SPS Konsul'tant Plus.

Ryzhakov A.P. (2015) *Postateynny kommentariy k Kodeksu administrativnogo sudoproizvodstva Rossiyskoy Federatsii* [Commentary to the Administrative Procedural Code of the Russian Federation]. SPS Konsul'tant Plus.

Serkov P.P. (ed.) (2006) *Nauchno-practicheskoye posobie po razresheniyu del vosnikaiuschih iz publichnyh pravootnosheniy* [Manual on Resolving Cases Arisen from Public Legal Relations]. Moscow: Norma, 128 p. (in Russian)

Starilov Yu.N. (2015) Sudebnyy normokontrol' i administrativnoe sudoproizvodstvo v sisteme modernizatsii administrativnogo i administrativnogo protsessual'nogo zakonodatel'stva [Judicial Supervision over Regulations and Administrative Procedure in Modernizing Administrative and Administrative Procedural Legislation]. *Mirovoy sud'ya*, no 4, pp. 31–38.

Strashun B.A. (ed.) (1996) *Konstitutsionnoe (gosudarstvennoe) pravo zarubezhnykh stran: uchebnik* [Constitutional Law of Foreign Countries: Textbook]. Moscow: BEK, 784 p. (in Russian)

Vikut M.A. (ed.) (2014) *Kommentarii k grazhdanskomu protsessualnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Commentary to the Russian Civil Procedural Code]. Moscow: Yurait, 627 p. (in Russian)

Yarkov V. et al. (2015) Kodeks administrativnogo sudoproizvodstva: ozhidaniya i perspektivy [Code of Administrative Judicial Proceeding: Expectations and Perspectives]. *Zakon*, no 9, pp. 18–32.



# Установление единого уровня правовых гарантий справедливого судебного разбирательства в правовом регулировании судопроизводства — средство действенного обеспечения прав человека

---



**Алексеевская Е.И.**

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

---



## **Аннотация**

Обновление процессуального законодательства: принятие Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации, работа над единым кодексом гражданского судопроизводства, преобразования структуры судов общей юрисдикции и арбитражных судов, а также влияние правовых позиций Европейского Суда по правам человека на национальную правовую систему обусловили необходимость осознания универсальности требования обеспечить единый уровень правовых гарантий, составляющих основу концепции справедливого судебного разбирательства. Воплощение требований названной концепции в процессуальном законодательстве является гарантией соблюдения Российской Федерацией международных обязательств в области защиты прав человека и основных свобод. С учетом того, что критерии справедливого судебного разбирательства распространяются на все стадии процесса и на все его виды (цивилистический, административный, уголовный, конституционный), а также соотношены с критериями права на хорошее управление, то можно констатировать, что уровень правовых гарантий един в европейской правовой семье. Однако он не един в российском процессуальном законодательстве, также он не одинаков в сравнении с правовым регулированием проверок органами государственного (муниципального) контроля (надзора), что является серьезной проблемой, требующей скорейшего разрешения. Особую озабоченность вызывает правовое регулирование проверок судебных актов в судах общей юрисдикции, в котором чем выше в иерархии судебная инстанция, тем меньше предоставляется правовых гарантий в соответствующей процедуре. Поэтому актуальна выработка общего подхода к обеспечению единого уровня правовых гарантий в процессуальном законодательстве и его закрепление как необходимого условия подлинного обеспечения правосудием прав, свобод и законных интересов человека и гражданина, а равно организаций в правовом государстве. Анализ существующих подходов в воспроизведении целей и задач судопроизводства, его принципов и процедур позволяет сделать вывод, что мы еще только в начале пути уяснения, выработки и установления единого уровня правовых гарантий справедливого судебного разбирательства в процессуальном законодательстве.

---



## Ключевые слова

права человека, государственный контроль, муниципальный контроль, надзор, справедливое судебное разбирательство, принципы судопроизводства, общепризнанные принципы и нормы международного права, право на хорошее управление.

Библиографическое описание: Алексеевская Е.И. Установление единого уровня правовых гарантий справедливого судебного разбирательства в правовом регулировании судопроизводства — средство действенного обеспечения прав человека // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 100–110.

JEL: K41; УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.100.110

Право на справедливое судебное разбирательство на международном уровне было заложено Генеральной Ассамблеей ООН в 1948 году во Всеобщей декларации прав человека и основных свобод<sup>1</sup>. Далее оно развивалось и дополнялось критериями, гарантирующими справедливость разбирательства дела в суде, в Международном пакте о гражданских и политических правах (1966)<sup>2</sup>, что сформировало основу правовых гарантий в сфере судебной защиты прав и свобод. В европейской правовой семье право на справедливое судебное разбирательство было воспринято в Европейской конвенции прав человека и основных свобод 1950 г. (далее — Конвенция)<sup>3</sup>. Однако основные его критерии были сформулированы Европейским Судом по правам человека в судебных актах<sup>4</sup>. Не будет лишним напомнить, что к их числу относятся:

- публичное разбирательство дела судом;
- независимым и беспристрастным судом;
- судом, созданным на основании закона;
- рассмотрение дела судом в разумный срок;
- осведомленность в отношении дела, затрагивающего права и свободы;
- свободное осуществление процессуальных прав;
- пользоваться бесплатной помощью переводчика или защитника, в случае незнания языка, на котором осуществляется судопроизводство и/или отсутствия денежных средств;
- соблюдение баланса частных и публичных интересов;
- соблюдение принципа правовой определенности;
- быть незамедлительно и подробно уведомленным на понятном языке о характере и основании предъявленного ему обвинения;
- иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты;
- защищать себя лично или через выбранного им самим защитника или, при недостатке средств на оплату услуг защитника, пользоваться услугами назначенного защитника бесплатно, когда того требуют интересы правосудия;
- допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и иметь право на вызов и допрос свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него.

<sup>1</sup> Российская газета. 1995. 5 апреля.

<sup>2</sup> СПС Консультант Плюс.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 163.

<sup>4</sup> Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. М., 1998.

Совокупность этих критериев составляет стандарт справедливого судебного разбирательства<sup>5</sup>. Именно эти критерии справедливого судебного разбирательства были воспроизведены позже в Хартии Европейского Союза об основных правах 2000 года (далее — Хартия)<sup>6</sup> и распространены на процедуры исполнительной и законодательной власти. Так, например, ст. 41 Хартии предусматривает, что каждое лицо имеет право на рассмотрение своего дела институтами и органами Союза беспристрастно, справедливо и в разумный срок. Данное право подразумевает:

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

Гарантией соблюдения перечисленных прав выступает ст. 47 Хартии, предусматривающая право на эффективное обжалование и на доступ к беспристрастному суду. Содержание этой статьи созвучно ст. 6 Конвенции.

С учетом изложенного можно утверждать, что право на справедливое судебное разбирательство в Европейском Союзе обеспечивается как в судебных, так и в административных органах власти, а также на наднациональном уровне и на всех стадиях процесса вплоть до Верховного суда государства. В европейской правовой семье установлен единый уровень правовых гарантий справедливого разбирательства дела<sup>7</sup>. При этом перманентная работа по его повышению идет во всех направлениях: как в национальном законодательстве стран-участниц, так и в наднациональном правовом регулировании. Принимаемые впоследствии наднациональные акты предусматривают критерии справедливого судебного разбирательства, обеспечивающие конвенционные права каждого. Наличие в процедуре, установленной в законе, названных критериев позволяет утверждать, что право на справедливое судебное разбирательство государством обеспечивается. На это обстоятельство не раз обращалось внимание процессуалистами в юридической литературе<sup>8</sup>.

Необходимо отметить, что в 1995 г. Россия в рамках Содружества Независимых Государств (далее — СНГ) приняла Конвенцию государств о правах и свободах человека, провозгласившую преемственность гуманистических идеалов Всеобщей декларации прав человека, Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, Международного пакта о гражданских и политических правах. Конвенция среди прочего закрепила право на справедливое судебное разбирательство (ст. 6). В связи с этим, с одной стороны, Россия посредством присоединения к новым международным актам в области защиты прав человека и основных свобод демонстрирует приверженность названным идеалам. С другой стороны, это означает, что независимо от призы-

<sup>5</sup> Алексеевская Е.И. Законы развития судебной системы. М., 2016. С. 124.

<sup>6</sup> <http://eulaw.ru/treaties/charter> (дата обращения: 19.01.2016)

<sup>7</sup> Алексеевская Е.И. Новый кодекс гражданского судопроизводства: каким ему быть? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 4–10.

<sup>8</sup> Приходько И.А. Доступность правосудия в гражданском и арбитражном процессе. Основные проблемы / Проблемы доступности и эффективности арбитражного и гражданского судопроизводства. М., 2001. С. 12–42; Жилин Г.А. Конституционные основы правосудия по гражданским делам и его эффективность / Там же. С. 272–282; Еременко М.С. Стандарты Совета Европы в области гражданского судопроизводства и проблема доступа к правосудию / Там же. С. 370–384.

вов некоторых российских политиков выйти из Европейской конвенции, обязательства России соблюдать и обеспечивать права каждого на справедливое судебное разбирательство останутся неизменными, поскольку в рамках Конвенции СНГ о правах и свободах человека действует механизм выполнения обязательств государствами-участниками, что не исключает вынесения решений против России по жалобам ее граждан.

Поскольку Россия, участница вышеуказанных международных договоров в сфере защиты прав и свобод человека, приняла на себя обязательства по их соблюдению и воплощению в жизнь, то возникают следующие вопросы. Обеспечивается ли реально право на справедливое судебное разбирательство в широком смысле? Повышается ли уровень правовых гарантий справедливого судебного разбирательства внутри российской правовой системы? Ответы на поставленные вопросы имеют не только теоретическое значение, но и практическое. Они напрямую влияют на объем прав каждого в той или иной процедуре.

Отметим, что понятия «контроль» и «надзор» неоднократно были предметом научных дискуссий о сущностном отражении деятельности органа власти<sup>9</sup>. Также в юридической литературе анализировалось соотношение понятий «проверки» и «надзора», «пересмотра» и «надзора»<sup>10</sup>. Не касаясь этого аспекта, отметим, что независимо от того, как именно именуется деятельность того или иного органа власти государства, уровень правовых гарантий при ее осуществлении должен обеспечить справедливость разбирательства дела. Для удобства восприятия и сравнения с европейским стандартом начнем анализ нормативных правовых актов с процедуры, осуществляемой административными органами, а затем — с судебной процедурой, в том числе с проверкой вступивших в законную силу судебных актов.

Принимая во внимание то, что Федеральный закон от 26 декабря 2008 г. «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» принят после ратификации Конвенции и позже принятия процессуальных кодексов<sup>11</sup> (в которых обычно содержатся принципы справедливого разбирательства), то он должен учитывать критерии справедливого судебного разбирательства.

Анализ положений названного Федерального закона и практики его применения, сравнительное сопоставление его с международными стандартами позволяют сделать вывод, что не только принципы защиты прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля (ст. 3) перекликаются с требованиями стандарта справедливого судебного разбирательства дела, но и содержатся процедурные аспекты проведения проверок и оформления их результатов (главы 2 и 3) в соответствии с европейским стандартом. Так, например, проверка начинается с вручения распоряжения о проверке

<sup>9</sup> Тихомиров Ю.А. Публичное право. М., 1995. С.102; Ефимова В.В. Контроль в арбитражном процессе как способ устранения судебных ошибок: автореф. дис.... канд. юрид. наук. Саратов, 2004. С. 7; Петров А.В., Епифанов А.Е. Юридическая природа государственного контроля и надзора // Журнал российского права. 2013. № 7. С. 36–47.

<sup>10</sup> Борисова Е.А. Производство по проверке судебных постановлений в порядке надзора в гражданском и арбитражном процессе // Законодательство. 2003. № 9. С. 76; Алексеевская Е.И. Теоретические и практические проблемы производства в суде надзорной инстанции: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 46; Рехтина И.В. Надзорное производство в гражданском процессе: вопросы теории и практики. М., 2010. С. 7.

<sup>11</sup> За исключением Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации.

под роспись должностными лицами органа государственного или муниципального контроля, проводящему проверку, должностному лицу организации или его уполномоченному представителю, что соответствует требованию быть незамедлительно и подробно уведомленным о начатой проверке, затрагивающей его права и обязанности. По результату проверки, осуществляемой в предусмотренный законом срок (ст. 13), составляется акт, один экземпляр которого вручается должностному лицу организации или его уполномоченному представителю (ст. 16). В акте проверки указывается следующее:

- «1) дата, время и место составления акта проверки;
- 2) наименование органа государственного контроля (надзора) или органа муниципального контроля;
- 3) дата и номер распоряжения или приказа руководителя, заместителя руководителя органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля;
- 4) фамилии, имена, отчества и должности должностного лица или должностных лиц, проводивших проверку;
- 5) наименование проверяемого юридического лица или фамилия, имя и отчество индивидуального предпринимателя, а также фамилия, имя, отчество и должность руководителя, иного должностного лица или уполномоченного представителя юридического лица, уполномоченного представителя индивидуального предпринимателя, присутствовавших при проведении проверки;
- 6) дата, время, продолжительность и место проведения проверки;
- 7) сведения о результатах проверки, в том числе о нарушениях обязательных требований и требований, установленных муниципальными правовыми актами, об их характере и о лицах, допустивших указанные нарушения;
- 8) сведения об ознакомлении или отказе в ознакомлении с актом проверки руководителя, иного должностного лица или уполномоченного представителя юридического лица, индивидуального предпринимателя, его уполномоченного представителя, присутствовавших при проведении проверки, о наличии их подписей или об отказе от подписи, а также сведения о внесении в журнал учета проверок записи о проведенной проверке либо о невозможности внесения такой записи в связи с отсутствием у юридического лица, индивидуального предпринимателя указанного журнала;
- 9) подписи должностного лица или должностных лиц, проводивших проверку»<sup>12</sup>.

Статья 21 Федерального закона от 26 декабря 2008 г. предусматривает, что руководитель проверяемой организации или ее полномочный представитель при проведении проверки имеют право:

- 1) непосредственно присутствовать при проведении проверки, давать объяснения по вопросам, относящимся к предмету проверки;
- 2) получать от органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля, их должностных лиц информацию, которая относится к предмету проверки и предоставление которой предусмотрено настоящим Федеральным законом;
- 3) знакомиться с результатами проверки и указывать в акте проверки о своем ознакомлении с ее результатами, согласии или несогласии с ними, а также с отдельными действиями должностных лиц органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля;
- 4) обжаловать действия (бездействие) должностных лиц органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля, повлекшие за собой нарушение прав юридического лица, индивидуального предпринимателя при проведении проверки, в административном и (или) судебном порядке в соответствии с законодательством России;

<sup>12</sup> СПС Консультант Плюс.

5) привлекать Уполномоченного при Президенте Российской Федерации по защите прав предпринимателей либо уполномоченного по защите прав предпринимателей в субъекте Российской Федерации к участию в проверке<sup>13</sup>.

Защита прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного (муниципального) контроля (надзора) осуществляется в административном и (или) судебном порядке в соответствии с законодательством России. Законность привлечения к административной ответственности органом государственного (муниципального) контроля (надзора) может быть проверена в суде, что обуславливает повышенное внимание к обеспечению требований концепции справедливого судебного разбирательства в административном и гражданском судопроизводстве.

Действующий порядок оспаривания постановлений по делам об административных правонарушениях предусматривает проверку в рамках Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ), осуществляемую судами общей юрисдикции, и Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ), осуществляемую арбитражными судами. Что касается последней, то она соответствует стандартам справедливого судебного разбирательства, о чем свидетельствует как нормативное правовое регулирование арбитражного процесса, так и отсутствие постановлений Европейского Суда по правам человека, констатирующего нарушения ст. 6 Конвенции (до объединения Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда).

Привлечение лица к административной ответственности судом обоснованно подвергалось критике в докладе Института правовых исследований НИУ ВШЭ «Проект Кодекса об административных правонарушениях — старт новой судебной реформы?»<sup>14</sup>, поэтому уделим внимание лишь процедурным аспектам стандарта справедливого судебного разбирательства в судах общей юрисдикции.

Примечательно, что стадия привлечения к административной ответственности (составление протокола об административном правонарушении) ныне действующего КоАП РФ 2001 г. соответствует критериям справедливого судебного разбирательства. Однако доведение до сведения потерпевшего результата рассмотрения судом дела об административном правонарушении ставится в зависимость от просьбы об этом (ч. 2 ст. 29.11), что снижает уровень правовых гарантий. Аналогичная формулировка содержится в ч. 2 ст. 30.8 главы 30 «Пересмотр постановлений и решений по делам об административных правонарушениях» КоАП. Буквальное применение этих положений на практике приводит к тому, что копия судебного акта не направляется потерпевшему, если он не указал в своем процессуальном обращении просьбу о получении соответствующей копии. На уровне вышестоящей инстанции практика применения положений КоАП фактически означает утрату права потерпевшего оспорить судебных акт, в том числе и по причине пропуска срока на его обжалование (ст. 30.3).

Заметное снижение уровня правовых гарантий наблюдается в правилах проверки судебных актов по делам об административных правонарушениях в вышестоящих судебных инстанциях. Причина такого «провала» в уровне правовых гарантий кроется в правовых пробелах главы 30 КоАП. Так, например, ст. 30.6 предусматривает обязанность судьи проверять явку вызванных лиц в судебном заседании, а обязанность судьи извещать их не закреплена. Также нет в КоАП и обязанности суда указывать мотивы и доводы

<sup>13</sup> Там же.

<sup>14</sup> <http://ilr.hse.ru/> (дата обращения: 03.02.2016)



жалоб лиц, участвующих в деле об административном правонарушении, в судебном акте, выносимом по итогу разбирательства. Это, в свою очередь, не позволяет утверждать, что выносимый судебный акт по результату рассмотрения дела об административном правонарушении соответствует критериям справедливого разбирательства дела.

В КоАП нет обязанности судьи направлять копии жалоб и протестов лицам, участвующим в деле, что обеспечило бы процедурные аспекты права на справедливое судебное разбирательство: незамедлительно извещаться в отношении дела, затрагивающего его права, свободы и законные интересы; независимым и беспристрастным судом, который учитывает мнения (контрдоводы) заинтересованных лиц в отношении требования заявителя; осведомленность в отношении дела, затрагивающего права и свободы; свободно осуществлять процессуальные права; достаточное время и возможности для подготовки своей защиты; лично или через защитника отстаивать свои права и законные интересы и другие.

Между тем требования п. 1 ст. 19 Конституции России обуславливают необходимость обеспечения равных правовых гарантий в судебной процедуре. Также нет оснований для отступления от единого высокого уровня правовых гарантий в судебных процедурах по делам об административных правонарушениях, как и в иных видах судопроизводства по основаниям, изложенным в п. 3 ст. 55 Конституции России.

Однако практика последних лет по «совершенствованию» процессуального законодательства свидетельствует, что уровень правовых гарантий не растет, как ожидалось<sup>15</sup>, а наоборот, снижается, что уже отмечалось в юридической литературе<sup>16</sup>. Примером такой тенденций может служить механическое воспроизведение прежних правил судопроизводства в судах общей юрисдикции в Кодексе административного судопроизводства Российской Федерации (далее — КАС РФ)<sup>17</sup>, принятого в 2015 году.

Принимаемые впоследствии нормативные правовые акты должны учитывать требования концепции справедливого судебного разбирательства, поэтому наибольший интерес представляют правила производства по делу и правила проверки судебных актов, которые также заимствовали как плюсы, так и минусы прежнего порядка.

К числу неудачных заимствований можно отнести срок рассмотрения дела (ч. 3 ст. 226 КАС РФ) и порядок исчисления срока на обращение в суд с жалобой на судебный акт: со дня принятия решения суда в окончательной форме (ч.1 ст. 298 КАС РФ). В первом случае на практике это означает получение заказного письма с судебным уведомлением, что вчера нужно было явиться в суд, который, в свою очередь, расценивает неявку как распоряжение процессуальным правом на участие в судебном заседании, и выносит решение, не заслушав доводы заявителя и другой стороны по делу. Во втором случае это означает получить копию судебного решения по делу за пределами месячного срока на обжалование, поскольку, как правило, мотивированное решение суда в судах общей юрисдикции составляется не в предусмотренные законом сроки. Обращает внимание, что в КАС РФ увеличен срок, в течение которого суд обязан направить ли-

<sup>15</sup> См.: Проблемы доступности и эффективности арбитражного и гражданского судопроизводства...; АПК и ГПК 2002 г.: сравнительный анализ и актуальные проблемы правоприменения / Материалы Всероссийской научно-практической конференции. М., 2004.

<sup>16</sup> Алексеевская Е.И. О соблюдении принципа правовой определенности в производстве в суде надзорной инстанции // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 4. С. 47–48; Алексеевская Е.И. О концепции производства проверки вступивших в законную силу судебных актов в проекте ГПК РФ // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 8. С. 60–64.

<sup>17</sup> СПС Консультант Плюс.

цам, участвующим в деле, копию судебного акта, по сравнению с аналогичным сроком в арбитражном процессе. В связи с этим можно отметить, что процедурные аспекты (критерии) справедливого судебного разбирательства – иметь достаточное время и возможность для подготовки своей защиты, свободно осуществлять процессуальные права, привлекать представителя и иные, – не соблюдаются.

Другим примером неудачного правового регулирования, предусматривающего не-одинаковый уровень правовых гарантий лиц, участвующих в деле, выступает проверка судебных актов судами апелляционной, кассационной и надзорной инстанций.

Сравнение процедурных гарантий в названных производствах, позволяет прийти к выводу, что по мере движения дела вверх по иерархической лестнице уровень правовых гарантий обратно пропорционален по отношению к уровню в суде первой инстанции, и на уровне суда надзорной инстанции он практически сходит на нет. Так, например, в главе 36 КАС РФ не предусмотрено извещение лиц, участвующих в деле, о поступившей надзорной жалобе в соответствующую судебную инстанцию. Это не соответствует принципам публичного разбирательства дела независимым и беспристрастным судом, который должен учитывать мнения заинтересованных лиц по делу (отзывы и возражения); свободного распоряжения процессуальными правами и наличия достаточного времени для подготовки и защиты; защиты себя лично либо через выбранного защитника и др. Это, в свою очередь, обусловлено тем, что правила производства в суде надзорной инстанции не предусматривают обязанности судьи выносить определения при совершении процессуальных действий: принятии к производству, возвращении жалоб, а в случае их принятия к производству — выносить определение и высылать лицам, участвующим в деле, его копии с указанием времени и места возражений на поступившее обращение.

Необходимо отметить, что коммуникация с заинтересованными лицами при поступлении иска или апелляционной жалобы является обязательной для суда, но для судов кассационной и надзорной инстанций эта обязанность необоснованно снята, что снижает уровень правовых гарантий лиц, участвующих в деле. При этом данный правовой пробел влечет за собой и другие негативные последствия — нарушение права быть услышанным судом<sup>18</sup>. К их числу следует отнести отсутствие в ст. 330 «Судебный акт суда кассационной инстанции» и ст. 343 «Содержание постановления Президиума Верховного Суда Российской Федерации» КАС РФ указания на доводы лиц, участвующих в деле, означающего, что суд при вынесении судебного акта не учитывал доводы и возражения другой стороны по делу.

Также нельзя констатировать высокий уровень правовых гарантий и соблюдение требований концепции справедливого судебного разбирательства в порядке рассмотрения поступивших процессуальных обращений в производстве в судах надзорной и кассационной инстанций: осуществление правосудия судом, созданным на основании закона. Единоличное рассмотрение судьей жалоб, по сути, подменяет кассационную и надзорную инстанции — коллегиальный орган, что невозможно было бы на стадии суда апелляционной инстанции. Более того, неисполнение такой процессуальной обязанности суда является грубым нарушением фундаментальных принципов судопроизводства: состязательности и равенства сторон, независимости суда (процедурный аспект). Для

<sup>18</sup> Сидоренко В.М. Принцип доступности правосудия и проблемы его реализации в гражданском и арбитражном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С.7; Шерстюк В.М. «Право быть услышанным и быть услышанным» — принцип гражданского процессуального права. Современные проблемы гражданского и арбитражного судопроизводства: Сборник статей. М., 2015. С. 28–35.

судьи первой и апелляционной инстанций, допустившего такое нарушение, это могло бы означать утрату статуса. Что касается уровня правовых гарантий лиц, участвующих в деле, то на стадии проверок вступившего в законную силу судебного акта кассационной и надзорной инстанциями он одинаково низок.

Неизвещение лиц, участвующих в деле, о результатах проведенной (кассационной, надзорной) проверки судьей соответствующей судебной инстанции обусловлено отсутствием обязанности судьи направлять им копии «отказного» определения. Это не соответствует требованиям концепции справедливого судебного разбирательства: получать от органа власти информацию о ходе и результате проверки дела, затрагивающего его права и свободы, законные интересы; быть заслушанным до вынесения решения по делу. В данном случае имеется огромная разница в уровне правовых гарантий в административной процедуре, предоставляющей право знакомиться с результатом проверки, и в судебной процедуре, которая, по идее, должна являть собой справедливость, но на практике демонстрирует нарушение права на справедливое судебное разбирательство.

Учитывая правила надзорной подсудности и сроки обжалования судебных актов в порядке надзора, говорить об обеспечении верховенства права и доступности правосудия в административном и в гражданском судопроизводстве (как в действующем ГПК, так и в проекте ГПК, внесенного в Государственную Думу) не приходится, поскольку полностью исключается исправление судебной ошибки, допущенной при единоличном рассмотрении кассационных и надзорных жалоб судьей соответствующей инстанции, не усмотревшей фундаментального нарушения там, где оно в действительности имеется.

Сравнительный анализ правового регулирования административной и судебной процедур позволяет сделать вывод, что уровень правовых гарантий не одинаков: в судебной процедуре он значительно ниже. При этом анализ действующего процессуального законодательства по регулированию административного и гражданского судопроизводства свидетельствует, что в российской правовой системе уровень правовых гарантий лиц, участвующих в деле, не растет, как ожидалось в связи с признанием на международном уровне права на справедливое судебное разбирательство, а, наоборот, стремительно снижается. Каждый последующий принимаемый нормативный правовой акт учитывает тенденции к сужению процессуальных гарантий, действующие в процессуальных кодексах.

Также нет оснований полагать, что ситуация в этой сфере кардинально изменится в будущем времени, учитывая предлагаемый уровень правовых гарантий в проектах КоАП и ГПК.

Вместе с тем уяснение важности обеспечения единого высокого уровня правовых гарантий справедливого судебного разбирательства в процессуальном законодательстве и воплощение их в жизнь является действенным средством реального обеспечения правосудием конституционного права каждого. Без реализации этих идей на практике и их постоянного роста невозможно устойчивое развитие правового демократического государства.



## Библиография

АПК и ГПК 2002 г.: сравнительный анализ и актуальные проблемы правоприменения / Материалы Всероссийской научно-практической конференции. М.: РАП, 2004. 460 с.

Алексеевская Е.И. О соблюдении принципа правовой определенности в производстве в суде надзорной инстанции // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 4. С. 47–48.

Алексеевская Е.И. Новый кодекс гражданского судопроизводства: каким ему быть? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 4–10.

Алексеевская Е.И. Законы развития судебной системы. М.: Юстицинформ, 2016. 148 с.

- Борисова Е.А. Производство по проверке судебных постановлений в порядке надзора в гражданском и арбитражном процессе // Законодательство. 2003. № 9. С. 76.
- Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. М.: МНИМП, 1998. 600 с.
- Еременко М.С. Стандарты Совета Европы в области гражданского судопроизводства и проблема доступа к правосудию/ Проблемы доступности и эффективности арбитражного и гражданского судопроизводства / отв. ред. И.А. Приходько. М.: Лиджист, 2001. С. 370–384.
- Ефимова В.В. Контроль в арбитражном процессе как способ устранения судебных ошибок: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Саратов, 2004. С.7.
- Жилин Г.А. Конституционные основы правосудия по гражданским делам и его эффективность / Проблемы доступности и эффективности арбитражного и гражданского судопроизводства. М.: Лиджист, 2001. С. 272–282.
- Петров А.В., Епифанов А.Е. Юридическая природа государственного контроля и надзора // Журнал российского права. 2013. № 7. С. 36–47.
- Приходько И.А. Доступность правосудия в гражданском и арбитражном процессе. Основные проблемы / Проблемы доступности и эффективности арбитражного и гражданского судопроизводства. М.: Лиджист, 2001. С. 12–42.
- Рехтина И.В. Надзорное производство в гражданском процессе: вопросы теории и практики. М.: Юрлитинформ, 2010. С.7.
- Сидоренко В.М. Принцип доступности правосудия и проблемы его реализации в гражданском и арбитражном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 7.
- Тихомиров Ю.А. Публичное право. М.: БЕК, 1995. С. 102.
- Шерстюк В.М. «Право быть выслушанным и быть услышанным» — принцип гражданского процессуального права / Современные проблемы гражданского и арбитражного судопроизводства: Сборник статей. М.: Статут, 2015. С. 28–35.

---

## Unification of Fair Trial Guarantees in Proceedings as Reliable Means of Human Rights Protection



**Ekaterina I. Alexeevskaya**

Senior Research Fellow, Institute of Legal Regulation, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 2 Slavyanskaya Square, Moscow, 109074, Russia. E-mail: e.alexeevskay @ hse.ru.



### Abstract

Updating the procedural legislation: adopting the Russian Federation Administrative Procedure Code, drafting a single code of civil procedure, reforms in the common jurisdiction courts and arbitration courts, influence of legal opinions of the European Court of Human Rights on the national legal system determined the indispensability of a single level of legal guarantees as an integral part of court proceedings. Implementing the requirements of this conception in procedural legislation is a guarantee of complying with the Russian Federation's international obligations in the field of human rights and fundamental freedoms. As the requirements to fair trial apply to all stages of the process and all its forms (civil law, administrative, criminal, constitutional), and they meet the criteria of the right to sufficient governance, it can be stated that the level of legal guarantees is unified in the European legal family. However, this level is inconsistent within Russian legislation: in judicial and non-judicial process, which poses a challenge requiring urgent solution. A special concern is caused by the legal regulation of inspecting judicial acts in general jurisdiction courts where the higher judicial instance is, the lower is the level of legal guarantees in a procedure. Hence, it is urgent to develop a common approach to ensure a single level of legal guarantees in procedural legislation and to approve it as a prerequisite for real insuring a person, citizen or organization with rights, freedoms and legal interests. The examination of the applicable approaches may help to conclude that we are still at the beginning of the path of realizing, developing and setting a single level of legal guarantees of fair trial in procedural legislation.



## Keywords

human rights, state control, municipal control, supervision, fair trial, principles of justice, generally recognized principles and norms of international law, the right for good governance.

Citation: Alexeevskaya E.I. (2016) Unification of Fair Trial Guarantees in Proceedings as Reliable Means of Human Rights Protection. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 100–110 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.100.110



## References

APK i GPK 2002 g.: sravnitel'nyy analiz i aktual'nye problemy pravoprimereniya [Administrative and Civil Procedure Codes of 2002: Comparison and Issues of Application] *Materialy Vserossiyskoy nauchno-prakticheskoy konferentsii*. Moscow: RAP, 2004. 460 p.

Alekseevskaya E.I. (2008) O soblyudenii printsipa pravovoy opredelennosti v proizvodstve v sude nadzornoy instantsii [On the Principle of Legal Certainty in Proceeding in Supervisory Court]. *Zakony Ros-sii: opyt, analiz, praktika*, no 4, pp. 47–48.

Alekseevskaya E.I. (2015) Novyy kodeks grazhdanskogo sudoproizvodstva: kakim emu byt'? [New Code of Civil Proceedings: Outlook]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 4–10.

Alekseevskaya E.I. (2016) *Zakony razvitiya sudebnoy sistemy* [Laws of Developing Judicial System]. Moscow: Yustitsinform, 148 p. (in Russian)

Borisova E.A. (2003) Proizvodstvo po proverke sudebnykh posta novleniy v poryadke nadzora v grazhdanskom i arbitrazhnom protsesse [Procedure of Supervising Judicial Acts in Civil Procedure and Arbitrazh]. *Zakonodatel'stvo*, no 9, p. 76.

Eremenko M.S. (2001) Standarty Soveta Evropy v oblasti grazhdanskogo sudoproizvodstva i problema dostupa k pravosudiyu [Council of Europe Standards on Judicial Procedure and Access to Justice]. *Problemy dostupnosti i effektivnosti arbitrazhnogo i grazhdanskogo sudoproizvodstva*. Moscow: Lidzhist, pp. 370–384.

Efimova V.V. (2004) *Kontrol' v arbitrazhnom protsesse kak sposob ustraneniya sudebnykh oshibok: (Avtoref. diss. ...kand. jurid. nauk)* [Supervision in Arbitrage as a Way to Avoid Judicial Mistakes (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Saratov, p. 7.

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

Petrov A.V., Epifanov A.E. (2013) Yuridicheskaya priroda gosudarstvennogo kontrolya i nadzora [Legal Nature of State Control and Supervision]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 7, pp. 36–47.

Prikhod'ko I.A. (2001) Dostupnost' pravosudiya v grazhdanskom i arbitrazhnom protsesse. Osnovnye problemy [Access to Justice in Civil Procedure and Arbitrazh. Major Challenges]. *Problemy dostupnosti i effektivnosti arbitrazhnogo i grazhdanskogo sudoproizvodstva*. Moscow: Lidzhist, pp. 12–42.

Rekhtina I.V. (2010) *Nadzornoe proizvodstvo v grazhdanskom protsesse: voprosy teorii i praktiki* [Supervisory Proceeding in Civil Process: Issues of Theory and Practice]. Moscow: Yurilitinform, p. 7. (in Russian)

Sidorenko V.M. (2002) *Printsip dostupnosti pravosudiya i problemy ego realizatsii v grazhdanskom i arbitrazhnom protsesse*. [Principle of Accessibility of Justice and its Implementing in Civil Procedure and Arbitrage. Summary of Candidate of Juridical Sciences Dissertation]. Ekaterinburg, p. 7.

Sherstyuk V.M. (2015) «Pravo byt' vyslushannym i byt' uslyshannym» — printsip grazhdanskogo protsessual'nogo prava [Right to be Heard and Listened, Principle of Civil Procedural Law]. *Sovremennye problemy grazhdanskogo i arbitrazhnogo sudoproizvodstva*. Moscow: Statut, pp. 28–35.

Tikhomirov Yu.A. (1995) *Publichnoe pravo* [Public Law]. Moscow BEK, p. 102 (in Russian)

Zhilin G.A. (2001) Konstitutsionnye osnovy pravosudia po grazhdanskin delam i ego effektivnost' [Constitutional Principles of Justice in Civilian Cases and its Efficiency]. *Problemy dostupnosti i effektivnosti arbitrazhnogo i grazhdanskogo sudoproizvodstva*. Moscow: Lidzhist, pp. 272–282.

# К вопросу о содержании права на доступ к правосудию

---



**А.С. Корпен**

аспирантка кафедры международного публичного и частного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: a.samsonova31@gmail.com

---



## **Аннотация**

В статье рассматривается вопрос о содержании права на доступ к правосудию с точки зрения международного права и его соотношение с правом на справедливое судебное разбирательством и правом на судебную защиту. Автор обращает внимание на особенность развития концепции доступа к правосудию, которая берет начало в национальном праве, а затем закрепляется в актах международных организаций и органов по защите прав человека и международных договорах. На основании анализа развития концепции автор выделяет особенную цель правового регулирования вопросов доступа к правосудию — предоставить возможность каждому заинтересованному лицу принимать участие в обеспечиваемой государством процедуре рассмотрении спора, затрагивающем его права и интересы, независимо от экономических и других возможных препятствий. В статье дается оценка взглядам зарубежных авторов на понятие «доступ к правосудию» и указываются причины их широкого, «всеобъемлющего» подхода к данному понятию. Автор анализирует международный принцип запрета отказа в правосудии, который лег в основу развития процессуальных гарантий прав человека. Рассматривается право на доступ к правосудию в двух вариантах: как право доступа к национальным средствам защиты прав и как право доступа к международным механизмам. При этом выделяется необходимое условие существования права доступа к международным механизмам — согласие государства на присоединение к тому или другому механизму защиты. Автор дает определение права на доступ к правосудию и выделяет в качестве основания данного права принцип равенства перед судом. В статье обращается внимание, что в настоящее время право на доступ к правосудию получает все большее и большее распространение как на национальном, так и на международном уровне. Это позволяет говорить о становлении общепризнанного права на доступ к правосудию, которое призвано снизить барьеры, стоящие между лицами, заинтересованными в рассмотрении того или иного спора, и механизмами отправления правосудия.

---



## **Ключевые слова**

международное право, права человека, судебная защита, доступ к правосудию, справедливый суд, международные стандарты, международная защита, Европейский суд по правам человека.

---

Библиографическое описание: Корпен А.С. К вопросу о содержании права на доступ к правосудию // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 111–121.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.111.121

Еще в период формирования классического международного права Г. Гроций расценивал обеспечение полной возможности обращения к правосудию как основной инструмент борьбы с «самоуправством»<sup>1</sup>. Спустя почти четыре столетия Европейский суд

---

<sup>1</sup> Гроций Г. О праве войны и мира. М., 1994. С. 118.



по правам человека (далее — ЕСПЧ) провозгласил, что «едва ли кто-либо может вообразить себе принцип верховенства права без возможности доступа к суду»<sup>2</sup>. Право на доступ к правосудию является не только одним из основных прав человека, но и одновременно выполняет функцию защиты других прав и свобод. Суд Европейского Союза в своей практике признал доступ к правосудию необходимым элементом права ЕС, утверждая, что идея прав человека требует расширения доступа к правосудию<sup>3</sup>. Данное право непосредственно закреплено в принятой на универсальном уровне Конвенции 1998 г. о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды (далее — Орхусская конвенция), участниками которой являются 47 государств<sup>4</sup>, и в Конвенции о правах инвалидов 2006 г., в которой участвуют 159 государств<sup>5</sup>.

Большинство исследований права на доступ к правосудию в российской правовой литературе осуществляется в работах по национальному праву. А.Б. Абросимов, А.Н. Алисов, В.И. Анашина, С.В. Баранов., С.Л. Дегтярев, В.М. Жуйков, В.В. Иванов, О.Ю. Котов, А.И. Петрушина, В.М. Сидоренко, Ю.И. Степцов, Т.В. Трубникова рассматривали данный вопрос в контексте конституционного, уголовного, гражданского или арбитражного судопроизводства, анализируя способы закрепления и обеспечения права на доступ к правосудию в российском законодательстве. В то же время, отмечается, что понятие «доступ к правосудию» закрепилось в российской литературе в основном благодаря практике ЕСПЧ<sup>6</sup>. В связи с этим с целью выявления содержания рассматриваемого права российские авторы обращаются к международным стандартам защиты прав человека.

Среди российских и зарубежных ученых — специалистов по международному праву — право на доступ к правосудию нашло отражение в работах А.А.Ковалева, Ю.В. Самович, А. Врдоляк, М. Каппеллетти, Дж. Мак-Брайда, Дж. Паулсона, Э. Флина, Ф. Франциони, Дж. Эббесон и др. Тем не менее вопрос о содержании права на доступ к правосудию остается открытым. Отсутствует единство позиций по вопросам соотношения понятий «право на доступ к правосудию» и «право на международную защиту», «право на доступ к правосудию» и «право на справедливый суд». Право на доступ к правосудию может рассматриваться очень узко — только как право на обращение в суд<sup>7</sup>, или очень широко — с позиции распространенного в зарубежной литературе «всеобъемлющего подхода»<sup>8</sup>. Одной из причин такого различия во взглядах является то, что при анализе права на доступ к правосудию, как правило, источники данного права

<sup>2</sup> *Golder v. UK* (Application no 4451/70), Judgment of the ECHR, 21 February 1975, § 34 // далее при цитировании решений Европейского суда по правам человека используется справочная правовая база «HUDOC» // URL: <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>3</sup> Judgment of the Court of 19 June 2003 in Case E-2/02: *Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH and Bellona Foundation v EFTA Surveillance Authority* // *Official Journal C 222*, 18/09/2003. P. 8.

<sup>4</sup> UN Treaty Collection Database // URL: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&msgidsg\\_no=XXVII-13&chapter=27&lang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&msgidsg_no=XXVII-13&chapter=27&lang=en) (дата обращения: 29.11.2015)

<sup>5</sup> UN Treaty Collection Database // URL: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&msgidsg\\_no=IV-15&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&msgidsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en) (дата обращения: 29.11.2015)

<sup>6</sup> Баранов С.В. Доступность суда как условие реализации конституционного права на судебную защиту в РФ: дис... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 28.

<sup>7</sup> Там же. С. 8.

<sup>8</sup> *Francioni F. et al. Access to Justice as a Human Right*. Florence, 2007. P. 57; *Flynn E. Disabled Justice? Access to Justice and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Galway, 2015. P. 11; *Sossin L., Roach K. Access to Justice and Beyond* // *University of Toronto Law Journal*. 2010. Vol. 60. P. 373–396.

(в формальном и материальном смыслах) не рассматриваются отдельно от источников, предусматривающих другие судебные гарантии в области прав человека. Исходя из этого, следует провести анализ содержания права на доступ к правосудию и его соотношения с другими правами человека.

Наиболее широкое толкование права на доступ к правосудию присутствует в зарубежной литературе, в частности, справедливое судебное разбирательство нередко рассматривается как имманентно присущая составляющая данного права. Итальянский профессор Ф. Франциони признает более соответствующим концепции права на доступа к правосудию следующее определение: право на доступ к правосудию означает не только право на обращение в суд, но и право на рассмотрение своей жалобы судом в соответствии с должными стандартами справедливости<sup>9</sup>. Более того, зарубежными авторами отмечается тенденция к развитию теории доступа к правосудию «от стандартов справедливого процесса к стандартам справедливого результата»<sup>10</sup>. Такое широкое толкование данного права в зарубежной литературе может иметь два взаимодополняющих друг друга основания.

Первое связано с различием языка, используемого для обозначения рассматриваемого права в русском и английском языках. В русском языке термин «правосудие» имеет прямое отношение к суду. Первым значением данного слова в словаре С.И. Ожегова является деятельность судебных органов<sup>11</sup>. Справедливость и правосудие связаны между собой общим корнем, но не являются равнозначными. В английском языке понятие правосудие выражается словом *justice*, обозначающим также справедливость, поэтому доступ к правосудию в то же время означает доступ к справедливости. Справедливость является потенциально всеохватывающей характеристикой. Один из первых крупных исследователей правового регулирования принципа отказа в правосудии в международном праве А. Фриман назвал данный принцип «невинной на первый взгляд фразой», которая открывает «хаос неоднозначности» различных взглядов на ее объем<sup>12</sup>. При толковании понятия «доступ к правосудию» в зарубежной литературе авторы обращаются к понятию справедливости и рассматривают теории справедливости как неотъемлемые элементы «доступа к правосудию»<sup>13</sup>.

Второе основание связано с историей развития международных гарантий обращения к правосудию (справедливости). Обеспечение доступа к правосудию в международном праве длительное время было связано с защитой прав иностранных граждан. Уже в XVII веке международные договоры закрепляли обращение к национальным судам в качестве первого способа урегулирования спора в случае нарушения прав иностранных граждан. В договоре о мире и дружбе между Великобританией и Испанией 1667 г. стороны установили, что при нарушении прав граждан другой стороны договора репрессалии не должны применяться да тех пор, пока не будет обращения к правосудию в обычном суде<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> *Francioni F.* et al. Op. cit. P. 30.

<sup>10</sup> *McBride J.* Access to Justice for Migrants and Asylum-Seekers // CDCJ. 2009. № 2. P. 4.

<sup>11</sup> *Ожегов С.И.* Толковый словарь русского языка. М., 2011. С. 1433.

<sup>12</sup> Цит. по: *Paulsson J.* Denial of Justice in International Law. Cambridge, 2005. P. 10.

<sup>13</sup> See: *Wrbka S.* European Consumer Access to Justice. Cambridge, 2015. P. 6; *Bhat I.* Access to Justice: a Critical Analysis of Alternative Dispute Resolution mechanism in India // International Journal of Humanities and Social Science Invention. 2013. Vol. 2. Issue 5. P. 46–53.

<sup>14</sup> Collection of all the Treaties of Peace, Alliance and Commerce between Great Britain and other Powers. Vol. II. London, 1772. P. 90–91.

В XVIII–XIX вв. запрет отказа в правосудии получил настолько широкое применение в международной практике, что к началу XX в. Л. Оппенгейм называл запрет отказа в правосудии в отношении иностранца в случае причинения вреда его жизни, свободе и собственности на территории государства суда «международно-правовым обязательством, существующим в отношении каждого государства»<sup>15</sup>. Один из крупнейших исследователей стандартов обеспечения правосудия для иностранных граждан И. Борхард классифицировал эти стандарты по стадиям судебного разбирательства. Он выделил три стадии судебного разбирательства, на которых лицу может быть отказано в правосудии: 1) до рассмотрения дела (может выражаться в намеренном создании препятствий к обращению в суд; незаконном аресте или задержании лица; отсутствии расследования преступления, в котором лицо обвиняется; неразумном ограничении времени на подачу иска и т.д.); 2) во время рассмотрения дела (чрезмерно длительное судебное разбирательство; нарушение процессуальных норм; дискриминация в отношении иностранного гражданина и т.д.); 3) после рассмотрения дела (наличие препятствий при подаче апелляции; неисполнение судебного решения; объявление амнистии, в результате которой заявитель не может привлечь нарушителя к ответственности и т.д.)<sup>16</sup>. Кроме того, основанием иска государства могли стать не только нарушающие нормы международного права, но и явно несправедливые решения национального суда<sup>17</sup>.

Разработанные в классическом международном праве стандарты запрета отказа в правосудии на современном этапе стали основой международных стандартов защиты прав человека. Подготовительные материалы («*Travaux préparatoires*») к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — Европейская конвенция 1950 г.) содержит основные положения, разработанные международной практикой в отношении принципа запрета отказа в правосудии<sup>18</sup>. В практике ЕСПЧ право на доступ к суду охватывает те же три стадии судебного разбирательства: до, во время и после рассмотрения дела<sup>19</sup>. Такие стандарты, как запрет на создание намеренных препятствий обращения к суду, соблюдение разумного срока подачи иска, право на доступ к расследованию, на неисполнение судебного решения и др. закреплены и обогащены в практике ЕСПЧ<sup>20</sup>. Вместе с тем стандарты принципа запрета отказа в правосудии легли в основу не только права на доступ к правосудию, но и, например, права на справедливое судебное разбирательство, права на личную неприкосновенность.

В свою очередь концепция права на доступ к правосудию имеет свою историю развития. С конца XIX века в западной и отечественной правовой литературе начинает разрабатываться проблема обеспечения доступа к механизмам защиты прав для неза-

<sup>15</sup> *Oppenheim L.* International Law. A Treatise. Vol. I. Peace. London, 1912. P. 286–287.

<sup>16</sup> *Borchard E.* Diplomatic Protection of Citizens Abroad, or the Law of International Claims. New York, 1915. P. 336–340.

<sup>17</sup> *Ibid.* P. 333. См. также: *Felix (U. S.) v. Mexico*, March 3, 1849 // *Moore J.* History and Digest of the International Arbitrations to which United States has been a Party. Washington, 1898, 2800–2815.

<sup>18</sup> Collected Edition of the “*Travaux Préparatoires*” of the European Convention: Preparatory Commission of the Council of Europe, Committee of Ministers, Consultative Assembly 11 May — 8 September 1949. P. 142.

<sup>19</sup> См.: *Golder v. The UK* (Application no 4451/70), Judgment of the ECHR, 21 February 1975, § 34 // HUDOC; *Cordova v Italy* (Application no 40877/98), Judgment of the ECHR, 30 January 2003, § 58 // HUDOC; *Burdov v. Russia*. № 2 (Application no 33509/04), Judgment of the ECHR, 15 January 2009, § 143–146.

<sup>20</sup> См.: *De Geouffre De La Pradelle v. France* (Application no 12964/87), Judgment of the ECHR, 16 December 1992, § 546 // HUDOC; *Aksoy v. Turkey* (Application no 21987/93), Judgment of the ECHR, 18 December 1996, § 98 // HUDOC; *Shestakov v Russia* (Application no 48757/99), Judgment of the ECHR, 18 June 2002 // HUDOC.

щищенных слоев населения, включая лиц, не имеющих достаточно средств для обращения в суд<sup>21</sup>. Основой теорий, призванных обеспечить доступ всех слоев населения к суду, стал принцип равенства перед судом. «В чем состоит «юридическое равенство» между гражданами? Вот богатый, вот бедняк: возможно ли говорить о «равенстве» между ними? ... «Суд равный для всех». И действительно: каждый одинаково имеет право на правосудие. Но не похоже ли это право на право быть богатым?»<sup>22</sup>.

Вплоть до 80-х гг. XX века происходили поиски понятия, отражающего доступность механизмов защиты. В советской правовой литературе процессуалистами выделялся принцип доступа к судебной защите, который представлял собой обеспеченную государством возможность всякого заинтересованного лица обратиться в порядке, установленном законодательством, в суд за защитой прав и интересов и их отстаивание в судебном процессе<sup>23</sup>. Существенным в обеспечении указанного принципа являлся вопрос о судебных расходах и юридической помощи<sup>24</sup>.

В свою очередь, в международной практике выделяется право на доступ к суду (*access to court*). Данное право отражено в практике ЕСПЧ<sup>25</sup>, а также в Конвенции о статусе беженцев (1951 г.) и Конвенции о статусе апатридов (1954 г.), где оно также включает право на юридическую помощь и освобождение от судебных расходов<sup>26</sup>. Межамериканский суд по правам человека в своих первых делах указывал на право доступа к средствам защиты (*access to remedies*)<sup>27</sup>. Данное право нашло отражение и в Американской конвенции по правам человека 1969 г.<sup>28</sup>

Закрепление в национальной и международной правовой науке «доступа к правосудию» (*access to justice*) как основной концепции, отражающей обеспечение реальной возможности обращения к механизмам защиты своих прав, связано с крупным компаративистским исследованием, осуществленным итальянской школой права в отношении предоставления и правового регулирования доступа к правосудию<sup>29</sup>. М. Каппеллетти выделил три волны изменений, которые происходили с развитием правового и социального государства в западных странах: появление права на бесплатную юридическую помощь; закрепление в национальном законодательстве права на коллективные иски и иски в защиту публичного интереса; обеспечение доступа не только к судебным, но и к альтернативным механизмам разрешения споров, а также упрощение судебной системы<sup>30</sup>.

<sup>21</sup> Vance R. The Historical Background of the Legal Aid Movement // *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*. 1926. Vol. 124. P. 6–15.

<sup>22</sup> Боровиковский А.Л. Отчет судьи. Т. 3 Дела мужичьи. СПб., 1894. С. 11.

<sup>23</sup> Сидоренко В.М. Принцип доступности правосудия и проблемы его реализации в гражданском и арбитражном процессе. Екатеринбург. 2002. С. 20.

<sup>24</sup> Там же. С. 22.

<sup>25</sup> Golder v. The UK (Application no 4451/70), Judgment of the ECHR, 21 February 1975, § 35 // HUDOC.

<sup>26</sup> Конвенция о статусе беженцев (Женева, 28 июля 1951 г.) // Гражданин и право. 2002. № 6; Конвенция о статусе апатридов (Нью-Йорк, 28 сентября 1954 г.) / Действующее международное право. Т. 1. С. 53–63.

<sup>27</sup> Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Judgment of the Inter-American Court of Human Rights, 26 June 1987, § 82 // [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_07\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_ing.pdf) (дата обращения: 29.11.2015)

<sup>28</sup> Ст. 46 Американской конвенции по правам человека / Права человека. Сборник универсальных и региональных международных документов. М., 1990. С. 143–166.

<sup>29</sup> Ebbesson J. Access to Justice in Environmental Matters in the EU. Boston, 2002. P. 4.

<sup>30</sup> Cappelletti M., Garth B. (ed.) Access to Justice and the Welfare State. Alphen, 1981. Vol. 4. P. 316.

Международное право добавило к концепции М. Каппелетти еще одну ее составляющую — право на доступ к международным системам защиты прав человека<sup>31</sup>. Основы правового регулирования данного права были также заложены в классический период<sup>32</sup>. Обращение к международным механизмам разрешения споров возможно после исчерпания внутренних средств защиты, однако это ограничение не являлось абсолютным. Исчерпание внутренних средств защиты не требуется, если в государстве нет институтов, обеспечивающих правосудие<sup>33</sup>, если они не могут предложить адекватное возмещение или если лицо не может ими воспользоваться в случае нехватки денежных средств, незнания о возможности апелляции или ввиду собственного представления о неэффективности таких мер<sup>34</sup>. Выработывалось правило ограничения срока обращения в международный орган. Несмотря на то, что срок обращения в принципе установлен не был, арбитражной практикой признавались неразумными сроки в 16 лет и более с момента нарушения<sup>35</sup>.

Однако общим условием права на доступ к международным органам защиты прав и в классический, и в современный период развития международного права является согласие государства признать юрисдикцию такого органа. Данный вопрос подробно рассматривался в практике Африканского суда по правам человека в связи с особенностью признания государствами его юрисдикции в отношении индивидуальных жалоб. Такое признание может быть осуществлено в любой момент после ратификации Протокола о создании Африканского суда по правам человека 1998 г., при этом сам суд признал возможность осуществления такого признания уже после подачи индивидуальной жалобы. Данный Суд подтвердил, что прямой доступ к нему является следствием соответствующего заявления государства и зависит от его усмотрения<sup>36</sup>.

Признание компетенции Африканского суда по правам человека является правом государства, проистекающим из его суверенитета, данное правило опирается на заложенные еще Постоянной палатой международного правосудия принцип, в соответствии с которым государство не может быть принуждено без его согласия к какому-либо способу разрешения споров, а такое согласие может быть выражено в отношении всех споров или в отношении конкретного дела<sup>37</sup>. Аналогично юрисдикция ЕСПЧ распространяется на территорию Российской Федерации в соответствии с выраженным при ратификации Европейской конвенции 1950 г. согласием признать «компетенцию Европейской комиссии по правам человека получать заявления (жалобы) от любого лица, неправительственной организации или группы лиц, которые утверждают, что они

<sup>31</sup> Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 16 декабря 2005 г. № 60/147. Основные принципы и руководящие положения, касающиеся права на правовую защиту и возмещение ущерба для жертв грубых нарушений международных норм в области прав человека и серьезных нарушений международного гуманитарного права // UN document Database. URL: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/44/PDF/N0549644.pdf?OpenElement> (дата обращения: 29.11.2015)

<sup>32</sup> Francioni F. (ed.). Op. cit. P. 37.

<sup>33</sup> Robert E. Brown (United States) v. Great Britain, 23 November 1923 // Reports of International Arbitral Award. Vol. VI. P. 120–131.

<sup>34</sup> Borchard E. Op. cit. P. 332, 824.

<sup>35</sup> Gentini (Italy) v. Venezuela, Mixed Claims Commission (Italy-Venezuela), Feb. 13, 1903 // Reports of International Arbitral Awards. Vol. X. P. 551–561.

<sup>36</sup> Femi Falana v. The African Union (Application no. 001/2011), Judgment of the African Court on Human and Peoples' Rights, 26 June 2012, § 61 // <http://dev.ihrrda.org/doc/001.11/view/> (дата обращения: 29.11.2015)

<sup>37</sup> Permanent Court of International Justice Statute of Eastern Carelia Advisory Opinion of 23 July 1923. Series B. P. 27.



являются жертвами нарушения Российской Федерацией их прав, изложенных в Конвенции и указанных Протоколах к ней»<sup>38</sup>.

Из истории развития концепции права на доступ к правосудию следует, что она была разработана уже после принятия универсальных и региональных конвенций о защите прав человека, которые обеспечивают право на справедливый суд<sup>39</sup>. Концепция имеет особую, не связанную с обеспечением стандартов справедливого суда, цель правового регулирования — дать каждому заинтересованному лицу возможность принимать участие в обеспечиваемой государством процедуре рассмотрения спора, затрагивающего его права и интересы, независимо от экономических и других возможных препятствий. Главным в характеристике данной концепции является понятие «доступ». Именно в таком виде право на доступ к правосудию получило свое закрепление на международном уровне: в международных договорах, актах рекомендательного характера и в практике международных органов по правам человека.

Рекомендация № R (81) 7Е Комитета министров Совета Европы, закрепляя концепцию доступа к правосудию, предусматривает меры, направленные на облегчение доступа: информирование общественности о порядке обращения в суд и защиты своих интересов в судебном разбирательстве; упрощение процесса; ускорение разбирательства; сокращение судебных расходов; создание особых процедур по искам на незначительные суммы и по семейным спорам<sup>40</sup>. Декларация основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью 1985 г. и резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 60/147 от 16 декабря 2005 г. (далее — резолюция ГА ООН 2005 г.) рассматривают справедливость и доступность как различные (но равно необходимые) характеристики судебных и административных механизмов защиты прав. Резолюция ГА ООН 2005 г. прямо указывает на необходимость обеспечить выполнение международных обязательств, вытекающих как из права на доступ к правосудию, так и из права на справедливое и беспристрастное судебное разбирательство<sup>41</sup>. Право на доступ к правосудию и право на справедливый суд вместе обеспечивают эффективную защиту прав человека, однако выделение права на доступ к правосудию показывает, что наличия справедливых механизмов защиты в государстве недостаточно, если доступ к ним не обеспечен.

Также можно разграничить понятия «право на доступ к правосудию» и «право на судебную защиту». Несмотря на то, что оба права предусматривают возможность обращения к суду<sup>42</sup>, их содержание не идентично. Во-первых, в соответствии с концепцией

<sup>38</sup> Федеральный закон от 30.03.1998 № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» // Российская газета. 1998. № 67.

<sup>39</sup> Право на справедливый суд гарантируется ст. 14 Международного пакта по гражданским и политическим правам (1966 г.), ст. 6 Европейской конвенции по защите прав человека и основных свобод (1950 г.), ст. 8 Американской конвенции по правам человека (1969 г.).

<sup>40</sup> Рекомендация № R (81) 7Е Комитета министров Совета Европы государствам-членам относительно путей облегчения доступа к правосудию. 14 мая 1981 г. URL: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=682307&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383> (дата обращения: 29.11.2015)

<sup>41</sup> Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН № 60/147 «Основные принципы и руководящие положения, касающиеся права на правовую защиту и возмещение ущерба для жертв грубых нарушений международных норм в области прав человека и серьезных нарушений международного гуманитарного права» // UN document Database. URL: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/44/PDF/N0549644.pdf?OpenElement> (дата обращения: 29.11.2015)

<sup>42</sup> Francioni F. (ed.) Op. cit. P. 33; Vrdoljak A. Access to Justice for Minority Groups / Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea. F. Francioni et al, eds. Milano, 2008. P. 115–148.



