

Право

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

1/2018



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционный совет

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

Редакционная коллегия

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

Главный редактор

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

Адрес редакции

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

Адрес издателя

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

© НИУ ВШЭ, 2018

Правовая мысль: история и современность

А.В. Малько, Я.В. Гайворонская

Доктринальные акты как основной инструмент правовой политики 4

Д.А. Савельев

О создании и перспективах использования корпуса текстов
российских правовых актов как набора открытых данных 26

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

О.В. Гутников

Субсидиарная ответственность в законодательстве
о юридических лицах: вопросы правового регулирования
и юридическая природа 45

О.И. Карпенко, О.Ю. Павловская

Адресная социальная помощь:
история, современность, перспективы 78

С.В. Зыков

Совместная физическая опека или определение
места жительства ребенка на паритетной основе? 92

С.А. Маркунцов

Генезис подходов к легальному и доктринальному
определению уголовного проступка 112

Т.А. Нурдин

Комбинированная реорганизация юридических лиц 133

И.В. Панова, В.М. Ерохин

К вопросу о государственном регулировании
алкогольного рынка 158

Право в современном мире

Н.С. Крылова

Публичные (государственные) финансы: особенности
процесса конституционализации в эпоху глобализации 175

М.В. Мажорина

Международное частное право в условиях глобализации:
от разгосударствления к фрагментации 193

А.С. Исполинов

Особые мнения в международных судах: доктрина и практика 218

Е.В. Постникова

Некоторые аспекты правового регулирования защиты
персональных данных в рамках внутреннего рынка
Европейского союза 234

Law

JOURNAL

OF THE HIGHER SCHOOL

OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics



ISSUED QUARTERLY

Editorial Council

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

Editorial Board

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

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, Russian Federation)

Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitsky Per.,
Moscow 109028, Russia

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

Legal Thought: History and Modernity

- A.V. Malko, Y.V. Gaivoronskaya**
Doctrinal Acts as the Main Instrument of Legal Policy 4
- D.A. Saveliev**
On Creating and Using Text of the Russian Federation Corpus
of Legal Acts as an Open Dataset 26

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

- O.V. Gutnikov**
Subsidiary Liability in the Legislation on Legal Entities: Issues
of Legal Regulation and Legal Nature..... 45
- O.I. Karpenko, O.Yu. Pavlovskaya**
Targeted Social Aid: History, Modernity, Perspectives..... 78
- S.V. Zykov**
Joint Physical Custody or Determining Place of Residence
of the Child on a Parity Basis? 92
- S.A. Markuntsov**
Genesis of Approaches to Legal and Doctrinal Definition
of Criminal Offense 112
- T.A. Nuzhdin**
Complex Reorganization of Legal Entities..... 133
- I.V. Panova, V.M. Erokhin**
On the State Regulation of Alcohol Market 158

Law in the Modern World

- N.S. Krylova**
Public Finance: Process of Constitutionalization
and Internationalization 175
- M.V. Majorina**
Private International Law in Context of Globalization:
from Privatization to Fragmentation 193
- A.S. Ispolinov**
Dissenting Opinions at International Courts: Doctrine and Practice.... 218
- E.V. Postnikova**
Aspects of Legal Regulation of Protecting Personal Data
in the EU Internal Market..... 234

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

The objectives of the journal include:

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

The following key issues are addressed:

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

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

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

Доктринальные акты как основной инструмент правовой политики



А.В. Малько

профессор, директор Саратовского филиала Института государства и права РАН, доктор юридических наук. Адрес: 410028, Российская Федерация, Саратов, ул. Чернышевского, 135. E-mail: i_ga@ssla.ru



Я.В. Гайворонская

доцент кафедры теории и истории государства и права Юридической школы Дальневосточного федерального университета. Адрес: 690091, Российская Федерация, Владивосток, ул. Суханова, 8. E-mail: yanavl@yandex.ru



Аннотация

Правовая политика — инструмент, обеспечивающий планомерное развитие правовой системы в условиях информационного общества. Для выстраивания правовой политики необходимо, во-первых, определить ее приоритеты, а во-вторых, обеспечить ее соответствующими средствами. В вопросе о содержании правовой политики авторы предлагают методологию ее исследования через выделение ее приоритетов, подразделяя их на содержательные и инструментальные. В работе доказывается, что инструментальные приоритеты, в частности формирование собственного инструментария правовой политики как направления деятельности государства, имеют первостепенное значение в формировании и реализации государственной правовой политики. В вопросе о ее средствах авторы обосновывают необходимость обособления группы правовых актов — доктринальных правовых актов, призванных обеспечить формирование и развитие правовой политики. Доктринальные акты способны отразить ее научный, стратегический и целевой характер, но при этом они нуждаются в официальном включении в систему правовых актов государства и придании им юридической силы и юридического значения. Политические (политико-программные) акты активно используются в правовой системе России, однако они не имеют ни однозначного понимания в правовой теории, ни внятного правового регулирования. Исследователи часто не признают правовой природы таковых, рассматривая их в качестве политических документов. Современная теория правовых актов должна базироваться на «широком» подходе к их пониманию, который предполагает признание правовыми актами актов в различных формах (не только письменной) и различными субъектами (в том числе частными лицами). При таком подходе доктринальные документы становятся частью системы правовых актов. Все элементы данной системы должны иметь юридико-технические особенности и выполнять специфические функции в правовом регулировании. Авторы предлагают собственные характеристики правовых актов и на этой базе исследуют специфику доктринальных актов. Рассматриваются проблемы правового регулирования последних, а также изучаются особенности правовой природы названной группы актов, их соотношение с иными видами правовых актов.



Ключевые слова

правовая политика, инструменты, правовые акты, приоритеты, доктринальные правовые акты, проект закона о нормативных правовых актах, стратегическое планирование.

Библиографическое описание: Малько А.В., Гайворонская Я.В. Доктринальные акты как основной инструмент правовой политики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 4–25.

УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.4.25

Правовая политика — одно из важнейших и динамично развивающихся направлений в современной юридической действительности. Она позволяет связать воедино доктрину, правотворчество и правоприменительную юридическую практику, обеспечивая тем самым научно обоснованный характер государственной деятельности. Правовая политика недаром занимает одно из ведущих мест среди научных направлений юридической мысли XXI века, ведь при наличии внятной и системной правовой политики в обществе решаются и многие другие как сугубо научные, так и практические проблемы.

Понимаемая в качестве продуманного комплекса мероприятий правовая политика нацелена на целостное реформирование правовой системы общества и с этой точки зрения является инструментом правового прогресса. Такая деятельность становится еще более востребованной в период современного инновационного развития российского общества. В инструментально-прикладном плане правовая политика включает в себя процессы оптимизации права, стратегическое планирование правотворчества и правового развития общества в целом, разработку концептуальных основ правового регулирования в разных сферах, выработку приоритетов правового и социального развития. Введение категории «правовая политика» в систему категорий юридической науки способствует масштабному исследованию всех правовых явлений в обществе и их отдельных элементов через призму социальной ценности. Содержание правовой политики как явления многогранного включает стратегию конституционного развития и законодательства, судебной-правовой реформы, совершенствования федерализма, упрочение законности, правопорядка и др.

В современных условиях происходит выстраивание правовой политики России. Одновременно — при этом с использованием правовой политики — осуществляется реформирование и совершенствование правовой системы государства, что необходимо для успешного правового развития в условиях информационного общества и процессов глобализации. На сегодняш-

нем этапе основная задача правовой политики видится в формулировании и постановке целей оптимального правового развития общества, а также в определении ее приоритетов. Как пишут исследователи, наличие в правовой политике приоритетов позволяет расставить акценты, избрать верные средства и методы достижения поставленных целей, сконцентрироваться на главном, а, кроме того, дает возможность интегрировать усилия всех субъектов в процессе выработки и реализации стратегических правовых идей, что, несомненно, должно положительно отразиться на качестве проводимой в государстве правовой политики¹.

Если рассматривать приоритетные направления правовой политики только как наиболее значимые цели стратегического плана, то мы рискуем потерять методологическую определенность, что приведет к размыванию различий между стратегическими целями и приоритетами правового развития. Приоритеты правовой политики должны быть ориентирами на ближайшие 3–5 лет правового развития и отличаться конкретностью.

Данные приоритеты условно можно разделить на две группы: *содержательные (целевые)* и *инструментальные*. *Содержательные* приоритеты связаны с выбором наиболее значимых и проблемных на данном этапе правового развития отношений, формирование или совершенствование которых образует ближайшие цели, связанные с улучшением качества правовой жизни, совершенствованием правовой системы, оптимизацией правового регулирования. *Содержательные* цели напрямую связаны с экономическими, политическими, демографическими, социальными, международными, экологическими и другими условиями функционирования национальной правовой системы. Например, такими приоритетами могут быть реформирование судебной системы, выстраивание вертикали публичной власти, создание механизмов защиты прав граждан и подконтрольности власти народу, развитие межгосударственной интеграции на уровне регионов, защита экологической, информационной, космической безопасности общества и т.д.

Инструментальные приоритеты связаны с формированием и реализацией самой правовой политики как деятельности государства и иных субъектов. Под инструментальными приоритетами мы понимаем проблемы, которые нужно решить, чтобы были основания говорить, во-первых, о правовой политике государства, во-вторых, о ее эффективности. Иными словами, для дальнейшего существования и развития правовой системы нужно сформировать правовую политику как деятельность по плановому системному правовому развитию.

¹ См.: Коробова А.П. Приоритеты правовой политики / Российская правовая политика: курс лекций. М., 2003. С. 101.

В определенном смысле правовая политика — набор средств, обеспечивающих эффективность правового регулирования и правовой системы в целом. Правовая политика нуждается в средствах, они нуждаются в упорядочении и придании им юридической силы. Поэтому правовой политике нужны инструментальные приоритеты — указания, что нужно сделать, чтобы сформировать правовую политику в рамках государства, перевести ее из научной плоскости в практическую, придать ее средствам правовой (а не только политический) характер.

Поскольку правовая политика обладает такими признаками, как целевой и стратегический характеры, для ее воплощения нужны средства, обладающие аналогичными характеристиками. С этих позиций ей требуются особые правовые средства ее формирования и выражения, не сводимые к традиционным средствам правового регулирования.

Основным инструментом правовой политики являются доктринальные правовые акты (концептуальные, программные, стратегические). Не вдаваясь в нюансы терминологии, констатируем, что все эти документы имеют ряд общих характеристик: абстрактность, программность, целеполагающий характер, научную обоснованность, отсутствие выраженного регулятивного характера (определенных правил поведения, ответственности за неисполнение, предписывающего характера и т.д.).

Правовая политика может проявляться в так называемых «актах мягкого права», которые, в свою очередь, воплощаются в различных концепциях, посланиях, стратегиях, программах, зачастую получающих «путевку в жизнь» от президентов и правительств. Основная теоретическая проблема в отношении подобных документов — это признание или непризнание их правового характера, отнесение их к правовым актам. Чтобы разобраться в этом нюансе, необходимо остановиться на понятии правового акта.

Все имеющиеся в отечественной юридической науке варианты определений правового акта с определенной долей условности можно отнести к одному из двух подходов: узкому и широкому. Правовой акт в узком смысле рассматривается как официальный письменный документ компетентного государственного органа или должностного лица, порождающий правовые последствия. Широкий подход к пониманию правового акта предполагает, что, во-первых, правовые акты могут существовать не только в письменной форме (акты-документы), и, во-вторых, могут издаваться не только компетентным государственным органом в рамках отношений власти-подчинения, но и иными субъектами, находящимися в юридически равном правовом положении. Широкий подход к понятию правового акта является более обоснованным в условиях современности, так как позволяет учесть и отразить специфику договорных актов, правовых актов частных лиц (обращения граждан, исковые заявления, апелляционные и кассационные жалобы, за-

вещания и т.д.), а также массу нетипичных правовых актов, появившихся в правовом поле. С точки зрения широкого подхода, правовой акт — это волеизъявление управомоченного субъекта, совершаемое в определенной форме и в установленных законом случаях, которое порождает юридические последствия в силу прямого указания закона.

По своей сущности правовой акт — волеизъявление, порождающее юридические последствия. Выделим два неразрывно связанных аспекта сущности правового акта: волеизъявление и юридические последствия.

Значимой проблемой является определение юридических последствий. Хотя термин «юридические последствия» часто употребляется в юриспруденции, единой его трактовки нет, а понятия в доктрине отдельно не сформировались. Кстати, именно с разными трактовками этого понятия, по нашему мнению, связано то, что авторы по-разному определяют круг правовых актов.

Полагаем, что юридические последствия можно определить как: возникновение (предоставление) субъективных прав; возникновение (установление) юридических обязанностей; возникновение (установление) юридической ответственности; возникновение, изменение, прекращение правоотношений.

В практике высших государственных органов имеются документы, которые не порождают собственно юридических последствий. Например, постановлениями Государственной Думы оформляются иногда заявления, обращения, декларации; Совет Федерации может выступать с заявлениями и обращениями по общеполитическим и социально-экономическим вопросам². Кроме этого, в последнее десятилетие появилось множество документов нетипичной правовой природы — концепции, доктрины, программы, прогнозы развития и т.д.³ Данные документы не предоставляют субъективных прав, не налагают юридических обязанностей и не определяют мер юридической ответственности; они не изменяют правового статуса субъектов и не являются основанием для возникновения, изменения или прекращения правоотношений; иными словами, юридических последствий они не имеют.

² См., напр.: Постановление Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации от 16.10.2007 № 5216-4 ГД «Об обращении к Председателю Правительства Российской Федерации В.А. Зубкову о проблемах увековечения памяти советских воинов, погибших на территории иностранных государств» // СПС КонсультантПлюс; Постановление Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации от 16.10.2007 № 5217-4 ГД «О ситуации вокруг Республики Ирак» // СПС КонсультантПлюс; Заявление Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации от 27.04.2007 № 162-СФ «В связи с ситуацией, сложившейся вокруг памятнику воину-освободителю в Таллине» // СПС КонсультантПлюс.

³ Например: Указ Президента Российской Федерации от 5.12.2016 № 646 «Об утверждении Доктрины информационной безопасности Российской Федерации»; Указ Президента Российской Федерации от 24.12.2014 № 808 «Об утверждении Основ государственной культурной политики»; Указ Президента Российской Федерации от 09.05.2017 № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы» и т.д.

Следовательно, на основе сформулированных выше признаков данные документы нельзя признать правовыми актами. Однако с учетом специфики указанных документов такой вывод является неверным.

Во-первых, указанные документы издаются в соответствии с законодательством. Так, в соответствии с ст. 68 Регламента Совета Федерации, «по общеполитическим и социально-экономическим вопросам Совет Федерации может выступать с заявлениями, обращениями, принимаемыми в том же порядке, что и постановления палаты»⁴. В Регламенте Государственной Думы издание постановлений предусмотрено более чем в 43 случаях, при этом п. «н» ст. 63 предусматривает возможность издания Государственной Думой постановлений и «по другим вопросам своей компетенции». В частности, в форме постановлений в практике Думы издаются обращения, заявления и декларации по общеполитическим вопросам. Во-вторых, подобные документы издаются в пределах компетенции государственных органов, в них выражаются функции этих органов. В-третьих, статус высших органов государственной власти (Государственной Думы, Совета Федерации, Президента, Правительства Российской Федерации, органов власти субъекта федерации) придает повышенную значимость документам, издаваемым этими органами.

В связи с этим было бы неверным отказывать в правовой природе документам такого уровня, ведь зачастую они имеют общегосударственное и/или международное значение. С учетом содержания и функциональной роли акты высших органов государственной власти можно разделить на две группы: *акты юридического характера* и *акты политико-правового характера*. В связи со сказанным следует либо уточнить понятие правовых последствий, либо признать, что правовые акты не всегда порождают правовые последствия. По нашему мнению, тот факт, что какой-либо документ издается на основании закона, должен играть решающую роль при отнесении его к правовым актам.

Конструкцию правовых последствий можно определить следующим образом: собственно юридические последствия, выражающиеся в возникновении субъективных прав и юридических обязанностей, наступлении юридической ответственности, изменении правового статуса лиц, а также возникновении, изменении или прекращении правовых отношений; волеизъявления политико-правового характера; иные акты реализации функций уполномоченного субъекта, предусмотренных законодательством.

Акты с политико-правовыми последствиями целесообразно выделить как один из видов нетипичных правовых актов. Нетипичные правовые акты

⁴ О регламенте Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации: Постановление Совета Федерации от 30. 01. 2002 № 33-СФ (в ред. от 20.02.2008 № 46-СФ) // СПС КонсультантПлюс.

политического и политико-правового характера являются основным инструментом правовой политики. Доктринальные (доктрины, программы, концепции и т.д.) и политико-правовые акты (послания, обращения, заявления и т.п.) соответствуют понятию и специфике правовой политики как явления; именно в них закрепляются принципы и стратегические цели правовой политики, программы развития общества или отдельной сферы общественных отношений на перспективу, провозглашаются ценности, из которых будет исходить власть в правотворческой и правоприменительной деятельности.

В современном российском законодательстве есть огромное количество нетипичных актов общего, декларативного характера, которые не содержат норм-предписаний в обычном понимании. Эти документы включают в себя нормы-принципы, нормы-цели, иные нормы общезакрепительного характера, закрепляют перспективные цели и задачи правового регулирования в какой-либо области, фиксируют круг проблем в данной сфере, формулируют основные направления деятельности и блоки мероприятий, необходимых для реализации в будущем. Такие документы служат основой принятия на их основе других нормативных правовых актов, которые будут содержать конкретно-регулятивные нормы. Исследуемые акты имеют различные наименования. Так, в практике современной правовой системы существуют доктрины⁵, стратегии⁶, основы государственной политики⁷, кон-

⁵ Напр.: Указ Президента Российской Федерации от 05.02.2010 № 146 «О Военной доктрине Российской Федерации»; Распоряжение Президента Российской Федерации от 17.12.2009 №861-рп «О Климатической доктрине Российской Федерации»; «Доктрина информационной безопасности Российской Федерации» (утв. Указом Президента Российской Федерации от 09.09.2000 № Пр-1895).

⁶ Напр.: «Стратегия развития Арктической зоны Российской Федерации и обеспечения национальной безопасности на период до 2020 года» [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.government.ru> по состоянию на 20.02.2013); Указ Президента Российской Федерации от 19.12.2012 № 1666 «О Стратегии государственной национальной политики Российской Федерации на период до 2025 года»; Распоряжение Правительства Российской Федерации от 31.05.2014 № 941-р «Об утверждении Стратегии развития туризма в Российской Федерации на период до 2020 года»; «Стратегия развития конкуренции и антимонопольного регулирования в Российской Федерации на период 2013–2024 гг.» (утв. президиумом Федеральной антимонопольной службы России от 03.07.2013); «Стратегия развития авиационной промышленности на период до 2015 года» [Электронный ресурс]: URL: <http://www.minpromtorg.gov.ru>.

⁷ Напр.: Указ Президента Российской Федерации от 20.01.1994 № 170 (ред. от 09.07.1997) «Об основах государственной политики в сфере информатизации»; «Основы государственной политики в области экологического развития Российской Федерации на период до 2030 года» (утв. Президентом Российской Федерации 30.04.2012); Постановление Правительства Российской Федерации от 29.12.2011 № 1178 (ред. от 02.06.2014) «О ценообразовании в области регулируемых цен (тарифов) в электроэнергетике» (вместе с «Основными ценообразования в области регулируемых цен (тарифов) в электроэнергетике»); Постановление Правительства Российской Федерации от 30.04.2014 № 400 «О формировании индексов изменения размера платы граждан за коммунальные услуги в Российской Федерации»; «Основные положения Основ государственной политики Российской Федерации в области космической деятельности на период до 2030 года и

цепции⁸, принципы⁹, программы¹⁰, планы¹¹. Данная группа актов не имеет ни в науке, ни в законодательстве устоявшегося общепринятого наименования, да и исследования этих актов весьма немногочисленны. Однако именно эта группа актов является, по нашему мнению, специфическим и наиболее важным инструментом правовой политики, поэтому на ней следует остановиться подробнее.

И.Н. Маланыч предлагает называть такие акты стратегическими нормативными актами¹². Стратегический нормативный акт — юридический документ, изданный в порядке правотворчества компетентным органом государственной власти и содержащий в основном нормы, касающиеся общих основ (идей), целей, задач и принципов развития какой-либо сферы правового регулирования общественных отношений, структурированные в порядке перспективного планирования¹³. Д.В. Ирошников и С.В. Несте-

дальнейшую перспективу» (утв. Президентом Российской Федерации 19.04.2013 Пр-906); «Основы государственной политики Российской Федерации в сфере развития правовой грамотности и правосознания граждан» (утв. Президентом Российской Федерации 28.04.2011 Пр-1168) // СПС КонсультантПлюс.

⁸ Напр.: Указ Президента Российской Федерации от 20.04.2014 № 259 «Об утверждении Концепции государственной политики Российской Федерации в сфере содействия международному развитию»; «Концепция внешней политики Российской Федерации» (утв. Президентом Российской Федерации 12.02.2013); «Концепция общественной безопасности в Российской Федерации» [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.kremlin.ru>, по состоянию на 20.11.2013); «Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации» (одобрена решением Совета по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте Российской Федерации от 07.10.2009); Распоряжение Правительства Российской Федерации от 19.05.2014 № 857-р «Об утверждении Концепции развития пригородных пассажирских перевозок железнодорожным транспортом»; Распоряжение Правительства Российской Федерации от 30.01.2014 № 93-р «Об утверждении Концепции открытости федеральных органов исполнительной власти»; Приказ Министерства финансов Российской Федерации от 29.08.2011 № 227 «Об утверждении Концепции реформирования системы бюджетных платежей на период до 2017 года»; Приказ Генеральной прокуратуры от 17.03.2010 № 114 (ред. от 22.04.2011) «Об утверждении и введении в действие Кодекса этики прокурорского работника Российской Федерации и Концепции воспитательной работы в системе прокуратуры Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

⁹ Напр.: Приказ ФФОМС от 07.04.2011 № 79 (ред. от 26.12.2013) «Об утверждении Общих принципов построения и функционирования информационных систем и порядка информационного взаимодействия в сфере обязательного медицинского страхования» // СПС КонсультантПлюс.

¹⁰ Напр.: Указ Президента Российской Федерации от 24.12.1999 № 2284 (ред. от 07.10.2013) «О Государственной программе приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации»; Постановление Правительства Российской Федерации от 26.12.2013 № 1297 «О федеральной целевой программе «Юг России (2014–2020 годы)»» // СПС КонсультантПлюс.

¹¹ Напр.: Указ Президента Российской Федерации от 01.04.2016 № 147 «О Национальном плане противодействия коррупции на 2016–2017 годы» // СПС КонсультантПлюс.

¹² Маланыч И.Н. Понятие стратегического нормативного акта как результата эволюции системы законодательства России // Юридические записки Воронежского государственного университета. Вып. 22. Воронеж, 2009. С. 117–130.

¹³ Там же. С. 125.

ров, анализируя терминологию законодательства, считают оптимальным объединить рассматриваемые акты в понятие «концептуальные и доктринальные документы»¹⁴. Е.Г. Тугунина, определяя специфику правовых актов как средств судебной политики, на первое место ставит «концепции и доктрины», по контексту объединяя этим термином все общезакрепительные акты¹⁵. Д.В. Ирошников и С.В. Нестеров оптимальным считают термин «концептуальные и доктринальные документы»¹⁶. А.А. Федорченко использует термин «акты программно-директивного характера»¹⁷.

В инициативном проекте Федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации», разработанном Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве России, исследуемые акты тоже упомянуты и обозначены термином «программные правовые акты». В ст. 10 законопроекта говорится: программные правовые акты (программы, концепции, стратегии) определяют цели и задачи развития, этапы и способы их достижения и решения, закрепляют ценностные ориентиры в деятельности органов государственной власти, местного самоуправления, учреждений и организаций, институтов гражданского общества¹⁸.

При характеристике подобных актов в науке прижился термин «доктринальные акты», хотя встречается он не часто и специальных исследований по этому вопросу очень мало. Этот же термин использовался в альтернативном законопроекте «О правовых актах в Российской Федерации», подготовленном Центром проблемного анализа и государственно-управленческого проектирования в 2010 году. Доктринальный правовой акт — специальный нормативный правовой акт, направленный на регулирование целей, приоритетов, содержания и способов реализации государственной политики России, политики субъектов федерации или муниципальных образований в различных сферах общественного, политического, государственного, социально-экономического и культурного развития, основанный на системе государственного планирования и прогнозирования на долгосрочную, среднесрочную и краткосрочную перспективу¹⁹.

¹⁴ Ирошников Д.В., Нестеров С.В. Понятие и классификация концептуальных и доктринальных документов Российской Федерации // Правовая инициатива. 2013. № 7. С. 7.

¹⁵ Суд как субъект правовой политики. М., 2014. С. 105.

¹⁶ Ирошников Д.В., Нестеров С.В. Указ. соч. С. 9.

¹⁷ Федорченко А.А. Концептуальное право: источник стратегического правового регулирования // Ученые труды Российской академии адвокатуры и нотариата. 2016. № 3. С. 37–43.

¹⁸ Проект федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации». М., 2013. С. 15.

¹⁹ Пакет законодательной инициативы по организации национальной системы правовых актов в Российской Федерации. Под рук. В.И. Якунина. М., 2010. С. 7.

Похожее понятие доктринального правового акта дано и в исследовании А.А. Кирилловых: доктринальный правовой акт — специальный нормативный правовой акт, направленный на регулирование целей, направлений, приоритетов, содержания и способов реализации государственной политики, политики субъектов федерации или муниципальных образований на долгосрочную, среднесрочную или краткосрочную перспективы²⁰.

В целом термин «доктринальный правовой акт» является удачным. Он подчеркивает научно-обоснованный, системный и обобщающий характер исследуемых актов. В любом случае для обозначения целой группы актов, описанных выше, необходим единый лаконичный термин, ибо стратегии, концепции, основы, доктрины и подобные акты имеют ряд общих черт. Но, говоря о доктринальных актах, следует учитывать нюанс: похожим термином обозначается группа принципиально иных средств правовой политики.

С точки зрения теории правовая политика имеет различные формы: доктринальную, правотворческую, правоприменительную, правоинтерпретационную, воспитательную (обучающую, образовательную) и т.п. Доктринальная форма преимущественно воплощается в проектах правовых актов, в концепциях, в научной экспертизе, в предвидении развития юридических ситуаций, т.е. в доктринальных (научно обоснованных) документах. В данном случае доктринальные документы понимаются не как официальные акты, исходящие от компетентных субъектов и обладающие обязательностью, а как комплексные научные разработки, предложения ученых, адресованные правотворческим органам. Т.е. доктринальные правовые акты, имеющие официальный характер, и неофициальные доктринальные документы — принципиально разные с точки зрения юридического значения и юридических последствий явления. Их объединяет общий признак — доктринальный характер. Чтобы разобраться в нюансах правовых инструментов осуществления различных форм правовой политики, обратимся к понятию юридической доктрины.

Д.А. Полянский, изучавший данный вопрос, предложил следующее определение юридической доктрины: это выработанная юридической наукой система взглядов на проблемы правового регулирования общественных отношений, выраженная в форме принципов, презумпций, аксиом и иных основоположений, которая служит регулятором общественных отношений, определяет приоритетные направления, закономерности и тенденции развития законодательства, независимо от того, зафиксированы ли ее положения в каком-либо документе²¹. В качестве одного из существенных признаков

²⁰ Кирилловых А.А. Правовая доктрина и доктринальность в праве: к вопросу об источниках правового регулирования // Законодательство и экономика. 2015. № 8 // СПС Гарант.

²¹ Полянский Д.А. Сущность и место юридической доктрины в правовой политике // Доктрина права. 2009. № 3. С. 100.

юридической доктрины автор называет бездокументарную форму выражения — не ввиду невозможности ее закрепления на бумажном носителе, а в том смысле, что она не предполагает составления официального документа. Результаты научных изысканий фиксируются в монографиях, докладах, сборниках научных трудов и иных формах²².

Исследователи справедливо отмечают, что юридическая доктрина многоаспектна и важно определить, в каком значении используется данный термин, о какой разновидности юридической доктрины идет речь. Е.В. Вавилин выделяет следующие значения юридической доктрины²³: учение (теория) как совокупность теоретических положений о правовых явлениях; государственная программа (концепция) регулирования тех или иных общественных отношений, постановка целей, задач, определение средств для их реализации; именно в этом смысле использовался термин в приведенных выше примерах: «Военная доктрина», «Доктрина информационной безопасности»; совокупность общих начал, исходных конституирующих принципов права, поддерживаемых или санкционированных государством; руководящие теоретические принципы, основополагающие правовые дефиниции; научные труды юристов.

Национальную юридическую доктрину Е.В. Вавилин определяет как сфокусированную в ряд общих и абстрактных правил (представлений) систему взглядов, выраженных в учениях, теориях или руководящих принципах, которые имеют основополагающее и решающее значение при принятии тех или иных нормативно-правовых актов, в правоприменении, при вынесении судебных решений, толковании права, формировании правосознания граждан²⁴.

В таком контексте доктрина не является нормативным правовым актом и не может выступать отдельным источником права. Однако она является средством правовой политики, выражая ее доктринальную форму. Доктринальные документы, разработанные учеными и научными коллективами, должны создавать концептуальные основы развития законодательства. Для эффективной правовой политики продукт, который дает юридическая наука, должен быть выражен в концентрированной, аргументированной, системной, целостной форме — в форме концепций. Например, в качестве доктринальных документов различными научными учреждениями были предложены: Концепция развития российского законодательства (в нескольких переизданиях), проект Концепции правовой политики России до 2020 г., Концепция правотворческой политики России, Концепция антикоррупционной политики, Концепция системы классификации правовых актов,

²² Там же. С. 98.

²³ См. об этом подробнее: *Вавилин Е.В.* Доктрина права // Доктрина права. 2009. № 3. С. 10.

²⁴ Там же. С. 10–11.

Концепция национальной идеи России²⁵. Все перечисленное обозначается в науке термином «доктринальные документы» и призвано стать основой при разработке концепций федеральных законов и технических заданий по их подготовке. Концепции как доктринальные документы (комплексные научные разработки) — это современный и перспективный способ выражения доктринальной формы правовой политики, а также средство совершенствования правотворческой деятельности государства. Такие концепции, как отмечается в литературе, задают высокий стандарт законотворчества, позволяющий определить прогнозируемый уровень и качество законопроектной работы в соответствии с потребностями развития страны, способствуют тому, чтобы законодательство содействовало государственным реформам²⁶.

Как видим, термин «доктринальные документы» имеет содержательное наполнение в отличие от термина «доктринальные правовые акты». Доктринальные документы — это комплексные научные разработки, неофициальные документы, сами по себе не порождающие правовых и политико-правовых последствий. Терминологическая разница между терминами «доктринальные документы» и «доктринальные правовые акты» слишком зыбкая, что препятствует использованию понятия доктринальных правовых актов в качестве обобщающей категории для обозначения актов стратегической, плановой, программной, концептуальной природы.

Какой термин (доктринальные акты, программные акты, стратегические акты или иной²⁷) приживется в терминологическом поле российской юриспруденции — покажет время. Вероятно, всю группу удачно объединяет термин *политико-программные акты* (или акты политико-программного характера), недостатком которого является громоздкость. В рамках данной работы, очертив основные смысловые и терминологические нюансы, мы пока будем использовать понятие «доктринальные правовые акты», что подчеркивает их научно-обоснованный и системный характер.

Все доктринальные акты обладают общим свойством — планово-целевым (стратегическим) характером содержащихся в них предписаний²⁸. Характеризуя концепции и доктрины как средства судебной политики, Е.Г. Тутынина пишет: «Данные средства закрепляют наиболее общие положения

²⁵ Концепция развития российского законодательства / под ред. Т.Я. Хабриевой, Ю.А. Тихомирова. М., 2010; Концепция системы классификации правовых актов Российской Федерации от 29.09.1999 (подготовлена по поручению Российского фонда правовых реформ) // СПС КонсультантПлюс; Пузилов Р.В., Толмачева Е.С. Концепция национальной идеи России (проект) // Доктрина права. 2011. № 1. С. 92–118.