понятие «правосудие» означает не только судебные механизмы защиты прав, но и другие, включая альтернативные средства разрешения споров. В частности, ст. 9 Орхусской конвенции устанавливает право на доступ к правосудию применительно не только к судебным, но и к внесудебным процедурам<sup>43</sup>. Во-вторых, право на судебную защиту рассматривается как право на защиту нарушенных прав, на их восстановление<sup>44</sup>, тогда как право на доступ к правосудию означает возможность участия в процессе, следовательно, круг субъектов данного права намного шире. Так, Орхусская конвенция предусматривает право на доступ не только лица, чье право нарушено, но и представителей общественности. Конвенция о правах инвалидов закрепляет обязательство государств обеспечить инвалидам наравне с другими эффективный доступ к правосудию для любого участника юридического процесса: как прямого, так и косвенного на всех его этапах, включая расследование и другие стадии предварительного производства<sup>45</sup>. Такое понятие о субъекте права на доступ к правосудию нашло отражение в других документах, принимаемых ООН<sup>46</sup>.

Еще одной особенностью права на доступ к правосудию является то, что в рамках данного права возможность обращения к суду рассматривается с позиции принципа равенства перед судом. И Комитет ООН по правам человека<sup>47</sup>, и Межамериканская комиссия по правам человека<sup>48</sup> в основе права на доступ к правосудию рассматривают именно данный принцип. В свою очередь Комитет ООН по экономическим, социальным и культурным правам<sup>49</sup>, Комитет ООН по ликвидации дискриминации в отношении женщин<sup>50</sup>, Комитет ООН по защите прав трудящихся-мигрантов<sup>51</sup> признают равенство в качестве одной из основных составляющих данного права.

См. также: *Самович Ю.В.* Право человека на международную судебную защиту: дис. ... д-ра юрид. наук. Кемерово, 2007. С. 76, 87.

<sup>43</sup> Конвенция о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды от 15 июня 1998 г. // [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXVII-13&chapter=27&lang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-13&chapter=27&lang=en) (дата обращения: 29.11.2015)

<sup>44</sup> *Самович Ю.В.* Указ. соч. С. 76; *Antkowiak T.* Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond // 46 COLUM. J. TRANSNAT'L. L. 2008. P. 356.

<sup>45</sup> Конвенцией о правах инвалидов от 13 декабря 2006 // Бюллетень международных договоров. 2013. № 7. С. 45–67.

<sup>46</sup> Guidance Note of the Secretary-General. UN Approach to Justice for Children, 2008 г. // URL: [https://www.unodc.org/pdf/criminal\\_justice/Guidance\\_Note\\_of\\_the\\_SG\\_UN\\_Approach\\_to\\_Justice\\_for\\_Children.pdf](https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Guidance_Note_of_the_SG_UN_Approach_to_Justice_for_Children.pdf) (дата обращения: 29.11.2015)

<sup>47</sup> Замечание общего порядка № 32 Комитета по правам человека ООН. Статья 14: Равенство перед судами и трибуналами и право каждого на справедливое судебное разбирательство CCPR/C/GC/32 // URL: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f32&Lang=ru](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f32&Lang=ru) (дата обращения: 29.11.2015)

<sup>48</sup> Access to Justice as a Guarantee of Economic, Social and Cultural Rights: a Review of the Standards adopted by the Inter-American System of Human Rights. Washington, 2007. P. 10.

<sup>49</sup> Замечание общего порядка № 16 Комитета по экономическим, социальным и культурным правам от 11.08. 2005, пункт 21 // [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2005%2f4&Lang=ru](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2005%2f4&Lang=ru) (дата обращения: 29.11.2015)

<sup>50</sup> Общая рекомендация № 26 Комитета по ликвидации дискриминации в отношении женщин от 5.12. 2008, пункт 26 // [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/2009/WP.1/R&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/2009/WP.1/R&Lang=en) (дата обращения: 29.11.2015)

<sup>51</sup> Замечание общего порядка Комитета по защите прав трудящихся-мигрантов № 1 от 11.02. 2011б пункт 49 // [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2f1&Lang=ru](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2f1&Lang=ru) (дата обращения: 29.11.2015)

Таким образом, право на доступ к правосудию можно определить как **равную возможность любого заинтересованного лица беспрепятственно обращаться к судебным и иным механизмам отправления правосудия и принять участие в процессе рассмотрения спора на всех его стадиях**. Данное право может предусматривать два варианта: доступ к национальным системам правосудия и доступ к международным системам правосудия. Тем не менее в обоих случаях его содержание отличается как от права на судебную защиту, имеющего своей целью восстановление в правах, так и от права на справедливое судебное разбирательство, целью которого является обеспечение стандартов независимого, беспристрастного судебного разбирательства. Концепция права на доступ к правосудию имеет историю развития и цель правового регулирования. Это право основано на принципе равенства всех перед судом и является гарантией его реализации. В настоящее время оно все больше и больше входит как в международную, так и национальную практику государств. Право на доступ к правосудию закреплено в законодательстве и судебной практике Великобритании<sup>52</sup>, США<sup>53</sup>, Франции<sup>54</sup>, Италии<sup>55</sup>, России<sup>56</sup>, Германии<sup>57</sup>, Нидерландов<sup>58</sup>, Индии<sup>59</sup>, Австралии<sup>60</sup>, Канады<sup>61</sup>, Бразилии<sup>62</sup> и др. Таким образом, можно говорить о становлении общепризнанного права на доступ к правосудию, которое обеспечивается обязательствами государств по устранению и уменьшению барьеров доступа к правосудию.



## Библиография

Баранов С.В. Доступность суда как условие реализации конституционного права на судебную защиту в РФ: дис... канд. юрид. наук. М., 2011. 179 с.

<sup>52</sup> Access to Justice Act 1999 // URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/22/contents> (дата обращения: 29.11.2015)

<sup>53</sup> Equal Access to Justice Act No. 96-481, 94 Stat. 2325 (1980) // Codified at 28 U.S.C. § 2412 and 5 U.S.C. § 504.

<sup>54</sup> Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique // Legifrance.URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006077779&dateTexte=vig> (дата обращения: 29.11.2015)

<sup>55</sup> Judgment No. 238, Constitutional Court of Italian Republic 2014-X // URL: [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent\\_judgments/S238\\_2013\\_en.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf) (дата обращения: 29.11.2015)

<sup>56</sup> См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 20.07.2012 № 20-П «По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 125 и части первой статьи 152 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки Р.Г. Мишиной» // Российская газета. 2012. № 180.

<sup>57</sup> Kilian M. Alternatives to Public Provision: The Role of Legal Expenses Insurance in Broadening Access to Justice: The German Experience // Journal of Law and Society. 2003. N30(1). P. 31–48.

<sup>58</sup> Emmerik M., Brenninkmeijer A., Barkhuysen T. Access to Justice as a Fundamental Right in the Dutch Legal Order // Netherland Reports to the Fifteen International Congress of Comparative Law. 1998. P. 395–420.

<sup>59</sup> Bhat I. Access to Justice: a Critical Analysis of Alternative Dispute Resolution mechanism in India // International Journal of Humanities and Social Science Invention. 2013. Vol. 2. Issue 5. P. 46–53.

<sup>60</sup> Attorney-General's Department, A Strategic Framework for Access to Justice in the Federal Civil Justice System: A Guide for Future Action (2009). P. 7 // URL: [http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Publications\\_AStrategicFrameworkforAccessToJusticeintheFederalCivilJusticeSystem](http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Publications_AStrategicFrameworkforAccessToJusticeintheFederalCivilJusticeSystem) (дата обращения: 29.11.2015)

<sup>61</sup> Macdonald R. Access to Justice in Canada Today: Scope, Scale, Ambitions / J. Bass, W. Bogart & F. Zemans (eds.). Access to Justice for a New Century: the Way Forward. Toronto, 2005. P. 19–112.

<sup>62</sup> Hein de Campos C. Access to Justice and the Permissive State: The Brazilian Experience // University of Miami Law Review. 2011. Vol. 65. P. 893.

- Гроций Г. О праве войны и мира. М.: Ладомир, 1994. 868 с.
- Самович Ю.В. Право человека на международную судебную защиту: Дис. ... д-ра юрид. наук. Кемерово, 2007. 439 с.
- Antkowiak T. Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond // *Columbia University Journal of Transnational Law*. 2008. Vol. 46. P. 351–419.
- Bhat I. Access to Justice: a Critical Analysis of Alternative Dispute Resolution mechanism in India // *International Journal of Humanities and Social Science Invention*. 2013. Vol. 2. Issue 5. P. 46–53.
- Borchard E. *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*. New York: Columbia University Press, 1915. 988 p.
- Flynn E. *Disabled Justice? Access to Justice and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Surrey: Ashgate, 2015. 190 p.
- Francioni F. (ed.) *Access to Justice as a Human Right*. New York: Oxford University Press, 2007. 272 p.
- Hein de Campos C. Access to Justice and the Permissive State: The Brazilian Experience // *University of Miami Law Review*. 2011. Vol. 65. P. 893–901.
- Macdonald R. Access to Justice in Canada Today: Scope, Scale, Ambitions / J. Bass, W. Bogart, F. Zeman (eds.). *Access to Justice For a New Century: the Way Forward*. Toronto: Law Society of Upper Canada, 2005. P. 19–112.
- McBride J. Access to Justice for Migrants and Asylum-Seekers // *CDCJ*. 2009. № 2. 115 p.
- Sossin L., Roach K. Access to Justice and Beyond // *University of Toronto Law Journal*. 2010. Vol. 60. P. 373–396.
- Vance R. The Historical Background of the Legal Aid Movement // *Annals of the American Academy of Political and Social Science*. 1926. Vol. 124. P. 6–15.
- Vrdoljak A., Access to Justice for Minority Groups / *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*. F. Francioni, M. Gestri, N. Ronzitti, T. Scovazzi (eds.). Milano: Giuffrè, 2008. P. 115–148.
- Wrbka S. *European Consumer Access to Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. 416 p.
- 

## Content of the Right to the Access to Justice



**Anna Korpen**

Postgraduate Student, Department of International Public and Private Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: a.samsonova31@gmail.com



### Abstract

The paper features the content of the right to the access to justice in terms of international law and its correlation with the right to a fair trial and the right to judicial protection. The author notes a special feature in the development of the concept of access to justice originating in national law and gets fixed in the acts of international organizations and bodies on the protection of human rights and international treaties. The analysis of the evolution of the conception enables to specify a special aim of legal regulation as to providing a possibility to every interested party to get involved in the litigation procedure concerning the rights and interests irrespective of economic and other obstacles. The paper assesses the views of foreign authors on the concept of access to justice and shows the causes of their wide, universal approach to this concept. The author examines the right of access to justice in two variants: as an access to national means of protection and the access to international tools. A prerequisite for right to the access to international mechanisms is specified, i.e. approval of state to join a certain protection mechanism. The author defines the right to the access to justice and specifies the principle of equality before court to justify this right. The paper stresses that currently the access to justice is increasing both nationally and internationally. This may show a formation of commonly recognized right to the access to justice instrumental in removing barriers between the parties interested in examining a certain dispute and the mechanisms of court administration.



## Keywords

international law, human rights, judicial protection, access to justice, fair trial, international standards, international protection, European Court on Human Rights.

Citation: Korpen-Samsonova A. (2016) Content of Right for Access to Justice. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 111–121 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.111.121



## References

Antkowiak T. (2008) Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 46, pp. 351–419.

Baranov S.V. (2011) *Dostupnost' suda kak uslovie realizatsii konstitutsionnogo prava na sudebnuyu zashchitu v RF: Dis... kand.yurid.nauk* [Access to Justice as a Requisite to Implement Constitutional Right to Judicial Protection in the Russia. (Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Moscow, 179 p.

Bhat I. (2013) Access to Justice: a Critical Analysis of Alternative Dispute Resolution mechanism in India. *International Journal of Humanities and Social Science Invention*, vol. 2, issue 5, pp. 46–53.

Borchard E. (1915) *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*. New York: Columbia University Press, 988 p.

Flynn E. (2015) *Disabled Justice? Access to Justice and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Surrey: Ashgate, 190 p.

Francioni F. (ed.) (2007) *Access to Justice as a Human Right*. New York: Oxford University Press, 272 p.

Grotius H. (1994) *O prave voyny i mira* [De jure belli ac pacis]. Moscow: Ladomir, 868 p. (in Russian)

Hein de Campos C. (2011) Access to Justice and the Permissive State: The Brazilian Experience. *University of Miami Law Review*, vol.65, pp. 893–901.

Macdonald R. (2005) Access to Justice in Canada Today: Scope, Scale, Ambitions. J. Bass, W. Bogart, F.Zemans (eds.) *Access to Justice For a New Century: the Way Forward*. Toronto: Law Society of Upper Canada, pp. 19–112.

McBride J. (2009) Access to Justice for Migrants and Asylum-Seekers. *CDCJ*, no 2, 115 p.

Samovich Yu.V. (2007) *Pravo cheloveka na mezhdunarodnuyu sudebnuyu zashchitu: (Diss. Doktor. Jurid. Nauk)*. [Right of Person for International Judicial Protection (Doctor of Juridical Sciences Dissertation)]. Kemerovo, 439 p.

Sossin L., Roach K. (2010) Access to Justice and Beyond. *University of Toronto Law Journal*, vol. 60, pp. 373–396.

Vance R. (1926) The Historical Background of the Legal Aid Movement. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 124, pp. 6–15.

Vrdoljak A. (2008) Access to Justice for Minority Groups. *Accesso alla giustizia dell' individuo nel diritto internazionale e dell' Unione Europea*, F. Francioni, M. Gestri, N. Ronzitti, T. Scovazzi, eds. Milano: Giuffrè, pp. 115–148.

Wrbka S. (2015) *European Consumer Access to Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 416 p.

# Словакия и Венгрия против Совета Европейского союза: борьба вокруг решения о распределении беженцев

---



**М. Ондрейчик**

аспирант кафедры международного права Юридического института Российского университета дружбы народов. Адрес: 117198, Российская Федерация, Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6. E-mail: ondrejczik@mail.ru

---



## **Аннотация**

В статье автор анализирует иск Словацкой Республики против решения Совета Европейского союза о переселении части беженцев с территории Италии и Греции в остальные государства-члены с точки зрения аргументации Словацкой Республики. Кроме того, автор рассматривает аргументацию Венгерской Республики, которая тоже подала иск против решения Совета Европейского союза по таким же причинам, что и Словацкая Республика. Эти причины заключаются в том, что в большинстве государств Восточной Европы, входящих в Европейский союз, нет экономических и социальных возможностей, которые позволили бы им интегрировать беженцев из стран Африки и Ближнего Востока, поэтому некоторые из этих государств (Словакия и Венгрия) решили обжаловать указанный акт. Разногласия, связанные с распределением беженцев на территории ЕС, могут иметь важные последствия для будущего развития политических отношений между государствами-членами на западе и востоке ЕС. В процессе исследования автор приводит оценку аргументации Словацкой Республики и Венгерской Республики и отчасти сравнивает ее с аргументацией Чешской Республики, которая также выступает против перераспределения беженцев. Автор статьи использует официальные документы Европейского союза, официальные документы государств-членов ЕС, высказывания их должностных лиц, журналистские материалы и т.д., которые контрастируют с аргументацией Словацкой Республики, Венгерской Республики и Чешской Республики. Во второй части статьи автор уделяет внимание возможному развитию аргументов относительно нарушения принципа пропорциональности, которые не были ранее проработаны Словацкой Республикой. В этой части автор исследует вопросы, связанные с защитой шенгенских границ, национальной безопасностью, с процессом перераспределения беженцев, с их правовым статусом и материальными выгодами, а также проблемы механизма финансового обеспечения. Автор делает вывод, что наиболее целесообразной стала бы финансовая поддержка тех стран, на территорию которых в первую очередь попадают беженцы, вместо того чтобы перераспределять беженцев. Обеспечение кризисных регионов Ближнего Востока и Африки всеми видами необходимой помощи под эгидой ЕС, по мнению автора, создало бы условия для урегулирования рассматриваемого кризиса.

---



## **Ключевые слова**

перераспределение беженцев, иск Словацкой Республики, иск Венгерской Республики, Европейский союз, Совет Европейского союза, Европейская Комиссия, Суд ЕС.

---

Библиографическое описание: Ондрейчик М. Словакия и Венгрия против Европейского союза: борьба вокруг решения о перераспределении беженцев // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 122–134.

JEL : K4; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.122.134

## Введение

В декабре 2015 г. Словацкая Республика (далее — Словакия) подала иск<sup>1</sup> против решения Совета Европейского союза (далее — Совет ЕС) в Суд Европейского союза (далее — Суд ЕС) о распределении беженцев от 22 сентября 2015 г.<sup>2</sup> Немногим позже примеру Словакии последовала Венгерская Республика (далее — Венгрия)<sup>3</sup>. Учитывая правила работы Суда, можно полагать, что эти иски будут предметом одного общего разбирательства. Целью данной статьи является рассмотрение аргументации словацкого и венгерского правительств и обоснованности этих аргументов.

## Материалы и методы

Основными источниками для статьи стали документы Европейского союза, главным образом тексты словацкого и венгерского исков, решения Суда ЕС и Совета ЕС, решения Европейского Совета, документы Европейской Комиссии (далее — Комиссия), Договор о функционировании Европейского союза (далее — ДФЕС), Договор о Европейском союзе (далее — ДЕС) и материалы журнальных публикаций. В процессе исследования были использованы основные методы познания, прежде всего проблемно-аналитический и системный. Рассуждения автора строятся на базе проблемно-аналитического подхода. Это позволило воспроизвести оценку обоснованности словацких и венгерских претензий. Проблемно-аналитический метод определяет правильность аргументации словацкого и венгерского правительства. Системный метод употребляется в рамках анализа правовых актов, прежде всего учредительных документов ЕС.

## Обсуждение

Словацкие и венгерские возражения сводятся к следующему.

### *1. Разделение компетенции и принцип институционального баланса.*

Словацкая республика в иске к Совету ЕС утверждает, что его решение несовместимо с решением Европейского Совета. Другими словами, Словакия заявляет, что Совет ЕС, принимая оспариваемое решение, выходит за рамки предыдущего руководства Европейского Совета и, таким образом, Совет ЕС нарушает ст. 68 ДФЕС<sup>4</sup>, п. 2 ст. 13 ДЕС<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Slovak Republic v Council of the European Union. Action. December 2, 2015. CJEU. // C-643/15 // URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5fc4f4b6eb0e9433b9e7bab4ce513741.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OchmNe0?text=&docid=173998&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=888213> (дата обращения: 28.03.2016)

<sup>2</sup> Council Decision (EU) 2015/1601 Establishing Provisional Measures in the Area of International Protection for the Benefit of Italy and Greece. September 22, 2015 // URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015D1601&from=EN> (дата обращения: 28.03.2016)

<sup>3</sup> Hungary v Council of the European Union. Action. December 3, 2015. CJEU. // C-647/15 // URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=174029&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=890796> (дата обращения: 28.03.2016)

<sup>4</sup> Европейский Совет определяет стратегические направления законодательного и оперативного планирования в области свободы, безопасности и правосудия.

<sup>5</sup> Каждое учреждение должно действовать в пределах полномочий, возложенных на него договором в соответствии с процедурами, условиями и целями, изложенными в них. Все учреждения в полной мере сотрудничают друг с другом.



и принцип институционального баланса<sup>6</sup>. Главы министерств внутренних дел государств-членов ЕС приняли решение перераспределить беженцев из Италии и Греции в другие государства-члены ЕС. Премьер-министр Словакии Роберт Фицо заявил, что это решение Совета ЕС расходится с результатами саммита глав государств и премьер-министров ЕС в июне 2015 г.<sup>7</sup>, где, по его словам, говорилось, что обязательных квот не будет<sup>8</sup>. Однако если сравнить указанные заявления с официальным документом<sup>9</sup>, то ничто не свидетельствует о том, что возражения Словакии опираются на его текст.

## 2. Проблема законодательного процесса и законодательных актов.

Словакия в иске оспаривает нарушение п. 1<sup>10</sup> и 2<sup>11</sup> ст. 10 ДЕС, п. 2 ст. 13 ДЕС, п. 3 ст. 78 ДФЕС<sup>12</sup>, ст. 3 и 4 Протокола № 1 и ст. 6 и 7 Протокола № 2<sup>13</sup>, а также принципов правовой определенности, представительной демократии и институционального баланса. Словакия заявляет, что такой тип акта, каким является оспариваемое решение, не может быть принят в соответствии с п. 3 ст. 78 ДФЕС. В свете его содержания, как утверждает Словакия, оспариваемое решение носит характер законодательного акта. Это делает необходимым принять его в законодательном порядке, что отнюдь не предусмотрено в п. 3 ст. 78 ДФЕС. По мнению Словакии, тот факт, что Совет ЕС принял оспариваемое решение в соответствии с п. 3 ст. 78 ДФЕС, не только нарушает это положение, но и затрагивает права национальных парламентов и Европейского парламента.

Венгерское правительство считает, что п. 3 ст. 78 ДФЕС не обеспечивает Совету ЕС правовой основы для принятия оспариваемого решения. Пункт 3 ст. 78 ДФЕС не уполномочивает Совет ЕС принимать законодательные акты и меры, изложенные в оспариваемом решении, в том числе исключение обязательной силы законодательного акта (в данном случае — Регламента ЕС № 604/2013 Европейского парламента и Совета от 26 июня 2013 г., устанавливающего критерии и механизмы определения государства-члена, ответственного за рассмотрение заявления о предоставлении международной защиты, поданного в одном из государств-членов гражданином третьей страны или лицом без гражданства (далее — Регламент ЕС № 604/2013). Венгрия в иске говорит,

<sup>6</sup> Этот принцип вытекает из решения по делу *Meroni* от 1958 г. и запрещает любое посягательство на полномочия со стороны одного учреждения ЕС на полномочия другого учреждения. См.: *Institutionelles Gleichgewicht* // EUR-Lex // URL: [http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/institutional\\_balance.html?locale=de](http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/institutional_balance.html?locale=de) (дата обращения: 29.03.2016)

<sup>7</sup> Венгрия в п. 7 своего иска утверждает, что оспариваемое решение является незаконным еще и на том основании, что его принятие противоречит ст. 68 ДФЕС и выводам, принятым на заседании Европейского Совета от 25 и 26 июня 2015 г.

<sup>8</sup> *Slovensko podalo žalobu pre utečenecké kvóty* // Pravda.sk. 02.12.2015 // URL: <http://spravy.pravda.sk/domace/clanok/375673-slovensko-podalo-zalobu-proti-utecenskym-kvotam/> (дата обращения: 30.03.2016)

<sup>9</sup> *European Council Meeting (25 and 26 June 2015) — Conclusions*. June 26, 2015 // URL: <http://www.google.ru/url?sa=t&rcct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwjCwNm3nN7LAhUi4XIKHV1yDzUQFggkMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.consilium.europa.eu%2Fen%2Fmeetings%2Fmeeting-council%2F2015%2F06%2F06%2F06-conclusions.pdf%2F&usq=AFQjCNErOtwiwy9HCck5Iw7-yKy-Xy6Wgw&sig2=vI5Syp6PrG1xlQIP812eg&bvm=bv.117868183,d.bGQ&cad=rjt> (дата обращения: 29.03.2016)

<sup>10</sup> Функционирование ЕС должно быть основано на представительной демократии.

<sup>11</sup> Граждане непосредственно представлены на уровне ЕС в Европейском парламенте.

<sup>12</sup> Если одно или несколько государств-членов окажется в чрезвычайной ситуации в результате внезапного притока граждан третьих стран, по предложению Комиссии Совет ЕС может принять временные меры в интересах соответствующих государств-членов. Он принимает решение после консультаций с Европейским парламентом.

<sup>13</sup> В протоколах идет речь о применении принципа субсидиарности.

что оспариваемое решение с точки зрения его содержания является исключением из Регламента ЕС № 604/2013 — это, по сути, законодательный акт, поэтому его принятие не может быть основано на п. 3 ст. 78 ДФЕС, который уполномочивает Совет ЕС принимать исключительно незаконодательные акты. Поскольку Суд ЕС, несмотря на сказанное выше, пришел к выводу, что на основании п. 3 ст. 78 ДФЕС может быть принят правовой акт, в том числе устанавливающий исключение из законодательного акта, то венгерское правительство заявляет, что такое исключение не может влиять на основную суть законодательного акта и нарушать его основные положения, как это произошло с оспариваемым решением.

Однако п. 2 и 3 ст. 289 ДФЕС гласят, что в особых случаях, предусмотренных учредительными договорами, принятие регламента, директивы или решения Европейским парламентом при участии Совета ЕС или принятие этих актов Советом ЕС при участии Европейского парламента является специальной законодательной процедурой. Правовые акты, принятые в рамках законодательной процедуры, являются законодательными актами. С этой процедурой связано и применение принципа субсидиарности национальных парламентов. Статья 4 Протокола № 1 устанавливает, что от направления проекта законодательного акта национальным парламентам на официальных языках ЕС (чего, по мнению Венгрии, не произошло) на дату, когда он будет включен в предварительную повестку дня Совета ЕС, до его принятия должен пройти восьминедельный период. Исключения возможны при срочности, причины которой должны быть указаны в акте или позиции Совета ЕС. Нельзя в течение этих восьми недель достичь какого-либо соглашения по проекту законодательного акта. Исключения составляют экстренные случаи, которые должны быть обоснованы. Между включением законопроекта в предварительную повестку дня Совета ЕС и принятием решения или позиции должен истечь десятидневный срок. Если данные сроки не были соблюдены, то Суд ЕС уполномочен по ст. 8 Протокола № 2 оспариваемое решение аннулировать. По сути, это слабый аргумент для аннулирования Судом ЕС указанного решения, потому что Совет ЕС всего лишь снова проконсультируется с Европейским парламентом, и Суд ЕС сможет оставить решение в силе, так как правовой недостаток носит чисто процедурный характер. В соответствии с этим встает вопрос — как Суд ЕС будет решать проблему субсидиарности в контексте соотношения экстренных случаев и внезапного притока граждан третьих стран.

### *3. Проблема повторного запроса консультации у Европейского парламента и единогласного голосования*

Словакия заявляет в иске, что перед тем, как Совет ЕС принял оспариваемые решение, он внес в Предложение Комиссии для решения Совета ЕС по установлению временных мер в области международной защиты в пользу Италии, Греции и Венгрии<sup>14</sup> (далее — Предложение Комиссии) ряд поправок и изменений (например, вопрос относительно Венгрии; см. п. 9 и 10 венгерского иска). При этом он нарушил, как отмечает Словакия в своей заявке, существенные процессуальные нормы, закрепленные в ст. 293 ДФЕС<sup>15</sup>, п. 3 ст. 78 ДФЕС и п. 2 ст. 13 ДЕС и принципы представительной демократии и

<sup>14</sup> Proposal for a Council Decision Establishing Provisional Measures in the Area of International Protection for the Benefit of Italy, Greece and Hungary. September 9, 2015 // URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52015PC0451> (дата обращения: 30.03.2016)

<sup>15</sup> Если в соответствии с учредительными договорами Совет ЕС действует по предложению Комиссии, Совет ЕС может внести такое предложение поправки только единогласным голосованием (ср. с п. 3 венгерского иска).

институционального баланса. Словакия напоминает, что с Европейским парламентом не консультировались, как это предусмотрено, и Совет ЕС не принял решение единогласно. Кроме того, можно еще напомнить, что Словакия оспаривает несколько процессуальных вопросов, касающихся принятия указанного решения, например, несоблюдение требований о публичном обсуждении и голосовании в Совете ЕС, ограничение участия национальных парламентов в принятии оспариваемого решения, а также нарушение условий консультаций с Европейским парламентом. Примерно так же Венгрия говорит, что Совет ЕС после консультаций с Европейским парламентом значительно изменил вариант проекта и впоследствии не обращался к Парламенту за новой консультацией. К тому же возможность перехода от единогласного голосования к голосованию квалифицированным большинством голосов, по крайней мере, предусмотрена учредительными договорами (п. 7 ст. 48 ДЕС), но изменение в противоположном направлении не предусмотрено в учредительных договорах<sup>16</sup>. Можно прийти к выводу, что, если существует такая договоренность между государствами-членами, то это с юридической точки зрения не имеет значения.

Для сравнения можно привести пример подхода чешских политиков к проблеме голосования. Некоторые из политических деятелей Чешской Республики<sup>17</sup>, не согласные с распределением беженцев, утверждали, что решение по этому вопросу должно быть принято не в рамках Совета ЕС, а на сессии Европейского Совета, в котором голосование проводится в рамках консенсуса. Однако с точки зрения учредительных договоров такое предложение не может быть принято. Предлагаемые меры к перераспределению беженцев основываются на п. 3 ст. 78 ДФЕС, где четко указан орган, который принимает решение по этому вопросу, т.е. Совет ЕС. Совет ЕС принимает решения квалифицированным большинством голосов, за исключением случаев, когда договорами предусмотрена другая процедура (п. 3 ст. 16 ДЕС). Допустим, при принятии указанного решения в рамках ЕС возникнет ситуация, которую Словацкая Республика оспаривает в иске. Это нарушение принципа институционального баланса и п. 2 ст. 13 ДЕС. Решение по поводу переноса полномочий может быть принято только в рамках судебного сотрудничества по уголовным делам (п. 3 ст. 82 ДФЕС).

#### *4. Проблема временных мер*

Дополнительно к вышесказанному, Словацкая Республика утверждает, что был нарушен п. 3 ст. 78 ДФЕС из-за несоблюдения этого положения в отношении временных мер и чрезвычайной ситуации, которые возникают в результате внезапного притока граждан третьих стран. Однако эти утверждения обоснованы продолжением и ухудшением ситуации вокруг беженцев. Поток беженцев не прекращается (несмотря на сезонные колебания), с чем связаны опасения, что квоты на беженцев будут выделяться и позже, а доля беженцев, выделенная Словакии, будет только расти. Существует угроза, что эти «временные меры и чрезвычайная ситуация» будут продолжаться до бесконечности. В соответствии с этим напомним аргументацию Венгрии в ее иске: действие указанной меры было предусмотрено в течение 24 месяцев (в некоторых случаях — на срок 36 месяцев), но последствия сохраняются даже после этого периода. Поэтому, предположим, что эта ситуация противоречит концепции «временных мер».

<sup>16</sup> Qualifizierte Mehrheit // Der Rat der EU // URL: <http://www.consilium.europa.eu/de/council-eu/voting-system/qualified-majority/> (дата обращения: 31.03.2016)

<sup>17</sup> Zeman chce, ať o uprchlících rozhoduje Evropská rada. Kvůli blokování kvót // iDnes.cz. 09.09.2015 // URL: [http://zpravy.idnes.cz/zeman-chce-at-o-uprchlicich-rozhoduje-evropska-rada-kvuli-blokovani-kvot-1qp-/domaci.aspx?c=A150909\\_145447\\_domaci\\_kop](http://zpravy.idnes.cz/zeman-chce-at-o-uprchlicich-rozhoduje-evropska-rada-kvuli-blokovani-kvot-1qp-/domaci.aspx?c=A150909_145447_domaci_kop) (дата обращения: 01.04.2016)

Венгрия утверждает, что оспариваемое решение выходит за рамки полномочий, возложенных на Совет ЕС п. 3 ст. 78 ДФЕС, поскольку цель определения срока его действия не была принята во внимание в период, необходимый для принятия правового акта. Однако Словакия и Венгрия забыли про очень важный факт — временные меры касаются только оспариваемого решения, которое действительно до 26.09.2017 г. Самый интересный вопрос заключается в том, что этот период является очень долгим. Для сравнения приведем п. 2 ст. 64 ДЕС, действовавшего до Лиссабонского договора, который ограничивал продолжительность временных мер шестью месяцами. По всей вероятности, будет интересно наблюдать, какое отношение это имеет к сроку действия указанного решения и на последствия, из него вытекающие. Суд ЕС, по всей вероятности, не согласится с аргументацией Словакии и Венгрии. Это подчеркивает факт, что проект долгосрочного решения мигрантского кризиса уже разработан<sup>18</sup>.

#### *5. Вопросы принципа пропорциональности и возможности развития аргументов*

Распределение беженцев по квотам не затрагивает сути проблемы, которая остается нерешенной, и эта мера касается только последствий. Желанной цели политики ЕС — прекращению потока беженцев (см. п. 3 ст. 78 ДФЕС) — никоим образом оспариваемое решение не содействует. Поэтому, как напоминает Словакия в шестом пункте иска, решение явно несовместимо с принципом пропорциональности, поскольку очевидно, что оно не является ни целесообразным, ни необходимым для достижения преследуемой цели. Принцип пропорциональности является сильным аргументом против решения о распределении беженцев. Он по своей сути является юридическим инструментом, которым можно открыть путь ряду неправовых аргументов, связанных с социальной, экономической, политической сферами и сферой безопасности. Словакия и Венгрия, ссылаясь на принцип пропорциональности, защищают ценности, которые, по их мнению, поставлены под угрозу оспариваемым решением.

Однако в иске Словакии недостаточно обоснованы доводы, как именно оспариваемое решение нарушает указанный принцип. Ведь решение основано на ст. 80 ДФЕС: политика ЕС в области пограничного контроля, предоставления убежища и иммиграции, а также ее имплементация должны регулироваться по принципу солидарности и справедливого распределения ответственности между государствами-членами. Правовые акты, принятые в этой области, должны содержать соответствующие меры, чтобы этот принцип внедрить в жизнь (п. 2 преамбулы решения Совета ЕС). Словакия должна выразить именно этот основной принцип решения, потому что он, как Словакия утверждает, не является ни целесообразным, ни необходимым для достижения преследуемой цели (см. п. 3 ст. 78 ДФЕС).

#### *а) Вопросы защиты шенгенских границ*

Некоторые словацкие политики неоднократно говорили о необходимости защиты внешних шенгенских границ ЕС<sup>19</sup>. Их доводы заключаются в следующем: проблемы с непрерывным потоком беженцев прежде всего связаны с невыполнением обязательств, вытекающих из охраны внешних границ. Некоторые приграничные государства по сво-

<sup>18</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Crisis Relocation Mechanism and Amending Regulation (EU) No 604/2013. September 9, 2015 // URL: [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementationpackage/docs/proposal\\_for\\_regulation\\_of\\_ep\\_and\\_council\\_establishing\\_a\\_crisis\\_relocation\\_mechanism\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementationpackage/docs/proposal_for_regulation_of_ep_and_council_establishing_a_crisis_relocation_mechanism_en.pdf) (дата обращения: 31.03.2016)

<sup>19</sup> Richard Sulik — VS — Grüne, SPD, Linke // Anne Will. 06.03.2016 // URL: [https://youtu.be/qAm\\_sQTSLfo?t=7m37s](https://youtu.be/qAm_sQTSLfo?t=7m37s) (дата обращения: 02.04.2016)

ей вине оказались в данной ситуации, и теперь ЕС старается разделить ответственность между всеми государствами-членами ЕС.

*б) Вопросы национальной безопасности*

Часто политики и ведомства<sup>20</sup> утверждают, что беженцы угрожают национальной безопасности Словакии. Однако в соответствии с п. 7 ст. 5 Предложения Комиссии государства-члены сохраняют за собой право отказаться от переселения заявителя только при наличии „достаточных оснований“, чтобы считать его/ее угрозой национальной безопасности или общественному порядку, либо там, где имеются серьезные основания для применения положений об исключении, изложенных в ст. 12 и 17 Директивы 2011/95/ЕС Европейского Парламента и Совета от 13 декабря 2011 г. о стандартах квалификации граждан третьих стран или лиц без гражданства в качестве лиц, пользующихся международной защитой, для единого статуса беженцев или для лиц, имеющих право на дополнительную защиту, а также для содержания защиты. Словакии это может служить подходящим инструментом для снижения рисков безопасности<sup>21</sup>. Но можно ли на основе этого положения систематически отказывать в убежище? Более удобный инструмент, которым Словакия может пользоваться, возражая против нарушения принципа пропорциональности, — это п. 2 ст. 4 ДЕС<sup>22</sup>.

В этом контексте напомним, что Предложение Комиссии содержит еще одно средство отсрочки/отмены исполнения решения о переселении беженцев. В пункте 37 Преамбулы указано следующее: поскольку заявитель не вправе в соответствии с правом ЕС выбрать государство-член, которое будет нести ответственность за его / ее заявку, заявитель должен иметь право на эффективное средство правовой защиты против решения о переселении в соответствии с Регламентом ЕС № 604/2013, но только с точки зрения соблюдения его / ее основных прав. В соответствии со ст. 27 Регламента ЕС № 604/2013, государства-члены могут апеллировать в своем национальном законодательстве против решения о переселении, что автоматически не останавливает переселения, но создает возможность просить о его приостановлении в ожидании решения по апелляции. Реалии словацкой судебной системы между тем показывают, что словацкое судопроизводство страдает из-за продолжительных и частых задержек, подрывающих эффективность судебной защиты<sup>23</sup>.

*в) Вопросы процесса перераспределения беженцев*

Критики обязательных квот утверждают, что пока неясно, как беженцы будут направлены в определенные государства; некоторые из них указывают, что непонятно, как будет осуществляться принудительное распределение беженцев с технической и юридической точек зрения, с чем связаны гарантии, если беженец останется в государстве переселения. Они также утверждают, что пока не установлено, не противоречит ли принудительное распределение Хартии основных прав ЕС<sup>24</sup>. Однако с другой стороны,

<sup>20</sup> Nelegálni migranti predstavujú pre Slovensko hrozbu, tvrdí SIS // NOVINY.sk. // URL: <http://www.noviny.sk/c/krimi/nelegalni-migranti-predstavuju-pre-slovensko-hrozbu> (дата обращения: 02.04.2016)

<sup>21</sup> Premiér Fico: Nemôžeme tolerovať príchod moslimov a stavanie mešit! // PLUSKA.sk. 24.01.2015 // URL: <http://www.pluska.sk/spravy/z-domova/premier-fico-nemozeme-tolerovat-prichod-moslimov-stavanie-mesit.html> (дата обращения: 01.04.2016)

<sup>22</sup> ЕС уважает равенство государств-членов ... также их национальную идентичность.

<sup>23</sup> Prieťahy nás vyjdu draho, Ústavný súd SR priznal sťažovateľom vysoké odškodné // TOPKY.sk. 24.07.2015 // URL: <http://www.topky.sk/cl/10/1488839/Prieťahy-nas-vyjdu-draho--Ustavny-sud-SR-priznal-stazovatelom-vysoke-odskodne> (дата обращения: 05.04.2016)

<sup>24</sup> Milan Chovanec upozornil predsedu Rady ministrů pro vnitřní věci EU na nejasnosti související se zavedením povinných kvót // Ministerstvo vnitra České republiky // URL: <http://www.mvcr.cz/clanek/milan-cho>

в тексте Предложения Комиссии многие из этих неясностей уже решены. В пункте 2 ст. 5 Предложения Комиссии уточняется, что государства-члены должны через регулярные промежутки времени (по крайней мере раз в три месяца) указывать количество заявителей, которое может быть перемещено на их территорию. В пункте 3 ст. 5 установлено, что, основываясь на этой информации, Италия, Греция и Венгрия должны при содействии Европейского управления поддержки в предоставлении убежища и вместе с другими государствами-членами определить заявителей, которые могли бы быть переселены в другие государства-члены в самые короткие сроки. В пункте 9 ст. 5 Комиссия напоминает, что государства-члены должны в полной мере выполнять свои обязательства.

По словам премьер-министра Словакии, в начале сентября 2015 г. Словакия готова была принять 200 сирийских христиан, потому что, по его утверждениям, она смогла бы интегрировать их: «Мы не в состоянии интегрировать цыган<sup>25</sup>, так что теперь не станем делать вид, что можем интегрировать кого-то из Эритреи или тех, кто приходит сюда с совершенно разными религиями и традициями»<sup>26</sup>. С правовой точки зрения этот вопрос находит решение в Предложении Комиссии. В пункте 35 Преамбулы указано: чтобы решить, какое именно государство-член должно стать государством-членом переселения, следует обращать внимание на квалификацию заявителей (безработица среди молодежи в Словакии — на уровне 25% по официальным данным<sup>27</sup>, что воспрепятствует интеграции беженцев); характеристики заявителей, например, их языковые навыки (словацким/чешским владеют очень немногие беженцы) и другим индивидуальным показателям — факторам семьи и социально-культурных связей (группа мусульманских мигрантов в Словакии включает в себя около 2000 человек<sup>28</sup>), которые могли бы способствовать их интеграции в государстве-члене переселения. Дополнительно п. 2 ст. 6 устанавливает, что государства-члены должны обеспечить членов семей, которые подпадают под действие этого решения, и переселить их в то же самое государство-член. Эти критерии можно воспринять только как ориентиры. Нельзя опираться на них как на нормы обязательного характера. И жизненные примеры показывают, что беженцы могут оказаться в Словакии на периферии общества, что затруднит их интеграцию.

*е) Вопросы правовой определенности и материальных выгод*

Венгрия заявляет в иске, что оспариваемое решение нарушает принцип правовой определенности и ясности законодательства, так как в многом неясно, как применять его положения и как они будут соотноситься с положениями Регламента ЕС № 604/2013. Из этого вытекает вопрос о применении процессуальных норм и гарантий в отношении решения о переселении. Далее, оспариваемое решение не уточняет критериев отбора с целью переселения и не определяет надлежащим образом статус заявителей в госу-

vanec-upozornil-predsedu-rady-ministru-pro-vnitri-veci-eu-na-nejasnosti-souvisajici-se-zavedenim-povinych-kvot.aspx (дата обращения: 03.04.2016)

<sup>25</sup> Na trh práce vstúpia tisícky mladých Rómov // SME.sk. 28.03.2016 // URL: <http://ekonomika.sme.sk/c/20126528/na-trh-prace-vstupia-tisicky-mladych-romov.html?ref=njctse> (дата обращения: 02.04.2016)

<sup>26</sup> Ak sa nevyrieši kríza s migrantmi, je podľa Fica ohrozená EÚ // PRAVDA.sk. 05.09.2015 // URL: <http://spravy.pravda.sk/domace/clanok/366714-ak-sa-nevyriesi-kriza-s-migrantami-je-podla-fica-ohrozena-eu/> (дата обращения: 02.04.2016)

<sup>27</sup> Nezamestnanosť mladých u nás klesla, v Únii je aj tak nižšia // SME.sk. 06.05.2015 // URL: <http://ekonomika.sme.sk/c/7791533/nezamestnanost-mladych-u-nas-klesla-v-unii-je-aj-tak-nizsia.html> (дата обращения: 02.04.2016)

<sup>28</sup> Islamská komunita // Atlas komúní migrantov // URL: <http://mic.iom.sk/atlas/islamska-komunita/> (дата обращения: 03.04.2016)



дарстве-члене переселения. Оспариваемое решение, по мнению Венгрии, противоречит Женевской конвенции о статусе беженцев, поскольку лишает заявителей их права оставаться на территории государства-члена, в котором заявитель подал заявку. Решение позволяет расселить беженцев на территории других государства-членов, в которых у беженцев не обязательно есть связи. С похожими возражениями выступает не только Венгрия, но и Чехия<sup>29</sup>.

Чтобы развеять сомнения, обратимся к тексту Предложения Комиссии — привязка беженца к государству-члену переселения подтверждается положениями п. 5 ст. 6 Предложения и п. 39–42 Преамбулы:

- заявитель или бенефициар международной защиты, который входит на территорию другого государства-члена, кроме государства-члена переселения без выполнения условий для пребывания в другом государстве-члене, обязан немедленно вернуться в государство-член переселения, и это государство-член обязано принять его обратно (п. 39);
- должны быть приняты меры к предотвращению вторичных перемещений заявителей в другие государства-члены. Заявители должны быть информированы о последствиях незаконного последующего перемещения в пределах государств-членов и о том, даст ли государство-член международную защиту. В принципе они получают только права, связанные с международной защитой в этом государстве-члене (п. 40);
- государства-члены не должны во время оформления заявок на международную защиту выдавать национальные паспорта или другие виды помощи, которые способствовали бы незаконным вторичным перемещениям заявителей в другие государства-члены (п. 41);
- чтобы избежать вторичных перемещений лиц, пользующихся международной защитой, государства-члены должны также информировать их об условиях, при которых они могут законно перемещаться в другое государство-член и пребывать там. В соответствии с Директивой 2008/115 / ЕС Европейского Парламента и Совета от 16 декабря 2008 г. об общих стандартах и процедурах в государствах-членах для возвращения незаконно пребывающих граждан третьих стран, государства-члены должны потребовать от получателя международной защиты, незаконно пребывающего на его территории, немедленного возвращения в государство-член переселения (п. 42).

Кроме того, если это предусмотрено в национальном законодательстве, в случае насильственного возвращения мигранта в государство переселения, государство-член, которое насильственно осуществило возвращение, может принять решение о выдаче запрета на въезд, который будет препятствовать заявителю в течение определенного периода времени въезжать на территорию этого государства-члена.

Однако материальные выгоды, положенные лицам, претендующим на статус беженца в государствах-членах ЕС, серьезно отличаются друг от друга. Так, например, в Словакии эти выгоды (в центрах приема деньги на карманные расходы составляют 40 евроцентов в день; разовый денежный грант — около 300 евро, право трудоустройства или право на пособие по безработице — после приобретения разрешения)<sup>30</sup> сильно

<sup>29</sup> Milan Chovanec upozornil předsedu Rady ministrů pro vnitřní věci EU na nejasnosti související se zavedením povinných kvót // Ministerstvo vnitra České republiky // URL: <http://www.mvcr.cz/clanek/milan-chovanec-upozornil-predsedu-rady-ministru-pro-vnitri-veci-eu-na-nejasnosti-souvisejici-se-zavedenim-povinnych-kvot.aspx> (дата обращения: 03.04.2016)

<sup>30</sup> Factbox: Benefits Offered to Asylum Seekers in European Countries // REUTERS.com. 16.09.2015 // URL: <http://www.reuters.com/article/us-europe-migrants-benefits-factbox/idUSKCN0RG1MJ20150916> (дата обращения: 04.04.2016)

отличаются от тех, которые получают беженцы в других государствах-членах. Поэтому нельзя сомневаться, что различные степени выгод в государствах-членах могут только побудить незаконные вторичные перемещения лиц, пользующихся международной защитой в рамках ЕС, особенно если у беженцев есть семья, друзья или знакомые в других государствах-членах, и в качестве нелегалов они могут заработать намного больше в сравнении с пособиями в государстве переселения. Что касается пособий, то Суд ЕС постановил, что пособия должны по-прежнему выплачиваться беженцам, даже если они переехали в другое государство-член, и государство переселения должно выполнять свои обязанности до момента, как беженцы попадут обратно на его территорию<sup>31</sup>.

#### д) Проблемы механизма финансирования

На каждого беженца ЕС выделяет государствам-членам 6000 евро по каналам фонда «Убежище, миграция и интеграция» (кроме того, положено 500 евро на переселение беженца в государство-член)<sup>32</sup>. Это совсем не значит, что данная сумма покроет все расходы. Только непосредственно и легко выявляемые затраты на одного беженца в течение пяти лет составляют 9 374 евро (в первые шесть месяцев — около 3 110 евро и 54 последних месяца — 6 264 евро). Все траты, кроме 6500 евро, придутся на долю Словакии. В их числе, вероятно, окажутся эксплуатационные расходы, услуги социального работника, адвоката, юриста, психолога, лектора и т.д.<sup>33</sup> Реализация решения о перемещении беженцев будет поэтому означать серьезную дополнительную нагрузку на публичные финансы Словакии.

## Результаты

1. Что касается первой группы проблем — разделения компетенции и принципа институционального баланса — то это возражение будет с высокой вероятностью отклонено Судом, по всей видимости, с опорой на текст документа.

2. Во второй группе проблем (законодательного процесса и законодательных актов) можно ожидать, что Суд ЕС будет придерживаться толкования в соответствии с учредительными договорами. Вопрос только в том, как Суд ЕС решит проблему субсидиарности в контексте соотношения экстренных случаев и внезапного притока граждан из третьих стран.

3. Относительно повторного запроса консультации у Европейского парламента и единогласного голосования — речь идет о нарушении процессуальных требований, что не является основанием для аннулирования решения. С Европейским парламентом могут повторно консультироваться, и проблема будет решена.

<sup>31</sup> *Cimade v Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*. Judgment. September 27, 2012. CJEU. // C-179/11 // URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d55b7a7e56ab4648fab98cf3f4fbfdcb1d.e34KaxilC3eQc40LaxqMbN4OchiRe0?text=&docid=127563&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=48694> (дата обращения: 05.04.2016)

<sup>32</sup> Proposal for a COUNCIL DECISION Establishing Provisional Measures in the Area of International Protection for the Benefit of Italy, Greece and Hungary. September 9, 2015 // URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52015PC0451> (дата обращения: 30. 03.2016)

<sup>33</sup> *Braxatoris M., Ondrejčík M.* Kvóty na migrantov verzus otázka nožnej repatriácie príslušníkov niektorých krajanských komunit // *Despite borders.com*. 13.06.2015 // URL: <http://despiteborders.com/kvoty-na-migrantov-verzus-otazka-moznej-repatriacie-prislusnikov-niektorých-krajanských-komunit/> (дата обращения: 05.04.2016)

4. Проблема временных мер делает актуальными вопросы о том, что было закреплено в правовом порядке ЕС до и после Лиссабонского договора. Возможно, Суд ЕС коснется соотношения между сроком действия указанного решения и последствиями, из него вытекающими.

5. Неудовлетворительно проработанная аргументация о нарушении принципа пропорциональности не даст Суду ЕС оснований аннулировать решение, оспариваемого Словакией и Венгрией.

## Заклучение

Исходя из цели ЕС — прекращения внезапного массового притока граждан третьих стран, целесообразнее оказывать финансовую помощь тем соседним странам, на территорию которых в первую очередь попадают беженцы из Сирии, Ирака или Эритреи, на строительства лагерей, инфраструктуры и всесторонней необходимой поддержки беженцев. По всей видимости, будет необходимо заключить с этими странами серию международных договоров, связанных с материальной, финансовой, персональной и другими видами помощи этим государствам, чтобы они смогли справиться с потоком беженцев.



## Библиография

Ak sa nevyrieši kríza s migrantmi, je podľa Fica ohrozená EÚ // PRAVDA.sk. 05.09.2015. Available at: URL: <http://spravy.pravda.sk/domace/clanok/366714-ak-sa-nevyriesi-kriza-s-migrantami-je-podla-fica-ohrozena-eu/> (дата обращения: 02.04.2016)

Braxatoris M., Ondrejčík M. Kvóty na migrantov verzus otázka možnej repatriácie príslušníkov niektorých krajanských komunit // Despiteborders.com. 13.06.2015. Available at: URL: <http://despiteborders.com/kvoty-na-migrantov-verzus-otazka-moznej-repatriacie-prislusnikov-niektorich-krajanskych-komunit/> (дата обращения: 05.04.2016)

Factbox: Benefits offered to asylum seekers in European countries // REUTERS.com. 16.09.2015. Available at: URL: <http://www.reuters.com/article/us-europe-migrants-benefits-factbox-idUSKCN0RG1MJ20150916> (дата обращения: 04.04.2016)

Institutionelles Gleichgewicht // EUR-Lex. Available at: URL: [http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/institutional\\_balance.html?locale=de](http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/institutional_balance.html?locale=de) (дата обращения: 29.03.2016)

Islamská komunita // Atlas komunit migrantov. Available at: URL: <http://mic.iom.sk/atlas/islamska-komunita/> (дата обращения: 03.04.2016)

Milan Chovanec upozornil predsedu Rady ministrů pro vnitřní věci EU na nejasnosti související se zavedením povinných kvót // Ministerstvo vnitra České republiky. Available at: URL: <http://www.mvcr.cz/clanek/milan-chovanec-upozornil-predsedu-rady-ministru-pro-vnitri-veci-eu-na-nejasnosti-souvisejici-se-zavedenim-povinnych-kvot.aspx> (дата обращения: 03.04.2016)

Na trh práce vstúpia tisícky mladých Rómov // SME.sk. 28.03.2016. Available at: URL: <http://ekonomika.sme.sk/c/20126528/na-trh-prace-vstupia-tisicky-mladych-romov.html?ref=njctse> (дата обращения: 02.04.2016)

Nelegálni migranti predstavujú pre Slovensko hrozbu, tvrdí SIS // NOVINY.sk. Available at: URL: <http://www.noviny.sk/c/krimi/nelegaalni-migranti-predstavuju-pre-slovensko-hrozbu> (дата обращения: 02.04.2016)

Nezamestnanosť mladých u nás klesla, v Únii je aj tak nižšia // SME.sk. 06.05.2015. Available at: URL: <http://ekonomika.sme.sk/c/7791533/nezamestnanost-mladych-u-nas-klesla-v-unii-je-aj-tak-nizsia.html> (дата обращения: 02.04.2016)

Premiér Fico: Nemôžeme tolerovať príchod moslimov a stavanie mešít! // PLUSKA.sk. 24.01.2015. Available at: URL: <http://www.pluska.sk/spravy/z-domova/premier-fico-nemozeme-tolerovat-prichod-moslimov-stavanie-mesit.html> (дата обращения: 01.04.2016)

Prietahy nás vyjdu draho, Ústavný súd SR priznal sťažovateľom vysoké odškodné // TOPKY.sk. 24.07.2015. Available at: URL: <http://www.topky.sk/cl/10/1488839/Prietahy-nas-vyjdu-draho--Ustavny-sud-SR-priznal-stazovatelom-vysoke-odskodne> (дата обращения: 05.04.2016)

Qualifizierte Mehrheit // Der Rat der EU. Available at: URL: <http://www.consilium.europa.eu/de/council-eu/voting-system/qualified-majority/> (дата обращения: 31.03.2016)

Richard Sulik — VS — Grüne, SPD, Linke // Anne Will. 06.03.2016. Available at: URL: [https://youtu.be/qAm\\_sQTSLfo?t=7m37s](https://youtu.be/qAm_sQTSLfo?t=7m37s) (дата обращения: 02.04.2016)

Slovensko podalo žalobu pre utečenecké kvóty // Pravda.sk. 02.12.2015. Available at: URL: <http://spravy.pravda.sk/domace/clanok/375673-slovensko-podalo-zalobu-proti-uteceneckym-kvotam/> (дата обращения: 30.03.2016)

Zeman chce, ať o uprchlících rozhoduje Evropská rada. Kvůli blokování kvót // iDnes.cz. 09.09.2015. Available at: URL: [http://zpravy.idnes.cz/zeman-chce-at-o-uprchlicich-rozhoduje-evropska-rada-kvuli-blokovani-kvot-1qp-domaci.aspx?c=A150909\\_145447\\_domaci\\_kor](http://zpravy.idnes.cz/zeman-chce-at-o-uprchlicich-rozhoduje-evropska-rada-kvuli-blokovani-kvot-1qp-domaci.aspx?c=A150909_145447_domaci_kor) (дата обращения: 01.04.2016)

## Slovakia and Hungary vs. Council of the European Union: Fight for Annulment of Decision Relocating Refugees



**Mikhail Ondreychik**

PhD student, Department of International Law, Institute of Law, Peoples' Friendship University. Address: 6 Miklukho-Maklaya Str., Moscow 117198, Russia. E-mail: [ondrejchik@mail.ru](mailto:ondrejchik@mail.ru)



### Abstract

The author analyzes an action of Slovakia against a decision of the Council of the European Union on relocation of refugees from Italy and Greece to other Member States in terms of the argumentation of Slovakia. Furthermore, the author explores argumentation of Hungary, which filed its action against the decision of the Council of the European Union for similar reasons as Slovak Republic did. These reasons are based on the fact that majority of Eastern European members of the Union is missing economic and social capabilities to integrate refugees from Africa and the Middle East. Because of this reason, some of Member States (Slovakia and Hungary) have decided to challenge decision mentioned judicially. Strong disagreements over relocation of refugees within European Union could serve as possible crucial base for future development of political relations between EU Member States. Within the research the author presents an assessment of Slovak and Hungarian argumentation, and at some places, he compares it to argumentation of the Czech Republic, which has opposed the relocation of refugees, as well. In his study author applies official EU documents, official documents of Member States and statements of their officials, mass media publications, just to name a few. In the second part of the article the author pays attention to possibilities for development of arguments related to the violation of the principle of proportionality, which was not sufficiently developed by Slovakia. The author concluded that the most sustainable solution to resolve migration crisis for EU would be financial support to be provided to neighboring countries (of crisis regions) most affected by migration, but not relocation of refugees within European Union.



### Keywords

Relocation of refugees, Slovak action, Hungarian action, European Union, Council of the European Union, European Commission, Court of Justice of the EU.