²⁶ Концепция развития российского законодательства. С. 13.

²⁷ Все названные варианты на настоящий момент используются в законодательстве (см.: Ирошников Д.В., Нестеров С.В. Указ. соч.).

²⁸ Маланыч И.Н. Указ. соч. С. 126.

судебной политики, носят декларативный характер, выступают своеобразной платформой, базисом для иных средств. Преимуществом является то, что в основе их создания лежит научный подход, нацеленный на практический результат. Концепции необходимы для всеобщего осознания цели, к которой движется общество в той или иной сфере, а также способов ее достижения»²⁹. Высказанные положения можно распространить в целом на доктринальные (стратегические) акты в плане их роли в правовой политике.

В литературе были предложены следующие специфические признаки стратегических актов, отличающие их от иных правовых актов:

имеют специальное наименование (доктрина, концепция, стратегия, программа, план);

утверждены актом уполномоченного государственного органа или должностного лица;

по содержанию делятся на два вида: а) предусматривающие планирование (например, в Стратегии развития информационного общества закреплены цели, задачи и принципы его развития); б) решающие текущие задачи (например, в рамках федеральной целевой программы «Жилище» предусмотрено содействие Федерального фонда развития жилищного строительству земельных участков для возведения жилья эконом-класса);

в данных актах преобладают нормы-идеи, нормы-цели, нормы-задачи, нормы-принципы, нормы-этапы;

являются смешанными по юридической природе; помимо правовых норм включают научные обоснования и дефиниции, доктринальные и концептуальные положения, информационные элементы, систему мер собственной реализации, критериальную основу оценки эффективности;

обычно посвящены не конкретным отраслям законодательства, а межотраслевым правовым институтам;

служат для организации долгосрочной согласованной деятельности многих субъектов правоотношений: органов государственной власти, общественных и предпринимательских структур, местного самоуправления, граждан;

как правило, имеют комплексный объект регулирования; их реализация невозможна без межсистемных связей правоотношений в различных сферах общественной жизни (даже если эти акты не содержат соответствующих отраслевых правовых норм);

являются правообразующими: предшествуют принятию серии правовых актов различных видов, предназначенных для реализации перспективных преобразований;

обычно в процессе их разработки требуется взаимодействие компетентных органов, принимающих стратегические акты с деятелями науки;

²⁹ Суд как субъект правовой политики. С. 105.

имеют политический и идеологический характер, служат для достижения целей государства в различных сферах жизни общества³⁰.

Доктринальные правовые акты — разновидность правовых актов, которая специально создана для формирования и фиксации правовой политики. Как отмечают исследователи, у подобных актов отсутствует элемент императивности, их применение прежде всего основано на авторитете субъектов, от которых они исходят³¹. Это утверждение спорно. Гораздо более эффективным будет закрепление понятия и статуса доктринальных (стратегических) актов законодательно; в этом плане радует, что в обновленных проектах закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» принята во внимание данная тенденция.

Доктринальные (стратегические) правовые акты пока не могут в полной мере раскрыть свой потенциал как средство правового регулирования и особый инструмент правовой политики. Их правовая природа, юридическая сила и степень обязательности не определены. Эти акты не имеют устойчивой формы принятия. Подобные документы утверждаются различными органами и различными актами, что показано выше. Как результат, их юридическая сила будет зависеть от акта, утвердившего соответствующую доктрину или иной стратегической документ. Это юридический нонсенс, но многие из ныне опубликованных доктрин, концепций и т.д. вовсе не имеют выходных данных и реквизитов юридического документа! Даже справочно-правовые системы, работающие с официальными версиями документов по договорам с государственными органами, не имеют информации о реквизитах этих документов и используют формулы «текст приводится в соответствии с публикацией на сайте». Это было бы объяснимым и верным, если бы документы содержали пометку «проект», но этого нет. Более того, отсутствуют какие бы то ни было данные об авторах этих документов³². Некоторые из этих документов, в частности, исходящие от Президента Российской Федерации, не утверждаются правовым актом Президента, а выходят в свет с пометкой «утверждено Президентом... №... дата...»³³.

³⁰ Афиногенов Д.А., Воронин В.В. Роль документов стратегического планирования: правовые аспекты // Государственная власть и местное самоуправление. 2014. № 2. С. 14–15; Любитенко Д.Ю. Правовая доктрина в системе источников российского права // Вестник Волгоградской академии МВД России. 2010. № 4. С. 29; Кирилловых А.А. Указ. соч.; Маланыч И.Н. Указ. соч. С. 129–130.

³¹ См.: Хабриева Т.Я. Стратегия социально-экономического развития России и модернизация законодательства / Концепция развития российского законодательства. С. 27.

³² Напр.: «Концепция общественной безопасности в Российской Федерации» [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.kremlin.ru> (дата обращения: 14.06.2014); «Стратегия развития Арктической зоны Российской Федерации и обеспечения национальной безопасности на период до 2020 года» [Электронный ресурс]: // URL:<http://www.government.ru> (дата обращения: 14.06. 2014)

³³ Напр.: Основы государственной политики в области экологического развития Российской Федерации на период до 2030 года (утв. Президентом Российской Федерации 30.04.2012); Осно-

Рассматривая эту проблему, А.А. Федорченко пишет: «Складывается впечатление, что нормативные правовые акты развиваются сами по себе, а акты программно-целевого характера сами по себе, никак не соотносясь ни по времени издания, ни по месту в системе законодательства, ни по тем целям и задачам, ради которых они, собственно говоря, и были приняты»³⁴.

Такая ситуация недопустима с точки зрения юридической техники, это подрывает авторитет документов, исходящих от органов государственной власти, размывает степень их обязательности. Доктринальные (стратегические) акты, несмотря на специфический язык изложения и максимально обобщенный характер, должны приобрести юридическую природу, стать обязательным основанием для издания федеральных законов и иных правовых актов. Такие документы для повышения их эффективности должны дополняться поручениями и указаниями органам и должностным лицам, подчиненным издающему субъекту, рекомендациями иным субъектам по приведению их деятельности в соответствие с утвержденными доктринальными документами и разработке на их основе и в целях из реализации конкретизирующих нормативных правовых актов регулятивного характера в пределах своих полномочий и компетенции. Именно в таком качестве доктринальные (стратегические) документы должны войти в систему правовых актов России в качестве основного средства выработки отдельных направлений правовой политики.

Обращаясь к опыту западных стран, можно констатировать, что принятие актов стратегического характера является общемировой, необходимой тенденцией, помогающей последовательно и постепенно воплощать в жизнь необходимые преобразования в государственно-правовой сфере. Однако в большинстве цивилизованных государств такие акты имеют строгую систематизацию и принимаются в особом порядке уполномоченными на то лицами. Также необходимо обратить внимание, что в общемировой истории роль актов стратегического характера в правовой жизни государств всегда усиливалась исключительно в кризисных, переходных периодах (например, в послевоенные годы или при изменении государственного строя), что и наблюдается в настоящее время в нашем государстве.

В 2014 году был принят Федеральный закон «О стратегическом планировании в Российской Федерации», который ввел понятие документа стратегического планирования и закрепил систему последних (ст. 11)³⁵. Проект Закона долго находился на рассмотрении в Государственной Думе и должен был ре-

вы государственной политики Российской Федерации в сфере развития правовой грамотности и правосознания граждан (утв. Президентом Российской Федерации 28.04.2011 Пр-1168) // СПС КонсультантПлюс.

³⁴ Федорченко А.А. Указ. соч. С. 38.

³⁵ Федеральный закон от 28.06.2014 № 172-ФЗ (ред. от 3.07.2014 № 277-ФЗ) // СЗ РФ. 2014. № 26 (ч. 1). Ст. 3378.

шить все вышеописанные проблемы, составить единообразную строгую систему актов стратегического планирования в РФ. На этот документ возлагало надежды ученое сообщество. Основная идея и предмет правового регулирования указанного Закона были подробно описаны в пояснительной записке³⁶. К его «плюсам» можно отнести следующее: впервые были даны легальные дефиниции таких понятий, как «стратегическое планирование», «документ стратегического планирования» и т.д.; определены полномочия органов государственной власти и местного самоуправления в сфере стратегического планирования; сформулированы принципы и задачи стратегического планирования; закреплён круг участников стратегического планирования; приведена первая легальная классификация актов стратегического планирования; создан единый государственный реестр стратегического планирования (<http://gasu.gov.ru/stratplanning>); закреплена возможность участия научного сообщества и общественных организаций в подготовке проектов актов; предусмотрена возможность привлечения лиц к ответственности за нарушение нормативных правовых актов в сфере стратегического планирования.

Однако в целом данный документ не оправдал надежд. Многие проблемы остались нерешенными³⁷. Так, например, в Законе нет понятия актов, именуемых «доктриной» и «концепцией»; тем самым вопрос о соотношении наиболее распространенных форм актов стратегического характера остается неурегулированным.

Хотя Закон не предусматривает таких стратегических актов, как доктрина или концепция, государственные органы продолжают принимать акты с подобными наименованиями. Таковы «Концепция внешней политики Российской Федерации» (утв. указом Президента Российской Федерации от 30.11.2016 №640), «Концепция федеральной целевой программы «Мировой океан» на 2016–2031 годы» (утв. распоряжением Правительства Российской Федерации от 22.06.2015 № 1143-р) и т.д.

Нерешенным остается вопрос: являются ли изданные до 2014 г. стратегические акты документами стратегического планирования в смысле данного Закона? Если нет, то следует ли их отменить или заменить новыми документами, созданными с соблюдением требований Закона? Если да, то почему законодатель не дал им надлежащей характеристики?

Отметим, что объем актов стратегического характера, принятых после вступления в силу указанного Федерального закона, отнюдь не уменьшился, а возрос, в том числе за счет муниципальных образований. Так, реестр до-

³⁶ [Электронный ресурс]: // URL: <http://economy.gov.ru/minrec/activity/sections/strategicPlanning/regulation/zapiska> (дата обращения: 12.12.2016)

³⁷ Коростелев Н.Ю., Зиновьева Н.Б. Документы стратегического планирования в контексте Федерального закона «О стратегическом планировании в Российской Федерации» // Делопроектирование. 2015. № 1 // СПС КонсультантПлюс.

кументов стратегического планирования, размещенный на сайте <http://gasu.gov.ru/stratplanning>, насчитывает 64 акта, принятых на федеральном уровне, 2 174 акта — на уровне субъектов федерации (в среднем 33–34 акта на субъект) и 50 454 актов на муниципальном уровне (в среднем 2–3 акта на каждое муниципальное образование)³⁸.

Введенное законодателем понятие «документ стратегического планирования» не только не разрешило проблему правовой природы нетипичных политических актов (доктринальных актов), но и в известной мере усугубило ее, поставив вопрос о соотношении понятий «доктринальный правовой акт» и «документ стратегического планирования».

Применительно к исследованиям правовой природы документов стратегического планирования условно можно выделить три основных подхода, сформулированных в научной литературе. Сторонники первого подхода утверждают, что такие акты имеют хотя и специфический, но все же нормативный характер и являются не чем иным, как источником права³⁹.

Согласно второму подходу, акты стратегического характера не содержат правовых норм, не направлены на возникновение, изменение или прекращение правоотношений, в связи с чем нельзя говорить об их нормативности. Акты стратегического развития содержат политическую волю и относятся к доктринальным актам⁴⁰.

Существует также третий, смежный подход, согласно которому акты стратегического характера могут содержать нормы права, однако в данных актах преобладают нормы-идеи, нормы-цели, нормы-задачи, нормы-принципы, нормы-этапы. К источникам российского права при общепринятой классификации их отнести нельзя. Однако, несмотря на доктринальный характер, ввиду особого субъекта разработки и утверждения, правообразующего характера, особых целей и задач принятия стратегические акты следует выделять в особую категорию правовых актов. Стратегические акты — это не форма права, а источник политико-идеологического характера, формулирующий основы правовой политики в соответствующей сфере⁴¹.

Несмотря на различия во взглядах, большая часть специалистов не подвергает сомнению, что акты стратегического характера — разновидность право-

³⁸ Информация по состоянию на май 2017 г.

³⁹ См.: Кутузова Н.С. О роли нормативно-правовых актов программного характера // Российская юстиция. 2016. № 5. С. 9–11.

⁴⁰ Мадаев Е.О. Место и роль правовой доктрины в правовой системе Российской Федерации // Вестник Бурятского государственного университета. 2015. № 2. С. 194–195.

⁴¹ См.: Мушинский М.А. Стратегии, концепции, доктрины в правовой системе Российской Федерации: проблемы статуса, юридической техники и соотношения друг с другом // Юридическая техника. 2015. № 9. С. 491–492.

вых актов, созданная для формирования и фиксации правовой политики⁴². Кроме того, они являются специальным средством правовой политики.

Говоря о потенциале документов стратегического планирования как средств правовой политики, нужно прежде всего установить, имеют ли эти документы правовую природу. Очевидно, это документы политического характера, но правового ли? Отвечать на этот вопрос нужно не столько исходя из анализа правового регулирования, сколько оценивая идею актов стратегического планирования и цель их использования властью. Реализация идеи может быть неполной или неудачной, между тем как задачей нашего исследования является концептуальное определение роли актов стратегического планирования в правовой системе и государственной деятельности.

Документы стратегического планирования должны иметь внятную правовую природу, являясь пусть и нетипичными, но правовыми актами. В противном случае издание их бессмысленно. Тот факт, что в сегодняшнем законодательстве эта природа определена размыто и неоднозначно, а четкие требования к реквизитам таких документов не установлены, является недостатком современной правовой политики государства, а не естественным признаком названной группы документов. Специфика рассматриваемых документов в том, что они не содержат в подавляющем большинстве традиционных правовых предписаний (ни нормативного, ни индивидуального характера). При этом обязательность их издания определена федеральным законом; где-то полно, где-то — нет, но определена компетенция субъектов по изданию таких актов; невнятно и без обеспечения юридическими механизмами, но закреплена ответственность должностных лиц за неисполнение мер, предусмотренных документами стратегического планирования. Все это позволяет отнести эти акты к нетипичным правовым актам, которые имеют большой регулятивный потенциал в качестве средства правовой политики и нуждаются в официальной систематизации.

Что касается понятий «документы стратегического планирования» и «доктринальные правовые акты», то между ними не следует ставить знака равенства. Современный закон о стратегическом планировании ограничивает действие документов стратегического планирования сферой социально-экономического развития. Кроме этого, закон закрепляет перечни этих документов для федерального, регионального и муниципального уровней. В некоторых случаях перечни предполагают расширительное толкование по ряду позиций, но в основном они имеют исчерпывающий характер. Между тем массив документов, принятых в Российской Федерации и подпадающих под понятие доктринальных правовых актов, существенно выходит за рамки, очерченные Законом о стратегическом планировании. Итак, по нашему

⁴² Там же. С. 493.

мнению, понятие доктринальных правовых актов шире термина «документы стратегического планирования» и включает в себя, помимо актов стратегического планирования, иные документы (концепции, доктрины, основы государственной политики, принципы и т.д., действующие в сферах образования, культуры, экологии, дипломатии, отдельных областях национальной безопасности и т.д.).

Отметим положительные тенденции в российской правовой системе в отношении доктринальных правовых актов. Во-первых, издание Закона о стратегическом планировании является значимым фактом, так как определяет природу, цели и систему стратегических актов. Несмотря на все трудности, названный Закон является первой попыткой урегулирования доктринальных правовых актов (хотя бы их части). Во-вторых, становится очевидным, что государственные органы признают необходимость юридического оформления и придания юридической силы доктринальным актам. Документы последнего времени чаще утверждаются нормативными правовыми актами со всеми юридическими реквизитами, во всяком случае на высшем уровне, а доля неопределенных документов без автора, дат выхода и невнятной юридической природы снижается. К наиболее значимым примерам можно отнести Указ Президента Российской Федерации «Об утверждении Доктрины информационной безопасности Российской Федерации»; Указ Президента Российской Федерации «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы»; Указ Президента Российской Федерации «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации».

Такая тенденция, несомненно, повышает авторитет доктринальных актов и в частности говорит в пользу признания их правового характера.



Библиография

Афиногенов Д.А., Воронин В.В. Роль документов стратегического планирования: правовые аспекты // Государственная власть и местное самоуправление. 2014. № 2. С. 13–17.

Вавилин Е.В. Доктрина права // Доктрина права. 2009. № 3. С. 9–15.

Ирошников Д.В., Нестеров С.В. Понятие и классификация концептуальных и доктринальных документов Российской Федерации // Правовая инициатива. 2013. № 7. С. 7.

Кирилловых А.А. Правовая доктрина и доктринальность в праве: к вопросу об источниках правового регулирования // Законодательство и экономика. 2015. № 8. С. 29–41.

Коростелев Н.Ю., Зиновьева Н.Б. Документы стратегического планирования в контексте Федерального закона «О стратегическом планировании в Российской Федерации» // Делопроизводство. 2015. № 1 // СПС КонсультантПлюс.

Кутузова Н.С. О роли нормативно-правовых актов программного характера // Российская юстиция. 2016. № 5. С. 9–11.

Любитенко Д.Ю. Правовая доктрина в системе источников российского права // Вестник Волгоградской академии МВД России. 2010. № 4. С. 29–34.

Мадаев Е.О. Место и роль правовой доктрины в правовой системе Российской Федерации // Вестник Бурятского государственного университета. 2015. № 2. С. 194–195.

Маланыч И.Н. Понятие стратегического нормативного акта как результата эволюции системы законодательства России // Юридические записки Воронежского государственного университета. Вып. 22. Демократия и правовая система России: преимущества, достижения, противоречия. Воронеж: Изд-во Воронежского университета. 2009. С. 129–130.

Мушинский М.А. Стратегии, концепции, доктрины в правовой системе Российской Федерации: проблемы статуса, юридической техники и соотношения друг с другом // Юридическая техника. 2015. № 9. С. 491–492.

Полянский Д.А. Сущность и место юридической доктрины в правовой политике // Доктрина права. 2009. № 3. С. 97–100.

Пузиков Р.В., Толмачева Е.С. Концепция национальной идеи России (проект) // Доктрина права. 2011. № 1. С. 92–118.

Суд как субъект правовой политики: монография / под. ред. А.В. Малько. М.: Юрлитинформ, 2014. 232 с.

Федорченко А.А. Концептуальное право: источник стратегического правового регулирования // Ученые труды Российской академии адвокатуры и нотариата. 2016. № 3. С. 37–43.

Хабриева Т.Я. Стратегия социально-экономического развития России и модернизация законодательства / Концепция развития российского законодательства / под ред. Т.Я. Хабриевой, Ю.А. Тихомирова. 5-е изд. М., 2010. 732 с.

Doctrinal Acts as the Main Instrument of Legal Policy



Aleksander V. Malko

Professor, Director, Saratov Branch of the Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences, Doctor of Juridical Sciences. Address: 135 Chernyshevskogo Str., Saratov 410028, Russian Federation. E-mail: i_ga@ssla.ru



Yana Gaivoronskaya

Associate Professor, Department of Theory, History of State and Law, Legal School, Far Eastern Federal University. Address: 8 Sukhanova Str., Vladivostok 690091, Russian Federation. E-mail:



Abstract

Legal policy is considered in the article as an instrument for ensuring systematic and effective development of the legal system in the information society. To build up the legal policy of modern Russia one must, firstly, define its priorities, and, secondly, ensure the legal policy with the relevant means. With regard to the problem of the content of modern legal policy, the authors propose their methodology of the research: through the identification of priorities of legal policy and dividing the latter into meaningful

and instrumental ones. We prove the thesis that instrumental priorities, in particular, the formation of special tools of legal policy activities, are nowadays of paramount importance for the formation and implementation of effective legal policy of the state as a whole. With regard to the problem of legal policy, the authors justify the need for distinguishing a special group of legal acts — doctrinal legal instruments designed to ensure the formation and development of the legal policy as a form of state activity. Doctrinal acts can reflect scientific, strategic and targeted character of legal policy, but at the same time they require formal inclusion into the system of legal acts of the state and giving them legal force and legal significance. In recent years, political (political and program) acts are actively used in the Russian legal system; however, they have neither a clear understanding in legal theory nor a clear legal regulation. Researchers often do not recognize their legal nature, considering them as political instruments. The modern theory of legal acts must be based on a “broad” approach to legal acts’ understanding, which involves the recognition of acts in various forms (not only written ones) as legal acts and by various actors (including individuals). Following this approach, the doctrinal documents become part of the system of legal acts. All elements of the system of legal acts must have certain legal and technical characteristics and fulfill specific functions in legal regulation. The authors of the article offer their own concept and characteristics of legal acts in order to explore the specific doctrinal acts on this basis. The paper considers the problems of legal regulation of doctrinal legal acts, examines the features of legal nature of these groups of acts, and their relationship with other legal acts.



Keywords

legal policy; instruments; priorities; legal acts; acts of doctrine; draft law on normative legal acts; strategic planning.

Citation: Malko A.V., Gaivoronskaya Y.V. (2018) Doctrinal Acts as the Main Instrument of Legal Policy. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 4–25 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.4.25



References

Afinogenov D.A., Voronin V.V. (2014) Rol’ dokumentov strategicheskogo planirovaniya: pravovye aspekty [Role of documents of strategic planning: legal aspects]. *Gosudarstvennaya vlast’ i mestnoe samoupravlenie*, no 2, p. 13–17.

Fedorchenko A.A. (2016) Kontseptual’noe pravo: istochnik strategicheskogo pravovogo regulirovaniya [Conceptual law: source of strategic legal regulation]. *Uchenye trudy Rossiyskoy akademii advokatury i notariata*, no 3, p. 37–43

Iroshnikov D.V., Nesterov S.V. (2013) Ponyatie i klassifikatsiya kontseptual’nykh i doktrinal’nykh dokumentov Rossiyskoy Federatsii [Concept and classification of conceptual and doctrinal documents of the Russian Federation]. *Pravovaya initsiativa*, no 7. Available at: <http://49e.ru/ru> (accessed: 20.11. 2017)

Khabrieva T.Ya. (2010) *Strategiya sotsial’no-ekonomicheskogo razvitiya Rossii i modernizatsiya zakonodatel’sтва* [Strategy of social economic development of Russia and modern legislation]. Moscow: Norma, 732 p. (in Russian)

Kirillovykh A.A. (2015) Pravovaya doktrina i doktrinal’nost’ v prave: k voprosu ob istochnikakh pravovogo regulirovaniya [Legal Doctrine and doctrine in law: on the sources of legal regulation]. *Zakonodatel’stvo i ekonomika*, no 8, p. 29–41.

Korostelev N.Yu., Zinov'eva N.B. (2015) Dokumenty strategicheskogo planirovaniya v kontekste Federal'nogo zakona «O strategicheskom planirovanii v Rossiyskoy Federatsii [Documents on strategic planning in the Russian Federation]. *Deloproizvodstvo*, no 1. SPS Konsul'tantPlyus

Kutuzova N.S. (2016) O roli normativno-pravovykh aktov programmnoy kharaktera [On the role of normative acts]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 5, p. 9–11.

Lyubitenko D.Yu. (2010) Pravovaya doktrina v sisteme istochnikov rossiyskogo prava [Legal doctrine in system of sources of Russian law]. *Vestnik Volgogradskoy akademii MVD Rossii*, no 4, p. 29–34.

Madaev E.O. (2015) Mesto i rol' pravovoy doktriny v pravovoy sisteme Rossiyskoy Federatsii [Role of legal doctrine in the RF legal system]. *Vestnik Buryatskogo gosudarstvennogo universiteta*, no 2, pp. 194–195.

Malanych I.N. (2009) Ponyatie strategicheskogo normativnogo akta kak rezul'tata evolyutsii sistemy zakonodatel'stva Rossii [Strategic normative act as the effect of the evolution system in Russian legislation]. *Yuridicheskie zapiski Voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta*. Voronezh: University, p. 129–130.

Mushinskiy M.A. (2015) Strategii, kontseptsii, doktriny v pravovoy sisteme Rossiyskoy Federatsii: problemy statusa, yuridicheskoy tekhniki i sootnosheniya drug s drugom [Strategies, concepts, doctrines in the RF legal system]. *Yuridicheskaya tekhnika*, no 9, p. 491–492.

Polyanskiy D.A. (2009) Sushchnost' i mesto yuridicheskoy doktriny v pravovoy politike [Nature and place of legal doctrine in legal politics]. *Doktrina prava*, no 3, p. 97–100.

Puzikov R.V., Tolmacheva E.S. (2011) Kontseptsiya natsional'noy idei RF (proekt) [Conception of the national idea of the RF (draft)]. *Doktrina prava*, no 1, p. 92–118.

Sud kak sub"ekt pravovoy politiki (2014) [Court as a subject of legal politics. Moscow: Yurlitinform, 232 p. (in Russian)

Vavilin E.V. (2009) Doktrina prava [Doctrine of law]. *Doktrina prava*, no 3, p. 9–15.

О создании и перспективах использования корпуса текстов российских правовых актов как набора открытых данных¹



Д.А. Савельев

научный сотрудник Института проблем правоприменения при Европейском университете в Санкт-Петербурге, кандидат юридических наук. Адрес: 191187, Санкт-Петербург, Гагаринская ул., 6/1. E-mail: dsaveliev@eu.spb.ru



Аннотация

Развивающиеся в настоящее время методы компьютерного анализа текстов могут быть полезны для исследований в юридической науке и практике. Очевидным требованием для такого анализа является наличие открытого и структурированного корпуса текстов. Статья представляет такой корпус текстов правовых актов федерального и регионального законодательства в машиночитаемой форме (набор данных) RusLawOD. Он опубликован в открытом доступе на Интернет-портале Github. Созданный набор данных основан на открытых источниках правовых актов, прежде всего на данных официального Интернет-портала правовой информации (pravo.gov.ru), полученных в результате работы по интеграции открытых данных об официальном опубликовании правовой информации и данных ИПС «Законодательство России». Основным исследовательским вопросом в сфере права при разработке данного ресурса стал вопрос, каким образом осуществлять публикацию текстов правовых актов и метаданных о них. Необходимо прийти в общегосударственном масштабе к общему стандарту описания правовых актов в машиночитаемой форме для возможностей обмена данными между разными информационными системами. Для этого нужно определиться с единообразным наименованием атрибутов, идентифицирующих документ, а также его внутреннюю структуру. В статье предлагаются решения, которые можно взять за основу для этого. Помимо описания данных приводятся примеры, как указанные данные могут помочь в решении научных юридических задач. Такими примерами служат классификация правовых актов и определение частоты коллокаций определенных терминов. На основе анализа опубликованных на указанном портале карточек документов составлен классификатор используемых на практике тематик и произведен подсчет частоты использования каждой из тематик. Автор сравнивает существующую классификацию правовых актов, которая производится при создании ИПС «Законодательство России», и результаты использования методов компьютерной лингвистики для определения наиболее часто используемых в законодательстве тематик, приходя к выводу о том, что современные методы машинного анализа текстов позволяют получать достоверные и значимые результаты.

¹ Автор выражает признательность за методическую помощь научному руководителю Института Вадиму Волкову и ведущему научному сотруднику Института Дмитрию Скугаревскому. Публикация подготовлена в рамках научного проекта № 17-18-01618, поддержанного Российским научным фондом.



Ключевые слова

правовая информация, законодательство, открытые данные, набор данных, XML, правовой акт, машиночитаемый корпус, компьютерная лингвистика, анализ текста.

Библиографическое описание: Савельев Д. А. О создании и перспективах использования корпуса текстов российских правовых актов как набора открытых данных // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 26–44.

УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.26.44

1. Новые возможности информационных технологий и проблемы правовой информатизации

С появлением компьютерных технологий перед правовой наукой открылись новые возможности, связанные со сбором, хранением и обработкой правовой информации в электронной форме. В настоящее время появились мощности для обработки огромного количества текстов с высокой скоростью. Не только поиск документов по определенным словам может быть улучшен с помощью этих информационных технологий. Такие задачи, как автоматизированная аннотация и классификация текстов, анализ использования в текстах тех или иных терминов на уровне каждого отдельного слова, а не на уровне документа (анализ правового тезауруса), автоматизированное извлечение новой информации и построение выводов вплоть до подготовки документов и ответов на вопросы на естественном языке, стали возможными благодаря новым технологиям: статистической обработке массивов текстов как «больших данных», машинному обучению, онтологическому моделированию, компьютерной лингвистике.

Для реализации таких технологий необходимы исходные данные в виде текстов в «машиночитаемой» форме. Остановимся на основных достижениях и проблемах в этой сфере. Начало правовой информатизации мы отсчитываем с 1982 года — со времени появления формата «АИПС-законодательство», созданного в Научном центре правовой информации при Министерстве юстиции СССР². В дальнейшем государство и научное сообщество продолжали работу в этом направлении³. К настоящему времени основными в данном направлении стали три достижения. Во-первых, закреплено правило, что неопубликованные акты, затрагивающие права граждан,

² О НЦПИ при Министерстве юстиции Российской Федерации см.: [Электронный ресурс] // URL: <http://www.scli.ru:8080/about/> (дата обращения: 15.11.2017)

³ См.: История развития правовой информатизации России [Электронный ресурс] // URL: http://pravo.gov.ru/Inform/pravinfarticles/articles/pravinfarticles_7.html (дата обращения: 15.11.2017); Официальное электронное опубликование: История, подходы, перспективы. М., 2012.

не применяются, а обязанность органов государственной власти направлять ответы на индивидуальные обращения граждан в законодательстве была дополнена институтом обязательной публикации информации для всеобщего сведения в Интернете, включая тексты принятых правовых актов и судебных решений. Во-вторых, это официальное электронное опубликование правовых актов на портале, который ведет ФСО России⁴. Здесь можно отметить и другие источники электронной правовой информации — Информационная правовая система «Законодательство России» (далее — ИПС), которую ведет НТЦ «Система»⁵, и реестр нормативных правовых актов Министерства юстиции⁶. В третьих, на государственном уровне была закреплена политика публикации наборов открытых данных. Однако проблемой, на наш взгляд, пока является то, что эти три направления не совместились в одно целое.

Как правило, единицей поисковой выдачи при поиске в справочной правовой системе или на любом государственном портале, предоставляющем доступ к правовым актам, является документ. Это снимает базовую потребность профессионалов в ознакомлении с информацией, но ни один из этих источников не позволяет выполнить научную работу по анализу массивов правовых актов в появившемся в последние годы подходе «текст как данные» (англ. — text as data). Основной информационный ресурс здесь — официальное электронное опубликование правовых актов осуществляется в форме графических копий (сканов) бумажного документа, который не содержит текста в формате, пригодном для работы компьютерной программы непосредственно с текстом.

Все указанные источники правовой информации, равно как и коммерческие справочные правовые системы (Гарант, Кодекс, КонсультантПлюс, Право.ру и др.) предназначены для использования непосредственно человеком для ознакомления с размещенными в них документами. На данный момент задача опубликования текстов правовых актов как машиночитаемых открытых данных, которые могут подвергаться массовой автоматизированной обработке, не решена.

2. Источники корпуса текстов правовых актов и его полнота

Прежде всего необходим корпус текстов в формате, который легко поддается обработке компьютерными программами («машиночитаемом», в тер-

⁴ Официальное опубликование правовых актов [Электронный ресурс]: // URL: <http://publication.pravo.gov.ru/> (дата обращения: 05.12.2017)

⁵ Информационно-правовая система «Законодательство России» [Электронный ресурс]: // URL: <http://pravo.gov.ru/ips.html> (дата обращения: 05.12.2017)

⁶ Научный центр правовой информации при Минюсте. Базы данных [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.scli.ru:8080/bd/> (дата обращения: 05.12.2017)

минах 1990-х годов). Для этого нужно преобразовать опубликованные для всеобщего сведения сканы страниц, а также страницы на государственных сайтах в подходящий текстовый формат. Такая работа была проведена, а также к текстам привязана информация о них (метаданные). Полученный в результате набор данных опубликован на платформе Github⁷ для возможного использования другими исследователями. Общее количество документов опубликованной версии набора данных — 409 тыс. (состояние на август 2017 г.⁸), объем архивных файлов — 1.8 Гб, в распакованном виде — 10.7 Гб.