Citation: Ondreychik M. (2016) Slovakia and Hungary vs. European Union: Fight for Annulment of the Decision Relocating Refugees. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 122–134 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.122.134



### References

Ak sa nevyrieši kríza s migrantmi, je podľa Fica ohrozená EÚ. PRAVDA.sk. 05.09.2015. Available at: URL: <http://spravy.pravda.sk/domace/clanok/366714-ak-sa-nevyriesi-kriza-s-migrantami-je-podla-fica-ohrozena-eu/> (accessed: 02.04.2016)

Braxatoris M., Ondrejčík M. Kvóty na migrantov verzus otázka možnej repatriácie príslušníkov niektorých krajanských komunit. *Despiteborders.com*. 13.06.2015. Available at: URL: <http://despiteborders.com/kvoty-na-migrantov-verzus-otazka-moznej-repatriacie-prislusnikov-niektorých-krajanských-komunit/> (accessed: 05.04.2016)

Factbox: Benefits offered to asylum seekers in European countries. *REUTERS.com*. 16.09.2015. Available at: URL: <http://www.reuters.com/article/us-europe-migrants-benefits-factbox-idUSKCN0RG1MJ20150916> (accessed: 04.04.2016)

Institutionelles Gleichgewicht. *EUR-Lex*. Available at: URL: [http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/institutional\\_balance.html?locale=de](http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/institutional_balance.html?locale=de) (accessed: 29.03.2016)

Islamská komunita. *Atlas komunit migrantov*. Available at: URL: <http://mic.iom.sk/atlas/islamska-komunita/> (accessed: 03.04.2016)

Milan Chovanec upozornil predsedu Rady ministrů pro vnitřní věci EU na nejasnosti související se zavedením povinných kvót. *Ministerstvo vnitra České republiky*. Available at: URL: <http://www.mvcr.cz/clanek/milan-chovanec-upozornil-predsedu-rady-ministru-pro-vnitřni-veci-eu-na-nejasnosti-souvisejici-se-zavedenim-povinných-kvot.aspx> (accessed: 03.04.2016)

Na trh práce vstúpia tisícky mladých Rómov. *SME.sk*. 28.03.2016. Available at: URL: <http://ekonomika.sme.sk/c/20126528/na-trh-prace-vstupia-tisicky-mladych-romov.html?ref=njctse> (accessed: 02.04.2016)

Nelegálni migranti predstavujú pre Slovensko hrozbu, tvrdí SIS. *NOVINY.sk*. Available at: URL: <http://www.noviny.sk/c/krimi/nelegalni-migranti-predstavuju-pre-slovensko-hrozbu> (accessed: 02.04.2016)

Nezamestnanosť mladých u nás klesla, v Únii je aj tak nižšia. *SME.sk*. 06.05.2015. Available at: URL: <http://ekonomika.sme.sk/c/7791533/nezamestnanost-mladych-u-nas-klesla-v-unii-je-aj-tak-nizsia.html> (accessed: 02.04.2016)

Premiér Fico: Nemôžeme tolerovať príchod moslimov a stavingie mešít!. *PLUSKA.sk*. 24.01.2015. Available at: URL: <http://www.pluska.sk/spravy/z-domova/premier-fico-nemozeme-tolerovat-prichod-moslimov-stavingie-mesit.html> (accessed: 01.04.2016)

Prieťahy nás vyjdu draho, Ústavný súd SR priznal sťažovateľom vysoké odškodné. *TOPKY.sk*. 24.07.2015. Available at: URL: <http://www.topky.sk/cl/10/1488839/Prietahy-nas-vyjdu-draho--Ustavny-sud-SR-priznal-stazovatelom-vysoke-odskodne> (accessed: 05.04.2016)

Qualifizierte Mehrheit. *Der Rat der EU*. Available at: URL: <http://www.consilium.europa.eu/de/council-eu/voting-system/qualified-majority/> (accessed: 31.03.2016)

Richard Sulik — VS — Grüne, SPD, Linke. *Anne Will*. 06.03.2016. Available at: URL: [https://youtu.be/qAm\\_sQTSLfo?t=7m37s](https://youtu.be/qAm_sQTSLfo?t=7m37s) (accessed: 02.04.2016)

Slovensko podalo žalobu pre utečenecké kvóty. *Pravda.sk*. 02.12.2015. Available at: URL: <http://spravy.pravda.sk/domace/clanok/375673-slovensko-podalo-zalobu-proti-uteceneckym-kvotam/> (accessed: 30.03.2016)

Zeman chce, ať o uprchlících rozhoduje Evropská rada. Kvůli blokování kvót. *iDnes.cz*. 09.09.2015. Available at: URL: [http://zpravy.idnes.cz/zeman-chce-at-o-uprchlicich-rozhoduje-evropska-rada-kvuli-blokovani-kvot-1qp-domaci.aspx?c=A150909\\_145447\\_domaci\\_kop](http://zpravy.idnes.cz/zeman-chce-at-o-uprchlicich-rozhoduje-evropska-rada-kvuli-blokovani-kvot-1qp-domaci.aspx?c=A150909_145447_domaci_kop) (accessed: 01.04.2016)

# Some Peculiarities of Registration of Pharmaceutical Trademarks<sup>1</sup>

---



## Vironika Pilyugina

Senior Associate, Hogan Lovells CIS, trademark attorney. Address: 22 Tverskaya Str., Moscow, 125009, Russia. E-mail: vironika.pilyugina@hoganlovells.com



## Alexandra Bakhtiozina

Trainee lawyer, Hogan Lovells CIS. Address: 22 Tverskaya Str., Moscow, 125009, Russia. E-mail: alexandra.bakhtiozina@hoganlovells.com

---



## Abstract

The number of cases where pharmaceutical trademarks are the subject of proceedings has skyrocketed in recent years. It evidences the relevance of an analysis of the peculiarities of trademark protection in relation to pharmaceutical trademarks, which is presented in the article. Close attention is paid to an analysis of registration of designations identical to INN or derivatives from INN in the Russian Federation. Relying on analysis of the practice of the Chamber for Patent and Trademark Disputes and courts, the authors conclude that designations identical to INN are unable to benefit from trademark protection as non-distinctive and contradictory to public interests. As to designations comprising or resembling INN to some extent, such designations have chances to be registered as trademarks if they are not considered as INN derivatives. A trademark is recognized as an INN derivative if it is similar to INN to the degree of confusion. Ultimately, the authors reach the conclusion that current Russian legislation does not require any amendments to enhance practice on consideration of cases where designations identical or confusingly similar to INN are involved, since such cases can be successfully inserted into general provisions governing trademarks. Another issue which is also examined in the article is the current approach of the Chamber for Patent and Trademark Disputes and courts to the assessment of similarity in relation to pharmaceutical trademarks, especially the practice of applying the so-called «Three Letter Rule». The authors hold the view that prioritization of the «Three Letter Rule» is a negative trend, since following the «Three Letter Rule» blindly cannot replace due assessment of the designation. The authors attempt to prove this by providing examples of flaws inherent in situations including the «Three Letter Rule.»

---



## Keywords

Trademarks, Pharmaceutical trademark, Registration, Rospatent, Three Letter Rule, INN.

---

Citation: Pilyugina V., Bakhtiozina A. (2016) Some Peculiarities of Registration of Pharmaceutical Trademarks. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 135–142 (in English).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.135.142

## Introduction

Rivers of ink have been spilled to show the importance of the asset of a trademark. We would spill a few more drops to indicate the importance of trademark protection for pharma-

---

<sup>1</sup> The views expressed are the personal views of the authors. The article is not intended to reflect the position of Hogan Lovells CIS on relevant matters.



ceutical companies. Indeed, when a patent for a new medicine expires and generics penetrate the market, a trademark becomes crucial to maintain competitive advantage<sup>2</sup>. Under such circumstances, questions on trademark protection and trademark enforcement inevitably come to the foreground.

In practice to succeed with trademark registration for pharma-related goods<sup>3</sup> and further enforcement of trademark rights, a wide range of useful tips should be taken into account. Most of them have been formed by the decisions of the Chamber for Patent and Trademark Disputes under Russian PTO (hereinafter — Chamber)<sup>4</sup> and Arbitrage (State Commercial) Courts.

That is why nowadays even detailed knowledge of the regulatory maze is insufficient without following current trends adhered to by the Chamber and the courts.

This article aims to analyze the approaches of the Chamber and the courts to such issues as (1) possibility of registration of International Nonproprietary Name (INN) or a designation comprising or resembling INN as a trademark and (2) determination of the likelihood of confusion of the pharmaceutical trademarks. Specifically, the article examines the application of the so-called “Three Letter Rule” and presents the authors’ speculations on the risk of its application.

## Registration of a Designation Identical to an International Nonproprietary Name (INN)

According to the World Health Organization (hereinafter — WHO), an international nonproprietary name (hereinafter — INN) is an official generic name given to a pharmaceutical substance or active substance ingredient. The initial goal to introduce INNs was by providing a unique standard name for each active ingredient to simplify communications between medical practitioners and scientists and to enhance clarity of identification, safe prescription and dispensing of medicines to patients<sup>5</sup>. Such an explanation was almost replicated in the Methodical Recommendations on the Rational Choice of Drug Names, adopted by the Ministry of Health of the Russian Federation<sup>6</sup>.

The WHO declared that INN is a public property of sorts, and therefore may be used without any restrictions whatsoever to identify pharmaceutical substances without being appropriated in any way.

In May 1993 the World Health Assembly Resolution No. WHA 46.19 was adopted, under which the member-states of the WHO are obliged to hinder the undue use of INNs or derivatives from INNs. The Resolution of 115 Session of the WHO Executive Board No. EB115.R4 confirmed the above obligation of the member-states and went even further. It clearly states the need to prevent the acquisition of exclusive rights to INN and to prohibit the registration

---

<sup>2</sup> Brennan H. The Cost of Confusion: The Paradox of Trademarked Pharmaceuticals, 22 Mich. Telecomm. & Tech. L. R. 1 (2015). P. 18. Available at: <http://repository.law.umich.edu/mttlr/vol22/iss1/1> (accessed: 10.04.2016)

<sup>3</sup> Further in the article under «pharmaceutical trademarks» the authors mean trademarks registered in relation to pharmaceutical goods included in class 5 of the International Classification of Goods and Services (established by the Nice Agreement (1957)).

<sup>4</sup> The decisions are signed by the Head of Rospatent and made on the basis of the Chamber’s opinion. Therefore, *de jure*, Rospatent makes the decisions, but, *de facto*, the decisions are made by the Chamber. We will employ the term “Chamber’s decisions” to the detriment of accuracy, but for the benefit of comprehension.

<sup>5</sup> Guidelines on the Use of INNs for Pharmaceutical Substances (1997), P. 5–6. Available at: [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/63779/1/WHO\\_PHARM\\_S\\_NOM\\_1570.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/63779/1/WHO_PHARM_S_NOM_1570.pdf) (accessed: 10.04.2016)

<sup>6</sup> Rational Choice of Drug Names. Methodical Recommendations (adopted by the Ministry of Health and Social Development of the Russian Federation on October 10, 2005).

of INN and their derivatives as trademarks. However, respective WHO resolutions may not be considered as a part of the Russian legal system, according to Article 15 of the Constitution of the Russian Federation. Thereby formally, the above provisions may not serve as legal grounds for refusal of registration of INN as a trademark<sup>7</sup>.

Such a state of affairs has resulted in a deadlock. For example, a company files an application with the Russian PTO (Rospatent) to register INN as a trademark. Obviously, if INN is protected as a trademark, it would limit the freedom of further use of this INN by other pharmaceutical manufacturers. However, on what grounds should Rospatent refuse the registration of such a trademark?

The absence of a separate prohibition to register a designation identical to INN in the Civil Code of the Russian Federation (hereinafter — RCC) forces the examiners to select a ground for refusal amongst those listed in Part IV of the RCC. In practice, it is recognised that a designation identical to INN does not possess distinctiveness, and thereby may not be registered as a trademark based on Paragraph 1 of Article 1483 of the RCC (Paragraph 1 of Article 6 of the Law “On Trademarks, Service Marks and Appellation of Origin of Goods” in cases when a trademark was registered before the entry date of Part IV of the RCC<sup>8</sup>).

The same fate befell designations executed in the form of INN + weak elements like PLUS, TURBO, etc.”<sup>9</sup>. It seems absolutely justified, because in such cases the word element representing INN is dominant, while the weak elements do not change the perception of the designation as a whole. Therefore, such designations may not enjoy protection as trademarks.

However, the situation not so straightforward when a designation comprising or resembling INN is applied for registration.

## **Registration of a Designation Comprising or Resembling INN**

An online search of the Rospatent database revealed quite a large amount of trademarks including INN as part of a registered trademark, or resembling INN to some extent. However, there are also cases where such registrations were subsequently cancelled before the Chamber. An analysis of the decisions of the Chamber shows that the predominant grounds for cancellation are as follows:

1. Lack of a distinctive character of the trademark (Paragraph 1 of Article 1483 of the RCC);
2. Misleading character of the trademark (Paragraph 3 (1) of Article 1483 of the RCC);
3. Contradiction to public interests (Paragraph 3 (2) of Article 1483 of the RCC);

The inconsistency of practice in terms of grounds for refusal in protection of designations similar to INN is not the issue. The issue is that though the Chamber and the courts realise that a designation too similar to INN may not be registered as a trademark, there are no direct provisions in Russian law prohibiting such registration. As mentioned earlier, reference to WHO regulations may not be a remedy in this instance.

---

<sup>7</sup> *Robinov A.A. Novoe v praktike Vishego Arbitrazhnogo Suda Rossiiskoy Federatsii Imyshestvennie ot-noshenia v Rossiiskoy Federatsii*, 2013, No. 8 [New in the practice of the Higher Arbitrazh Court of the Russian Federation, Property Relationship, 2013, No. 8]

<sup>8</sup> Law of the Russian Federation of 23 September 1992 No. 3520-1 “On Trademarks, Service Marks and Appellation of Origin of Goods” (The document is no longer valid since 1 January 2008 in connection with the adoption of the Federal Law of 18 December, 2006 No. 231-FZ)

<sup>9</sup> Chamber’s opinion, 9 December 2010 (Addendum to Rospatent’s decision of 27 December 2010 on application No. 2004710121/50); Chamber’s opinion, 15 August 2012 (Addendum to Rospatent’s decision of 31 August 2012 on application No. 2010735526).

If there are no questions on whether INN is non-distinctive for the goods of Class 5 of the Nice Classification, the question arises whether it is legally correct to consider comprising or resemblance to INN designations as non-distinctive, misleading or contradictory to public interests?

Luckily for the pharmaceutical industry, the Higher Arbitrage Court put a halt to such turmoil in its ruling regarding the KARTINON trademark.

The trademark for KARNITON was successfully registered in relation to, *inter alia*, pharmaceutical products. A third party initiated a cancellation action against the KARNITON trademark before the Chamber, claiming that KARNITON is confusingly similar to INN “Karnitin”, and therefore the registration for KARNITON has almost deprived other pharmaceutical manufacturers of the possibility of using “Karnitin” due to the risk of violation of KARTINON’s trademark rights.

The Chamber upheld the trademark registration. Furthermore the court of the first instance, the court of appeal and the court of cassation (second) appeal sustained the decision of the Chamber and kept the registration for KARNITON in force.

Nevertheless, the Higher Arbitrage Court overruled the rulings of the lower courts and cancelled the trademark registration for KARTITON with respect to goods of Class 5 of Nice Classification<sup>10</sup>. The Higher Arbitrage Court stated that registration of INN or its derivatives as a trademark is prohibited, since INN constitutes a generic term, and hence is non-distinctive. It is noteworthy the Court stipulated that such registration may be contradictory to public interests and the right to health protection and medical care as guaranteed by Article 41 of the Constitution of the Russian Federation.

It is worth mentioning that the Higher Arbitrage Court based its position on WHO Resolutions, the Order of Rospatent on the use of the database of INN<sup>11</sup> and the Methodical Recommendations on rational choice of drug names as well as on the fact that the use of INN is mandatory for pharmaceutical manufacturers under several legislative acts of the Russian Federation<sup>12</sup>.

The respective ruling of the Court mentioned has become a pivotal point in laying the foundation of a new practice of more detailed examination of applications for pharmaceutical trademarks and more thoughtful consideration of cases where pharmaceutical trademarks are involved. The respective ruling set in stone that a designation identical to INN cannot be protected as a trademark in the Russian Federation and provided additional guidelines for analysis of the designations comprising INN or resembling INN.

In accordance with the Higher Arbitrage Court, if a designation is confusingly similar to INN, it shall be treated as an INN derivative. As we have mentioned, the WHO documents discourage granting trademark protection not only to INN, but also to its derivatives, but before the aforementioned ruling it was not clear what INN derivatives are.

The Court considered KARNITON as confusingly similar to “Karnitin” based on visual and phonetic criteria and overall association with INN, despite slight differences. That was a reason to consider it as an INN derivative and cancel the trademark registration for KARNITON in relation to goods of Class 5 of the Nice Classification.

---

<sup>10</sup> The Ruling of Presidium of the Higher Arbitrage Court of 28 February 2012 No. 12436/11 on case No. A40-66999/10-26-563.

<sup>11</sup> The Order of Rospatent of 4 April 2008 No. 45 “On the Use of Database of International Nonproprietary Names (INN)”.

<sup>12</sup> Indeed, pharmaceutical manufacturers are obliged to use INN, for example, according to provisions of the Federal Law of 12 April 2010 No. 61-FZ “On Circulation of Drugs”.

To summarize, the Higher Arbitrage Court set forth that (1) designations identical to INN are unable to benefit from trademark protection due to lack of distinctiveness and contradiction to public interests, (2) designations comprising or resembling INN can be protected as trademarks only if they do not derive from INN, (3) a trademark is recognized as a derivative from INN if it is similar to INN to the degree of confusion.

Such an approach correlates with the practice of foreign jurisdictions. For instance, the national PTO in Finland takes INNs into consideration in the course of examining trademark applications. Designations that are identical or confusingly similar to INN are considered non-distinctive. The French PTO checks, as a part of the examination process, consider whether an applied designation may cause confusion with existing INNs. If this is the case, the application will be rejected. In Germany, the practice is that INNs may not be registered as trademarks due to lack of distinctiveness<sup>13</sup>.

Stated succinctly, most legislative acts of foreign jurisdictions<sup>14</sup> do not provide for the direct prohibition of granting trademark protection to designations identical and confusingly similar to INN. PTOs and courts have to insert applications for INN into the general grounds for refusal in trademark protection, such as lack of distinctiveness, similar to the practice in Russia.

The authors are of the opinion that current Russian legislation does not require any amendments to successfully handle cases on designations identical to INN and comprising or resembling INN. In our view, trademark applications for designations identical to INN should be rejected by Rospatent with reference to Paragraph 1 and Paragraph 3 (2) of the Article 1483 of the RCC. As to designations comprising or resembling INN, the decision on granting protection or refusal of registration should be considered depending on the level of fancy character and direct association with INN.

The need to examine applications for comprising or resembling INN designations on a case-by-case basis is explained by the following. It is not necessarily that an application for a designation which comprises or resembles INN aims to monopolize INN and prohibit its use by third parties. Pharmaceutical trademarks are subliminal<sup>15</sup> and pharmaceutical companies are well aware of this. Frequently, in applying for a trademark comprising or resembling INN, pharmaceutical companies pursue the goal of providing a hint to consumers regarding the active ingredient of the drug. The rationale behind such strategy is that medical practitioners and savvy consumers may be better able to identify the required drugs pursuant to resemblance to the INN included in their trademarks. Therefore, it will contribute to providing more precise information on the offered drugs and facilitate market efficiency<sup>16</sup>.

Thus there is a very thin line between the permissible and impermissible similarity to INN. Consequently, following the aforementioned ruling of the Higher Arbitrage Court, special emphasis should be placed on whether the applied designation is an INN derivative, i.e. is similar to INN to the degree of confusion.

---

<sup>13</sup> Pharmaceutical Trademarks 2013/2014: Global Guide. Available at: <http://www.worldtrademarkreview.com/Intelligence/Pharmaceutical-Trademarks/2013> (accessed: 10.04.2016)

<sup>14</sup> There are examples to the contrary. For example, Section 13 (b) of the Trade Marks Act of India (1999) specifically prohibits trademark registration of words “*declared by the World Health Organisation and notified in the prescribed manner by the Registrar from time to time, as an international non-proprietary name or which is deceptively similar to such name*”.

<sup>15</sup> Herberholz D. Curing Confusion: An Overview of the Regulatory Complexities of Obtaining Pharmaceutical Trademarks and a Prescription for Reform, 8 Minn. J.L. Sci. & Tech. 97 (2007). P. 123. Available at: <http://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol8/iss1/4>

<sup>16</sup> Brennan H. Op. cit.

## The Three Letter Rule

According to the current approach in determining whether a pharmaceutical trademark is confusingly similar to INN or not, the Chamber and courts mostly apply standard criteria, as laid down in the Methodical Recommendation on examination of the applied designations on identity and similarity<sup>17</sup>, but also apply the so-called “Three Letter Rule”<sup>18</sup>.

The “Three Letter Rule” has been introduced by the Methodical Recommendations on rational choice of drug names, adopted by the Ministry of Health of the Russian Federation, which state that:

“when counting letters (characters) that make up the words, the differences between the compared names must be 3 or more letters (characters) in any combination”.

However, as highlighted by the Recommendations, it is a general rule which is not a law to be followed strictly.

In practice, Chamber and courts willingly use such a rule in cases where pharmaceutical trademarks are subject to proceedings<sup>19</sup>. In some cases the “Three Letter Rule” was applied as an additional ground<sup>20</sup>. However, there are cases where the “Three Letter Rule” was applied as one of the main arguments<sup>21</sup>.

In our view, prioritization of the “Three Letter Rule” is an extra-negative trend. Following the “Three Letter Rule” blindly may neither replace due assessment of proposed designation on its registration, nor protect the market from mala fide pretensions from the side of the trademark owners. One argument in favour of this is that the length of the designation as a whole makes a significant difference. When the trademark in question consists of 4 or 5 letters, the difference in 3 characters may change the designation sufficiently. However, when the trademark in question consists of 10 or more letters, 3 letters may not be perceptible at all.

The second argument is the position of the letters within the trademark in question. For instance, since most people read from left to right, the first part of the word would always be the dominant one, as it would be more perceptible and memorable for consumers, while the endings are overwhelmingly standard, and therefore most frequently not imprinted on a consumers’ memory. Thus when INN and the designation in question coincide by the first part and differ by ending only, the level of similarity is much higher than in a case when endings are

---

<sup>17</sup> The Order of Rospatent of 31 December 2009 No. 197 “On Adoption of Methodical Recommendation on examination of the applied designations on identity and similarity”

<sup>18</sup> It is relevant not only for determination whether the pharmaceutical is confusingly similar to INN, but also whether one pharmaceutical trademark is similar to another pharmaceutical trademark.

<sup>19</sup> The Three Letter Rule is used in a wide range of cases involving pharmaceutical trademarks, including cases when a pharmaceutical trademark and INN or a pharmaceutical trademark and another pharmaceutical trademark collide. For instance, Chamber’s opinion, 15 July 2015 (Addendum to Rospatent’s decision, 31 July 2015 on application No.2013711497); Chamber’s opinion, 16 March 2015 (Addendum to Rospatent’s decision, 29 May 2015 on application No. 2013704992); Chamber’s opinion, 12 November 2014 (Addendum to Rospatent’s decision, 26 January 2015 on application No. 2011735887); Chamber’s opinion, 19 June 2014 (Addendum to Rospatent’s decision, 30 June 2014 on application No.0001101490).

<sup>20</sup> Chamber’s opinion, 16 March 2015 (Addendum to Rospatent’s decision, 29 May 2015 on application No. 2013704991); Chamber’s opinion, 22 December 2014 (Addendum to Rospatent’s decision, 30 March 2015 on application No. 2013704111).

<sup>21</sup> Chamber’s opinion, 30 January 2009 (Addendum to Rospatent’s decision, 11 March 2009 on application No. 2006705134/50)

similar and the first parts are different. An exception may be in a case where the first part of the invented designation constitutes a prefix, while the ending is a stem, forming INN.

One more argument against the implicit application of the “Three Letter Rule” is that amending 3 letters may not make a significant difference in cases where such letters are silent (aphonic). Indeed, the consumer does not only visually perceive the designation, but also the orientation on pronunciation. Thus the phonetic criteria should not be underestimated.

The list of grounds confirming the non-applicability of the “Three Letter Rule” may be continued, but even the abovementioned examples show clearly that a formal application of the “Three Letter Rule” may render the examination inaccurate. Therefore a plethora of cases where the “Three Letter Rule” does not work are evidence that the Chamber and the courts should proceed with caution in applying the respective rule, and always be mindful that each case requires a thoughtful analysis of the compared designations.

The following case is an outstanding example of a meticulous analysis of pharmaceutical trademarks. The owner of the trademark for “ТЕТРАЛГИН TETRALGINUM» initiated a cancellation action against a trademark for «САНТОТИТРАЛГИН SANTOTITRALGIN», indicating the similarity of the trademarks and the risk of consumer confusion. Notwithstanding that the difference between the compared designations is more than 3 letters, the trademark for «САНТОТИТРАЛГИН SANTOTITRALGIN» was cancelled. The Chamber stated that SANTOTITRALGIN is a compound word, and therefore cannot be pronounced in one breath. This involves a logical pause between the SANTO and TITRALGIN parts. Since TITRALGIN and TETRALGINUM are similar, the part SANTO pronounced separately and ending –UM does not affect the perception of the designation, the compared designations “ТЕТРАЛГИН TETRALGINUM» and «САНТОТИТРАЛГИН SANTOTITRALGIN» are considered to be confusingly similar<sup>22</sup>.

We see that the “Three Letter Rule” was not applied, even with respect to the dominant part of the designation (TETRALGINUM and TITRALGIN). Instead, a complex analysis of the designations was made. This approach is estimated by us as beneficial for the further development of practice.

## Conclusion

A trademark is an extremely important asset for pharmaceutical companies. After the expiration of a patent, trademark rights play a crucial role in guarding and extending a company’s market share<sup>23</sup>. At first glance it might seem that from a public health perspective it would be better for drugs to be marked by their INNs. Indeed, it may be quite simple to choose the right medicine if it is marked by INN only. However, in this case it would be much more complicated for a consumer to distinguish the manufacturer and choose the only one with a quality he trusts. In such an environment, pharmaceutical companies need to invest heavily in brand recognition and brand protection.

In such circumstances, it is important to choose the right means of individualization which would be at the permissible level of association with INN and still possess necessary level of inventiveness. Therefore it shall be taken into account that a designation identical to INN would be considered non-distinctive and contradictory to public interests, whilst designations com-

<sup>22</sup> Chamber’s opinion, 24 November 2010 (Addendum to Rospatent’s decision, 24 February 2011 on application No. 2006730266/50)

<sup>23</sup> *Brennan H.* Op. cit.



prising or resembling INN may have a chance for registration, if they are not considered to be derivatives from INN.

Pharmaceutical companies should also be aware that in the course of assessing the likelihood of confusion, the Chamber and the courts would normally apply the “Three Letter Rule” apart from standard criteria. An analysis shows that the “Three Letter Rule”, when applied single-handedly, is flawed in many situations. Therefore it should be an additional tool which supplements, but does not replace due assessment of similarity of the marks from the perspective of consumer perception.



## References

- Brennan H. (2015) Cost of Confusion: The Paradox of Trademarked Pharmaceuticals, 22 Mich. *Telecomm. & Tech. L. Rev.* 1. Available at: <http://repository.law.umich.edu/mttl/vol22/iss1/1>
- Ferrand L., New B. (2003) Syllabic length effects in visual word recognition and naming. *Acta Psychol.* vol. 113, p. 167–183
- Herberholz D. (2007) Curing Confusion: An Overview of the Regulatory Complexities of Obtaining Pharmaceutical Trademarks and a Prescription for Reform, 8 *Minn. J.L. Sci. & Tech.* 97. Available at: <http://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol8/iss1/4> (accessed: 10.04.2016)
- Jagla F., Umansky B. (2009) Naming the Product: The Intersection of FDA and Trademark Law, *IP Litigator*, vol. 15, no 1, pp. 13–19.
- Kuzcow M. (1979) *The FTC and the Generic Doctrine: A New Rx for Pharmaceutical Trademarks*, 15 *Tulsa L. J.* 327, p. 327–347. Available at: <http://digitalcommons.law.utulsa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1515&context=tlr> (accessed: 10.04.2016)
- Mosback H. (2013) Protection of pharmaceutical trade marks in Europe: an overview, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 8 (1), p. 69–77.
- Pharmaceutical Trademarks 2013/2014: A Global Guide*. Available at: <http://www.worldtrademarkreview.com/Intelligence/Pharmaceutical-Trademarks/2013> (accessed: 10.04.2016)
- Razumova G.V. (2012) Protivorechie obshchestvennym interesam kak osnovanie dlya otkaza v registratsii tovarnogo znaka [Contradicting Public Interests as a Reason to deny the Registration of a Trademark]. *Imushchestvennye otnosheniya v Rossiyskoy Federatsii*, no 10. SPS Konsul'tantPlyus
- Robinov A.A. (2013) Novoe v praktike Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiyskoy Federatsii [New in the Practice of the RF Higher Arbitration Court]. *Imushchestvennye otnosheniya v Rossiyskoy Federatsii*, no 8. SPS Konsul'tantPlyus
- Sadovskiy P., Demina M. (2015) Spory ob intellektual'noy sobstvennosti v sfere farmatsevtiki: poslednie tendentsii [Intellectual Property Disputes: Trends in Pharmaceuticals]. *Arbitrazhnye spory*, no 1. SPS Konsul'tantPlyus
- Schwartz V. E., Goldberg Ph., Silverman C. (2013) *Warning: shifting liability to manufacturers of brand-name medicines when the harm was allegedly caused by generic drugs has severe side effects*, *Fordham Law Review* Vol. 81, p. 1835–1879. Available at: [http://fordhamlawreview.org/wp-content/uploads/assets/pdfs/Vol\\_81/Schwartz\\_March.pdf](http://fordhamlawreview.org/wp-content/uploads/assets/pdfs/Vol_81/Schwartz_March.pdf) (accessed: 10.04.2016)
- Sim K. R., Robertson H. E. (2008) The Canadian Regime for Protecting Against Pharmaceutical Trademark Confusion and Mistakes, *Trademark Reporter, The Law Journal of the International Trademark Association*. Vol. 98 No. 5, p. 1253–1277. Available at: [http://www.smart-biggar.ca/assets/tm\\_reporter\\_vol98\\_no5.pdf](http://www.smart-biggar.ca/assets/tm_reporter_vol98_no5.pdf) (accessed: 10.04.2016)
- Smith G. V. (1997) *Trademark Valuation*. N.Y.: John Wiley & Sons, 293 p.
- Williamson C. M. (2013) *A Morphological Study of Drug Brand Names* Honors Theses. Paper 104.
- Zahl A. (2015) *International Pharmaceutical Law and Practice*, LexisNexis, 1280 p.

# Трансграничные договорные обязательства: проблема правовой квалификации



**М.В. Мажорина**

доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук. Адрес: 125993, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9. E-mail: mazhorina@inbox.ru



## Аннотация

При разрешении трансграничных споров суды почти неизбежно сталкиваются с необходимостью правовой квалификации спорных отношений. В законодательстве и судебной практике многих государств мира выработался подход, согласно которому правовая квалификация осуществляется на основе норм национального права (*lex fori*). Сложности процесса правовой квалификации обусловлены рядом причин: необходимостью учета содержания норм иностранного права, различными механизмами правовой квалификации, признаваемыми в разных юрисдикциях, а также эволюцией всего международного частного права. В настоящее время наблюдается развитие института правовой квалификации, сопряженное с глубокими процессами видоизменения всей системы нормативного регулирования трансграничных отношений. Так, появление и бурное развитие транснациональных норм, их признание и все более активное применение в практике международных коммерческих арбитражей актуализирует потенциал иного метода правовой квалификации в международном частном праве — автономной квалификации. Практика применения метода автономной квалификации при разрешении трансграничных споров иностранными судами и международными коммерческими арбитражами анализируется в европейской доктрине международного частного права и находит все больше сторонников. Наиболее распространена указанная практика имеет в сфере трансграничных коммерческих споров. В работе с учетом современных тенденций развития права международной торговли применительно к трансграничным договорным обязательствам исследованы особенности предварительной квалификации; квалификация при выборе применимого права; квалификация при применении избранного правопорядка; квалификация при признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения/решения международного коммерческого арбитража. В статье анализируются современные возможности методов квалификации *lex fori* и *lex causae*, а также обосновываются перспективы и преимущества метода автономной квалификации. Метод автономной квалификации может быть основан на нормах международных договоров, актах негосударственного регулирования, источниках *lex mercatoria*. Наиболее вероятно в настоящее время применение метода автономной квалификации в практике международного коммерческого арбитража, что соответствует тенденциям развития последнего. Значительное влияние на эволюцию процесса правовой квалификации в международном частном праве, и, особенно, в области трансграничных договорных обязательств в перспективе будут оказывать транснациональные нормы, формирование которых активно осуществляется в настоящее время.



## Ключевые слова

международное частное право, международные сделки, коммерческий контракт, правовая квалификация, автономная квалификация, международный коммерческий арбитраж.

Библиографическое описание: Мажорина М.В. Трансграничные договорные обязательства: проблема правовой классификации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 143–159.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.143.159

Проблема правовой квалификации является одной из самых сложных в международном частном праве (далее — МЧП). В соответствии с общей теорией права правовая квалификация — это правовая оценка всей совокупности фактических обстоятельств дела путем отнесения данного случая к определенным юридическим нормам<sup>1</sup>. В доктрине МЧП вопросы правовой квалификации зачастую исследуются в контексте так называемого конфликта квалификации или скрытой коллизии<sup>2</sup>. В таком случае проблема квалификации понимается в узком смысле, как возникающая на стадии выбора применимого права. При этом в ряде источников выделяются и обосновываются два вида или два этапа квалификации: первичная и вторичная<sup>3</sup>. Первичная квалификация осуществляется на стадии выбора права, что касается вторичной квалификации, то последняя осуществляется судом или иным правоприменительным органом в ходе применения избранного на основе коллизионных норм права.

Представляется, что наиболее обоснованное понимание правовой квалификации в МЧП разработано Н.С. Бирюковой, которая считает, что «явление правовой квалификации в МЧП не ограничивается только вопросами, связанными с определением применимого права. Правовая квалификация осуществляется и до начала определения применимого права, когда необходимо квалифицировать характер общественного отношения для решения вопроса о том, имеет ли такое общественное отношение международный характер. От этого в свою очередь зависит, будет ли вообще применяться к такому отношению инструментарий МЧП. При разрешении частноправовых споров международного характера, правовая квалификация осуществляется и после того, как компетентный порядок определен (при применении норм применимого права), а также для признания и приведения в исполнение иностранного судебного решения»<sup>4</sup>.

Иными словами, проблема квалификации становится актуальной еще до момента выбора применимого права, влияет на выбор права, сопровождает процесс применения избранного права и возможна даже на стадии исполнения судебного или арбитражного решения.

При регулировании трансграничных договорных отношений проблема квалификации возникает нередко, особенно если спор вытекает из сложных, иногда непоименованных договоров. Как отмечает В.А. Канашевский, возможна ситуация, когда один и тот же внешнеэкономический договор будет квалифицирован правовыми системами государств, в которых находятся контрагенты, по-разному. Например, договор лизинга рассматривается различными правовыми системами как купля-продажа под условием, аренда, совокупность купли-продажи и аренды и т.д. В силу различия национальных правопорядков договор определенного вида может быть закреплен в праве только одной страны (поименованный договор), квалифицироваться как смешанный или договор *sui generis* (особого рода). В этих обстоятельствах существенные условия таких договоров ограничиваются их предметом и теми положениями, которые стороны признают необходимыми. Так, распространенный во внешнеторговом обороте договор консигнации в

<sup>1</sup> Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 2. М., 1982. С. 340; Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М., 1999. С. 48.

<sup>2</sup> См., напр.: Международное частное право: учеб. / отв. ред. Г.К. Дмитриева. М., 2010. С. 137–145; Ерпылева Н.Ю. Международное частное право: учебник. М., 2011. С. 161–165; Международное частное право: Учебник. Т. 1. / отв. ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. М., 2011. С. 261–276.

<sup>3</sup> См., напр.: Cheshire G. Private International Law. Oxford. 1957. С. 29; Ануфриева Л.П. Международное частное право. Том I. Общая часть: Учебник. М., 2000. С. 242–248; Канашевский В.А. Международное частное право: Учебник. М., 2009. С. 107–114, 261–276.

<sup>4</sup> Бирюкова Н.С. Проблема правовой квалификации в международном частном праве. Дисс... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 18.

российском праве относится к числу непоименованных, и к нему обычно применяются нормы о договоре комиссии<sup>5</sup>. Следует отметить, что разрешению споров, вытекающих из сложных и непоименованных договоров, как правило, сопутствует необходимость как первичной, так и вторичной квалификации, результатом применения последней также может стать перекалфикация искомым договорным институтам<sup>6</sup>.

Необходимость в квалификации договорных правоотношений возникает у правоприменительного органа достаточно часто даже в том случае, если речь идет о банальной поставке. Так, российскому суду при рассмотрении спора, вытекающего из заключенной сделки, в некоторых случаях необходимо будет квалифицировать такую сделку как международную коммерческую сделку или трансграничную сделку. Последствия такой квалификации существенны: это приведет к тому, что «включится» механизм определения применимого права к сделке, предусмотренный, разделом 6 части III Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ). Квалификация сделки в качестве трансграничной, будучи сопряженной с коллизией права, существенно меняет весь алгоритм нормативно-правового регулирования спорных правоотношений. Именно признание сделки трансграничной ставит перед правоприменительным органом крайне важные задачи, предусмотренные ст. 1186 ГК РФ: во-первых, установить, возможно ли применение к сделке норм международных договоров, содержащих унифицированные материальные нормы; во-вторых, в зависимости от решения первого вопроса, определить применимое право на основании коллизионных принципов.

На первый взгляд, задача, стоящая перед российским судом при квалификации трансграничных сделок, не представляет большой сложности. Однако российское законодательство не содержит определений и даже признаков или критериев «трансграничности» международной коммерческой сделки<sup>7</sup>. В отдельных международных договорах, в которых участвует Российская Федерация, и которые в связи с этим являются составной частью правовой системы России, используется для целей квалификации международных коммерческих сделок термин «place of business», достаточно неудачно переведенный на русский язык как «коммерческое предприятие стороны»<sup>8</sup>. Содержание этого термина неизвестно российскому законодательству и, соответственно, российским правоприменительным органам. При этом, например, в разработанных Гаагской конференцией по МЧП Принципах выбора права, применимого к международным коммерческим контрактам (п. 2 ст. 1), содержится в высшей степени расширительное толкование термина «международная коммерческая сделка», которое существенно отличается от норм Венской конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (1980) и иных международных соглашений<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М., 2008. С. 44.

<sup>6</sup> См. об этом: Мажорина М.В. Выбор применимого права к трансграничным смешанным и непоименованным договорам // Журнал российского права. 2012. № 10. С. 72–81.

<sup>7</sup> См. об этом: Канашевский В.А. Указ. соч. С. 1–48; Международное частное право: учебник для бакалавров / отв. ред. Г.К. Дмитриева. М., 2015. С. 195–197.

<sup>8</sup> См., например: Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Оттавская конвенция о международном финансовом лизинге 1988 г., Нью-Йоркская конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г., Гаагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров 1986 г. и др.

<sup>9</sup> Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Commercial Contracts // [http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd06rev\\_en.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd06rev_en.pdf) (дата обращения: 16.11.2014)

Такое положение вещей приводит к тому, что российские суды и арбитражи сталкиваются с определенными проблемами при квалификации сделок, особенно если их субъектами выступают офшорные компании. Это приводит к игнорированию норм международных договоров и поиску более удобных вариантов квалификации международных коммерческих сделок, когда за основу принимается «национальность» сторон сделки, экспортно-импортный характер сделки и пр. Таким образом, в настоящее время вопрос отнесения сделки к трансграничной относится к сфере судейского усмотрения и базируется, в отсутствие четких критериев в законодательстве, преимущественно на судебной и арбитражной практике.

Важным является тот факт, что проблема квалификация в МЧП не исчерпывается на стадии выбора применимого права и не сводима к «скрытой коллизии» или «конфликту квалификации». Необходимость в квалификации при регулировании международных коммерческих сделок, а также в связи с разрешением споров, вытекающих из международных коммерческих контрактов, может возникать на следующих стадиях:

- первая стадия — предварительная квалификация;
- вторая стадия — квалификация при выборе применимого права;
- третья стадия — квалификация при применении избранного правопорядка; сопряжена с возможностью перекалфикации искомого правоотношения;
- четвертая стадия — квалификация при признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения/решения международного коммерческого арбитража.

**Предварительная квалификация** предшествует квалификации спорных правоотношений по существу. На этой стадии правоприменительный орган не идентифицирует вид отношений, не исследует их сущностные признаки. В частности, перед судом стоит задача оценить: являются ли спорные отношения трансграничными? От ответа на этот вопрос зависит применимость к спорным отношениям норм МЧП. В связи с этим данная стадия предварительной квалификации имеет весомый характер, и ошибка на этой стадии крайне деструктивна, так как может породить значительные негативные последствия в отношении выбора и последующего применения недолжного правопорядка. Выражаясь образным языком, в результате квалификации на данной стадии перед правоприменительным органом открывается или закрывается дверь в МЧП.

**Квалификация при выборе применимого права** напрямую влияет на выбор юрисдикции, коллизионные нормы которой будут применимы к регулированию спорных отношений. Использование коллизионных норм сопряжено с необходимостью квалификации фактических обстоятельств, чтобы оценить, насколько к ним применима та или иная норма. Суду требуется сопоставить фактические обстоятельства с содержанием объема коллизионной нормы, а также квалифицировать содержание привязки коллизионной нормы, чтобы выявить применимое к спорным отношениям право. Коллизионное право не содержит норм-дефиниций, которые раскрывали бы сущность используемых в них (в объеме и привязке) терминов. Соответственно, возникает вопрос: нормы-дефиниции какого правопорядка должны быть использованы судом в целях квалификации понятий коллизионных норм и, как следствие, с целью осуществления последующего коллизионного регулирования.

Доктрина МЧП и практика в виде нормативного массива в разных странах располагают тремя методами осуществления квалификации коллизионных норм, в зависимости от того, какой принцип заложен в основу определения применимого для квалификации права: 1) по праву страны суда (*lex fori*); 2) по праву, применимому к соответствующему отношению (*lex causae*); 3) автономная квалификация. В российском законодательстве

механизмы квалификации юридических понятий при определении права, подлежащего применению, закреплены в ст. 1187 ГК РФ, солирующая роль при этом отведена российскому праву, что является проявлением закона страны суда (*lex fori*). Следует, однако, уточнить, что ст. 1187 ГК РФ применима только к правовой квалификации на стадии выбора права, что следует из текста самой статьи, нормы которой применимы *при определении права*. В таком контексте проблему квалификации даже именуют «предварительной коллизионной проблемой»<sup>10</sup>.

Не вдаваясь в суть всех трех методов, а также в оценку степени их эффективности, можно констатировать, что все они сегодня с разной частотой применимы в мировой практике для квалификации коллизионных норм.

При коллизионно-правовом регулировании договорных обязательств на стадии выбора права перед судом стоит несколько вопросов: во-первых, определить, являются ли спорные правоотношения договорными или внедоговорными? Далее суд идентифицирует разновидность договорных или внедоговорных обязательств с целью выбора к ним применимого права. Именно на стадии выбора применимого права возможно появление «скрытых коллизий», связанных с различным толкованием одинаковых терминов, содержащихся в коллизионных нормах разных государств. Кроме того, на стадии выбора права квалификация может стать одним из инструментов, исключающих выбор надлежащего права. Исследование подобного эффекта от правовой квалификации в иностранной литературе связано с теорией так называемых «избавительных средств» или «манипуляционных прикрытий»<sup>11</sup>.

Выбору применимого права в отношении международной коммерческой сделки предшествует ее квалификация в качестве таковой. Еще до того, как суд начнет «примерять» отдельные коллизионные привязки к обязательственным правоотношениям, он должен будет прийти к выводам, что соответствующие отношения являются трансграничными и договорными и, как следствие, к ним применим договорный статут. Это не всегда простая задача для правоприменительного органа. Выше уже упоминались те сложности, которые возникают у российских судей в связи с квалификацией «международного» характера коммерческих сделок.

Кроме того, в российском праве, как и во многих иных юрисдикциях, не существует четкой системы идентифицирующих признаков, которые позволяли бы правоприменительному органу без каких-либо колебаний квалифицировать отношение как договорное или внедоговорное. Такая общепризнанная система признаков отсутствует и в праве Европейского Союза (далее — ЕС), несмотря на то, что там действуют два важных для этих целей документа: Регламенты Рим I и Рим II. В Комментарий к Гаагским Принципам выбора права, применимого к международным коммерческим контрактам также отмечается, что нет единообразного понимания в праве разных стран относительно квалификации договорных и внедоговорных обязательств, что отчасти привело к формулированию в п. 3 ст. 1 Принципов изъятий из-под сферы регулирования «договорного статута»<sup>12</sup>.

Х.Д. Пирцхалава отмечает, что в различных юрисдикциях, в том числе, например, в Испании в целях определения природы и квалификации внедоговорных обязательств

<sup>10</sup> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части третьей (автор комментария к ст. 1187 ГК РФ — проф. А.Л. Маковский). М., 2014. С. 400.

<sup>11</sup> См. об этом: Бирюкова Н.С. Указ. соч. С. 30–32.

<sup>12</sup> Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Commercial Contracts // [http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd06rev\\_en.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd06rev_en.pdf) (дата обращения 16.11.2014)



применяется практически ориентированный метод исключения, в соответствии с которым к внедоговорным относятся те обязательства, которые не являются договорными или возникают за пределами договорных отношений между сторонами. Метод исключения имеет значение при первичной квалификации внедоговорного трансграничного обязательства и практически применим для идентификации внедоговорных обязательств путем отграничения последних от договорных обязательств, а также обязательств, возникающих на основе закона, но с очевидностью урегулированных другим институтом МЧП (например, отношения между супругами)<sup>13</sup>.

Как отмечает далее автор, толкование понятия внедоговорного трансграничного обязательства, являющееся неодинаковым в разных государствах, должно в целях квалификации осуществляться автономно как понятие, охватывающее обязательства, направленные на привлечение к ответственности и не связанные с договорными обязательствами. При разграничении договорных и внедоговорных обязательств в целях определения применимого права в первую очередь должен ставиться вопрос: является ли данное обязательство договорным или тесно связанным с договорным. В случае наличия тесной связи с договором обязательство преимущественно квалифицируется как договорное. Соответственно, когда квалификация обязательства как договорного невозможна, обязательство должно рассматриваться как внедоговорное<sup>14</sup>.

А.И. Белоглавек заключает, что, несмотря на отсутствие *обязательной* или *общепризнанной* единой трактовки в рамках ЕС, необходимо освободиться от национального понимания и *пожертвовать* типичными и характерными для конкретного национального положения понятиями. Можно уже сегодня, по мнению автора, определить, как минимум две основные черты договорных обязательств, как-то: 1) это отношения, возникшие на основании свободного проявления воли двух или более субъектов; 2) основу отношений составляет взаимопроникновение этих согласованных проявлений воли<sup>15</sup>.

Таким образом, авторы, по сути, пишут о необходимости «автономной» квалификации для целей определения правовой природы договорных и внедоговорных обязательств.

После того как суд установит, что спорные отношения могут быть квалифицированы в качестве трансграничных и договорных, ему необходимо будет выявить их существенные условия, определить вид договора с тем, чтобы выбрать применимое право. Особенно актуально это в тех случаях, когда стороны договора не выбрали применимого права, руководствуясь принципом автономии воли. С тем, чтобы воспользоваться субсидиарно принципом характерного исполнения или концепцией *Proper Law of the Contract*, и применить одну из коллизионных привязок (или так называемых *специальных презумпций*<sup>16</sup>), суду принципиально важно определить предмет обязательственного правоотношения, вид договорной конструкции.

<sup>13</sup> Пирцхалава Х.Д. Правовое регулирование внедоговорных трансграничных обязательств (на примере Российской Федерации и Испании). Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 10–11. Об особенностях квалификации понятий деликтного права в штате Орегон см.: Гетьман-Павлова И.В., Каримова Л.И. Кодификация коллизионного регулирования внедоговорных обязательств в штате Орегон (США) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 192–193.

<sup>14</sup> Пирцхалава Х.Д. Указ. соч. С. 11.

<sup>15</sup> См. об этом: Белоглавек А.И. Европейское международное частное право — договорные связи и обязательства: в 2 т. Т. 1. К., 2010. С. 100–111.

<sup>16</sup> Такие специальные презумпции закреплены в п. 2–8 ст. 1211 ГК РФ; п. 1 ст. 4 Регламента Рим I «О праве, применимом к договорным обязательствам».

При решении вопроса о том, под действие какой коллизионной нормы попадает конкретное трансграничное отношение, в том числе договорное, квалификация юридических понятий, по выражению профессора А.Л. Маковского, как бы удваивается. Ее первая часть состоит в необходимости выяснить правовую природу указанного отношения исходя из его содержания с учетом юридических понятий, использованных, например, в договоре, в претензионной переписке и пр. После этого необходимо сопоставить полученный результат с объемом коллизионной нормы<sup>17</sup>.

Например, стороны заключили трансграничный дистрибьюторский договор и не выбрали применимое право к нему<sup>18</sup>. Для того, чтобы решить спор по существу, суду необходимо квалифицировать фактические договорные обстоятельства, которые сложились между сторонами. Суд, руководствуясь своими представлениями о договорных конструкциях<sup>19</sup>, может в ходе анализа содержания договора прийти к выводу, что заключенный договор является договором купли-продажи<sup>20</sup> (что повлечет выбор страны продавца (*lex venditoris*)), или квалифицировать договор в качестве агентского<sup>21</sup>, смешанного договора, договора *sui generis*<sup>22</sup>, возмездного оказания услуг, коммерческой концессии<sup>23</sup>, договора на организацию будущих продаж<sup>24</sup> и пр. От квалификации договорных отношений судом будет напрямую зависеть результат выбора права и, как следствие, возможный результат разрешения спора по существу.

Как отмечает В.А. Канашевский, в случае квалификации дистрибьюторского соглашения как смешанного договора при возникновении спора между сторонами суд будет применять к отношениям сторон по такому дистрибьюторскому соглашению в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в таком соглашении, т.е. правила о договоре купле-продаже, агентском соглашении, комиссии, франчайзинге и др. (п. 3 ст. 421 ГК РФ)<sup>25</sup>.

Позволим себе смоделировать последствия применения анализируемого автором подхода на разных стадиях коллизионно-правового регулирования. При использовании на стадии выбора применимого права указанный механизм имеет как плюсы, так и минусы. С одной стороны, он позволяет отыскать коллизионную привязку, максимально подходящую для квалифицированных судом спорных правоотношений через призму понимания объема коллизионных норм. С другой стороны, отмеченный ученым механизм может привести к расщеплению договорного статута, когда разные части договора будут подчиняться разным правопорядкам, что, на наш взгляд, может необоснованно усложнить процесс выбора права.

<sup>17</sup> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части третьей (автор комментария к ст. 1187 ГК РФ — проф. А.Л. Маковский). М., 2014. С. 402–403.

<sup>18</sup> Такая ситуация смоделирована исключительно в целях исследования проблемы квалификации.

<sup>19</sup> В соответствии со ст. 1187 ГК РФ.

<sup>20</sup> Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 27 февраля 2003 г. по делу № А19-10944/02-48-Ф02-404/03-С2, Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 7 апреля 2003 г. по делу № Ф04/1594-436/А45-2003.

<sup>21</sup> Постановление ФАС Дальневосточного округа от 15 октября 2002 г. по делу № Ф03-А73/02-1/2120.

<sup>22</sup> Постановление ФАС Уральского округа от 3 мая 2000 г. № Ф09-1/2000ГК.

<sup>23</sup> Постановление ФАС Московского округа от 4 ноября 1999 г. по делу № КГ-А40/3549-99.

<sup>24</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 18 мая 1999 г. № 7073/98.

<sup>25</sup> Канашевский В.А. Дистрибьюторские соглашения с иностранным лицом в российской коммерческой практике: материально-правовые и коллизионные вопросы // Закон. 2008. № 10. С. 55.

Представляется более целесообразным использовать на стадии выбора права, если такой выбор не сделан самими сторонами, в отношении трансграничного дистрибьюторского договора нормы п. 10 ст. 1211 ГК РФ и, квалифицировав дистрибьюторский договор как договор *sui generis*, установить право страны, с которой этот договор, *рассматриваемый в целом*, наиболее тесно связан. Исключения могут составить ситуации, при которых спор возник и связан с четко отделимой частью договорных обязательств, которая тяготеет к определенному правопорядку, например, если спор касается исключительно объектов интеллектуальной собственности, права на которые также передаются в рамках дистрибьюторских отношений<sup>26</sup>.

При использовании указанного В.А. Канашевским механизма квалификации на стадии применения уже избранного права совершенно очевидно, что суд прибегнет к юридической биотехнологии или «расщеплению» коллизионной привязки (*dépeçage*)<sup>27</sup>. Это возможно, но только в том случае, если судья, осуществляя квалификацию договорного обязательства на основе избранного на первой стадии права, придет к выводу, что в соответствующем правопорядке дистрибьюторский договор квалифицируется как смешанный.

Таким образом, суд имеет в своем распоряжении определенные объемы коллизионных норм и соответствующие им привязки, и он должен провести квалификацию фактических обстоятельств, чтобы отыскать подходящий объем коллизионной нормы. Как отмечает профессор А.Л. Маковский, квалификация понятий, входящих в объем коллизионной нормы, необходима, чтобы установить, под действие какой из коллизионных норм подпадает отношение, осложненное иностранным элементом. Квалификация понятий, составляющих привязку коллизионной нормы, нужна тогда, когда выбор надлежащей коллизионной нормы уже состоялся, и поэтому непосредственно квалификация направлена на то, чтобы определить право, подлежащее применению<sup>28</sup>. Осуществление правовой квалификации суть непростая задача, сродни тому, как «подобрать Золушку под имеющуюся туфельку».

Достаточно серьезные сложности в связи с этим могут возникнуть в случаях, если спорное отношение возникло на основании сложного договора, объединяющего в себе элементы нескольких договоров или договора, непоименованного в праве страны суда (*lex fori*). При разрешении спора, вытекающего из непоименованного и/или смешанного договора, суду приходится осуществлять квалификацию спорных правоотношений, что иногда приводит к квалификации отдельных предусмотренных в договоре обязательств. В результате этого к одному и тому же договору могут применяться различные системы норм, например, относящиеся к договору подряда, найма, купли-продажи и т.д. в зависимости от того, о каком обязательстве идет речь. Это, однако, не означает, что судья всякий раз должен определять применимое право к каждому имеющемуся в договоре отдельному обязательству<sup>29</sup>. Российской судебной практике известны такие дела<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> В этом случае возможно говорить о применении к спору, так называемого, «интеллектуального статута».

<sup>27</sup> См. об этом: *Мажорина М.В.* Выбор применимого права к трансграничным смешанным и непоименованным договорам // Журнал российского права. № 10. 2012. С. 72–81.

<sup>28</sup> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части третьей (автор комментария к ст. 1187 ГК РФ — проф. А.Л. Маковский). М., 2014. С. 402.

<sup>29</sup> Цит. по: *Канашевский В.А.* Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М., 2008. С. 115.

<sup>30</sup> Например, разрешая спор между «Производственным объединением «Беларуснефть» и ЗАО «Производственное объединение «ЭКСПО», Арбитражный суд Хабаровского края, рассмотрев усло-

Определенные сложности в осуществлении правовой квалификации и, как следствие, в выборе применимого права (при отсутствии соглашения сторон сделки или в силу ущербности соответствующей оговорки), могут возникать у суда при возникновении споров, вытекающих из трансграничной лизинговой сделки. Как пишет А.В. Москвина, квалификация договора трансграничного лизинга — это процесс сопоставления юридически значимых признаков трансграничного лизингового отношения, закрепленных в договоре, с юридическими понятиями правовой нормы с целью непосредственного применения к договору трансграничного лизинга норм международных договоров или определения на основе коллизионной нормы компетентного правопорядка и его применения. При этом автор выделяет три взаимосвязанные стадии квалификации договора трансграничного лизинга:

- предварительная квалификация — это анализ спорного отношения на предмет выявления в нем следующих юридически значимых признаков: договорная природа, трансграничный характер, квалифицирующие признаки лизинга;
- первичная квалификация — это процесс сопоставления юридически значимых признаков отношения, закрепленного в договоре трансграничного лизинга, выявленных на предварительной стадии, с понятиями правовой нормы с целью выбора применимого права путем непосредственного применения к договору унифицированных норм международных конвенций или определения на основе коллизионной нормы компетентного правопорядка;
- вторичная квалификация — это процесс сопоставления юридически значимых признаков отношения, закрепленного в договоре трансграничного лизинга, с юридическими понятиями материально-правовых норм российского или иностранного права с целью применения избранного права<sup>31</sup>.

Небезынтересны выводы автора относительно механизмов квалификации. Так, предварительная и первичная квалификации трансграничного лизинга, по мнению автора, должны осуществляться на основе закона страны суда (*lex fori*); вторичная квалификация — на основании избранного материального права. При этом на каждой стадии квалификации, наряду с указанным методом, необходимо одновременно учитывать унифицированные материально-правовые нормы международных договоров, как актов, направленных на унификацию и гармонизацию права в области регулирования трансграничных лизинговых отношений. При квалификации договора трансграничного лизинга по российскому праву необходимо принимать во внимание нормы Оттавской конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге (1988) как части российской правовой системы, независимо от применения Оттавской конвенции для регулирования спорных отношений по существу<sup>32</sup>.

Другим примером, иллюстрирующим сложность и значимость первичной квалификации, выступает проблема коллизионного регулирования отношений, вытекающих из тра-

---

вия заключенного между сторонами контракта, пришел к выводу, что контракт является смешанным договором, содержащим в себе элементы договоров поставки, подряда и возмездного оказания услуг. Учитывая такую квалификацию контракта, положения Венской конвенции 1980 г. в силу ее п. 2 ст. 3 к правоотношениям сторон не применяются. Ввиду того, что право, применимое при разрешении возникающих из контракта споров, сторонами в контракте не определено, суд обратился к п. 5 ст. 1211 ГК РФ и определил в качестве применимого право государства поставщика как страны, с которой этот договор, рассматриваемый в целом, наиболее тесно связан // Решение Арбитражного суда Хабаровского края от 31 июля 2008 года // СП Право.ru (дата обращения: 15.11.2011).

<sup>31</sup> Москвина А.В. Трансграничный лизинг: правовое регулирование, проблемы квалификации. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 12–13.

<sup>32</sup> Там же.

ста. Конструкция траста не известна российскому праву, что, тем не менее, не исключает возможностей возникновения соответствующих отношений, в том числе с участием российских лиц. В то время как траст не признается российским законодателем, споры, связанные с трансграничными трастами, могут рассматриваться в российских судах, что ставит перед последними вопрос о выборе компетентного правопорядка. Не вдаваясь в исследование сущности и природы траста, можно лишь констатировать, что к трасту возможно применение коллизионных норм о вещных правах (ст. 1205 ГК РФ) или норм, регулирующих обязательственные отношения (ст. 1210–1211 ГК РФ). Иными словами, судья для целей определения применимого к трасту права может выбрать вещный или договорный статут.

Решение этого вопроса напрямую и всецело зависит от квалификации фактических обстоятельств и возникших отношений сторон траста в качестве вещных или обязательственных. Ситуация осложняется тем, что для квалификации судья не сможет воспользоваться российским правом, как предписывает п. 1 ст. 1187 ГК РФ, т.е. применить *lex fori*, так как институт траста не известен российскому праву. Для этих целей законодатель предусмотрел п. 2 ст. 1187 ГК РФ, позволяющий применить при квалификации юридических понятий «иностранное право». Однако в указанной статье ГК РФ не закреплено, нормы какого «иностранного права» подлежат применению. Законодатель не наделяет правоприменительные органы каким-то инструментом выбора надлежащего «иностранного права», не закрепляет критериев, которые суд мог бы заложить в основу при поиске такого «иностранного права». Пожалуй, единственным подспорьем здесь может служить п. 2 ст. 1186 ГК РФ, закрепивший общее субсидиарное значение института наиболее тесной связи, который может стать хоть каким-то (но далеко не универсальным) ориентиром в искомой ситуации. Норма п. 2 ст. 1187 ГК РФ лишь умозрительно, следуя логике коллизионного регулирования, а также в совокупности с п. 2 ст. 1186 ГК РФ, может быть истолкована как позволяющая применить *lex causae*. Вероятнее всего, суду для квалификации траста будет целесообразно обратиться к общему праву.

Интересное видение проблемы квалификации траста предлагает Г.А. Дараселия, экстраполируя концепцию «материализации коллизионного права»<sup>33</sup>, а так же, как представляется, теорию «о принципах предпочтения» Д. Каверса<sup>34</sup> (которые хорошо известны в практике США), на поставленную выше проблему. Автор отмечает, что в случае с трастом имеет смысл применение подхода к вопросам коллизионного права, основанном на учете материально-правовых последствий для дела. Такое «опережение» подразумевает обращение к последствиям первичной квалификации, т.е. учет ее материально-правовых последствий. При квалификации траста суду, изучив материалы дела, следовало бы, по мнению автора, обратиться к праву страны выгодоприобретателя, учредителя, доверительного собственника и, наконец, места нахождения имущества (если все указанные выше элементы отношений находятся в разных юрисдикциях) и осуществить квалификацию по праву, которое давало бы наиболее точную и при этом близкую понятиям отечественного права характеристику обстоятельств дела<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> См.: Звеков В.П. Коллизии законов в международном частном праве. М., 2007. С. 51–53; Асосков А.В. Основы коллизионного права. М., 2012. С. 213–283; Private International Law at the End of the 20<sup>th</sup> Century: Progress or Regress?: XV International Congress of Comparative Law / Ed. By S. Symeonides. Kluwer Law International. 2000. P. 284.

<sup>34</sup> *Cavers D. The Choice-of-Law Process. Ann Arbor, 1965; Gene R. A Conflict-of-Laws Anthology. Anderson Publishing Company, 1997. P. 49–54.*

<sup>35</sup> Дараселия Г.А. Траст и некоторые вопросы первичной квалификации понятий в международном частном праве // Актуальные проблемы российского права. 2011. № 3. С. 252–261.

Такое решение вопроса было бы вполне обычным для стран общего права. Объяснением соответствующего подхода служит крылатое выражение Д. Каверса: «Суд не лениво выбирает применимое право, а решает спор. Как он может сделать мудрый выбор без учета того, каким образом выбор повлияет на решение спора?»<sup>36</sup>.

В зарубежной литературе многие исследователи обращают внимание на то, что при решении коллизионного вопроса суд явным или скрытым образом всегда обращает внимание на итоговый материально-правовой результат. Суды зачастую используют так называемую обратную логику: интуитивно нащупав предпочтительный материально-правовой результат, они пытаются определить, возможно ли подобрать для такого материального результата убедительное правовое обоснование и в том числе убедительные аргументы, что применимым следует считать материальное право, дающее предпочтительный материальный результат<sup>37</sup>. Для этих целей может быть использована и правовая квалификация. Собственно, в американской доктрине квалификация, наряду с такими институтами, как обратная отсылка и отсылка к праву третьей страны, публичный порядок, предварительный вопрос характеризуются в качестве «корректирующих инструментов» (*escape devices*), позволяющих влиять на конечный результат дела<sup>38</sup>.

Все приведенные примеры и умозаключения свидетельствуют, что проблема квалификации договорных обязательств является, по сути, одной из стадий коллизионного способа регулирования. Л.А. Лунц справедливо отмечал, что «коллизионная норма вместе с той материально-правовой нормой, к которой она отсылает, образует настоящее правило поведения для участников гражданского оборота»<sup>39</sup>. Проблема квалификации на стадии выбора права, а также в последующем, всегда сопутствует регулированию трансграничных частноправовых отношений.

**Квалификация при применении избранного правопорядка** осуществляется, соответственно, в основе нормы того правопорядка, который был определен правоприменительным органом как применимый к регулированию спорного отношения по существу (*lex causae*). Квалификация на этой стадии тесно сопряжена с проблемой установления содержания иностранного права, но не идентична ей. Квалификация на стадии применения избранного права может «коснуться»: самих спорных договорных обязательств; отдельных институтов применимого права (сферы действия договорного статута, императивных норм, публичного порядка и пр.); последствий неприменения избранного права.

Говоря о договорных обязательствах, следует отметить, что содержание избранного права на основании норм ст. 1191 ГК РФ устанавливается судом, в том числе при помощи спорящих сторон. Суд в ходе применения иностранного права может «переквалифицировать» договорное обязательство, так как содержание избранного правопорядка может оказаться отличным от права страны суда (*lex fori*), использованного на стадии выбора права для целей квалификации. Примером тому служит решение суда по делу ВФС Файнэншл Сервисез Б.В. (VFS Financial Services B.V.) (Нидерланды) против ООО «Диманн-интеркаargo» (Россия)<sup>40</sup>. Суд первоначально, при решении вопроса о выборе права, избрал право Швеции. Вторичная квалификация договора лизинга по ма-

<sup>36</sup> *Cavers D. A Critique of the Choice-of-Law Problem // Harvard Law Review. 1933. Vol. 47. P. 189.*

<sup>37</sup> См. об этом: *Асосков А.В. Указ. соч. С. 214.*

<sup>38</sup> Там же. С. 215–219.

<sup>39</sup> *Лунц Л.А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002. С. 171.*

<sup>40</sup> Решение Арбитражного суда Омской области № А46-10442/2008 от 3.07.2008 г.



териальному праву Швеции заставила судью «переквалифицировать» договор лизинга в разновидность договора купли-продажи, применив к нему нормы законов Швеции «О сделках купли-продажи в рассрочку» и «О сделках международной купли-продажи». Однако, разрешая вопросы, связанные со снятием оборудования — предмета лизинга (транспортных средств) с регистрационного учета, — суд, квалифицировав данные отношения как вещные и сославшись на ст. 1205 ГК РФ, применил вещный статут — право РФ как право места нахождения вещи (*lex rei sitae*).

Квалифицируя спорные отношения по праву, применимому к самому спору (*lex causae*), стоит обращать особое внимание на то, какое понимание иностранного права «исповедует» правоприменительный орган, какие принципы установления содержания иностранного права провозглашены в соответствующем государстве, на ком лежит бремя доказывания содержания норм иностранного права. Как известно, подходы к решению этих вопросов в странах общего и континентального права сильно разнятся.

Проблема квалификации может возникнуть и при обращении к отдельным институтам применимого права. Когда суд начинает применять избранный на основе коллизионной нормы правопорядок, особенно если им становится иностранное право, суду, кроме непосредственного регулирования спорных правоотношений по существу приходится решать многие вопросы, которые имеют принципиальное значение для правомерного применения иностранного права.

Так, например, регулирование спора, вытекающего из трансграничной коммерческой сделки, на основе права, избранного сторонами (*lex voluntatis*), сопряжено с оценкой сферы действия договорного статута. Возникает вопрос — по праву какого государства (закону страны суда (*lex fori*) или праву, избранному сторонами в отношении сделки (*lex causae*, по факту применимому как *lex voluntatis*)) суд должен определять сферу действия договорного (или вещного, или интеллектуального и т.д.) статута? Представляется, что ответ на этот вопрос кроется в самом наименовании ст. 1187 ГК РФ, которая применима для целей квалификации *при определении права, подлежащего применению*. Таким образом, приоритетное правило п. 1 ст. 1187 ГК РФ о квалификации по российскому праву не применимо исходя из сферы действия комментируемой статьи. За пределами сферы применения ст. 1187 ГК РФ действует иной принцип: юридические понятия, связанные с регулированием конкретного отношения, квалифицируются *в соответствии с подлежащим применению правом*<sup>41</sup>.

После того, как право выбрано, российский суд, руководствуясь правилами ст. 1191 ГК РФ, устанавливает содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной *в соответствующем государстве*.

Проблема квалификации возникает также при определении норм непосредственного применения. Гражданский кодекс РФ в ст. 1192, п. 5 ст. 1210 ГК РФ предписывает необходимый учет действия императивных норм той страны, с которой связаны все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства. Правовая квалификация на предмет определения государства, чьи императивные нормы должны учитываться при разрешении спора, и правовая квалификация таких норм в качестве императивных не будет квалификацией *для определения применимого права* (*курсив — Н.Б.*), а будет квалификацией уже на стадии применения компетентного правопорядка, по крайней мере, после того, как определено применимое право и не в связи с его определением<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части третьей (автор комментария к ст. 1187 ГК РФ — проф. А.Л. Маковский). М., 2014. С. 401.

<sup>42</sup> Бирюкова Н.С. Указ. соч. С. 91–92.

Как суду установить, императивные нормы права какого государства должны быть применены к сделке? Согласно п. 5 ст. 1210 ГК РФ суд должен руководствоваться принципом наиболее тесной связи. Соответственно, судья оказывается в следующем положении: им уже было выбрано применимое к сделке, а, соответственно, и к спору право. Но закон предписывает судье принять во внимание императивные нормы права, с которым связаны все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства. Как судья должен установить эту тесную связь с определенным правопорядком: на основе закона страны суда (*lex fori*) или на основе норм права, применимого к самой сделке (*lex causae*)? Пожалуй, следует согласиться с Н.С. Бирюковой, которая считает, что в отношении определения государства, чьи императивные нормы должны учитываться, положения ст. 1187 ГК РФ в принципе применимы<sup>43</sup>. Таким образом, для целей установления государства, чьи императивные нормы применимы, суду придется «вернуться на стадию выбора права» и решить вопрос на основании закона страны суда (*lex fori*).

Допустим, что при заключении трансграничного договора подряда стороны выбрали в качестве применимого французское право. Российский суд, разрешая спор на основании иска подрядчика (российская сторона), определил применимое право к спору, исходя из принципа автономии воли сторон (французское право). Применяя ст. 1210 ГК РФ, суд, тем не менее, не может не учитывать имеющихся в российском праве «пределов» применения иностранного права, к числу которых относятся и императивные нормы. В связи с этим суду придется как бы «вернуться на шаг назад», чтобы квалифицировать фактические обстоятельства дела, составляющие суть спора, квалифицировать природу подрядных отношений и понять, с правом какой страны реально связаны все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства. Такая правовая квалификация будет осуществляться российским судом на основании российского права, что соответствует положениям п. 1 ст. 1187 ГК РФ, так как на данной стадии суд как бы «вторично» решает вопрос о применимом праве. И если, допустим, объектом договора подряда является строительство объекта недвижимости на территории РФ, необходимость применения российских императивных норм будет суду очевидна.

Несколько иначе будет выглядеть ситуация, при которой суд уже определил право, императивные нормы которого подлежат применению, и пытается в праве соответствующего государства найти такие нормы, «вычленив» из всего нормативного массива строго императивные нормы, применение которых необходимо. Проблема решается относительно просто, если речь идет о применении российских императивных норм: суд применяет в этом случае нормы ст. 1192 ГК РФ, которые, не будучи совершенно очевидными, тем не менее, являются для суда «собственными, родными». Однако если речь идет об иностранном праве и применении иностранных императивных норм, российский суд не сможет применять положения ст. 1187 ГК РФ для квалификации таких норм или использовать свое «российское лекало» для определения природы и характера иностранных материально-правовых норм, для оценки, являются ли соответствующие нормы сверхимперативными. Ситуация осложняется тем, что деление норм на императивные/диспозитивные является данью традиции европейского континентального права, при этом такая дихотомия англо-американскому праву не известна<sup>44</sup>. Российское законодательство не содержит норм, которые позволили бы успешно справиться с такой задачей. Однако совершенно очевидно, на наш взгляд, что применение права

<sup>43</sup> Там же. С. 92.

<sup>44</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 68.

страны суда (*lex fori*) для поставленных выше целей, как минимум, неэффективно, как максимум — необоснованно.

При применении иностранного права суд может столкнуться с еще одной «преградой» — оговоркой о публичном порядке. Оговорка о публичном порядке закреплена в ст. 1193 ГК РФ и способна «заблокировать» применение нормы иностранного права, если последствия ее применения явно противоречат основам правопорядка Российской Федерации. Ярким примером могут служить нормы о «карательных убытках» (*punitive damages*) как форме договорной ответственности, которые признаются странами общего права<sup>45</sup>. Как отмечает Н.С. Бирюкова, сложности, аналогичные тем, что могут иметь место в отношении императивных норм, могут иметь место и в случае применения оговорки о публичном порядке<sup>46</sup>. Однако, на наш взгляд, решение этой проблемы в контексте квалификации несколько проще, чем в ситуации с императивными нормами.

Допустим, что суд, руководствуясь коллизионными нормами, избрал в качестве применимого права к сделке английское право, согласно нормам которого признаются карательные убытки. При применении норм английского права российский суд должен сопоставить последствия применения соответствующего правового института публичному порядку Российской Федерации. Основы российского правопорядка, а также принципы договорной ответственности реализуют компенсационную, но не карательную функцию договорной ответственности, что станет основанием для «блокирования» применения отдельных норм английского права. При оценке последствий применения норм иностранного права российский суд руководствуется собственным пониманием основ правопорядка (публичного порядка) РФ, т.е. применяет для квалификации публичного порядка закон страны суда (*lex fori*). Это обусловлено не требованиями ст. 1187 ГК РФ, которая в данном случае не применима, но самой концепцией национального публичного порядка, реализованной в ст. 1193 ГК РФ.

**Квалификация при признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения / решения международного коммерческого арбитража** соотносима с правовой квалификацией при применении института оговорки о публичном порядке и осуществляется по праву страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение иностранного судебного решения / решения международного коммерческого арбитража (*lex fori*).

Надлежащая правовая квалификация в МЧП в целом и правовая квалификация трансграничных договорных обязательств, в частности, — крайне трудоемкий и сложный процесс, осуществление которого требует виртуозного мастерства от исполнителя. Сложности квалификации обусловлены не только необходимостью учета содержания норм иностранного права, различными механизмами правовой квалификации, признаваемыми в разных юрисдикциях, но и эволюцией МЧП и его правовых институтов. МЧП со всем его инструментарием сегодня активно развивается и видоизменяется, что, безусловно, сказывается и на механизме правовой квалификации напрямую или опосредованно.

Совершенствование инструментария МЧП за счет усложнения структуры коллизионных норм, дифференциации объема и специализации привязок, гибкости коллизионных норм<sup>47</sup> приводит к росту массива коллизионных норм, и, как следствие, к тому,

<sup>45</sup> См. об этом: Томсинов А.В. Договорные убытки в праве Англии и США: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011.

<sup>46</sup> Бирюкова Н.С. Указ. соч. С. 94.

<sup>47</sup> См. об этом: Звеков В.П. Указ. соч. С. 55.

что у суда появляется больше возможностей для точной и адекватной квалификации спорных отношений, для «точного» применения коллизионной нормы. Уже упомянутая выше тенденция «материализации коллизионного права», которая находит отражение и в российском коллизионном праве в свете вносимых в ГК РФ изменений, также потенциально способна привести к значимым изменениям в механизмах правовой квалификации на стадии выбора применимого права.

Сближение правовых систем разных стран, осуществляемое достаточно фрагментарно, тем не менее, в определенной степени упрощает правовую квалификацию на стадии применения права. Та же цель достигается на основе другой тенденции развития современного права международной торговли как подотрасли МЧП: перемещения активного интереса международного бизнес-сообщества (нового субъекта нормотворчества) в сторону особого рода норм — принципов и правил трансграничной торговли, в той или иной степени систематизированных в соответствующих сводах<sup>48</sup>. Развитие данной тенденции во многом связано с появлением и активным признанием особого рода норм, регулирующих трансграничную торговлю, которые обобщенно именуется транснациональными нормами.

Динамичное развитие права международной торговли в значительной степени касается и проблемы правовой квалификации трансграничных торговых обязательств, что в будущем способно пошатнуть базисный механизм правовой квалификации на стадии выбора применимого права, основанный на применении страны суда (*lex fori*).



## Библиография

- Асосков А.В. Основы коллизионного права. М.: Инфотропик Медиа, 2012. 352 с.
- Белоглазев А.И. Европейское международное частное право — договорные связи и обязательства. Т. 1. Киев: Таксон, 2010. 321 с.
- Бирюкова Н.С. Проблема правовой квалификации в международном частном праве: Дис... канд. юрид. наук, М., 2007. 176 с.
- Дараселия Г.А. Траст и некоторые вопросы первичной квалификации понятий в международном частном праве // Актуальные проблемы российского права. 2011. № 3. С. 252–261.
- Дроздов-Тихомиров А.А. Своды принципов договорного права как инструмент регулирования сделок в международном коммерческом обороте. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. 200 с.
- Ерпылева Н.Ю. Международное частное право: учебник. М.: Юрайт, 2011. 1308 с.
- Звекон В.П. Коллизии законов в международном частном праве. М.: Волтерс Клувер, 2007. 416 с.
- Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М.: Волтерс Клувер, 2008. 296 с.
- Лунц Л.А. Курс международного частного права. В 3 т. М.: БЕК, 2002. 288 с.
- Москвина А.В. Трансграничный лизинг: правовое регулирование, проблемы квалификации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. 182 с.
- Пирцхалава Х.Д. Правовое регулирование внедоговорных трансграничных обязательств (на примере Российской Федерации и Испании): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. 23 с.
- Cavers D. A Critique of the Choice-of-Law Problem // Harvard Law Review. 1933. Vol. 47. P. 173–208.
- Cavers D. The Choice-of-Law Process. Ann Arbor, 1965.

<sup>48</sup> См. об этом: Мажорина М.В. Современные тенденции развития права международной торговли // Журнал российского права. № 4. 2014. С. 119–128; Дроздов-Тихомиров А.А. Своды принципов договорного права как инструмент регулирования сделок в международном коммерческом обороте. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011.

Gene R. A Conflict-of-Laws Anthology. Anderson Publishing Company, 1997. 439 p.

Private International Law at the End of the 20<sup>th</sup> Century: Progress or Regress?: XV International Congress of Comparative Law / Ed. by S. Symeonides. Kluwer Law International, 1999. 512 p.

## Cross-Border Contractual Obligations: Issues in Legal Qualification



**Maria Mazhorina**

Associate Professor, Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow, 125993, Russian Federation. E-mail: mazhorina@inbox.ru



### Abstract

When resolving cross-border disputes, the courts almost inevitably face the need for a legal qualification of the disputed relations. The legislation and legal practice in many countries of the world have developed traditional approach, according to which the legal qualification is carried out on the basis of norms of national state law (*lex fori*). The complexity of the process of legal qualification due to several reasons: the necessity of taking into account the content of foreign law, the existence of different mechanisms of legal qualification recognized in different jurisdictions, but also the evolution of private international law. At the present time there has been a development of the institute of legal qualification, coupled with a deep modification processes of the entire system of normative regulation of cross-border relations. Thus, the emergence and rapid development of transnational norms, their recognition and increasingly active application in the practice of international commercial arbitration actualizes the potential of the autonomous qualification as another method of legal qualification in private international law. Practice of application of the method of the autonomous qualification in the resolution of cross-border disputes by foreign courts and international commercial arbitration is analyzed in the doctrine of European private international law and finds more and more supporters. This practice is most prevalent in cross-border commercial disputes. The article taking into account modern trends of development of international trade law in relation to cross-border contractual obligations features the peculiarities of pre-qualification; qualification under applicable law; qualification in the application of the chosen law; qualification for recognition and enforcement of foreign judicial decisions/decisions of international commercial arbitration. The article examines the modern opportunities of commonly known methods of qualification by *lex fori* and *lex causae*, and the prospects and advantages of the autonomous qualification grounded here. The method of autonomous qualification can be based on the law of treaties, acts of non-state regulation, sources of *lex mercatoria*. Most likely at the present time the application of the method of the autonomous qualification in the practice of international commercial arbitration, which corresponds to the recent trends. Transnational norms, the formation of which is actively conducted now, will have in the future a significant influence on the evolution of the process of legal qualification in private international law, especially in cross-border contractual obligations.



### Keywords

private international law, international transactions, commercial contract, legal qualification, autonomous qualification, international commercial arbitration.

Citation: Mazhorina M.V. (2016) Cross-Border Contractual Obligations: Issues in Legal Qualification. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 143–159 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.143.159



### References

Asoskov A.V. (2012) *Osnovy kollizionnogo prava* [Conflict of Law Fundamentals]. Moscow: Infotropik Media, 352 p. (in Russian)

Beloglavek A.I. (2010) *Evropeyskoe mezhdunarodnoe chastnoe pravo — dogovornye svyazi i obyazatel'stva T. 1* [European Private International Law — Contractual Relations and Obligations]. Kiev: Takson, 321 p. (in Russian)

- Biryukova N.S. (2007) *Problema pravovoy kvalifikatsii v mezhdunarodnom chastnom prave (Diss. ... kand. jurid. nauk)*. [Issue of Legal Qualification in International Private Law (Candidate of juridical sciences dissertation)], Moscow, 176 p.
- Cavers D. (1933) A Critique of the Choice-of-Law Problem. *Harvard Law Review*, vol. 47, pp. 173–208.
- Cavers D. (1965) *The Choice-of-Law Process*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 119 p.
- Daraseliya G.A. (2011) *Trast i nekotorye voprosy pervichnoy kvalifikatsii ponyatii v mezhdunarodnom chastnom prave* [Trust and Some Issues of Primary Qualification of Judges in International Private Law]. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*, no 3, pp. 252–261.
- Drozdov-Tikhomirov A.A. (2011) *Svody printsiptov dogovornogo prava kak instrument regulirovaniya sdelok v mezhdunarodnom kommercheskom oborote. (Diss. ...kand. jurid. nauk)* [Principles of Contract Law as an Instrument of regulating Transactions in International Trade (Candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 200 p.
- Erplyeva N.Yu (2011) *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: uchebnik* [International Private Law. Textbook]. Moscow: Yurait, 1308 p. (in Russian)
- Kanashevskiy V.A. (2008) *Vneshneekonomicheskie sdelki: material'no-pravovoe i kollizionnoe regulirovanie* [Foreign Trade Transaction: Material Law and Conflict of Law Regulation]. Moscow: Volters Kluver, 296 p. (in Russian)
- Lunts L.A. (2002) *Kurs mezhdunarodnogo chastnogo prava* [Course of International Private Law] Moscow: BEK, 288 p. (in Russian)
- Moskvina A.V. (2014) *Transgranichnyy lizing: pravovoe regulirovanie, problemy kvalifikatsii. (Diss. ... kand. jurid. nauk)*. [Transborder Leasing: Legal Regulation, Issues of Qualification (Candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 182 p.
- Pirtskhalava Kh.D. (2013) *Pravovoe regulirovanie vnedogovornykh transgranichnykh obyazatel'stv (na primere Rossiyskoy Federatsii i Ispanii) (Avtoref. diss. ...kand. jurid. nauk)* [Legal Regulation of Extracontractual Transborder Obligations (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 23 p.
- Shrave G. (1997) *A Conflict-of-Laws Anthology*. N.Y.: Anderson Publishing, 439 p.
- Symeonides S. (ed.) (1999) *Private International Law at the End of the 20<sup>th</sup> Century: Progress or Regression? XV International Congress of Comparative Law*. Deventer: Kluwer Law International, 512 p.
- Zvekov V.P. (2007) *Kollizii zakonov v mezhdunarodnom chastnom prave* [Collisions in International Private Law]. Moscow: Volters Kluver, 416 p. (in Russian)



# Понятие и классификация принудительных мер в области защиты прав человека

---

---



**В.С. Беззубцев**

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

---



## Аннотация

Вопросы, связанные с правомерностью международного вмешательства во внутренние конфликты, являются предметом зачастую острых дискуссий как в международно-правовой науке, так и в теории международных отношений. В то же время недостаточное внимание уделяется исследованию форм и видов конкретных мер, которые могут быть приняты Советом Безопасности ООН или, с его санкции, региональными организациями в качестве реакции на тяжёлые гуманитарные кризисы, массовые и грубые нарушения прав человека, происходящие в пределах государственной территории. В настоящей статье предпринята попытка провести классификацию тех принудительных мер, которые являются правомерными в свете действующих обычных и конвенционных норм современного международного права. Данные меры классифицированы в зависимости от способа их реализации (военные и невоенные), от их цели (направленные на предупреждение, пресечение и восстановление), от того, каким международным органом применение этих мер осуществляется. Особое внимание уделено принудительным мерам военного характера, выделены их формы и виды в зависимости от интенсивности и целей силового вмешательства, а также предпринята попытка анализа их эффективности исходя из накопленного международной практикой опыта. На основании этого сделан вывод о том, что применение военных принудительных мер (военных санкций) должно носить преимущественно вспомогательный характер. Это обусловлено невозможностью разрешить кризисную ситуацию в долгосрочной перспективе с опорой только на силовые инструменты. Дана оценка эффективности невоенных принудительных мер (политических, дипломатических, экономических). Таким образом, учитывая значительную политическую сложность тех ситуаций, которые на практике приводят к массовым грубым нарушениям прав человека (этнические чистки, массовые депортации, геноцид, военные преступления и т.д.), развитие международного права в рассматриваемой сфере должно идти в направлении регламентации и реализации как можно более широкого спектра мер, направленных на отдельные аспекты таких кризисных ситуаций.

---



## Ключевые слова

принудительные меры, международно-правовые санкции, права человека, гуманитарное вмешательство, внутригосударственные конфликты, Совет Безопасности ООН.

---

---

Библиографическое описание: Беззубцев В.С. Понятие и классификация принудительных мер в области защиты прав человека // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 160–170.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.160.170

Усиление связи между защитой прав человека и вопросами международного мира и безопасности является одной из тенденций развития международного права начиная со второй половины XX века. В настоящее время, по данным Центра международного раз-

вития и урегулирования конфликтов Мэрилендского университета (США), 95% современных вооруженных конфликтов носит внутригосударственный характер<sup>1</sup>. Для этих конфликтов характерно значительное количество жертв среди гражданского населения, что усугубляется проблемой игнорирования норм международного гуманитарного права всеми вовлеченными сторонами. Наиболее тревожной является ситуация в Африке, которая на протяжении десятилетий остается самым конфликтным и нестабильным регионом мира, и риски социально-политической дестабилизации там не уменьшаются, а возрастают. Ближний Восток вступил в длительный период нестабильности, сопровождаемой фактическим распадом государственности в регионе. Все это определяет актуальность выработки международного механизма мер, которые могут быть приняты как на универсальном (Совет Безопасности ООН), так и на региональном уровне с целью деэскалации конфликтов, защиты прав человека от массовых нарушений.

В международно-правовой и политологической литературе этот вопрос много лет исследовался с точки зрения анализа правомерности и допустимости так называемой гуманитарной интервенции, затем с 2001 г. концепции «обязанность защищать» (*responsibility to protect*). Поскольку рассматриваемые вопросы связаны с ключевыми категориями международного правопорядка — правомерностью применения силы и суверенитетом государства, обсуждения этих проблем носят зачастую идеологизированный характер и сосредоточены на поисках юридических и моральных аргументов в пользу возможности преодолеть государственный суверенитет для вмешательства во внутрисполитический конфликт с гуманитарными целями. В то же время необходимо констатировать, что в ходе данных дискуссий не уделяется должного внимания рассмотрению конкретных мер, которые могут быть приняты уполномоченными органами (прежде всего Советом Безопасности ООН и с его санкции — региональными организациями) для стабилизации ситуации, и исследованию их эффективности. «Инвентаризация» этих мер на основе практического опыта необходима для определения дальнейших путей развития международного сотрудничества в данном направлении.

В первую очередь необходимо проанализировать значение международно-правовой категории принудительных мер, провести их классификацию и рассмотреть их соотношение со смежными международно-правовыми институтами ответственности и санкций. Прежде всего следует отметить, что наука международного права отличается исключительным разнообразием мнений о значении термина «принудительные меры», а также об их соотношении со смежными институтами международного права<sup>2</sup>. В самом общем виде принудительные меры можно определить как меры, принимаемые субъектами международного права индивидуально или коллективно с целью пресечения действий другого субъекта, являющихся нарушением международного права. Неоднозначным является вопрос о соотношении принудительных мер с международно-правовой категорией санкций. Само понятие санкций является крайне многоаспектным; так, профессор В.А. Василенко в монографии, изданной еще в 1976 г., насчитал 15 различных определений понятия «санкции» в международном праве<sup>3</sup>. В этом отношении считаем нужным опираться на подход, сформулированный Комиссией международного права

<sup>1</sup> См.: Bakke K., Gallagher-Cunningham K., Seymour L. A Plague of Initials: Fragmentation, Cohesion, and Infighting in Civil Wars // Perspectives on Politics. 2012. Vol. 10. N 2. P. 265–283.

<sup>2</sup> Тарасова Л.Н. Применение силы в международных отношениях и защита прав человека: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 45.

<sup>3</sup> Василенко В.А. Ответственность государств за международные правонарушения. Киев, 1976. С. 220.

ООН при разработке проекта статей об ответственности государств: санкциями следует считать принудительные меры, предпринимаемые государствами коллективно через действия международного органа или организации; меры, предпринимаемые государствами индивидуально в ответ на неправомерные действия, следует считать ответными мерами, или контрмерами<sup>4</sup>.

Таким образом, принудительные меры можно разделить на санкционные и несанкционные (осуществляемые государствами индивидуально). Подобную позицию в российской науке международного права занимал, в частности, Ю.Н. Жданов<sup>5</sup>. Предметом рассмотрения в настоящей статье становятся, таким образом, санкционные принудительные меры, принимаемые ООН, либо иными международными организациями на основании мандата ООН, с целью защиты прав человека, пресечения массовых их нарушений. Вопрос о правомерности индивидуальных принудительных мер экономического и политического характера, предпринимаемых одними государствами в отношении других на основании негативной оценки состояния прав человека в этих странах, был также исследован в российской и зарубежной науке международного права<sup>6</sup>.

Известно широкое применение данного инструмента во внешнеполитической практике ряда стран, прежде всего США и членов ЕС в значительной степени, именно по гуманитарным мотивам. В то же время правомерность таких мер не может быть обоснована с точки зрения действующего международного права. Аргументом сторонников данного подхода выступает толкование данных односторонних «санкций» (как эти меры широко, но юридически некорректно именуются в политическом обиходе) в качестве реакции на нарушение обязательств *erga omnes* (между всеми), а на основе сложившихся договорных и обычных международно-правовых норм, обязательства по уважению прав человека носят именно такой характер<sup>7</sup>. Такой подход, однако, не согласуется с принципом суверенного равенства государств. Принятие на себя отдельными странами квазинадзорных функций в отношении соблюдения прав человека не находит оснований в действующем международном праве. Обеспечение соблюдения этих обязательств и преодоление возникающих в связи с этим проблем должно происходить коллективно, во избежание превращения принудительных мер в орудие одностороннего политического давления.

В теории государства и права принудительные меры принято делить на меры предупреждения, меры пресечения и меры ответственности. Разделение принудительных мер на меры превентивного и меры репрессивного характера обосновано в теории международного права<sup>8</sup>. В то же время, в силу особенностей международно-правового принуждения (отсутствие единого надгосударственного центра принуждения, не прямой его характер — возможность реализации принуждения государствами через между-

<sup>4</sup> Ежегодник КМП. Документы 43 сессии. Нью-Йорк, 1991. Т.2. Ч.1. Документ ООН А/46/10.

<sup>5</sup> Жданов Ю.Н. Принудительные меры в международном праве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1999. С. 8.

<sup>6</sup> См., напр.: Кешнер М.В. Легитимность «санкций» в отношении Российской Федерации: международно-правовой анализ // Журнал российского права. 2015. № 7. С. 141–152; Franco C. Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law // Documenti IAI. March 2015 // <http://www.iai.it/sites/default/files/iai1505.pdf> (дата обращения: 15.04.2016)

<sup>7</sup> См., напр.: O'Connell M.E. Debating the Law of Sanctions // European Journal of International Law. 2002. N 13. P. 65.

<sup>8</sup> Левин Д.Б. Санкции в международном праве // Правоведение. 1981. № 1. С. 40–48.

народную организацию)<sup>9</sup>, на международном уровне очень сложно отграничить один вид принуждения от другого. Так, по замечанию Л.Н. Тарасовой, если рассматривать операции по поддержанию мира как меру международного принуждения, то такая мера будет являться одновременно и предупреждением дальнейшего роста угрозы миру, и пресечением уже существующей<sup>10</sup>.

Что касается мер ответственности, то применительно к рассматриваемой теме они имеют самостоятельное значение. Юридическая ответственность (в субъективном смысле) определяется в теории права как обязанность лица, совершившего правонарушение, претерпеть соответствующие неблагоприятные последствия<sup>11</sup>. В то же время целью санкционных принудительных мер является не наказание нарушителя как такое (т.е. отсутствует присущий ответственности так называемый карательный элемент), а исправление ситуации, предотвращение дальнейшей ее эскалации. На необходимость различать меры принуждения и меры ответственности в международном праве указывал, в частности, И.И. Лукашук<sup>12</sup>. В этом отношении, и с формально-юридической, и с практической точки зрения очень спорно утверждение П.В. Чикова, что санкции (в частности, военные) выполняют, в том числе карательную функцию<sup>13</sup>.

Ответственность за массовые грубые нарушения прав человека выражается прежде всего в форме индивидуальной уголовной ответственности высших политических и военных руководителей, причастных к организации таких нарушений (процессуальные формы привлечения к такой ответственности могут быть различными — рассмотрение дела в Международном уголовном суде, в суде *ad hoc*, в «гибридном», т.е. международно-национальном трибунале). Резолюции Совета Безопасности ООН, который является не независимым юрисдикционным, а политическим органом, направлены не на наказание лиц, виновных в преступлениях против человечности, а на исправление и стабилизацию ситуации. Рассматривая данный вопрос с практической точки зрения, необходимо отметить очень противоречивый характер большинства современных конфликтов, в которых нельзя выделить только одну сторону, ответственную за его эскалацию, в противоположность другой стороне, которая бы заслуживала поддержку международного сообщества. В этом отношении меры превенции и меры пресечения играют решающую роль.

Итак, правомерными являются меры, принимаемые государствами коллективно — либо непосредственно через органы ООН, либо с использованием механизмов региональных организаций при наличии мандата Совета Безопасности. Проводя классификацию данных мер, необходимо, основываясь на положениях Устава ООН, выделить две основные их группы по способу воздействия: меры военные и меры, не связанные с использованием военной силы. Положения ст. 38 и 41 Устава ООН, в которых закрепляется примерный перечень этих мер, являются предметом самого пристального изучения и толкования в связи с тем, что ситуация в области международной безопасности претерпела серьезнейшие изменения после принятия Устава в 1945 г. Сегодня так называемое эволютивное толкование (*evolutionary interpretation*) многими рассматрива-

<sup>9</sup> Международное право: Учебник / под ред. А.С. Ковалева, С.В. Черниченко. М., 2011. С. 41.

<sup>10</sup> Тарасова Л.Н. Указ. соч. С. 49.

<sup>11</sup> Теория государства и права: Учебник / под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. М., 1997. С. 419.

<sup>12</sup> Лукашук И.И. Международное право. М., 2005. С. 89.

<sup>13</sup> Чиков П.В. Военные санкции в международном праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 43.

ется как способ адаптации этих норм к современным реалиям без изменения их содержания<sup>14</sup>. Системное толкование положений главы VII Устава позволяет определить арсенал средств, имеющихся в распоряжении Совета Безопасности — главного органа ООН, ответственного за поддержание мира и безопасности, воздействие на гуманитарные кризисы и предотвращение массовых нарушений человеческих прав.

Разделение на военные и невоенные меры является основным критерием классификации, однако помимо него считаем нужным провести еще одно разделение принудительных мер, основанное на разработанной в теории классификации и использованное авторами доклада Международного комитета по вопросам вмешательства и государственного суверенитета, в котором были изложены основы концепции *responsibility to protect*: меры предупреждения, меры реагирования и меры защиты<sup>15</sup>. В то же время речь не идет о полном заимствовании положений доклада этой части. Концепция *responsibility to protect* носит не юридический, а в большей степени морально-политический характер и ее разработчики не использовали термин «принудительные меры» (*coercive measures*). В то же время при разработке данного доклада было проанализировано большое количество по-разному завершившихся прецедентов международного вмешательства (не только силового) по гуманитарным основаниям. Исходя из логики развития гуманитарных кризисов и внутривосточных конфликтов, приводящих к вооруженным столкновениям (а подобные ситуации являются основными причинами массовых нарушений прав человека), подобная «трехступенчатая» схема международной реакции выглядит вполне оправданной. При этом, однако, необходимо выяснить, всегда ли меры, принимаемые в рамках предупреждения, реагирования и восстановления являются принудительными, и всегда ли может быть применена военная сила.

Главной особенностью принудительных мер является то, что они являются исключением из принципа невмешательства во внутренние дела суверенных государств (что следует из ст. 2 п. 3 Устава ООН) и принимаются без согласия государства-адресата, вопреки его воле. Таким образом, такие действия как «интервенция по приглашению»<sup>16</sup> или размещение миротворческих контингентов с целью наблюдения за режимом прекращения огня, хотя и связаны с использованием военной силы, но не являются принудительными мерами, так как совершаются с согласия государства, которому они адресованы. Следовательно, непосредственно к принудительным мерам без использования военной силы необходимо отнести экономические санкции (банковские, финансовые ограничения, налагаемые на государство или отдельных деятелей высшего политического руководства, ответственных за массовые нарушения прав человека, торговое эмбарго — запрещение экспортных и импортных операций по определенным группам товаров), запрет на продажу оружия<sup>17</sup>. Принудительные меры политического характера могут включать в себя лишение государства права голоса в международной организации, приостановление членства либо исключение из данной организации. Они предус-

<sup>14</sup> О сущности эволютивного толкования см.: *Bjorge E. Evolutionary Interpretation of Treaties*. Oxford, 2014; *Bjorge E. The Means of Interpretation Admissible for the Establishment of the Intention of the Parties* // <https://www.ilsa.org/jessup/jessup15/Second%20Batch/EirikBjorgeCh3.pdf> (дата обращения: 15.04.2016)

<sup>15</sup> См.: *The Responsibility to Protect: Report of International Commission on Intervention and State Sovereignty*. Ottawa, 2001.

<sup>16</sup> В частности, военная операция ВКС Российской Федерации в Сирии, проводимая с 30 сентября 2015 г.; поддержка Францией правительства Мали в подавлении исламистского мятежа в мае 2013 г. и т.д.

<sup>17</sup> Подробнее о классификации экономических санкций в международном праве см.: *Рыжова М.В. Экономические санкции в международном праве: дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2006.*

мотрены уставами большинства международных организаций и могут быть применены как в качестве санкции за нарушение внутреннего права организации, так и за нарушения обязательств *erga omnes*.

Разрыв дипломатических отношений следует считать индивидуальной контрмерой, а не мерой санкционного принуждения, так как призыв разорвать дипломатические отношения может иметь только рекомендательный характер. Не следует также считать принудительной мерой и вынесение ситуации в области прав человека на обсуждение в органах ООН и в других международных организациях — сложилась обычная норма, согласно которой простое обсуждение такого рода вопросов не представляет собой вмешательства во внутренние дела государства (как считалось ранее), следовательно, не является принуждением<sup>18</sup>. Безусловно, эффективность экономических средств принуждения ограничена. Однако они традиционно рассматриваются в качестве альтернативы военному вмешательству, и несмотря на все сложности и противоречия, связанные с их применением, на международном уровне не высказывается предложений об их изъятии из политической практики.

С точки зрения целей принудительных мер экономические санкции следует рассматривать в качестве средств предупреждения и в меньшей степени — пресечения массовых нарушений прав человека. Так в результате действия санкционного режима ряд правительств Латинской Америки согласились провести свободные выборы; под давлением экономических мер пал режим апартеида в ЮАР. В то же время неоднозначный опыт экономических санкций, введенных Советом Безопасности против Ирака после войны в Персидском заливе в 1991 г. и вызвавших острый продовольственный дефицит, голод и повышенную детскую смертность, заставил международное сообщество более осмотрительно и дифференцированно подходить к вопросам торговых и финансовых ограничений и минимизировать их негативное воздействие на гражданское население, которое не всегда имеет возможность контролировать действия правительства.

Большинство мер, целью которых является предупреждение, не носят, однако, принудительного характера. Они направлены на поиск диалога с государством-адресатом, на установление компромисса между различными группами общества, в котором имеются предпосылки этнополитической напряженности. Значительную роль играет содействие в выстраивании эффективных государственных институтов, демократизация, развитие системы правосудия и гарантий соблюдения прав человека. Большинство механизмов такого содействия разработано под эгидой различных региональных организаций, так, в 1993 г. в рамках Организации африканского единства (с 2002 г. — Африканский Союз) был создан механизм предупреждения и урегулирования конфликтов. Проблема разработки системы предупреждения конфликтов на универсальном уровне остается крайне актуальной, и разрыв между декларируемой готовностью действовать с целью предотвращения конфликтов и практическими шагами должен быть сокращен<sup>19</sup>.

Основной категорией принудительных мер являются меры по реагированию (пресечению), которые являются ответом на перерастание напряженности в государстве в полномасштабный гуманитарный кризис. На этом этапе возможно применение как военных, так и невоенных мер, однако наибольшее практическое и теоретическое значение имеет вопрос использования военной силы, его правовое обоснование, процесс санкционирования и контроля.

<sup>18</sup> Карташкин В.А. Права человека и внутренняя юрисдикция государств // Обозреватель. 2009. № 3. С. 15.

<sup>19</sup> ICISS Report. P. 19.



Юридической основой для применения военных принудительных мер (используется также термин «военные санкции»)<sup>20</sup> является ст. 41 Устава ООН. На основе ее положений на протяжении последних 25 лет сложилась довольно обширная практика санкционирования и применения тех или иных мер военного характера для достижения тех или иных целей. Эти меры могут быть квалифицированы по ряду оснований. Во-первых, использование силы может предусматривать различные варианты действий в зависимости от поставленной цели. Целью может быть либо обеспечение доступа населения к гуманитарной помощи, охрана гуманитарных конвоев, либо проведение полномасштабных военных операций, связанных с решением боевых задач. Основы правового статуса гуманитарных миссий были заложены двумя резолюциями Генеральной Ассамблеи ООН, принятыми в 1988 г.<sup>21</sup> и 1991 г.<sup>22</sup> по инициативе международной неправительственной организации «Врачи без границ». Несмотря на то, что они не подразумевали непосредственного применения принудительных мер военного характера (действия вооруженных сил на территории государства без его согласия), в практике ООН постепенно была осознана необходимость силового обеспечения безопасности гуманитарных миссий. Именно в рамках такого понимания началась операция ООН в Сомали (ЮНОСОМ-I) в 1992 г. Целью ее было обеспечить охрану поставок гуманитарной помощи. Впоследствии эта миссия ООН приобрела характер полноценной военной операции под руководством США (ЮНОСОМ-II)<sup>23</sup>. К данной категории принудительных мер также можно отнести создание зон безопасности (*safe havens*), что имело место, в частности, в ходе ирако-кувейтского (1991 г.) и боснийского (1995 г.) конфликтов. В качестве такой меры может рассматриваться морская блокада с целью недопущения поставок оружия конфликтующим сторонам. Таким образом, данная группа мер направлена не на изменение хода конфликта или его непосредственное подавление, а на минимизацию последствий конфликта для гражданских лиц и на недопущение его эскалации.

Второй группой военных принудительных мер, выделяемых в зависимости от цели, являются полноценные военные операции, проводимые либо вооруженными силами ООН, либо другими акторами (региональными организациями, отдельными государствами или их коалициями), направленные на изменение хода конфликта. К ним могут быть отнесены операции сухопутных сил, бомбардировки военных целей воздушными силами, установление бесполетной зоны над территорией конфликта и т.д. С этой категорией мер связано наибольшее количество как практических, так и юридических вопросов. За последние 25 лет накоплен обширный опыт применения данных мер в различных региональных и внутригосударственных конфликтах (как с санкции СБ ООН, так и при ее отсутствии).

Анализируя военные операции и их последствия для затронутых регионов, можно констатировать, что этот опыт является неоднозначным. Очевидно, нельзя полностью отказываться от данного инструмента, хотя и обладающего разрушительной силой, но потенциально необходимого в определенных ситуациях. В этом состоит своего рода «дилемма интервенции»: серьезность положения не позволяет международным акто-

<sup>20</sup> Чиков П.В. Указ. соч. С. 43.

<sup>21</sup> Резолюция ГА ООН 43/131 от 8 декабря 1988 г. «Гуманитарная помощь жертвам природных бедствий и чрезвычайных ситуаций».

<sup>22</sup> Приложение к Резолюции Генеральной Ассамблеи № 46/182 от 19 декабря 1991 г. об усилении координации ООН действий по оказанию чрезвычайной гуманитарной помощи.

<sup>23</sup> См.: Allard C.K. Somalia Operations: Lessons Learned. Washington, 1995.

рам бездействовать, но вмешательство может стать не способом разрешения ситуации, а причиной ее дальнейшего усугубления<sup>24</sup>. Опыт показывает, что военную операцию легко начать, но после иностранного вмешательства конфликт начинает развиваться в соответствии со своей внутренней логикой, при этом высок потенциал эскалации. В современных конфликтах такого рода военные действия и идущий, как правило, параллельно, процесс политического урегулирования неотделимы друг от друга. Длющийся с 2011 г. до настоящего момента сирийский кризис подтверждает, что без достижения, хотя бы на базовом уровне, консенсуса между, с одной стороны, региональными акторами, имеющими прямые интересы в конфликтном регионе, и с другой — державами, несущими основную ответственность за урегулирование кризиса (применительно к Сирии — Россия и США), кровопролитию не может быть положен конец.

Опыт показывает, что меры военного характера могут позволить временно стабилизировать положение, но без политического урегулирования эта стабилизация будет оставаться крайне шаткой. Проблемы, которыми вызвана большая часть массовых и грубых нарушений прав человека коренятся зачастую не в политических разногласиях (как это порой упрощенно понимают на Западе)<sup>25</sup>, а в фундаментальных проблемах этнической, религиозной, культурной идентичности. Посылать войска в страны, раздираемые такими конфликтами — значит, ставить перед собой чрезвычайно масштабные цели: решением может быть только перестройка самого характера и глубинных структур политического порядка<sup>26</sup>. Использование прямого военного воздействия может играть здесь только вспомогательную роль. Нельзя согласиться с отечественным исследователем проблем военных санкций П.В. Чиковым в том, что «военные санкции — это наиболее эффективный способ разрешения международных споров и ситуаций. При четком определении оснований и субъектов применения ... они характеризуются относительной быстротой достижения результата, экономией ресурсов и прозрачностью процесса реализации»<sup>27</sup>. Применение военных санкций зачастую чревато эскалацией конфликта, не говоря уже о том, что сами военные санкции — суть вооруженный конфликт, сопровождающийся неизбежными жертвами среди мирного населения.

Таковы правовой и международно-политический контексты применения военных принудительных мер, сформировавшиеся за последние десятилетия. Они демонстрируют необходимость крайне осторожного подхода к вопросу использования силы для преодоления гуманитарных кризисов. Тем не менее этот инструмент останется в арсенале Совета Безопасности ООН, и будет происходить его дальнейшая адаптация к современным угрозам миру. Необходимо отметить, что между двумя рассмотренными разновидностями военных принудительных мер нет четкого водораздела: на практике они взаимосвязаны. Так, операция в Руанде обернулась катастрофой, потому что не нашлось политической воли для отправки войск с целью пресечения геноцида<sup>28</sup>.

Помимо классификации по критерию цели необходимо разделить военные принудительные меры по критерию реализующего их субъекта. Практика международных

<sup>24</sup> *Bajoria J., McMahon R. The Dilemma of Humanitarian Intervention // <http://www.cfr.org/humanitarian-intervention/dilemma-humanitarian-intervention/p16524> (дата обращения: 15.04.2016)*

<sup>25</sup> См.: *Lévy B.-H. Réflexions sur la guerre, le mal et la fin de l'histoire. Paris, 2003; Power S. A Problem from Hell: America and the Age of Genocide. New York, 2002.*

<sup>26</sup> *Маркс Р. Миротворчество и неправительственные правозащитные организации / Российский бюллетень по правам человека. М., 1994. С. 37.*

<sup>27</sup> *Чиков П.В. Указ. соч. С. 12.*

<sup>28</sup> *Melvyn L. Conspiracy to Murder: The Rwandan Genocide. London and New York, 2004.*

отношений довольно далеко отошла от положений, предусмотренных Уставом ООН. Согласно положениям гл. VII, военные принудительные действия проводятся Вооруженными силами ООН, предоставляемыми ему в распоряжение странами-членами на основании ратифицируемого договора и под непосредственным руководством Военно-штабного комитета (ВШК). Эти положения так и не были применены из-за разногласий между постоянными членами Совета Безопасности. В качестве примера военных операций сил ООН можно привести миссию в Конго (1960–1964 гг.), направленную на урегулирование конфликта этой страны с ее бывшей метрополией — Бельгией. Фактически, однако, силы ООН оказали прямую поддержку бывшим колонизаторам<sup>29</sup>. Идея воссоздания Военно-штабного комитета высказывается в науке<sup>30</sup>, однако в существующих условиях это маловероятно. Другой тип военных операций — операции, проводимые коалициями государств с санкции Совета Безопасности. Практика их осуществления началась еще в первые годы существования ООН: в 1950 г. (СССР отсутствовал при голосовании) была принята резолюция, санкционировавшая вмешательство международной коалиции во главе с США в войну, разгоравшуюся на Корейском полуострове. Впоследствии в силу различных причин подобная форма операций, в том числе с целью защиты прав человека, получила широкое распространение.

Таким образом, на основании толкования договорных и обычных норм международного права можно вывести систему мер, находящихся в распоряжении Совета Безопасности ООН. Эти меры, в зависимости от их целей, могут быть разделены на меры предотвращения, меры пресечения и меры восстановления. В зависимости от используемых средств меры каждой из этих трех групп могут быть разделены на меры военного и невоенного характера, причем военные принудительные меры имеют решающее значение на стадии пресечения грубых массовых нарушений прав человека. В то же время практика военных санкций демонстрирует, что они играют преимущественно вспомогательную роль для целей защиты населения от массовых нарушений прав человека и гуманитарных кризисов, вызванных внутренними конфликтами. Главной целью всего комплекса принудительных мер, находящихся в распоряжении международного сообщества, должно являться достижение устойчивого политического урегулирования, для которого применение военных мер может создать необходимые предпосылки.



### Библиография

- Жданов Ю.Н. Принудительные меры в международном праве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1999. 450 с.
- Карташкин В.А. Права человека и внутренняя юрисдикция государств // Обозреватель. 2009. № 3. С. 12–22.
- Кешнер М.В. Легитимность «санкций» в отношении Российской Федерации: международно-правовой анализ // Журнал российского права. 2015. № 7. С. 141–152.
- Котляр В.С. Реформа ООН и вопрос о возрождении Военно-штабного комитета // Международное публичное и частное право. 2006. № 6. С. 64–72.
- Левин Д.Б. Санкции в международном праве // Правоведение. 1981. № 1. С. 40–48.
- Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: учебник. М.: Волтерс Клувер, 2005. 432 с.
- Маркс Р. Миротворчество и неправительственные правозащитные организации // Российский бюллетень по правам человека. М.: Б. и., 1994. С. 24–45.

<sup>29</sup> Барышев А.П. Стратегия Белого дома и ООН. М., 1972. С. 125.

<sup>30</sup> Котляр В.С. Реформа ООН и вопрос о возрождении Военно-штабного комитета // Международное публичное и частное право. 2006. № 6. С. 65.

Международное право: учебник / под ред. А.С. Ковалева, С.В. Черниченко. М.: Юрайт, 2011. 780 с.

Тарасова Л.Н. Применение силы в международных отношениях и защита прав человека: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. 203 с.

Чиков П.В. Военные санкции в международном праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. 180 с.

Allard C.K. *Somalia Operations: Lessons Learned*. Washington: National Defense University Press, 1995. 280 p.

Bajoria J., McMahon R. The Dilemma of Humanitarian Intervention // <http://www.cfr.org/humanitarian-intervention/dilemma-humanitarian-intervention/p16524> (дата обращения: 06.03.2016)

Bakke K., Cunningham K., Seymour L. A Plague of Initials: Fragmentation, Cohesion and Infighting in Civil Wars // *Perspective on Politics*. 2012. Vol. 10. No 2. P. 265–283.

Franco C. Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law // *Documenti IAI*. March 2015. Available at // <http://www.iai.it/sites/default/files/iai1505.pdf> (дата обращения: 15.04.2016)

Melvorn L. *Conspiracy to Murder: The Rwandan Genocide*. London and New York: Verso, 2004. 320 p.

Power S. *A Problem from Hell: America and the Age of Genocide*. New York: Basic Books, 2002. 610 p.

---

## Concept and Classification of Coersive Measures in Context of Human Rights Protection



**Vladimir Bezzubtsev**

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



### Abstract

The issues related to the legality of international intervention in internal conflicts are often part of serious discussions both in international law and the theory of international relations. However, insufficient attention is drawn to the research of forms and types of specific measures which may be taken by the UN Security Council or with its sanction by regional organizations to respond to challenging humanitarian crises, mass and gross violations of human rights occurring within state territories. The paper attempts to classify coercive measures eligible in terms of the current common and conventional norms of modern international law. The measures are classified by the means of their implementation (military or non-military), their aim (targeting prevention, suppress and restoring) and which international body applies these measures. A focus is made on the coercive military measures, their forms and types depending the intensity and aims of coercive intervention. Besides, the paper attempts to examine their efficiency on the international expertise. This makes a conclusion that applying military coercive measures (military sanctions) should be primarily of auxiliary nature, which is determined by the impossibility to solve a crisis situation in the long run relying only on coercive instruments. Non-military coercive measures (political, diplomatic, economic) are assessed. Hence, with a significant political complexity of the situations which in practice cause mass gross violations of human rights (ethnic cleansings, mass deportations, genocide, military crimes etc.), the development of international law in the sphere should develop with a focus on regulation and implementation of a wider range of measures targeting some aspects of the crisis situations in question.



### Keywords

coercive measures, international law sanctions, human rights, humanitarian intervention, interstate conflicts, UN Security Council.

Citation: Bezzubtzev V.S. (2016) *Concept and Classification of Coersive Measures in Context of Human Rights Protection*. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 160–170 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.160.170



## References

- Allard C.K. (1995) *Somalia Operations: Lessons Learned*. National Defense University Press, 280 p.
- Bajoria J., McMahon R. *The Dilemma of Humanitarian Intervention*. Available at: <http://www.cfr.org/humanitarian-intervention/dilemma-humanitarian-intervention/p16524> (accessed: 06.03.2016)
- Bakke K., Cunningham K., Seymour L. (2012) A Plague of Initials: Fragmentation, Cohesion, and In-fighting in Civil Wars. *Perspectives on Politics*, vol. 10, no 2, pp. 265–283.
- Chikov P.V. (2003) *Voennye sanktsii v mezhdunarodnom prave (Diss. ...kand. jurid. nauk)* [Military Sanctions in International Law. (Candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 180 p.
- Franco C. (2015) *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*. Documenti IAI. Available at: <http://www.iai.it/sites/default/files/iai1505.pdf> (accessed: 15.04.2016)
- Kartashkin V.A. (2009) Prava cheloveka i vnutrennyaya yurisdiksiya gosudarstv [Human Rights and Internal Jurisdiction of States]. *Obozrevatel*, no 3, pp. 12–22.
- Keshner M.V. (2015) Legitimnost' «sanktsiy» v otnoshenii Rossiyskoy Federatsii: mezhdunarodno-pravovoy analiz [Legitimacy of Sanctions against Russia: International Law Analysis]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 7, pp. 141–152.
- Kotlyar V.S. (2006) Reforma OON i vopros o vrozozhdenii voenno-shtabnogo komiteta [UN Reform and Issue of Restoring Military Staff Committee]. *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo*, no 6, pp. 64–72.
- Kovalev A.S., Chernichenko S.V. (eds.) (2011) *Mezhdunarodnoe pravo: Uchebnik* [International Law: Textbook]. Moscow: Yurait, 780 p. (in Russian)
- Levin D.B. (1981) Sanktsii v mezhdunarodnom prave [Sanctions in International Law]. *Pravovedenie*, no 1, pp. 40–48.
- Lukashuk I.I. (2005) *Mezhdunarodnoe pravo. Obshchaya chast': uchebnik* [International Law. General Part: Textbook]. Moscow: Volters Kluver, 432 p. (in Russian)
- Marks R. (1994) Mirotvorchestvo i nepravitel'stvennye pravozashchitnye organizatsii [Peacemaking and Nongovernmental Human Rights Group]. *Rossiyskiy byulleten' po pravam cheloveka* [Russian Bulletin on Human Rights]. Moscow: Institute of Human Rights, pp. 24–45.
- Melvern L. (2004) *Conspiracy to Murder: The Rwandan Genocide*. London and New York: N.Y.: Verso, 320 p.
- Power S. (2002) *A Problem from Hell: America and the Age of Genocide*. N.Y.: Basic Books, 610 p.
- Tarasova L.N. (2007) *Primenenie sily v mezhdunarodnykh otnosheniyakh i zashchita prav cheloveka (Diss. ...kand. jurid. nauk)* [Use of Force in International Relations and Human Right Protection (Candidate of legal sciences dissertation)]. Moscow, 203 p.
- Zhdanov Yu.N. (1999) *Prinuditel'nye mery v mezhdunarodnom prave: (Avtoref. diss. Doktor. Jurid. Nauk)*. [Coercive Measures in International Law. (Summary of doctor of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 450 p.

# Международные морские перевозки грузов: актуальные проблемы правового регулирования

---



**А.С. Касаткина**

доцент, заместитель заведующей кафедрой международного публичного и частного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: aleksandra.kasatkina@mail.ru; akasatkina@hse.ru

---



## Аннотация

Международная торговля на сегодняшний день является одним из основных видов международного сотрудничества, развитию которого сейчас уделяется особенное внимание. Морской транспорт значительно способствовал развитию международной торговли, поскольку основной объем всех международных межконтинентальных перевозок приходится именно на морские суда. Представляется вполне логичным, что правовое регулирование такого древнего и активно развивающегося института характеризуется сложностью, наличием огромного количества коллизий национальных и международных правовых норм. Ранее принятые правовые акты в сфере международных морских перевозок грузов не способны учесть все вопросы и тонкости, возникающие в ходе активного развития морской торговли. Автором рассматривается основная проблема правового регулирования международных морских перевозок грузов: отсутствие единообразия в источниках международного частного морского права. Целью данного исследования является изучение становления и развития основных международных соглашений, посвященных регулированию морских перевозок грузов. Особое внимание уделяется таким вопросам, как сфера применения конвенций, ответственность перевозчика, основные транспортные документы, вопросы подсудности. В статье с помощью сравнительного метода исследования проведен детальный анализ норм конвенций, регулирующих международные морские перевозки грузов. Анализ содержания норм показал, что на сегодняшний день правовое регулирование международных морских перевозок грузов основывается на четырех документах: Гаагских правилах 1924 года, Гаага-Висбийских правилах 1968 года, Гамбургских правилах 1978 года и Роттердамских правилах 2008 года. До принятия Роттердамских правил основным действующим правовым актом являлись Гаага-Висбийские правила, представляющие собой доработанный вариант Гаагских правил, в то время как Гамбургские правила не получили широкого применения, несмотря на сравнительную их прогрессивность. Сделан вывод, что, несмотря на неполноту и несовременность Гаага-Висбийских правил, многие перевозчики, особенно крупные мультимодальные линии, уже отработали механизмы отношений со своей клиентурой путем создания проформ собственных коносаментов. Поэтому странно ожидать, что вновь изданные Роттердамские правила смогут быстро завоевать позиции на поприще регулирования морских перевозок, главным образом потому, что менять устоявшийся режим правового регулирования, особенно крупным перевозчикам, достаточно трудоемко.

---



## Ключевые слова

международное транспортное право, морской транспорт, груз, источники правового регулирования, Гаагские правила 1924 года, Гаага-Висбийские правила 1968 года, Гамбургские правила 1978 года, Роттердамские правила 2008 года.

---

Библиографическое описание: Касаткина А.С. Международные морские перевозки грузов: актуальные проблемы правового регулирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 171–185.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.171.185



Правовое регулирование международных морских перевозок на сегодняшний день составляют четыре международные конвенции: Гаагские правила 1924 года, Гаага-Висбийские правила 1968 года, Гамбургские правила 1978 года и Роттердамские правила 2008 года. В настоящей статье автором рассматривается основная проблема правового регулирования международных морских перевозок грузов: отсутствие единообразия в международных правовых актах и проблема их правильного применения. Целью данного исследования является изучение становления и развития основных международных соглашений, посвященных регулированию морских перевозок грузов. Особое внимание уделяется таким вопросам, как сфера применения конвенции, ответственность перевозчика, основные транспортные документы, вопросы подсудности. Для этого необходимо проанализировать и охарактеризовать каждую из конвенций в порядке их возникновения и принятия.