Указанный корпус текстов предназначен прежде всего независимым исследователям, которые не обладают прямым (позволяющим создать и использовать свои программы обработки данных) доступом к данным государственных информационных ресурсов и коммерческих справочных правовых систем. Содержание корпуса текстов в виде открытых данных также означает, что результаты тех или иных исследований могут быть повторены другими учеными.

В оценке набора данных важна его полнота. Мы можем утверждать, что единого, непротиворечивого и абсолютно актуального перечня даже действующих, не говоря уже о когда-либо принятых правовых актах в Российской Федерации не существует. Различные источники собирают от 25 тыс. до 50 млн. различных правовых документов.

Важной характеристикой в правовых информационных ресурсах является законченность наполнения ресурса, которая позволяла бы не только выполнить подборку наиболее значимых документов, но и оставляла бы возможность сказать, что, если документ не найден, значит, в действующих актах его не существует. На данный момент таких электронных ресурсов нет, и все лишь в той или иной степени приближаются к полноте представления данных.

В описываемый набор данных включены правовые акты федерального уровня, уровня субъектов федерации и муниципального уровня. К моменту написания настоящей статьи подготовлены для использования данные Официального интернет-портала правовой информации, состоящие из двух массивов. Первый массив — это тексты, прошедшие на портале официальное опубликование в форме графических образов страниц (сканов), затем распознанные нами при помощи свободного программного обеспечения Tesseract⁹. При этом объем обработанных сканов составил около 200 Гб.

⁷ Russian Law as Open Data [Электронный ресурс]: // URL: <https://github.com/irlcode/RusLawOD> (дата обращения: 07.12.2017)

⁸ К моменту публикации настоящей статьи продолжается работа по пополнению всеми документами 2017 г., в связи с чем не все составляющие набора данных полностью содержат документы 2017 г.

⁹ Tesseract Open Source OCR Engine (main repository) [Электронный ресурс] // URL: <https://github.com/tesseract-ocr> (дата обращения: 05.12.2017)

Они включают акты всех уровней с декабря 2011 года, однако не все органы власти и субъекты федерации подключились к официальному электронному опубликованию одновременно. Некоторые субъекты федерации на этом портале отсутствуют (например, Москва), а муниципальные акты пока включаются только в отдельных случаях. Поэтому очевиден существенный рост по годам официально опубликованных в электронной форме документов (см. табл. 1).

Таблица 1

**Количество документов, найденных в разделе
официального опубликования правовых актов портала pravo.gov.ru**

| Год опубликования | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
|-----------------------|------|------|------|-------|-------|-------|--------|
| Количество документов | 405 | 2012 | 4498 | 14382 | 78231 | 90802 | 101395 |

Второй массив — это документы, опубликованные на том же портале вне рамок официального электронного опубликования в Информационно-правовой системе «Законодательство России» (далее — ИПС «Законодательство»). Она включает только федеральное законодательство, преимущественно с 1991 года. При сравнении количества новых правовых актов за год в ИПС Законодательство (см. табл. 2, рис. 1) можно констатировать постепенное его увеличение и резкое увеличение в 2016 году. Однако установить, насколько действительно увеличивается законодательная масса, по этим данным трудно, так как полнота базы не известна достоверно. Например, при поиске на Интернет-портале системы КонсультантПлюс за период с 1.01 по 31.12 2016 только по видам документов «Закон, Постановление, Распоряжение, Указ, Кодекс» находится более 25 тыс. документов, тогда как в ИПС за этот период — менее 12 тыс. Точное сравнение по сайтам провести невозможно, по нашей оценке, ввиду различных подходов к формированию списков документов.

Таблица 2

**Количество документов, найденных в разделе ИПС «Законодательство
России» портала pravo.gov.ru (выборочно, за указанный год)**

| Год | Документов |
|---------|------------|
| До 1991 | 364 |
| 1991 | 3702 |
| 1992 | 7043 |
| 2002 | 6426 |
| 2012 | 8584 |

| Год | Документов |
|------|------------|
| 2013 | 8020 |
| 2014 | 8669 |
| 2015 | 9024 |
| 2016 | 11729 |
| 2017 | 11855 |

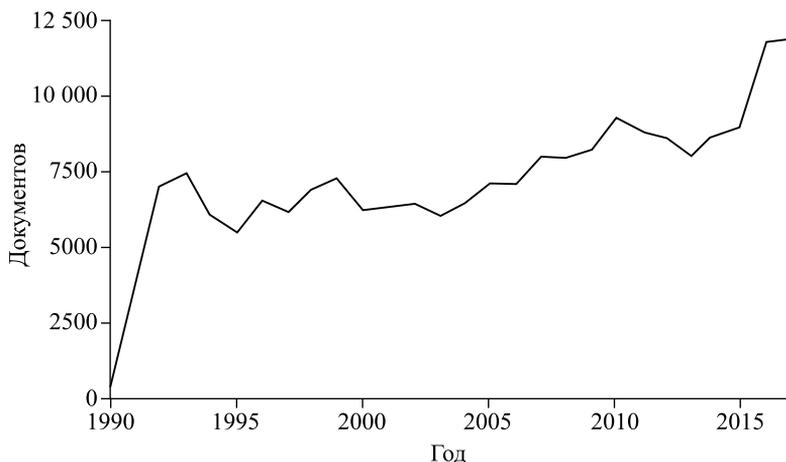


Рис.1. Количество документов в ИПС «Законодательство» по году принятия акта

Эти два массива частично пересекаются, поэтому в некоторых документах набора есть два текста, и дублирование оставлено для исследовательских целей. В дальнейшем планируется дополнить информацию из других источников.

При составлении описываемого корпуса использовались тексты только первоначальных редакций документов. Консолидированные редакции (с внесенными изменениями и дополнениями) не включаются во избежание дублирования текстов и в целях правильного подсчета статистики. Поскольку среди опубликованных есть документы, объем которых превышает 1000 страниц, а отдельные документы превышают и 20 000 страниц. Чаще всего объемные документы — это программы капитального ремонта, описания географических карт и бюджетно-финансовые данные, которые в целом не дают много текстовой информации. Распознавание документов не осуществлялось после 500-й страницы. Распознавание (англ. — OCR) текста осуществлялось автоматически, без корректуры. Поэтому в текстах возможны опечатки. Прежде всего они встречаются там, где поверх текста поставлена печать, вписаны от руки реквизиты документа и форматированные таблицы. Тем не менее для

целей формирования корпуса главным было охватить существенную часть текста. Если имеется два текста — официальное опубликование и ИПС «Законодательство России», то в настоящий корпус включаются оба текста, что позволяет оценить качество распознавания остальных текстов.

3. Особенности «машиночитаемого» формата корпуса текстов правовых актов

Подготовка набора данных начинается с выбора формата данных. Наиболее простым для использования компьютерными программами является «чистый текст» (англ. — plain text), где отсутствует форматирование, кроме разбивки на абзацы. Однако такой текст невозможно разметить, а также хранить в нем метаданные (сведения о документе). Поэтому был выбран формат XML, который предусматривает такие возможности. XML позволяет внутри текстового файла специальными метками (тегами) разметить текстовую информацию на ее структурные части, а также включить внутрь такого текста сведения о документе (метаданные) таким образом, что впоследствии различные компьютерные программы могут воспроизвести и использовать эти структурированные данные. Но XML — лишь стандарт записи структурных единиц в тексте, который не говорит, какие разделы должны быть внутри файла, как они должны называться. Чтобы можно было осуществлять обмен открытой правовой информацией между системами, необходимо разработать общий стандарт наименования элементов файла.

При этом логично использовать мировой опыт в этой сфере. Структура документа была исполнена, ориентируясь на формат Akoma Ntoso¹⁰, который впоследствии публикуется как OASIS LegalDocML¹¹. Однако на данный момент формат не полностью соответствует этому стандарту, так как он предполагает разбивку внутренней структуры документа, которая к настоящему моменту еще не разработана в нашем корпусе текстов.

При разработке набора данных пришлось преодолевать не только проблему графического формата текстов. В официальных источниках поля данных недостаточно структурированы для автоматизированной обработки. Например, открытые данные об официальном опубликовании содержат строку <title>, в которой одновременно содержатся и вид (тип) документа, и наименование принявшего документ органа, и дата подписания, и номер.

¹⁰ Akoma Ntoso. Официальный сайт [Электронный ресурс]: // URL: <http://akomantoso.org> (дата обращения: 15.11.2017)

¹¹ Akoma Ntoso Version 1.0. Part 2: Specifications [Электронный ресурс]: // URL: <http://docs.oasis-open.org/legaldocml/akn-core/v1.0/cs01/part2-specs/akn-core-v1.0-cs01-part2-specs.html> (дата обращения: 05.12.2017)

Поскольку это разные свойства документа, для исследований данных их необходимо различать. Эти данные разбиваются на разные элементы разметки при помощи «основанного на правилах» (англ. — rule-based) подхода: то, что может быть определено по словарю известных видов документов и органов, определяется в соответствии со словарями, а также идентифицируются дата и номер по типовым признакам. Поскольку мы собираем данные более чем из одного источника, встает еще и проблема дублирования данных. При этом для максимальной точности сохранения данных мы параллельно сохраняем значения атрибутов документа из всех источников.

В итоге схема структуры документа, из которого состоит набор данных, состоит из следующих разделов:

<act> («акт») — общее указание на тип документа — правовой акт в отличие от других видов правовых документов — законопроект и т.п. В раздел входят подразделы идентификации, сведений об опубликовании и текста;

<identification> («идентификация») — раздел идентификационных данных, в котором содержатся атрибуты (реквизиты, свойства) документа, позволяющие его уникально идентифицировать (выделить единственный документ среди других);

<publication> («опубликование») — раздел данных о публикации документа, в котором приводятся сведения об источниках. Однако в отечественном документообороте данные опубликования тоже носят идентифицирующий характер;

<classification> («классификация») — раздел данных о классификации документа — отнесения его к рубрикам классификатора или назначению ключевых слов;

<body> («тело») — раздел текста документа, который в настоящий момент состоит из двух вариантов текста — официального опубликования и текста ИПС «Законодательство России» (одного из них или двух вместе).

Особенности заполнения отдельных метаданных требуют пояснения. В практике создания правовых баз данных имеются разночтения относительно названий и состава атрибутов, идентифицирующих документ. Так, термины «постановление», «закон» и т.п. называют и видом, и типом документа, а в понятие вида документа может входить или не входить принимающий орган. Название у многих документов часто отсутствует, но при этом создается при создании информационного ресурса операторами.

Полное описание всех элементов (схема) дано в приложении, а также его можно найти по адресу набора данных в Интернете, приведенному выше, и в этом источнике также будут публиковаться обновления схемы и набора данных. Все элементы имеют комментарии, которые опубликованы вместе с набором данных.

Наряду с набором данных важным техническим моментом является составление единых перечней (словарей) видов документов и принимающих документы органов власти, которые также опубликованы вместе с набором данных. Данная инициатива предполагает привлечение независимых разработчиков и специалистов органов власти для дальнейшего совершенствования формата публикации документов.

4. Правовые вопросы доступа

Вопросы доступности правовых актов в современной России отражены в законодательстве. В частности, Заключение Комитета конституционного надзора СССР впервые установило следующее правило: «Опубликование законов и других нормативных актов, касающихся прав, свобод и обязанностей граждан, то есть доведение их тем или иным способом до всеобщего сведения, является обязательным условием применения этих актов»¹². Это правило впоследствии было закреплено и в п. 3 ст. 15 Конституции России. При этом в Заключении справедливо отмечается: «Предоставление должностным лицам права определять, имеют ли правовые акты «общее значение» или не имеют, а также засекречивать информацию и в зависимости от своего решения публиковать или не публиковать нормативные акты открывает возможность произвольного, неправомерного и не контролируемого обществом ограничения прав и свобод, для возложения на граждан дополнительных, нередко обременительных обязанностей, а также предоставления неоправданных льгот отдельным категориям граждан»¹³.

В дальнейшем, при развитии электронных технологий и увеличении массы законодательных актов, опубликование только на бумаге стало недостаточным. В 2003 году впервые стало обязательным размещение в сети Интернет правовых актов, принимаемых Правительством Российской Федерации и федеральными органами исполнительной власти¹⁴. Данное положение было затем развито в законах об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов, органов местного самоуправления и судов¹⁵.

¹² Заключение Комитета конституционного надзора СССР от 29.11.1990 № 12 (2-12) «О правилах, допускающих применение неопубликованных нормативных актов о правах, свободах и обязанностях граждан» // СПС КонсультантПлюс.

¹³ Там же.

¹⁴ См.: Постановление Правительства Российской Федерации от 12.02.2003 № 98 «Об обеспечении доступа к информации о деятельности Правительства Российской Федерации и федеральных органов исполнительной власти» (с последующими изменениями).

¹⁵ Федеральный закон от 09.02.2009 № 8-ФЗ «Об обеспечении обращения к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» (с последующими

Наконец, современный этап развития Интернет-технологий привел к пониманию, что размещение текстов и простых форм поиска для ознакомления граждан недостаточно. Появилось понятие «открытые связанные данные», суть которого заключается в размещении в сети Интернет больших массивов данных («наборов данных»), которые могут быть свободно использованы разработчиками различных программ и информационных систем в своих продуктах¹⁶. В таких продуктах могут применяться современные средства обработки информации, и новое знание может быть получено на основе интеграции («связывания») различных видов информационных ресурсов. В связи с этим на Официальном интернет-портале правовой информации¹⁷ публикуются наборы открытых данных об официальном опубликовании правовых актов. Однако эти данные включают только сведения о правовом акте, но не его машиночитаемый текст.

Пп. 1 п. 6 ст. 1259 Гражданского кодекса Российской Федерации исключает тексты правовых актов из сферы действия авторских прав. В соответствии с этим такую информацию можно признать общедоступной. В части открытых данных об официальном опубликовании Официальный интернет-портал не ограничивает коммерческое или некоммерческое использование таких данных при условии атрибуции (указания ссылки на первоначальный источник) и неискажения данных¹⁸. Что касается данных ИПС «Законодательство России», то в описании на портале указано «Система предназначена для: <...> автоматизированной поддержки юридической обработки правовой информации»¹⁹.

Информация, публикуемая для использования исследователями в сети Интернет, должна сопровождаться понятными во всем мире условиями использования, в связи с чем публикация описываемого набора данных осуществляется на условиях лицензии Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International²⁰.

изменениями); Федеральный закон от 22.12.2008 № 262-ФЗ «Об обеспечении обращения к информации о деятельности судов в Российской Федерации» (с последующими изменениями).

¹⁶ Подробнее о правовом регулировании в сфере открытых данных см.: Открытое правительство / Открытые данные [Электронный ресурс]: // URL: <http://opendata.open.gov.ru/event/5598184/> (дата обращения: 05.12.2017)

¹⁷ На основании пп. «г» п. 2 Указа Президента Российской Федерации от 7.05.2012 № 601 «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления» // СПС Гарант.

¹⁸ Официальное опубликование правовых актов. Открытые данные [Электронный ресурс]: // URL: <http://publication.pravo.gov.ru/od/> (дата обращения: 05.12.2017)

¹⁹ Информационно-правовая система «Законодательство России» [Электронный ресурс]: // URL: <http://pravo.gov.ru/ips.html> (дата обращения: 05.12.2017)

²⁰ Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) [Электронный ресурс]: // URL: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/> (дата обращения: 05.12.2017)

5. Примеры использования представляемых данных

Публикация набора данных дает новые возможности использования текстов правовых актов, которые не доступны исследователям без прямого доступа к базам данных органов власти или коммерческих структур, позволяющего написать собственную компьютерную программу для анализа. Ниже мы приводим примеры такого использования, которые стали результатом работы специально созданного программного обеспечения.

5.1. Изучение классификации корпуса текстов по общеправовому классификатору отраслей законодательства и перспектив его использования

Классификатор, утвержденный почти 25 лет назад²¹, последний раз изменялся 12 лет назад. В ходе исследования нами установлено следующее. В данных ИПС «Законодательство России» содержатся сведения о классификации правовых актов в соответствии с упомянутым выше классификатором. Причем, если в официально опубликованном классификаторе содержится три уровня, то в ИПС используется пять уровней, и нам не удалось найти опубликованными тематики всех уровней в сводном виде.

Использованный нами инструментарий позволил вывести актуальный классификатор с рубриками, которые используются в карточках документов составителями ИПС и частотой их использования. При этом мы видим, что из общего числа в примерно 190 тыс. документов, принятых по 2016 год включительно, примерно 165 тыс. документов имеют ссылку хотя бы на одну рубрику классификатора. В итоге по этим документам определено, что в классификаторе создано 4112 рубрик, хотя в официально утвержденном классификаторе 1151 рубрика; в самой часто встречающейся рубрике более 39 тыс. документов (см. табл. 3). Среднее количество тематик в документе в целом по массиву 3.74, при этом подавляющее большинство документов отнесены не более чем к пяти тематикам, но встречаются документы (около 40) которые связаны с более чем 100 тематиками.

При этом по содержательному наполнению многих тематик классификатора невозможно анализировать или осуществлять поиск документов о нормативно-правовом регулировании или, например, сделать вывод о количестве нормативно-правовых актов, регулирующих те или иные вопросы. Большинство документов в тематиках — не нормативно-правовое регулирова-

²¹ См.: Указ Президента Российской Федерации от 16.12.1993 № 2171 «Об общеправовом классификаторе отраслей законодательства»; Указ Президента Российской Федерации от 15.03.2000 № 511 «О классификаторе правовых актов» (с последующими изменениями) // СПС Гарант.

ние, а индивидуально-правовые акты по частным вопросам. Но даже если не брать это в расчет, то такие тематики, как «Правила, инструкции, указания, порядки и иные решения», не несут практически никакой функции по поиску или идентификации документов.

Таблица 3

**10 тематик классификатора, к которым отнесено
наибольшее количество документов**

| Тематика | Количество документов в тематике |
|---|-------------------------------------|
| Стадии прохождения законопроектов | 39203 |
| Отмена, изменение и дополнение нормативных правовых актов | 32800 |
| Награждения государственными наградами Российской Федерации | 7329 |
| Правила, инструкции, указания, порядки и иные решения | 7179 |
| Присвоение (лишение) почетных званий | 5458 |
| Награждения грамотами, объявление благодарности Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации | 4781 |
| Представители при рассмотрении законопроектов | 4611 |
| Акционерное общество | 4452 |
| Образование, реорганизация и ликвидация юридических лиц (см. также 010.170.010.020, 190.020.070) | 4188 |
| Формы финансовой помощи (субвенции, дотации, ссуды, субсидии) | 4138 |

Очень грубую попытку оценить распределение законодательства по наиболее общим тематикам можно сделать, определив число документов, отнесенных к самому верхнему уровню классификатора (см. табл. 4)

Однако если внимательно посмотреть на лидирующую с большим отрывом тематику «Конституционный строй», то мы отметим, что самые часто встречающиеся подтематика (табл. 3) «Стадии прохождения законопроектов» и «Отмена, изменение и дополнение нормативных правовых актов» относятся именно к ней. Но логически трудно согласиться с тем, что большинство правовых актов в общей массе посвящено именно конституционному строю. То же касается и международных отношений, где статистически много назначений и ратификации международных актов.

Приведенные выше данные являются наглядной иллюстрацией, почему сейчас классификаторы в информационном поиске не используются — их

ведение в адекватном виде вручную крайне трудоемко²² и вследствие этого, по нашему мнению, на больших объемах бессмысленно. В настоящее время практическое использование специалистами классификатора для поиска информации сводится к минимуму, поскольку существуют возможности полнотекстового поиска. Примерно то же самое можно сказать и о заранее выделяемых ключевых словах, которые также назначаются документам в ИПС.

Таблица 4

**Распределение документов по тематикам
верхнего уровня классификатора**

| | |
|--|--------|
| 010 Конституционный строй | 161804 |
| 020 Основы государственного управления | 78273 |
| 200 Международные отношения. Международное право | 61530 |
| 030 Гражданское право | 52353 |
| 080 Финансы | 50885 |
| 210 Индивидуальные правовые акты по кадровым вопросам, вопросам награждения, помилования, гражданства, присвоения почетных и иных званий | 46176 |
| 090 Хозяйственная деятельность | 40107 |
| 060 Труд и занятость населения | 15588 |
| 130 Образование. Наука. Культура | 15264 |
| 110 Природные ресурсы и охрана окружающей природной среды | 14805 |
| 070 Социальное обеспечение и социальное страхование | 11840 |
| 150 Оборона | 10435 |
| 100 Внешнеэкономическая деятельность. Таможенное дело | 9918 |
| 160 Безопасность и охрана правопорядка | 9386 |
| 180 Правосудие | 8753 |
| 140 Здравоохранение. Физическая культура и спорт. Туризм | 8732 |
| 120 Информация и информатизация | 6542 |
| 050 Жилище | 6403 |
| 170 Уголовное право. Исполнение наказаний | 3617 |
| 190 Прокуратура. Органы юстиции. Адвокатура. Нотариат | 1945 |
| 040 Семья | 1706 |

**5.2. Статистический анализ употребления терминов
в названиях и текстах документов**

Чтобы представить себе общую картину тематики законодательства, «популярности» той или иной темы в тот или иной период, на какие группы распределяется принимаемое законодательство без использования ручной

²² Шаршун В.А. О едином правовом классификаторе Республики Беларусь // Информационное право. № 3. 2015. С. 7–11.

классификации, следует проанализировать коллокации, или n-граммы слов, как минимум, в названиях документов. В термине «n-грамма» переменная n означает целое число — количество слов в словосочетании, т.е. n-граммы — это словосочетания из двух или более слов. В компьютерной лингвистике²³ под коллокациями понимают устойчивые словосочетания²⁴. При подсчете сочетаний слов, которые наиболее часто встречаются в названиях документов, мы можем составить мнение о том, какие темы чаще всего рассматриваются в документах.

При программной обработке названий того же корпуса правовых актов, который был рассмотрен выше применительно к классификации, получены данные о статистике использования словосочетаний, и, как наиболее показательные, выбраны сочетания из двух слов (биграммы). Чтобы статистика использования словосочетаний не зависела от форм слова, необходимо каждое слово привести к начальной форме (стемминг или лемматизация²⁵) Наиболее часто встречающиеся из них показаны в табл. 5.

Таблица 5

Наиболее часто встречающиеся в названиях документов биграммы

| Словосочетание | Встречается, раз |
|--------------------------|------------------|
| Российский Федерация | 136065 |
| Федеральный закон | 60721 |
| Внесение изменение | 54004 |
| закон внесение | 29581 |
| Правительство Российской | 24311 |
| проект федеральный | 22719 |
| изменение статья | 13312 |
| Кодекс российской | 12076 |
| Федеральный собрание | 11349 |
| статья федеральный | 11346 |

Как мы видим из таблицы, вполне ожидаемое первое место занимает упоминание Российской Федерации, а наиболее часто употребляемые словосоче-

²³ См. напр.: [Электронный ресурс]: // URL: <https://dic.academic.ru/dic.nsf/ruwiki/977041> (дата обращения: 05.12.2017)

²⁴ Подробнее см., напр.: Кочеткова Н.А. Статистические языковые методы. Коллокации и коллигации // Новые информационные технологии в автоматизированных системах. 2013. № 16 [Электронный ресурс]: // URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/statisticheskie-yazykovye-metody-kollokatsii-i-kolligatsii> (дата обращения: 07.12.2017)

²⁵ С использованием свободного программного обеспечения Rymorphy2. См.: Морфологический анализатор rymorphy2. [Электронный ресурс]: // URL: <http://rymorphy2.readthedocs.io/en/latest/> (дата обращения: 05.12.2017). Подробнее об этом: Korobov M. Morphological Analyzer and Generator for Russian and Ukrainian Languages // Analysis of Images, Social Networks and Texts. Basel, 2015. P. 320–332.

тания в названиях связаны с внесением изменений в ранее принятые акты. Но внесение изменений не составляет смысловой темы правового акта. Чтобы увидеть значимые словосочетания, нужно провести экспертную оценку их значимости. Например, на наш взгляд, значимыми являются приведенные в табл. 6 словосочетания.

Таблица 6

**Частота упоминаний биграмм в названиях документов
(экспертный отбор значимых коллокаций)**

| Словосочетание | Встречается, раз |
|---------------------------------|------------------|
| государственный награда | 3676 |
| награда российский | 3607 |
| награждение государственный | 3582 |
| официальный представитель | 3508 |
| акционерный общество | 3414 |
| почетный звание | 3014 |
| награждение орден | 2962 |
| административный правонарушение | 2953 |
| присвоение почетный | 2919 |
| почетный грамота | 2526 |
| подписание соглашение | 2519 |
| ратификация соглашение | 2468 |
| награждение почетный | 2405 |
| профессиональный образование | 2368 |
| федеральный собственность | 2276 |
| звание заслужить | 2106 |
| грамота правительство | 1988 |
| государственный образовательный | 1809 |
| военный служба | 1788 |
| чрезвычайный ситуация | 1787 |
| федеральный агентство | 1774 |
| территория российский | 1769 |
| чрезвычайный полномочный | 1726 |

Таким образом, по массиву названий документов мы быстро можем определить, что среди правовых актов наиболее часто выходят документы о внесении изменений и дополнений в ранее принятые акты. Содержательно в законодательстве наиболее часты документы о награждениях, назначениях, а также вопросы отдельных акционерных обществ, федеральной собственности, образования, военной службы и ЧС. Эти результаты в целом похожи на рассмотренное в предыдущем разделе распределение тематик классификатора, но могут быть и более точными. Однако результаты статистического

исследования получены программным способом за считанные минуты, тогда как работа по назначению операторами тематик конкретным документам (это более 600 тыс. поставленных вручную тематик) заняла, по всей видимости, несравнимо больше времени и человеческих ресурсов.

Показанный подход к анализу названий — далеко не единственный. Существуют и значительно более сложные технологии, основанные на обработке больших массивов текста, которые можно реализовать с помощью описываемого в настоящей статье корпуса текстов. Упомянутая здесь технология приводится в качестве примера начального уровня, для ознакомления юридической общественности с возможностями, которые открываются при использовании корпуса текстов.

6. Заключение и выводы

К настоящему моменту впервые сформирован и открыт для свободного использования корпус текстов и метаданных законодательства Российской Федерации, субъектов федерации в машиночитаемом формате (как «набор данных»), который позволяет разработчикам и исследователям использовать его для углубленного анализа законодательства путем использования различного программного обеспечения. В ходе создания такого корпуса возник вопрос о стандартизации подходов к разметке текстов правовых актов, и в качестве вывода сформулировано предложение о формировании такого стандарта на основе международного опыта и интернациональных стандартов. В настоящее время существенно возрастает и объем публикуемых в электронной форме правовых актов, и возможности современных информационных технологий, в частности, компьютерной лингвистики, при обработке текстов. Современные технологии анализа текстов, которые можно использовать на рассматриваемом корпусе, быстрее и точнее приводят к результатам правовых исследований. Приведенные в качестве примеров исследования на опубликованном наборе данных — далеко не единственные, и публикация набора данных открывает возможности для использования других, самых современных методик.

Библиография

Баранов В.М., Кузнецов А.П., Маршакова Н.Н. Классификация в российском законодательстве (теоретико-прикладное исследование): М.: Юрлитинформ, 2014. 160 с.

Боярский К.К. Введение в компьютерную лингвистику. СПб: НИУ ИТМО, 2014. 72 с.

Будаков А.С. Вопросы официального опубликования правовых актов в электронном виде / Получение, хранение и использование информации в электронной среде:

публично-правовое и частноправовое регулирование: матер. международной конференции. СПб.: Президентская библиотека, 2013. С. 25–30.

Вершинин А.П. Электронный Свод законов и правовая информатизация в России // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2010. № 4. С. 98–108.

Вершинин А.П. От свода законов Российской империи к автоматизированной систематизации российского законодательства // Государство и право. 2016. № 10. С. 90–91.

Захаров Г.Н. Классификатор правовых актов // Вестник Тверского государственного университета. Серия «Право». 2015. № 3. С. 20–25.

Звягинцев М.Н. Классификация муниципальных правовых актов // Экономика и управление. № 4. 2007. С. 54–56.

Исаков В.Б. Формирование правовой основы системы официального электронного опубликования / Получение, хранение и использование информации в электронной среде. СПб.: Президентская библиотека, 2013. С. 18–24.

История развития правовой информатизации России. URL: http://pravo.gov.ru/Inform/pravinarticles/articles/pravinarticles_7.html (дата обращения: 15.11.2017)

Николаев И.С., Митренина О.В., Ландо Т.М. Прикладная и компьютерная лингвистика. М.: URSS, 2017. 320 с.

Официальное электронное опубликование: история, подходы, перспективы. М.: Формула права, 2012. 320 с.

Ткаченко Н.В. Статистический анализ федерального законодательства. URL: https://csr.ru/wp-content/uploads/2017/02/Isslдование_TSSR_statistika-po-zakonoproektam.pdf (дата обращения: 15.11.2017)

Шаршун В.А. О едином правовом классификаторе Республики Беларусь // Информационное право. № 3. 2015. С. 7–11.

Lodder A., Oskamp A. Information Technology and Lawyers. Advanced Technology in the Legal Domain from Challenges to Daily Routine. Berlin: Springer, 2006. 198 p.

Korobov M. Morphological Analyzer and Generator for Russian and Ukrainian Languages / Analysis of Images, Social Networks and Texts. Basel: Springer International, 2015. P. 320–332.

On Creating and Using Text of the Russian Federation Corpus of Legal Acts as an Open Dataset



Denis Saveliev

Researcher, Institute for Implementing Law, European University in Saint Petersburg, Candidate of Juridical Sciences. Address: 6/1 Gagarinskaya Str., Saint Petersburg 191887, Russian Federation. E-mail: dsaveliev@eu.spb.ru



Abstract

Methods of computer-aided text analysis that are currently being developed can be useful for research in legal science and in practice. An obvious requirement for such an analysis is the availability of an open and structured corpus of texts. The article presents such a corpus of texts of legal acts of federal and regional legislation in a machine-readable form (of a dataset) RusLawOD. It is publicly available on the Github Internet portal. The created

data set is based on open sources of legal acts, primarily on the data of the Official Internet Portal of Legal Information (pravo.gov.ru) as a result of integration of open data about published officially legal acts and the *Zakonodatel'stvo Rossii* legal information system. The main research issue in the field of law in the development of this resource was the question how to publish the texts of legal acts and metadata about them. It is necessary to come on a nationwide scale to the general standard for the description of legal acts in machine-readable form for the possibilities of data exchange between different information systems. To do this, we need to determine the uniform name of the attributes that identify the document, as well as its internal structure. The article suggests solutions that can be taken as a basis for this. In addition to describing the data, examples are given how the data presented can help in solving research legal problems. Such examples are the classification of legal acts and the definition of the frequency of collocations of certain terms. On the basis of analysis of metadata about documents published in the official site, the classifier of really used themes was reconstructed, and theme usage was counted. The author compares existing classification of legal acts and the use of methods of computer linguistics to determine the most frequently used subjects in legislation, coming to the conclusion that modern methods of computer-based text analysis make it possible to get valuable and proven results.



Keywords

legal information, legislation, open data, dataset, XML, legal act, machine-readable corpus, computer linguistics, text as data.

Citation: Saveliev D.A. (2018) On Creating and Using Text of the Russian Federation Corpus of Legal Acts Acts as Open Dataset. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 26–44 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.26.44



References

Baranov V.M., Kuznetsov A.P., Marshakova N.N. (2014) *Klassifikatsiya v rossiyskom zakonodatel'stve (teoretiko-prikladnoe issledovanie)* [Classification in Russian legislation (theoretical and applied research)]. Moscow: Yurlitinform, 160 p. (in Russian)

Budakov A.S. (2013) Voprosy ofitsial'nogo opublikovaniya pravovykh aktov v elektronnom vide [Issues of formal publishing legal acts in electronic form]. *Poluchenie, khranenie i ispol'zovanie informatsii v elektronnoy srede: publichno-pravovoe i chastnopravovoe regulirovanie* [Retrieving, keeping and applying information in the electronic environment. N.A. Shevelev (ed.)]. Saint Petersburg: Presidential Library, p. 25–30.