## Гаагские правила 1924 года

Международная конвенция об унификации некоторых правил о коносаментх, вошедшая в историю как Гаагские правила, была принята 25 августа 1924 года в Брюсселе и вступила в силу 2 июня 1931 года (далее — Гаагские правила; Брюссельская конвенция)<sup>1</sup>. Изначально Брюссельская конвенция не задумывалась как всеобъемлющий и самостоятельный акт, регулирующий морскую перевозку грузов. Она предназначалась исключительно для унификации правил о коносаментах<sup>2</sup>. Конвенцию нельзя назвать объемной: она состоит из 16 статей, из которых 6 носят дополнительный характер (описывают процедуры ее подписания и денонсации). Гаагские правила были ратифицированы 74 странами, в том числе Великобританией и Нидерландами, которые затем денонсировали ее в 1977 и 1982 гг. Россия Правила не ратифицировала. США вплоть до 1936 года не хотели ратифицировать Брюссельскую конвенцию. Большую роль в принятии США Гаагских правил сыграло дело *May v. Hamburg-Amerikanische Packetfahrt Aktiengesellschaft*<sup>3</sup>, после которого американским перевозчикам применение Гаагских правил стало более выгодным, чем применение закона Хартера<sup>4</sup>.

Характеристику Гаагских правил следует начать с базовых терминов, которые они устанавливают. Так, ст. 1 содержит глоссарий, который состоит из 5 терминов: перевозчик, договор перевозки, грузы, судно и перевозка грузов.

Перевозчик определяется в самом общем виде — определение включает собственника судна или фрахтователя, если они являются стороной договора перевозки с отправителем. Констатация формальной возможности того, что фрахтователь судна по договору чартера может являться перевозчиком по договору перевозки, важна с позиции понимания прав, обязанностей и ответственности лица, которое может быть и тем и другим (и фрахтователем по чартеру, и перевозчиком)<sup>5</sup>.

Определение договора перевозки носит ограничивающий характер, устанавливая сферу действия Брюссельской конвенции: ее положения применимы лишь к договорам

<sup>1</sup> Документ официально опубликован не был.

<sup>2</sup> *Кокин А.С.* Международная морская перевозка груза: право и практика М., 2007. С. 17.

<sup>3</sup> *May v. Hamburg-Amerikanische Packetfahrt, A.G.* 290 U.S. 333 (1933).

<sup>4</sup> Закон Хартера, принятый Конгрессом США 13 февраля 1893 г., регулирует перевозку морем из иностранного государства в любой штат США.

<sup>5</sup> *Холопов К.В.* Международное частное транспортное право. Анализ норм международного и российского транспортного права: учеб. пособие. М., 2010. С. 16.

перевозки, сопровождаемым коносаментом (или другим товарораспорядительным документом). При этом согласно положениям ст. 6, расписка не является товарораспорядительным документом лишь когда она содержит отметку об этом. Отношения фрахтователя и фрахтовщика по договору чартера не подпадают под положения Гаагских правил. Когда имеет место договор чартера, положения Брюссельской конвенции применимы лишь в том случае, когда на основании чартера выдан коносамент и его держателем является третье лицо.

Понятие грузов включает в себя любые предметы и товары, однако исключает живых животных и груз, перевозимый на палубе. Понятие судна введено не для характеристики транспортного средства, осуществляющего перевозку, а для того, чтобы наличие такого транспортного средства стало условием договора морской перевозки. Понятие перевозки грузов введено для определения момента начала действия положений Гаагских правил (в том числе положений об ответственности перевозчика): с момента погрузки грузов на борт судна и до их выгрузки с судна.

Относительно сферы действия Брюссельской конвенции ст. 10 устанавливает, что ее положения применяются ко всем коносаментам, выписанным в любом из договаривающихся государств. Однако она не ограничена лишь странами-участниками. Отношения между государствами-сторонами договора международной морской перевозки грузов, которые не ратифицировали Конвенцию, могут регулироваться ее положениями, если такое условие содержится в коносаменте. Стоит также отметить, что, если такой оговорки не предусмотрено, перевозки из порта государства-участника Конвенции в порт любого другого государства будут подпадать под действие Конвенции. Перевозки из порта государства, не ратифицировавшего Конвенцию, в любой другой порт (включая порт государства-участника Конвенции), по всей видимости, под действие Гаагских правил не подпадают, а применимое право будет определяться по закону порта отправления<sup>6</sup>. Однако, как отмечено в ст. 10, в случае применения Брюссельской конвенции в отношении договора перевозки грузов, национальность судна, перевозчика, отправителя, получателя или любого другого заинтересованного лица не имеет значения.

Предел ответственности перевозчика по Гаагским правилам крайне невелик. Как видно из п. 5 ст. 4, ни перевозчик, ни судно не несет ответственности за убытки, превышающие 100 фунтов стерлингов за единицу груза. Во многих странах проблема применения Гаагских правил заключалась в определении единицы груза, когда он подлежал перевозке в контейнере, поддоне или другом приспособлении для транспортировки грузов. Так, в деле *The Mormaclayn*<sup>7</sup> груз был определен в коносаменте как один контейнер, содержащий 99 тюков кожи, при этом каждый тюк представлял собой отдельно упакованный товар. В деле *Standard Electrica S/A v. Hamburg sudarmericaniche*<sup>8</sup> наоборот, предполагалось, что коносаментом предусмотрен груз в контейнере без перечисления его содержимого, и сам такой контейнер рассматривался как единица груза. В деле *Royal Typewriter Co., Div. of Litton B. S. v. M/V Kulmerland*<sup>9</sup> партия арифмометров перевозились

<sup>6</sup> Nazli I., Zulkifli H. The Weaknesses of the Hague Rules and the Extent of Reforms made by the Hague-Visby Rules // [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/wks\\_MA\\_24604.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/wks_MA_24604.pdf) (дата обращения: 16.04.2016)

<sup>7</sup> Wanigasekera A. Comparison of Hague — Visby and Hamburg Rules // [http://www.juliusandcreasy.com/inpages/publications/pdf/comparison\\_of\\_hague\\_and\\_hamburg-AW.pdf](http://www.juliusandcreasy.com/inpages/publications/pdf/comparison_of_hague_and_hamburg-AW.pdf) (дата обращения: 16.04.2016)

<sup>8</sup> Wanigasekera A. Op. cit.

<sup>9</sup> Royal Typewriter Co., Div. of Litton B. S. v. M/V Kulmerland №. 70 CIV. 5424. United States District Court, S. D. New York. July 28, 1972 // <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/346/1019/1879057/> (дата обращения: 16.04.2016)

в контейнере в отдельных запечатанных герметичных коробочках из гофрированном картоне, каждая из которых считалась индивидуально упакованной.

Единственным способом для отправителя увеличить ответственность перевозчика — указать в коносаменте природу, характер и стоимость груза. Если оговорка о стоимости товара в коносаменте отсутствует, то перевозчик в любом случае возмещает только 100 фунтов стерлингов или эквивалентную в другой валюте сумму. В то же время, чтобы избежать путаницы в отношении номинальной стоимости валюты и курсовых разниц, ст. 9 устанавливается правило перевода фунтов стерлингов в национальную валюту.

Во время разработки Гаагских правил Великобритания и многие другие страны придерживались золотого стандарта, поэтому все валюты оцениваются в золотом содержании. Если национальная валюта не использует фунты стерлингов в качестве денежной единицы, то обмен валюты производится по курсу на день прибытия судна в порт разгрузки с округлением до целых чисел. Период ответственности перевозчика по Гаагским правилам начинается с момента начала перевозки грузов, или, согласно определению, с момента погрузки грузов на борт судна и прекращается с момента окончания перевозки, т.е. его выгрузки с судна. При этом перевозчик не несет ответственности ни за повреждение груза, ни за его утрату, если такие обстоятельства имели место непосредственно до или сразу после его доставки. Однако перевозчик должен удостовериться в том, что его судно пригодно для осуществления морской перевозки, обеспечить его необходимым снаряжением, местом для размещения груза, обеспечивающим его сохранность на время транспортировки, укомплектовать личный состав, должным образом погрузить, уложить, сохранить, перевезти и выгрузить перевозимый груз.

Любое условие договора, ограничивающее по сравнению с Гаагскими правилами ответственность перевозчика за его небрежность и вину, или вовсе освобождающее от нее, не имеют юридической силы. Заявление об убытках должно быть сделано держателем коносамента во время выдачи груза (или в некоторых случаях в течение трех дней после выдачи) и обязательно в письменном виде. Несоблюдение этих правил будет являться свидетельством того, что груз доставлен в соответствии с требованиями коносамента.

## Правила Гаага-Висби 1968 года

Консолидированный текст Брюссельской конвенции с изменениями, внесенными Протоколом 1968 г. и Протоколом 1979 г. составил новые правила, которые получили название Гаагско-Висбийских правил (далее — Правила Гаага-Висби; Правила)<sup>10</sup>. Россия ратифицировала Брюссельскую конвенцию в 1998 году, присоединившись к Правилам Гаага-Висби. Франция, Великобритания, Канада, Япония, Сингапур, Республика Корея, Гонконг, Германия, Индонезия и Тайвань и другие страны также ратифицировали измененную версию Брюссельской конвенции.

Важнейшим изменением стало расширения территориальной сферы применения Гаагских правил. Перевозки, осуществляемые из порта государства-участника Конвенции, являются предметом ее действия. Ст. 10 Правил Гаага-Висби устанавливает, что они применяются в отношении коносамента, относящегося к перевозке грузов между портами двух разных государств, если выполняется одно из следующих условий:

- 1) коносамент выдан в договариваемом государстве;
- 2) перевозка осуществляется из порта, находящегося в договариваемом государстве;

<sup>10</sup> СЗ РФ. 2004. № 23. Ст. 2235.

3) договор, содержащийся в коносаменте или удостоверенный им, предусматривает, что правила Конвенции или вводящего их в действие законодательства какого-либо государства применяются к этому договору.

Эффект принятия данных Правил можно продемонстрировать на примере дела *Parsons Corporation v C.V. Scheepvaartonderneming*, также известном как дело «*The Happy Ranger*»<sup>11</sup>. Главным вопросом в этом деле было понять, какие правила применяются в отношении предела ответственности грузоперевозчика: Гаагские или Гаага-Висби. Судовладельцы, в отношении которых был возбужден иск, утверждали, что договором морской перевозки грузов их ответственность была ограничена до 100 фунтов (по Гаагским правилам). Истец утверждал, что в коносаменте предусмотрено применение Правил Гаага-Висби, а, следовательно, предел ответственности грузоперевозчика возрастает до 2 млн. долл. США.

Между тем в ст. 1 Правил Гаага-Висби предусмотрено, что термин «договор перевозки» применяется исключительно к договору перевозки, удостоверенному коносаментом или любым подобным ему документом, являющимся основанием для морской перевозки грузов. Суд первой инстанции постановил, что в данном споре следует руководствоваться Гаагскими правилами. Суд апелляционной инстанции решение отменил, установив преимущество Правил Гаага-Висби, со ссылкой на п. b) ст. 1 Правил, согласно которой договор перевозки должен быть удостоверен коносаментом, следовательно, применению подлежит право, указанное в нем.

Важно также отметить, что Правилами увеличен максимальный объем ответственности перевозчика и закреплена расчетная единица в золотом измерении. Сумма возмещения рассчитывается на день, когда груз был отгружен (или должен был быть отгружен) в порту прибытия исходя из стоимости утраченного груза (когда стоимость товара не определена — исходя из рыночной цены на аналогичные товары). Положение Конвенции о рыночной стоимости товара — большой шаг в развитии мировой современной морской торговли.

При разработке новых Правил не могли игнорироваться контейнерные перевозки, получившие широкое развитие в сфере грузоперевозок<sup>12</sup>. Именно поэтому в отличие от Гаагских правил Правила Гаага-Висби содержат «контейнерную оговорку». Если груз перевозится в контейнере (или ином транспортном приспособлении), предел ответственности применяется не к одному лишь контейнеру как единице товара, а к фактическому числу мест, которые занимает контейнер (если число таких мест определено в коносаменте и не опровергается грузоперевозчиком). Поскольку Правила содержат конкретные положения, применяемые к контейнерным перевозкам грузов, то они применимы даже при комбинированных (смешанных) международных морских перевозках грузов, что является большим шагом вперед в области правового регулирования торгового судоходства и мореплавания.

В деле *Svenska Traktor v. Maritime Agencies*<sup>13</sup> из Саутгемптона рассматривается также проблема палубного груза на примере партии тракторов. Коносаментом была предусмотрено, что перевозчик может разместить такой груз на палубе. Во время перевозки один из тракторов упал за борт, т.е. часть груза была утрачена. Перевозчик отказывал-

<sup>11</sup> Nazli I., Zulkifli H. Op. cit.

<sup>12</sup> Berlingier F. A Comparative Analysis of the Hague-Visby Rules, the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules // [https://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg\\_3/Berlingieri\\_paper\\_comparing\\_RR\\_Hamb\\_HVR.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/Berlingieri_paper_comparing_RR_Hamb_HVR.pdf) (дата обращения: 16.04.2016)

<sup>13</sup> Wilson J.F. Op. cit. P. 153.

ся брать на себя ответственность за утрату груза, опираясь на положение Правил, что перевозчик не несет ответственности за утрату или повреждение палубного груза. Однако суд постановил иначе: если в договоре указано, что груз подлежит перевозке на палубе, перевозчик груза берет на себя ответственность и за такой груз. Однако в деле *Encyclopedia Britannia v. Hongkong producer* суды установили, что оговорка в коносаменте, что перевозчик имеет право перевозить груз на палубе, не является специальным условием о признании такого груза палубным.

В соответствии с Правилами Гаага-Висби договор морской перевозки грузов может подтверждаться не только коносаментом, но и другим товарораспорядительным документом. Так, в деле *Kum v. Wah Tat Bank Ltd* суд постановил, что штурманская расписка в силу обычая торгового пользования может рассматриваться как товарораспорядительный документ, удостоверяющий договор морской перевозки грузов. В деле *Pyrene Co Ltd., v. Scindia Navigation Co Ltd.* суд также постановил, что правила применяются даже когда стороны договорились, что договор морской перевозки грузов будет удостоверен коносаментом, но он так никогда и не был выдан.

Правилами Гаага-Висби не определена форма коносамента. Каждый перевозчик вправе выпускать свои проформы коносамента при условии, что их содержание не противоречит императивным требованиям Конвенции<sup>14</sup>. Правила Гаага-Висби содержат широкий перечень оснований для освобождения перевозчика от ответственности. Что касается убытков от утраты или повреждения груза вследствие немореходности, то перевозчик обязан проявить должную осмотрительность в обеспечении мореходности судна. В деле *Riverstons Meat Co Ltd., v. Lancashire Shipping Co. Ltd.*<sup>15</sup> ответчиком выступала крупная, надежная ремонтная компания, которая осуществляла ремонт судна перед плаванием. Ремонт был осуществлен крайне плохо, и по причине халатности работников вода проникла в трюм, в результате чего был нанесен ущерб грузу, принадлежащему истцу. Однако суд постановил, что, поскольку перевозчик полностью отвечает за состояние судна, то в данном случае именно он ответственен за убытки в результате некачественного ремонта. В обязанность перевозчика входит проявление должной осмотрительности и обеспечение мореходности судна, значит, в данном случае у перевозчика не было оснований полностью полагаться на хорошую репутацию ремонтной компании.

Пределы ответственности, установленные Конвенцией, не носят абсолютного характера и могут быть увеличены как соглашением сторон или условиями коносамента, так и путем объявления стоимости товара непосредственно до отгрузки товара. Однако в деле *Owners of Cargo on Board the Morviken v. Owners of the Hollandia (The Hollandia and the Morviken)*<sup>16</sup> судом было установлено, что соглашение между сторонами не может предусматривать ответственности грузоперевозчика по договору перевозки меньше уровня, предусмотренного Конвенцией.

Несмотря на поправки, Правилам Гаага-Висби так и не удалось устранить все слабые стороны Гаагских правил и предусмотреть все аспекты развивающейся мировой торговли. Правилами Гаага-Висби также не предусмотрено разделение понятий перевозчика и фактического перевозчика. В тексте Конвенции следовало четко определить эти два термина, поскольку перевозчиком может быть любое лицо, которое заключило

---

<sup>14</sup> Холопов К.В. Указ. соч. С. 39.

<sup>15</sup> *Giasch J.C. Bills of Lading, Waybills and the Hague-Visby Rules* // [http://www.admiraltylaw.com/papers/Bills\\_of\\_Lading\\_waybills\\_and\\_HR\\_Rules.pdf](http://www.admiraltylaw.com/papers/Bills_of_Lading_waybills_and_HR_Rules.pdf) (дата обращения: 16.04.2016)

<sup>16</sup> *Berlingieri F. International Maritime Conventions (Vol.1): The Carriage of Goods and Passengers by Sea (Maritime and Transport Law Library)*. Abingdon, 2014. P. 201.

договор перевозки груза с грузоотправителем, в то время как фактическим перевозчиком является лицо, которое непосредственно осуществляло перевозку товаров. Для грузоперевозчика крайне важно понимать, кто действительно осуществлял перевозку, если он собирается подавать иск против одного из них.

Хотя произведенные изменения на какое-то время показали достаточными, развитие международной торговли и растущие требования к ответственности перевозчика вскоре побудили международное сообщество к разработке документа, который бы учел все аспекты договора перевозки. Следующим таким документом стали Гамбургские правила. Однако, забегая вперед, стоит отметить, что Гамбургские правила не получили ожидаемого признания. Связано это с тем, что многие перевозчики за время использования Правил Гаага-Висби отработали устойчивые механизмы их применения, сложилась обширная и предсказуемая судебная практика. Ввиду этого, даже с учетом неполноты и несовременности Правил Гаага-Висби, думается, внедрение в практику морских перевозок любого иного регулирования — это вопрос долгого времени<sup>17</sup>.

## Гамбургские правила 1978 года

Поскольку Правила Гаага-Висби не устранили всех недостатков Гаагских правил, ЮНСИТРАЛ<sup>18</sup> инициировала пересмотр соответствующих норм, регулирующих перевозку грузов морским транспортом путем принятия третьего по счету международного соглашения — Конвенции ООН о морской перевозке грузов 1978 г. (далее — Гамбургские правила)<sup>19</sup>.

Гамбургские правила шире по объему по сравнению с Гаагскими правилами и Правилами Гаага-Висби. Они разделены на семь частей и состоят из 34 статей. В них уточнено понятие грузоперевозчика по сравнению с установленным Гаагскими правилами смежным понятием отправителя<sup>20</sup>. Гамбургскими правилами было также введено понятие фактического перевозчика — лица, которому перевозчиком поручено осуществление перевозки груза или части перевозки, в том числе, которому поручено такое осуществление перевозки. При этом Гамбургскими правилами не предусмотрено наличия договорных отношений между грузоотправителем и фактическим перевозчиком груза. Правилами также не определено, каким образом следует закрепить отношения между перевозчиком и фактическим перевозчиком.

Гамбургскими правилами уточнена сфера правового регулирования договора морской перевозки грузов. В качестве договора морской перевозки квалифицируется любой договор, в соответствии с которым перевозчик за уплату фрахта обязуется перевезти груз морем из одного порта в другой<sup>21</sup>. Если договор охватывает несколько видов

<sup>17</sup> Бутакова Н.А. Правовой режим ответственности морского перевозчика по Правилам Гаага-Висби // Юрист. 2013. № 8. С. 30–32.

<sup>18</sup> ЮНСИТРАЛ — юридический орган системы ООН в области права международной торговли. Имеет универсальный членский состав, уже в течение более 40 лет специализируется в проведении реформ в области коммерческого права во всем мире. Предмет заботы ЮНСИТРАЛ: модернизация и согласование норм международной коммерческой деятельности. См.: <http://www.uncitral.org> (дата обращения: 16.04.2016)

<sup>19</sup> Конвенция Организации Объединенных Наций «О морской перевозке грузов». Заключена в Гамбурге 31 марта 1978 г. // Закон. 2000. № 6.

<sup>20</sup> Harris J. W. *Laws and Legislation: Maritime Law: Issues, Challenges and Implications*. London, 2011. P. 96.

<sup>21</sup> Baughen S. J. *Review of Luddecke & Johnson Hamburg Rules* // *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*. 1996. Vol. 199. P. 78.



перевозок, то для целей Конвенции он рассматривается в качестве договора морской перевозки грузов только в той степени, в которой он относится непосредственно к перевозке морем. Таким образом, само определение выделяет несколько существенных условий договора. Во-первых, еще раз подтверждается, что перевозчик является стороной договора морской перевозки. Во-вторых, договор морской перевозки грузов является возмездным. Это существенное отличие Гамбургских правил, поскольку предыдущие конвенции не выделяли возмездность в качестве обязательного условия договора. В-третьих, обозначена основная функция перевозчика — перевозка грузов морем из одного порта в другой порт<sup>22</sup>.

Следует отметить, что как Гаагские правила, так и Правила Гаагско-Висби определяют период действия договора морской перевозки грузов путем введения понятия такой перевозки — период с момента погрузки груза на судно до момента их выгрузки. Гамбургские правила не вводят такого специального понятия, однако в определении договора морской перевозки определен период его действия — от одного порта до другого. Следовательно, перевозчик ответственен за груз, которые находится в его ведении, в порту погрузки, во время перевозки и в порту разгрузки.

Сфера применения Гамбургских правил шире, чем Правил Гаага-Висби. Все конвенции предусматривают, что перевозка должна быть обязательно международной, и так или иначе одна из сторон договора должна быть связана со страной, подписавшей данную конвенцию, однако для Гамбургских правил место выдачи коносамента не имеет значения, поскольку оно может быть вовсе не связано непосредственно с плаванием. Значение придается лишь порту отправления и порту выгрузки груза. Например, Правила Гаага-Висби не применимы в ситуации, когда перевозка осуществляется из порта государства, которое этих Правил не применяет, в порт государства, которое их применяет, а Гамбургские правила предусматривают и такую ситуацию. В соответствии со ст. 2 ее положения не применимы к договорам чартера, если только в отношении чартера не был выдан коносамент и держателем такого коносамента является не фрахтователь. Стоит отметить, что национальность судна или любой из сторон договора (а также национальность фактического грузоперевозчика и любого другого заинтересованного лица) при решении вопроса о применимости Гамбургских правил также роли не играют.

Ответственности перевозчика посвящена Часть II, которая состоит из 8 статей. Ст. 4 содержит подробные положения о периоде ответственности перевозчика. Как отмечают многие авторы, Гамбургские правила значительно расширили потенциальный период ответственности перевозчика. Однако в то же время некоторые авторы полагают, что такое утверждение носит только теоретический характер, а на практике Гамбургские правила не предусматривают никакого существенного продления срока ответственности перевозчика. Так или иначе, согласно Гамбургским правилам, перевозчик несет ответственность за груз «от порта до порта». Правилами подразумевается, что перевозчик взял на себя ответственность за груз с момента, когда он принял его от грузоотправителя (ст. 1). Таким образом, Гамбургские правила устранили трудности с определением лица, ответственного за убытки, полученные при погрузке или разгрузке товара.

Как было уже отмечено и подтверждено практикой, согласно Гаагским правилам перевозчик не может делегировать свою ответственность другому лицу, даже если убытки возникли вследствие халатности такого лица. В Гамбургских правилах изложена другая позиция: перевозчик может избежать ответственности, если докажет, что им были приняты все меры и проявлена должная заботливость в назначении независимого под-

<sup>22</sup> Холлопов К.В. Указ. соч. С. 54.

рядчика. Например, перевозчик может избежать ответственности за повреждение или задержку груза, если он докажет, что для управления судна нанял компанию, обладающую превосходной репутацией и проявившей себя лучшей в этой области. К тому же зачастую сложно разделить, когда действие попадает под основания для освобождения от ответственности, а когда это действительно была ошибка в управлении судном. Например, в деле *Gosse Millerd Ltd v. Canadian Government Merchant Marine Ltd.* (экипаж судна не закрыл люки, в результате чего груз был поврежден), судом было установлено, что такое действие не было упущением капитана или экипажа судна. В деле *Caltex Refining Co Ltd v. BHP Transport Ltd.*<sup>23</sup> (инертные газы на танкере повлияли на качество перевозимого дизельного топлива) суд постановил, что повреждение груза вызвано не ошибкой перевозчика, поскольку системы инертных газов используются исключительно для предотвращения взрыва или пожара на танкерах.

Часть III Гамбургских правил посвящена регулированию ответственности грузоотправителя и состоит всего из двух статей. Правовая природа коносамента описана в Части IV Гамбургских правил «Транспортные документы». В ст. 14 закреплена обязанность перевозчика (или фактического перевозчика) выдать грузоотправителю коносамент. В Конвенции уточняется, что коносамент считается подписанным со стороны перевозчика, также если он подписан капитаном судна, осуществляющим перевозку, судовым агентом (при наличии полномочий) или другим имеющим на то полномочия лицом. При этом в отношении грузоотправителя таких уточнений нет. Равно как Гаагские и Правила Гаага-Висби, Гамбургские правила не в полной мере определяют форму коносамента, устанавливая лишь перечень данных, обязательных для указания в коносаменте. Одним из способов защиты грузоперевозчика от недобросовестности грузоотправителя стали оговорки в коносаменте. Так, в соответствии со ст. 16 перевозчик должен внести в коносамент оговорку о неточности данных, основании для подозрений или отсутствии реальной возможности проверить груз на предмет его характера, основных марок, числа мест или предметов, веса или количества груза. В последние годы уже стала стандартной оговорка перевозчиков в коносаментах: «All particulars furnished by shipper carriers make no representation» («все сведения о грузе представлены отправителем и перевозчиком не подтверждаются»)<sup>24</sup>.

Часть V содержит положения о сроке исковой давности и исковых требований. По общему правилу, Конвенция устанавливает срок исковой давности, равный двум годам. Однако он может быть продлен лицом, к которому предъявлено требование путем письменного заявления. Срок исковой давности считается со дня, когда груз был (или должен был быть) отгружен и сдан грузополучателю. Уведомление о повреждении груза должно быть сделано в письменном виде не позднее рабочего дня, следующего за днем, когда груз был передан грузополучателю, или, в случае, когда повреждения могли быть не очевидными, в течение 15 календарных дней после принятия. Компетентный суд по-прежнему определяется по закону места порта погрузки или разгрузки, места заключения договора или государства одной из сторон договора. Гамбургскими правилами впервые предусмотрено, что стороны договора морской перевозки груза могут заключить соглашение, согласно которому спор, возникший в результате такой перевозки, подлежит передаче в арбитраж.

<sup>23</sup> *Leval and Company Inc. v. Colonial Steamships Ltd.* [1961]. Supreme Court of Canada. Jan. 4, 1961. S.C.R. 221 // <https://scc.csc.lexum.com/scc-csc/en/item/6751/index.do> (дата обращения: 16.04.2016); *Baatz Y. Maritime Law.* Abingdon, 2014. P. 124.

<sup>24</sup> *Холопов К.В.* Указ. соч. С. 42.

Несмотря на всю значимость принятия Гамбургских правил, они слишком схожи по содержанию с Правилами Гаага-Висби, что, возможно, и послужило причиной их ограниченного признания на международной арене. Хотя Гамбургские правила содержат более точные положения, регулирующие коносаменты, и предусматривают использование необоротных транспортных документов лучше, чем Брюссельская конвенция, в них не содержится коренных изменений норм права, регулирующих документацию морских грузовых перевозок<sup>25</sup>.

## Роттердамские правила 2008 года

Ведущая роль в подготовке Роттердамских правил была отведена Международному морскому комитету (далее — ММК)<sup>26</sup>. Текст проекта Конвенции «О договорах полностью или частично морской международной перевозки грузов» (далее — Роттердамские правила)<sup>27</sup> был утвержден в июле 2008 года на 41-й сессии ЮНСИТРАЛ, и затем принят 63-й сессией Генеральной Ассамблеи ООН 11 декабря 2008 года. С целью придания глобальности характеру Роттердамских правил, изначально охватывающих более широкий спектр регулируемых отношений, Генеральная Ассамблея призвала все правительства рассмотреть вопрос о присоединении к конвенции<sup>28</sup>. При этом, ратифицируя Роттердамские правила, государство обязано денонсировать Гаагские правила, Правила Гаага-Висби и Гамбургские правила, если оно является участником соответствующих конвенций. Таким образом, государствам придется тщательно рассмотреть преимущества Роттердамских правил и решить, соответствуют ли они их ожиданиям как с точки зрения основных положений, так и с точки зрения потенциала в обеспечении международного правового единства<sup>29</sup>.

Конвенция значительно больше по объему по сравнению с предшествующими конвенциями. Она состоит из 18 глав и 96 статей. Некоторые главы посвящены принципиально новым с точки зрения официального закрепления вопросам правового регулирования международных морских перевозок грузов, в частности, Глава 8 (транспортные электронные записи), Глава 9 (сдача груза), Глава 10 (права контролирующей стороны), Глава 11 (передача прав), Глава 14 (юрисдикция), Глава 15 (арбитраж).

Ст. 1 по аналогии с остальными правилами определяет основные термины, используемые в Конвенции. Стоит отметить, что их количество значительно больше, нежели чем в правилах-предшественниках: их список достигает 30 пунктов. Это можно объяснить тем, что Роттердамские правила имеют гораздо более широкую сферу применения, раскрывая множество новых правовых институтов. Помимо понятий договора перевозки, грузоотправителя, грузополучателя, транспортного документа, Роттердамские правила также определяют понятия договора об организации перевозок, линей-

<sup>25</sup> Кокин А.С. Указ. соч. С. 154.

<sup>26</sup> Comité Maritime International — международная неправительственная организация. Учреждена в 1897 году по инициативе Ассоциации международного права с целью содействия унификации норм морского и торгового права, морских обычаев и практики. См.: <http://www.comitemaritime.org/> (дата обращения: 16.04.2016)

<sup>27</sup> Документ опубликован не был.

<sup>28</sup> Бутакова Н.А. Указ. соч. С. 30–32.

<sup>29</sup> Бутакова Н.А. Актуальные проблемы регулирования международных морских перевозок грузов на основе Роттердамских правил // Юрист. 2014. № 10. С. 30–34.

ной перевозки, нелинейной перевозки, перевозчика, исполняющей стороны, морской исполняющей стороны, документарного грузоотправителя, держателя, права контроля над грузом, контролирующей стороны, обратного и необоротного транспортных документов, электронного сообщения, транспортной и оборотной электронных записей, выдачи, передачи, договорных условий, судна, контейнера, транспортного средства, фрахта, домициля, компетентного суда.

Сфера действия Роттердамских правил определена в Главе 2. Из названия можно сделать вывод о ее мультимодальном характере. Стоит отдельно отметить, что когда речь идет о мультимодальных перевозках, возможны два подхода к определению сферы применения международного соглашения в этой области. Одним из них предусмотрена полная ответственность первого перевозчика перед грузовладельцем. В свою очередь, у такого перевозчика имеется право регрессного требования к перевозчику, на участке которого товару был причинен ущерб. Второй подход предусматривает, что каждый перевозчик несет ответственность перед грузоотправителем за убытки, возникшие на его участке такой мультимодальной перевозки. В первом случае, предъявляя регрессный иск, грузоперевозчик должен понимать, что правовое регулирование разных участков перевозки зависит от вида транспорта, следовательно, как основания, так и предел ответственности перевозчика на разных участках перевозки могут отличаться друг от друга. Однако во втором случае грузоотправителю зачастую трудно определить перевозчика, ответственного за причиненный ущерб.

Принимая во внимание все эти соображения, составители проекта Роттердамских правил прибегли к новой и оригинальной конструкции определения сферы их применения. В определении договора перевозки, установленного ст. 1 Роттердамских правил, предусмотрено, что хотя и наличие морской перевозки обязательно, перевозка также может предусматривать и другие виды транспорта в дополнение к морскому этапу. Подобная концепция, при которой часть перевозки должна осуществляться перевозчиком на морском виде транспорта, но перевозка не ограничивается только морем, получила наименование «море плюс»<sup>30</sup>.

Положения об ответственности перевозчика предусмотрены Главой 5 Конвенции. Перевозчик ответствен за любое повреждение груза, если истец докажет, что утрата, повреждение или задержка или же вызвавшее их или способствовавшее им событие или обстоятельство имели место в период ответственности перевозчика. Стоит отметить, что таким периодом в соответствии с п. 1 ст. 12 Конвенции признается период с момента получения перевозчиком или исполняющей стороной груза для перевозки и заканчивающийся в момент сдачи груза, получивший название «от двери до двери». При этом п. 2 ст. 17 Конвенции предусмотрено право перевозчика на полное или частичное освобождение от ответственности, если им будет доказано, что ущерб был причинен не по его вине. Также перевозчик более не освобождается от ответственности при «навигационной ошибке». В п. 3 ст. 17 Конвенции также перечислены дополнительные основания ограничения или освобождения перевозчика от ответственности, как то война, непреодолимая сила, пожар и т.п.

Такой «каталог исключений» был предусмотрен еще Гаагско-Висбийскими правилами. Однако при разработке Гамбургских правил «каталог исключений» подвергся жестокой, но не всегда справедливой критике и в текст Правил не попал. Морское сообщество не смирилось с утратой «каталога исключений». Возможно, в этом кроется одна из

<sup>30</sup> Калнин А.Г. Конвенция ООН о договорах полностью или частично морской перевозке грузов (Роттердамские правила) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 4. С. 89.

причин, по которой Гамбургские правила так и не стали универсальными. Поэтому в ЮНСИТРАЛ был поставлен вопрос о восстановлении «каталога исключений» в тексте разрабатываемой конвенции. Хотя и сегодня противники «каталога» имеют довольно много сторонников, «каталог» включен в п. 3 ст. 17 Роттердамских правил<sup>31</sup>.

Значимые изменения коснулись транспортных документов. В соответствии с Роттердамскими правилами под транспортным документом понимается документ, который выдан в соответствии с договором перевозки перевозчиком и который свидетельствует о получении перевозчиком или исполняющей стороной груза в соответствии с договором перевозки, о наличии договора перевозки или содержит такой договор. Таким образом, Роттердамские правила отказываются от установления единого понятия «коносамент», используя универсальное понятие — «транспортный документ». Ст. 8 к транспортному документу также приравнивает транспортную электронную запись, что, пожалуй, стало самым ожидаемым дополнением. Согласно определению, установленному в ст. 1 Конвенции, транспортная электронная запись означает информацию, содержащуюся в одном или более сообщениях, которые были переданы перевозчиком с помощью электронной связи в соответствии с договором перевозки (в том числе информация, логически связанная с транспортной электронной записью). Такая запись должна свидетельствовать о получении перевозчиком или исполняющей стороной груза в соответствии с договором перевозки и о наличии договора перевозки (или содержать такой договор).

Положения о сроках исковой давности не претерпели существенных изменений по сравнению с Гамбургскими правилами. Право выбора суда оставлено истцу, при этом суд должен быть выбран либо по месту domicilia перевозчика, либо по месту получения или сдаче груза, либо по месту порта погрузки или выгрузки груза. Истец также вправе предъявить иск в компетентном суде или судах, определенном по соглашению между отправителем и перевозчиком. Стороны могут договориться о том, что спор, возникший в связи с договором морской перевозки грузов, подлежит передаче в арбитраж. Если стороны договариваются о передаче дела в арбитраж до возникновения спора, указание места арбитража обязательно. Однако после возникновения спора стороны могут договориться о разбирательстве в любом месте.

## Заключение

Морские пространства и Мировой океан с давних пор использовались человечеством в качестве транспортного пути для перевозки грузов, пассажиров и багажа. В настоящее время морской транспорт занимает первое место в мире как по общему объему перевозок, так и по международным перевозкам, в которых доминирующим фактором являются международные перевозки грузов<sup>32</sup>. Правовое регулирование международных морских перевозок грузов на сегодняшний день основывается на четырех документах: это — Гагские правила, Правила Гага-Висби, Гамбургские правила и Роттердамские правила. До принятия Роттердамских правил основным действующим правовым актом являлись Правила Гага-Висби, представляющие собой доработанный вариант Гагских

---

<sup>31</sup> Иванов Г.Г. Морские перевозчики в ожидании новых правил, возможно, Роттердамских правил // Транспортное право. 2008. № 4. С. 5-9.

<sup>32</sup> Ерпылева Н.Ю. Актуальные проблемы теории и практики международного транспортного права // Адвокат. 2003. № 2. С. 33.

правил, в то время как Гамбургские правила не получили широкого применения несмотря на их сравнительную прогрессивность.

Надо отметить, что, несмотря на неполноту и несовременность Правил Гаага-Висби, многие перевозчики, особенно крупные мультимодальные линии, уже отработали механизмы взаимоотношений с клиентурой путем создания проформ собственных коносаментов. Поэтому не приходится ожидать, что вновь изданные Роттердамские правила смогут быстро завоевать позиции на правовом поприще регулирования морских перевозок, главным образом, потому, что крупным перевозчикам менять устоявшийся режим правового регулирования затруднительно.



### Библиография

Бутакова Н.А. Актуальные проблемы регулирования международных морских перевозок грузов на основе Роттердамских правил // Юрист. 2014. № 10. С. 30–34.

Ерпылева Н.Ю. Актуальные проблемы теории и практики международного транспортного права // Адвокат. 2003. № 2. С. 33–54.

Иванов Г.Г. Морские перевозчики в ожидании новых правил, возможно Роттердамских правил // Транспортное право. 2008. № 4. С. 5–9.

Калпин А. Г. Конвенция ООН о договорах полностью или частично морской перевозке грузов (Роттердамские правила) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 4. С. 85–97.

Кокин А.С. Международная морская перевозка груза: право и практика М.: Волтерс Клувер, 2007. 584 с.

Холопов К.В. Международное частное транспортное право. Анализ норм международного и российского транспортного права. М.: Статут, 2010. 702 с.

Baatz Y. *Maritime Law*. Abingdon: Routledge, 2014. 635 p.

Baughen S.J. Review of Luddecke & Johnson *The Hamburg Rules* // *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*. 1996. Vol. 199. P. 302–303.

Berlingieri F. *International Maritime Conventions*. Vol. 1: *The Carriage of Goods and Passengers by Sea* (Maritime and Transport Law Library). Abingdon: Routledge, 2014. 486 p.

Berlingier F. *A Comparative Analysis of Hague-Visby Rules, Hamburg Rules and Rotterdam Rules* // [https://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg\\_3/Berlingieri\\_paper\\_comparing\\_RR\\_Hamb\\_HVR.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/Berlingieri_paper_comparing_RR_Hamb_HVR.pdf) (дата обращения: 16.04.2016)

Giasch J.C. *Bills of Lading, Waybills and the Hague-Visby Rules* // [http://www.admiraltylaw.com/papers/Bills\\_of\\_Lading\\_waybills\\_and\\_HR\\_Rules.pdf](http://www.admiraltylaw.com/papers/Bills_of_Lading_waybills_and_HR_Rules.pdf) (дата обращения: 16.04.2016)

Harris J.W. *Laws and Legislation. Maritime Law: Issues, Challenges and Implications*. London: Nova Science Publishers, 2011. 196 p.

Nazli I., Zulkifli H. *The Weaknesses of the Hague Rules and the Extent of Reforms Made by the Hague-Visby Rules* // [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/wks\\_MA\\_24604.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/wks_MA_24604.pdf) (дата обращения: 16.04.2016)

Wanigasekera A. *Comparison of Hague — Visby and Hamburg Rules* // [http://www.juliusandcreasy.com/inpages/publications/pdf/comparison\\_of\\_hague\\_and\\_hamburg-AW.pdf](http://www.juliusandcreasy.com/inpages/publications/pdf/comparison_of_hague_and_hamburg-AW.pdf) (дата обращения: 16.04.2016)

---

## International Shipping of Goods: Issues of Legal Regulation



### Alexandra S. Kasatkina

Deputy Head, Department of Public and Private International Law, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow, 101000, Russia. E-mail: [aleksandra.kasatkina@mail.ru](mailto:aleksandra.kasatkina@mail.ru); [akasatkina@hse.ru](mailto:akasatkina@hse.ru)





## Abstract

Nowadays, international trade is one of main types of the international cooperation. In turn, sea transport considerably promoted to the development of international trade as the share of sea vessels accounts for the major share of all international intercontinental transport. Hence, legal regulation of this ancient and actively developing institute is characterized by complexity, existence of a huge number of collisions of national and international legal norms. Legal acts in the sphere of the international carriage of goods are incapable to consider all questions and features arising during the active development of sea trade. The author considers the main problem of legal regulation of the international carriage of goods: lack of uniformity in the sources of the international private marine law. The objective of this research is studying the formation and development of the main international agreements devoted to the regulation of carriage of goods, having paid thus special attention to such main questions, as scope of conventions, responsibility of a carrier, the main transport documents, jurisdiction issues. The article on the basis of comparative method provides detailed analysis of the norms of international conventions covering the international carriage of goods by sea. The Analysis of the content of norms has shown that to date the legal regulation of international carriage of goods by sea is based on four documents: the Hague Rules of 1924, the Hague-Visby Rules of 1968, the Hamburg Rules of 1978 and the Rotterdam Rules 2008. Before the adoption of the Rotterdam Rules, applicable basic legal act was The Hague-Visby Rules, which are a modified version of the Hague Rules. Based upon the above-mentioned comparative legal study, the author makes a conclusion that despite the incomplete and outdated Hague-Visby Rules, many carriers, especially the large multimodal lines already developed a mechanism of relations with its clientele by creating their own bills of lading formalities. Hence, it seems odd to expect that the newly issued Rotterdam Rules will be able to quickly gain a position in the legal field of sea transport, mainly because it is difficult for the major carriers to change a well-established legal regime.



## Keywords

international transport law, sea transport, cargo, sources of legal regulation, Hague Rules 1924, Hague-Visby Rules 1968, Hamburg Rules 1978, Rotterdam Rules 2008.

Citation: Kasatkina A.S. (2016) International Shipping of Goods: Issues in Legal Regulation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 171–185 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.171.185



## References

- Baatz Y. (2014) *Maritime Law*. Abingdon: Routledge, 635 p.
- Bytakova N.A. (2014) Aktualnie problemy regulirovaniya mejdunarodnikh morskikh perevozok gryzov na osnovanii Rotterdamskikh pravil [Problems of Regulation of International Maritime Transport Carriage of Goods based on the Rotterdam Rules]. *Yurist*, no 10, pp. 30–34.
- Baughen S.J. (1996) Review of Luddecke Johnson The Hamburg Rules. *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, vol.199, pp. 302–303.
- Berlingieri F. (2014) *International Maritime Conventions. Carriage of Goods and Passengers by Sea*. Abingdon: Routledge, 486 p.
- Berlingieri F. A Comparative Analysis of the Hague-Visby Rules, the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules. Available at: [https://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg\\_3/Berlingieri\\_paper\\_comparing\\_RR\\_Hamb\\_HVR.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/Berlingieri_paper_comparing_RR_Hamb_HVR.pdf) (accessed: 16.04.2016)
- Giasch J. Bills of Lading, Waybills and the Hague-Visby Rules. Available at: [http://www.admiraltylaw.com/papers/Bills\\_of\\_Lading\\_waybills\\_and\\_HR\\_Rules.pdf](http://www.admiraltylaw.com/papers/Bills_of_Lading_waybills_and_HR_Rules.pdf) (accessed: 16.04.2016)
- Harris J.W. (2011) *Laws and Legislation. Maritime Law: Issues, Challenges and Implications*. London: Nova Science Publishers, 196 p.
- Ivanov G.G. (2008) Morskie perevozchiki v ojidanii novikh pravil, vozmojno Rotterdamskikh pravil [Marine Carriers in Anticipation of the New Rules. Rotterdam Rules, probably]. *Transportnoe pravo*, no 4, pp. 5–9.

Kalpin A.G. (2010) Konventsiya OON o dogovorakh polnostiy ili chastichnoy morskoi perezovozke gryzov (Rotterdamskie pravila) [UN Convention on Contracts for Wholly or Partly by Sea Transport of Goods (Rotterdam Rules)]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 85–97.

Kokin A.S. (2007) *Mezhdunarodnaia morskaiia perezovozka gryza: pravo i praktika* [International Shipping: Law and Practice]. Moscow: Volters Kluwer, 584 p. (in Russian).

Kholopov K.V. (2010) *Mejdynarodnoe chastnoe transportnoe pravo. Analiz norm mezhdunarodnogo i rossiiskogo transportnogo prava: ychebnoe posobie* [Private International Transport Law. Analysis of International and Russian Transport Law: Manual]. Moscow: Statut, 702 p. (in Russian).

Kweku G.A. (2009) *The Hamburg Rules: Did it Increase the Liability of the Carrier?* Saarbrücken: Lambert, 76 p.

Nazli I., Zulkifli H. Weaknesses of the Hague Rules and the Extent of Reforms made by the Hague-Visby Rules. Available at: [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/wks\\_MA\\_24604.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/wks_MA_24604.pdf) (accessed: 16.04.2016).

Wanigasekera A. Comparison of Hague-Visby and Hamburg Rules. Available at: [http://www.juliusandcreasy.com/inpages/publications/pdf/comparison\\_of\\_hague\\_and\\_hamburg-AW.pdf](http://www.juliusandcreasy.com/inpages/publications/pdf/comparison_of_hague_and_hamburg-AW.pdf) (accessed: 16.04.2016)

Yerpyleva N.Yu. (2003) Aktualnie problemy teorii i praktiki mejdynarodnogo transportnogo prava [Problems of Theory and Practice of International Transport Law]. *Advokat*, no 2, pp. 33–54.

# Доктрина добросовестного использования произведений в современном авторском праве США

---



**О.В. Луткова**

доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина, кандидат юридических наук. Адрес: 123286, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9. E-mail: ovlutkova@mail.ru

---



## Аннотация

Предметом исследования является доктрина добросовестного использования в авторском праве США, на основании которой осуществляется свободное использование произведений. В соответствии с доктриной добросовестного использования третьи лица могут беспрепятственно эксплуатировать защищенные авторским правом произведения при условии, что это способствует «прогрессу науки и полезных искусств» (п. 8 разд. 8 ст. 1 Конституции США). Особое внимание уделено анализу содержания доктрины добросовестного использования в авторском праве США в исторической перспективе от первых прецедентов американских судов, послуживших основой зарождения доктрины, и до ее современного состояния. Анализ проведен на основе признанных судебных прецедентов и некоторых решений американских судов последних лет, не имеющих статуса прецедентных решений. В исследовании использованы методы правового анализа, правового моделирования, правового прогноза, методы сравнительного правоведения и исторического анализа. Основными выводами исследования являются следующие. Выделены четыре основные черты доктрины добросовестного использования в современном авторском праве США. Во-первых, обоснование доктрины добросовестного использования защищенных авторским правом произведений посредством классических факторов оценки, закрепленных в Законе об авторском праве 1976 г.: 1) цель и характер использования, включая оценку коммерческой и образовательной составляющей; 2) природа произведения; 3) объем и значимость использованной части по отношению к целому произведению; 4) полезность эффекта использования произведения для потенциального рынка и ценности исходной работы. Во-вторых, возможность судей дополнительно использовать любые другие факторы оценки, а также отказываться от применения «классических» факторов. В-третьих, изменение квалификации некоторых классических факторов оценки по сравнению с более ранними периодами истории развития доктрины. В-четвертых, современная тенденция изменить существенное восприятие доктрины добросовестного использования в правоприменительной практике США. Сделан общий вывод о непредсказуемости и спонтанности системы современного авторского права США, основанного на доктрине добросовестного использования. Также сделан вывод о недостаточном соответствии доктрины добросовестного использования требованиям Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г. и критериям «трехступенчатого» теста проверки. Отмечены следующие основные сферы противоречий: цель регулирования, круг объектов регулирования, допустимые способы использования произведений.

---



## Ключевые слова

современное авторское право США, доктрина добросовестного использования, факторы добросовестного использования, свободное использование произведений, развитие доктрины добросовестного использования, критика доктрины добросовестного использования.

---

Библиографическое описание: Луткова О.В. Доктрина добросовестного использования произведений в современном авторском праве США // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 186–199.

JEL: K19; УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.186.199

В авторском праве США свободное использование произведений обосновывается доктриной добросовестного использования («fair use»)<sup>1</sup> и в самом общем смысле означает разрешение третьим лицам беспрепятственно использовать защищенные авторским правом произведения при соблюдении определенных условий. Добросовестное использование допускается без получения дозволения владельца авторских прав в пределах, пока оно способствует «прогрессу науки и полезных искусств» (п. 8 разд. 8 ст. 1 Конституции США). Дополнительно некоторые ограничения авторского права при добросовестном использовании объясняются необходимостью защиты свободы слова в соответствии с Первой поправкой к Конституции США. С помощью доктрины «fair use» американское общество стремится к балансу интересов правообладателя и общества, заинтересованного в социальной и культурной ценности произведения. Первоначально концепция «добросовестного использования» существовала в США как «общее право» (*common law*), но впоследствии была закреплена в статьях Закона «Об авторском праве» 1976 г. (*Copyright Act*)<sup>2</sup> (далее — закон 1976 г.).

Дефиниция «добросовестное использование» в законодательных актах США не сформулирована, а в судебной практике не сложилось единого понимания этого института. Понимается, что использован в соответствии с правилами доктрины, т.е. добросовестно, может быть любой материал, обладающий свойством «трансформации»<sup>3</sup> и защищенный авторским правом. Свойство трансформации подтверждается в том случае, если будет установлено, что использование копируемого произведения соответствует цели Закона 1976 г. — стимулированию творческого обогащения общества. Чтобы квалифицировать использование произведения как добросовестное, необходимо установить, как именно оно способствует развитию знаний или прогрессу искусства, добавляя что-то новое.

Перечень случаев добросовестного использования перечислен в ст. 107 «Ограничение исключительных прав: добросовестное использование» Закона 1976 г. К ним относятся критика, комментарии, новостные сводки, преподавание (в том числе множественное копирование для использования на занятиях в классах), получение научных знаний и научные исследования. В американской правовой доктрине эти случаи поделе-

<sup>1</sup> Термин «добросовестное использование» применяется в системе права США. В других государствах англосаксонской системы права и их бывших колониях (Великобритания, Канада, Австралия, Новая Зеландия, Сингапур, Южная Африка, Индия) используется похожий, но не идентичный по содержанию термин, переводимый на русский язык как «добросовестное поведение» или «честное использование» (англ. — «fair dealing»). Доктрина «честного поведения» в сравнении с доктриной «добросовестного использования» является менее гибкой. Например, доктрина честного использования действует в Индии. Хотя сам термин «честное использование» законодательно не закреплён, но и он, и суть самой доктрины неоднократно обсуждались в актах судебной практики Индии, в частности, в решении Верховного суда Кералы по делу *Civic Chandran v. Ammini Amma*. See: *Gopalakrishnan N.S., Agitha T.G. Principles of Intellectual Property*. 2<sup>nd</sup> ed. 2014. P. 369–393; *Scaria A.G. Piracy in the Indian Film Industry: Copyright and Cultural Consonance*. Cambridge, 2014. P. 47–53.

<sup>2</sup> Текст см.: URL: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=5405> (дата обращения: 04.03.2016)

<sup>3</sup> См.: *Copyright and Fair Use Overview*. Stanford University Libraries, 2007 // [http://fairuse.stanford.edu/Copyright\\_and\\_Fair\\_Use\\_Overview/chapter9/9-a.html](http://fairuse.stanford.edu/Copyright_and_Fair_Use_Overview/chapter9/9-a.html) (официальный сайт при поддержке он-лайн библиотеки Стэнфордского Университета) (дата обращения: 04.03.2016)

ны на две группы: «творческая форма» (*creative*) и «количественная форма» (*quantitative*) добросовестного использования<sup>4</sup>.

«Творческая форма» — основа доктрины добросовестного использования. В творческой форме предусмотрена возможность авторов без специального разрешения использовать более ранние работы других авторов для создания собственных произведений. Иллюстрируют творческую форму следующие примеры: критика — цитирование нескольких строчек из чужого произведения в рецензии; комментарии — использование информации из чужого произведения в научной диссертации; новостные сводки — копирование нескольких параграфов из газетной статьи преподавателем или студентом для занятий; использование материала в качестве доказательства в суде — копирование части статьи из иллюстрированного журнала для использования в судебном разбирательстве. В многочисленных решениях американские судьи пришли к выводу, что к добросовестному использованию также необходимо отнести пародию, поскольку пародия в силу своей природы не может осуществляться без использования исходного материала<sup>5</sup>. Ключевым моментом приведенных случаев творческой формы добросовестного использования произведений в США является извлечение обществом пользы из производных произведений — рецензий, работ, пародий, статей, основанных на чужом исходном материале, защищенном авторским правом<sup>6</sup>.

«Количественная форма» как вариант добросовестного использования авторских произведений третьими лицами в США возникла, когда в 60-х годах XX в. стало стремительно развиваться фотокопирование. Соответственно, возникла необходимость защиты авторов оригиналов работ от так называемого «паразитного издательства». Появление количественной формы добросовестного использования сыграло значительную роль в области цифрового копирования, поскольку она позволила делать дубликаты авторских произведений для массового потребления при соблюдении условия сохранения качества и недопущения искажения оригинала. Нововведение поддержали коллективные организации правообладателей, которые разработали согласованные руководящие указания с особыми ограничениями на копирование<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Thatcher S.G. Fair Use in Theory and Practice: Reflections on Its History and the Google Case // [http://www.psupress.org/news/news\\_NACUA.html](http://www.psupress.org/news/news_NACUA.html) (дата обращения: 04.03.2016)

<sup>5</sup> Однако пародию относят к добросовестному использованию только в том случае, если она способна вызвать в воображении людей аналогию с оригиналом работы. См.: *Louvisch S. Monkey Business: The Lives and Legends of the Marx Brothers*. London, 2001.

<sup>6</sup> См.: Copyright and Fair Use Overview. Stanford University Libraries, 2007 // [http://fairuse.stanford.edu/Copyright\\_and\\_Fair\\_Use\\_Overview/chapter9/9-a.html](http://fairuse.stanford.edu/Copyright_and_Fair_Use_Overview/chapter9/9-a.html) (дата обращения: 04.03.2016)

<sup>7</sup> В целом существует семь блоков руководящих указаний для количественной формы добросовестного использования авторских произведений: копирование для класса, музыка, дистанционное обучение, межбиблиотечные заимствования, транслирующиеся через кабель вещательные программы, цифровые картинки и образовательная мультимедиа. Руководящие начала чаще всего используются в сферах образования, так как они обеспечивают защиту и «иммунитет» учителям от исковых заявлений к университетам, где они работают. Например, Руководящие Указания для копирования в классах 1976 г. (Classroom Guidelines) ограничивают копирование 250 словами максимально из стихотворения и 2500 словами рассказа или статьи, если дубликат создается только для одного курса обучения, если используется не более одного рассказа, стихотворения, статьи либо двух отрывков одного автора. Копирование должно осуществляться под руководством учителя и должно быть настолько спонтанным, что было бы нецелесообразно ожидать своевременной выдачи разрешения на данные действия. См.: Ad-Hoc Committee of Educational Institutions and Organizations on Copyright Law Revision Guidelines “Agreement on Guidelines for Classroom Copying in Not-For-Profit Educational Institutions” / reprinted in House Report. No. 94-1476. 94<sup>th</sup> Cong., 2d Sess., 1976. P. 65–74.

До 1975 г. добросовестное использование авторских произведений рассматривалось исключительно в контексте учебных целей, и этот вопрос не связывался с использованием материала для личных целей. Ситуация изменилась в связи с решением Апелляционного Суда по делу Уиллиамса и Вилкинса против Национальной медицинской библиотеки и Национального института здоровья (*Williams & Wilkins v the National Library of Medicine and the National Institutes of Health*)<sup>8</sup>, в котором суд постановил, что в данном случае фотокопирование материала следует признать добросовестным использованием в личных целях.

Американские судьи при вынесении решений по вопросам добросовестного использования произведений опираются на четыре фактора оценки добросовестного использования<sup>9</sup> и обладают широкими полномочиями при толковании и применении этих факторов к конкретным спорам, в связи с чем практически невозможно предугадать исход дела. Закрепленные в Законе 1976 г. факторы представляют собой обстоятельства общего характера: 1) цель и характер использования, включая вопрос, подчинено ли оно коммерческим целям или имеет некоммерческий образовательный характер; 2) природа произведения, защищенного авторским правом; 3) объем и значимость использованной части по отношению к целому произведению; 4) полезность эффекта использования произведения для потенциального рынка и ценности исходной работы<sup>10</sup>.

Все четыре фактора впервые были выработаны и сформулированы в ставшем хрестоматийным судебном прецеденте по делу Фолсом против Марша (*Folsom v. Marsh*)<sup>11</sup> (1841). Суд не согласился с доводами ответчика о добросовестном использовании произведения истца, отметив, что «...рецензент может добросовестно цитировать оригинальную работу в большом объеме, если его задачей является использование этих цитат для справедливой и разумной критики... если он цитирует самые важные части работы не с целью критики, а с целью замены, использования и обзора первоначальной работы, то такое использование будет считаться пиратством... мы должны... учитывать характер и цели произведенной выборки, количество и объем использованных материалов и степень, в которой это использование может наносить ущерб продажам, служить причиной снижения прибыли, или заменять цели первоначальной работы»<sup>12</sup>.

**Фактор первый** — цель и характер использования, включая вопрос, подчинено ли использование коммерческим целям или имеет некоммерческий образовательный характер. С начала 1990-х годов, следуя доводам П. Леваля (Pierre N. Leval<sup>13</sup>), судьи стали

<sup>8</sup> См.: *Williams & Wilkins v. U.S.*, 420 U.S. Supreme Court, 1975 // <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/420/376/> (дата обращения: 04.03.2016)

<sup>9</sup> См.: *Copyright and Fair Use Overview*. Stanford University Libraries, 2007 // [http://fairuse.stanford.edu/Copyright\\_and\\_Fair\\_Use\\_Overview/chapter9/9-a.html](http://fairuse.stanford.edu/Copyright_and_Fair_Use_Overview/chapter9/9-a.html) (дата обращения: 04.03.2016)

<sup>10</sup> См.: *Copyright Act 1976, Title 17, Chapter 1, United States Code, § 107 Limitations on exclusive rights: Fair Use.*

<sup>11</sup> *Reese A.R. The Story of Folsom v. Marsh: Distinguishing Between Infringing and Legitimate Uses / Intellectual Property Stories*. New York, 2006. P. 259.

<sup>12</sup> *Charles Folsom v. Bela Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841) <http://www.copyright.gov/fair-use/summaries/folsom-marsh-ccmass1841.pdf> (дата обращения: 04.03.16). См.: *Patterson L.R. Folsom v. Marsh and Its Legacy / University of Georgia School of Law*. 1998. № 4-1. P. 431 // [http://digitalcommons.law.uga.edu/fac\\_artchop/351](http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/351) (дата обращения: 04.03.16); *Reese A.R. The Story of Folsom v. Marsh: Distinguishing Between Infringing and Legitimate Uses / Intellectual Property Stories*. P. 259.