Boyarskiy K. K. (2014) *Vvedenie v komp'yuternuyu lingvistiku* [Introduction into computer linguistics]. Saint Petersburg: NIU ITMO Press, 72 p.

Isakov V.B. (2013) Formirovanie pravovoy osnovy sistemy ofitsial'nogo elektronnoy opublikovaniya [Forming legal basis of official electronic publication]. *Poluchenie, khranenie i ispol'zovanie informatsii v elektronnoy srede: publichno-pravovoe i chastnopravovoe regulirovanie...* [Retrieving, keeping and applying information in the electronic environment...]. Saint Petersburg: Presidential Library, p. 18–24.

Istoriya razvitiya pravovoy informatizatsii Rossii (2014) [History of legal information system in Russia]. Available at: URL: http://pravo.gov.ru/Inform/pravin/articles/articles/pravin/articles_7.html (accessed: 15.11. 2017)

- Korobov M.V. (2015) Morphological analyzer and generator for Russian and Ukrainian languages. *Analysis of images, social networks and texts*. Basel: Springer International, p. 320–332.
- Lodder A., Oskamp A. (2006) *Information technology and lawyers. Advanced technology in the legal domain, from challenges to daily routine*. Berlin: Springer, 198 p.
- Nikolaev I.S., Mitrenina O.V., Lando T.M. (2017) *Prikladnaya i komp'yuternaya lingvistika* [Applied and computer linguistics]. Moscow: URSS, 320 p. (in Russian)
- Officialnoye elektronnoye opublikovaniye: isrotia, podhody, perspektivy* (2012) [Official electronic publishing: history, approaches, prospects]. V.B Isakov, ed. Moscow: Formula prava, 320 p. (in Russian)
- Sharshun V.A. (2015) O edinom pravovom klassifikatore Respubliki Belarus' [On the unified nomenclature of the Republic of Belarus]. *Informatsionnoe pravo*, no 3, p. 7–11.
- Tkachenko N.V. (2016) *Statisticheskyy analiz federal'nogo zakonodatel'stva* Available at: URL: https://csr.ru/wp-content/uploads/2017/02/Issledovanie_TSSR_statistika-po-zakonoproektam.pdf (accessed: 15.11.2017)
- Vershinin A.P. (2010) Elektronnyy Svod zakonov i pravovaya informatizatsiya v Rossii [Electronic digest of laws and legal information system in Russia]. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedenie*, no 4, p. 98–108.
- Vershinin A.P. (2016) Ot svoda zakonov Rossiyskoy imperii k avtomatizirovannoy sistematsizatsii rossiyskogo zakonodatel'stva [From The Digest of Laws of the Russian Empire to automatic system of Russian law]. *Gosudarstvo i pravo*, no 10, p. 90–91.
- Zakharov G.N. (2015) Klassifikator pravovykh aktov [Nomenclature of legal acts]. *Vestnik Tverskogo universiteta*, no 3, p. 20–25.
- Zvyagintsev M.N. (2007) Klassifikatsiya munitsipal'nykh pravovykh aktov [Nomenclature of municipal legal acts]. *Ekonomika i upravlenie*, no 4, p. 54–56.

Субсидиарная ответственность в законодательстве о юридических лицах: вопросы правового регулирувания и юридическая природа



О.В. Гутников

заместитель заведующего отделом гражданского законодательства и процесса Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, 34. E-mail: oleg_gutnikov@mail.ru



Аннотация

В статье рассматриваются наиболее значимые теоретические и практические вопросы правового регулирования субсидиарной ответственности в законодательстве о юридических лицах. Отмечается, что нормы о субсидиарной ответственности в законодательстве остаются бессистемными. Они не дают четкого ответа на ряд принципиальных вопросов: о порядке применения субсидиарной ответственности, в том числе о характере и объеме требований, которые могут быть предъявлены кредитором к субсидиарному должнику; об основаниях возникновения таких требований (противоправное поведение основного должника или правонарушение субсидиарного должника); об условиях предъявления требований к субсидиарному должнику и условиях их удовлетворения; о процессуальном статусе основного должника при привлечении его в дело по иску к субсидиарному должнику; о порядке подтверждения недостаточности имущества или денежных средств у основного должника как условия удовлетворения требований к субсидиарному должнику; о характере и объеме регрессных требований субсидиарного должника к основному, об основаниях изменения или прекращения субсидиарной обязанности и др. В законодательстве о юридических лицах отсутствуют общие положения о субсидиарной ответственности в корпоративных отношениях. При этом данный институт в законодательстве о юридических лицах встречается чаще всего, а его применение вызывает значительные трудности. Постановления Пленума Верховного Суда практически не содержат положений о применении законодательства о субсидиарной ответственности. Судебная практика наработана ранее последних изменений Гражданского кодекса, кроме того, она зачастую непоследовательна и противоречива. В статье содержатся выводы о неоднородности самого института субсидиарной ответственности, который по существу включает три совершенно разных правовых явления: разновидность обязательства с множественностью лиц (1); особый способ обеспечения исполнения обязательств (2); разновидность гражданско-правовой ответственности (3). Дана общая характеристика каждому из указанных видов субсидиарной ответственности. Делается вывод о необходимости их отдельного правового регулирования в Гражданском кодексе и в законодательстве о юридических лицах.



Ключевые слова

субсидиарная ответственность, юридические лица, корпоративные отношения, обязательства, обеспечение исполнения обязательств, обязательства с множественностью лиц.

Библиографическое описание: Гутников О. В. Субсидиарная ответственность в законодательстве о юридических лицах: вопросы правового регулирования и правовая природа // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 45–77.

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.45.77

Введение

Формулирование общих положений корпоративного права имеет важное научное и практическое значение, поскольку от качества соответствующих норм непосредственно зависит эффективность правоприменения в конкретных отношениях. Сказанное в полной мере касается правового регулирования субсидиарной ответственности в законодательстве о юридических лицах. Такая ответственность является важнейшим инструментом баланса интересов между юридическими лицами и их участниками, с одной стороны, и кредиторами юридических лиц — с другой.

Несмотря на целый ряд специальных работ, посвященных субсидиарной ответственности¹, данный институт гражданского права до настоящего времени не до конца исследован, а его законодательное регулирование ограничивается по существу общей статьей Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) (ст. 399) и отдельными нормами, рассредоточенными в разделах кодекса и иных специальных законах. При этом основные положения о субсидиарной ответственности относятся к общей части обязательственного права и содержатся в гл. 25 ГК РФ «Ответственность за

¹ См.: *Бакин А.С.* Понятие субсидиарного обязательства в гражданском праве РФ // Вестник Томского государственного университета. 2010. № 239. С. 91–94; *Богданова Е.Е.* Правовое регулирование субсидиарной ответственности: дис. ... к. ю. н. Белгород, 2001; *Иванова Г.Н., Шевченко А.С.* Субсидиарная ответственность // Правоведение. 1998. № 2. С. 150–153; *Крюкова Ю.Я.* Понятие субсидиарного обязательства в гражданском праве России // Проблемы права. 2012. № 7. С. 78–83; *Насиров Х.Т.* Субсидиарные обязательства в гражданском праве: проблемы теории и практики // Вестник Пермского университета. 2010. № 3. С. 133–139; *Он же.* Содержание субсидиарных обязательств // Вестник Пермского университета. 2012. № 1. С. 149–156; *Покровский С.С.* Субсидиарная ответственность: проблемы правового регулирования и правоприменения // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 7. С. 98–129; *Прус Е.П.* Проблемы правового регулирования субсидиарных обязательств учредителей (участников) юридического лица: дис. ... к. ю. н. М., 2006; *Савиных В.А.* Субсидиарная ответственность: экономическое содержание и правовая сущность // Вестник ВАС РФ. 2012. № 12. С. 59–69; *Храпунова Е.А.* Субсидиарная ответственность в гражданском праве: дис. ... к. ю. н. Ростов, 2001 и др.

нарушение обязательств» (ст. 399), а специальные нормы о субсидиарной ответственности по обязательствам юридических лиц — к корпоративному праву и включены в законодательство о юридических лицах. Анализируя в целом субсидиарную ответственность по обязательствам юридических лиц, следует отметить, что она представляет собой в известной степени аномалию, поскольку в корпоративном праве основополагающим является правило о самостоятельной имущественной ответственности юридического лица по своим обязательствам перед кредиторами (п. 2 ст. 56 ГК РФ)².

В ходе реформы гражданского законодательства нормам о субсидиарной ответственности не было уделено должного внимания. В проекте Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России³ лишь признана специфика субсидиарной ответственности в законодательстве о юридических лицах. В то же время не предлагалось реформировать сам институт субсидиарной ответственности либо вводить какие-либо общие нормы о субсидиарной ответственности в законодательство о юридических лицах. Проект Концепции развития законодательства о юридических лицах⁴ и раздел III Концепции развития гражданского законодательства⁵ содержали отдельные предложения о субсидиарной ответственности, лишь немногие из которых учтены в изменениях ГК РФ.

В результате нормы о субсидиарной ответственности в законодательстве о юридических лицах остаются бессистемными и оставляют много вопросов как теоретического, так и практического свойства. Не до конца ясным остается соотношение общих положений ст. 399 ГК РФ и специального порядка привлечения к субсидиарной ответственности, установленного законодательством о юридических лицах, равно как не определено содержание такого порядка. В законодательстве о юридических лицах нет общих положений о субсидиарной ответственности в корпоративных отношениях. Ни в юридической науке, ни в действующем праве нет единого понимания юридической природы субсидиарной ответственности и ее разновидностей.

Общие нормы ГК РФ не дают ответа на принципиальные вопросы о порядке применения субсидиарной ответственности, в том числе о характере и объеме требований, которые могут быть предъявлены кредитором к субсидиарному должнику; об основаниях возникновения таких требований (противо-

² См.: Суханов Е.А. Ответственность участников корпорации по ее долгам в современном корпоративном праве / Проблемы современной цивилистики: сборник памяти профессора С.М. Корнеева. М., 2013. С. 103.

³ Концепция совершенствования общих положений обязательственного права России // Приложение к журналу «Хозяйство и право». 2009. № 3.

⁴ Концепция развития законодательства о юридических лицах // Вестник гражданского права. 2009. № 2. С. 9–73.

⁵ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / вступ. ст. А.Л. Маковского. М., 2009.

правное поведение основного должника или также — правонарушение субсидиарного должника); об условиях предъявления требований к субсидиарному должнику и условиях удовлетворения таких требований; о процессуальном статусе основного должника при привлечении его в дело по иску к субсидиарному должнику; о порядке подтверждения недостаточности имущества или денежных средств у основного должника как условия удовлетворения требований к субсидиарному должнику; о характере и объеме требований субсидиарного должника к основному после удовлетворения требований кредитора, об основаниях изменения или прекращения субсидиарной обязанности и др. Отсутствие четкого законодательного регулирования указанных общих вопросов субсидиарной ответственности в полной мере проявляется и в законодательстве о юридических лицах, где данный институт встречается чаще всего, а его практическое применение вызывает значительные трудности.

Решению всех этих вопросов могла бы помочь судебная практика и разъяснения высшей судебной инстанции, однако и здесь имеются существенные пробелы. Важнейшие после принятия последних поправок к ГК РФ постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации⁶, в том числе постановление, посвященное нормам об ответственности за нарушение обязательств, не содержат разъяснений о применении законодательства о субсидиарной ответственности. Что касается судебной практики, то она в основном была наработана ранее внесения последних изменений в ГК РФ, а кроме того зачастую непоследовательна и противоречива.

Рассмотрим наиболее значимые вопросы законодательства и правоприменительной практики в сфере субсидиарной ответственности в аспекте их проявления в законодательстве о юридических лицах. Рассмотрение этих вопросов позволяет вплотную приблизиться к новому подходу к определению юридической природы субсидиарной ответственности, а также наметить в соответствии с этим направления дальнейшего реформирования законодательства в части правового регулирования субсидиарной ответственности по обязательствам юридических лиц.

Общие положения о субсидиарной ответственности

Существо любой субсидиарной ответственности состоит в том, что в целях защиты интересов кредиторов помимо основного должника в обяза-

⁶ См.: Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации: от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»; от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств»; от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» // СПС КонсультантПлюс.

тельстве назначается дополнительный (субсидиарный) должник, который отвечает перед кредитором вместо основного должника в случае, если основной должник не удовлетворяет требования кредитора. Такая дополнительная ответственность может быть установлена законом, иными правовыми актами или условиями обязательства (п. 1 ст. 399 ГК РФ).

По обязательствам юридических лиц субсидиарная ответственность устанавливается, когда в силу закона или учредительных документов юридического лица по обязательствам организации (основного должника) перед кредиторами дополнительно отвечает субсидиарный должник, в роли которого выступают учредители (участники) юридического лица, собственник имущества юридического лица или иные лица.

С 1.09.2014 установление любой (в том числе субсидиарной) ответственности учредителей (участников) юридического лица или собственника его имущества по обязательствам юридического лица может иметь место исключительно на основании ГК РФ или другого закона⁷. Совершенно непонятно при этом, по каким причинам новая редакция ст. 56 ГК РФ не предусматривает возможности установления дополнительной ответственности других лиц по обязательствам юридического лица в силу учредительных документов юридического лица или на основании договора, заключенного такими лицами с кредиторами юридического лица. Подобное регулирование в части субсидиарной ответственности не согласуется с п. 1 ст. 399 ГК РФ, согласно которому субсидиарная ответственность может устанавливаться не только законом, но и иными правовыми актами⁸ или условиями обязательства.

Сопоставление п. 1 ст. 399 ГК РФ и п. 2 ст. 56 ГК РФ в действующей редакции приводит к выводу, что субсидиарная ответственность не может быть установлена учредительными документами юридического лица. Это выглядит абсурдным, поскольку лишает кредиторов дополнительных гарантий, которые могли бы добровольно принимать на себя участники юридического лица, фиксируя их в учредительных документах. Кроме того, неоднозначна возможность устанавливать субсидиарную ответственность по обязательствам юридического лица на основании договора, добровольно заключаемого между субсидиарным должником и кредитором юридического лица;

⁷ В соответствии с п. 2 ст. 56 ГК РФ (в ред. Федерального закона от 5.05. 2014 № 99-ФЗ) учредитель (участник) юридического лица или собственник его имущества не отвечает по обязательствам юридического лица, за исключением случаев, предусмотренных Гражданским кодексом или другим законом. В действовавшей ранее редакции абз. 1 п. 3 ст. 56 ГК допускалось установление ответственности иных лиц по обязательствам юридического лица не только законами, но также учредительными документами юридического лица.

⁸ Под «иными правовыми актами» в ГК РФ понимаются исключительно указы Президента Российской Федерации и постановления Правительства Российской Федерации (п. 6 ст. 3 ГК РФ).

соотношение п. 1 ст. 399 и п. 2 ст. 56 ГК РФ в этой части остается неясным: какая из данных норм является общей, а какая — специальной, имеющей приоритет⁹.

В законодательстве о юридических лицах общих положений о субсидиарной ответственности и порядке ее применения не содержится. В отдельных нормах говорится лишь о случаях субсидиарной ответственности определенных лиц по обязательствам юридического лица перед кредиторами. Поэтому при определении понятия и видов субсидиарной ответственности в законодательстве о юридических лицах следует, прежде всего, руководствоваться общими положениями ГК РФ о данном виде ответственности, которые крайне немногочисленны. Ввиду этого представление о субсидиарной ответственности, в том числе предусмотренной законодательством о юридических лицах, можно получить не столько из общих положений о субсидиарной ответственности в ст. 399 ГК РФ, сколько из доктринальных подходов и правоприменительной практики.

Нормы о субсидиарной ответственности, содержащиеся в ст. 399 ГК РФ, содержат лишь несколько основных правил о порядке ее применения и совершенно не раскрывают ее правовую природу и юридические последствия, в связи с чем множество вопросов либо остается без ответов, либо ответы на них приходится искать путем систематического толкования закона и применения закона по аналогии. По существу, в ст. 399 ГК РФ установлено всего три правила:

кредитор может предъявить требования к субсидиарному должнику лишь после того, как он предъявит требование к основному должнику, и основной должник при этом откажется удовлетворить требование кредитора или кредитор не получил от основного должника в разумный срок ответа на предъявленное требование (п. 1);

кредитор не может предъявить требование к субсидиарному должнику в случае, если это требование может быть удовлетворено путем зачета встречного требования основного должника к кредитору¹⁰ либо путем бесспорного взыскания средств с основного должника (п. 2);

⁹ С одной стороны, ст. 399 является общей нормой (поскольку говорит об ответственности любых лиц), а п. 2 ст. 56 — специальной (поскольку говорит об ответственности учредителей (участников) по обязательствам юридических лиц). С другой стороны, ст. 399 может рассматриваться и как специальная (поскольку регулирует вопросы субсидиарной ответственности), а п. 2 ст. 56 — как общая норма (поскольку регулирует любую ответственность по обязательствам юридических лиц). Однозначно разобраться с приоритетами действия данных норм без внесения поправок в законодательство или разъяснений высшей судебной инстанции невозможно.

¹⁰ В п. 2 ст. 399 ГК РФ говорится о «зачете встречного требования к основному должнику», однако это явная ошибка закона, поскольку подлежащее зачету требование к основному должнику не является «встречным» в отношении требования кредитора к основному должнику. В отношении требования кредитора к основному должнику встречным, наоборот, является требование

субсидиарный должник до удовлетворения предъявленного к нему требования кредитора обязан уведомить о предъявлении такого требования основного должника, а если кредитор предъявил субсидиарному должнику судебный иск, — привлечь основного должника к участию в деле. При нарушении данных обязанностей основной должник получает право выдвинуть против регрессного требования субсидиарного должника все те возражения, которые он имел против кредитора (п. 3).

Эти правила — по существу технические нормы о порядке и условиях предъявления требований кредитора к субсидиарному должнику. Вместе с тем доктрина выработала общие положения о субсидиарной ответственности, которые сводятся к следующему:

субсидиарный должник несет ответственность перед кредитором на тех же основаниях, что и основной должник;

объем ответственности субсидиарного должника совпадает с объемом ответственности основного должника или не может превышать этого объема;

субсидиарный должник вправе выдвигать против требования кредитора те же возражения, которые мог бы выдвинуть кредитор основной должник;

исковая давность по требованию кредитора к субсидиарному должнику должна совпадать с исковой давностью по требованию из основного обязательства;

прекращение основного обязательства должно влечь прекращение субсидиарной ответственности.

Отдельные вопросы правового регулирования субсидиарной ответственности

При применении норм о субсидиарной ответственности в настоящее время ни закон, ни правовая наука не дают однозначного ответа на несколько принципиальных вопросов.

1. Из закона остается неясным объем ответственности субсидиарного должника. По каким именно требованиям кредитора к основному должнику отвечает субсидиарный должник: только по требованиям о применении мер ответственности за нарушение основного обязательства или также по требованиям об исполнении основного обязательства?

Если субсидиарный должник отвечает лишь по требованиям, возникающим в связи с нарушением основным должником обязательства (из охранительного правоотношения по нарушенному обязательству), то его обязанность носит исключительно денежный характер (возмещение убытков,

основного должника к кредитору. К сожалению, данную ошибку так и не исправили в ГК РФ даже после реформы общих положений об обязательствах, что служит еще одним подтверждением недостаточного внимания к субсидиарной ответственности при реформировании ГК РФ.

уплата неустойки и т.д.). Если же субсидиарный должник отвечает также по требованиям об исполнении основного обязательства (из регулятивного правоотношения), то его обязанность может иметь не только денежный, но и натуральный характер, и включает в себя как обязанность реального исполнения обязательства, так и обязанность нести ответственность за его неисполнение (ненадлежащее исполнение).

Последовательное представление о субсидиарной ответственности именно как об *ответственности* за нарушение обязательств приводит к выводу, что обязанность субсидиарного должника носит исключительно денежный характер и заключается в несении ответственности перед кредитором за неисполнение (ненадлежащее исполнение) обязательства на тех же основаниях, что и основной должник (в виде возмещения убытков, уплаты неустойки). Такой вывод подтверждается и буквальным толкованием п. 1 ст. 399 ГК РФ, согласно которому субсидиарный должник «несет ответственность *дополнительно к ответственности* другого лица, являющегося основным должником».

С другой стороны, при применении норм о субсидиарной ответственности (например, по требованию о возврате суммы займа) к субсидиарному должнику на практике предъявляются требования не о возмещении убытков, а об уплате основного долга, причитающихся процентов, неустоек и т.д., т.е. речь идет о требованиях об исполнении основного обязательства и о применении мер ответственности за его ненадлежащее исполнение. Статья 399 ГК РФ дает основания и такого толкования. В п. 1 говорится о «требованиях» кредитора к основному должнику, но не уточняется характер этих требований. При этом если основной должник отказался удовлетворить требование кредитора, то из п. 1 следует, что кредитор может предъявить должнику *то же самое требование*, в том числе требование о реальном исполнении обязательства, а не только требование о применении мер ответственности (возмещении убытков, уплате неустойки и т.д.). Тем самым обязанность субсидиарного должника может носить не только денежный, но и «натуральный» характер.

2. Неясной остается и правовая природа обязанности субсидиарного должника исполнить обязательство (охранительное или регулятивное) вместо основного должника: идет ли речь о том, что субсидиарный должник исполняет «собственное» обязательство отвечать за основного должника (при этом обязательство субсидиарного должника лишь по объему совпадает с обязательством основного должника, имея самостоятельный характер), либо субсидиарный должник исполняет обязательство основного должника, являясь «субсидиарным должником» и стороной по этому обязательству. От решения этого вопроса зависят важные практические последствия, а именно:

- 1) прекращается ли основное обязательство после удовлетворения требования кредитора субсидиарным должником;
- 2) каков характер требований субсидиарного должника к основному должнику после того, как субсидиарный должник удовлетворит требования кредитора.

Если субсидиарный должник исполняет свое «собственное» обязательство, совпадающее по объему с обязательством основного должника, то удовлетворение субсидиарным должником требования кредитора не прекращает основного обязательства, а влечет переход прав кредитора в основном обязательстве к субсидиарному должнику. Такое регулирование характерно для договора поручительства (п. 1 ст. 365 ГК РФ)¹¹, для исполнения обязательства третьим лицом (п. 5 ст. 313 и ст. 387 ГК РФ). Как указывается в основанных на таком подходе разъяснениях Высшего Арбитражного Суда применительно к поручительству, «положения ГК РФ о регрессных требованиях... не подлежат применению к отношениям между поручителем, исполнившим свое обязательство перед кредитором, и должником»¹².

Если же субсидиарный должник исполняет обязательство основного должника, то удовлетворение субсидиарным должником требования кредитора прекращает основное обязательство (п. 1 ст. 408 ГК РФ). В данном случае не может быть и речи о переходе к субсидиарному должнику требований кредитора, поскольку основное обязательство (охранительное или регулятивное) прекращено исполнением, а субсидиарный должник приобретает право регрессного требования к основному должнику в объеме, в котором он фактически исполнил основное обязательство. При этом отношения между субсидиарным и основным должником аналогичны отношениям между должником, исполнившим солидарное обязательство, и остальными солидарными должниками: должник, исполнивший солидарную обязанность, приобретает право регрессного требования к остальным должникам (п. 2 ст. 325 ГК РФ).

Действующий ГК РФ не дает прямых ответов на указанные вопросы. В то же время в п. 3 ст. 399 ГК РФ говорится о праве основного должника заявить против *регрессного* требования субсидиарного должника возражения, которые основной должник имел против кредитора, если субсидиарный должник нарушил обязанность уведомить основного должника о предъявлении

¹¹ Правовая природа обязательства поручителя является дискуссионной. С одной стороны, поручитель исполняет собственное обязательство нести ответственность по обязательству должника, после чего приобретает самостоятельное регрессное требование к должнику, с другой стороны, есть основания считать, что поручитель исполняет обязательство вместо должника и становится на его место в качестве кредитора.

¹² См.: п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 12. 07. 2012 № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» // Вестник ВАС РФ. 2012. № 9.

требований кредитора или не привлек основного должника к участию в деле по заявленному иску. Из данного правила, в частности, косвенно вытекает, что субсидиарный должник приобретает право регрессного требования к основному должнику, а, следовательно, обязательство субсидиарного должника по своему содержанию включает в себя надлежащее исполнение обязательства вместо основного должника, что влечет за собой прекращение основного обязательства (охранительного или регулятивного).

Правильность такого подхода подтверждается еще и тем, что предоставление субсидиарному должнику прав кредитора по основному обязательству во многих случаях бессмысленно, например, когда обязанностью должника по основному регулятивному обязательству является не уплата денежной суммы, а выполнение работ, оказание услуг, поставка товаров и т.д., в получении которых у субсидиарного должника отсутствует интерес. Поэтому интерес субсидиарного должника, исполнившего обязательство, заключается не в получении прав кредитора по основному обязательству, а по существу в возмещении понесенных им убытков в результате удовлетворения требований кредитора, реализуемом путем предъявления регрессного требования к основному должнику.

В литературе можно встретить возражения против того, что субсидиарный должник несет обязанность исполнить обязательство вместо основного должника. При этом приводятся аргументы, что часто субсидиарный должник в силу личного характера обязанности основного должника или по иным причинам не в состоянии реально исполнить обязательство вместо должника. Так, на примере договора поручительства утверждается об абсурдности предъявления кредитором требования к банку-поручителю о поставке оборудования вместо основного должника¹³. Однако данные утверждения абсолютно беспочвенны и не основаны на законе.

Как уже говорилось, закон не содержит прямых указаний, какова природа обязанности субсидиарного должника, а правовая природа обязанности поручителя является двойственной. В отношении обязательства поручителя в ГК РФ имеется норма, однозначно свидетельствующая, что поручитель может исполнять обязательство именно вместо должника: в силу п. 5 ст. 367 ГК РФ поручительство прекращается, если кредитор отказался принять *надлежащее исполнение, предложенное должником или поручителем*. То есть даже если поручителем или субсидиарным должником по «натуральному» обязательству¹⁴ является лицо, не способное исполнить обязательство в на-

¹³ См.: Ломакин Д., Генцовт О. Ответственность контролирующих лиц: правовая природа и механизм привлечения к ней // Хозяйство и право. 2016. № 1. С. 32.

¹⁴ В данном случае под «натуральным» обязательством мы имеем в виду обязательство, надлежащее исполнение которого («исполнение в натуре») заключается в совершении любых фактических действий, кроме уплаты денежной суммы (поставка товаров, выполнение работ, оказание

туре, ничего необычного в этом нет: при невозможности исполнить обязательство в натуре субсидиарный должник (или поручитель) будет точно так же, как и основной должник, нести перед кредитором ответственность за неисполнение этого обязательства (в виде возмещения убытков, уплаты неустойки и т.д.)¹⁵.

Действительно, в ряде случаев исполнение обязательства субсидиарным должником вместо основного должника может вызвать неудобства в виде обязанности субсидиарного должника каждый раз доказывать отсутствие возможности реального исполнения обязательства. Как отмечал В.В. Витрянский, применительно к поручительству более верным является подход, когда поручитель несет именно ответственность за должника, а не исполняет вместо него обязательство: «Предоставление кредитору права требовать от поручителя исполнения обязательства за должника, в том числе реального исполнения заставляло бы последнего всякий раз представлять доказательства отсутствия возможности реального исполнения обязательства, что вряд ли способствовало бы широкому использованию поручительства в качестве способа обеспечения исполнения обязательств в имущественном обороте»¹⁶.

Несмотря на это, как уже указывалось, закон не дает оснований для однозначного вывода — является ли обязательство субсидиарного должника самостоятельным обязательством по несению ответственности за должника, или же оно, кроме прочего, включает в себя также обязанность реально исполнить обязательство вместо должника. Упоминание в п. 3 ст. 399 ГК РФ о праве регрессного требования к основному должнику косвенно свидетельствует, что субсидиарный должник все же по общему правилу исполняет обязательство вместо основного должника, что влечет прекращение основного обязательства и служит основанием для возникновения права регрессного требования.

В пользу такого подхода свидетельствует и распространенный в юридической литературе взгляд, согласно которому субсидиарная ответственность есть не что иное, как особая разновидность обязательств с множественностью лиц на стороне должника (наряду с долевыми и солидарными обязательствами). Субсидиарный должник, таким образом, изначально как

услуг и т.д.), в отличие от классических натуральных обязательств, известных со времен римского права, суть которых заключалась в том, что такие обязательства были лишены исковой (принудительной) защиты и могли исполняться лишь добровольно.

¹⁵ См.: п. 22, 23 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // СПС Гарант.

¹⁶ Витрянский В.В. Поручительство / Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: общие положения. М., 1997. С. 465.

бы является одним из нескольких должников в основном обязательстве с множественностью лиц, но должником не основным, а дополнительным, который, в отличие от солидарного или долевого должника, обязан исполнить требование кредитора не сразу, а лишь после того, как кредитор предъявит соответствующее требование к основному должнику и не получит от него удовлетворения¹⁷. Согласно другому подходу, нельзя рассматривать солидарные обязательства как разновидность обязательств с множественностью лиц. При этом обосновывается взгляд на субсидиарные обязательства как особый самостоятельный вид обязательства, существующего дополнительно к основному, но не совпадающему с ним¹⁸.

3. Общие положения о субсидиарной ответственности, предусмотренные в ст. 399 ГК РФ, не дают ясного представления и об основаниях ответственности субсидиарного должника. С одной стороны, основанием любой гражданско-правовой ответственности должно быть противоправное поведение субъекта, к которому применяются меры ответственности. Однако анализ законодательства приводит к выводу, что субсидиарный должник в большинстве случаев неправомерных действий не совершает: он несет ответственность за неисполнение обязательства другим лицом, т.е. отвечает не за собственное, а за чужое противоправное поведение. Лишь в отдельных и немногочисленных ситуациях субсидиарный должник несет ответственность не только за нарушение обязательства основным должником, но и за собственное правонарушение¹⁹.

В остальных случаях (субсидиарная ответственность полных товарищей, собственника имущества казенного предприятия и т.д.) субсидиарный должник противоправных действий не совершает, поэтому по общему правилу он ответственности не несет, а лишь исполняет особое обеспечительное обязательство отвечать за неправомерные действия другого лица, т.е. просто исполняет обязанность, возложенную на него законом, учредительными документами или договором.

Основанием ответственности субсидиарного должника, таким образом, как правило, является нарушение своих обязательств основным должником и лишь иногда — собственные упущения (правонарушения) субсидиарного должника. В связи с этим в литературе справедливо делается вывод, что в ст. 399 ГК РФ «имеет место смешение понятий «ответственность» и

¹⁷ См.: Суханов Е.А. Субсидиарные обязательства / Российское гражданское право. Т. II. Обязательственное право. М., 2011. С. 53–54.

¹⁸ См.: Бакин А.С. Понятие субсидиарного обязательства в гражданском праве РФ // Вестник Томского государственного университета. 2010. № 2. С. 91–94.

¹⁹ Например, согласно абз. 3 п. 2 ст. 67.3 ГК РФ при несостоятельности дочернего общества по вине основного общества последнее несет субсидиарную ответственность по долгам дочернего общества.

«обязательство»²⁰, а также о необходимости различать два вида правоотношений, регулируемых ст. 399: собственно «субсидиарную ответственность», с одной стороны, и «субсидиарное обязательство» — с другой. Субсидиарной ответственностью предлагается считать лишь те отношения, в которых субсидиарный должник совершает противоправные действия, что и является основанием для привлечения его к субсидиарной ответственности. В случаях же, когда ответственность субсидиарного должника обусловлена исключительно неисполнением обязательства со стороны основного должника, такие отношения предлагается считать не ответственностью, а «субсидиарными обязательствами». В субсидиарных правоотношениях предлагается выделять «обязательства, в которых реализуется ответственность, и обязательства, в которых возложение дополнительной имущественной обязанности не связано с совершением дополнительным должником правонарушения»²¹.