<sup>13</sup> Пьер Леваль — известный американский судья, принимавший участие в формировании доктрины fair use. Как практик с 1977 г. он участвовал в рассмотрении многих дел, сформировавших современную политику применения доктрины добросовестного использования. Теоретические изыскания



отдавать приоритет именно этому фактору. В настоящее время в американской правоприменительной практике упрочилась позиция, что добросовестным следует считать преобразующее, творческое последующее использование произведения, независимо от его коммерческого или некоммерческого характера, поскольку, многие, если не все, вторичные работы создаются, по крайней мере, с неосновной целью получения хотя бы некоторой коммерческой выгоды от их использования.

В соответствии с первым фактором оценивается, соответствует ли конкретный случай использования произведения третьим лицом цели Закона 1976 г. — стимулированию творческого обогащения общества, или цель использования чужого авторского произведения иная — подмена оригинала исключительно для получения личной выгоды. Ключевым моментом здесь является степень, в которой использование является преобразованием, ведущим к созданию именно новой (последующей), а не производной формы.

В США в 1997 г. фотограф Т. Форсит создал серию снимков «Цепь питания Барби» («Food Chain Barbie»), где куклы Барби были помещены в «опасные ситуации» рядом или внутри кухонных приборов. Фотограф считал, что его произведения созданы с целью «подвергнуть критике объективизацию женщин, ассоциируемых с куклой Барби, разрушить миф о традиционных стандартах красоты и общественное признание женщин в качестве объектов, поскольку именно это символизирует образ Барби»<sup>14</sup>. После четырех лет процесса, инициированного выпускающей кукол Барби компанией «Мэттел» («Mattel»), в 2003 г. Федеральный суд постановил, что создание фотографического произведения является добросовестным использованием: «...польза обществу — разрешить такое использование (разрешить свободу творчества, свободу выражения и критику культурного образа) — огромна... и соответствует целям Закона об авторском праве»<sup>15</sup>.

**Второй фактор** — природа произведения, защищенного авторским правом. Чем больше творческий вклад автора первичного произведения, тем сложнее доказать добросовестность использования такого произведения<sup>16</sup>. Одним из хрестоматийных дел для процесса становления доктрины «свободного использования» является спор Арт Роджерс против Джефа Кунса (*Art Rogers v. Jeff Koons*) (1992). Д. Кунс (ответчик) заимствовал фотографию А. Роджерса для создания собственной скульптуры «Вереница щенков» и объяснял это добросовестным использованием с целью создания пародии. Ответчик проиграл спор, так как суд не усмотрел пародии именно на первичное произведение, пояснив, что сатира на нравы общества в целом не имеет отношения к пародии на конкретное произведение. Суд счел заимствование недостаточно оправданным в силу того, что преобразования первичной работы во что-то новое в результате заимствования не произошло<sup>17</sup>.

П. Леваль отразил в доктринальных исследованиях, в частности, в программной статье «Toward a Fair Use Standard» (1990). См.: *Leval P.N. Toward a Fair Use Standard* // 103 Harv. L. Rev. 1105. 1990. <http://docs.law.gwu.edu/facweb/claw/levalfrustd.htm> (дата обращения: 04.03.2016)

<sup>14</sup> *Mattel Inc. v. Walking Mountain Productions* // Berkeley Technology Law Journal. Vol. 20. Is. 1. Art. 65. January 2005. P. 733.

<sup>15</sup> Текст см.: *Mattel Inc. v. Walking Mountain Productions* // Berkeley Technology Law Journal. Vol. 20. Is. 1. Art. 65. January 2005. P. 733.

<sup>16</sup> *Calvert C., Pember D. Mass Media Law*. N.Y., 2013. P. 489.

<sup>17</sup> *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 // <http://openjurist.org/960/f2d/301/rogers-v-koons> (дата обращения: 04.03.2016)

**Фактор третий** — объем и значимость использованной части по отношению к целому произведению. Суд учитывает процентное соотношение заимствованного материала в новом произведении, причем не только цитаты, но и обработанный (перефразированный) материал. Так произошло в деле Сэлинджер против «Рандом Хаус» (*Salinger v. Random House, Inc*) (1987). По заказу издательства Й. Хамилтон написал биографию Д. Сэлинджера, в текст которой из-за недостатка исследовательского материала включил неопубликованные письма писателя. Несмотря на незначительную перефразировку текстов писем Сэлинджера, которая позиционировалась ответчиком как добросовестное использование, он проиграл дело, поскольку суд счел, что «...защищается манера выражения человека, его восприятие и интерпретация событий»<sup>18</sup>. Объем цитат, включая перефразированный текст писем, составил около 40% текста биографии, что суд посчитал существенной частью произведения.

**Фактор четвертый** — полезность эффекта использования произведения для потенциального рынка и ценности исходной работы. Обоснование судебного решения с учетом этого фактора ярко прослеживается в деле издательства «Харпер энд Роу» против журнала «Нэйшн» (*Harper & Row, Publishers, Inc. v «Nation Enterprises (Nation)»*)<sup>19</sup>. Издательство готовило к выпуску мемуары бывшего президента Дж. Форда, которые представляли собой повествование от первого лица, изложенное человеком, подписавшим помилование президенту Р. Никсону<sup>20</sup>. Однако «Нэйшн», которому удалось получить «пиратскую» копию мемуаров, нарушил задуманный автором порядок обнародования произведения, опередив издательство и опубликовав именно ту часть книги, которая содержала описание Дж. Фордом процедуры помилования Р. Никсона. Несмотря на то, что «Нэйшн» использовал только 300 слов из книги в 200 тыс. слов (0,0015%), Верховный Суд США решил, что такое использование составляет сущность произведения, и потому является недобросовестным. Также подчеркивался аргумент: цитируемые «Нэйшном» 300 слов представляют всю суть содержания книги, что помешало в дальнейшем коммерческому успеху первоисточника (мемуаров) на рынке. Именно отсутствие ущерба, наносимого оригиналу производным произведением, «без сомнения, самый важный элемент доктрины добросовестного использования»<sup>21</sup>.

Целесообразно рассмотреть, как факторы доктрины «fair use» применяются в современных решениях американских судов. Интересен спор Гильдии авторов против компа-

<sup>18</sup> *Salinger v. Random House*, 811 F.2d 90 (1987) // [http://www.bc.edu/bc\\_org/avp/cas/comm/free\\_speech/salinger.html](http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/salinger.html) (дата обращения: 04.03.2016)

<sup>19</sup> *Harper & Row, Publishers, Inc., Et Al. v. Nation Enterprises Et Al.* 471 U.S. 539 (1985) // <https://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/1985%20Harper%20Abridged.pdf> (дата обращения: 04.03.2016)

<sup>20</sup> Право помилования по федеральным преступлениям в США (*power to grant reprieves and pardons for offenses against the United States*) в соответствии со ст. 2 Конституции США принадлежит Президенту США, исключая случаи импичмента. Поскольку импичмент в отношении Р. Никсона еще не начинал рассматриваться, хотя заключение по импичменту уже было подготовлено к передаче в Сенат США, сам Р. Никсон сложил полномочия, а новый президент США Дж. Форд получил и осуществил право помиловать Никсона «за все преступления, которые тот мог совершить». Помилование в соответствии с толкованием Верховного Суда США включает: полное прощение за преступление (освобождение от уголовной ответственности), условное прощение, смягчение приговора, условное смягчение приговора, снятие наложенного штрафа и конфискации, отсрочку исполнения приговора и амнистии. См.: *Ruckman P.S., Jr. Executive Clemency in the United States: Origins, Development, and Analysis (1900-1993)*. *Presidential Studies Quarterly*, 1997. P. 251–271.

<sup>21</sup> *Harper & Row, Publishers, Inc., et al. v. Nation Enterprises et al.* 471 U.S. 539 (1985) // <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/1985%20Harper%20Abridged.pdf> (дата обращения: 04.03.2016)

нии «Гугл» (*The Authors Guild v. Google, Inc.*)<sup>22</sup> (2015), в вердикте по которому судом были детально исследованы доводы сторон и обосновано, почему проект Google Books, связанный с оцифровкой множества книг без согласия правообладателей, следует считать правомерным<sup>23</sup>. Апелляционный суд в этом споре поддержал решение нижестоящего в том, что деятельность поискового сервиса следует квалифицировать как добросовестное использование, опираясь на все четыре классических фактора.

Первый фактор в споре — цель или характер использования (*secondary use*) должны быть преобразующими. Суды США и прежде признавали преобразующими действия по изготовлению цифровых копий книг для их использования в целях поиска и анализа. В коммерческом использовании проекта суд также не усмотрел противоречия добросовестному использованию. Возможность просмотра отрывков текста по искомым словам суд оценил даже как увеличивающую ценность основной преобразующей функции поиска, поскольку она дает возможность пользователю не только найти нужный термин, но и уточнить его значение по контексту. Таким образом, первый фактор добросовестного использования был оправдан судом.

Второй фактор в споре — природа охраняемого произведения. Он всегда рассматривается американскими судами в контексте первого, поскольку оценить цель создания последующего произведения невозможно без сопоставления с целью и назначением оригинального произведения. В силу того, что большая часть оцифрованных произведений истцов не имела художественного значения, суд оценил второй фактор также в пользу добросовестного использования.

Третий фактор в споре — объем и существенность заимствованной части в сравнении с созданным произведением. В рассматриваемом случае произведения заимствовались полностью. Такое заимствование американские суды считают допустимым, если оно разумно необходимо для достижения преобразующей цели и производится таким способом, чтобы не создать конкурирующий заменитель оригинала<sup>24</sup>. Суд заключил, что «копирование всего объема оригинала не просто разумно соответствует преобразующей цели Google, без него буквально не обойтись, чтобы такую цель достичь»<sup>25</sup>. Кроме того, суд посчитал, что возможность просмотра отрывков не способна существенно конкурировать с продажей оригиналов книг.

Четвертый фактор в споре — оценка воздействия, которую использование чужого произведения оказывает на его ценность или потенциальный рынок. Суд установил, что проект не уменьшает ценности трудов правообладателей и не лишает их дохода, поскольку покупка книги на бумажном носителе обходится потребителю дешевле, нежели затраты, которые он должен был бы вложить, пытаясь собрать и сопоставить набор несвязных выдержек из оцифрованных книг, пользуясь поисковым сервисом. Суд согласился, что некоторое снижение продаж бумажных аналогов оцифрованных книг возможно, тем не менее, это не окажет существенного влияния на потенциальный рынок или ценность охраняемых произведений. Соответственно, четвертый фактор также был оценен в пользу признания проекта добросовестным использованием.

<sup>22</sup> *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 13-4829 (2d Cir. 2015) // <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/13-4829/13-4829-2015-10-16.html> (дата обращения: 04.03.2016)

<sup>23</sup> Обзор спора см.: Тарасов Д.А. Судебный путеводитель по «fair use». 2015 // <http://lexdigital.ru/2015/114/> (дата обращения: 04.03.2016)

<sup>24</sup> Аналогичные рассуждения суда по третьему фактору см. в деле: *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.* (2d Cir. 2006) // <http://www.copyright.gov/fair-use/summaries/billgraham-dorling-2dcir2006.pdf> (дата обращения: 04.03.2016)

<sup>25</sup> Цит. по: Тарасов Д.А. Указ. соч.

Рассмотренное судебное решение по спору Гильдии авторов против Гугл подтверждает факт актуальности четырех факторов оценки добросовестного использования произведений для современного авторского права США. Однако важно отметить, что этот факт, как и сам факт фиксации в ст. 107 Закона 1976 г. четырех факторов не отменяют и не заменяют право, созданное на основе судебной практики: судьи по собственному усмотрению могут рассматривать и учитывать в своих решениях и иные факторы оценки.

В силу того, что каждый спор индивидуален и включает массу специфических деталей, которые, кроме того, могут потенциально в разной степени обращать на себя внимание разных составов судей, решающим в конкретном деле может стать аргумент (фактор), в Законе 1976 г. не сформулированный.

Например, факторы *недобросовестного поведения стороны и общественного интереса*. Суд сослался на эти факторы в решении по делу «Рэндом Хаус» против Говарда Хьюза (*Random House v. Howard Hughes*)<sup>26</sup> (1976). Г. Хьюз был известным в Америке лицом. Не желая выпуска в свет собственной биографии, подготовленной издательством «Рэндом Хаус», Хьюз выкупил права на статьи журнала «Лук» (*Look*), которые цитировались составителями биографии, — всего две прямые цитаты и восемь перефразированных строк. Опираясь на защиту авторского права, Хьюз стремился помешать выпуску биографической книги о себе, однако проиграл судебный процесс. Одним из аргументов судебного решения в пользу издательства стало то, что Хьюз «пришел в суд с нечистыми руками»: скупал права на журнальные статьи, чтобы запретить публикацию книги и не дать авторам биографии высказать свое мнение. Еще один аргумент суда состоял в том, что существует большой общественный интерес к биографии Хьюза — публичной фигуре, замешанной в политических скандалах. В силу этого цитаты из купленных Хьюзом журнальных статей могут считаться добросовестным использованием в биографии, несмотря на то, что книга нацелена на массовую аудиторию.

В еще одном судебном решении в качестве самостоятельного, причем названного ключевым для доктрины свободного использования фактора, было указано «*право автора контролировать первое появление своего произведения на публике*»<sup>27</sup>. Речь идет об упомянутом деле «Харпер энд Роу» против журнала «Нэйшн», в решении по которому суд подчеркнул, что в журнальной статье было опубликовано, по сути, основное содержание еще не доведенного до всеобщего сведения авторского произведения, и таким образом, журнал «присвоил» право на публикацию чужого произведения<sup>28</sup>.

Формулировка в рассматриваемом решении суда фактора «права автора контролировать первое появление своего произведения на публике» несколько лет воспринималась в юридической практике США как категорический запрет на цитирование неопубликованных работ. Однако в 1992 г. Конгресс внес поправки в параграф 107 раздела 17 Кодекса США (U.S. Code)<sup>29</sup>, уточнив, что сам по себе факт цитирования неопублико-

<sup>26</sup> *Heins M., Beckles T. Will Fair Use Survive? Free Expression in the Age of Copyright Control*. NY.: Brennan Center for Justice, 2005. P. 2 // <http://www.fepproject.org/policyreports/WillFairUseSurvive.pdf> (дата обращения: 04.03.2016)

<sup>27</sup> *Harper & Row, Publishers, Inc., Et Al. v. Nation Enterprises Et Al.* 471 U.S. 539 (1985) // <https://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/1985%20Harper%20Abridged.pdf> (дата обращения: 04.03.2016)

<sup>28</sup> *Calvert C., Pember D. Op. cit.* P. 487.

<sup>29</sup> Кодекс США состоит из 51 раздела (Title), каждый из которых посвящен отдельной отрасли права либо крупному правовому институту (например, раздел 15 — «Коммерция и торговля» (Commerce and Trade), раздел 17 — «Авторское право» (Copyright), раздел 35 — «Патенты» (Patents) и т. д.). Разделы расположены в алфавитном порядке. Каждый раздел состоит из глав (Chapter), которые, в свою очередь, могут делиться на части (Part), отделы (Section) и параграфы (Paragraph).

ванного произведения не является императивным предписанием, предопределяющим невозможность признания использования добросовестным<sup>30</sup>.

Имея дело с доктриной добросовестного использования в авторском праве США, следует учитывать еще один важный момент: соотношение понятий «переработка» и «преобразование». В американской правовой системе, как и во всех национальных системах авторского права, существует понятие «переработка» произведения, результатом которой становится «производное произведение» (*derivative work*). В ст. 106 Закона 1976 г. установлено исключительное право первоначального автора (владельца прав) «создавать производные произведения, основанные на охраняемом произведении».

Особенностью американской системы авторского права является то, что в интересах доктрины добросовестного использования созданы термины со специальным содержанием: «преобразование» произведения и «последующее произведение» (*secondary work*), возникающее в результате преобразования. Все права на преобразующее произведение, которое не является переработкой, возникают у его создателя.

Как в результате переработки, так и в результате преобразования оригинальных произведений возникают новые объекты, но с разными правовыми статусами, предопределяющими разное (полярное) отношение к вопросу об условиях, на которых используются исключительные права автора (правообладателя) оригинального произведения. Соответственно, значение имеет установление критериев, в соответствии с которыми в американском авторском праве разграничиваются переработка и преобразование.

В США существует понятие производного права — исключительное право «создавать производные произведения на основе охраняемых» (§106(2) U.S. Code), но определение производного произведения не сформулировано. В указанной статье содержится примерный перечень действий, которые следует относить к переработке: перевод книги, адаптация романа для кино или театра, переделка произведения в виде электронной или аудиокниги и др. В судебной практике фигурирует устоявшееся мнение, что «... производные произведения связаны с преобразованиями в виде *изменения формы*... они не преследуют таких преобразующих целей, которые удовлетворяют критериям добросовестного использования»<sup>31</sup>. Таким образом, к производному произведению применимы следующие характеристики: воплощение первоначального творческого содержания в иной форме; сохранение всех охраняемых элементов оригинала неизменными, но представление их в новом виде; использование для удовлетворения те же потребностей общества.

Напротив, преобразование в рамках доктрины добросовестного использования приводит к изменению *цели и предназначения* произведения. В некоторых судебных решениях предлагается квалифицировать последующее использование как «дополняющее» (*complementary use*), как дополняют друг друга гвоздь и молоток стремясь к общей, но единой цели, достижение которой возможно только сообща<sup>32</sup>. В других решениях квалифицирующий факт дополнения оригинальным и последующим произведениями друг друга ради общей цели отрицается и утверждается, что, напротив, именно произ-

<sup>30</sup> См.: *Heins M., Beckles T.* Op. cit.

<sup>31</sup> *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 13-4829 (2d Cir. 2015) // <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/13-4829/13-4829-2015-10-16.html> (дата обращения: 04.03.2016)

<sup>32</sup> *Ty, Inc. v. Publ'ns Int'l, Ltd.*, 292 F.3d 512, 517 (7th Cir. 2002) // [http://www.bc.edu/content/dam/files/schools/law/bclawreview/pdf/50\\_2/03\\_livingston.pdf](http://www.bc.edu/content/dam/files/schools/law/bclawreview/pdf/50_2/03_livingston.pdf) (дата обращения: 04.03.16); *Kienitz v. Sconnie Nation, LLC*, 766 F.3d 756 (7th Cir. 2014) // <http://www.copyright.gov/fair-use/summaries/kienitz-sconnienation-7thcir2014.pdf> (дата обращения: 04.03.2016)



водное произведение дополняет оригинальное: «книга и фильм на ее основе идеально подкрепляют друг друга, совместно достигая цели, недостижимой ими по отдельности: озарения автора книги дополняются толковательным мастерством кинематографистов, создавая более эффектный совместный объект в виде фильма»<sup>33</sup>. Действия по созданию последующего произведения предлагается рассматривать как действия, не являющиеся исключительной прерогативой автора оригинального произведения, когда новый автор заимствует чужое произведение, например, для пародирования, «разоблачает» его ошибочность или неточности, при этом целью последующего объекта является именно «осмеяние», критика первичного произведения, что невозможно назвать процессом достижения общей цели.

Таким образом, американские суды не единодушны и иногда полярны в оценке отношения оригинального и последующего произведений в рамках концепции добросовестного использования. Граница между переработкой произведения и добросовестным использованием в американском праве отсутствует.

В США распространено мнение, что «добросовестное использование» не дает пользователям отдельного права свободно использовать чужое произведение и является лишь видом судебной защиты (*affirmative defense*)<sup>34</sup>. И хотя последние судебные решения дают возможность задуматься об изменении роли доктрины добросовестного использования в правовой системе США, в их текстах пока достаточно много путаницы и неточностей. Кроме того, у них нет прецедентного значения.

Так, в решении по делу Ленц против «Юниверсал Мьюзик»<sup>35</sup> (*Lenz v. Universal Music*)<sup>36</sup> (2015) суд сформулировал совершенно новые для доктрины добросовестного использования положения: добросовестное использование — это не оправдываемое законом нарушение, а разрешенные случаи правомерного использования охраняемого произведения, т.е. пользователь имеет право использовать чужое произведение в допустимых пределах без согласия правообладателя; добросовестному использованию коррелирует встречная обязанность правообладателя не чинить препятствий.

Тем не менее, позиции представителей современной американской юридической науки и практики в отношении доктрины добросовестного использования часто сводятся к негативным оценкам<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Тарасов Д.А. Указ. соч.

<sup>34</sup> Тарасов Д.А. Пользователи в США получили право использовать охраняемые произведения без получения согласия // <http://lexdigital.ru/2015/113/> (дата обращения: 04.03.2016)

<sup>35</sup> С.Ленц (Stephanie Lenz) разместила на YouTube 29-секундное домашнее видео, где ее маленькие дети танцуют под композицию исполнителя Prince, права на которую принадлежали студии Universal Music. В начале видео мать спрашивает детей мнение о музыке, после чего дети начинают танцевать. Музыка хорошо узнаваема и играет на протяжении всего отрывка. Universal Music обвинил С. Ленц в существенном использовании охраняемого произведения без согласия правообладателя, поскольку музыкальная композиция находится в центре ролика.

<sup>36</sup> *Lenz v. Universal Music Corp.*, No. 13-16106 (9th Cir. 2015) // <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/13-16106/13-16106-2015-09-14.html> (дата обращения: 04.03.2016)

<sup>37</sup> См.: Seltzer L.E. Exemptions and Fair Use in Copyright: The Exclusive Rights Tensions in the 1976 Copyright Act. Harvard University Press, 1990. P. 50–54.; Crews K.D. Copyright, Fair Use, and the Challenge for Universities: Promoting the Progress of Higher Education. University of Chicago Press, 1993. P. 34. Профессор М. Мэдисон характеризует доктрину добросовестного использования как излишне «фрагментарную», что делает ее бесполезной в качестве инструмента», способного предсказать результат спора. См.: Madison J., Nard C., McKenna M. The Law of Intellectual Property. Wolters Kluwer, 2013 // <http://jurist.law.pitt.edu/people/michael-j-madison#sthash.LQrSuZMr.dpuf> (дата обращения: 04.03.2016). Ученый К. Крюз считает,



Действительно, можно усмотреть множество недостатков доктрины: ни один фактор не предписан императивно, таким образом, любой (или все) из них может быть опущен и заменен другим квалифицирующим обстоятельством; отношение в правоприменении к характеристикам одних и тех же факторов со временем может меняться на противоположное; ни на каком уровне (законодательном, прецедентном, доктринальном) не предложено четкого разграничения процессов переработки произведения и процесса добросовестного использования произведения. Соответственно, стабильность в вопросе о квалификации использования произведений как добросовестного отсутствует.

Кроме того, доктрина «fair use» не вполне соответствует требованиям Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г.<sup>38</sup> — документу, в котором вопрос свободного использования произведений проработан наиболее детально для международно-правового уровня. Соответственно, доктрина «fair use» не вполне соответствует критериям «трехступенчатого» теста проверки<sup>39</sup>. Основные противоречия и расхождения институтов свободного использования в международном авторском праве и добросовестного использования в современном авторском праве США проявляются в цели регулирования, в круге объектов регулирования, в допустимых способах свободного использования авторских произведений, применительно к «трехступенчатому тесту».

Оба института в глобальном масштабе направлены на установление баланса в обществе между обеспечением интересов авторов и третьих лиц. Однако институте свободного использования в международном авторском праве эта цель проявляется с позиций защиты самого автора<sup>40</sup> и сохранения исключительного характера авторского права<sup>41</sup>, тогда как цель доктрины добросовестного использования в авторском праве США в за-

---

что «добросовестное использование осмеяно большинством как один из самых неопределенных и туманных стандартов», который вызывает «сильное замешательство, как у юристов, так и у непрофессионалов, которым часто приходится разбираться в нюансах и жить по этим принципам — неясным и хрупким». См.: *Heins M., Beckles T.* Op. cit. Судья Ниммер упрекает судей в склонности «подгонять» одновременно все четыре классических фактора под то решение, которое они заведомо намерены принять, вместо того, чтобы рассуждать в каждом конкретном случае объективно, и отмечает, что утверждение, будто «... только от этих четырех факторов зависит решение суда — это сказка». См.: *Ibid.*

<sup>38</sup> О конвенционном регулировании свободного использования произведений см.: *Луткова О.В., Черныш Д.О.* Конвенционное регулирование свободного использования произведений в трансграничном коммерческом обороте // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2011. № 12. С. 47–56.

<sup>39</sup> Это происходит в силу того, что, несмотря на факт ратификации Соединенными Штатами Америки Бернской конвенции в 1989 г., в законотворческой и правоприменительной практике этого государства ко всем ограничениям прав авторов и иных правообладателей предъявляется лишь требование соответствия положениям документов из «пакета» Всемирной Торговой Организации, но не Бернской конвенции. *Owens R.* TRIPs and the Fairness in Music Arbitration: The Repercussions. In 25 EIPR, 2003. P. 49–54 // <http://www.peteryu.com/intip/owens.pdf> (дата обращения: 04.03.2016)

<sup>40</sup> В национальном договорном праве многих государств (Россия, США, Япония и др.) автор позиционируется как наиболее уязвимая сторона лицензионных отношений и защищается дополнительными принципами.

<sup>41</sup> Подтверждение этого тезиса см.: *Гейгер К.* Роль трехступенчатого теста в адаптации законодательства об авторском праве к информационному обществу // Бюллетень ЮНЕСКО по авторскому праву. Электронная версия русского издания. Январь–март 2007 г. № 1. С. 14 // <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001578/157848r.pdf> (дата обращения: 04.03.2016); *Gaita K., Christie A.F.* Principle or Compromise? Understanding the Original Thinking behind Statutory License and Levy Schemes for Private Copying // Intellectual Property Research Institute of Australia working paper. 2004. V. 4. P. 22.

щите интересов социума: «Хотя авторы, несомненно, входят в число запланированных выгодоприобретателей по авторскому праву, главнейшим, первостепенным выгодоприобретателем признается общество, чей доступ к знанию авторское право обеспечивает, вознаграждая за авторство»<sup>42</sup>.

В соответствии с конвенционным институтом свободного использования круг объектов, которые попадают под его регулирование, ограничен, напротив, в соответствии с доктриной добросовестного использования существует возможность ограничить исключительные права на любое произведение, обладающее свойством трансформации.

Конвенционные способы свободного использования произведений конкретно сформулированы: цитирование, воспроизведение, возможность сделать произведение доступным для всеобщего сведения и др. Способы использования произведения в рамках доктрины добросовестного использования не ограничены и могут быть самыми разными: помимо конвенционных, это может быть сокращение первичного произведения, заимствование значительной части или всего произведения, осуществление первой публикации вместо автора и др. (при условии, что критерии, разграничивающие процессы переработки произведения и создания последующего произведения, охарактеризованы лишь минимально).

Несовпадениями в содержании института свободного использования и доктрины добросовестного использования предопределено и противоречие последней «трехступенчатому тесту»<sup>43</sup>.

Полагаем, что признать доктрину добросовестного использования безупречным механизмом регулирования в современном авторском праве США не представляется возможным. Основанная на «fair use» система регулирования, как это видно из анализа правоприменительной практики американских судов, является непредсказуемой, спонтанной и не приводит к возможности в целом «просчитывать» правоприменительный результат в конкретном споре. Также полагаем, что в силу противоречия доктрины добросовестного использования нормам Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г. и, соответственно, «трехступенчатому тесту» проверки, опыт ее применения не может быть показательным ориентиром для правоприменительной практики в Российской Федерации<sup>44</sup>.



## Библиография

Калятин В.О. О перспективах применения в России доктрины добросовестного использования // Закон. 2015. № 11. С. 2–9.

Луткова О.В., Черныш Д.О. Конвенционное регулирование свободного использования произведений в трансграничном коммерческом обороте // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2011. № 12. С. 47–56.

<sup>42</sup> Цит. по: Тарасов Д.А. Судебный путеводитель по fair use. Ноябрь, 2015 // <http://lexdigital.ru/2015/114/> (дата обращения: 04.03.2016)

<sup>43</sup> См.: Добрякова Н.И. Заимствование или плагиат: российский и зарубежный опыт // Человеческий капитал и профессиональное образование. 2015. № 1(13). С. 19; Тарасов Д.А. Пользователи в США получили право использовать охраняемые произведения без получения согласия. Сентябрь, 2015 // <http://lexdigital.ru/2015/113/> (дата обращения: 04.03.2016)

<sup>44</sup> См. также: Калятин В.О. О перспективах применения в России доктрины добросовестного использования // Закон. 2015. № 11; Щербак Н.В. Пределы авторского права и смежных прав // Законодательство. 2011. № 8; Он же. Некоторые проблемы защиты авторских и смежных прав // Законодательство. 2015. № 1.

- Щербак Н.В. Пределы авторского права и смежных прав // Законодательство. 2011. № 8. С. 21–29.
- Calvert C., Pember D. *Mass Media Law*. N.Y., 2014. 720 p.
- Copyright and Fair Use Overview. Stanford University Libraries. 2007 // [http://fairuse.stanford.edu/Copyright\\_and\\_Fair\\_Use\\_Overview/chapter9/9-a.html](http://fairuse.stanford.edu/Copyright_and_Fair_Use_Overview/chapter9/9-a.html) (дата обращения: 04.03.2016)
- Crews K.D. *Copyright, Fair Use, and the Challenge for Universities: Promoting the Progress of Higher Education*. Chicago, 1993. 240 p.
- Gaita K., Christie A.F. Principle or Compromise? Understanding the Original Thinking behind Statutory License and Levy Schemes for Private Copying // Intellectual Property Research Institute of Australia working paper. 2004. Vol. 4. P. 1–36.
- Gopalakrishnan N.S., Agitha T.G. *Principles of Intellectual Property*. N.Y., 2014. 597 p.
- Heins M., Beckles T. Will Fair Use Survive? Free Expression in the Age of Copyright Control. Brennan Center for Justice, 2005. // <http://www.feproject.org/policyreports/WillFairUseSurvive.pdf> (дата обращения: 04.03.2016)
- Louvish S. *Monkey Business: The Lives and Legends of The Marx Brothers*. London, 2001. 464 p.
- Madison J. et al. *The Law of Intellectual Property*. N.Y., 2013. 1440 p.
- Owens R. TRIPs and the Fairness in Music Arbitration: The Repercussions 2003 // <http://www.peteryu.com/intip/owens.pdf> (дата обращения: 04.03.2016)
- Scaria A.G. *Piracy in the Indian Film Industry: Copyright and Cultural Consonance*. Cambridge, 2014. 338 p.
- Seltzer L.E. *Exemptions and Fair Use in Copyright: The Exclusive Rights Tensions in the 1976 Copyright Act*. Harvard, 1990. 208 p.
- Thatcher S.G. Fair Use in Theory and Practice: Reflections on Its History and the Google Case // [http://www.psupress.org/news/news\\_NACUA.html](http://www.psupress.org/news/news_NACUA.html) (дата обращения: 04.03.2016)
- 

## The Fair Use Doctrine in the Contemporary US Copyright Law



**Oksana V. Lutkova**

Associate Professor, Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow, 125993, Russian Federation. E-mail: [ovlutkova@mail.ru](mailto:ovlutkova@mail.ru)



### Abstract

The subject of the research is the fair use doctrine in the US copyright law which is the basis for free use of works. Under the doctrine, third parties may freely use copyrighted works through fair use provided that it promotes "progress of science and useful arts" (Article 1 section 8 subsection 8 of the US Constitution). Special attention was given to the analysis of the content of the fair use doctrine beginning with its occurrence in the first cases related to US copyright law. The analysis was conducted on the basis of case law and some of the decisions of US courts in recent years. The following methods were used in the research: legal analysis, legal simulation, legal forecast, comparative law methodology and historical analysis. The major research findings are as follows. The main features of the fair use doctrine in the contemporary US copyright law have been identified, i.e. the doctrine is based on the four classic evaluation factors (enshrined in the US Copyright Act 1976); the judge may use any other assessment factors; alteration of the qualification of some classical assessment factors in comparison with earlier periods of time; the occurrence of trends in the perception of fair use doctrine essence. The conclusion is made in respect of the unpredictability and spontaneity of the modern system of the US copyright law, based on the fair use doctrine. The conclusion is drawn in respect of insufficient conformity of the fair use doctrine with the requirements of the Berne Convention 1886 and to "three-step" test criteria. The main areas of controversy have been highlighted: the aim of legal regulation, the range of objects subject to regulation, permitted ways to use works.



## Keywords

contemporary US copyright law; fair use doctrine; fair use factors; free use of works; the development of the doctrine of fair use; fair use doctrine criticism.

Citation: Lutkova O.V.(2016) The Fair Use Doctrine in Contemporary US Copyright Law. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 186–199 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.186.199



## References

Calvert C., Pember D. (2014) *Mass Media Law*. N.Y.: McGraw-Hill, 720 p.

Crews K.D. (1993) *Copyright, Fair Use, and the Challenge for Universities: Promoting the Progress of Higher Education*. Chicago: University of Chicago Press, 240 p.

Copyright and Fair Use Overview. Stanford: University Libraries, 2007. Available at: [http://fairuse.stanford.edu/Copyright\\_and\\_Fair\\_Use\\_Overview/chapter9/9-a.html](http://fairuse.stanford.edu/Copyright_and_Fair_Use_Overview/chapter9/9-a.html) (accessed: 04.03.2016).

Gaita K., Christie A.F. (2004) Principle or Compromise? Understanding the Original Thinking behind Statutory License and Levy Schemes for Private Copying. *Intellectual Property Research Institute of Australia working paper*, vol. 4, pp. 1–36.

Gopalakrishnan N.S., Agitha T.G. (2014) *Principles of Intellectual Property*. 2nd. N.Y.: Paper Back, 597 p.

Heins M., Beckles T. (2005) *Will Fair Use Survive? Free Expression in the Age of Copyright Control*. Brennan Center for Justice. P.2. Available at: <http://www.fepproject.org/policyreports/WillFairUseSurvive.pdf> (accessed: 04.03.2016)

Kalyatin V. O. (2015) O perspektivakh primeneniya v Rossii doktriny dobrosovestnogo ispol'zovaniya [On the Perspectives of Applying Fair Use Doctrine in Russia]. *Zakon*, no 11, pp. 2–9.

Louvish S. (2001) *Monkey Business: The Lives and Legends of Marx Brothers*. London: Macmillan, 464 p.

Lutkova O. V., Chernysh D. O. (2011) Konventsionnoe regulirovanie svobodnogo ispol'zovaniya proizvedeniy v transgranichnom kommercheskom oborote [Convention Regulation of Free Use of Works in Transborder Commercial Turnover]. *Intellektual'naya sobstvennost'. Avtorskoe pravo i smezhnye prava*, no 12, pp. 47–56.

Madison J., Nard C., McKenna M. (2013) *The Law of Intellectual Property*. N.Y.: Wolters Kluwer, 1440 p.

Owens R. (2003) TRIPs and the Fairness in Music Arbitration: The Repercussions. Available at: <http://www.peteryu.com/intip/owens.pdf> (accessed: 04.03.2016)

Scaria A.G. (2014) *Piracy in the Indian Film Industry: Copyright and Cultural Consonance*. Cambridge: Cambridge University Press, 338 p.

Shcherbak N.V. (2011) Predely avtorskogo prava i smezhnykh prav [Limits of Copyright and Neighboring Rights]. *Zakonodatel'stvo*, no 8, pp. 21–29.

Seltzer L.E. (1990) *Exemptions and Fair Use in Copyright: The Exclusive Rights Tensions in the 1976 Copyright Act*. Harvard: Harvard University Press, 208 p.

Thatcher S.G. Fair Use in Theory and Practice: Reflections on Its History and the Google Case. Available at: [http://www.psupress.org/news/news\\_NACUA.html](http://www.psupress.org/news/news_NACUA.html) (accessed: 04.03.2016)

# Правовые формы ведения бизнеса российскими предпринимателями в Китае

---

---



## О.А. Берзинь

профессор кафедры уголовного права и уголовного процесса факультета права Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 603155, Российская Федерация, Нижний Новгород, ул. Большая Печерская, 25/12. E-mail: oberzin@hse.ru



## Е.Н. Рябинина

преподаватель кафедры уголовного права и уголовного процесса факультета права Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 603155, Российская Федерация, Нижний Новгород, ул. Большая Печерская, 25/12. E-mail: eryabinina@hse.ru

---



## Аннотация

Статья посвящена рассмотрению вопросов, связанных с правовым регулированием создания на территории Китайской Народной Республики предприятий со 100% российским капиталом и совместных российско-китайских предприятий. Учреждение предприятия со 100% российским капиталом рассматривается на примере компании с ограниченной ответственностью. Данную организационно-правовую форму российские предприниматели выбирают наиболее часто, поскольку внешне она схожа с распространенным в Российской Федерации обществом с ограниченной ответственностью. Однако, несмотря на общие черты, компания с ограниченной ответственностью в Китае и общество с ограниченной ответственностью в России имеют ряд существенных различий, которые были выявлены в ходе сравнительного анализа основных правовых характеристик данных юридических лиц и заключаются в неодинаковом порядке формирования и размера уставного капитала, организации управления и др. Выявленные различия должны учитываться российскими инвесторами с целью минимизации рисков и во избежание формирования неточного понятия о правовых аспектах осуществления предпринимательской деятельности в Китае. Также рассматриваются нормативно-правовые особенности создания совместных российско-китайских предприятий, которые бывают двух видов — контрактные (кооперационные) совместные предприятия и паевые совместные предприятия. Исследование позволило выявить преимущества и недостатки, которыми обладает каждая из рассмотренных форм ведения бизнеса российскими предпринимателями на территории Китайской Народной Республики. Например, создание предприятия со 100% российским капиталом является длительным и дорогостоящим (большой размер уставного капитала) процессом, однако удобная система управления с возможностью делегирования полномочий наемным сотрудникам, возможность выбора соучредителей из любого другого государства, риск потери имущества исключительно в пределах доли в уставном капитале делает его привлекательным для российских инвесторов. В случае нежелания или отсутствия финансовых возможностей для самостоятельной предпринимательской деятельности на территории Китая российские инвесторы создают совместные с китайскими партнерами предприятия, выбирая при этом один из двух видов совместных предприятий. Деятельность паевых совместных предприятий осуществляется в соответствии с требованиями закона. Контрактные совместные предприятия же в большей степени регулируются договорами о контрактном предприятии.

---



## Ключевые слова

сравнительно-правовой анализ, сравнительное правоведение, организационно-правовая форма, китайское законодательство, иностранный капитал, правовые системы России и Китая, совместные предприятия.

---

---

Библиографическое описание: Берзинь О.А., Рябина Е.Н. Правовые формы ведения бизнеса российскими предпринимателями в Китае // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 200–211.

JEL: K29; УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.200.211

В современной обстановке обострившихся отношений между Европейским Союзом, США и Российской Федерацией китайский рынок представляет собой периферийное звено, в сторону которого устремились инвесторы со всего мира. Иностранные инвестиции призваны стимулировать экономику страны-реципиента посредством увеличения объема капитала, повышения технологического уровня страны, расширения рынков сбыта, увеличения спроса на рабочую силу. Вследствие этого многие страны стремятся к повышению привлекательности для иностранных инвесторов, однако на данный момент именно Китай занимает лидирующие позиции в этой сфере. Согласно докладу Конференции ООН по торговле и развитию от 29 января 2015 г., в 2014 г. Китай впервые обогнал США и стал самым крупным получателем прямых иностранных инвестиций, приток которых в страну составил более 128 млрд. долл.<sup>1</sup>

Китайская Народная Республика и Российская Федерация являются всеобъемлющими стратегическими партнерами по различным направлениям деятельности<sup>2</sup>. Страны активно сотрудничают в торговой, энергетической, транспортной, военной, научно-технической и других областях. Активное развитие добрососедских отношений двух стран побуждает российских предпринимателей исследовать китайский рынок на возможность и перспективность осуществления в него капиталовложений. В то же время практика показывает, что у многих из них ощущаются трудности юридического характера, связанные с недостатком информации об особенностях нормативно-правового регулирования предпринимательской деятельности иностранных субъектов в Китае<sup>3</sup>.

Ключевую роль в сравнительном правоведении играет категория «правовая система»<sup>4</sup>, и нередко можно услышать мнение о схожести правовых систем России и Китая. В связи с этим многие российские предприниматели исходят из возможности бизнеса в Китае по нормам, аналогичным с российскими. Так ли это? Как показал первоначальный сравнительный анализ правовых норм в данной сфере, несмотря на сходство систем законодательства двух стран, существуют и объективные различия, которые вызваны особенностями исторического развития и менталитета китайского народа. Поэтому является актуальным рассмотрение и анализ китайского законодательства в части правового регулирования некоторых форм осуществления предпринимательской деятельности российскими юридическими и физическими лицами на территории Китая.

<sup>1</sup> Report of the UN Conference on Trade and Development on January 29, 2015. Global FDI Flows Declined in 2014. China Becomes the World's Top FDI Recipient // [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2015d1\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2015d1_en.pdf) (дата обращения: 15.10.2015)

<sup>2</sup> Договор о добрососедстве, дружбе и сотрудничестве между Российской Федерацией и Китайской Народной Республикой (подписан в Москве 16.07.2001) // СЗ РФ. 2002. № 21. Ст. 1922.

<sup>3</sup> В сентябре 2015 г. авторами на базе Юго-Западного университета политологии и права Чунцина (КНР) было проведено интервьюирование 12 предпринимателей из России — учредителей предприятий со 100% российским капиталом на территории КНР, а также 10 предпринимателей из России — участников совместных предприятий в КНР

<sup>4</sup> Салыгин Е.Н. Правовая система как объект социолого-правового анализа // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 1. С. 59.



В соответствии с результатами исследований наиболее распространенными правовыми формами ведения бизнеса российскими предпринимателями на территории Китая являются предприятия со 100% иностранным капиталом и совместные предприятия<sup>5</sup>.

Предприятием со 100% иностранным капиталом согласно Закону КНР «О предприятиях иностранного капитала» считается «созданное на территории КНР в соответствии с законодательством КНР предприятие, капитал которого полностью оплачен иностранными инвесторами (не включая филиалы иностранных предприятий и других хозяйственных организаций на территории КНР)<sup>6</sup>. Основываясь на данном определении, можно выявить следующие признаки предприятия со 100% иностранным капиталом:

- 1) территориальная принадлежность КНР;
- 2) регулирование законодательством КНР;
- 3) полная оплата капитала иностранными инвесторами.

Таким образом, организация будет считаться предприятием со 100% иностранным капиталом, если она зарегистрирована на территории КНР в соответствии с требованиями китайского законодательства и если ее уставной капитал полностью оплачен иностранными инвесторами. Данное определение не указывает, но логично предполагает, что не только учреждение предприятия со 100% иностранным капиталом, но и дальнейшая его деятельность должна происходить в соответствии с нормами и правилами, установленными законодательством КНР.

Изучение законодательства КНР показывает, что оно, в отличие от российского законодательства, содержит более краткие, а иногда абстрактные формулировки, которые нуждаются в конкретизации. Все это вполне распространяется на приведенное выше определение. Попытаемся восполнить этот пробел на основе следующей информации.

В КНР существуют отрасли хозяйствования, в которых ограничено или запрещено участие иностранных инвесторов. Так, например, запрещено инвестировать в деятельность, связанную со средствами массовой информации (телеканалы, радиостанции, газеты и т.п.), а также с сетью Интернет (новостные интернет-сайты, онлайн-игры, электронные издания и т.п.)<sup>7</sup>. Законодатель на данное обстоятельство в определении не указывает, хотя оно является значимым при выборе иностранным инвестором сферы деятельности и должно, как отмечают исследователи, в первую очередь доводиться до сведения предпринимателей<sup>8</sup>.

Исходя из результатов проведенного нами анализа считаем возможным изложить определение предприятия со 100 % иностранным капиталом как «созданное на территории КНР и функционирующее в соответствии с законодательством КНР предприятие, капитал которого полностью оплачен иностранными инвесторами (не включая филиалы иностранных предприятий и других хозяйственных организаций на территории КНР) и которое осуществляет свою деятельность в любых отраслях хозяйствования, за исключением отраслей, в которых участие иностранных инвесторов ограничено или запрещено». На наш взгляд, именно из такого понимания нужно исходить российским предпринимателям, намеревающимся открыть бизнес в Китае.

<sup>5</sup> Бажанов П.В. Ведение бизнеса в Китае: правовые аспекты. Выпуск 1: Обзор правовой среды для бизнеса. М., 2015. С. 125.

<sup>6</sup> Law of the People's Republic of China on Foreign-Capital Enterprises. Adopted on April 12, 1986 / Ministry of Commerce // <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201303/20130300045800.shtml> (дата обращения: 24.10.2015)

<sup>7</sup> The Catalogue of Industries for Guiding Foreign Investment. Adopted on April 10, 2015 // <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=19170&lib=law> (дата обращения: 24.10.2015)

<sup>8</sup> Xuhua Huang, Ouou Bao. Past, Present and Future of PRC's Foreign Investment Industry Catalogues // <http://www.kwm.com/en/au/knowledge/insights/past-present-and-future-of-prcs-foreign-investment-industry-catalogues-20150527> (дата обращения: 24.10.2015)

Закон «О предприятиях иностранного капитала» не содержит ограничений по принадлежности иностранных инвесторов к разным государствам. Российские инвесторы могут участвовать в подобном предприятии как индивидуально, так и совместно с инвесторами из других стран.

Наиболее распространенной в практике китайского бизнеса формой предприятия со 100% иностранным капиталом является компания с ограниченной ответственностью. С одобрения Министерства торговли для предприятия со 100% иностранным капиталом может быть избрана и другая организационно-правовая форма<sup>9</sup>, предусмотренная законодательством Китая, например, акционерная компания с ограниченной ответственностью<sup>10</sup>. Однако российских инвесторов больше привлекает создание компаний с ограниченной ответственностью.

Компания с ограниченной ответственностью (далее — КОО) является юридическим лицом, которое имеет обособленное имущество и несет ответственность по своим обязательствам данным имуществом<sup>11</sup>. Уставной капитал КОО разделен на доли, размер которых установлен учредительными документами. Подобная компания может быть создана юридическими и (или) физическими лицами, численность которых не превышает пятидесяти. Ответственность участников ограничена размером доли в уставном капитале.

Компания с ограниченной ответственностью по своим правовым характеристикам во многом схожа с известным в России обществом с ограниченной ответственностью (далее — ООО), которое представляет собой «созданное одним или несколькими лицами хозяйственное общество, уставный капитал которого разделен на доли; участники общества отвечают по его обязательствам и несут риск убытков, связанных с деятельностью общества, в пределах стоимости принадлежащих им долей в уставном капитале общества»<sup>12</sup>. Вместе с тем между данными организационно-правовыми формами имеются различия, которые носят принципиальный характер.

Для большей наглядности мы свели ключевые характеристики компании с ограниченной ответственностью и общества с ограниченной ответственностью в таблицу.

<b>Компания с ограниченной ответственностью (КНР)</b>	<b>Общество с ограниченной ответственностью (РФ)</b>
Является юридическим лицом	
Имеет обособленное имущество	
Несет ответственность по своим обязательствам всем принадлежащим ей имуществом	
Учредительный документ — устав	
Имеет право создавать филиалы и представительства	
Учредителями (участниками) могут быть: граждане, как китайские, так и иностранные, и юридические лица. Количество — от 1 до 50.	Учредителями (участниками) могут быть: граждане, как российские, так и иностранные, и юридические лица. Количество — от 1 до 50.

<sup>9</sup> Rules for the Implementation of the Law of the People's Republic of China on Foreign-Capital Enterprises. Adopted on April 16, 2000 / Ministry of Commerce People's Republic of China // <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201303/20130300045769.shtml> (дата обращения: 27.10.2015)

<sup>10</sup> Бажанов П.В. Указ. соч. С. 138.

<sup>11</sup> Company Law of the People's Republic of China. Adopted on December 29, 1993 // [http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content\\_1383787.htm](http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383787.htm) (дата обращения: 23.10.2015)

<sup>12</sup> Федеральный закон от 08.02.1998 г. № 14-ФЗ (ред. от 29.06.2015) «Об обществах с ограниченной ответственностью» // Российская газета. 1998. № 30.

Компания с ограниченной ответственностью (КНР)	Общество с ограниченной ответственностью (РФ)
Физическое лицо вправе создать только одну компанию с ограниченной ответственностью.	Ограничений по количеству создаваемых обществ с ограниченной ответственностью одним физическим лицом нет.
Компания с ограниченной ответственностью, созданная одним физическим лицом, не вправе создавать новые компании с ограниченной ответственностью.	Общество с ограниченной ответственностью не может иметь в качестве единственного учредителя (участника) другое хозяйственное общество, состоящее из одного физического или юридического лица.
Полное фирменное наименование юридического лица помимо оригинального наименования должно содержать слова «компания с ограниченной ответственностью», а также место нахождения компании и род или особенности деятельности.	Полное фирменное наименование юридического лица должно содержать слова «общество с ограниченной ответственностью» и оригинальное название.
Размер уставного капитала, сроки и способы оплаты устанавливаются участниками в учредительных документах, за исключением компаний, осуществляющих отдельные виды деятельности. Существуют также требования о соотношении размера уставного капитала и общего объема капиталовложений.	Установлен минимальный размер уставного капитала — 10000 рублей. Каждый учредитель должен оплатить полностью свою долю общества в течение срока, который определен договором об учреждении общества или в случае учреждения общества одним лицом решением об учреждении общества. Срок такой оплаты не может превышать четырех месяцев с момента государственной регистрации общества.
В случае невыполнения обязанности по оплате доли в уставном капитале участник обязан выплатить неустойку другим участникам, полностью оплатившим свои доли.	В случае невыполнения обязанности по оплате доли в уставном капитале неоплаченная часть доли переходит к обществу с ограниченной ответственностью. Договором об учреждении общества может быть предусмотрено взыскание неустойки за неисполнение обязанности по оплате долей в уставном капитале общества.
<p>Органы управления:</p> <p>собрание участников — высший полномочный орган;</p> <p>совет директоров (наблюдательный совет, от 3 до 13 членов) — руководит деятельностью компании, может не создаваться в небольших компаниях (вместо него — исполнительный директор);</p> <p>директор (управляющий) — осуществляет реализацию решений совета директоров, данная должность в системе управления компании может отсутствовать;</p> <p>ревизионная комиссия (минимум 3 человека) или ревизор (в небольших компаниях) — осуществляет проверку финансовой деятельности компании.</p>	<p>Органы управления:</p> <p>общее собрание участников — высший орган управления;</p> <p>совет директоров (наблюдательный совет) — осуществляет общее руководство деятельностью общества, не является обязательным органом управления;</p> <p>единоличный исполнительный орган общества (генеральный директор, президент и другие) — является обязательным;</p> <p>коллегиальный исполнительный орган общества (правления, дирекции и других) — не является обязательным, но может быть создан наравне с единоличным исполнительным органом;</p> <p>ревизионная комиссия (численность устанавливается уставом) или ревизор — осуществляет проверку финансовой деятельности компании.</p>

Как показывает сравнение, главные отличия КОО от ООО заключаются в неодинаковых требованиях к формированию и оплате уставного капитала, а также к системе органов управления.

В КНР размер уставного капитала, сроки и способы оплаты устанавливаются участниками в учредительных документах, за исключением компаний, осуществляющих отдельные виды деятельности. В то же время существует зависимость уставного капитала от общего объема капиталовложений — суммы средств, необходимых для открытия предприятия с российским капиталом (для осуществления капитального строительства, организации производства и текущие расходы)<sup>13</sup>. Например, если общий объем капиталовложений составляет 3 млн. долл. США и меньше, уставной капитал не может быть менее 70% от этой суммы<sup>14</sup>.

Если учредитель (участник) КОО не производит оплаты доли в уставном капитале в установленные учредительным документом сроки, он обязан выплатить неустойку остальным учредителям (участникам), оплатившим свои доли вовремя. В свою очередь, в российском законодательстве устанавливается лишь возможность взыскания неустойки с лица, просрочившего выполнение своего обязательства, если это предусмотрено договором об учреждении ООО.

Следовательно, к формированию и оплате уставного капитала предприятия со 100% российским капиталом законодательством КНР установлены высокие требования, хотя следует учитывать, что учредители (участники) компании могут осуществлять оплату долей в уставном капитале поэтапно, для них это делает данную процедуру более комфортной.

Система органов управления КОО в КНР хоть и схожа с системой управления ООО, учреждаемым в Российской Федерации, но все-таки имеет различия, которые должны учитываться российскими инвесторами. В КНР высшим органом управления в КОО является собрание участников компании, которое наделено широким кругом полномочий, таких как определение основных направлений деятельности компании, утверждение финансового плана, принятие решения о внесении изменений в устав, о слиянии, разделении, преобразовании, ликвидации компании и другое. Периодичность собрания участников устанавливается уставом компании.

Собрание избирает членов совета директоров, численность которого составляет от трех до 13 человек. Срок полномочий члена совета директоров устанавливается уставом, но не может превышать трех лет. Возможно повторное переизбрание каждого из членов. Совет директоров руководит деятельностью компании и подотчетен собранию участников. К его полномочиям относятся: определение основной системы управления компанией, разработка финансового плана, проектов распределения прибыли и покрытия убытков компании, исполнение решений собрания участников и многое другое. Важно, что совет директоров в КНР, в отличие от ООО в РФ, является обязательным органом. Только в небольших компаниях вместо совета директоров может быть учреждена должность исполнительного директора<sup>15</sup>.

Компании с ограниченной ответственностью могут создавать должность директора (управляющего), который утверждается решением совета директоров. Директор (управляющий) осуществляет управление организацией, реализацию решений совета

<sup>13</sup> Rules for the Implementation of the Law of the People's Republic of China on Foreign-Capital Enterprises.

<sup>14</sup> Бажанов П.В. Указ. соч. С. 140.

<sup>15</sup> Company Law of the People's Republic of China // [http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content\\_1383787.htm](http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383787.htm) (дата обращения 23.10. 2015)

директоров и подотчетен ему. Однако в отличие от обязательного к учреждению в российском ООО единоличного исполнительного органа (директора, генерального директора и т.п.), в КОО должность директора (управляющего) может отсутствовать.

Для регистрации участникам предприятия со 100% российским капиталом необходимо, во-первых, зарезервировать наименование компании, которое должно быть на китайском языке. Это необходимо для того, чтобы иные участники рынка знали о невозможности использования данного наименования. Срок действия резервирования составляет 6 месяцев. Предполагается, что в данный период регистрация компании должна быть проведена.

Во-вторых, необходим пакет документов, содержащий:

- 1) заявление о создании компании;
- 2) технико-экономическое обоснование деятельности компании;
- 4) список кандидатов в совет директоров компании;
- 5) документы, подтверждающие юридическое и финансовое положение российского инвестора;

6) иные документы, которые может затребовать регистрирующий орган<sup>16</sup>.

Следующим шагом будет направление документов в Министерство торговли КНР, которое является компетентным ведомством внешнеэкономической деятельности и торговли Государственного Совета КНР<sup>17</sup>, где в течение 90 дней принимается решение об утверждении или об отказе в утверждении заявления о создании компании.

После положительного решения Министерства российский инвестор обязан в течение 30 дней направить все документы вместе с выданным Министерством свидетельством об утверждении в орган торгово-промышленной администрации<sup>18</sup> (возглавляется Главным государственным управлением торгово-промышленной администрации КНР). Если документация отвечает установленным законом требованиям — участникам компании выдается свидетельство о праве предпринимательской деятельности. С этого момента компания с ограниченной ответственностью имеет право осуществлять предпринимательскую деятельность на территории КНР<sup>19</sup>.

Таким образом, процедура регистрации предприятия со 100% российским капиталом имеет две стадии — предварительное утверждение Министерством, а затем непосредственно регистрация органом торгово-промышленной администрации. В свою очередь предприятия без иностранного капитала в КНР при регистрации не нуждаются в предварительном утверждении. Стоит отметить, что в Российской Федерации процедура регистрации организации со 100% иностранным капиталом аналогична процедуре регистрации организаций без иностранных инвестиций.

Анализ китайского законодательства позволяет выявить следующие аспекты создания предприятия со 100% российским капиталом на территории КНР.

Во-первых, вопросы создания и деятельности таких предприятий законодательно урегулированы. Во-вторых, участники компании несут риск потери своего имущества исключительно в пределах размера их доли в уставном капитале. В-третьих, компанию можно создать как совместно с другими российскими инвесторами, так и единолично,

<sup>16</sup> Rules for the Implementation of the Law of the People's Republic of China on Foreign-Capital Enterprises.

<sup>17</sup> Law of the People's Republic of China on Foreign-Capital Enterprises. Adopted on April 12, 1986.

<sup>18</sup> Там же.

<sup>19</sup> Company Law of the People's Republic of China // [http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content\\_1383787.htm](http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383787.htm) (дата обращения: 23.10. 2015)

что оставляет большую свободу деятельности каждому предпринимателю. В-четвертых, следует помнить, что одним из основополагающих принципов функционирования современной компании, которому уделяется много внимания, является право контроля над компанией<sup>20</sup>. Данная система управления позволяет учредителю (участнику) либо осуществлять это право непосредственно, принимая участие в деятельности компании, либо делегировать его другим учредителям (участникам) или наемным работникам.

Несмотря на большое количество преимуществ, существуют и отдельные недостатки, например, длительная и сложная процедура регистрации, большой минимальный объем уставного капитала, а также запрет участия в некоторых отраслях хозяйствования. Однако, как показывает практика, данные недостатки не всегда являются определяющими при принятии российским инвестором решения о создании предприятия на территории КНР.

Еще одной распространенной формой бизнеса российскими предпринимателями в КНР являются совместные предприятия. Термин «совместные предприятия» — «Chinese-Foreign Joint Ventures» упоминается в ст. 18 Конституции КНР, которая устанавливает возможность участия иностранных предприятий, организаций и частных лиц в экономической деятельности на территории страны<sup>21</sup>.

Законодательно закрепленное определение понятия «совместные предприятия» отсутствует. Однако на основании анализа положений Закона КНР «О паевых совместных предприятиях китайского и иностранного капитала» от 1 июля 1979 г. и Закона КНР «О контрактных совместных предприятиях китайского и иностранного капитала» от 13 апреля 1988 г., можно заключить следующее. Совместным предприятием является предприятие, созданное иностранной компанией, предприятием и иной хозяйствующей организацией или частным лицом (иностранные участники) совместно с китайскими компаниями, предприятиями и иными хозяйствующими организациями (китайские участники) в соответствии с принципом равноправия и взаимной выгоды и с разрешения правительства КНР. Интересным является отсутствие среди китайских участников физических лиц, хотя в остальной части китайское законодательство не запрещает им участвовать в создании совместных предприятий.

В законодательстве России вместо понятия «совместные предприятия» используется термин «коммерческая организация с иностранными инвестициями»<sup>22</sup>. Несмотря на это, исследователи отмечают, что именно употребление понятия «совместные предприятия» является более удобным, поскольку отражает такой признак, как совместность создания организации, а не только участия иностранного инвестора в деятельности российского<sup>23</sup>. Очевидно, в связи с этим и в подзаконных актах<sup>24</sup>, и в постановлении-

<sup>20</sup> Луценко С.И. Дилемма выбора модели управления компанией // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 2. С. 163.