Следует отметить, что когда субсидиарная ответственность возлагается на субсидиарного должника за его собственное противоправное поведение, это поведение, как правило, является причиной неисполнения основным должником основного обязательства. Именно это обстоятельство и позволяет привлекать субсидиарного должника к ответственности по обязательствам основного должника перед его кредиторами²².

4. Изложенные выше вопросы дают повод говорить о неоднородности института субсидиарной ответственности и о принципиальной возможности различать как минимум три модели субсидиарных правоотношений:

1) субсидиарное обязательство как разновидность обязательства с множественностью лиц на стороне должника, по которому дополнительный должник отвечает по обязательству (регулятивному и (или) охранительному) вместо основного должника в случае нарушения последним обязательства в том же объеме, что и основной должник, исполняя основное обязательство и неся ответственность за его неисполнение (ненадлежащее исполнение);

2) субсидиарное обязательство как отдельное самостоятельное дополнительное обязательство в денежной форме, носящее обеспечительный характер и заключающееся в обязанности субсидиарного должника понести ответственность (возместить убытки, уплатить неустойку) за нарушение обязательства

²⁰ Прус Е.П. Проблемы правового регулирования субсидиарных обязательств участников (учредителей) юридического лица / Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 8. М., 2004. С. 202–204.

²¹ Крюкова Ю.Я. Понятие субсидиарного обязательства в гражданском праве России // Проблемы права. 2012. № 7 (38). С. 79.

²² Ярким примером такой ответственности является возложение субсидиарной ответственности по обязательствам должника перед кредиторами при банкротстве на контролирующих должника лиц, действия которых и послужили причиной невозможности исполнения должником всех требований кредиторов (см. ст. 61.11 Федерального закона от 26.02.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (в ред. Федерального закона от 29.07.2017 № 266-ФЗ)).

основным должником. Именно эта модель субсидиарной ответственности чаще всего встречается в законодательстве о юридических лицах;

3) субсидиарная ответственность за неправомерное поведение субсидиарного должника, выражающаяся в его обязанности отвечать за неисполнение основным должником его обязательств перед кредиторами, вызванное неправомерными действиями самого субсидиарного должника. Такая ответственность также выражается в денежной форме.

Поскольку на практике могут быть востребованы все перечисленные модели субсидиарных правоотношений, в политико-правовом плане все они возможны, а правовая природа субсидиарной ответственности в том виде, как она предусмотрена ст. 399 ГК РФ, является неоднородной. То обстоятельство, что нормы о субсидиарной ответственности помещены в гл. 25 ГК РФ об ответственности за нарушение обязательств, не является решающим аргументом в пользу того, что субсидиарный должник не может нести обязанность реального исполнения обязательства вместо должника, а должен нести лишь ответственность за неисполнение этого обязательства. Так, например, неустойка также имеет двойственную природу, с одной стороны, являясь одной из форм ответственности за нарушение обязательства, а с другой — одним из способов обеспечения исполнения обязательств; при этом нормы о ней помещены в гл. 23 ГК РФ об обеспечении обязательств, а не в главу об ответственности. Точно так же субсидиарная ответственность может проявляться и как ответственность (когда субсидиарный должник совершает неправомерные действия и отвечает за вызванные такими действиями неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства основным должником), и как обеспечительное обязательство субсидиарного должника (когда речь по существу идет о способе обеспечения исполнения обязательства денежного характера, подобном поручительству), и как особое субсидиарное обязательство (в котором дополнительный должник является стороной основного обязательства с множественностью лиц и несет обязанность исполнить это обязательство в субсидиарном порядке в случае, если основной должник по каким-либо причинам этого не сделает).

В настоящее время ни ст. 399 ГК РФ, ни нормы об отдельных случаях субсидиарной ответственности подобной дифференциации не содержат и оставляют открытым вопрос о правовой природе обязательства субсидиарного должника. Данный недостаток закона вынуждена исправлять судебная практика. Так, применительно к субсидиарной ответственности собственника имущества казенного предприятия или учреждения возобладал подход, согласно которому субсидиарный должник не имеет своих обязательств перед кредитором, а лишь несет гражданско-правовую ответственность за неисполнение обязательств основным должником, вследствие чего при недостаточности имущества основного должника взыскание следует произво-

дить с собственника имущества за счет его казны в лице соответствующего главного распорядителя бюджетных средств²³.

5. Нет ясности и в вопросе о том, при каких условиях у кредитора возникает право предъявить требование к субсидиарному должнику. Существует общая норма, предусмотренная в п. 1 ст. 399 ГК РФ: право предъявить требование к субсидиарному должнику у кредитора появляется только после предъявления требования к основному должнику, а основной должник отказался удовлетворить требование кредитора или кредитор не получил от него в разумный срок ответ на требование. Однако даже это общее положение вызывает различные толкования.

Например, после прочтения п. 1 ст. 399 ГК РФ остается непонятным, есть ли у кредитора право предъявить требование к субсидиарному должнику, если основной должник в ответ на требование кредитора признал долг, но у него отсутствует возможность его исполнить. В данном случае должник формально не отказался от удовлетворения требования кредитора, отсутствует и факт неполучения ответа от должника в разумный срок. Как было разъяснено высшими судебными инстанциями, «при разрешении споров, связанных с применением субсидиарной ответственности, необходимо иметь в виду, что предусмотренный пунктом 1 ст. 399 Кодекса порядок предварительного обращения кредитора к основному должнику *может считаться соблюденным, если кредитор предъявил последнему письменное требование и получил отказ должника в его удовлетворении либо не получил ответа на свое требование в разумный срок (курсив мой — О.Г.)*»²⁴.

Вместе с тем, нормы ст. 399 ГК РФ направлены прежде всего на защиту интересов кредитора, и было бы совершенно неправильным давать субсидиарным должникам возможность уклоняться от ответственности за нарушение обязательства путем формального признания долга основным должником. Поэтому в случаях согласия должника исполнить обязательство либо наличия судебного решения против основного должника, а также длительного неисполнения того и другого кредитор все же должен иметь право предъявить требование о привлечении к ответственности субсидиарного должника, и в судебной практике такое право кредиторам предоставляется²⁵.

²³ См., напр.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19.08. 2015 № Ф05-8478/15 по делу № А40-40078/2014.

²⁴ П. 53 Постановления Пленума Верховного Суда и Пленума Высшего Арбитражного Суда от 1.07. 1996 № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

²⁵ Например, в постановлении ФАС Северо-Кавказского округа от 11.10. 2004 № Ф08-4408/04 указывается, что ассоциация на протяжении длительного времени не исполняла обязательств, несмотря на наличие судебного решения, что в силу ст. 399 ГК РФ является основанием для предъявления требования к лицам, несущим субсидиарную ответственность.

В связи с этим по смыслу п. 1 ст. 399 ГК РФ для предъявления требования к субсидиарному должнику, по общему правилу, не требуется выполнения каких-либо дополнительных условий, помимо условий, прямо указанных в данной норме. Этот вывод подтверждается и судебной практикой. Например, в разъяснениях Высшего Арбитражного Суда применительно к поручительству указано, что «при субсидиарном характере ответственности поручителя (ст. 399 ГК РФ) для предъявления требования к нему кредитору достаточно доказать, что должник отказался исполнить обязательство, обеспеченное поручительством, либо не ответил в разумный срок на предложение исполнить обязательство»²⁶. В то же время «...договором поручительства может быть предусмотрено, что кредитор получает право на предъявление требований к поручителю только после наступления определенных обстоятельств (например, в случае неисполнения должником обязательства в течение срока, установленного на исполнение исполнительного документа о взыскании задолженности основного должника в пользу кредитора, либо только в случае признания основного должника банкротом)»²⁷. Такое разъяснение актуально для всех случаев субсидиарной ответственности, в том числе по обязательствам юридических лиц.

6. Помимо общих условий возникновения у кредитора права предъявить требование к субсидиарному должнику в законодательстве о юридических лицах в ряде случаев устанавливаются дополнительные условия, при которых требование к субсидиарному должнику подлежит удовлетворению. Например, собственник имущества казенного предприятия несет субсидиарную ответственность по обязательствам такого предприятия при недостаточности его имущества (абз. 3 п. 6 ст. 113 ГК РФ). Собственник имущества бюджетного или автономного учреждения несет субсидиарную ответственность по обязательствам такого учреждения, связанным с причинением вреда гражданам, лишь при недостаточности имущества учреждения, на которое может быть обращено взыскание (п. 5 и 6 ст. 123.22 ГК РФ). Частное и казенное учреждения отвечают по обязательствам только денежными средствами. При их недостаточности субсидиарную ответственность по обязательствам учреждений несет собственник имущества (п. 4 ст. 123.22, п. 2 ст. 123.23 ГК РФ). В других ситуациях (например, субсидиарная ответственность полных товарищей по обязательствам товарищества (п. 1 ст. 75 ГК РФ) и др.) подобных условий применения субсидиарной ответственности не предусматривается.

Важно отметить, что данные дополнительные условия в виде требования о недостаточности имущества или денежных средств юридического лица

²⁶ См.: п. 35 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством»; Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 26.06.2015 № Ф09-3613/15 по делу № А60-36702/2014; Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 7.09.2015 № Ф10-2841/15 по делу № А54-6138/2014.

²⁷ П. 35 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 № 42.

являются именно условиями *удовлетворения* требования к субсидиарному должнику, а не возникновения права на предъявление такого требования, о которых говорилось выше. Для возникновения права предъявить требование к субсидиарному должнику, в том числе в судебном порядке достаточно будет соблюдения условий, предусмотренных в п. 1 ст. 399 ГК РФ: отказ основного должника от удовлетворения требования кредитора или неполучение кредитором ответа от должника в разумный срок.

В судебной практике на это уже давно обращалось внимание. Суды обоснованно считают, что ст. 399 ГК РФ не связывает возможности предъявления требования к субсидиарному должнику с установлением факта недостаточности денежных средств или имущества у основного должника или с невозможностью взыскания задолженности с основного должника²⁸. Недостаточность денежных средств является основанием для *удовлетворения* требования субсидиарным должником²⁹.

С этим, в частности, связан вопрос о начале течения срока исковой давности по требованиям к субсидиарному должнику. Этот срок полностью совпадает с началом течения срока исковой давности по требованию к основному должнику, так как условия возникновения права предъявлять исковое требование к субсидиарному должнику (отказ основного должника от удовлетворения требования кредитора или неполучение от него ответа в разумный срок) одновременно являются условиями начала течения исковой давности для кредитора, когда он узнает о нарушении своего права.

В то же время нерешенным остается вопрос — чем должна подтверждаться «недостаточность имущества» или «недостаточность денежных средств» соответствующих юридических лиц: только лишь фактическим отсутствием такого имущества, зафиксированным данными бухгалтерского учета, или же невозможностью взыскания соответствующего долга по судебному решению в исполнительном производстве. В последнем случае право кредитора на удовлетворение требования к субсидиарному должнику должно возникнуть лишь после того, как кредитор предъявит к юридическому лицу судебный иск, получит в свою пользу судебное решение и исполнительный лист, который будет возвращен взыскателю ввиду невозможности его исполнения из-за отсутствия у должника соответствующего имущества (пп. 4 ч. 1 ст. 46 Федерального закона от 2.10. 2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»).

В судебной практике возобладал второй подход, согласно которому кредитору требуется исчерпать все возможности по взысканию долга: в обяза-

²⁸ См., напр.: Постановление Президиума ВАС РФ от 27.07. 2011 № 2381/11; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19.08. 2015 № Ф05-8478/15 по делу № А40-40078/2014.

²⁹ См., напр.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 9.09.2015 № Ф05-11827/15 по делу № А40-149586/2013.

тельном порядке необходимо предъявить в суд иск к основному должнику (казенному предприятию или к учреждению), подтвердить невозможность взыскания с основного должника в исполнительном производстве³⁰, и лишь после этого удовлетворять требования за счет субсидиарного должника путем предъявления к нему отдельного иска³¹.

Впрочем, такой подход не препятствует и одновременному предъявлению в суд исковых требований как к основному должнику, так и к дополнительному: в резолютивной части судебных решений по таким делам суд указывает о взыскании долга с основного должника, а при недостаточности его имущества (или денежных средств) — с субсидиарного должника³². После того, как недостаточность имущества основного должника будет подтверждена в исполнительном производстве, судебный пристав может обратиться с взысканием на имущество субсидиарного должника.

Дополнительные условия установлены для привлечения к субсидиарной ответственности собственника имущества при ликвидации казенных предприятий и учреждений. В частности, согласно п. 7 ст. 63 ГК РФ кредиторы вправе обратиться в суд с иском к субсидиарному должнику лишь при недостаточности у ликвидируемого учреждения или казенного предприятия имущества, на которое в соответствии с законом может быть обращено взыскание. Поэтому в дополнение к общему порядку для привлечения собственника к субсидиарной ответственности по обязательствам ликвидируемого предприятия или учреждения необходимо соблюдение следующих дополнительных условий:

заявление кредитором требований к ликвидационной комиссии до завершения ликвидации юридического лица³³;

³⁰ При этом должны соблюдаться требования Бюджетного кодекса РФ о направлении исполнительного листа в органы федерального казначейства.

³¹ См., напр.: Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 4.08. 2015 № Ф06-25319/15 по делу № А57-23448/2014; Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 23.10. 2015 № Ф06-1455/15 по делу № А12-44306/2014; Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 26.08. 2015 № Ф06-26859/15 по делу № А12-303/2015.

³² См.: решение Арбитражного суда Орловской области от 9.06. 2015 по делу № А48-806/2015; Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 24.12. 2015 № Ф10-4487/15 по делу № А48-806/2015; решение Арбитражного суда Белгородской области от 27.05. 2015 по делу № А08-4626/2014; Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 25.11.2015 № Ф10-4207/15 по делу № А08-4626/2014; решение Арбитражного суда Красноярского края от 14.08. 2015 по делу № А33-9962/2015.

³³ См.: п. 6 Обзора практики применения арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о некоторых основаниях прекращения обязательств (утв. Информационным письмом Президиума ВАС РФ от 21.12. 2005 № 104); п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 22.06.2006 № 21 «О некоторых вопросах практики рассмотрения арбитражными судами споров с участием государственных и муниципальных учреждений, связанных с применением статьи 120 Гражданского кодекса Российской Федерации»; Постановление Арбитражного суда Поволжского

недостаточность имущества юридического лица, выявленная в процессе ликвидации³⁴.

П. 7 ст. 63 ГК РФ предоставляет кредитору важное право обратиться в суд с иском к субсидиарному должнику при недостаточности у ликвидируемых учреждения или казенного предприятия имущества, и не требует предварительного обращения в суд к основному должнику или удостоверения недостаточности имущества основного должника судебным приставом в исполнительном производстве. Недостаточность имущества может подтверждаться промежуточным ликвидационным балансом ликвидируемого учреждения или казенного предприятия.

Судебная практика применения субсидиарной ответственности собственников имущества казенного предприятия и учреждения только после предъявления судебного иска к основному должнику и удостоверения недостаточности его имущества или денежных средств в исполнительном производстве не основана на законе и существенно нарушает права кредиторов. Фактически это приводит к тому, что пока идет исполнительное производство, собственник имущества зачастую принимает меры к ликвидации соответствующего предприятия или учреждения, а если кредитор не успеет предъявить требование к ликвидационной комиссии, то он утрачивает и возможность требовать задолженность с субсидиарного должника. Даже если основной должник продолжает существовать, погашение задолженности за счет субсидиарного должника лишь по завершении исполнительного производства против основного должника нарушает интересы кредитора, поскольку с момента вынесения судебного решения и до окончания исполнительного производства проходит длительный период времени, в течение которого права кредитора остаются нарушенными. Кроме того, в этот период может истечь срок исковой давности по требованию к субсидиарному должнику³⁵.

Поэтому факт недостаточности имущества или денежных средств у основного должника должен устанавливаться не судебным приставом-исполнителем, а на основании составленного ликвидационной комиссией промежуточного ликвидационного баланса, а также судом на момент рассмотрения судебного иска к основному или к субсидиарному должнику, и по итогам рассмотрения такого иска кредитору следует выдавать исполнительный лист сразу против субсидиарного должника.

округа от 4.08. 2015 № Ф06-25319/15 по делу № А57-23448/2014; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 3.11.2015 № Ф04-23233/15 по делу № А03-22609/2014.

³⁴ См. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 3.11.2015 № Ф04-23233/15 по делу № А03-22609/2014.

³⁵ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 27.07.2011 № 2381/11.

При этом иск к субсидиарному должнику может быть предъявлен как отдельно (при условии соблюдения требований п. 1 ст. 399 ГК РФ), так и совместно с иском к основному должнику. Возможность предъявления иска только к субсидиарному должнику (без предъявления искового требования к основному должнику) прямо вытекает из п. 3 ст. 399 ГК РФ, согласно которому субсидиарный должник в случае предъявления к нему иска кредитора должен привлечь к участию в деле основного должника. При этом основной должник должен привлекаться в дело не в качестве ответчика, а в качестве третьего лица на стороне субсидиарного должника. После установления в таком судебном процессе на момент рассмотрения дела факта недостаточности имущества или денежных средств основного должника, суд должен сразу выносить решение против субсидиарного должника и выдавать обращенный к нему исполнительный лист.

На практике необходимость обязательно предъявлять иск к основному должнику прежде, чем предъявить требования к субсидиарному должнику, встречается и в тех случаях, когда недостаточность имущества или денежных средств у основного должника (например, по договорам субсидиарного поручительства) не является по закону условием удовлетворения требования к субсидиарному должнику. Такая практика тем более нарушает закон и не соответствует п. 1 ст. 399 ГК РФ. Кредитор по любому требованию, обеспеченному субсидиарной ответственностью, имеет возможность сразу после отказа основного должника исполнить обязательство или неполучения от него ответа в разумный срок предъявить свое требование к субсидиарному должнику, в том числе в судебном порядке. Предварительного обращения в суд с иском к основному должнику при этом не требуется. Субсидиарный должник после предъявления к нему искового требования обязан привлечь к участию в деле основного должника в качестве третьего лица на стороне ответчика. При этом основной должник в таком процессе не должен привлекаться в качестве ответчика, поскольку кредитор желает и имеет полное право взыскать долг с субсидиарного должника. Роль основного должника при рассмотрении дела должна лишь ограничиваться представлением доказательств, подтверждающих возражения против требований кредитора, основанных на взаимоотношениях основного должника и кредитора, что вытекает из п. 3 ст. 399 ГК РФ. Если же считать, что кредитор должен привлекать в соответствующий процесс сразу двух ответчиков (субсидиарного должника и основного должника), то обеспечительная функция субсидиарной ответственности, предусмотренная в ст. 399 ГК РФ, практически теряется и лишается смысла.

7. Как указывалось выше, субсидиарный должник, удовлетворивший требование кредитора, по общему правилу, приобретает право регрессного требования к основному должнику. Однако в корпоративном законо-

дательстве данное правило не всегда является приемлемым. Прежде всего речь идет о субсидиарной ответственности собственника по обязательствам созданных им юридических лиц (казенного предприятия, учреждения), все имущество которых принадлежит им на праве оперативного управления и находится в собственности учредителя. Предоставление собственнику (учредителю) права регресса против созданного им юридического лица было бы абсурдным, поскольку, по сути, давало бы право собственнику предъявлять регрессное требование к самому себе ввиду принадлежности всего имущества основного должника (казенного предприятия или учреждения) на праве собственности субсидиарному должнику (учредителю). Также лишено смысла предоставление права регресса субсидиарному должнику, исполнившему обязательство несостоятельного юридического лица, поскольку у организации-банкрота априорно отсутствует имущество, которым он может удовлетворить регрессное требование, и потому Закон «О несостоятельности (банкротстве)» не предоставляет права регресса субсидиарным должникам, исполнившим обязательство банкрота³⁶.

Более того, как ранее упоминалось, основанием ответственности субсидиарного должника может быть либо только неправомерное поведение основного должника, либо наряду с этим собственное правонарушение субсидиарного должника. В первом случае субсидиарный должник исполняет обязательство вместо основного должника, а во втором несет гражданско-правовую ответственность за свои неправомерные действия.

Исходя из природы гражданско-правовой ответственности, которая должна вызывать отрицательные последствия (дополнительные обременения) для правонарушителя и обеспечивать восстановление прежнего положения для потерпевшего (кредитора)³⁷, в последнем случае предоставление субсидиарному должнику права регрессного требования означало бы фактическое освобождение его от тех отрицательных последствий, которые он должен нести как меру ответственности за свое неправомерное поведение. Поэтому, когда субсидиарный должник отвечает перед кредитором за собственное правонарушение, предоставление права регресса к основному должнику было бы неуместным и противоречило бы существу гражданско-правовой ответственности субсидиарного должника.

Данное обстоятельство позволяет ставить вопрос о нецелесообразности конструирования субсидиарного правоотношения по модели субсидиарной ответственности. Ведь когда субсидиарный должник отвечает перед кре-

³⁶ См.: Покровский С.С. Субсидиарная ответственность: проблемы правового регулирования и правоприменения // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 7. С. 109.

³⁷ См.: Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву / Избранные труды. Т. I. СПб., 2003. С. 203.

дителями основного должника за собственные неправомерные действия, причинившие кредиторам вред в силу невозможности удовлетворения их требований к основному должнику, имеет место прямая деликтная ответственность субсидиарного должника перед кредиторами основного должника за вред, причиненный их имущественным правам.

Также следует отметить, что в законодательстве о юридических лицах субсидиарная ответственность как правило возлагается на лиц, состоящих в корпоративных правоотношениях с юридическим лицом и имеющих в отношении юридического лица комплекс корпоративных прав, основным из которых является право на участие в управлении юридическим лицом. Неисполнение обязательств юридического лица перед кредиторами, как правило, связано с виновными действиями лиц, составляющих органы управления юридического лица или являющихся работниками юридического лица, ответственность за выбор (назначение) которых в конечном счете несут участники юридического лица, одновременно являющиеся субъектами субсидиарной ответственности. В связи с этим даже если субсидиарный должник привлекается к субсидиарной ответственности перед кредиторами не за свои неправомерные действия, а за неправомерные действия юридического лица, есть определенные основания считать, что он несет ответственность за собственные упущения, имевшие место при осуществлении им права корпоративного управления юридическим лицом. Основанием такой ответственности можно считать и риск участников юридического лица, который они несут в связи с созданием юридического лица для выступления в гражданском обороте. При этом риск представляет собой осознанное допущение вследствие случайных обстоятельств отрицательных имущественных последствий для других лиц и означает принятие этих последствий тем, кто «рискует»³⁸.

В этом смысле можно провести условную аналогию между ответственностью субсидиарных должников, создавших юридическое лицо, и ответственностью владельца источника повышенной опасности (ст. 1079 ГК РФ). В последнем случае владелец источника повышенной опасности отвечает на началах риска в связи с тем, что под его контролем находится имущество, представляющее опасность для окружающих, и он принимает на себя риск всех возможных неблагоприятных последствий в виде причинения этим источником вреда третьим лицам. Точно так же и юридическое лицо, созданное участниками для выступления в гражданском обороте, можно образно рассматривать в качестве «источника повышенной опасности» для кредиторов, а участники юридического лица в предусмотренных законом случа-

³⁸ См.: Ойгензихт В.А. Категория «риска» в советском гражданском праве // Правоведение. 1971. № 5. С. 67. Он же. Проблема риска в гражданском праве. Душанбе, 1972. С. 187, 191, 210.

ях несут риск неисполнения или ненадлежащего исполнения юридическим лицом своих обязательств перед кредиторами в виде субсидиарной ответственности.

При таком подходе обязательство субсидиарного должника можно рассматривать как меру гражданско-правовой ответственности самого субсидиарного должника, основанную на собственных упущениях при осуществлении права корпоративного управления, а также на началах принятия на себя риска неблагоприятных последствий действий юридического лица при неисполнении им своих обязательств в гражданском обороте.

При этом вполне логичным и отвечающим сути соответствующих отношений будет лишение субсидиарного должника права регресса в отношении юридического лица, поскольку в противном случае субсидиарный должник фактически уйдет от ответственности и не будет нести неблагоприятных имущественных последствий, компенсируя все свои потери за счет имущества юридического лица (основного должника) путем предъявления регрессного требования.

Кроме того, предоставление субсидиарному должнику — участнику юридического лица — права регресса в отношении юридического лица нарушало бы всю логику корпоративных отношений между ними, ведь участники юридического лица, вводя юридическое лицо в гражданский оборот, прежде всего, должны заботиться об обеспечении юридического лица имуществом, гарантирующим интересы кредиторов. Наделение же участников правом регрессного требования к юридическому лицу, имущества которого уже оказалось недостаточным для удовлетворения требований кредиторов, еще больше подорвет имущественную основу деятельности юридического лица и снизит гарантии интересов кредиторов, вступающих с этим юридическим лицом в обязательственные правоотношения. Последствием удовлетворения такого регрессного требования, скорее всего, будет либо несостоятельность юридического лица, либо уменьшение его уставного капитала в целях поддержания соответствия его размера размеру чистых активов, а при невозможности обеспечить такое соответствие — ликвидация юридического лица. Во избежание этих последствий участник юридического лица будет вынужден вносить дополнительные взносы в имущество юридического лица, что делает осуществление им непосредственно перед этим права регрессного требования абсолютно бессмысленным и лишенным экономического содержания.

Поэтому, даже когда субсидиарный должник несет субсидиарную ответственность по обязательствам юридического лица не за свои, а за чужие неправомерные действия, он не должен иметь права регресса в отношении юридического лица, являющегося основным должником. Теоретически речь может идти лишь о предоставлении участнику права регресса не к юриди-

ческому лицу, а к управляющим, виновным в неисполнении или в ненадлежащем исполнении юридическим лицом своих обязательств перед кредиторами, при установлении соответствующих лиц и доказательстве их вины. Однако ответственность управляющих за убытки, причиненные юридическому лицу, в настоящее время уже предусмотрена статьей 53.1 ГК РФ, и предоставление права регрессного требования к ним субсидиарному должнику может иметь место лишь в части, не покрытой размером удовлетворенных требований о возмещении убытков юридическому лицу.

Таким образом, несмотря на то, что субсидиарный должник не совершал никаких противоправных действий, возложение на него обязанности отвечать за неисполнение обязательства юридическим лицом без предоставления права регресса влечет для субсидиарного должника отрицательные последствия в виде дополнительного имущественного бремени, что дает основания рассматривать обязательство субсидиарного должника в качестве разновидности гражданско-правовой ответственности, в основе которой лежит обязательно (в силу закона) или добровольно (в силу учредительных документов юридического лица) принимаемый на себя дополнительным должником риск несения убытков от действий юридического лица в гражданском обороте. Одновременно такая субсидиарная ответственность может рассматриваться как особое обеспечительное обязательство, устанавливаемое в силу закона или учредительных документов юридического лица.

8. В законодательстве о юридических лицах не определяется, по обязательствам перед какими кредиторами наступает субсидиарная ответственность. Дело в том, что у юридического лица могут быть обязательства как перед «внешними» кредиторами, с которыми юридическое лицо вступает в отношения в гражданском обороте, так и перед «внутренними» кредиторами юридического лица, — его участниками. В последнем случае речь идет, например, об обязательствах юридического лица по выплате участникам хозяйственного общества дивидендов, определенных решением общего собрания, по выплате исключенному участнику или участнику, добровольно вышедшему из общества с ограниченной ответственностью, действительной стоимости его доли, и т.п.

С одной стороны, согласно п. 3 ст. 307.1 ГК РФ к таким требованиям, возникшим из корпоративных отношений, применяются общие положения об обязательствах, поскольку иное не установлено ГК РФ, иными законами или не вытекает из существа соответствующих отношений. Следовательно, и положения о субсидиарной ответственности по обязательствам юридического лица должны в полной мере применяться к требованиям участников к юридическому лицу. Такой подход встречается и в судебной практике на том основании, что нормы о субсидиарной ответственности по всем обязательствам юридического лица являются императивными и исключений

не предусматривают. Например, в одном из дел суд привлек к субсидиарной ответственности полного товарища в командитном товариществе по обязательству товарищества выплатить вклад выходящему из товарищества вкладчику-командитисту³⁹.

С другой стороны, распространение субсидиарной ответственности по обязательствам юридического лица на «внутренние» требования участников к юридическому лицу противоречит существу корпоративных отношений, поскольку нормы о субсидиарной ответственности в законодательстве о юридических лицах призваны обеспечить имущественные интересы «внешних» кредиторов, а не самих участников, которые в данном случае не должны рассматриваться как кредиторы, а наоборот, должны делать все для того, чтобы имущество юридического лица было достаточным для удовлетворения требований «внешних» кредиторов.

Так, совершенно очевидно, что, говоря о субсидиарной ответственности участников полного товарищества по его обязательствам (п. 1 ст. 75 ГК РФ), закон имеет в виду обязательства перед внешними кредиторами, а не перед самими участниками юридического лица. В противном случае имела бы место ситуация, когда по обязательствам товарищества о выплате выходящему товарищу стоимости его доли в складочном капитале субсидиарную ответственность несли бы другие полные товарищи даже в ущерб интересам внешних кредиторов юридического лица.

Сказанное применимо и к товариществам на вере. Согласно п. 1 ст. 82 ГК РФ товариществом на вере (командитным товариществом) признается товарищество, в котором наряду с участниками, осуществляющими предпринимательскую деятельность и отвечающими по обязательствам общества своим имуществом (полными товарищами), имеется один или несколько **участников** — вкладчиков (командитистов), которые несут риск убытков, связанных с деятельностью товарищества в пределах сумм внесенных ими вкладов, и не принимают участия в предпринимательской деятельности этого товарищества.

Тем самым закон прямо признает вкладчиков–командитистов не кредиторами, а участниками товарищества. Отличие вкладчиков–командитистов от кредиторов товарищества вытекает также из п. 2 ст. 86 ГК РФ, согласно которому при ликвидации товарищества на вере вкладчики имеют преимущественное перед полными товарищами право на получение вкладов из имущества товарищества, оставшегося после удовлетворения требований его *кредиторов*.

Таким образом, как полные товарищи, так и вкладчики в товариществе на вере являются участниками юридического лица, а не его кредиторами в

³⁹ См.: Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 25.05.2015 № Ф04-18682/15 по делу № А45-12334/2014.

обязательствах, по которым наступает субсидиарная ответственность участников товарищества по смыслу ст. 75 ГК РФ.

Поэтому более обоснована позиция, согласно которой обязательства товариществ по требованиям, возникающим из корпоративных отношений, не являются денежными обязательствами товарищества в том понимании, в котором о них говорится в ст. 75 ГК РФ, а действующее законодательство не содержит положений, в соответствии с которым полные товарищи несут субсидиарную ответственность перед коммандитистами⁴⁰.

В свете изложенного к требованиям, возникшим из корпоративных отношений, общие положения об обязательствах в контексте применения норм ГК РФ о субсидиарной ответственности участников юридических лиц не должны применяться, поскольку это противоречит существу корпоративных отношений.

9. Закон оставляет открытым вопрос о том, прекращается ли субсидиарная ответственность после ликвидации юридического лица, являющегося основным должником. Это является прямым следствием того, что в законодательстве до сих пор не урегулированы основания изменения или прекращения субсидиарных правоотношений, о чем давно говорится в литературе⁴¹.

Согласно ст. 419 ГК РФ ликвидация юридического лица прекращает обязательство, кроме случаев, когда законом или иными правовыми актами исполнение обязательства ликвидированного юридического лица возлагается на другое лицо.

Если подходить к субсидиарной ответственности как к особой разновидности обязательства с множественностью лиц, то ликвидация юридического лица — основного должника не влечет прекращения обязательства субсидиарного должника⁴² (так же, как в солидарных обязательствах ликвидация одного из солидарных должников не прекращает обязательств остальных солидарных должников).