<sup>21</sup> Constitution of the People's Republic of China. Adopted on December 12, 1982 // The National People's Congress of the People's Republic of China // [http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/node\\_2825.htm](http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/node_2825.htm) (дата обращения: 17.10.2015)

<sup>22</sup> Федеральный закон от 09.07.1999 № 160-ФЗ (ред. от 05.05.2014) «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» // Российская газета. 1999. № 134.

<sup>23</sup> Кошелев Р.О. Правовое регулирование деятельности совместных предприятий России и Китая: магистерская диссертация. Нижний Новгород, 2015. С. 23.

<sup>24</sup> Распоряжение Правительства Российской Федерации от 22.03.2013 № 418-р «О подписании Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики о сотрудничестве в строительстве и эксплуатации Тяньцзиньского нефтеперерабатывающего и нефтехимического завода и проектах в сфере разведки и добычи нефти» // СПС КонсультантПлюс.



ях российских судов<sup>25</sup> периодически встречается употребление термина «совместные предприятия».

Китайское законодательство предусматривает два вида совместных предприятий: паевые и контрактные (совместного сотрудничества, кооперационные). Организационно-правовой формой паевых совместных предприятий является компания с ограниченной ответственностью<sup>26</sup>, вследствие чего на них распространяется действие правовых норм, применимых к компаниям с ограниченной ответственностью. Таким образом, в КНР паевые совместные предприятия имеют статус юридического лица, ответственность их участников ограничена суммой вноса в уставной капитал, распределение прибыли между участниками осуществляется в соответствии с долями в уставном капитале.

Условия функционирования контрактных (кооперационных) совместных предприятий, в отличие от паевых совместных предприятий, в большей степени регулируются договором о контрактном предприятии<sup>27</sup>. Так, учредители самостоятельно решают, стоит ли предприятию приобретать статус юридического лица, каким образом будут распределяться риски и прибыль, какие органы будут осуществлять управление предприятием — совет директоров либо иной орган совместного управления.

Проводя параллели с Российской Федерацией, заметим, что паевые совместные предприятия соотносятся с коммерческой организацией с иностранными инвестициями в форме общества с ограниченной ответственностью, а контрактные (кооперационные) предприятия с коммерческой организацией с иностранными инвестициями в форме товарищества.

Китайское законодательство налагает на совместные предприятия такие же ограничения и запреты на их участие в некоторых отраслях хозяйствования, как и на предприятия со 100% российским капиталом. Процедура регистрации совместных предприятий аналогична процедуре регистрации предприятия со 100% российским капиталом: требуется предварительное утверждение Министерством, а затем регистрация в органе промышленно-торговой администрации и прохождение пострегистрационных процедур<sup>28</sup>. Перечень необходимых для регистрации документов также схож, за одним исключением. Нормы и правила применения закона КНР «О паевых совместных предприятиях китайского и иностранного капитала» гласят, что при подаче заявления о регистрации совместного предприятия китайские и российские участники должны также приложить соглашение о совместном предприятии, учредительный договор и устав.

Соглашение о совместном предприятии содержит договоренность участников по основным вопросам и принципам создания предприятия. Учредительный договор предусматривает договоренность участников предприятия об их правах и обязанностях.

<sup>25</sup> Постановление Шестого арбитражного апелляционного суда от 17.11.2015 № 06АП-4381/2013 по делу № А04-1696/2013 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>26</sup> Law of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Equity Joint Ventures. Adopted on July 1, 1979 // <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201303/20130300045777.shtml> (дата обращения: 22.10.2015)

<sup>27</sup> Law of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Contractual Joint Ventures. Adopted on April 12, 1988 // <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201303/20130300045839.shtml> (дата обращения: 22.10.2015)

<sup>28</sup> Нормы и правила применения Закона КНР «О паевых совместных предприятиях китайского и иностранного капитала» от 20 сентября 1983 г. // [http://chinalawinfo.ru/economic\\_law/statute\\_equity\\_joint\\_ventures\\_implementation](http://chinalawinfo.ru/economic_law/statute_equity_joint_ventures_implementation) (дата обращения: 23.10.2015)

Устав содержит сведения о целях, принципах организации, форме ведения и управления деятельностью предприятия, а также другие вопросы<sup>29</sup>. Ключевым в соотношении перечисленных документов является правило приоритетности учредительного договора, поскольку соглашение может вообще не заключаться, а устав разрабатывается на основании учредительного договора. Чтобы предприятие считалось совместным, доля участия российских инвесторов в уставном капитале, как правило, должна быть не ниже 25%<sup>30</sup>. Что касается размера и сроков оплаты уставного капитала, то это устанавливается учредительным договором.

Таким образом, учреждение и функционирование совместных предприятий имеет четкую правовую регламентацию, которая дает участникам возможность на основе договоренности установить удобные для каждого условия функционирования предприятия. Все это вместе со знанием китайскими участниками своего отечественного рынка делают создание совместных предприятий в КНР привлекательным, несмотря на некоторые устанавливаемые китайским законодательством барьеры.

Помимо вышеуказанных выводов, проведенное нами на базе Юго-Западного университета политологии и права исследование позволяет сделать следующее заключение. Совместное предприятие как форма ведения бизнеса на территории КНР российскими предпринимателями подходит лицам, которые готовы взаимодействовать с китайскими партнерами и нуждаются в их содействии для освоения китайского рынка. Если же российские инвесторы имеют необходимые мощности и капитал и не боятся осваивать новый рынок — то более привлекательным для них, учитывая также выявленные нами ранее обстоятельства, будет создание предприятия со 100% российским капиталом.



## Библиография

- Алексеев А.П. Сравнительный анализ правового регулирования привлечения ПИИ в сферу туризма в России и КНР // Туризм: право и экономика. 2013. № 3. С. 11–14.
- Бажанов П.В. Ведение бизнеса в Китае: правовые аспекты. Выпуск 1: Обзор правовой среды. М.: Инфотропик, 2015. 212 с.
- Беликова К.М., Ахмадова М.А. Инвестиционная политика стран БРИКС (на примере Индии и Китая) // Законодательство и экономика. 2016. № 1. С. 75–82.
- Жарикова Т. Сравнительный анализ инвестиционного законодательства России и Китая / Актуальные проблемы предпринимательского права / под ред. А.Е. Молотникова. М.: Стартап, 2016. Вып. 5. С. 56–69.
- Китайская Народная Республика: политика, экономика, культура. К 65-летию КНР / под ред. М.Л. Титаренко. М.: Форум, 2014. 480 с.
- Кошелев Р.О. Правовое регулирование деятельности совместных предприятий России и Китая: магистерская диссертация. Н. Новгород, 2015. 107 с.
- Луценко С.И. Дилемма выбора модели управления компанией // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 2. С. 162–172.
- Мещерякова А.А. Особенности правового положения юридических лиц Китая // Вестник Забайкальского государственного университета. 2011. № 2. С. 55–59.
- Салыгин Е.Н. Правовая система как объект социолого-правового анализа // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 1. С. 57–69.
- Трошинский П.В. Влияние традиции на право современного Китая // Журнал российского права. 2014. № 8. С. 94–106.

<sup>29</sup> Там же.

<sup>30</sup> Law of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Equity Joint Ventures.

Трощинский П.В. Основные направления развития законодательной системы современного Китая // Международное публичное и частное право. 2015. № 4. С. 38–40.

Трощинский П.В. Особенности государственно-правовой политики КНР в сфере привлечения высококвалифицированных специалистов из-за рубежа // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2013. № 4. С. 630–639.

Трощинский П.В. Развитие китайского законодательства в последние годы // Международное публичное и частное право. 2015. № 3. С. 36–40.

Report of the UN Conference on Trade and Development. January 29, 2015 «Global fdi Flows Declined in 2014. China Becomes the World's Top FDI recipient». Available at: URL: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2015d1\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2015d1_en.pdf) (дата обращения: 15.10.2015)

Xuhua Huang, Ouou Bao. Past, Present and Future of PRC's Foreign Investment Industry. Available at: URL: <http://www.kwm.com/en/au/knowledge/insights/past-present-and-future-of-prcs-foreign-investment-industry-catalogues-20150527> (дата обращения: 24.10.2015)

---

## Legal Forms of Running Business by Russian Entrepreneurs in China



**Olga A. Berzin'**

Professor, Department of Criminal Law and Procedure, Nizhny Novgorod Campus, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 25/12 Bolshaya Pecherskaya Str., Nizhny Novgorod 603155, Russia. E-mail: [oberzin@hse.ru](mailto:oberzin@hse.ru)



**Evgeniya Ryabinina**

Lecturer, Department of Criminal Law and Procedure, Nizhny Novgorod Campus, National Research University Higher School of Economics. Address: 25/12 Bolshaya Pecherskaya Str., Nizhny Novgorod 603155, Russia. E-mail: [eryabinina@hse.ru](mailto:eryabinina@hse.ru)



### Abstract

The article considers the issues related to the legal regulation of establishing enterprises with 100% Russian capital and Russian-Chinese enterprises on the territory of the People's Republic of China. The establishment of enterprises with 100% Russian capital is studied on the example of a company with limited liability. This legal form is most frequently chosen by Russian entrepreneurs as it is identical formally to the widespread in the Russian Federation limited liability company. However, despite the similarities, a limited liability company in China and a limited liability company in Russia have a number of substantial differences which have been identified in the comparative analysis of the principal legal characteristics of these entities and are seen in a different order of formation and the size of the share capital, organization of management etc. These differences should be taken into account by Russian investors to minimize risks and avoid misperception on the legal aspects of doing business in China. The paper also discusses regulatory features of establishing joint Russian-Chinese enterprises which are of two types — contract (cooperative) joint ventures and share joint ventures. The conducted research allowed revealing the advantages and disadvantages of each form of doing business in question by Russian businessmen in China. For example, establishing an enterprise with 100% Russian capital is quite a lengthy and costly (a large size of the authorized capital) process, but the advantages are a convenient control system with the possibility of delegating powers to the employees, the ability to select the co-founders irrespective of nation, in addition to Russia, the risk of loss of property only to the extent of the share in authorized capital makes it attractive for Russian investors. In case of unwillingness or lack of financial ability to run an individual business, China's domestic investors may join such a venture selecting one of the two types of joint ventures. Share joint ventures run is subject to the law. Contractual joint ventures are largely governed by the agreement on contractual enterprise.



## Keywords

comparative law analysis, comparative law, legal form, Chinese legislation, legal systems of Russia and China, enterprises with 100% foreign capital and joint ventures.

Citation: Berzin O.A., Ryabinina E.V. Legal Forms of Running Business by Russian Entrepreneurs in China. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 200–211 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.200.211



## References

Alekseenko A.P. (2013) Sravnitelnyy analiz pravovogo regulirovaniya privilecheniya PII v sferu turizma v Rossii i KNR [Comparative Analysis of Legal Regulation for attracting direct foreign investments in to the sphere of tourism in Russia and the People's Republic of China]. *Turizm: pravo i ekonomika*, no 3, pp. 11–14.

Bazhanov P.V. (2015) *Vedenie biznesa v Kitae: pravovye aspekty. Vypusk 1: Obzor pravovoy sredy dlya biznesa* [Doing Business in China: Legal Aspects. Issue 1: Review of the Legal Environment for Business]. Moscow: Infotropik, 212 p. (in Russian)

Belikova K.M., Ahmadova M.A. (2016) Investitsionnaya politika stran BRIKS (na primere Indii i Kitaya) [The Investment Policy of the BRICS Countries (Case of India and China)]. *Zakonodatelstvo i ekonomika*, no 1, pp. 75–82.

Koshelev R.O. (2015) *Pravovoe regulirovanie deyatel'nosti sovместnykh predpriyatiy Rossii i Kitaya: masterskaya dissertatsiya* [The Legal Regulation of Joint Ventures in Russia and China: Master Degree Thesis]. Nizhny Novgorod, 107 p. (in Russian)

Lutsenko S. I. (2014) Dilemma vybora modeli upravleniya kompaniy [Dilemma as to the Model of Corporate Governance]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly Ekonomiki*, no 2, pp. 162–172.

Mescheryakova A.A. (2011) Osobennosti pravovogo polozheniya yuridicheskikh lits Kitaya [Features of Chinese juridical persons' legal status] *Vestnik Zabaykalskogo gosudarstvennogo universiteta*, no 2, pp. 55–59.

Report of the UN Conference on Trade and Development (2015) Global FDI Flows Declined in 2014. China Becomes World's Top FDI Recipient. Available at [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2015d1\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2015d1_en.pdf) (accessed: 15.10.2015)

Salygin E. N. (2014) Pravovaya sistema kak ob'ekt sotsiologo-pravovogo analiza [Legal System as an Object of Sociology and Law Analysis]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly Ekonomiki*, no 1, pp. 57–69.

Titarenko M.L. (ed.) (2014) *Kitayskaya Narodnaya Respublika: politika, ekonomika, kultura. K 65-letiyu KNR* [China: Politics, Economy, Culture. The 65th Anniversary of the PRC]. Moscow: ID Forum, 480 p.

Troschinskiy P.V. (2015) Osnovnyie napravleniya razvitiya zakonodatelnoy sistemyi sovremennogo Kitaya [The Main Directions of Development of the Legal System of Modern China] *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo*, no 4, pp. 38–40.

Troschinskiy P.V. (2013) Osobennosti gosudarstvenno-pravovoy politiki KNR v sfere privilecheniya vyisokokvalifitsirovannyih spetsialistov iz-za rubezha [Features of Chinese State-Legal Policies to Attract Qualified Specialists from Abroad] *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no 4, pp. 630–639.

Troschinskiy P.V. (2015) Razvitie kitayskogo zakonodatelstva v poslednie gody [Development of Chinese Law in Recent Years] *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo*, no 3, pp. 36–40.

Troschinskiy P.V. (2014) Vliyanie traditsii na pravo sovremennogo Kitaya [Impact of Tradition on Law of Modern China] *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 8, p. 94–106.

Xuhua Huang, Ouou Bao. Past, Present and Future of PRC's Foreign Investment Industry Catalogues. Available at <http://www.kwm.com/en/au/knowledge/insights/past-present-and-future-of-prcs-foreign-investment-industry-catalogues-20150527> (accessed: 24.10.2015)

Zharikova T. (2016) Sravnitelnyy analiz investitsionnogo zakonodatelstva Rossii i Kitaya [A Comparative Analysis of the Investment Legislation of Russia and China] *Aktualnyie problemyi predprinimatelskogo prava*, no 5, pp. 56–69 (in Russian)

# Документирование полицейского расследования в США

---



**М.Р. Глушков**

заведующий кафедрой криминалистики шестого факультета повышения квалификации (Санкт-Петербург) Института повышения квалификации ФГКОУ ВО «Академия Следственного комитета России». Адрес: 199178, Российская Федерация, Санкт-Петербург, 11-я линия Васильевского острова, 18А. E-mail: factasunt@mail.ru

---



## Аннотация

В статье рассмотрены главные особенности досудебного производства по уголовным делам в Соединенных Штатах Америки. Оно регулируется судебными прецедентами, ведомственными нормативными актами и процессуальным законодательством штатов. По форме эта деятельность представляет собой смешение процедур, которые в Российской Федерации принято относить как к следственным, так и к оперативно-розыскным, а также административным. При этом единых правил производства следственных мероприятий указанные выше документы не устанавливают. Как следствие, не идет и речи об их единообразном оформлении. В вопросах документирования следственных процедур правоприменители ориентируются на приказы и руководства управлений полиции, которые весьма подробно регламентируют действия сотрудников. Кроме того, существуют различные руководства, подготовленные для практических работников правоохранительными ведомствами — Министерством юстиции США, Национальным институтом правосудия, Национальным центром криминалистических технологий и др. Документированию следственных действий посвящены разделы соответствующих учебно-методических изданий, составленных известными криминалистами. В целом положения этих руководств и изданий соотносятся с требованиями полицейских приказов. Традиционными способами документирования являются записи (notes) и отчеты (reports). Они могут составляться как в свободной форме, так и на бланках установленного образца (forms). Наряду с этими средствами фиксации практикуются фото- и видеосъемка, а также составление планов и схем (sketches). Все эти способы документирования являются равнозначными и рассматриваются как неотъемлемые части единого процесса «сплошной фиксации» следственных процедур. Они применяются, не подменяя друг друга, поскольку у каждого из них имеются преимущества и недостатки. Например, записи не всегда могут обеспечить наглядность описания; фото-съемка с этим справляется лучше, но подчас требует многочисленных пояснений. Видеозапись фиксирует место происшествия в динамике, но для целей последующего криминалистического исследования, в отличие от фотографий, не годится. Привычный российскому следователю протокол, как единый документ, отражающий ход и результаты следственного действия, американскому правоприменителю незнаком.

---



## Ключевые слова

досудебное производство, США, полицейское расследование, следственные мероприятия, документирование расследования, руководство для правоохранительных органов, записи, отчеты, видеозапись, фотографирование.

---

Библиографическое описание: Глушков М.Р. Документирование полицейского расследования в США // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 212–222.

JEL: K 4; K14; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.212.222

Одним из ключевых факторов, влияющих на качество предварительного расследования, является правильное процессуальное оформление хода и результатов следственных действий. Нарушение установленной процедуры собирания доказательств может стать основанием для признания их недопустимыми и, как следствие, причиной неоправданных реабилитирующих решений, а также увеличения процессуальных сроков. Не секрет, что в силу своих сложности и формального характера регулирование досудебного производства по уголовному делу нередко становится предметом нареканий со стороны правоприменителей. В связи с этим небезыntenесен будет зарубежный опыт — в порядке сравнения рассмотрим документирование полицейского расследования в США. Для этого сперва потребуется выяснить, каким образом в принципе регулируется эта деятельность.

Предварительное расследование в США регламентировано прецедентами федеральных и местных судов, ведомственными актами и лишь отчасти — процессуальными законами штатов. К его особенностям относится отсутствие понятия следственных действий и их исчерпывающего перечня.

В отечественном сравнительном правоведении предпринимались попытки очертить круг проводимых полицией процедур — к таковым относят: осмотр места происшествия, изъятие и научное исследование предметов и документов, личное наблюдение, опрос и личный досмотр граждан, обыск, скрытое наблюдение, использование специальных служб, перехват сообщений и иные формы контроля технических средств связи<sup>1</sup>. При этом подчеркивается, что речь идет о *мероприятиях*, а не следственных действиях как таковых. Обращает на себя внимание также тот факт, что «следственные» мероприятия (такие, как осмотр места происшествия и обыск) в приведенном перечне соседствуют с теми, которые у нас относят к административным (досмотр) и оперативно-розыскным (наблюдение и перехват сообщений).

Если обратиться к ведомственным источникам, то можно увидеть, что конкретики по поводу следственных мероприятий они также не содержат. Так, разработанное для Федерального бюро расследований Руководство Генерального прокурора по расследованию общеуголовных преступлений, дел о предприятиях организованной преступности, внутренней безопасности и терроризме<sup>2</sup> предписывает, что Бюро вправе проводить любые законные следственные процедуры, по возможности, минимально ограничивающие право на частную жизнь. Приведен их примерный перечень, являющийся открытым и содержащий, помимо прочих, операции под прикрытием, вскрытие корреспонденции, изучение документов федеральных и местных властей, опросы информаторов и конфиденентов и т.д.

В том же духе звучит аналогичное руководство по проводимым внутри государства расследованиям федеральных преступлений и происшествий, создающих угрозу национальной безопасности<sup>3</sup>. В этом документе уделяется внимание так называемой

<sup>1</sup> Калиновский К.Б. Уголовный процесс современных буржуазных государств: учебное пособие. Петрозаводск, 2000. С. 28.

<sup>2</sup> Attorney General's Guidelines on General Crimes, Racketeering Enterprise and Domestic Security / Terrorism Investigations (21.03.1989) // сайт Министерства юстиции США // URL: <http://www.justice.gov/ag/attorney-generals-guidelines-general-crimes-racketeering-enterprise-and-domestic> (дата обращения: 02.11.2015)

<sup>3</sup> Attorney General's Guidelines for Domestic FBI Operations (29.09.2008) // URL: <http://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2008/10/03/guidelines.pdf> (дата обращения: 02.11.2015). Здесь также приведен открытый перечень мероприятий, включающий, наряду с другими, физический поиск, опросы на полиграфе и т.д.



«противоправной деятельности» агентов — участию в незаконном обороте наркотиков, контрабанде, сбыте похищенного, передаче предмета взятки. Эти действия в принципе возможны, но, во-первых, не должны создавать угрозу национальной безопасности, а, во-вторых, требуют санкционирования в порядке, установленном Руководством Генерального прокурора для операций ФБР под прикрытием<sup>4</sup>. В любом случае недопустимы применение насилия, а также запрещенные законом действия, в том числе противоправные следственные методы, такие как незаконные обыск или электронное наблюдение.

Как видим, в ведомственном акте применен негативный метод правового регулирования — запрет как возложение обязанности воздержаться от определенных действий<sup>5</sup>. В порядке сравнения отметим, что российским уголовно-процессуальным законодательством предусмотрен позитивный метод, заключающийся в обязывании совершать предписанные действия, а именно, соблюдать установленную УПК Российской Федерации процедуру сбора доказательств.

Запреты на отдельные действия полиции и иных правоохранительных органов США образуют целую систему, получившую название «правил об исключении». Они устанавливаются прецедентами — решениями судов по конкретным делам и представляют собой созданный судебной системой<sup>6</sup> способ защиты конституционных прав граждан. «Исключение», о котором идет речь — это признание недопустимыми доказательств, полученных с нарушением конституций (как федеральной, так и штатов), статутов и судебных правил (как общегосударственных, так и действующих на уровне штата). При этом статуты, как правило, не устанавливают порядка действий полиции (судебные правила и конституции — тем более). Эти источники лишь определяют принципы (привилегия против самообвинения, право на защиту и т.д.), которые не должны нарушаться в ходе полицейского расследования.

Сравнение с российской правовой системой будет корректнее, если вспомнить, что и у нас действует негативное правовое регулирование — Конституционный Суд России, решения которого, по своей природе напоминающие прецеденты судов США, нередко называют «негативным законодателем»<sup>7</sup>.

Вместе с тем правовое регулирование досудебного производства в США осуществляется не только негативным способом. Полицейские кодексы и руководства подробно регламентируют действия сотрудников во всех сферах их деятельности, включая расследование преступлений. Например, Кодекс поведения и производства стандартных процедур Департамента полиции Милуоки (штат Висконсин)<sup>8</sup> содержит разделы «Осмотр места происшествия» (разд. 725), «Процедура опознания» (разд. 240), «Сбор улик для исследования» (разд. 740) и т.д. Рядом с ними находятся «Бездомные» (разд. 165),

<sup>4</sup> Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations (13.11.1992) // URL: <http://www.justice.gov/ag/undercover-and-sensitive-operations-unit-attorney-generals-guidelines-fbi-undercover-operations> (дата обращения: 02.11.2015)

<sup>5</sup> Актуальные проблемы теории государства и права: учеб. пособие / под ред. А.И.Бастрыкина. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2014. С. 292.

<sup>6</sup> Court-Made — Exclusionary Rule // The Free Dictionary by Farlex (дата обращения: 02.11.2015)

<sup>7</sup> Зорькин В.Д. Конституционный Суд — это негативный законодатель (публикация от 14.12.2006) // Информационно-правовое издание Legis.ru // URL: <http://www.legis.ru/misc/news/7800/> (дата обращения: 09.11.2015)

<sup>8</sup> Code of Conduct & Standard Operating Procedures // Сайт Департамента полиции Милуоки // URL: <http://city.milwaukee.gov/Directory/police/About-MPD/Code-of-Conduct.htm#VgkEO Pntmkr> (дата обращения: 24.10.2015)

«Оборудование для выпуска воздуха из шин» (разд. 665)<sup>9</sup>, «Применение физической силы» (разд. 460), «Содержание и регистрация заключенных» (разд. 090) и т.д., всего несколько десятков.

Такое смешение иллюстрирует свойство американского предварительного расследования, на которое обращают внимание российские исследователи<sup>10</sup>, — зачастую это осуществляемая полицией административная деятельность, такая же, как работа с задержанными, помощь гражданам, оставшимся без жилья, и другие. В аналогичном ключе разработаны нормативные документы и ряда других управлений полиции<sup>11</sup>.

Документирование мероприятий, осуществляемых в ходе расследования, выполняется традиционным для полиции способом — посредством записей (notes) и отчетов (reports). Согласно п. 14 разд. 725.15 Кодекса Департамента полиции Милуоки офицеры, получившие сообщение о происшествии, должны полно и точно отмечать в записных книжках все, что ими обнаружено по прибытии на место. Эти записи в дальнейшем используются лицом, проводящим расследование, для составления итогового отчета. Все сотрудники, работавшие на месте происшествия, также составляют отчеты, отражающие выполненную ими работу и ее результаты (п. 4 разд. 725.20), в том числе обнаруженит улик (п. 7 разд. 725.25).

Большую роль в полицейском расследовании играют специально разработанные бланки (forms). Так, при производстве опознания сотрудником полиции Милуоки заполняется форма PI-6 (сопутствующий отчет об опознании; вторым документом является подписываемая свидетелем форма PC-25). При опознании по фотографии или в ходе процедуры on-scene<sup>12</sup> составляются соответственно формы PC-24 и PC-26<sup>13</sup>. Наряду с письменными документами широко применяется видеозапись — при осмотре места происшествия (пп. 9 п. А разд. 725.25), опознании (пп. 1 п. С разд. 725.15), допросах (разд. 750.15). В Управлении полиции Цинциннати (штат Огайо)<sup>14</sup> также пред-

<sup>9</sup> Tire Deflation — процедура, практикуемая в целях задержания транспортного средства.

<sup>10</sup> Калиновский К.Б. Указ. соч. С. 27; Стойко Н.Г., Семухина О.Б. Уголовный процесс в США: учебное пособие. Красноярск, 2000. С. 38.

<sup>11</sup> The Albuquerque Police Department Standard Operating Procedures Manual // Сайт мэрии Альбукерк (штат Нью-Мексико) // URL: <https://www.cabq.gov/police/our-department/standard-operating-procedures> (дата обращения: 28.10.2015); The Tallahassee Police Department Manual — Officer Policies And Procedures // Сайт Департамента полиции Таллахасси (штат Флорида) // URL: <http://tallahasseeo.com/2011/12/05/the-tallahassee-police-department-manual-officer-policies-and-procedures/> (дата обращения: 28.10.2015); Seattle Police Department Manual // Официальный сайт департамента полиции Сиэттла // URL: (дата обращения: 24.10.2015)

<sup>12</sup> Другое название этой процедуры — Show-up. Такой вид опознания практикуется при отработке преступления «по горячим следам». Задержанного предъявляют потерпевшему или очевидцам в отсутствие «подставных», прямо на месте происшествия — Show-up // The free dictionary by Farlex // URL: (дата обращения: 02.11.2015)

<sup>13</sup> Кодекс исключительно подробно регламентирует процедуру опознания; им предусмотрены, например, такие детали: при предъявлении по фотографии необходимо не менее 6 снимков, из которых один — подозреваемого; результат опознания фиксируется в том числе подписью опознающего на обороте фотокарточки опознанного им лица; для обычного опознания требуются минимум четверо «подставных», при этом, если у подозреваемого имеются особые приметы, описанные очевидцами, то они должны присутствовать и во внешности этих четверых; сотрудник не вправе выяснять и фиксировать убежденность опознающего, выраженную в процентах, и др.

<sup>14</sup> The Cincinnati Police Department Procedure Manual // Официальный сайт Департамента полиции Цинциннати // URL: <http://www.cincinnati-oh.gov/police/department-references/police-department-procedure-manual/> (дата обращения: 05.11.2015). Отметим, что в тексте этого документа (п. 12.615) имеется

усмотрено ведение записей — на бланках 311ON (разд. 11.000) и составление отчетов как по результатам отдельных мероприятий, например, опроса на полиграфе (пп. 3 п. Д разд. 12.630), так и их комплекса (отчет 311A о результатах первоначального расследования — см. разд. 11.000).

Тем же Руководством предусмотрено несколько сотен форм. Предварительного расследования касаются такие из них, как «Формуляр учета лиц, находившихся на месте происшествия» (Crime Scene Admittance Log — форма 390, пп. 1а п. в разд. 12.615), «Отказ от опознания» (Line-up Wavier — оформляется на бланке 607, разд. 11.000). По факту убийства или подозрительной смерти одним из основных документов служит форма 316А (разд. 12.615), опрос подозрительного лица фиксируется по форме 534 (разд. 12.554), применение служебно-розыскной собаки — по форме 18С (разд. 12.140), очевидец дорожно-транспортного происшествия<sup>15</sup> опрашивается на бланке ОН-3 (разд. 12.035, 12.225 и др.).

Справедливости ради стоит отметить, что далеко не во всех управлениях досудебная деятельность полиции по уголовным делам регулируется столь детально. В этих подразделениях сотрудники, очевидно, прибегают к источникам учебно-методического характера — так же, как их российские коллеги, когда требуется усвоить аспекты следственного действия, оставшиеся за рамками уголовно-процессуальных норм.

Первую группу этих источников составляют материалы, не имеющие нормативного характера, но подготовленные внутри правоохранительных ведомств. К таковым, например, относятся разработанные Министерством юстиции США совместно с Национальным институтом правосудия Руководство по осмотру места происшествия по делам об убийствах (1999 г.)<sup>16</sup> и Руководство для правоохранительных органов по осмотру места происшествия (2000)<sup>17</sup>. С тем же названием (Руководство для правоохранительных органов по осмотру места происшествия) в 2013 г. вышла разработка Национального центра криминалистических технологий<sup>18</sup>.

В каждом из этих пособий первые разделы посвящены работе офицера, прибывшего по сообщению о преступлении<sup>19</sup>. Такой подход вполне ожидаем, поскольку, во-первых, американская правовая система не предусматривает специального следственного органа, а, во-вторых, проводимое тем или иным ведомством расследование представляет собой сочетание следственных, административных и оперативно-розыскных процедур. Поэтому действия патрульного, работающего на месте происшествия, имеют, по боль-

---

ссылка на другое руководство, касающееся непосредственно расследования, — «Cincinnati Police Department Investigations Manual», которое представляет, судя по названию, не меньший интерес, но в открытом доступе отсутствует.

<sup>15</sup> В ряде штатов нарушения правил дорожного движения уголовно наказуемы, например, вождение в состоянии опьянения или без водительского удостоверения.

<sup>16</sup> U.S. Department of Justice. National Institute of Justice. Death Investigation: A Guide for the Scene Investigator // URL: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles/167568.pdf> (дата обращения: 05.11.2015) (далее — Руководство 1999 года).

<sup>17</sup> U.S. Department of Justice. National Institute of Justice. Crime Scene Investigation: A Guide for Law Enforcement // URL: <https://www.fbi.gov/about-us/lab/forensic-science-communications/fsc/april2000/twgsci.pdf> (дата обращения: 05.11.2015) (далее — Руководство 2000 года).

<sup>18</sup> National Forensic Science Technology Center. Crime Scene Investigation: A Guide for Law Enforcement // URL: <http://www.nist.gov/forensics/upload/Crime-Scene-Investigation.pdf> (дата обращения: 05.11.2015) (далее — Руководство 2013 года).

<sup>19</sup> Раздел. «А» Руководства 2000 года и Руководства 2013 года.

шому счету, ту же правовую природу, что и действия детектива из отдела по расследованию убийств — это непроцессуальная деятельность по сбору сведений о происшествии.

Прибывший на место происшествия офицер должен установить личности находящихся там лиц — потерпевшего, очевидцев и заподозренного (если он имеется), а также опросить их. Помимо этого требуется фиксировать обстановку на месте происшествия, в том числе погодные условия и характерные запахи, данные всех прибывающих должностных лиц, а также действия самого полицейского — при необходимости он осуществляет преследование, принимает меры к обеспечению безопасности места происшествия, сохранности улики и т.д.

Сотрудники, отвечающие за осмотр места происшествия (*investigators in charge*), как правило, прибывают позже — они получают у своего коллеги краткие сведения об обстановке и принятых мерах. При необходимости они также опрашивают очевидцев и затем приступают к осмотру. Его первая стадия представляет собой обход (*walk-through*)<sup>20</sup>, который позволяет определиться с границами места происшествия, объемом предстоящей работы, необходимостью привлечь дополнительные силы и средства и т.д.

Далее в ходе собственно осмотра фиксируется обстановка, осуществляются поиск и изъятие следов преступления<sup>21</sup>. В конце проводят так называемый завершающий обзор (*final survey*)<sup>22</sup> — он позволяет подвести итоги проделанной работы, сопоставить полученные данные с другой информацией о происшествии, проверить собранную документацию, наличие изъятых объектов и т.п.

Документирование производится на всех стадиях осмотра, оно должно обеспечивать «слошную фиксацию»<sup>23</sup> его результатов и может осуществляться четырьмя способами — посредством записей (*notes*), фото- или видеосъемки, а также с помощью планов и схем (*sketches*).

По завершении работы на месте происшествия собранная документация должна содержать: материалы, составленные прибывшим по вызову офицером; документы «скорой помощи» (если она вызвана); список всех лиц, находившихся на месте происшествия (так называемый *entry log*<sup>24</sup>, включающий данные о должности, фамилии лица, времени прибытия и убытия, целях пребывания); фото- и видеоматериалы; схемы, планы, диаграммы; документы по вещественным доказательствам (обычно это списки, в которых отражены наименование, место обнаружения и упаковка объекта); ордер или согласие на обыск — если осмотр сопровождался ограничением права граждан на неприкосновенность жилища; отчеты экспертов, если они проводили какие-либо исследования на месте<sup>25</sup>.

Обращает на себя внимание, во-первых, тот факт, что в приведенном перечне отсутствует привычный российскому правоприменителю протокол или хотя бы его подобие. Сводные отчеты (*compiling reports*)<sup>26</sup> по работе на месте происшествия в пособиях

<sup>20</sup> Руководство 1999 года. С. 19; Руководство 2000 года. С. 20; Руководство 2013 года. С. 11.

<sup>21</sup> Сами американские криминалисты, как правило, называют это *сбором* доказательств (*collection of evidence*), а под изъятием (*seizure*) понимают процедуру, когда объект в руки полиции поступает из чьего-либо владения, как, например, при производстве выемки в порядке ст. 183 УПК РФ.

<sup>22</sup> Руководство 2000 года. С. 30; Руководство 2013 года. С. 146.

<sup>23</sup> *Permanent record* — см. Руководство 2013 года. С. 6, 11, 13, 38; Руководство 2000 года. С. 17, 20, 21, 26; Руководство 1999 года. С. 22, 24, 29, 31, 32.

<sup>24</sup> Руководство 2013 года. С. 13–14.

<sup>25</sup> Там же. С. 147; Руководство 2000 года. С. 31.

<sup>26</sup> Руководство 2013 года. С. 146; Руководство 2000 года. С. 31, 32.

фигурируют, но их цель — обобщение проделанной работы, а не словесная фиксация обстановки. Эту фиксацию призваны обеспечить технические средства — фотографирование и видеозапись. Как известно, российским следователям закон такой возможности не оставляет, поскольку протоколирование рассматривается у нас как основной способ фиксации хода следственного действия (п. 5 ч. 2 ст. 74 УПК РФ).

Во-вторых, для отечественной криминалистики не характерно такое пристальное внимание к перечню лиц, побывавших на месте происшествия. Участников осмотра (обычно это техник-криминалист и судебный медик) следователь, разумеется, заносит в протокол в силу п. 3 ч. 3 ст. 166 УПК РФ. Но иных присутствующих, численность которых может достигать десятков человек, никто обычно не фиксирует. Поэтому восстанавливать информацию об этих лицах, если потребуется (например, когда есть вероятность, что ими оставлены какие-то из обнаруженных следов), приходится специально.

В США же, как видим, подход принципиально иной. Он, надо полагать, обусловлен тем, что американской правовой системе не известен институт понятых и не практикуется протоколирование, а главное, тем, что основным доказательством в суде являются свидетельские показания. Именно в качестве потенциальных свидетелей могут рассматриваться все находящиеся на месте происшествия, и, в первую очередь, полиция, так как через показания свидетелей-полицейских, как правило, вводятся в процесс результаты проведенных ими мероприятий.

Вторую группу источников составляют учебно-методические издания, такие, например, как «Henry Lee's Crime Scene Handbook»<sup>27</sup>, «An Introduction to Crime Scene Investigation»<sup>28</sup>, «Criminal Investigation»<sup>29</sup>, «Crime Scene Investigation, Criminalistics and the Law»<sup>30</sup>. Процедура расследования, рекомендованная этими работами, соотносится с положениями наставлений и руководств, рассмотренных выше. Что касается документирования, то здесь также идет речь о записях, отчетах, фото- и видеосъемке, составлении схем. Все эти способы рассматриваются как неотъемлемые части единого процесса, которые применяются, не подменяя друг друга, поскольку у каждого из них имеются преимущества и недостатки. Так, записи не всегда способны обеспечить наглядность описания; фотосъемка с этим справляется лучше, но подчас требует многочисленных пояснений; видеозапись может «оживить» место происшествия, но для целей последующего криминалистического исследования, в отличие от фотографий, непригодна<sup>31</sup>.

Тем или иным способом обстановка места происшествия должна быть зафиксирована полно и точно, недаром в полиции бытует поговорка — если что-то не записано, то его и не было<sup>32</sup>.

Записи ведутся как патрульным офицером, прибывшим по вызову, так и специалистами, работающими на месте происшествия. Они не только служат средством фиксации сведений для самих сотрудников, но также могут быть предметом исследования в суде. Поэтому такие записи выполняются лишь чернилами, с соблюдением хронологии,

<sup>27</sup> Lee H., Palmbach T., Miller M. Henry Lee's Crime Scene Handbook. Elsevier Academic Press, 2001.

<sup>28</sup> Dutell A.. An Introduction to Crime Scene Investigation. Jones & Bartlett Learning, 2014.

<sup>29</sup> Swanson C. et al. Criminal Investigation // McGraw Hill Online Learning Center. URL: <http://highered.mheducation.com/sites/0072564938/studentview0/chapter4/chapteroutline.html> (дата обращения: 06.11.2015)

<sup>30</sup> Buckles T. Crime Scene Investigation, Criminalistics and the Law. Thomson Delmar Learning, 2007.

<sup>31</sup> Dutell A. Op. cit. P. 113.

<sup>32</sup> Ibid. P. 123.

на идентифицируемых листах бумаги (бланках либо служебных блокнотах); при необходимости что-то исправить допускается перечеркивание, но не стирание написанного<sup>33</sup>. Записи выполняются в свободной форме, в ходе события, должны отражать его ключевые моменты и быть краткими<sup>34</sup>.

Отчеты могут отражать и результат отдельного мероприятия, и итоги расследования либо одного из его этапов. Требования к их оформлению в разных департаментах полиции неодинаковы, нередко для отчетов разрабатываются специальные бланки. Помимо рассмотренных выше форм, авторы рекомендуют и такие, как реестр улик (evidence log), куда заносятся данные об изъятых вещественных доказательствах с указанием их наименования, места обнаружения, порядкового номера и упаковки<sup>35</sup>. Для фиксации основных данных о месте происшествия предусмотрен контрольный листок (General Crime Scene Check-List). В этот бланк заносят номер дела, место, время и категорию происшествия, данные пострадавшего, очевидцев и заподозренного, далее — погодные условия, данные участвующих сотрудников полиции (с указанием выполняемых ими задач — поиск улик, фотосъемка, обеспечение охраны и т.д.), а также иных ведомств (судебные медики, эксперты, прокурор), список улик, результаты обхода прилегающей территории и данные припаркованных поблизости автомашин<sup>36</sup>. Документирование иных, нежели осмотр места происшествия, мероприятий осуществляется сходным образом.

В ходе получения объяснений (interview) полицейский делает записи в блокнот; на допросе (interrogation) составляются письменные показания, которые затем могут быть использованы в качестве доказательств в суде. В обоих случаях может применяться аудио- или видеозапись<sup>37</sup>.

По результатам опознания заполняются бланки установленного образца, предусматривающие и подписи опознающего. Также должен быть составлен сопутствующий отчет независимо от итога опознания, в нем отражают все заявления опознающего — как категоричные, так и нет. Обращают на себя внимание некоторые тактические приемы опознания, рекомендованные тем же автором. Так, опознающий должен быть предупрежден, что подозреваемого среди предъявляемых лиц может не быть; в опознании по возможности не должен участвовать сотрудник, проводящий расследование — чтобы он не мог невольным жестом или словом сориентировать опознающего<sup>38</sup>.

Подводя итог, отметим, что предварительное расследование в США не имеет единообразной регламентации. Оно осуществляется в формах, сходных с теми, в которых у нас проводятся административная и оперативно-розыскная деятельность. Понятия следственного действия американская правовая система не знает, как результат — нет их исчерпывающего перечня; отсутствует и общепринятый порядок производства этих мероприятий. В целом он соотносится с некоторыми общими правилами, но детальное регулирование досудебной процедуры, как правило, различается в зависимости от территориальной и ведомственной принадлежности органа или должностного лица, проводящего расследование.

<sup>33</sup> Buckles T. Op. cit. P. 41.

<sup>34</sup> Dutell A. Op. cit. P. 124.

<sup>35</sup> Buckles T. Op. cit. P. 41–42.

<sup>36</sup> Lee H. Op. cit. P. 60.

<sup>37</sup> Swanson C. Op. cit.; Разделы XIX, XX главы 4 // URL: [http://higher.ed.mheducation.com/sites/0072564938/student\\_view0/chapter4/chapter\\_outline.html](http://higher.ed.mheducation.com/sites/0072564938/student_view0/chapter4/chapter_outline.html) (дата обращения: 06.11.2015)

<sup>38</sup> Swanson C. Op. cit.; Раздел IV главы 6 // URL: [http://higher.ed.mheducation.com/sites/0072564938/student\\_view0/chapter6/chapter\\_outline.html](http://higher.ed.mheducation.com/sites/0072564938/student_view0/chapter6/chapter_outline.html) (дата обращения: 06.11.2015)



Документирование расследования может осуществляться в равной степени посредством ведения записей, составления отчетов, фотографирования и видеосъемки, изготовления схем. Единых правил документирования не существует<sup>39</sup>, оно подчиняется требованиям ведомственных приказов и руководств, а также рекомендациям учебно-методических изданий.

Такой непривычный российскому правоведению подход обусловлен тем, что американское правосудие гораздо больше тяготеет к состязательности процесса, поэтому там полиция (наряду с прокурором) действует исключительно в интересах обвинения<sup>40</sup>, а доказательственная деятельность проходит в суде — под его контролем и в противоборстве сторон. Как результат — досудебные процедуры не имеют процессуального характера и не сопровождаются формированием доказательств. Такой статус собранные сведения обретают лишь в суде.



### Библиография

Актуальные проблемы теории государства и права: учеб. пособие / под ред. А.И.Бастрыкина. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2014. 471 с.

Глушков М.Р. Документирование изъятия в ходе оперативно-розыскной деятельности // Российский следователь. 2015. № 2. С. 48–52.

Головко Л.В. Архетипы досудебного производства, возможные перспективы развития отечественного предварительного следствия // Уголовное судопроизводство. 2014. № 2. С. 9–16.

Зорькин В.Д. Конституционный Суд — это негативный законодатель (публикация 14.12.2006) // Legis.ru // URL: <http://www.legis.ru/misc/news/7800/> (дата обращения: 09.11.2015)

Калиновский К.Б. Уголовный процесс современных буржуазных государств: учебное пособие. Петрозаводск: Изд-во ПетрГУ, 2000. 48 с.

Стойко Н.Г., Семухина О.Б. Уголовный процесс в США: учебное пособие. Красноярск: Красноярский гос. ун-т, 2000. 315 с.

Buckles T. Crime Scene Investigation, Criminalistics and the Law. New York: Thomson Delmar Learning, 2007. 312 p.

Dutell A. An Introduction to Crime Scene Investigation. Burlington, 2014. 558 p.

Exclusionary Rule // The Free Dictionary by Farlex // URL: (дата обращения: 02.11.2015)

Lee H., Palmbach T., Miller M. Henry Lee Crime Scene Handbook. New York — Oxford: Elsevier Academic Press, 2001. 416 p.

National Forensic Science Technology Center. Crime Scene Investigation: A Guide for Law Enforcement // URL: <http://www.nist.gov/forensics/upload/Crime-Scene-Investigation.pdf> (дата обращения: 05.11.2015).

Show-up / The Free Dictionary by Farlex // URL: (дата обращения: 02.11.2015).

Swanson C. et al. Criminal Investigation // McGraw Hill Online Learning Center // URL: [http://highered.mheducation.com/sites/0072564938/student\\_view0/chapter4/chapter\\_outline.html](http://highered.mheducation.com/sites/0072564938/student_view0/chapter4/chapter_outline.html) (дата обращения: 06.11.2015)

U.S. Department of Justice. National Institute of Justice. Crime Scene Investigation: A Guide for Law Enforcement // URL: <https://www.fbi.gov/about-us/lab/forensic-science-communications/fsc/april2000/twgcsi.pdf> (дата обращения: 05.11.2015).

U.S. Department of Justice. National Institute of Justice. Death Investigation: A Guide for the Scene Investigator // URL: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles/167568.pdf> (дата обращения: 05.11.2015)

<sup>39</sup> Как не существует их и для ОРД в Российской Федерации. См.: Глушков М.Р. Документирование изъятия в ходе оперативно-розыскной деятельности // Российский следователь. 2015. № 2. С. 48.

<sup>40</sup> Головко Л.В. Архетипы досудебного производства, возможные перспективы развития отечественного предварительного следствия // Уголовное судопроизводство. 2014. № 2. С. 16.

## Documenting Police Investigation in the USA



**Maksim R. Glushkov**

Head, Department of Criminalistics, Sixth Faculty of Advanced Training, Institute of Advanced Training, Federal Educational Institution of Higher Education “Academy of the Investigative Committee of the Russian Federation”. Address: 18 Eleventh Liniya Vasilyevskogo Ostrova, Saint Petersburg 199178, Russia. E-mail: factasunt@mail.ru



### Abstract

The article features pre-trial proceedings in criminal cases in the USA. The proceedings are regulated by case precedents, norms and state legislations. Technically, the activity represents a combination of the procedures which are usually referred to investigative, special investigative and administrative procedures in the Russia. However, the documents do not provide for any single rules for investigatory proceedings. Hence, they are not subject to uniform documentation. As to documenting investigative proceedings, law enforcement officials are guided by the orders and instructions of police departments which are accurate in regulating the activity of their staff. Besides, there are different instructions prepared for the employees by law enforcement agencies, i.e. US Department of Justice and National Institute of Justice, National Center of Criminalist Technologies. Overall, the requirements of the guidelines are consistent with the requirements of police orders. Conventional ways of recording are notes and reports. They may be compiled arbitrarily or on forms. In addition to these recording means, photo and videotaping, drawing schedules and schemes are used. All the means of recording are equal and deem to be an integral part of cover fixation of investigative procedures. They are applied without overlapping as each possesses its advantages and disadvantages. In particular, recording does not always provide visibility of description, photo recording is a better option though requires additional explanations. Videoing records the crime spot in motion but is irrelevant for subsequent criminal research unlike photographs. A typical of Russian investigation minutes as a single document presenting the results of investigation is unknown to US law enforcement officials.



### Keywords

pre-trial proceedings, United States, police investigation, investigative actions, documentation of investigation, a guide for law enforcement, notes, reports, video, photography.

Citation: Glushkov M.V. (2016) Documenting Police Investigation in the USA. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 212–222 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.212.222



### References

- Bastrykin A.I. (ed.) (2014) *Aktual'nye problemy teorii gosudarstva i prava: uchebnoe posobie* [Urgent Problems of Theory of State and Law: Manual]. Moscow: YUNITI-DANA, 471 p. (in Russian)
- Buckles T. (2007) *Crime Scene Investigation, Criminalistics and the Law*. New York: Thomson Delmar Learning, 312 p.
- Dutell A. (2014) *An Introduction to Crime Scene Investigation*. Burlington: Jones and Bartlett, 558 p.
- Exclusionary Rule. The Free Dictionary by Farlex (2008). Available at: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Exclusionary+Rule> (accessed: 02.11. 2015)
- Show-up. The Free Dictionary by Farlex (2000). Available at: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Show-Up> (accessed: 02.11.2015)
- Glushkov M.R. (2015) Dokumentirovanie iz'yatiya v khode operativno-rozysknoy deyatelnosti [Documenting Seizure of Possession in Operative Investigative Activity]. *Rossiyskiy sledovatel'*, no 2, pp. 48–52.
- Golovko L.V. (2014) Arkhetipy dosudebnogo proizvodstva, vozmozhnye perspektivy razvitiya otechestvennogo predvaritel'nogo sledstviya [Archetypes of Pre-trial Proceedings, Perspectives in the Development of Russian Pre-Trial Investigation]. *Ugolovnoe sudoproizvodstvo*, no 2, pp. 9–16.

- Kalinovskiy K.B. (2000) *Ugolovnyy protsess sovremennykh burzhuaznykh gosudarstv: uchebnoe posobie* [Criminal Process in Modern Bourgeois States: Manual]. Petrozavodsk: PetrGU, 48 p. (in Russian)
- Lee H. et al. (2001) *Henry Lee's Crime Scene Handbook*. New York etc.: Elsevier Academic Press, 416 p.
- National Forensic Science Technology Center (2013). *Crime Scene Investigation: A Guide for Law Enforcement*. Available at: <http://www.nist.gov/forensics/upload/Crime-Scene-Investigation.pdf> (accessed: 05.11.2015).
- Stoyko N.G., Semukhina O.B. (2000) *Ugolovnyy protsess v SShA* [Criminal Trial in the US]. Krasnoyarsk: Krasnoyarsk State University, 315 p. (in Russian)
- Swanson C., Chamelin N., Territo L. (2001) *Criminal Investigation*. Available at: [http://higherred.mheducation.com/sites/0072564938/student\\_view0/chapter4/chapter\\_outline.html](http://higherred.mheducation.com/sites/0072564938/student_view0/chapter4/chapter_outline.html) (accessed: 05.11.2015)
- U.S. Department of Justice (1999) National Institute of Justice. *Crime Scene Investigation: A Guide for Law Enforcement*. Available at: <https://www.fbi.gov/about-us/lab/forensic-science-communications/fsc/april2000/twgcsi.pdf> (accessed: 05.11.2015)
- U.S. Department of Justice (2000). National Institute of Justice. *Death Investigation: A Guide for the Scene Investigator*. Available at: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles/167568.pdf> (accessed: 05.11.2015)
- Zor'kin V.D. (2016) *Konstitutsionnyy Sud – eto negativnyy zakonodatel'* [Constitutional Court is a Negative Legislator]. Available at: URL: <http://www legis.ru/misc/news/7800/> (accessed: 09.11.2015)

# Моральная упречность и уголовно-правовая вина (на примере доктрины смягчающих обстоятельств в странах Африки)

---



**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 исследуется доктрина смягчающих обстоятельств, зародившаяся в странах Африканского Содружества Наций. Причиной ее возникновения стало существование в странах, следующих традиции общего права, обязательного наказания в виде смертной казни за тяжкое убийство и некоторые иные преступления. Доктрина предполагает возможность избежать смертной казни при наличии обстоятельств, уменьшающих моральную упречность деяния, которая отнюдь не тождественна вине в уголовно-правовом смысле. Анализируются обстоятельства, признаваемые африканскими судами как снижающие моральную упречность содеянного. Рассматривается критика доктрины, приведшая к ее отмене или модификации в различных странах. Указывается на ее изъяны: возложение бремени доказывания смягчающих обстоятельств на подсудимого; необходимость признавать свою вину, чтобы избежать смертной казни; невозможность учесть обстоятельства, не существовавшие на момент совершения преступления (раскаяние, ухудшившееся здоровье и т.п.). Это приводит к выводу, что сегодня наиболее приемлемой представляется полная отмена обязательной смертной казни. Рассматривается значение понятия моральной упречности для российской уголовно-правовой мысли. Обосновывается вывод, что данная категория лежит в основе осознания общественной опасности «традиционных» преступлений (убийство, разбой, изнасилование и т.п.). При этом основой осознания общественной опасности сравнительно новых уголовно-правовых запретов, в том числе в экономической сфере, является понимание неуголовной противоправности содеянного. Недобросовестность и моральная упречность рассматриваются как предпосылки вины. Получая юридическое закрепление в нормах уголовного закона, они дают возможность установить степень вины субъекта в рамках одной и той же формы вины. Речь идет о смягчающих и отягчающих наказание обстоятельствах по УК Российской Федерации. Смягчающие обстоятельства могут быть как связаны со степенью вины субъекта, так и не связаны с ней. В первом случае они являются отражением принципа справедливости, во втором — соображений милосердия. Отягчающие вину обстоятельства должны быть связаны со степенью вины субъекта (или с рецидивом). И справедливость, и милосердие должны получить адекватное отражение в нормах уголовного закона. Возвращение к понятию моральной упречности и недобросовестности необходимо при оценке существующих уголовно-правовых норм и при формулировании новых.

---



## Ключевые слова

уголовное право, обязательная смертная казнь, доктрина смягчающих обстоятельств, Африканское Содружество Наций, моральная упречность, уголовно-правовая вина.

---

Биографическое описание: Нагорная И.И. Моральная упречность и уголовно-правовая вина (на примере доктрины смягчающих обстоятельств в странах Африки) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 223–234.

**Постановка проблемы.** Обращение к институтам уголовного права зарубежных стран, которые по форме и содержанию могут показаться довольно экзотическими для российских специалистов, объясняется не только и не столько чисто теоретическим интересом. Углубляясь в изучение вопросов субъективной стороны состава преступления и назначения наказания, мы с неизбежностью сталкиваемся с проблемами, которые до сих пор не просто не имеют однозначного решения, но и требуют глубокого переосмысления для обеспечения справедливого и эффективного действия уголовного права в современных условиях. Сравнительно-правовые исследования позволяют выявить такие проблемы еще более рельефно, показать не только сходство и различия, но и возможность принципиально разных — и притом обоснованных — подходов к решению тех или иных задач. Это можно проиллюстрировать, например, различным значением заранее обдуманного и внезапно возникшего умысла в уголовном праве разных стран, а также полной отменой или борьбой за сохранение смертной казни.

Данная статья посвящена доктрине смягчающих обстоятельств (*doctrine of extenuating circumstances*) в отдельных странах Африканского Содружества Наций, которая при всем ее несовершенстве и ограниченной применимости, позволяет нестандартно взглянуть на следующие проблемы:

- связь моральной упречности и вины в смысле уголовного права;
- перечень обстоятельств, уменьшающих или увеличивающих вину субъекта преступления как отражение принципа справедливости;
- значение иных фактов, не влияющих на виновность субъекта, но учитываемых при назначении наказания из соображений милосердия.

**Содержание и особенности доктрины смягчающих обстоятельств.** Появление подобной доктрины связано с существованием обязательного наказания в виде смертной казни (*mandatory death penalty*) за тяжкое убийство по общему праву. Иными словами, установив, что смерть была причинена с заранее обдуманным злым умыслом, суд мог назначить единственный вид наказания, не имея права на усмотрение. Подобное положение дел веками сохранялось в Англии, вплоть до полной отмены смертной казни за тяжкое убийство в 1969 г., а позже продолжило существование в бывших британских колониях и иных странах, воспринявших традицию общего права<sup>1</sup>. При этом многие страны распространили данное правило и на иные составы преступления, например, на государственную измену и грабеж при отягчающих обстоятельствах<sup>2</sup>.

Рассматривая различные примеры из судебной практики, можно легко убедиться, что наказуемые обязательной смертной казнью деяния существенно отличаются друг от друга, что может привести к «необоснованным (или, по крайней мере, сомнительным) с точки зрения социальной справедливости и разделяемых обществом целей наказания смертным приговорам»<sup>3</sup>. В связи с этим возникла потребность в отмене или, по крайней мере, ограничении обязательного применения смертной казни. Одним из возможных инструментов такого ограничения и является рассматриваемая доктрина.

Доктрина смягчающих обстоятельств заключается в том, что при сохранении смертной казни в качестве обязательного наказания за некоторые преступления подсудимому

<sup>1</sup> См.: Есаков Г.А. Смертная казнь за тяжкое убийство в странах семьи общего права: от принципа талиона к принципам справедливости и индивидуализации ответственности // *Lex Russica* (Научные труды МГЮА). 2004. № 2. С. 556–557.

<sup>2</sup> См.: *Chenwi L. Towards Abolition of Death Penalty in Africa: A Human Rights Perspective*. Cape Town, 2007. P. 20, 49.

<sup>3</sup> Есаков Г.А. Указ. соч. С. 557.

могло быть назначено более мягкое наказание, если имелись обстоятельства, которые снижали моральную упречность (*moral blameworthiness*) его поведения. Такие обстоятельства рассматривались наряду с обстоятельствами, отягчающими ответственность. При этом необходимо учитывать две особенности:

1. Обстоятельства, снижающие моральную упречность, должны существовать именно в момент совершения преступления и быть связаны с ним, т.е. суд — по крайней мере, теоретически, — не имеет права учитывать постпреступное поведение лица, предыдущие судимости, а также семейные и медицинские соображения. Следует, однако, отметить, что судебная практика показала некоторую непоследовательность в данном вопросе.

2. Речь идет именно об упречности, а не о вине лица как юридической категории. Это означает, что, если, например, при доказывании самого факта тяжкого убийства не удалась защита со ссылкой на провокацию, сильное душевное волнение, состояние опьянения, что могло бы повлечь осуждение за простое убийство, обвиняемый вправе сослаться на те же обстоятельства при назначении наказания, чтобы избежать смертной казни<sup>4</sup>.

Бремя доказывания указанных обстоятельств возложено на самого подсудимого на основании правила о наличии более веских доказательств (*preponderance of evidence*), в то время как сторона обвинения должна доказать совершение тяжкого убийства (иного преступления) за пределами обоснованных сомнений (*beyond reasonable doubt*). Фактически это означало введение опровержимой презумпции в пользу назначения смертной казни за тяжкое убийство и некоторые иные преступления<sup>5</sup>.

Рассматриваемая доктрина была первоначально введена в Южно-Африканской Республике, а позже распространилась и в других государствах региона (Ботсване, Лесото, Намибии, Свазиленде, Замбии и Зимбабве)<sup>6</sup>.

**Обстоятельства, снижающие моральную упречность содеянного.** Значение доктрины смягчающих обстоятельств заключается не только в том, что она позволяет отказаться от применения смертной казни, она подчеркивает, что не все преступления — даже тяжкие убийства — заслуживают равного морального порицания. Помимо легальной формулировки вины существует также понятие упречности, которое непосредственно влияет на назначение наказания.

Какие факты снижают моральную упречность содеянного?

Некоторые из них связаны со спецификой конкретного общества. Так, в странах Африки типичным обстоятельством, смягчающим упречность деяния, признавалась вера субъекта преступления в то, что потерпевший воздействовал на него или его близких с помощью колдовства<sup>7</sup>.

Следует отметить, что, несмотря на довольно скептическое отношение юристов к сверхчужственным способностям, нельзя не признать, что страх перед подобными явлениями может быть очень велик, особенно если сообщение о колдовстве совпадает с несчастьями в жизни конкретного человека. Полагаем, что месть за колдовство в ряде

<sup>4</sup> См.: Novak A. The Global Decline of the Mandatory Death Penalty: Constitutional Jurisprudence and Legislative Reform in Africa, Asia and the Caribbean. Burlington, 2014. P. 125.