Если же считать, что субсидиарный должник исполняет собственное обеспечительное обязательство отвечать за основного должника, когда объем обязательства субсидиарного должника лишь совпадает с обязательством основного должника, то прекращение основного обязательства с ликвидацией юридического лица — основного должника должно влечь за собой и прекращение обязательства субсидиарного должника.

⁴⁰ См.: решение Арбитражного суда Новосибирской области от 23.10.2014 по делу № А45-12334/2014.

⁴¹ См.: Прус Е.П. Проблемы правового регулирования субсидиарных обязательств участников (учредителей) юридического лица / Актуальные проблемы гражданского права... С. 208.

⁴² При условии, если кредитор предварительно выполнил требования п. 1 ст. 399 ГК РФ и до ликвидации основного должника предъявил к нему требование об исполнении обязательства и получил отказ либо не получил ответа в разумный срок.

Однако и при таком подходе из этого правила могут быть исключения. В частности, когда основанием ответственности субсидиарного должника является не только правонарушение основного должника (неисполнение обязательства), но и неправомерные действия субсидиарного должника, субсидиарная ответственность приобретает «смешанный» характер: субсидиарный должник, по существу, несет субсидиарную ответственность не только по обязательству основного должника, но и за собственные неправомерные действия, которыми причинен ущерб кредитору, то есть деликтную ответственность перед кредитором за свои неправомерные действия в объеме неисполненного основным должником. В последнем случае ответственность (деликтное обязательство) субсидиарного должника приобретает самостоятельный характер и не должна зависеть от прекращения обязательства основного должника в связи с его ликвидацией. В судебной практике такой подход используется. В частности, Верховный Суд указал, что ликвидация должника, признанного несостоятельным, не является препятствием для рассмотрения требования о привлечении его бывшего руководителя к субсидиарной ответственности. В данном случае бывший руководитель должника нарушил требования Закона «О несостоятельности (банкротстве)» об обращении в арбитражный суд с заявлением должника, что повлекло причинение ущерба кредиторам. В связи с этим Верховный Суд указал, что субсидиарная ответственность руководителя по долгам возглавляемой им организации возникает вследствие причинения вреда кредиторам, а завершение конкурсного производства при этом само по себе не влечет материальные последствия в виде освобождения руководителя от ответственности⁴³.

Выводы

Рассмотрение отдельных вопросов правового регулирования субсидиарной ответственности в российском законодательстве приводит к выводу о том, что данная конструкция требует концептуального пересмотра и существенного реформирования.

1. Прежде всего понятие субсидиарной ответственности (или субсидиарных правоотношений) включает в себя как минимум три совершенно разнородных правовых явления, нуждающихся в отдельном правовом регулировании:

1) особое обязательство с множественностью лиц на стороне должника, по которому субсидиарный должник является дополнительной стороной

⁴³ См.: п. 8 Обзора судебной практики Верховного Суда № 1 (судебная коллегия по экономическим спорам) (утв. Президиумом Верховного Суда России 13.04. 2016). Определение № 307-ЭС15-5270.

в основном обязательстве (регулятивном или охранительном) и в полном объеме несет обязанности основного должника, включая обязанность реального исполнения обязательства и обязанность нести ответственность за нарушение основного обязательства. Данный вид субсидиарной ответственности представляет собой по существу не ответственность, а особое субсидиарное обязательство, которое подлежит специальному регулированию в гл. 22 ГК РФ об исполнении обязательств;

2) особое «обеспечительное» обязательство субсидиарного должника денежного характера отвечать лишь за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства основным должником путем возмещения убытков и уплаты иных штрафных санкций. Данный вид субсидиарной ответственности также по существу представляет собой не ответственность, а особый способ обеспечения исполнения обязательств, который подлежит специальному регулированию в гл. 23 ГК РФ об обеспечении исполнения обязательств;

3) субсидиарная ответственность за неправомерное поведение субсидиарного должника, выражающаяся в его обязанности отвечать за неисполнение основным должником его обязательств перед кредиторами, вызванное неправомерными действиями самого субсидиарного должника. При данном виде ответственности субсидиарный должник также отвечает денежными средствами за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства основным должником путем возмещения убытков и уплаты иных штрафных санкций. Данный вид субсидиарной ответственности представляет собой особого рода деликт, по которому субсидиарный должник причиняет вред кредиторам основного должника, являясь причиной неисполнения или ненадлежащего исполнения основным должником своих обязательств перед кредиторами. Только данный вид субсидиарной ответственности является собственно ответственностью субсидиарного должника и подлежит специальному регулированию в гл. 25 ГК РФ «Ответственность за нарушение обязательств».

Общие положения о каждом из указанных видов субсидиарной ответственности следует урегулировать в ГК РФ.

2. Любой из отмеченных видов субсидиарной ответственности может применяться в отношении обязательств юридических лиц перед кредиторами, при этом со своими особенностями, которые необходимо урегулировать в общих положениях о юридических лицах. В связи с этим в ГК РФ необходимо включить общие положения о субсидиарной ответственности в корпоративных отношениях, в которых такие случаи разграничивались бы с точки зрения определения различных оснований, условий и последствий привлечения лиц к ответственности по обязательствам юридического лица.

Так, применение субсидиарных обязательств (1) в отношении обязательств юридических лиц должно иметь исключительно добровольный характер, когда какие-либо третьи лица принимают на себя обязанности по

договору с кредитором юридического лица, становясь одной из сторон (субсидиарным должником) в субсидиарном обязательстве с множественностью лиц. В этом случае, исполнив обязательство вместо основного должника, субсидиарный должник приобретает право регресса в отношении юридического лица.

Применение субсидиарной ответственности как особого «обеспечительного обязательства» в отношении обязательств юридических лиц (2) может иметь место как на основании договора с третьими лицами, так и на основании закона или учредительных документов юридического лица. В последнем случае можно говорить о корпоративной субсидиарной ответственности.

В случае договорной субсидиарной ответственности третьих лиц в виде «обеспечительного обязательства» данные лица добровольно принимают на себя такую ответственность по договору с кредитором юридического лица, а отношения сторон напоминают отношения поручительства. При этом субсидиарный должник, возместивший убытки кредитору, приобретает к юридическому лицу — основному должнику право регрессного требования по возмещению убытков, которые субсидиарный должник понес при выплате имущественных санкций кредитору.

Корпоративная субсидиарная ответственность в виде «обеспечительного обязательства» предполагает обязанность нести имущественную ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение юридическим лицом своих обязательств, закрепленную законом или учредительными документами юридического лица, для лиц, состоящих в корпоративных отношениях с юридическим лицом, или иных лиц, контролирурующих деятельность юридического лица. После удовлетворения требования кредиторов права регресса у субсидиарного должника к юридическому лицу не возникает.

Субсидиарная деликтная ответственность по обязательствам юридического лица за собственные неправомерные действия субсидиарного должника (3) может быть установлена только законом. В законе должны быть четко определены основания и условия для привлечения субсидиарного должника к такого рода ответственности (противоправное поведение, вина, причинение вреда юридическому лицу и кредиторам, причинная связь). Право регрессного требования при таком виде ответственности у субсидиарного должника также не должно возникать.

3. Корпоративная субсидиарная ответственность в виде «обеспечительного обязательства», установленного законом, является исключением из общего правила о раздельной имущественной ответственности учредителей (участников) и юридического лица. Поэтому такая ответственность должна устанавливаться законом в особых случаях, когда интересы кредиторов должным образом не обеспечены. Подобные ситуации имеют место применительно к тем организационно-правовым формам юридического лица,

в которых отсутствует уставный капитал или иное имущество, призванное гарантировать интересы кредиторов (товарищества, учреждения, государственные казенные предприятия).

Также для всех видов юридических лиц в качестве общего правила целесообразно установить субсидиарную ответственность учредителей (участников) по отдельным деликтным обязательствам, связанным с причинением вреда жизни и здоровью граждан, окружающей среде. Это может быть обосновано тем, что деликтные кредиторы, в отличие от кредиторов по договорным обязательствам, не принимают на себя добровольно риски взаимодействия с юридическим лицом и оказываются невольными заложниками недобросовестного поведения юридического лица в гражданском обороте⁴⁴.

4. Корпоративная субсидиарная ответственность в виде «обеспечительного обязательства», предусмотренная законом или учредительными документами юридического лица, не должна влечь за собой возникновения права регрессного требования субсидиарного должника к юридическому лицу, поскольку это противоречит существу корпоративных отношений.

Вместе с тем субсидиарному должнику (участнику юридического лица) может быть предоставлено право регрессного требования не к юридическому лицу, а к управляющим юридическим лицом, виновным в неисполнении или ненадлежащем исполнении юридическим лицом своих обязательств перед кредиторами, при установлении соответствующих лиц и доказательстве их вины, в той части, которая не покрыта размером удовлетворенных требований о возмещении убытков юридическому лицу на основании статьи 53.1 ГК РФ.

5. Субсидиарная ответственность за собственные неправомерные действия субсидиарного должника в законодательстве о юридических лицах должна применяться лишь в исключительных случаях, которые связаны с явно злонамеренными действиями субсидиарного должника (контролирующего лица).

Перспективно при этом конструирование субсидиарной ответственности как особого рода деликта, по которому субсидиарный должник причиняет вред кредиторам юридического лица, являясь причиной неисполнения или ненадлежащего исполнения основным должником своих обязательств перед кредиторами. Право требования возмещения вреда в пользу юридического лица по такому деликту целесообразно было бы предоставлять кредиторам или конкурсному управляющему.

6. В законодательстве о юридических лицах следует более четко установить порядок привлечения к субсидиарной ответственности для различных ее видов, в том числе установить, что в случаях, когда условием удовлетворения требований к субсидиарному должнику является недостаточность имущества или денежных средств основного должника, факт такой недоста-

⁴⁴ См. об этом: *Карпетов А.Г.* Экономический анализ права. М., 2016. С. 233.

точности устанавливается на основании данных промежуточного ликвидационного баланса или судом в деле о привлечении к ответственности основного или субсидиарного должника на основании данных бухгалтерского учета, а не судебным приставом-исполнителем при обращении взыскания по исполнительному документу против основного должника.

Если кредитор предъявляет иск исключительно к субсидиарному должнику, основным должник должен привлекаться в дело не в качестве второго ответчика, а в качестве третьего лица на стороне ответчика, а судебное решение и исполнительный лист в таком процессе должны выдаваться против субсидиарного должника.



Библиография

- Бакин А.С. Понятие субсидиарного обязательства в гражданском праве РФ // Вестник Томского государственного университета. 2010. № 239. С. 91–94.
- Богданова Е.Е. Правовое регулирование субсидиарной ответственности: дис. ... к ю. н. Белгород, 2001. 180 с.
- Витрянский В.В. Поручительство / Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: общие положения. М.: Статут, 1997. С. 450–469.
- Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву / Избранные труды Т. I. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. С. 194–572.
- Карпетов А.Г. Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. 528 с.
- Крюкова Ю.Я. Понятие субсидиарного обязательства в гражданском праве России // Проблемы права. 2012. № 7. С. 78–83.
- Ломакин Д., Гентовт О. Ответственность контролирующих лиц: правовая природа и механизм привлечения к ней // Хозяйство и право. 2016. № 1. С. 12–39.
- Насиров Х.Т. Субсидиарные обязательства в гражданском праве: проблемы теории и практики // Вестник Пермского университета. 2010. № 3. С. 133–139.
- Насиров Х.Т. Содержание субсидиарных обязательств // Вестник Пермского университета. 2012. № 1. С. 149–156.
- Ойгензихт В. А. Категория «риска» в советском гражданском праве // Правоведение. 1971. № 5. С. 64–70.
- Покровский С.С. Субсидиарная ответственность: проблемы правового регулирования и правоприменения // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 7. С. 98–129.
- Прус Е.П. Проблемы правового регулирования субсидиарных обязательств учредителей (участников) юридического лица: дис. ... к. ю.н. М., 2006. 216 с.
- Савиных В. А. Субсидиарная ответственность: экономическое содержание и правовая сущность // Вестник ВАС РФ. 2012. № 12. С. 59–69.
- Суханов Е.А. Ответственность участников корпорации по ее долгам в современном корпоративном праве / Проблемы современной цивилистики: сборник памяти профессора С.М. Корнеева. М.: Статут, 2013. С. 103–116.
- Храпунова Е.А. Субсидиарная ответственность в гражданском праве: дис. ... к. ю. н. Ростов н/Д., 2001. 185 с.

Subsidiary Liability in the Legislation on Legal Entities: Issues of Legal Regulation and Legal Nature



Oleg Gutnikov

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



Abstract

The article deals with theoretical and practical issues of legal regulation of subsidiary liability in the legislation on legal entities. It is noted that the norms on subsidiary liability in the legislation lack a system approach. They do not provide clear answers to a number of key questions: applying subsidiary liability including the nature and size of claims which may be set by creditor for the subsidiary debtor; on the grounds of such claims (illegal behavior of the principal debtor or a wrongdoing of a subsidiary debtor); the conditions of lodging a claim and the conditions of meeting such claims; the procedural status of the principal debtor and involving it to the action against subsidiary debtor; confirming the lack of property or money as to the principal debtor as a condition of meeting claims towards the subsidiary debtor; the nature and size of regressive claims of the subsidiary debtor against the principal one; the grounds of changing or terminating subsidiary liability etc. The legislation on legal persons does not contain general provisions on subsidiary liability in corporate relations. However, in the legislation on legal persons this institute is mentioned frequently. Unfortunately, the current decision of the RF Supreme Court Plenum lacks the provisions about applying the legislation on subsidiary liability. The court practice is not developed. Besides, it is often inconsistent and controversial one. Due to this, the paper studies separate most significant issues of subsidiary liability in the legislation on legal persons. An analysis of these issues draws conclusions about diversity of subsidiary liability, which essentially includes three completely different legal effects: (1) one of the types of obligations with plurality of persons; (2) a special device for securing the performance of obligations; (3) a kind of civil liability. The article gives a general description of each of these types of subsidiary liability. It concludes emphasizing the need to separate the legal regulation of these types of subsidiary liability in the Russian Civil Code and the legislation on legal entities.



Keywords

subsidiary liability, legal entities, corporate relations, security for performance of obligations, obligations, obligations with plurality of persons.

Citation: Gutnikov O.V. (2018) Subsidiary Liability in the Legislation on Legal Entities: Issues of Legal Regulation and Legal Nature. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 45–77 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.45.77



References

Bakin A.S. (2010) Ponyatiye subsidiarnogo obyazatel'stva v grazhdanskom prave RF [The Concept of a subsidiary obligation in the Civil Law of the Russian Federation]. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta*, no. 2, pp. 91–94.

- Bogdanova E.E. (2001) *Pravovoe regulirovanie subsidiarnoi otvetstvennosti: dis. ... kand. yurid. nauk* [Legal regulation of subsidiary liability: Candidate of Juridical Sciences Thesis]. Belgorod, 180 p. (in Russian)
- Ioffe O.S. (2003) *Otvetstvennost' po sovetскому grazhdanskomu pravu* [Responsibility in the Soviet Civil Law]. *Izbrannyye Trudy. T. I.* [Selected Works: Vol. I]. Saint Petersburg: Yuridicheskiy tsentr Press, pp. 194–572.
- Karapetov A.G. (2016) *Ekonomicheskyy analiz prava* [Economic Analysis of Law]. Moscow: Statut, 528 p. (in Russian)
- Khrapunova E.A. (2001) *Subsidiarnaya otvetstvennost' v grazhdanskom prave: dis... kand.yurid.nauk* [Subsidiary Liability in the Civil Law: candidate of Juridical Sciences Dissertation]. Rostov-on-Don, 185 p. (in Russian)
- Kryukova Yu. Ya. (2012) *Ponyatiye subsidiarnogo obyazatel'stva v grazhdanskom prave Rossii* [The Concept of a Subsidiary Obligation in the Civil Law of the Russian Federation]. *Problemy prava*, no. 7 (38), pp. 78–83 (in Russian)
- Lomakin D., Gentovt O. (2016) *Otvetstvennost' kontroliruyushikh lits: pravovaya priroda i mekhanizm privlecheniya k nei* [The liability of controlling persons: the legal nature and the mechanism of bringing to it]. *Khozyaistvo i pravo*, no 1, pp. 12–39 (in Russian)
- Nasirov Kh. T. (2012) *Soderzhaniye subsidiarnykh obyazatel'stv* [Contents of subsidiary obligations]. *Vestnik Permskogo universiteta*, no. 1, pp. 149–156.
- Nasirov Kh. T. (2010) *Subsidiarnyye obyazatel'stva v grazhdanskom prave: problemy teorii i praktiki* [Subsidiary obligations in civil law: problems of theory and practice]. *Vestnik Permskogo universiteta*, no. 3, pp. 133–139.
- Oygenziht V.A. (1971) *Kategoriya «riska» v sovetском grazhdanskom prave* [Risk Category in the Soviet Civil Law]. *Pravovedeniye*, no. 5, pp. 64–70.
- Oygenziht V.A. (1972) *Problema riska v grazhdanskom prave* [Problem of risk in civil law]. Dushanbe: Irphon, 225 p. (in Russian)
- Pokrovsky S.S. (2015) *Subsidiarnaya otvetstvennost': problemy pravovogo regulirovaniya i pravoprimeneniya* [Subsidiary Liability: Issues of Legal Regulation and Enforcement]. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii*, no. 7, pp. 98–129.
- Prus E.P. (2006) *Problemy pravovogo regulirovaniya subsidiarnykh obyazatel'stv uchreditelei (uchastnikov) yuridicheskogo litza: dis...kand. yurid. nauk* [Issues of legal regulation of subsidiary obligations of the founders (participants) of a legal entity: Candidate of Juridical Sciences Thesis]. Moscow, 216 p.
- Savinykh V.A. (2012) *Subsidiarnaya otvetstvennost': ekonomicheskoe sodержaniye i pravovaya sush'nost'* [Subsidiary Liability: the Economic Content and Legal Nature]. *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiyskoy Federatsii*, no. 12, pp. 59–69.
- Sukhanov E.A. (2013) *Otvetstvennost' uchastnikov korporatsii po ee dolgam v sovremenном korporativnom prave* [Responsibility of Corporation's Members for Its Debts in the Modern Corporate Law]. *Problemy sovremennoy tsivilistiki* [Problems of the Modern Civil Law]. Moscow: Statut, pp. 103–116.
- Sukhanov E.A. (2011) *Subsidiarnyye obyazatel'stva* [Subsidiary Obligations]. *Rossiyskoye grazhdanskoye pravo. T. II: Obyazatel'stvennoye pravo* [Russian Civil Law. Vol. II: Obligation Law]. Moscow: Statut, pp. 53–54.
- Vitryansky V.V. (1997) *Poruchitel'stvo* [Guarantee]. Braginsky M. I., Vitryansky V.V. *Dogovornoye pravo: obshniye polozeniya* [Contract Law: General Provisions]. Moscow: Statut, pp. 450–469.

Адресная социальная помощь: история, современность, перспективы



О.И. Карпенко

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



О.Ю. Павловская

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



Аннотация

Адресная социальная помощь как особый вид государственной социальной помощи имеет научный и практический интерес, особенно в контексте осмысления отечественного и зарубежного опыта. Такой интерес обусловлен, с одной стороны, масштабом и интенсивностью произошедших за последнее время изменений правового регулирования социальной помощи малоимущим гражданам, с другой — острой необходимостью усиления борьбы с бедностью. Действительно, нестабильность экономической ситуации, способствующая ухудшению материального положения граждан, а, главное, ограниченность государственных средств заставляют государство искать новые возможности к модернизации действующей ныне системы оказания социальной помощи малоимущим гражданам, которых в России принято относить к числу бедных. В современных условиях определение уровня бедности, который официально считается основанием для получения социальной поддержки, является важным, но недостаточным элементом адресной социальной помощи и в слабой мере отражает принцип адресности. Данный вид помощи оказывается большому кругу получателей, что не способствует укреплению механизма борьбы с бедностью и эффективному расходованию материальных ресурсов. В связи с этим авторы выражают мнение о целесообразности использования опыта зарубежных стран при определении подходов к предоставлению социальной помощи малоимущим слоям. В ходе исследования авторы также пришли к выводу, что современная российская практика оказания адресной социальной помощи малоимущим гражданам, базирующаяся на принципах социального контракта, также далеко не совершенна по двум тесно связанным между собой причинам. Во-первых, назрела необходимость в объективной оценке численности потенциальных участников программ оказания адресной помощи, с которыми необходимо заключать социальные контракты. Во-вторых, социальный контракт как форма оказания адресной социальной помощи все еще не является максимально доступным с точки зрения информационной осведомленности граждан о таком виде социальной поддержки. Авторы считают, что важным этапом в разрешении данной проблемы по-

служит введение в России единого реестра получателей мер социальной поддержки с целью выявления, информирования, учета и обеспечения наиболее нуждающихся в ней граждан.



Ключевые слова

адресная социальная помощь, государственная поддержка, малоимущие граждане, социальный контракт, единый реестр получателей, бедность.

Библиографическое описание: Карпенко О.И., Павловская О.Ю. Адресная социальная помощь: история, современность, перспективы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 78–91.

УДК: 349

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.78.91

Одной из важнейших задач России как социального государства является обеспечение социальной защищенности и повышения уровня жизни граждан, в особенности тех слоев населения, которые в силу возраста, состояния здоровья или других жизненных обстоятельств не в состоянии сами обеспечить себе достойное существование и нуждаются в поддержке государства. Основными принципами социальной помощи являются ее правовая законодательная основа, информирование граждан о возможности ее получения, финансовая система социальной помощи, т.е. финансирование указанной помощи из средств соответствующих бюджетов¹. К числу основных принципов следует относить также принцип адресности, который в современных условиях приобретает особенное значение.

Цель принципа адресности состоит не в идее охватить всех и каждого системой мер социального обеспечения, а напротив, не допустить, исключить возможность включения в категорию нуждающихся лиц тех, кто в действительности не нуждается и в состоянии иметь собственный источник средств к существованию. Иначе эту же мысль можно сформулировать таким образом: принцип адресности предотвращает превращение социального обеспечения в такое негативное явление, как социальное иждивение².

В науке существуют различные подходы к происхождению и определению смыслового значения термина «адресность». По мнению одних исследователей³

¹ См.: *Белянинова Ю.В.* Комментарий к Федеральному закону от 17.07.1999 № 178-ФЗ «О государственной социальной помощи». Саратов, 2009. С. 3; *Буянова М.О.* Государственная социальная помощь / Право социального обеспечения: учебник / под ред. Ю.П. Орловского. М., 2016. С. 416.

² См., напр.: *Агашев Д.В.* Право социального обеспечения. Курс лекций. Томск, 2011. С. 21.

³ Адресная социальная помощь: теория, практика, эксперимент / под. ред. Н.М. Римашевской. М., 1999. С. 12. Также см.: *Рябова Е.Н.* Адресная социальная помощь // Ученые записки Российского государственного университета. 2011. № 10. С. 13.

термин «адресность» иностранного происхождения и переводится как «пособие по бедности». Другие⁴ полагают, что происхождение указанного термина неизвестно и что термин «адресность» был введен в отечественный оборот в 1994 году специалистами тогдашнего Министерства социальной защиты и используется в значении «проверка доходов» или «проверка нуждаемости», т.е. направления пособий исключительно тем реципиентам, которые смогли подтвердить, что их доходы не превысили какой-то черты⁵. Третьи⁶ считают, что термин «адресная социальная помощь» по значению очень близок к понятиям «индивидуальная помощь», «пособие по нуждаемости», «пособие по малообеспеченности», к термину «таргетирование помощи» (ее оказание строго целевым группам). Также адресную социальную помощь определяют как «систему мер по оказанию помощи отдельным действительно нуждающимся группам населения для преодоления или смягчения жизненных трудностей, поддержания их социального статуса и полноценной жизнедеятельности»⁷.

По нашему мнению, с теоретической и практической точек зрения наиболее подходящее и в полной мере отражающее суть адресной социальной помощи значение указанного термина отражено в работе В.В. Тихомировой⁸. В трактовке указанного автора «адресная социальная помощь — это социальные пособия в денежном выражении, натуральная помощь в виде услуг, предоставляемые малоимущим одиноко проживающим гражданам, оказавшимся в трудной жизненной ситуации по независящим от них причинам и имеющим среднедушевой доход ниже величины прожиточного минимума»⁹.

Адресная социальная помощь как особый вид государственной социальной помощи интересна с научной и практической точки зрения, особенно в контексте осмысления отечественного и зарубежного опыта. Такой интерес обусловлен, с одной стороны, масштабностью и интенсивностью произошедших за последнее время изменений в правовом регулировании социальной помощи малоимущим гражданам¹⁰, с другой — острой необходимостью усиления борьбы с бедностью. Особенно, если принять во внима-

⁴ Смирнов С.Н., Колосницын И.В. Социальные обязательства государства: сокращение или реструктуризация? // Мир России. 2000. № 1. С. 160.

⁵ См.: Рябова Е.Н. Указ. соч. С. 13.

⁶ Там же.

⁷ Словарь-справочник по социальной работе / под ред. Е.И. Холостовой. М., 1997. С. 10.

⁸ Тихомирова В.В. Адресная социальная помощь в системе социальной защиты населения. Сыктывкар, 2013. С. 50.

⁹ Там же.

¹⁰ См. подробнее: Новиков В.В., Фомин А.А. Социальная помощь как объект правового регулирования: общетеоретический и правовой аспекты // Ленинградский юридический журнал. 2014. № 4. С. 235.

ние то обстоятельство, что в настоящее время снижение уровня бедности на федеральном, региональном и местном уровнях во многом определяется эффективностью механизма адресной социальной помощи. Действительно, нестабильность экономической ситуации, способствующая ухудшению материального положения граждан, а, главное, ограниченность государственных средств заставляют государство искать новые возможности для модернизации действующей ныне системы оказания социальной помощи малоимущим гражданам, которых принято относить к числу бедных.

В историческом понимании проблема поиска и развития новых форм оказания социальной помощи в нашей стране отнюдь не нова. В этом смысле представляется примечательным опыт создания городских попечительств на рубеже XIX–XX вв. С их созданием дела «призрения» и благотворительности фактически перешли в руки городского самоуправления, что, безусловно, способствовало заметному повышению участия общественности в организации социальной работы¹¹. Участковые попечительства представляли собой модель «гибкой» благотворительности: с одной стороны, они находились под муниципальной, а не государственной юрисдикцией, что позволило им решать все вопросы, связанные с социальной помощью, с другой, подавляющую часть расходов на малоимущих несли местные общины при небольшой поддержке городских властей, и финансирование попечительств не ложилось тяжким бременем на городской бюджет. Однако в условиях недостаточных финансовых затрат государства на нужды социальной помощи и ограниченных возможностей основных субъектов общественного призрения масштабы всей этой помощи были недостаточны и не могли покрыть потребностей общества¹².

Тем не менее в плане исторической преемственности, этот опыт важен и в некоторой степени актуален для решения проблем оптимизации современной российской системы адресной государственной социальной поддержки малоимущих.

В современной России бедность определяется такой категорией, как «прожиточный минимум трудоспособного населения», представляющий собой стоимость минимальной потребительской корзины, включающей минимальный набор продуктов и услуг, необходимый для выживания. Именно размер заработка, который граничит с уровнем прожиточного минимума, являются гранью между бедностью и нищетой. Таким образом, «бедность (нуждаемость) как юридический факт и основание возникновения правоотношения по социальной помощи должна базироваться на соотношении всех

¹¹ См.: Лазарева С.И. Адресная помощь как новая форма поддержки нуждающихся в городах России на рубеже XIX–XX вв. // Вестник Дальневосточного отделения РАН. 2013. № 4. С. 48.

¹² Там же.

доходов лица с прожиточным минимумом, установленным в нормативном порядке на федеральном и региональном уровнях»¹³.

При этом основной формой обеспечения наиболее уязвимых категорий населения в России в настоящее время является адресное оказание социальной помощи, которая распространяется лишь на тех граждан, фактическое потребление которых находится ниже прожиточного минимума, т.е. ее получателями могут являться не только нетрудоспособные граждане, но и вполне трудоспособные, но малообеспеченные лица. Последнее привело к тому, о чем вынуждена была констатировать, в частности, вице-премьер О. Голодец: «В стране образовалась новая категория граждан: они работают, но все равно находятся на грани нищеты... их около пяти миллионов, что свидетельствует о неэффективности мер поддержки, но у государства пока нет приемлемых механизмов для борьбы с бедностью, кроме увеличения нагрузки на бюджет»¹⁴.

В современной России, к сожалению, отсутствует единая программа мер поддержки беднейших слоев населения. В результате каждый четвертый ребенок в России живет в семье с доходами ниже прожиточного минимума, при том, что на ликвидацию дефицита доходов беднейших домохозяйств необходимо тратить не менее 1% ВВП, а расходы на социальную помощь вместе с налоговыми льготами, носящими «социальный» характер, превышают 14% ВВП¹⁵. В настоящее время основная часть региональных расходов на социальную поддержку населения приходится на выполнение федеральных законов «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей»¹⁶; «О ветеранах»¹⁷; «О социальной защите инвалидов в РФ»¹⁸, «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации»¹⁹.

В нормативных правовых актах подавляющего большинства субъектов федерации право на получение государственной социальной помощи формулируется в основном по аналогии с Федеральным законом № 178-ФЗ, где

¹³ См.: Лушникова М.В., Лушников А.М. Курс права социального обеспечения. М., 2009. С. 467.

¹⁴ См.: Овчарова Л.Н. Социальная помощь становится бессмысленной [Электронный ресурс]: // URL: <https://lenta.ru/articles/2017/03/16/unique/> (дата обращения: 01.09.2017)

¹⁵ См.: Назаров В., Феоктистова О. Как победить бедность техническими средствами [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.vedomosti.ru/opinion/articles/2017/09/12/733364-pobedit-bednost> (дата обращения: 01.09.2017)

¹⁶ Федеральный закон от 19.05.1995 № 81-ФЗ (ред. от 28.03.2017) «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей» // СЗ РФ. 1995. № 21. Ст. 1929.

¹⁷ Федеральный закон от 12.01.1995 № 5-ФЗ (ред. от 19.12.2016) «О ветеранах» // СЗ РФ. 1995. № 3. Ст. 168.

¹⁸ Федеральный закон от 24.11.1995 № 181-ФЗ (ред. от 01.06.2017) «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4563.

¹⁹ Федеральный закон от 28.12.2013 № 442-ФЗ (ред. от 21.07.2014) «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 52 (часть I). Ст. 7007.

указано, что «получателями государственной социальной помощи могут быть малоимущие семьи и малоимущие одиноко проживающие граждане, которые по не зависящим от них причинам имеют среднедушевой доход ниже величины прожиточного минимума, установленного в соответствующем субъекте Российской Федерации»²⁰. Но в ряде регионов при определении права и размеров помощи используются не среднедушевой доход семьи (доход одиноко проживающего гражданина) и величина прожиточного минимума в среднем на душу, а суммарный доход членов семьи и величина прожиточного минимума семьи/одиноко проживающего гражданина. В этом случае определение права на получение адресной социальной помощи в нормативных документах фиксируется в примерно следующей формулировке: «Право на получение государственной (адресной) социальной помощи имеют малоимущие семьи и малоимущие одиноко проживающие граждане, суммарный доход членов семьи которых по не зависящим от них причинам ниже величины прожиточного минимума семьи/одиноко проживающего гражданина, установленного в (название региона) на дату подачи заявления...». Такая формулировка права на получение адресной социальной помощи более точно учитывает социально-демографический состав малоимущей семьи при определении права и соответственно размера оказываемой социальной помощи. Она используется в нормативных актах Тульской, Архангельской, Ленинградской областей, в республиках Карелия, Удмуртия и Тыва, в Ямало-Ненецком и Ханты-Мансийском автономных округах, Камчатском крае и в других регионах.

Вместе с тем некоторые субъекты Российской Федерации устанавливают собственный критерий оценки нуждаемости семей в социальной помощи²¹. Так, например, на территории Республики Коми действует гарантированный душевой денежный доход (размер денежного дохода, гарантируемого государством каждому гражданину), который устанавливается на текущий год республиканским законом. В Законе Хабаровского края написано, что «малоимущие граждане и малоимущие семьи имеют право на ежемесячное пособие, если среднедушевой доход не превышает 75% величины среднедушевого прожиточного минимума, установленного на территории края». В Республике Тыва Закон «О государственной социальной помощи отдельным категориям граждан» устанавливает право на получение помощи в первую очередь «крайне» бедных одиноких граждан, многодетных и неполных семей «с общим уровнем доходов ниже 50% величины официального республиканского дифференцированного прожиточного минимума». В Кабар-

²⁰ Ст. 7 Федерального закона «О государственной социальной помощи».

²¹ См.: Прокофьева Л.М. Различия подходов к оказанию адресной социальной помощи в субъектах Российской Федерации и перспективы введения системы социального контракта [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.demoscope.ru/weekly/knigi/issledovanie/pdf/prokofeva%20.pdf> (дата обращения: 01.09.2017)

дино-Балкарской Республике таким критерием нуждаемости в социальной помощи является минимальная заработная плата, в Чеченской Республике — третья часть минимальной заработной платы. Из приведенных примеров видно, что чем больше масштабы распространения бедности в регионе, тем ниже критерий — из нуждающихся выбирают самых бедных²².

Формой оказания социальной помощи является социальный контракт²³, который с вступлением в силу Федерального закона от 25.12.2012 № 258-ФЗ²⁴ стал обязательным на территории России. Цель социального контракта или социальной адаптации (в зависимости от термина, применяемого в законодательстве конкретного региона) заключается в улучшении материального положения малоимущих семей или одиноко проживающих граждан, у которых имеется определенный трудовой или имущественный «потенциал». В качестве трудового потенциала выступает трудоспособный возраст членов семьи или гражданина, неполная занятость. Имущественный потенциал может представлять собой движимое и недвижимое имущество²⁵.

Настоящая форма социальной поддержки предусматривает денежные выплаты (ежемесячное пособие или единовременная выплата) и натуральную помощь. Государственная социальная помощь на основании социального контракта назначается на срок от трех месяцев до одного года исходя из содержания программы социальной адаптации. Данный срок может быть продлен органом социальной защиты населения по основаниям, установленным нормативным правовым актом субъекта федерации.

В рамках реализации договора гражданин обязан соблюдать условия программы и целевое расходование выделяемых ему денежных средств. Социальный контракт с прилагаемой к нему программой социальной адаптации, которая устанавливается на срок действия социального контракта, подписывается заявителем и руководителем органа социальной защиты населения по месту жительства или месту пребывания гражданина. В социальном контракте должны быть установлены:

- 1) предмет социального контракта;
- 2) права и обязанности граждан и органа социальной защиты населения при оказании государственной социальной помощи;

²² Там же.

²³ Социальный контракт — соглашение, заключенное между гражданином и органами социальной защиты населения по месту жительства или места пребывания гражданина, в соответствии с которым орган социальной защиты населения обязуется оказать гражданину государственную социальную помощь, а гражданин — реализовывать мероприятия, предусмотренные программой социальной адаптации (ст. 1 ФЗ от 25.06.1999 № 178-ФЗ (ред. от 01.07.2017) «О государственной социальной помощи» // СЗ РФ. 1999, № 29. Ст. 3699).

²⁴ Федеральный закон от 25.12.2012 № 258-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О государственной социальной помощи» // СЗ РФ. 2012. № 53 (ч.1). Ст. 7583.

²⁵ См.: Дубенко О.С. Социальный контракт как новый вид социальной помощи // Кадровик. 2016. № 10. С. 54.

- 3) виды и размер государственной социальной помощи;
- 4) порядок оказания государственной социальной помощи на основании социального контракта;
- 5) срок действия социального контракта;
- 6) порядок изменения и основания прекращения социального контракта²⁶.

Таким образом, к настоящему времени в России сложился и действует довольно сложный, и, казалось бы, налаженный механизм оказания социальной помощи нуждающимся гражданам. Однако необходимо признать, что при заложенном в нем, казалось бы, положительном потенциале такой механизм остается недостаточно гибким и продуманным, чтобы быть эффективным по разным причинам.

Во-первых, законы субъектов Российской Федерации предусматривают лишь минимальный гарантированный доход оказания социальной помощи, исходя из прожиточного минимума каждого региона. Таким образом, определение уровня бедности, который официально считается основанием получения социальной поддержки, является важным, но недостаточным элементом адресной социальной помощи. Адресная социальная поддержка нуждающихся гражданам в том виде, в котором она оказывается в настоящее время, в слабой мере отражает принцип адресности, поскольку предоставляется большому кругу получателей. Это не способствует ни укреплению механизма борьбы с бедностью путем оказания государственной социальной помощи, ни эффективному расходованию материальных ресурсов. В связи с этим полагаем, что целесообразно использовать и пытаться реализовать в отечественной практике (с учетом особенностей нашего государства) опыт зарубежных стран при определении подходов к социальной помощи малоимущим гражданам.

В качестве аргумента рассмотрим отдельные аспекты оказания социальной помощи малоимущим гражданам в некоторых европейских государствах. Их поддержка в большинстве развитых стран строится по принципу определения социального минимума и помощи тем, кто имеет доходы ниже этого гарантированного минимума. Существует большое разнообразие подходов как к видам социальной помощи, оказываемой бедным, так к определению социального минимума. В европейских странах понятие социального минимума используется для определения тех лиц или семей, которые находятся в состоянии бедности и могут претендовать на социальную поддержку.

Минимальный уровень доходов рассчитывается неодинаково в каждой из стран. Он может быть единым для всего населения (пример Скандинавских стран), а может варьировать в зависимости от социально-демогра-

²⁶ См.: Федеральный закон от 25.12.2012 № 258-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О государственной социальной помощи» // СЗ РФ. 2012. № 53 (ч.1). Ст. 7583.

фической категории семьи или индивида (пожилых, лиц, трудоспособного возраста, инвалидов и т.п.). Различия существует и в определении объекта поддержки — индивида или семьи, в последнем случае выделяются уровни социального минимума для отдельных типов домохозяйств: одиноко проживающих, супругов без детей, с одним, двумя, тремя детьми, неполной семье с одним, двумя, тремя детьми и т.п.

Ниже, в качестве примера, отметим число выделяемых социальных минимумов для различных категорий получателей поддержки в европейских странах. Единый минимум — это Финляндия и Дания, два минимума — Австрия, Швеция, Люксембург, три — Бельгия, Италия, четыре — Германия, Испания, Португалия, Нидерланды, пять — Ирландия, Великобритания, девять минимумов — Франция²⁷. Подобного рода дифференциация вполне может быть применена и в отечественной практике.

Необходимо констатировать, что современная практика адресной социальной помощи малоимущей части населения России, базирующаяся на принципах социального контракта, также далеко не совершенна по двум тесно взаимосвязанным между собой причинам. Во-первых, она требует взвешенной оценки численности потенциальных участников таких программ. Прежде всего речь идет о неработающих трудоспособных гражданах из малоимущих семей, на усиление экономической активности которых и будут направлены социальные контракты²⁸. Во-вторых, социальный контракт как форма адресной социальной помощи пока не является максимально доступным с точки зрения информационной осведомленности граждан о таком виде социальной поддержки²⁹.

Кроме этого, нельзя игнорировать и тот факт, что сложившийся в нашей стране пассивный характер оказания адресной социальной помощи в системе социальной защиты населения, каковым считаются социальные выплаты, не предполагает экономической или социальной активности получателей пособий. Здесь важно подчеркнуть, что в российском законодательстве предусмотрен заявительный характер получения социальной помощи. Иными словами, социальную помощь может получить тот, кто за ней обратится в соответствующую социальную службу или социальное ведомство. На практике многие остро заинтересованные в этом граждане даже не знают о существовании таких организаций в силу своей неосведомленности. Таким

²⁷ Подробнее см.: *Кожевников Д.Е.* Международный опыт регулирования помощи бедным // *Юридический мир*. 2010. № 5. С. 25–28; *Прокофьева Л.М.* Различия подходов к оказанию адресной социальной помощи в субъектах Российской Федерации и перспективы введения системы социального контракта [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.demoscope.ru/weekly/znig/issledovanie/pdf/prokofeva%20.pdf> (дата обращения: 01.09.2017)

²⁸ Подробнее см.: *Тихомирова В.В.* Указ. соч. С. 122.

²⁹ См.: *Дубенко О.С.* Указ. соч. С. 58.

образом, социальную помощь получают преимущественно лица, владеющие информацией, либо те, о проблеме которых сообщили родственники, друзья или соседи. Во многих случаях в данные организации обращаются граждане, которым не так уж и необходима социальная помощь. В то же время немало нуждающихся остаются за бортом деятельности указанных организаций, поскольку адресность социальных выплат зачастую воспринимается как адресность по принадлежности к определенной группе населения. Прежде всего это относится к лицам, принадлежащим к многочисленным категориям льготников, среди которых можно выделить группы населения, для которых предназначены особые виды социальных выплат (ветераны, граждане, имеющие детей, инвалиды). В данном контексте трудно не согласиться с мнением, что «современная система помощи не выполняет своей главной функции — деньги преимущественно тратятся не на спасение бедных, а на льготы для тех, кто в них не нуждается»³⁰.

Таким образом, можно с полным основанием утверждать назревшую необходимость формирования единой персонифицированной электронной базы в режиме «одного окна» в целях выявления, информирования, учета и обеспечения наиболее нуждающихся в социальной помощи граждан. Полагаем, что важным этапом в разрешении данной проблемы послужит введение в России единого реестра получателей мер социальной поддержки³¹. Одной из ключевых задач практически уже начавшейся реформы социальной поддержки является систематизация данных о мерах социальной помощи и их получателей по всей России, что позволит не только исключить дублирование и намеренные или непреднамеренные ошибки, но и оптимизировать оказание мер социальной поддержки путем усиления их адресности³².

Анализ международной практики развития систем социальной защиты населения показывает, что в тех странах, где такие реестры работают успешно (в частности, в Бразилии, Чили, Турции, Бельгии), используется децентрализованный подход к их функционированию. Децентрализация обеспечивает участие местных органов власти в выполнении функций социальной защиты, которые лучше всего осведомлены о материальном положении семей в пределах данной территории. Затруднения, возникающие при использовании децентрализованного подхода, заключается в том, что

³⁰ Овчарова Л.Н. Указ. соч.

³¹ Федеральный закон Российской Федерации от 29.12.2015 № 388-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части учета и совершенствования мер социальной поддержки, исходя из обязанности соблюдения принципа адресности и применения критериев нуждаемости» // СЗ РФ. 2016. № 1 (ч. 1). Ст. 8.

³² Подробнее см: Феоктистова О.А., Андреева Е.И., Фокина Т.В. Зарубежный опыт использования единого реестра получателей социальной помощи и перспективы создания такого реестра в России // Бухгалтерский учет в бюджетных и некоммерческих организациях. 2016. № 18. С. 29–39.

уровень компьютеризации местных органов власти или самоуправления не всегда соответствует требованиям, необходимым для получения удаленного доступа к единому реестру, что может требовать дополнительных затрат по их переоснащению, обучению персонала и др.

Количество и качество социальных программ, которые призвана обслуживать единая информационная система, также играют важную роль. Международный опыт показывает, что единый социальный реестр приносит пользу тогда, когда он позволяет экономить средства за счет консолидации функций, осуществляемых в разных программах — таких как регистрация получателей мер социальной поддержки, применение критериев нуждаемости.

Итак, приняв решение о создании единой государственной системы социального обеспечения, Россия приобретет шанс на создание и развитие действенной интегрированной системы социальной информации³³.



Библиография

Агашев Д.В. Право социального обеспечения. Курс лекций. Учеб. пособие. Томск: ТУСУР, 2011. 180 с.

Адресная социальная помощь: теория, практика, эксперимент / под. ред. Н.М. Римашевской. М.: ИСПН РАН, 1999. 256 с.

Белянинова Ю.В. Комментарий к Федеральному закону от 17. 07. 1999 № 178-ФЗ «О государственной социальной помощи». Саратов: «Ай Пи Эр Медиа», 2009. 176 с.

Буянова М.О. Государственная социальная помощь / Право социального обеспечения: учебник / под ред. Ю.П. Орловского. 2-е изд. М.: Юрайт, 2016. С. 416–421.

Дубенко О.С. Социальный контракт как новый вид социальной помощи // Кадровик. 2016. № 10. С. 53–59.

Кожевников Д.Е. Международный опыт регулирования помощи бедным // Юридический мир. 2010. № 5. С. 25–28.

Лазарева С.И. Адресная помощь как новая форма поддержки нуждающихся в городах России на рубеже XIX–XX вв. // Вестник ДВО РАН. 2013. № 4. С. 41–50.

Лушников М.В., Лушников А.М. Курс права социального обеспечения. 2-е изд. М.: Юстицинформ, 2009. 656 с.

Новиков В.В., Фомин А.А. Социальная помощь как объект правового регулирования: общетеоретический и правовой аспекты // Ленинградский юридический журнал. 2014. № 4. С. 229–235.

Овчарова Л.Н. Социальная помощь становится бессмысленной. URL: <https://lenta.ru/articles/2017/03/16/unique/> (дата обращения: 1.09.2017)

Прокофьева Л.М. Различия подходов к оказанию адресной социальной помощи в субъектах Российской Федерации и перспективы введения системы социального контракта. URL: <http://www.demoscope.ru/weekly/knigi/issledovanie/pdf/prokofeva%20.pdf> (дата обращения: 1.09.2017)

³³ Там же.

Рябова Е.Н. Адресная социальная помощь // Ученые записки Российского государственного университета. 2011. № 10. С. 13–18.

Смирнов С.Н., Колосницын И.В. Социальные обязательства государства: сокращение или реструктуризация? // Мир России. 2000. № 1. С. 139–181.

Тихомирова В.В. Адресная социальная помощь в системе социальной защиты населения. Сыктывкар: Коми научный центр РАН, 2013. 138 с.

Феоктистова О.А., Андреева Е.И., Фокина Т.В. Зарубежный опыт использования единого реестра получателей социальной помощи и перспективы создания такого реестра в России // Бухгалтерский учет в бюджетных и некоммерческих организациях. 2016. № 18. С. 29–39.

Targeted Social Aid: History, Modernity, Perspectives



Olga Karpenko

Associate Professor, Department of Labour and Social Welfare Law, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: okarpenko@hse.ru.



Olga Pavlovskaya

Associate Professor, Department of Labour and Social Welfare Law, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: olga.pavlovskay@hse.ru.



Abstract

Targeted social support as a kind of state social assistance represents an academic and practical interest, especially in terms of addressing Russian and foreign experience. The interest is determined on the one hand by the recent changes in legal regulation as to the large scale social assistance to low-income citizens, on the other hand, a serious need to intensify tackling poverty. Unstable material condition of citizens and limited state funds make the state create new opportunities to modernize the current system of rendering social assistance to low-income citizens which are regarded as poor in Russia. In the modern conditions, determining the level of poverty which is formally considered as a ground to get a social support is a relevant but not sufficient element of targeted social assistance and does not reflect the principle of addressed allowance. This type of assistance is available for a wide range of people, which does not strengthen the mechanism of tackling poverty and efficient distribution of material resources. In this regard, the authors express the opinion on the necessity to apply the foreign experience to determine the approaches in terms of providing social assistance to the poor. The research arrives at the conclusion that the current Russian practice of rendering targeted social support to the poor, which is based on the principles of social contract, is far from being perfect due to two interrelated causes. First, there is a necessity to assess objectively the number of the potential participants of the targeted aid program participants with who social contracts are to be made. Secondly, the social contract as a form of providing targeted social support is still not absolutely available in terms of the availability of information. The authors argue that an important step in solving this

problem will be a single register of the recipients of the measures of social support to identify, inform and register the most needy citizens.



Keywords

targeted social aid, state support, low income citizens, social contract, unitary register of recipients, poverty.

Citation: Karpenko O.I., Pavlovskaya O.Yu. (2018) Targeted Social Aid: History, Modernity, Perspectives. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 78–91 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.78.91



References

Agashev D.V. (2011) *Pravo sotsial'nogo obespecheniya*. [Social security law]. Tomsk: TUSUR, 180 p. (in Russian)

Belyaninova Yu.V. (2009) *Kommentariy k Federal'nomu zakonu ot 17 iyulya 1999 g. № 178-FZ «O gosudarstvennoy sotsial'noy pomoshchi»* [Commentary to Federal Law no 178-FZ On State social aid]. Saratov: IPR Media, 176 p. (in Russian)

Buyanova M.O. (2016) Gosudarstvennaya sotsial'naya pomoshch' [State social aid]. *Pravo sotsial'nogo obespecheniya* [Social security law] Yu.P. Orlovskiy (ed.). Moscow: Yurayt, p. 416–421.

Dubenko O.S. (2016) Sotsial'nyy kontrakt kak novyy vid sotsial'noy pomoshchi [Social contract as a social aid]. *Kadrovik*, no 10, p. 53–59.

Feoktistova O.A., Andreeva E.I., Fokina T.V. (2016) Zarubezhnyy opyt ispol'zovaniya edinogo reestra poluchateley sotsial'noy pomoshchi i perspektivy sozdaniya takogo reestra v Rossii [Foreign experience of applying single register for the applicants to social aid and the perspectives of such register in Russia]. *Bukhgalterskiy uchet v byudzhethnykh i nekommercheskikh organizatsiyakh*, no 18, p. 29–39.

Kozhevnikov D.E. (2010) Mezhdunarodnyy opyt regulirovaniya pomoshchi bednym [International experience of regulating aid for the poor]. *Yuridicheskiy mir*, no 5, p. 25–28.

Lazareva S.I. (2013) Adresnaya pomoshch' kak novaya forma podderzhki nuzhdayushchikhsya v gorodakh Rossii na rubezhe XIX–XX vv. [Targeted aid as a new form of supporting the needy in Russian cities at the turn of 19th and 20th centuries]. *Vestnik DVO RAN*, no 4, p. 41–50.

Lushnikova M.V., Lushnikov A.M. (2009) *Kurs prava sotsial'nogo obespecheniya* [Course of social security law]. Moscow: Yustitsinform, 656 p. (in Russian)

Novikov V.V., Fomin A.A. (2014) Sotsial'naya pomoshch' kak ob'ekt pravovogo regulirovaniya: obshcheteoreticheskiy i pravovoy aspekty [Social aid as a subject matter of legal regulation]. *Leningradskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 4, p. 229–235.

Ovcharova L.N. Sotsial'naya pomoshch' stanovitsya bessmyslennoy [Social aid is getting meaningless]. Available at: <https://lenta.ru/articles/2017/03/16/unique/> (accessed: 1.09.2017)

Prokof'eva L.M. *Razlichiya podkhodov k okazaniyu adresnoy sotsial'noy pomoshchi i sub"ektakh Rossiyskoy federatsii i perspektivy vvedeniya sistemy sotsial'nogo kontrakta* [Approaches to rendering targeted social aid in the RF and the perspectives of introducing the system of social contract]. Available at: <http://www.demoscope.ru/weekly/knigi/issledovanie/pdf/prokofeva%20.pdf> (accessed: 1.09.2017)

Rimashevskaya N.M. (ed.) (1999) *Adresnaya sotsial'naya pomoshch': teoriya, praktika, eksperiment* [Targeted social aid: theory, practice, experiment]. Moscow: ISPN RAN, 256 p. (in Russian)

Ryabova E.N. (2011) *Adresnaya sotsial'naya pomoshch'* [Targeted social aid]. *Uchenye zapiski rossiyskogo gosudarstvennogo universiteta*, no 10, p. 13–18.

Smirnov S.N., Kolosnitsyn I.V. (2000) *Sotsial'nye obyazatel'stva gosudarstva: sokraschenie ili restrukturizatsiya?* [Social obligations of state: reduction of restructuring]. *Mir Rossii*, no 1, p. 139–181.

Tikhomirova V.V. (2013) *Adresnaya sotsial'naya pomoshch' v sisteme sotsial'noy zashchity naseleniya* [Targeted social aid in the system of social protection of citizens]. Syktyvkar: Komi nauchnyy tsentr — GurO RAN, 138 p. (in Russian)

Совместная физическая опека или определение места жительства ребенка на паритетной основе?



С.В. Зыков

младший научный сотрудник Института философии и права Сибирского отделения РАН. Адрес: 630090, Российская Федерация, Новосибирск, ул. Николаева, 8. E-mail: Zykovsv@yandex.ru



Аннотация

В статье рассматриваются отношения между родителями при их раздельном проживании по поводу определения места жительства ребенка в судебном порядке в отсутствие соответствующего соглашения. Целью работы является определение основных черт юридического института, аналогичного зарубежной «совместной опеке» родителей в российской системе права. При этом использованы методы социологической, моделирования, сравнительно-правовой. Судебное решение об определении места жительства ребенка лишь с одним из родителей вступает в коллизию с принципом их равенства, кроме того, его вынесение затруднено практически, поскольку возможности суда получить достоверную информацию об отношениях в семье крайне ограничены. В судебной практике по спорам об определении места жительства ребенка наблюдается необоснованный перекосяк в пользу оставления ребенка с матерью, что не соответствует нормам и принципам семейного права. Исследователи семьи — социологи и психологи — отмечают пагубность такого подхода и, основываясь на зарубежном опыте, предлагают установить «совместную физическую опеку» родителей при их разводе в России. В контексте российской системы права предлагается определить соответствующие отношения как определение места жительства ребенка на паритетной основе. Кроме того, необходимо определить условия (касающиеся волеизъявления и фактических обстоятельств), при которых возможно применение такого правила. Такими условиями должны быть: желание каждого из участников спора заниматься воспитанием ребенка; наличие у них сложившихся с ребенком отношений; отсутствие факта лишения родительских прав или ограничения в них; наличие у каждого из родителей возможности заниматься ребенком соответствующее время; их место жительства не должно быть удалено от центра сложившихся интересов ребенка. Действия, препятствующие установлению данного режима (например, перемена жительства родителя, проживающего с ребенком, без обоснования его интересами), должны считаться злоупотреблением правом. Применение указанного режима не противоречит действующему законодательству, поэтому во внесении изменений в Семейный кодекс формальной необходимости нет. Тем не менее такие изменения целесообразны, и, поскольку такой подход является принципиально новым для нашей правовой системы, существует необходимость четко определить условия его использования судами.



Ключевые слова

семейное право, Семейный кодекс, права родителей, принципы семейного права, осуществление родительских прав, равенство прав родителей, наилучшие интересы ребенка, развод, споры о детях, место жительства ребенка, совместная физическая опека.

Библиографическое описание: Зыков С. В. Совместная физическая опека или определение места жительства ребенка на паритетной основе? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 92–111.

УДК: 347. 634/637

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.78.92.111

Российская правовая система исходит из конституционного принципа равенства мужчины и женщины (ч. 3 ст. 19 Конституции Российской Федерации), который проявляется в семейном праве в форме равенства прав супругов в семье (п. 3 ст. 1 Семейного кодекса Российской Федерации¹ (далее — СК РФ)). Равные права родителей по воспитанию детей также получили непосредственно закрепление в ч. 2 ст. 38 Конституции, исходя из чего равенство прав родителей закреплено и в федеральном семейном законодательстве (п. 1 ст. 61 СК РФ).

При этом первое правило (равенство супругов) закреплено в качестве принципа (основных начал) семейного права, а второе — общей нормой, хотя и не имеющей специального правила, регулирующего родительские отношения, которое можно было бы ей противопоставить. В то же время их конституционная основа является единой. Поэтому, например, Л.М. Пчелинцева при рассмотрении реализации принципа равенства супругов в семье приводит² и норму ст. 61 СК РФ, которая распространяется уже не на собственно супружеские, а на родительские отношения. Такой подход находит поддержку у исследователей, считающих необходимым распространить принцип равенства на родителей как разведенных, так не состоявших в браке³. Другие авторы проводят связь равенства прав родителей с нормой о равенстве супругов в семье применительно к вопросам материнства, отцовства, воспитания и образования детей (п. 2 ст. 31 СК РФ)⁴, хотя исходя из содержания данной нормы скорее можно согласиться с авторами, связы-

¹ Семейный кодекс Российской Федерации от 29. 12. 1995 № 223-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

² Пчелинцева Л.М. Семейное право России. М., 2012. С.32.

³ Тарусина Н.Н. О принципах семейного права // Вестник Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова. Серия: Гуманитарные науки. 2011. № 3. С. 62.

⁴ Кулаков В.В. Принципы семейного права // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 5. С. 16.

вающими ее со ст. 64 СК РФ⁵, определяющей порядок осуществления родительских прав.

Таким образом, равенство прав родителей, являясь нормой права на уровне федерального закона, имеет явные признаки принципа (основополагающего начала) семейного права, по меньшей мере, применительно к юридическому институту (подотрасли) отношений родителей и детей. Можно в связи с этим упомянуть и общеотраслевой принцип равенства перед законом (также восходящий к Конституции), применяемый в семейном праве как предоставление участникам семейных правоотношений равных (в том числе независимо от пола) возможностей защиты своих прав и интересов⁶.

Обращаясь к нормам, касающимся определения места жительства детей при раздельном проживании родителей (п. 3 ст. 65 СК РФ), которые обязывают учитывать интересы детей и другие обстоятельства, следует отметить, что гендерно-асимметричными они отнюдь не являются, и соответственно должны применяться исходя из указанных выше принципов.

Аналогичные подходы содержатся в международном праве, так, ст. 9 Конвенции ООН о правах ребенка⁷ обязывает при решении вопроса о проживании ребенка с родителями придерживаться критерия «наилучших интересов ребенка». Европейский суд по правам человека также последовательно применяет эту концепцию (child's best interests), в том числе против государств, которые применяют иные подходы. Например, в прошедшем году было принято решение против Украины, высшие судебные органы которой ранее давали разъяснения, что ребенок передается ребенку отцу только в «исключительных обстоятельствах»⁸. Последняя формулировка заимствована из п. 6 Декларации прав ребенка⁹ (далее — Декларация), согласно которой не допускается разлучение ребенка с матерью кроме случаев, когда есть исключительные обстоятельства. На неприменимость указанного правила Декларации, кстати, указывали ранее украинские специалисты. Так, Ю.М. Стусова отмечала: поскольку Декларация, принятая резолюцией Организации Объединенных Наций, не является международным договором

⁵ Кузнецова О.В. Принципы семейного права // Вестник Челябинского государственного университета. Серия: Право. 2003. Т. 9. № 2. С. 74.

⁶ Там же. С. 73.

⁷ Одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20.11.1989 // Сборник международных договоров СССР. Выпуск XLVI. 1993.

⁸ CASE OF M.S. v. UKRAINE, № 9070/14 [Электронный ресурс]: // [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%222091/13%22\],%22sort%22:\[%22EMPTY%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-175140%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%222091/13%22],%22sort%22:[%22EMPTY%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-175140%22]}) (дата обращения: 21.01.2018)

⁹ Принята резолюцией 1386 (XIV) Генеральной Ассамблеи ООН от 20. 11. 1959 [Электронный ресурс]: // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/childdec (дата обращения: 21.01.2018)

согласно Венской конвенции о праве международных договоров и закона Украины «О международных договорах Украины» (в отличие от Конвенции «О правах ребенка»), ее нормы носят рекомендательный характер и не могут считаться частью национального законодательства; более того, если все же применять эту норму, то очень спорно ее толкование, которого, в большинстве случаев, придерживаются украинские суды: невозможность «разлучения» ребенка с матерью не обязательно следует понимать как обязанность определить место жительства именно с ней, поскольку она не лишается возможности общаться с ребенком и при отдельном от него проживании¹⁰.

К сожалению, неправильное применение этой нормы актуально и для российских судов, например, она была упомянута относительно недавно в одном из определений Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ)¹¹. При разборе данного судебного акта С.К. Жилиева совершенно справедливо отметила, что основное его содержание сводилось к необходимости учета мнения ребенка¹², действительно, ссылка была использована в «проходном» режиме, хотя странно, что в работе, целиком посвященной этому Постановлению, самостоятельная правовая позиция не получила оценки.

Российские специалисты подробно аргументировали недопустимость применения указанной нормы подобным образом. Во-первых, Декларация не является международным договором России, в отличие от Конвенции прав ребенка (иначе регулирующей данные отношения), которая имеет силу международного договора Российской Федерации и является более поздним актом. Во-вторых, неверным является вышеприведенное толкование ст. 9 Декларации: из буквального содержания нормы следует приоритет родительских прав по отношению к действиям органов публичной власти по изъятию ребенка из семьи, но вопроса о соотношении прав родителей норма не затрагивает вовсе¹³.

ВС РФ в основном акте по данному вопросу определил обязанность судов исследовать обстоятельства (возраст ребенка, его привязанность к каждому из родителей, их отношение к ребенку, их нравственные и личные качества

¹⁰ Стусова Ю. Предоставление высшими судами необоснованных преимуществ матери при решении споров об определении места жительства детей [Электронный ресурс]: // URL: http://jurliga.ligazakon.ua/blogs_article/552.htm (дата обращения: 21.01.2018)

¹¹ См., напр.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4, утвержденный Президиумом Верховного Суда Р 23.12. 2015 (определение № 45-КГ15-3) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 9. С. 23–25.

¹² Жилиева С.К. Проблемные вопросы определения места жительства детей при раздельном проживании родителей / Тенденции реформирования судебной системы, действующего уголовного и уголовно-процессуального законодательства: Сборник статей. М., 2016. С. 60–63.

¹³ Даниленков А.А. Возрастной ценз ребенка как один из способов ограничения прав отцов в РФ // Семейное и жилищное право. 2013 № 2. С. 12–14.

и т.п.¹⁴), которые в целом воспроизводят положения абз. 2 п. 3 ст. 65 СК РФ, хотя и с некоторыми отличиями. Так, если в норме закона на первом месте в перечне обстоятельств значится «привязанность ребенка к каждому из родителей, братьям и сестрам», а лишь затем «возраст ребенка», то в указанном разъяснении ВС РФ возраст стоит на первом месте. Нельзя не заметить, что такое «разъяснение» по существу меняет содержание нормы права, содержащейся в Федеральном законе.

Внесение «корректив» в нормы закона улавливается также относительно мнения ребенка: разъяснение применительно к мнению ребенка достигшего 10 лет, очевидно, следует из систематического толкования ст. 57 СК РФ (оно не является обязательным для суда); в то же время из формулировки ВС РФ можно сделать вывод, что если ребенок не достиг этого возраста, то его мнение можно не рассматривать (что требует, как минимум мотивированного отклонения), а это никак не следует из содержания двух указанных статей.

Если обратиться к практике наших судов общей юрисдикции, то она настолько «отравлена» установкой на приоритет определения места жительства ребенка с матерью, что некоторые авторы предлагают отнести ее к правовым обычаям¹⁵. Таким образом, при декларированном в законе равенстве родителей на практике равенства в этом вопросе не наблюдается.

Факт перекоса в современной российской системе права по этому вопросу уже не одно десятилетие назад был отмечен специалистами в области психологии, которые в авторитетном юридическом издании опубликовали две, в определенной мере друг друга дополняющие статьи. В первой отмечался факт вынесения 90–95% решений в пользу матери. После опроса судей автор статьи сделал вывод, что это результат их осознанной установки «мать больше любит своего ребенка» (насколько такая позиция основана на законе, естественно, осталось за пределами рассмотрения). При этом в статье указывается, что при биологической привязанности к матери в малолетнем возрасте ребенок со временем (особенно после 7–10 лет) все более нуждается в «духовном» общении с отцом¹⁶.

В следующем номере была опубликована статья, содержащая элементы дискуссии с предыдущей¹⁷. Автор, также психолог, разделяя недопустимость

¹⁴ Пункт 5 Постановления Пленума Верховного Суда России от 27. 05. 1998 № 10 «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей» // Российская газета. 10.06.1998.

¹⁵ *Панарина М.М.* Правовой обычай как источник семейного права // Семейное и жилищное право. 2016. № 1. С. 19.