<sup>5</sup> Ibid. P. 125–126.

<sup>6</sup> Ibid. P. 126.

<sup>7</sup> См.: Mwale Ch. Extenuating Circumstances in Murder Cases: A Comparative Study between the Zambian and the South African Criminal Justice Systems // URL: <http://dspace.unza.zm:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2203/Mwale.PDF?sequence=1> (дата обращения: 20.02.2016)



случаев действительно снижает моральную упречность деяния субъекта. Такая уверенность должна быть подкреплена поведением потерпевшего или иными объективными обстоятельствами.

Так, в деле *S vs Vela Bambz* (1986 г.) окружной суд Транскея отказался применить смертную казнь к мужчине, совершившему убийство пожилой женщины, и приговорил его к 20 годам лишения свободы. Было доказано, что потерпевшая встретила осужденного на улице и, преградив дорогу ему и его матери, сняла с себя одежду и заявила: «Я ответственна за твою долгую болезнь. Ты никогда не сможешь ходить на работу и содержать семью». Той же ночью осужденный проник в дом потерпевшей и убил ее<sup>8</sup>.

Другие обстоятельства являются довольно традиционными для многих правовых систем: провокация драки со стороны потерпевшего, неверность возлюбленной. В редких случаях смягчающим обстоятельством признавалось опьянение, а также молодой возраст субъекта преступления<sup>9</sup>.

Наибольший интерес имеет такое обстоятельство, как потеря индивидуальности (*deindividuation*) при совершении преступления. Так, в ЮАР в деле *S vs Sibisi and others* (1989 г.) восемь работников железной дороги были признаны виновными в убийстве четырех штрейкбрехеров. Преступление было совершено 28 апреля 1987 г. во время забастовки, организованной профсоюзом железнодорожных рабочих и иными работниками транспортной службы. Причиной забастовки послужило увольнение чернокожего водителя фургона за опоздание с выплатой очень малой суммы денег. Профсоюз требовал его восстановления на работе, улучшения процедуры рассмотрения жалоб работодателем, прекращения расовой дискриминации. Представители транспортной службы отказались вести переговоры. Вместо этого они решили выселить забастовщиков из общежитий. Во время начавшихся беспорядков несколько забастовщиков были застрелены полицией, многие ранены. Через несколько дней забастовщики узнали, что они уволены. Тогда они схватили пять рабочих, отказавшихся от участия в забастовке. Один из них сбегал. Четверо были вывезены в лес и убиты ножами и ударами бетонных блоков по голове. Лишь четыре подсудимых непосредственно участвовали в убийстве. Однако суд признал, что все восемь состояли в сговоре<sup>10</sup>.

На суде давали показания два социальных психолога из США и Великобритании, а также социальный антрополог из ЮАР, который подтвердил, что коллективное сознание присуще традиционным африканским культурам, что сделало подсудимых особенно уязвимыми для группового давления. С этим согласился и приглашенный клинический психолог, который оценивал личность каждого подсудимого<sup>11</sup>.

Рассмотрев обстоятельства дела, социальные психологи пришли к следующим выводам. Скученность забастовщиков, постоянное пение и пляски привели их к потере индивидуальности и чувства ответственности. Многие забастовщики находились в состоянии фрустрации: они были лишены привилегий, которые имели их белые коллеги: жили в общежитиях, куда не допускались их жены, в условиях, напоминающих концентрационные лагеря. Это породило гнев и агрессию. Возникла групповая поляризация, что заставило их пойти на убийство лиц, не участвовавших в забастовке. Суд первой

<sup>8</sup> См.: *Koyana D.S. The Demise of the Doctrine of Extenuating Circumstances in the Republics of South Africa and Transkei // Consultus. 1991. Vol. 4. No 2. P. 116.*

<sup>9</sup> См.: *Mwale Ch. Op. cit. P. 13–15, 20; Novak A. Op. cit. P. 142.*

<sup>10</sup> См.: *Colman A. Crowd Psychology in South African Murder Trials // American Psychologist. 1991. Vol. 46. No 10. P. 1072–1073.*

<sup>11</sup> *Ibid. P. 1073–1075.*

инстанции принял приведенные психологические аргументы и отказался от смертной казни в отношении четырех подсудимых. Позже смертные приговоры остальных были отменены апелляционной инстанцией. В судебной практике ЮАР существуют иные сходные примеры<sup>12</sup>.

Приведенные аргументы могут быть использованы в делах, связанных с массовыми беспорядками, вызванными серьезными социальными потрясениями и в других странах. Они нуждаются в тщательном анализе с участием специалистов в области психологии, что требует отдельного глубокого исследования. Данные проблемы, безусловно, актуальны и в России, и в странах Запада.

**Критика доктрины смягчающих обстоятельств** наглядно выявила ее слабости, которые касаются как норм материального, так и процессуального права. Они также связаны с проблемами реального соблюдения прав подсудимых в существующих социальных условиях.

В литературе выделяются следующие обстоятельства, подрывающие эффективность применения рассматриваемой доктрины:

1. Смягчающие обстоятельства должны существовать именно на момент совершения преступления и быть связанными с ним. В связи с этим суд (по крайней мере, если применять доктрину последовательно) лишается возможности учесть иные значимые факты и обязан назначить осужденному смертную казнь, даже если это не отвечает целям наказания<sup>13</sup>.

2. Судебный процесс оказывается разделенным на независимые друг от друга стадии установления вины и вынесения приговора. На первой стадии подсудимый может отрицать свою вину, однако если будет доказано обратное, на второй стадии, чтобы избежать назначения смертной казни, он должен изменить показания, признать себя виновным и доказать наличие смягчающих обстоятельств. В таком случае прокурор может уличить подсудимого во лжи и поставить под сомнения все данные им показания<sup>14</sup>.

3. От суда требуется осуществить два дискреционных акта вместо одного: он должен предварительно установить, что смягчающие обстоятельства могли существовать и в связи с этим в принципе возможно отказаться от назначения смертной казни. Затем начинается процедура оценки смягчающих и отягчающих обстоятельств, и суд снова решает, заслуживает ли осужденный наказания в виде смертной казни или же оно может быть заменено лишением свободы. Подобная система приводит к повышению вероятности ошибки и произвола<sup>15</sup>.

4. Социальная реальность такова, что незащищенным слоям населения по факту угрожает более суровое наказание, так как они не имеют возможности воспользоваться услугами квалифицированного защитника<sup>16</sup>. Также данные лица могут стать жертвами предубеждения. Возлагать бремя доказывания наличия смягчающих обстоятельств на подсудимых в таких условиях неверно. Следует учитывать, что эти утверждения справедливы даже для развитых стран.

Специалисты полагают, что доктрина смягчающих обстоятельств — это компромиссное или переходное решение проблемы, которое позволяет судьям «спрятаться за

<sup>12</sup> Ibid. P. 1075–1078.

<sup>13</sup> См.: Novak A. Op. cit. P. 129–130.

<sup>14</sup> См.: Koyana D.S. Op. cit. P. 118; Novak A. Op. cit. P. 130.

<sup>15</sup> См.: Novak A. Op. cit. P. 130.

<sup>16</sup> См.: Chenwi L. Op. cit. P. 182.

законом» и не брать на себя полной ответственности за приговор<sup>17</sup>. Отметим, что имеющаяся критика не подрывает идею учета моральной упречности деяния. Напротив, она указывает на необходимость адекватного ее отражения в соответствующих юридических конструкциях.

Сегодня наиболее приемлемой представляется полная отмена обязательной смертной казни в пользу судебного усмотрения. Так, Г.А. Есаков, исследовавший проблему назначения смертной казни за тяжкое убийство в зарубежных странах, пришел к выводу, что «любому осужденному за тяжкое убийство должен быть предоставлен шанс избежать смерти, показав, что, принимая во внимание обстоятельства преступления и личность виновного, применение к нему смертной казни не будет отвечать целям уголовного наказания... в силу принципа *in favorem vitae* шанс этот должен заключаться не в обосновании осужденным наличия неких смягчающих обстоятельств, оправдывающих неприменение смертной казни, а, напротив, в доказывании обвинением особых отягчающих обстоятельств, делающих возможным вынесение смертного приговора»<sup>18</sup>.

**Отмена доктрины смягчающих обстоятельств и обязательной смертной казни.** В 1990 г. в уголовно-процессуальное законодательство ЮАР были внесены изменения, которые по сути отменили обязательную смертную казнь, требуя, чтобы суд учитывал все смягчающие и отягчающие обстоятельства при назначении справедливого наказания. В деле *S vs Nkwanyana* (1990 г.) Верховный апелляционный суд ЮАР постановил, что смягчающие обстоятельства должны включать в себя более широкое количество фактов, чем этого требует доктрина смягчающих обстоятельств. Данные факты не обязательно должны быть связаны с совершением преступления. Сторона обвинения обязана доказать наличие отягчающих и отсутствие смягчающих обстоятельств за пределами обоснованных сомнений. В 1995 г. Конституционный суд ЮАР признал смертную казнь неконституционной в деле *S vs Makwanyane*, постановив, что даже при наличии судебного усмотрения на каждой стадии судебного разбирательства присутствует элемент случайности. Это решение широко цитируется судами по всему миру<sup>19</sup>.

Доктрина о смягчающих обстоятельствах была отменена в Свазиленде в 2005 г., в Зимбабве в 2013 г. В Намибии она перестала действовать вместе с отменой смертной казни в 1989 г. Ботсвана и Лесото модифицировали доктрину, исключив наиболее спорные ее аспекты. В настоящий момент она сохранилась в Замбии<sup>20</sup>.

**Значение понятия моральной упречности для российской уголовно-правовой мысли.** *Моральная упречность как предпосылка вины.* Несмотря на отсутствие единого понимания вины в российской уголовно-правовой науке<sup>21</sup>, фактически не вызывает сомнения, что она основывается на определенных представлениях о морали, о должном и упречном поведении. Как отмечает Г.В. Назаренко, «проблема вины есть проблема нравственно-правовой оценки антиобщественного поведения, осуществляемая нормативными средствами»<sup>22</sup>.

В то же время закрепление в уголовном законе всех признаков психического отношения лица к совершаемому деянию и его последствиям не представляется нужным и

<sup>17</sup> См.: *Koyana D.S.* Op. cit. P.117; *Novak A.* Op. cit. P. 130.

<sup>18</sup> *Есаков Г.А.* Указ. соч. С. 565–566.

<sup>19</sup> См.: *Novak A.* Op. cit. P. 133–133.

<sup>20</sup> *Ibid.* P. 161–162.

<sup>21</sup> См.: *Рарог А.И.* Проблемы квалификации преступлений по субъективным признакам. М., 2015. С. 43–46.

<sup>22</sup> Цит. по: *Рарог А.И.* Указ. соч. С. 51–52.

возможным. Как справедливо указывал А.Э. Жалинский, вина включает в себя описание психологических процессов и их воздействия на деяние теми признаками, которые необходимы и достаточны для целей уголовного закона<sup>23</sup>.

Важнейший признак — осознание общественной опасности действия (бездействия) — предполагает, что такая опасность объективно познаваема. При этом невозможно игнорировать, что в современном мире количество уголовно-правовых запретов чрезвычайно велико. Осознание общественной опасности таких «традиционных» составов преступлений, как убийство, изнасилование, разбой, не вызывает затруднений, так как изначально вытекает из их моральной упречности, которая познается с точки зрения здравого смысла.

Однако ряд нарушений в экономической и иных сферах становятся преступными или перестают быть таковыми лишь по воле законодателя<sup>24</sup>. Осознание их общественной опасности невозможно без осознания их неуголовно-правовой (регулятивной) противоправности<sup>25</sup>. Последняя основана на знании не только законодательства, но и его толкования, практики его применения. Последняя может быть непоследовательной, в связи с чем уголовное право вынуждено искать правовые средства, которые предотвратят необоснованное привлечение лица к уголовной ответственности. В частности, в литературе указывается на необходимость признания того, что неизбежная ошибка в регулятивной противоправности исключает вину субъекта<sup>26</sup>. Неизбежность ошибки предполагает, что субъект предпринял усилия для уяснения смысла закона. Это в конечном итоге приводит нас к понятию недобросовестности<sup>27</sup> или отсутствия должного уровня предусмотрительности субъекта, которые, по сути, становятся аналогами моральной упречности тех преступлений, общественная опасность которых неочевидна.

Таким образом, моральная упречность деяния является предпосылкой вины для «традиционных» преступлений, а недобросовестность — для некоторых новых видов преступного поведения.

*Суд присяжных и особая концепция вины.* Наиболее ярко проблема моральной упречности может проявиться в связи с рассмотрением полномочий суда присяжных.

Так, при анализе проблемы признания подсудимого виновным или невиновным присяжными в литературе выделяется две концепции: «факты и право» и «виновность и наказание». Первая предполагает решение вопроса о виновности подсудимого в уголовно-правовом смысле, после чего судья дает квалификацию деяния и назначает наказание. Вторая подразумевает особое понимание вины, при котором присяжные в целом

<sup>23</sup> См.: Уголовное право. Общая часть / под общ. ред. А.Э. Жалинского. М., 2011. С. 473.

<sup>24</sup> Это характерно не только для нашей страны. См., например: *Larkin P. The Injustice of Imposing Domestic Criminal Liability for a Violation of Foreign Law // Heritage Foundation Legal Memorandum N 94, June 12, 2013 // URL: <http://www.heritage.org/research/reports/2013/06/the-injustice-of-imposing-domestic-criminal-liability-for-a-violation-of-foreign-law> (дата обращения: 20.02.2016)*

<sup>25</sup> См., например: *Яни П.С., Мурадов Э.С. Субъективные признаки налоговых преступлений: позиция Пленума Верховного Суда РФ // Законы России: опыт, анализ, практика. 2007. № 3 // СПС Консультант Плюс.*

<sup>26</sup> Подобная ошибка исключает уголовную ответственность согласно ст. 122-3 Уголовного кодекса Франции. См.: *Code penal // URL: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=F99367F5F1D4DE4E53C42861980A13BD.tpdila13v\\_1?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20160220](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=F99367F5F1D4DE4E53C42861980A13BD.tpdila13v_1?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20160220) (дата обращения: 20.02.2016)*

<sup>27</sup> См.: *Есаков Г.А. Вина в преступлениях в сфере экономической деятельности (о некоторых проблемах) // Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт. Материалы III российско-германского круглого стола. М., 2012. С. 61–62.*

решают, подлежит ли лицо уголовной ответственности, а судья лишь назначает наказание<sup>28</sup>. В последнем случае присяжные могут постановить, что подсудимый не виновен, «в том числе и тогда, когда, установив доказанность события деяния, его совершение подсудимым и его вину в уголовно-правовом смысле, сочтут его подлежащим оправданию по своему внутреннему убеждению, голосу своей совести», и таким образом нуллифицировать уголовный закон<sup>29</sup>.

Очевидно, что во многих случаях нуллификация не связана со степенью моральной упречности содеянного или связана с ней лишь косвенно. Она может иметь место в связи с недоверием к системе отправления уголовного судопроизводства или с чрезмерной суровостью наказания за то или иное преступления<sup>30</sup>. Так, до отмены обязательной смертной казни в США многие присяжные фактически нарушали клятву, отказываясь осудить лицо за преступление, автоматическим следствием которого являлся смертный приговор<sup>31</sup>. Кроме того, возможно оправдание лица в связи с положительным предубеждением к его личности или антипатией к личности потерпевшего, что в нашей стране может повлечь отмену оправдательного приговора<sup>32</sup>.

Рассматривая возможности для нуллификации «вследствие наличия особых извинительных обстоятельств, не предусмотренных уголовным законом, либо очевидной малозначительности деяния», Г.А. Есаков приходит к выводу, что реализовать подобную тактику защите будет затруднительно. Вместе с тем он предлагает выработать четкие процессуальные правила действий сторон в различных ситуациях<sup>33</sup>.

Здесь также уместно привести мнение Г.А. Гаджиева, который в связи с особой концепцией вины, которой могут руководствоваться присяжные, считает право на рассмотрение дела с участием присяжных формой проявления милосердия наряду с амнистией и помилованием. Сокращение полномочий суда присяжных, по его мнению, предполагает «ограничение возможности проявлять милость», которое не может быть произвольным, но «должно быть тщательно аргументировано и обосновано»<sup>34</sup>.

Полагаем, что отсылки к моральной упречности содеянного или к необходимости оправдания субъекта присяжными по иным мотивам еще долго не утратят своей актуальности. Это подтверждается, в частности, недавним предложением о введении суда присяжных по делам об экономических преступлениях<sup>35</sup>.

<sup>28</sup> См.: Петрухин И.Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию. М., 2009. С. 127–128.

<sup>29</sup> Есаков Г.А. «Нуллификация» уголовного закона в суде с участием присяжных заседателей // СПС КонсультантПлюс. Под нуллификацией уголовного закона понимается «вынесение оправдательного решения вопреки наличию очевидных доказательств виновности подсудимого или, как иной вариант определения, при отсутствии неустрашимых сомнений в виновности подсудимого».

<sup>30</sup> Там же.

<sup>31</sup> См.: Kirchmeier J. Aggravating and Mitigating Factors: The Paradox of Today's Arbitrary and Mandatory Capital Punishment Scheme // William & Mary Bill of Rights Journal. 1998. Vol. 6. P.350.

<sup>32</sup> См.: Есаков Г.А. «Нуллификация» уголовного закона в суде с участием присяжных заседателей // СПС КонсультантПлюс.

<sup>33</sup> Там же.

<sup>34</sup> Особое мнение по делу. См.: Постановление Конституционного Суда РФ № 8-П от 19 апреля 2010 г. «По делу о проверке конституционности п. 2 и 3 ч. 2 ст. 30 и ч. 2 ст. 325 Уголовно-процессуального кодекса РФ в связи с жалобами граждан Р.Р. Зайнаутдинова, Р.В. Кудяева, Ф.Р. Файзулина, А.Д. Хасанова, А.И.Шаваева и запросом Свердловского областного суда» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2010. № 3.

<sup>35</sup> См.: СФ и ФПА предлагают ввести суд присяжных по делам об экономических преступлениях // URL: [http://www.fparf.ru/news/mass\\_media/mass\\_media\\_about\\_FPA/17120/](http://www.fparf.ru/news/mass_media/mass_media_about_FPA/17120/) (дата обращения: 20.02.2016)

*Юридические конструкции, позволяющие учесть моральную упречность или недобросовестность. Степень вины субъекта преступления.*

Профессиональный судья — в отличие от обывателей (присяжных) — не вправе напрямую руководствоваться моральными или иными соображениями при установлении вины субъекта. Однако подобные соображения неизбежно получают отражение в нормах уголовного закона об учете смягчающих и отягчающих наказание обстоятельств, а также об иных правилах назначения наказания. Необходимость учета добросовестности субъекта также предполагается. В частности, на нее косвенно указано в п. 8 Постановления Пленума Верховного Суда России от 28.12.2006 г. № 64 «О практике применения судами уголовного законодательства об ответственности за налоговые преступления»<sup>36</sup>, который говорит, что суду следует принимать во внимание обстоятельства, предусмотренные ст. 111 Налогового кодекса РФ, при установлении умысла субъекта. К таким обстоятельствам отнесен в том числе факт выполнения налогоплательщиком разъяснений компетентных органов, что свидетельствует о его добросовестном поведении.

Предписания, в основе которых лежат рассматриваемые соображения, приобретают самостоятельное уголовно-правовое значение. В итоге именно поэтому можно говорить не о моральной упречности или недобросовестности субъекта преступления, а о степени его вины. Данное понятие призвано отразить различное психическое отношение субъекта к совершенному деянию и наступившим последствиям в рамках одной и той же формы вины, что необходимо для обоснования справедливости назначенного лицу наказания.

*Обоснование справедливости назначенного лицу наказания* тесно связано с виной субъекта в совершенном деянии. При этом следует понимать, что не все обстоятельства, влияющие на назначение наказания, затрагивают моральную упречность или добросовестность субъекта и как следствие — степень его вины.

Рассмотрим в качестве примера ст. 64 Уголовного кодекса РФ (далее — УК РФ), которая предоставляет суду право назначить наказание ниже низшего предела, предусмотренного статьей Особенной части, или более мягкий вид наказания, чем предусмотрен этой статьей, или не применить обязательное дополнительное наказание. Такая возможность возникает в связи с исключительными обстоятельствами, которые следует разделить на две группы:

- снижающие степень вины субъекта, т.е. связанные с целями и мотивами преступления, ролью виновного и его поведением во время совершения преступления;
- иные обстоятельства, а именно: поведение после совершения преступления, а также, например, изменившееся состояние здоровья, беременность, наступившая после совершения преступления, и т.п.

Перечень обстоятельств остается открытым. При этом суд вправе учесть в качестве исключительных отдельные обстоятельства или совокупность таковых (ч. 2 ст. 64 УК РФ).

Итак, обстоятельства, смягчающие наказание, могут уменьшать вину субъекта или же, не затрагивая ее, влиять на назначение наказания. В то же время обстоятельства, отягчающие наказание, должны быть связаны со степенью вины субъекта. В качестве исключения можно указать на рецидив преступлений, который отрицательно характеризует личность субъекта.

Учет степени вины субъекта выражает принцип справедливости, учет же иных обстоятельств — соображения милосердия. И требования справедливости, и соображения милосердия должны получить адекватное отражение в уголовном законе, однако

<sup>36</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. № 3.



следует иметь в виду различную природу рассмотренных нами обстоятельств: принцип справедливости является незыблемым, отступление от него возможно только с целью проявления милосердия. Последнее в большей степени остается на усмотрении правоприменителя, решение о его проявлении не требует столь жесткого обоснования.

*Оценка существующих уголовно-правовых норм и формулирование новых.* Применяя действующие нормы уголовного закона, правоприменитель должен руководствоваться правовыми соображениями, в том числе установить, какова роль субъекта в совершении преступления и степень его вины. Однако при необходимости оценки справедливости действующих норм мы неизбежно возвращаемся к предпосылкам вины в уголовно-правовом смысле, а именно: к моральной упречности или недобросовестности субъекта.

Приведем несколько примеров из ст. 63 УК РФ. Так, в качестве отягчающего наказания п. «з» ч. 1 предусматривает совершение преступления в отношении женщины, заведомо для виновного находящейся в состоянии беременности, а также в отношении малолетнего, п. «к» ч. 1 — совершение преступления с использованием лекарственных препаратов, п. «о» ч. 1 — совершение умышленного преступления сотрудником органа внутренних дел. Возникает вопрос: насколько правильно применение п. «з» и «к» в отношении медицинских работников соответствующих специальностей, совершивших преступления по неосторожности? Должен ли акушер-гинеколог, педиатр или неонатолог отвечать за то, что его пациенты — беременные или малолетние? Должна ли ответственность врача отягчаться фактом использования лекарственных препаратов? Пункт «о» вызывает закономерные сомнения<sup>37</sup> в том, не должен ли он включать себя и иных лиц, призванных охранять права граждан? Иными словами, действительно ли моральная упречность указанных деяний усиливается?

Приведенные вопросы могут возникнуть и в связи с оценкой законопроектов о внесении изменений в уголовный закон.

**Выводы.** Моральная упречность или недобросовестность субъекта является предпосылкой его вины в уголовно-правовом смысле и в конечном итоге определяет степень последней.

Необходимость установления степени вины закреплена в нормах уголовного закона и уголовно-процессуальных нормах, этого требует принцип справедливости. Кроме того, в указанных нормах получают отражение соображения милосердия, что связано с учетом иных обстоятельств, не уменьшающих степень вины субъекта, но влияющих на назначение наказания.



## Библиография

Есаков Г.А. Вина в преступлениях в сфере экономической деятельности (о некоторых проблемах) // Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт. Материалы российско-германского круглого стола. М.: Элит, 2012. С. 53–63.

Есаков Г.А. «Нуллификация» уголовного закона в суде с участием присяжных заседателей // Уголовное право. 2013. № 2 // СПС Консультант Плюс.

Есаков Г.А. Смертная казнь за тяжкое убийство в странах семьи общего права: от принципа талиона к принципам справедливости и индивидуализации ответственности // Lex Russica. 2004. № 2. С. 555–568.

<sup>37</sup> Эти сомнения разделяются не всеми. См.: Определение Конституционного Суда РФ от 8 декабря 2011 г. № 1623-О-О «По запросу Лабитнангского городского суда Ямало-Ненецкого автономного округа о проверке конституционности п. «о» ч. 1 ст. 63 Уголовного кодекса РФ» // СПС Консультант Плюс. См. также: Комментарий к Уголовному кодексу РФ (постатейный) М., 2013 // СПС Консультант Плюс.

Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Отв. ред. В.М. Лебедев. М., 2013 // СПС Консультант Плюс.

Петрухин И.Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию. М.: Проспект, 2009. 192 с.

Рарог А.И. Проблемы квалификации преступлений по субъективным признакам. М.: Проспект, 2015. 232 с.

Уголовное право: Учебник. В 3 т. Т. 1. Общая часть / под общ. ред. А.Э. Жалинского. М.: Городец, 2011. 864 с.

Яни П.С., Мурадов Э.С. Субъективные признаки налоговых преступлений: позиция Пленума Верховного Суда РФ // Законы России: опыт, анализ, практика. 2007. № 3 // СПС Консультант Плюс.

Chenwi L. Towards Abolition of Death Penalty in Africa: A Human Rights Perspective. Cape Town: Pretoria University Press, 2007. 240 p.

Colman A. Crowd psychology in South African Murder Trials // American Psychologist. 1991. Vol. 46. N 10. P. 1071–1079.

Kirchmeier J. Aggravating and Mitigating Factors: The Paradox of Today's Arbitrary and Mandatory Capital Punishment Scheme // William & Mary Bill of Rights Journal. 1998. Vol. 6. No 2. P. 345–459.

Koyana D.S. Demise of Doctrine of Extenuating Circumstances in the Republics of South Africa and Transkei // Consultus. 1991. Vol. 4. No 2. P. 115–118.

Larkin P. The Injustice of Imposing Domestic Criminal Liability for a Violation of Foreign Law // URL: <http://www.heritage.org/research/reports/2013/06/the-injustice-of-imposing-domestic-criminal-liability-for-a-violation-of-foreign-law> (дата обращения: 05.02.2016)

Mwale Ch. Extenuating Circumstances in Murder Cases: A Comparative Study in t Zambian and South African Criminal Justice Systems // URL: <http://dspace.unza.zm:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2203/Mwale.PDF?sequence=1> (дата обращения: 20.02.2016)

Novak A. Global Decline of Mandatory Death Penalty: Constitutional Jurisprudence and Legislative Reform in Africa, Asia and the Caribbean. Burlington: Ashgate, 2014. 182 p.

---

## Moral Blameworthiness and Criminal Culpability (Case of Extenuating Circumstances Doctrine in African Nations)



**Irina I. Nagornaya**

Senior Lecturer, Criminal Law and Criminalistics Department, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: [irnag@yandex.ru](mailto:irnag@yandex.ru)



### Abstract

The paper studies the doctrine of extenuating circumstances which originated in African Community of Nations. This doctrine developed as a response to the mandatory death penalty for murder and some other crimes in common law countries. The doctrine implies that the defendant can avoid death penalty if certain circumstances reduce his/her moral blameworthiness as distinct from the legal culpability. The author examines extenuating circumstances in practice of African courts. The paper criticizes the doctrine under consideration which led to its abolishing or modification in various countries. There are such disadvantages of the doctrine as: laying the burden of proof on the defendant; the need of confession in order to avoid death penalty; the inability to take into account circumstances that did not exist at the time of the crime (repentance, health deterioration etc.). This leads to the conclusion that today the complete abolition of the mandatory death penalty is required. The author considers moral blameworthiness in the Russian criminal law science. The conclusion is that this category is fundamental to conceive the social danger of "conventional" crimes (murder, robbery, rape, etc.). However, in the case of relatively new criminal prohibitions, including in the economic sphere, the awareness of the social danger implies understanding of unlawfulness of behavior and the lack of good faith. The lack of good faith and moral blameworthiness are considered as preconditions of criminal culpability. Being fixed in criminal law, they facilitate to identify the degree of guilt within the framework of a particular form of guilt if considering mitigating and aggravating circumstances in the Russian Criminal Code. Mitigating

circumstances can be both related to the degree of guilt of the perpetrator and not associated with it. In the former case, they are a reflection of justice, in the former — of mercy. Aggravating circumstances should be associated with the degree of guilt of the perpetrator (or previous criminal record). The justice and the mercy should be adequately reflected in the rules of the criminal law. Returning to the concept of moral blameworthiness and good faith is needed to evaluate the current criminal law rules and formulation of new ones.



## Keywords

criminal law; mandatory death penalty; doctrine of extenuating circumstances; African Commonwealth; moral blameworthiness; criminal culpability.

Citation: Nagornaya I.I. (2016) Moral Blameworthiness and Criminal Culpability (case of Extenuated Circumstances Doctrine in African Nations). *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 223–234 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.223.234



## References

Chenwi L. (2007) *Towards Abolition of the Death Penalty in Africa: A Human Rights Perspective*. Cape Town: Pretoria University Press, 240 p.

Colman A. (1991) Crowd Psychology in South African Murder Trials. *American Psychologist*, vol. 46, no 10, pp. 1071–1079.

Esakov G.A. (2012) Vina v prestupleniyakh v sfere ekonomicheskoy deyatel'nosti [Guilt in the Crimes and Economic Activity]. *Prestupleniya v sfere ekonomiki: Rossiyskiy i Evropeyskiy opyt: Materialo Rossiysko-Germanskogo kruglogo stola* [Economic Crimes: Russian and European Experience. Proceedings of Russian-German Round Table]. Moscow: Elit, pp. 53–63.

Esakov G.A. (2013) «Nullifikatsiya» ugovnogo zakona v sude s uchastiem prisyzhnykh zasedateley [Nullification of Criminal Law in Court Involving Jury] // SPS Konsul'tant Plus.

Esakov G.A. (2004) Smertnaya kazn' za tyazhko ubystvo v stranakh sem'i obshchego prava: ot print-sipa taliona k printsipam spravedlivosti i individualizatsii otvetstvennosti [Death Penalty for Heavy Crime in Common Law States: Lex Talionis and Individual Responsibility]. *Lex Russica*, no 2, pp. 555–568.

Koyana D.S. (1991) The Demise of Doctrine of Extenuating Circumstances in the Republics of South Africa and Transkei. *Consultus*, vol. 4, no 2, pp. 115–118.

Larkin P. (2013) The Injustice of Imposing Domestic Criminal Liability for a Violation of Foreign Law. *Heritage Foundation Legal Memorandum*. Available at: <http://www.heritage.org/research/reports/2013/06/the-injustice-of-imposing-domestic-criminal-liability-for-a-violation-of-foreign-law> (accessed: 5.02.2016). Lebedev V.M. (ed.) (2013) *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Commentary to Russian Criminal Code] // SPS Konsul'tant Plus.

Petrukhin I.L. (2009) *Opravdatel'nyy prigovor i pravo na reabilitatsiyu* [Sentence of Acquittal and Right to Rehabilitation]. Moscow: Prospekt, 192 p. (in Russian)

Mwale C. (2012) Extenuating Circumstances in Murder Cases: A Comparative study in Zambian and South African Criminal Justice Systems. Available at: <http://dspace.unza.zm:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2203/Mwale.PDF?sequence=1> (accessed: 20.02.2016).

Novak A. (2014) *The Global Decline of the Mandatory Death Penalty: Constitutional Jurisprudence and Legislative Reform in Africa, Asia and the Caribbean*. Burlington: Ashgate Publishing Company, 182 p.

Rarog A.I. (2015) *Problemy kvalifikatsii prestupleniy po sub'ektivnym priznakam* [Classifying Crimes by Subjective Signs]. Moscow: Prospekt, 232 p. (in Russian)

Kirchmeier J. (1998) Aggravating and Mitigating Factors: Paradox of Today's Arbitrary and Mandatory Capital Punishment Scheme. *William and Mary Bill of Rights Journal*, vol. 6, no 2, pp. 345–459.

Yani P.S., Muradov E.S. (2007) Sub'ektivnye priznaki nalogovykh prestupleniy: pozitsiya Plenuma Verkhovnogo Suda [Tax Crimes Opinion of Russian Supreme Court Plenum] SPS Consultant Plus

Zhalinskiy A.E. (ed.) (2011) *Ugolovnoe pravo: uchebnik* [Criminal Law. Textbook] Moscow: Gorodets, 864 p. (in Russian)

# Электронное здравоохранение: становление и развитие

(рецензия на книгу «Электронное здравоохранение: юридические, этические и управленческие вызовы»  
E-Health: Legal, Ethical and Governance Challenges / G. Carlisle, D. Whitehouse, P. Duquenois (eds.). Berlin, Springer, 2013. XII, 396 p.



**М.С. Журавлев**

младший научный сотрудник, аспирант Научно-учебной лаборатории по информационному праву Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., д. 20. E-mail: mzhuravlev@hse.ru



**Аннотация**

Рецензия содержит положительное мнение автора о коллективной монографии, посвященной потенциалу, современному состоянию и перспективам новейшей отрасли медицинского обслуживания — телемедицины.



**Ключевые слова**

здоровье, здравоохранение, персональные данные, правовое регулирование, технологии, информация, инновации.

Библиографическое описание: Журавлев М.С. Электронное здравоохранение: становление и развитие // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016 № 2. С. 235–241

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.235.241

В 2013 году вышла в свет книга «Электронное здравоохранение: юридические, этические и управленческие вызовы», написанная коллективом европейских авторов и посвященная актуальным вопросам внедрения информационных технологий в здравоохранение. Опыт последних лет показал, что проблемы, затронутые в монографии, не потеряли значимости<sup>1</sup>, а наоборот, привлекли к себе большее общественное внимание не только в государствах-членах Европейского Союза и США, но и в других странах, включая Россию.

Электронное здравоохранение (телемедицина, электронная медицина) включает в себя комплекс организационных и технических средств, повышающих доступность и качество медицины за счет реализации потенциала информационно-коммуникационных технологий. Информационно-коммуникационные технологии создают беспре-

<sup>1</sup> См.: Gilroy A., Spontoni C., Llewellyn K., von Diemar U. Data Protection Challenges for Telemedicine in the EU and US // E-Health Law & Policy. 2015. Vol. 2. Issue 8. P. 12–14.

цедентные возможности для дистанционного оказания высококвалифицированной медицинской помощи, мониторинга здоровья пациентов, проведения медицинских исследований, организации дистанционных консилиумов врачей, выдачи больничных листов и получения рецептов в электронной форме, для других способов полезного использования современных технологий в медицине.

Сегодня можно привести немало примеров, где инновации в области телемедицины существенным образом облегчают доступ к медицинским услугам, делают их удобнее. Например, в ряде стран уже функционируют онлайн-сервисы<sup>2</sup>, позволяющие получать в любое время медицинскую помощь через Интернет, консультироваться с врачом, выписывать рецепты и т.д. Получают развитие мобильные устройства (в рамках общего направления развития «Интернета вещей» — Internet of things) контролирующие физиологические процессы человеческого организма. Функциональные возможности подобных устройств позволяют в режиме реального времени передавать клинике информацию о состоянии пациента и при необходимости оперативно оказывать медицинскую помощь.

По подсчетам аналитиков, в 2014 г. объем глобального рынка телемедицины составил 14,3 млрд. дол. США, а к 2020 г. он вырастет до 36,3 млрд. дол.<sup>3</sup> При этом самым крупным направлением станет наиболее инновационная сфера телемедицины — мониторинг состояния здоровья<sup>4</sup>.

Чем глубже информационные технологии проникают в здравоохранение, тем более сложными становятся проблемы, сопровождающие этот процесс. Авторы книги «Электронное здравоохранение: юридические, этические и управленческие вызовы», среди которых есть как юристы, так и представители других научных областей, выделяют три блока проблем (правовые, этические и проблемы государственной политики в области информационных технологий и здравоохранения), рассматривая их в системном единстве.

Круг юридических аспектов, связанных с развитием электронной медицины, включает в себя самые разные сферы правового регулирования. Европейская комиссия выделила<sup>5</sup> три основные сферы законодательства ЕС, которые особенно трудно адаптировать к потребностям телемедицины: законодательство о защите информации (data protection and privacy law), законодательство, устанавливающее ответственность за товары и услуги (liability for goods and services), торговое и конкурентное законодательство (trade law and competition law).

В действительности юридических вопросов, встающих в процессе внедрения информационных технологий в медицину, гораздо больше. Помимо вышперечисленных выделяются следующие правовые аспекты: лицензирование телемедицинской деятельности; специальные требования, предъявляемые к диагностике и лечению пациентов средствами телемедицины; аспекты, связанные с медицинским страхованием, как добровольным, так и обязательным (для целей развития телемедицины и расширения сферы ее применения имеет значение регулирование видов телемедицинских услуг, покрываемых медицинскими страховками); правовое обеспечение развития сетевой инфраструктуры и др.

<sup>2</sup> <https://www.teladoc.com/> (дата обращения: 15.05.2016)

<sup>3</sup> <http://www.transparencymarketresearch.com/pressrelease/telemedicine-market.htm> (дата обращения: 15.05.2016)

<sup>4</sup> <https://www.pwc.in/assets/pdfs/publications-2012/touching-lives-through-mobile-health-february-2012.pdf> (дата обращения: 15.05.2016)

<sup>5</sup> [http://ec.europa.eu/eip/ageing/library/legally-ehealth-putting-ehealth-its-european-legal-context\\_en](http://ec.europa.eu/eip/ageing/library/legally-ehealth-putting-ehealth-its-european-legal-context_en) (дата обращения: 15.05.2016)

В разных странах актуальность приобретают различные правовые аспекты. Например, в государствах с федеративной формой правления, где вопросы лицензирования медицинской деятельности находятся в сфере компетенции членов федерации (как в США), на первый план выходят вопросы лицензирования телемедицинской деятельности. В других странах порядок лицензирования менее актуален, а первостепенное значение уделяется правового обеспечению надежной инфраструктуры телемедицины. Однако большая часть правовых аспектов телемедицины являются универсальными и актуальными для любого государства, в том числе для России.

В рассматриваемой книге наибольшее внимание уделяется вопросам правового обеспечения электронного документооборота и защиты персональных данных в телемедицине (рр. 25–105). Данные вопросы можно назвать ключевыми в контексте развития электронного здравоохранения по нескольким причинам. Во-первых, реализация потенциала телемедицинских технологий нуждается в создании условий для свободного обмена информацией между всеми субъектами телемедицинских отношений. Во-вторых, легитимность такого обмена напрямую зависит от степени защищенности чувствительной информации о пациентах, обрабатываемой в информационных системах здравоохранения. В вопросах защиты персональных данных пациентов также заключается большая этическая составляющая.

Авторы выделяют три модели организации информационных систем здравоохранения, получившие развитие в Европейском Союзе: децентрализованную, централизованную и пациент-ориентированную (р.37). Децентрализованный подход присущ Бельгии и Германии. Так, в Бельгии информация о пациентах в электронном виде хранится на локальных серверах каждого провайдера медицинских услуг. Централизованный подход получил распространение в Скандинавских странах; он подразумевает централизованное хранение электронных записей о здоровье всех граждан. Например, в Финляндии все организации сферы здравоохранения, как публичные, так и частные, обязаны участвовать в национальной системе электронных записей о здоровье. Наконец, пациент-ориентированный подход был реализован во Франции. Там пациент сам выбирает аккредитованного хостинг-провайдера, который отвечает за хранение персональной информации о здоровье.

Как отмечают авторы книги, государственная политика стран Европейского Союза в области телемедицины в последние годы демонстрирует тенденцию к большей централизации и одновременному повышению роли пациента (patient empowerment) в системе электронных записей о здоровье (р. 40). Повышение роли пациента в управлении электронными записями о здоровье рассматривается в качестве реализации автономии воли граждан в вопросах распоряжения своими чувствительными сведениями, а также как необходимое условие развития персонализированной медицины.

Таким образом, опыт стран Европейского Союза демонстрирует значительный интерес к развитию информационных систем здравоохранения, их повсеместному внедрению и широкому использованию. При этом в данных странах осознается необходимость дальнейшего совершенствования организационных, правовых и технических аспектов, связанных с функционированием информационных систем, с целью адаптации их к современным телемедицинским технологиям.

Обеспечение свободного потока информации в телемедицине неизбежно сталкивается с проблемой защиты персональных данных пациентов. В книге раскрывается тезис о том, что внедрение информационных технологий в разные сферы общественной жизни ставит серьезные вызовы перед традиционными правовыми средствами защиты



частных сведений о гражданах (р. 59). Принципы и условия обработки персональных данных, закрепленные в Конвенции о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных 1981 г.<sup>6</sup>, Директиве ЕС о персональных данных<sup>7</sup> и законодательстве многих стран (включая российский ФЗ «О персональных данных»<sup>8</sup>), нуждаются в переосмыслении.

Наибольшие трудности в адаптации к телемедицине вызывают требования конкретного согласия на обработку персональных данных, указания точных и заранее определенных целей обработки, недопустимости обработки персональных данных, несовместимой с целями их сбора, и другие строгие принципы обработки персональных данных. При этом обработка специальных категорий персональных данных, к которым относятся сведения о здоровье, требует письменного согласия субъекта на обработку таких данных с соблюдением дополнительных формальностей (в законодательстве России требования к согласию на обработку персональных данных о состоянии здоровья еще строже, чем в Европейском Союзе).

Специфика информационных систем, применяемых в телемедицине, характеризуется динамизмом в использовании сведений о состоянии здоровья граждан. Полноценная реализация возможностей телемедицины нуждается в гибком правовом режиме персональных данных. Существующий режим ставит перед субъектами телемедицинских отношений барьеры, не все из которых являются обоснованными и легитимными. Сегодня даже осуществление инновационных медицинских исследований с использованием обезличенных персональных данных сталкивается с юридическими препятствиями, поскольку технологии обработки «Больших данных»<sup>9</sup> фактически не позволяют полностью обезличить персональные данные и тем самым вывести их обработку из-под строгих законодательных ограничений<sup>10</sup>.

Изменение технологического контекста ставит вопрос о поиске нового компромисса между правом на охрану здоровья и правом на неприкосновенность частной жизни. Причем этот вопрос должен решаться не в пользу увеличения гарантий одного права и в ущерб гарантиям другого. Речь идет о поиске адекватных механизмов обеспечения каждого права с учетом новых технологических и социальных реалий.

Внедрение информационных технологий в различных сферах общественной жизни ставит перед обществом новые вызовы и требует разработки новых подходов к обеспечению информационной безопасности. Большое внимание в книге уделено концепции «privacy by design», основная идея которой состоит в обеспечении условий для защиты частной информации на всех этапах внедрения информационных технологий в общественные отношения и, главным образом, на этапе их проектирования и разработки (р. 89).

<sup>6</sup> Конвенция о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных (Страсбург, 28.01.1981) // СЗ РФ. 2014. № 5. Ст. 419.

<sup>7</sup> Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data // Official Journal L 281. 23/11/1995. P. 31–50.

<sup>8</sup> Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3451.

<sup>9</sup> Подробнее о защите персональных данных в условиях развития технологий обработки Больших данных см.: Савельев А.И. Проблемы применения законодательства о персональных данных в эпоху «Больших данных» (Big Data) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 1. С. 43–67.

<sup>10</sup> См.: <http://www.kantarhealth.com/docs/white-papers/the-myth-of-anonymization-has-big-data-killed-anonymity-.pdf> (дата обращения: 15.05.2016)

В цифровую эпоху в условиях развития телемедицины важнейшую роль в обеспечении информационной безопасности играют технические средства защиты, поскольку большие объемы информации и большое количество задействованных субъектов, дистанционный характер их взаимодействия и другие факторы все больше абстрагируют друг от друга потенциальных нарушителей и потенциальных пострадавших лиц. Защита крупных информационных систем, в отличие от защиты конкретной информации, полученной медицинским работником от пациента, в меньшей степени связана с межличностными отношениями, которые успешнее регулируются этико-правовыми нормами.

Развитие инновационных сервисов в области телемедицины вовлекает в эту сферу все больше новых субъектов (помимо традиционных — пациентов, врачей, медицинских организаций и страховых компаний). Сюда подключаются провайдеры доступа к сети Интернет, хостинг-провайдеры, администраторы сайтов, операторы облачных сервисов, производители IT-устройств, фармацевтические компании, платежные системы и т.д. В связи с этим законодательство о защите частных сведений также должно учитывать новых субъектов, имеющих законные интересы в обработке сведений о здоровье пациентов.

Другой блок вопросов, затронутых авторами монографии, касается этических аспектов, связанных с распространением телемедицины (pp. 183-285). Основной идеей комплексного анализа этических факторов является тезис о необходимости формирования благоприятной социальной среды, в которой бы могли «прижиться» телемедицинские технологии. Недостаточно лишь разработать и внедрить эти технологии. Нужно сформировать уверенность в их полезности и надежности.

Успех применения инновационных сервисов в области здравоохранения напрямую зависит от готовности к их использованию, от навыков управления высокотехнологичными устройствами, понимания процессов обработки чувствительных сведений о здоровье. Особенно эти вопросы актуальны в отношении пожилых граждан, поскольку в их жизни медицина играет большую роль. Зачастую именно они испытывают трудности с использованием информационных технологий. Показательным является пример с проектом Google Health, основными причинами закрытия<sup>11</sup> которого в 2012 г. стали факторы, связанные с отношением потребителей (неосведомленность о принципах функционирования сервиса, опасения насчет конфиденциальности сведений о здоровье и др.).

Авторы книги акцентируют внимание на поиске разумного компромисса между эффективностью электронного здравоохранения и автономией воли граждан (p. 212). Этот аспект также важен в контексте правового регулирования телемедицинских отношений. Телемедицинские сервисы не должны навязываться, они должны позиционироваться как альтернативные или дополнительные средства обеспечения права на охрану здоровья. Вопрос об использовании преимуществ телемедицины главным образом должен решаться в плоскости добровольного согласия/несогласия гражданина.

Наконец, третий блок вопросов, затронутый в монографии, касается государственного управления в сфере электронного здравоохранения (pp. 299–385). Авторы подчеркивают важность роли государства в развитии телемедицины. Без стратегического планирования на правительственном уровне невозможно добиться серьезных успехов в данной сфере.

<sup>11</sup> <http://www.informationweek.com/healthcare/electronic-health-records/5-reasons-why-google-health-failed/d/d-id/1098623> (дата обращения: 15.05.2016)

Государство имеет не только финансовые ресурсы, но и административные рычаги, с помощью которых можно создать инфраструктурные условия для внедрения телемедицинских технологий. Даже в США, где телемедицина исторически развивалась силами частных медицинских и страховых организаций, со временем правительство начало выделять ресурсы на поддержку инициатив в области электронного здравоохранения. Так, с 2009 г. в США действует Health Information Technology for Economic and Clinical Health Act (HITECH), стимулирующий внедрение информационных технологий в медицину. В соответствии с этим законом лица, осуществляющие медицинскую деятельность, имеют право получить государственную субсидию для имплементации информационных систем, обрабатывающих электронные записи о здоровье, в свой рабочий процесс. При этом недостаточно только покупки и установки оборудования, необходимо, чтобы информационные технологии активно использовались при оказании медицинских услуг.

Задача государственного управления также состоит в обеспечении надежной высокоскоростной сетевой инфраструктуры, без которой невозможно функционирование телемедицины. В США данная проблема решается через государственные программы по субсидированию развития сетей для телемедицины в наиболее нуждающихся сферах и регионах с существенным уровнем «цифрового неравенства» (Healthcare Connect Fund, Telecommunications Program и др.).

Другой задачей государственного управления является выстраивание диалога со всеми субъектами, заинтересованными в развитии телемедицинских сервисов. Такой диалог должен послужить формированию сбалансированной политики развития телемедицины с учетом интересов государства, общества, бизнеса и граждан.

Обобщая перечисленные тезисы, можно сделать вывод, что развитие телемедицины помимо технологического обеспечения требует комплексного критического анализа с юридической и этической сторон. Кроме того, без грамотной государственной политики невозможно сформировать эффективную систему электронного здравоохранения.

Как уже было отмечено, в России пробуждается интерес к телемедицинским технологиям, о чем среди прочего свидетельствует общественное обсуждение законопроекта, посвященного применению информационно-телекоммуникационных технологий в медицине<sup>12</sup>. Помимо ряда важных правовых конструкций данный законопроект предусматривает положение о динамическом наблюдении за изменением состояния здоровья лиц, страдающих социально значимыми заболеваниями. Включение подобного положения в законопроект можно назвать первым шагом к закреплению юридических основ для применения Интернета вещей в телемедицине. Тем не менее некоторые правовые аспекты, освещенные в документе, требуют тщательного анализа и доработки, а многие вопросы вовсе остались за рамками законопроекта. Для решения этих вопросов необходимо углубленное теоретическое осмысление правовых аспектов телемедицины.

К сожалению, в российской правовой литературе имеется незначительное количество работ<sup>13</sup>, посвященных телемедицине, при этом многие из них, написанные давно,

<sup>12</sup> Проект Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам применения информационно-телекоммуникационных технологий в сфере охраны здоровья граждан и создания национальных научно-практических медицинских центров» // <http://regulation.gov.ru/projects#pra=46654> (дата обращения: 15.05.2016)

<sup>13</sup> См.: Наумов В.Б., Савельев Д.А. Правовые аспекты телемедицины. СПб.: Анатолия, 2002. 107 с.; Богдановская И.Ю. Правовое регулирование телемедицины: опыт США // Врач и информационные технологии. 2007. № 3. С. 64–68; Штыкова Н.Н. Сущность и проблемы реализации электронной медицины (на примере Владимирской области) // Медицинское право. 2014. № 5. С. 22–27.

не отражают современных вызовов, связанных с развитием телемедицинских технологий. В зарубежной литературе вопросы правового регулирования электронного здравоохранения исследуются активнее.

Отличительная особенность рецензируемой книги состоит в междисциплинарном, фундаментальном исследовании комплекса проблем, связанных с развитием информационно-коммуникационных технологий в медицине. Данная работа послужит отличным образцом и полезным путеводителем для научной и правотворческой деятельности в области электронного здравоохранения.



### **Mikhail Zhuravlyov**

Junior Research Fellow, Post-Graduate Student, International Laboratory on Information Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail:



### **Abstract**

Review of a monograph by G. Carlisle, D. Whitehouse, P. Duqueno (eds.). E-Health: Legal, Ethical and Governance Challenges. Berlin: Springer, 2013. XIII, 396 pp.



### **Keywords**

health, public health protection, personal data, legal regulation, technologies, information, innovations.

Citation: Zhuravlyov M.S. (2016) E-Health: Establishment and Development. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 235–241 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.235.241

## In Memory

### Памяти Леонида Корнеевича Савюка

16 марта 2016 г. на 74-м году жизни, после длительного и болезненного послеоперационного периода скончался наш коллега, наш друг, доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права и криминалистики НИУ ВШЭ Леонид Корнеевич Савюк.

Л.К. Савюк родился 6 апреля 1942 г. В 1969 г. он окончил юридический факультет Пермского государственного университета имени А.М. Горького. В 1975 г. защитил кандидатскую диссертацию «Использование статистических методов в совершенствовании деятельности органов прокуратуры по борьбе с преступностью», а в 1999 г. — докторскую диссертацию «Основы теории и методологии правовой статистики». В 2000 г. ему было присвоено звание профессора.

Около 40 лет Леонид Корнеевич занимался научно-педагогической деятельностью. Длительное время он работал на кафедре уголовного права Юридического института МВД России (ныне — Московский университет МВД России). Затем (до 2005) преподавал в Московском государственном институте международных отношений (Университете) МИД России. С 2005 г. работал на кафедре уголовного права и криминалистики факультета права НИУ ВШЭ.

Леонид Корнеевич — любимый ученик и продолжатель научного направления своего учителя — доктора юридических наук, профессора Сергея Сергеевича Остроумова, выдающегося юриста и статистика, под руководством которого им была защищена кандидатская диссертация. Студенты-юристы советского периода в течение нескольких десятилетий изучали предмет статистики по учебнику С. С. Остроумова «Судебная статистика», выдержавшему несколько переизданий с 1949 по 1976 гг. Как дань памяти, благодарности и уважения к учителю Л.К. Савюком была опубликована статья «Учитель, отдавший жизнь науке» (2010) в цикле статей «Портреты российских ученых-юристов: С.С. Остроумов».

Учебник «Правовая статистика» Л.К. Савюка вышел первым изданием в 1999 г. в издательстве «Юристъ», а затем также несколько раз переиздавался в 2001–2007 гг. и по нему училось уже следующее поколение российских юристов XXI в. На первой странице учебника — посвящение автора памяти его учителя С.С. Остроумова. Книга, адресованная гуманитариям, была написана в мягкой интеллигентной профессорской манере изложения, с выражением собственного мнения, с историческими экскурсами и привязкой к нормативной базе и практической деятельности правоохранительных органов. Излагая общетеоретические основы статистической работы, учебник имел практическую направленность — раскрыть ее содержание в правоохранительных органах как отдельное направление деятельности и как количественное отражение, статистический метод оценки их работы.

В 2011 г. Росстат совместно с НИУ ВШЭ подготовил 8-томную «Энциклопедию статистических терминов», которая систематизировала и разъясняла понятия и термины, сложившиеся в современной статистической науке и в отраслях статистики. Раздел энциклопедии «Правовая статистика», содержащий несколько десятков статей (вокабул), отражающих текущее состояние статистического наблюдения и системы статистических показателей деятельности судебной системы, органов прокуратуры, органов юстиции и других государственных органов в правовой сфере, был подготовлен Л.К. Савюком в соавторстве с И.Н. Андрюшечкиной, практиком, государственным служащим

Судебного департамента при Верховном Суде России, занимающейся в том числе организацией судебной статистики в судебной системе<sup>1</sup>.

Последняя работа Леонида Корнеевича (ее верстку он вычитал в конце 2015 г.), где он выступает как соавтор и научный руководитель авторского коллектива — это учебник и практикум «Правовая статистика»<sup>2</sup>. В аннотации он называет этот учебник «новаторским». Под его научным руководством в нем соединились прошедшие проверку временем авторские оценки, сформулированные в научных статьях мнения о доверии к статистике, приемы подачи материала из его учебника «Правовая статистика». В книге отражено современное ведение правовой статистики, включая ее организационные проблемы, использование автоматизированных информационных систем для сбора и анализа статистики деятельности в правовой сфере, а также опыт ее преподавания авторами в ведущих юридических вузах России. При этом авторы постарались уйти от стереотипа восприятия правовой статистики исключительно как инструмента учета и анализа преступности и правонарушений. Они показали ее разносторонние задачи и применение в изучении массовых явлений в различных правовых сферах и при оценке деятельности государственных органов, в частности законодательных и миграционных, а также рассмотрели судебную статистику по всем видам судопроизводства, в том числе в арбитражных судах.

В памяти друзей, коллег, учеников и других людей, знавших его, Леонид Корнеевич останется видным ученым, а также доброжелательным и энергичным человеком с прекрасным чувством юмора. Окружающих поражала широта его интересов: он с завидной регулярностью посещал многие научные мероприятия, проводимые в НИУ ВШЭ и преимущественно не связанные с правом, после чего охотно делился с коллегами впечатлениями и соображениями по их поводу. Наступление каждого теплого сезона становилось для него большой радостью, потому что он мог начинать выезжать на любимую им дачу.

Ирина Николаевна Андриюшечкина вспоминает Леонида Корнеевича как отличного соавтора, ответственного и обязательного, достойно ведущего творческие споры и заинтересованного в общении.

После защит диссертаций под его руководством Леонид Корнеевич продолжал поддерживать своих учеников. Он постоянно встречался с ними, проявлял большой интерес к их работе и научным изысканиям, старался помогать во всем, постоянно дарил свои труды.

С некоторыми из учеников у Леонида Корнеевича сложились не только деловые, но и товарищеские отношения. Например, с его первым адъюнктом на кафедре уголовного права Юридического института МВД России Федором Борисовичем Гребенкиным, которому на всю жизнь запомнились высказывания Леонида Корнеевича, что в «науке нет неверных точек зрения, а есть необоснованные», «настоящий ученый оценивается по совокупности написанных им трудов».

Для придания авторитета сборникам статей кировских учебных учреждений, где преподавал Ф.Б. Гребенкин, Л.К. Савюк направлял в них свои статьи. Одна из последних его статей в настоящее время готовится к печати в сборнике Вятского государственного университета.

---

<sup>1</sup> Савюк Л.К., Андриюшечкина И.Н. Раздел 5.9. Правовая статистика // Энциклопедия статистических терминов. В 8 т. Т. 5: Демографическая и социальная статистика. М.: Росстат, 2011.

<sup>2</sup> Правовая статистика / Андриюшечкина И.Н., Ковалев Е.А., Савюк Л.К., Бикбулатов Ю.А.; под общ. и научн. ред. Л. К. Савюка. М.: Юрайт, 2016.



Долгие годы Л.К. Савюк входил в состав диссертационных советов при НИУ ВШЭ и МГУ им. М.В. Ломоносова. Научная и педагогическая активность Л.К. Савюка не раз получала достойную оценку. В 2012 г. ему была выражена письменная благодарность Высшей школы экономики. За весь период своей служебной деятельности он был награжден шестью медалями.

Светлая память Вам, дорогой Леонид Корнеевич....

От имени кафедры уголовного права и криминалистики НИУ ВШЭ  
материал подготовлен И.И. Нагорной на основе текстов  
И.Н. Андリュшечкиной, Ф.Б. Гребенкина и В.Ф. Цепелева

**Журнал учрежден** в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

**Главные задачи:**

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

**Основные темы:**

Правовая мысль (история и современность)  
Портреты ученых-юристов  
Российское право: состояние, перспективы, комментарии  
Судебная практика  
Право в современном мире  
Реформа юридического образования  
Научная жизнь  
Дискуссионный клуб  
Рецензии

**Журнал рассчитан** на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

«Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

**Журнал выходит** раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных: Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

## АВТОРАМ

### Требования к оформлению текста статей

**Представленные статьи** должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

**Статья представляется** в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113

Рукописи не возвращаются.

#### **Объем статьи**

Объем статей до 1 усл. п.л., рецензий, обзоров зарубежного законодательства — до 0,5 усл. п.л.

**При наборе текста** необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

#### **Название статьи**

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

#### **Сведения об авторах**

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

#### **Аннотация**

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

**Сведения, содержащиеся в заглавии статьи**, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

**Исторические справки**, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

#### **Ключевые слова**

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

#### **Сноски**

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

#### **Тематическая рубрика**

Обязательно — код международной классификации JEL.

#### **Список литературы**

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

**Статьи рецензируются.** Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

**Плата с аспирантов** за публикацию рукописей не взимается.

**Для заметок**

---

Свидетельство о регистрации средства массовой информации  
«Право. Журнал Высшей школы экономики»  
ПИ № ФС77-59798 от 07 ноября 2014 г.  
выдано Федеральной службой по надзору  
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *Беззубцев В.С.*  
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*  
Художник *А.М. Павлов*  
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*  
Редактор английского текста *А.В. Калашиников*

Подписано в печать 9.06.2016. Формат 70×100/16  
Усл. печ. л. 15,5. Тираж 600 экз.