¹⁶ *Панасюк А.* Кому передать на воспитание ребенка? Об одном стереотипе судебных решений // Российская юстиция. 1996. № 9. С. 53–54.

¹⁷ *Драгунская Л.* Кому передать на воспитание ребенка? Против любых стереотипов судебных решений // Российская юстиция. 1996. № 10. С. 51–52.

стереотипов в определении судьбы ребенка после развода родителей, считает необходимым для решения его судьбы использовать результаты психологической экспертизы. По его мнению, подлежат исследованию сходство темпераментов родителей и ребенка; психологический облик бывших супругов (в том числе определить, кто является инициатором развода, исходя из справедливого соображения, что человек, склонный к разрыву, менее способен на созидательные отношения, в которых объективно нуждается ребенок); выявление мотивов, по которым родитель настаивает на передаче ему ребенка (нет ли среди них мести бывшему супругу — тоже, на наш взгляд, очень справедливое соображение). Непосредственно затрагивая аспект правового регулирования, автор отмечает, что должна быть возможность пересмотра ранее вынесенного решения об определении места жительства ребенка, поскольку его отношения с родителями не являются раз и навсегда определенными, они динамичны, следовательно, должна быть возможность пересмотра и формы правоотношений. Заметим, что последнее предложение, по крайней мере, частично (и то — мимоходом) реализовано в судебной практике. Так, ВС РФ указал в обзоре на необоснованность отказа в принятии искового заявления об определении места жительства ребенка со ссылкой на ранее вынесенное решение, когда из заявления усматривается, что изменились фактические обстоятельства, условия воспитания детей, служившие основанием ранее предъявленного иска, поскольку отношения носят длящийся характер¹⁸. Но на этом список реализации идей, высказанных более двух десятилетий назад, собственно, исчерпывается.

Казалось бы, соображения, касающиеся значения доказательств, исходящих от экспертов-психологов в спорах об определении места жительства ребенка, бесспорны и самоочевидны. Тем не менее лица, занимающиеся правоприменительной практикой судов, отмечают, что в заседаниях исследуются заключения и объяснения сотрудников органов опеки и попечительства, показания свидетелей, используется жизненный опыт самих судей, одним словом — все, что угодно, при том что психологи привлекаются лишь «иногда», а решения принимаются и вопреки их заключениям¹⁹. Отмечается шаблонный подход к применению такого критерия, как возраст ребенка (практически всегда малолетство приводит к оставлению ребенка с матерью), при том, что динамические изменения, связанные с взрослением и социализа-

¹⁸ См.: Обзор практики разрешения судами споров, связанных с воспитанием детей, утвержден Президиумом Верховного Суда РФ 20. 07. 2011 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2012. № 7.

¹⁹ Черных Е.Ю. Проблемы применения психологических критериев в судебных спорах об определении места жительства детей при раздельном проживании родителей / От истоков к современности. 130 лет психологического общества при Московском университете: сборник материалов. М., 2015. С. 151.

цией ребенка, отнюдь не предопределяющие такого практического вывода, подробно исследовались в отечественной психологии. В целом проблема отторжения судебной системой психологической стороны вопроса носит системный характер²⁰.

Заметим, что не следует обвинять именно суды первой инстанции. По данной категории споров ВС РФ, по сути, устанавливает приоритет такого доказательства, как акты обследований органов опеки и попечительства, ориентирует на их первоочередное исследование нижестоящими судами, неоднократно делая акцент на них в своих разъяснениях²¹. Возможность выяснения мнения самого ребенка также, по существу, обусловливается согласием органов опеки и попечительства: суд должен запросить их мнение, не окажет ли неблагоприятного воздействия на ребенка его присутствие в суде²². При этом Суд в ходе анализа судебной практики указывает, что нередко заключения составляются указанными органами «формально» («не содержит данных, характеризующих отношения в семье между родителями, между ними и ребенком, личностные качества родителей, данных о привязанности ребенка к каждому из родителей, о результатах общения с несовершеннолетним ...»). Работники органов опеки и попечительства отнюдь не всегда имеют психологическое образование (среди необходимых требований среди других скромно значатся «основы возрастной и социальной психологии»²³), поэтому оценить указанные вопросы, требующие психологических знаний и опыта, да еще в сжатые сроки, отводимые на составление акта обследования, для них было бы выходом за пределы компетентности. Можно было бы объяснить позицию Суда тем, что отнюдь не везде можно найти специалистов в области психологии, но, во-первых, в современной России это профессия все же не самая раритетная, а во-вторых, почему бы все-таки не обозначить значение их заключений, что не мешает в отсутствие таковых использовать иные средства доказывания.

На практике мы уже долгие годы имеем явный перекося в правоприменении по спорам об определении места жительства ребенка; по справедливо-

²⁰ Там же. С. 152.

²¹ См. напр.: п. 2, 3 Постановления Пленума Верховного Суда России от 27.05.1998 № 10 «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей» // Российская газета. 10.06.1998; разделы «Участие органов опеки и попечительства в рассмотрении дел» и «Выводы» в Обзоре практики разрешения судами споров, связанных с воспитанием детей // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 7.

²² См.: п. 20 Постановления Пленума Верховного Суда России № 10 «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей» // Российская газета. 10.06.1998.

²³ Приказ Министерства труда и социальной защиты Российской Федерации от 18.11.2013 № 680 «Об утверждении профессионального стандарта «Специалист органа опеки и попечительства в отношении несовершеннолетних»» // Российская газета. № 9. 17.01.2014.

му замечанию, фактически имеет место «дискриминация мужчин»²⁴ в этом вопросе. Этот факт является общеизвестным, и в учебной литературе отмечается, что такие решения нередко «должным образом не мотивированы и принимаются в пользу матери независимо от подлежащих учету обстоятельств, что представляется ошибочным как с учетом требования закона, так и с точки зрения здравого смысла»²⁵. Конечно, автор учебника далее указывает на возможность оспаривания таких решений ... а что еще можно написать в этой ситуации будущим юристам?

Некоторые авторы предлагают искать решение улучшения судебной практики в дополнительной профессиональной подготовке судей²⁶. По нашему мнению, нет оснований предполагать недостаточную компетентность судей: дела данной категории являются распространенными, интеллектуально и профессионально развитый человек не может не освоить вопросы, с которыми он работает постоянно. Полагаем, проблема носит системный характер и заключается она в ограниченном поле вариантов принятия решений при заведомой неполноте информации о семейной жизни, которая по определению крайне закрыта для лиц, не являющихся участниками отношений, сами же участники воспринимают эти отношения крайне субъективно. В такой ситуации человек, который вынужден принимать решение, принимает его исходя из стереотипов.

Неадекватность такого подхода осознается современными социологами и психологами–исследователями семьи. Констатируется пагубность и необратимость последствий изоляции ребенка от отца (в том числе в силу феминизации образовательных учреждений), к которым приводит правоприменение²⁷.

В ходе социологических опросов выясняется, что российские подростки включают в состав семьи отцов, с которыми их матери разведены²⁸, что все больше отцов стремятся отстоять место проживания ребенка с ними²⁹. Отмечается, что сложившийся в 1930-х годах на Западе (не без влияния фрейдизма) стереотип оставления ребенка с матерью уже в 1960-х годах сменился концепцией «наилучших интересов ребенка», предполагающей различные

²⁴ Шелютто М.Л. Реализация конституционных принципов семейного права в российском законодательстве // Журнал российского права. 2013. № 12. С. 57.

²⁵ Пчелинцева Л.М. Указ. соч. С. 341.

²⁶ Тарусина Н.Н., Исаева Е.А. Мужчина и женщина как субъекты брачного права: равенство, неравенство и антиравенство возможностей // Вестник Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова. Серия: Гуманитарные науки. 2010. № 3. С. 62.

²⁷ Шевченко И.О. Институт отцовства: актуальные проблемы в ходе социологических исследований // Вестник РГГУ. Серия: Философия. Социология. Искусствоведение. 2010. № 3. С. 284.

²⁸ Гурко Т.А. Брак и родительство в России. М., 2008. С. 61.

²⁹ Там же. С. 236.

формы устройства ребенка после развода, в том числе систему, при которой ребенок живет по возможности с каждым из родителей. Такая практика получила закрепление в праве большинства штатов США, в Канаде, а также во многих странах Евросоюза, в том числе в Германии, Швеции, Австрии³⁰. Соответственно предлагается «прописать различные варианты опеки», включая «совместную физическую опеку», когда ребенок проживает часть времени у другого родителя³¹.

Российские социологи также ссылаются на опыт зарубежных коллег. Так, поскольку введение совместной опеки разведенных родителей в 1998 году в Германии (в качестве общего правила, ограничено она применялась и ранее) сопровождалось бурными дискуссиями, включая протесты ряда женских организаций, по государственному заданию было проведено масштабное социологическое исследование. Оно показало, что совместная опека, обеспечивая общение ребенка с обоими родителями, смягчает для него последствия их развода, а также способствует конструктивному общению родителей в интересах ребенка³².

В то же время на основе исследований американских социологов делается вывод, что «поверхностное» общение с отцом не приносит пользы, поскольку отцы, не проживающие с детьми, опасаются выдвигать детям требования (включая необходимые и обоснованные), чувствуя нестабильность отношений³³.

Очевидно, что эти выводы легко переносятся в наши условия применительно к «отцам выходного дня», с учетом в том числе фактического бездействия правовых механизмов защиты крайне ограниченных возможностей общения отца с ребенком. Как отмечает признанный специалист в семейном праве А.М. Нечаева, «сам факт раздельного проживания родителей умалывает родительские права того, кто живет отдельно от ребенка»³⁴. Единственное, что следует здесь уточнить: «умаление» происходит не вследствие раздельного проживания родителей как такового, а вследствие проживания ребенка лишь с одним из родителей; акцент надлежит делать не на первой, а на второй части утверждения, неизбежности здесь нет. При этом справедливо отмечается, что приставу-исполнителю крайне трудно обеспечивать ребенку разовые встречи с отдельно проживающим родителем. Это позволяет

³⁰ Там же. С. 238–239.

³¹ Там же. С. 248.

³² Николаева Я.Г. Отцовство после развода: обзор исследований зарубежных ученых / Актуальные проблемы семей в России. М., 2006. С. 176–177.

³³ Там же. С. 180–181.

³⁴ Нечаева А.М. Право ребенка на общение с обоими родителями // Ученые записки Российского государственного социального университета. 2010. № 4. С. 11.

родителю, у которого находится ребенок, противодействовать таким встречам, тогда как «закон практически беспомощен»³⁵. Заметим, что исполнение решения суда, которым определялись бы не встречи на немногие часы (которые, как правило, выпадают на выходные дни или на нерабочее для приставов-исполнителей время будней), а полноценный переезд ребенка ко второму родителю, имело бы значительно большие шансы на исполнение.

Конечно, нуждаемость ребенка в матери очевидна. Но исследователи семейных отношений опровергают стереотип о том, что отец нужен главным образом, мальчику: отец играет важнейшую роль в жизни ребенка независимо от пола³⁶. При этом в рамках распространенной социологической модели «громкого» развода мать часто препятствует общению ребенка с отцом; по данным исследований, «российская практика такова, что мать имеет полную возможность манипулирования ребенком»³⁷. Потребность ребенка в отце со временем только возрастает, а перерыв в общении или его эпизодичность наносят очевидный ущерб возможностям отца как родителя. Определение места жительства ребенка на паритетной основе решило бы эту проблему, соответственно уменьшая ее негативные последствия. Можно сказать, что критика отсутствия института, аналогичного «совместной опеке», является общепринятым местом у исследователей современной российской семьи; на это как на негативный фактор указывается и в исследованиях, сосредоточенных и на иных вопросах³⁸.

Разумеется, у социологов встречаются ошибки при оценке зарубежных правовых реалий. Например, один из указанных исследователей (из соображений корректности избежим его упоминания и цитирования) приводит в качестве примера стран с системой совместной опеки Финляндию. Однако в ней под совместной опекой по сути понимается лишь сохранение при разводе родителей их статуса законных представителей ребенка — состояния, обозначаемого при рассмотрении зарубежного законодательства как «совместная юридическая опека» (аналогично тому, как в российском праве проживающий отдельно родитель, не лишенный родительских прав и не ограниченный в них, сохраняет родительские правомочия согласно п. 1, 4 ст. 66 СК РФ). Определение прав родителей как «совместной опеки» в праве Финляндии не предопределяет вопроса о месте жительства детей — оно, как правило,

³⁵ Там же. С. 12.

³⁶ Шевченко И.О. Указ. соч. С. 281–282.

³⁷ Шевченко И.О. Ситуация после развода: отцы и дети // Социологические исследования. 2015. № 3. С. 70–77.

³⁸ Белякова Е.Ю. Тенденции брачности и разводимости / Актуальные проблемы истории, теории и технологии социальной работы сборник научных статей. Новочеркасск, 2016. С. 25; Карельская Л.П. Тенденции развития современного института отцовства // Наука и образование: современные тренды. 2015. № 10. С. 34.

определяется лишь с одним из родителей. Другой вопрос заключается в том, что статистика определения с матерью/отцом несопоставима с нашей: соотношение (по данным одного из финских судей) составляет 60: 40³⁹.

В юридической литературе исследование концепция этого подхода получило значительно меньшее распространение. Мы может указать только на А.А. Даниленкова, который также придерживается термина «совместная физическая опека»⁴⁰. Такая терминология, по нашему мнению, простительная социологам, нежелательна в российском праве. Согласно ст. 2 Федерального закона от 24.04.2008 № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве»⁴¹, опека, как и попечительство, являются формами устройства. К детям они применяются согласно п. 1 ст. 154 СК РФ, если они остались без попечения родителей. Данные отношения имеют очевидное сходство с родительскими: опекуны (попечители) несовершеннолетних имеют право и обязаны воспитывать ребенка, заботиться о его здоровье, физическом, психическом, духовном и нравственном развитии (п. 6 ст. 148.1 СК РФ), но однозначно от них отделены. О «совместной опеке» в нашей правовой системе можно говорить, когда, исходя из интересов ребенка, ему назначают нескольких опекунов (попечителей), например при устройстве в приемную семью (ч. 7 ст. 10 Федерального закона «Об опеке и попечительстве»).

Указанный автор, понимая это, дополняет термин характеристикой *физическая*, имея в виду «доминирующий физический и морально-психологический контроль и влияние в отношении ребенка»⁴². Однако если предложение сводится к особому порядку определения места жительства ребенка, а именно к проживанию с обоими родителями, почему не назвать явление своими именами в понятиях российского права? «Совместная физическая опека» — буквальный перевод из права зарубежного, пусть она остается в сравнительном правоведении, в нашем случае корректнее говорить об определении места жительства ребенка на паритетных условиях.

О форме выносимых в рамках данного правового механизма решений следует отметить следующее. Поскольку после развода родителей лично-доверительный (фидуциарный) характер их отношений утрачен, паритетное проживание у них ребенка будет носить не «совместный», а долевой характер. Суд должен будет четко определить, исходя из принципа равенства родителей, равное время, проводимое с каждым из них ребенка — дни недели (с указанием времени, места и порядка его передачи другому родителю).

³⁹ [Электронный ресурс]: //URL: <http://www.online812.ru/2009/10/27/023/> (дата обращения: 21.01.2018)

⁴⁰ Даниленков А.А. Указ. соч. С. 10.

⁴¹ СЗ РФ. 2008. № 17. Ст. 1755.

⁴² Даниленков А.А. Указ. соч. С. 10.

Внешне решение будет напоминать решение о порядке общения с отдельно проживающим родителем. Как известно, в этом случае Верховный Суд России нацеливает суды на определение порядка такого общения (время, место, продолжительность общения и т.п.) с изложением его в резолютивной части решения⁴³. Разумеется, с соответствующими отличиями: в этом случае предполагается равенство времени, проводимое с каждым из родителей по их месту жительства.

Юридический состав, при котором устанавливается данный режим, должен содержать следующие условия.

1. Желание каждого из родителей заниматься ребенком в таком режиме. Подчеркнем, что речь идет именно о желании родителя воспитывать самому, а не о возражениях против этого со стороны другого родителя, которые с учетом конфликтности послеразводных отношений практически неизбежны, при этом, в большинстве случаев, носят эмоциональный характер.

Социологи отмечают появление в постиндустриальном обществе такого социального явления, как «ответственное отцовство» («новое отцовство», «вовлеченное отцовство»), заключающееся в том, что современные отцы готовы на себя брать (и берут по мере возможности и необходимости) не только обязанности по материальному обеспечению детей, но заботу об их повседневном воспитании⁴⁴. Именно на них рассчитаны предлагаемые правовые механизмы.

2. Наличие у обоих родителей сложившихся отношений с ребенком. Необходимость данного условия особенно очевидна в случае малолетства ребенка. Чтобы ребенку было комфортно жить (пусть ограниченное время) с каждым из родителей, он должен их воспринимать именно в этом качестве.

Заметим, что зарубежные правовые порядки, в которых имеется правовой режим «совместной опеки», воспринимают его как продолжение родительских отношений, сложившихся в семье. Например, согласно германскому Гражданскому уложению (*Bürgerliches Gesetzbuch*⁴⁵) родительская опека (*elterliche Sorge*) понимается как право и обязанность заботиться о ребенке ((1)§1626), наилучшие интересы которого, по общему правилу, предполагают повседневное общение (*der Umgang*) с обоими родителями ((3)§1626). При этом совместная семейная опека, установленная в браке, не прекращается авто-

⁴³ См.: п. 8 Постановления Пленума Верховного Суда России «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей» // Российская газета. 10.06.1998.

⁴⁴ Шевченко И.О. Указ. соч. С.281; Новоселов В.М. Проблемы института отцовства в России // Вестник Пермского университета. Философия. Психология. Социология. 2012. № 3. С. 176–177; Карельская Л.П. Указ. соч. С. 33.

⁴⁵ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (дата обращения: 21.01.2018)

матически с его прекращением: согласно (1)§1671 требование родителя о передаче ему ребенка может быть удовлетворено или при согласии второго родителя и ребенка, не достигшего 14 лет, или если суд по семейным делам сочтет такую передачу соответствующей наилучшим интересам ребенка. Иными словами, сохранение совместной семейной опеки (*elterliche Sorge gemeinsam*) является общим правилом. Напротив, согласно §1626а, если на дату рождения ребенка родители не состоят в браке и установление совместной опеки является крайне затруднительным, презюмируется единоличная опека матери ребенка.

На наш взгляд, нет необходимости жестко связывать предлагаемый правовой режим определения места жительства ребенка именно с браком: принцип семейного права о признании лишь брака, зарегистрированного в установленном порядке, применяется к имущественным и личным неимущественным отношениям супругов, в отношении детей его наличие влияет лишь на порядок и основания установления их происхождения. Это (с указанной клаузулой установления отцовства) прямо следует из ст. 53 СК РФ. Некоторые авторы оспаривают данный тезис, но такие возражения следует признать в очень ограниченной мере. Кроме порядка установления происхождения детей, брак оказывает влияние на родительские права несовершеннолетних родителей (из п. 2 ст. 62 СК РФ следует, что не достигшие 16 лет родители в случае вступления в брак наделяются родительскими правами в полном объеме), а также на обязательное установление правовой определенности (при расторжении брака) по вопросам определения места жительства ребенка и взыскания алиментов⁴⁶. С этими замечаниями следует согласиться, но они не отменяют общего подхода современного российского права. Поэтому совместное проживание с ребенком при отсутствии регистрации брака родителей вполне может выступать одним из оснований установления данного режима. Другой вопрос — большая сложность его доказывания (бремя которого, естественно, в данном случае будет возложена на заинтересованного родителя).

Если ребенок является малолетним, а совместное проживание было на длительный период прервано с одним из родителей в связи с их раздельным непосредственно перед разводом проживанием (что происходит нередко), может встать вопрос об экспертизе, либо об опросе ребенка с целью подтверждения восприятия отдельно проживавшего родителя в качестве такового.

3. Никто из родителей не лишен родительских прав и не ограничен в них. Это очевидно следует из назначения данных юридических институтов. Некоторые социологи, поддерживая предложения о введении «совместной опеки», со ссылками, в том числе на широкое применение в праве зарубеж-

⁴⁶ Краснова Т.В. Влияние регистрации брака на осуществление прав и исполнение обязанностей родителей // *Lex Russica*. 2016. № 10. С. 77–87.

ных государств (преимущественно западных) и на иностранные социологические исследования, указывают на необходимость ограничений, например при применении родителем насилия к ребенку⁴⁷. На наш взгляд, в этом нет необходимости: данное обстоятельство является основанием лишения родительских прав (ограничения в них), что должно подтверждаться вступившим в законную силу решением суда.

4. Возможность каждого из родителей заниматься ребенком соответствующее время. Важен первый (волевой) фактор, но, если один из родителей проводит много времени в командировках, на заработках, при невозможности для него изменить способ получения дохода, установление паритетного места жительства невозможно. Но и в такой ситуации можно найти выход, скажем, если он проживает с родственниками, супругой/супругом, которые готовы взять на себя заботу о ребенке на время его отсутствия (при условии, что у ребенка с ними сложились хорошие отношения). Разумеется, в этом случае мнение ребенка принципиально важно.

Кроме того, если долго отсутствующий родитель дома проводит также много времени, допустимо определение более длительных интервалов проживания, но очевидно, что тогда необходимо согласие другого родителя, интересы которого таким решением будут непосредственно затронуты.

5. Место жительства каждого из родителей не находится далеко от сложившихся мест жизненных интересов ребенка, прежде всего места его учебы. Понятно, что и здесь важен волевой момент: сегодня в крупных городах многие возят детей на учебу в учебные заведения, весьма отдаленные от места жительства (в «высокопоставленные» школы), да и в небольших населенных пунктах школьники нередко учатся очень далеко от дома. Если есть соответствующие возможности и желание, отдаленность не является препятствием: родитель может поменять место жительства на более близкое к месту учебы ребенка, обеспечивать доставку школьника к месту учебы (разумеется, если соответствующие обязательства нарушаются родителем, это будет основанием, как минимум, для передачи ребенка другому родителю).

Но если таких возможностей нет, например, родитель проживает в другом территориально отдаленно населенном пункте, то, конечно же, это непреодолимое препятствие для установления предлагаемого режима проживания ребенка.

Таковы условия, при наличии которых может применяться предлагаемый порядок определения места жительства ребенка.

В указанных условиях данный подход должен применяться в качестве общего, исходя из презумпции его соответствии наилучшим интересам ребенка. Отступить от него у суда должно быть право лишь в исключитель-

⁴⁷ Новоселов В.М. Указ. соч. С. 177.

ных случаях. В ином случае у сторон конфликта возникнут дополнительные мотивы «бороться за ребенка» путем в том числе его настраивания против другого родителя (с целью получить благоприятное заключение психологической экспертизы).

Это крайне разрушительное для психики ребенка явление имеет место и сейчас: родитель, с которым он проживает, нередко пользуется возможностью настроить против «воскресного» родителя, поскольку дети очень адаптивны. Побудительными мотивами являются негативные эмоции к бывшему супругу, а отдельное проживание отца дает их выплеску некое «моральное» оправдание: чтобы ребенок не переживал по поводу отсутствующего в его жизни отца. Применение же предлагаемого подхода позволило бы существенно уменьшить последствия такого воздействия, что, безусловно, соответствует долгосрочным интересам ребенка.

Изменения законодательства и (или) правоприменения должны нейтрализовать возможное недобросовестное противодействие применению юридического механизма паритетного проживания ребенка.

Так, мы не случайно указали на признак *сложившегося* места жизненных интересов ребенка: легко представить ситуацию, когда один из родителей меняет, скажем, образовательное учреждение на находящееся в другом населенном пункте ради сохранения монопольного контроля над ребенком. Полагаем, что такие действия вполне могут квалифицироваться как злоупотребление правом и служить основанием для отказа в иске об определении места жительства ребенка с недобросовестным лицом. Понятие «злоупотребление правом» прямо не используется в СК РФ (за исключением п. 2 ст. 56, в которой по существу говорится не о злоупотреблении правом в общепринятом понимании, а о нарушении исполнения обязанностей). Однако возможность такой квалификации действий субъекта прямо вытекает из определения пределов семейных прав (осуществление семейных прав не должно нарушать права других лиц — абз. 2 п.1 ст. 7 СК РФ) и из возможности субсидиарного применений гражданского законодательства. Если указанные действия совершены в период рассмотрения спора или непосредственно до подачи соответствующего иска (например, в течение 6 месяцев), то суду должно быть предоставлено право определить место жительства ребенка по месту жительства родителя, который подобных действий не совершал.

Разумеется, эта оговорка может применяться только если речь идет о недобросовестных действиях, не обусловленных интересами ребенка. Образовательное учреждение может быть изменено, например, из-за того, что у ребенка не сложились в нем отношения. Если имели место подобного рода обстоятельства, и новое образовательное учреждение выбрано разумно (например, в пределах того же населенного пункта), то вопрос о паритетном ме-

сте жительства должен решаться исходя из возможности второго родителя полноценно воспитывать ребенка в изменившихся условиях.

Каковы санкции при неисполнении одной из сторон такого решения суда в нашей правовой системе? Подобная проблема возникает в случае препятствования общению с ребенком со стороны родителя, совместно с ним проживающего, отдельно проживающему родителю. Как уже отмечалось, фактически возможности защиты прав отдельно проживающего родителя ограничены. Как известно, в разъяснениях ВС РФ говорится о возможности применения санкции, предусмотренной п. 3 ст. 66 СК РФ, при невыполнении решения суда или создания препятствий для его исполнения, несмотря на применение к виновному родителю предусмотренных законом мер⁴⁸. Под последними, очевидно, имеются в виду меры административной ответственности, доказательства применения которых должны быть предъявлены суду. В то же время в учебнике для юристов говорится исключительно о «важном психологическом значении этой нормы» (в смысле воздействия на родителя, с которым проживает ребенок), об «угрозе» ее применения⁴⁹.

В то же время очевидно, что угроза может воздействовать, только если она исполнима. Заведомо нереализуемая угроза психологического воздействия на субъект не окажет. Видимо, из этих соображений вступающий с указанным автором в заочную полемику автор другого учебника профильной специальности отмечает, что психологическое воздействие нормы права «вовсе не означает, что санкция имеет исключительно превентивный характер и не может быть применена на практике»⁵⁰. Трудно не согласиться, но еще труднее найти пример *практического* применения указанной нормы (так сказать, в чистом виде, а не в ситуации, когда нерадивому родителю инкриминируется еще и создание препятствий наряду с прочими обстоятельствами, скажем, для ограничения в родительских правах). В этом правоприменителя можно понять, недаром возможность применения указанной санкции законодатель обусловил учетом интересов ребенка и его мнением: если ребенок долгое время проживал с одним из родителей, не общаясь с другим (пусть и по вине последнего), применение указанной меры явилось бы «санкцией» скорее к ребенку, чем к виновному родителю. В рамках предлагаемого правового механизма ребенок вполне адаптирован к «невинному» родителю, благодаря опыту проживания с ним. Соответственно, и применение такой санкции не будет противоречить его интересам, следовательно, она получит перспективы реализации, что, безусловно, увеличит

⁴⁸ См.: п. 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей» // Российская газета. 10.06.1998.

⁴⁹ Антокольская М.В. Семейное право: учебник. М., 2010. С. 274.

⁵⁰ Пчелинцева Л.М. Указ. соч. С. 343.

и ее психологическое воздействие и наконец-то решит крайне болезненную для нашего современного общества проблему отрыва ребенка от одного из его родителей.

Разумеется, злоупотребление возможно и с другой стороны, когда один из родителей настаивает на определении совместного места жительства не из желания полноценно заниматься воспитанием ребенка, а, например, из желания «насолить» бывшему супругу, избежать алиментов и т.п. Конечно, теоретически эти действия можно подвести под злоупотребление правом, но полноценно выявить мотивацию крайне затруднительно. Фактически злоупотребление можно выявить только при рассмотрении действий лица (в данном случае последующих): неисполнение без уважительных причин решения о проживании с данным родителем может быть основанием не только для пересмотра самого решения, но и для применения иных мер ответственности, в том числе ограничения в родительских правах. О возможности таких последствий суд, безусловно, должен предупредить родителей, настаивающих на определении места жительства на паритетных началах.

Здесь можно провести аналогию с фиктивностью брака и браком «по расчету»: из каких бы соображений лицо ни вступало в брак, это не влечет неблагоприятных последствий в виде признания брака недействительным, если с момента его заключения отношения имели все признаки супружеских (а если таковые возникли в последующем, это, как известно, основания для санации или конвалидации брака, согласно п. 3 ст. 29 СК РФ). Такой «внешний» подход права в вопросе мотивации понятен: в семейных отношениях она слишком многоаспектна и динамична, что крайне затрудняет ее выявление. Именно поэтому основной акцент делается на поведении субъектов правоотношений.

Итак, определение места жительства ребенка на паритетной основе должно быть закреплено в качестве общего подхода при наличии указанных условий. Оно не только соответствует стандартам реализации наилучших интересов ребенка в странах, к культуре которых мы, пусть с оговорками, принадлежим, но и настоятельно востребовано российскими реалиями.

Для внедрения судебного определения места жительства ребенка на паритетной основе, строго говоря, не требуется изменений в законодательстве: в п. 3 ст. 65 СК РФ не сказано, что место жительства определяется только с одним из родителей, поэтому подход может быть закрепен в разъяснениях ВС РФ. В то же время, принимая во внимание, что деструктивный подход, недолгий по историческим меркам, успел отравить нашу реальность, а также необходимость четкого определения условий, при которых устанавливается паритетное место жительства ребенка, целесообразно внести изменения в СК РФ.



Библиография

Антокольская М.В. Семейное право: учебник. М.: Норма, 2010. 432 с.

Белякова Е.Ю. Тенденции брачности и разводимости // Актуальные проблемы истории, теории и технологии социальной работы: сборник статей. Новочеркасск: Донской государственной аграрный университет, 2016. С. 22–26.

Даниленков А.А. Возрастной ценз ребенка как один из способов ограничения прав отцов в РФ // Семейное и жилищное право. 2013 № 2. С. 10–15.

Жилыева С.К. Проблемные вопросы определения места жительства детей при раздельном проживании родителей / Тенденции реформирования судебной системы, действующего уголовного и уголовно-процессуального законодательства: сборник статей. Орел, 2016. С. 60–63.

Карельская Л.П. Тенденции развития современного института отцовства // Наука и образование: современные тренды. 2015. № 10. С. 30–38.

Краснова Т.В. Влияние регистрации брака на осуществление прав и исполнение обязанностей родителей // Lex Russica. 2016. № 10. С. 77–87.

Кулаков В.В. Принципы семейного права // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 5. С. 16–20.

Новоселов В.М. Проблемы института отцовства в России // Вестник Пермского университета. Философия. Психология. Социология. 2012. № 3. С. 176–178.

Панарина М.М. Правовой обычай как источник семейного права // Семейное и жилищное право. 2016. № 1. С. 17–20.

Пчелинцева Л.М. Семейное право России. М.: НОРМА, 2012. 720 с.

Тарусина Н.Н. О принципах семейного права // Вестник Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова. Серия: Гуманитарные науки. 2011. № 3. С. 59–63.

Тарусина Н.Н., Исаева Е.А. Мужчина и женщина как субъекты брачного права: равенство, неравенство и антиравенство возможностей // Вестник Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова. Серия Гуманитарные науки. 2010. № 3. С. 57–63.

Черных Е.Ю. Проблемы применения психологических критериев в судебных спорах об определении места жительства детей при раздельном проживании родителей / От истоков к современности. 130 лет психологического общества при Московском университете: сборник материалов. М.: Изд-во МГУ, 2015. С. 150–152.

Шевченко И.О. Ситуация после развода: отцы и дети // Социологические исследования. 2015. № 3. С. 70–77.

Шелютто М.Л. Реализация конституционных принципов семейного права в российском законодательстве // Журнал российского права. 2013. № 12. С. 56–64.

Joint Physical Custody or Determining Place of Residence of the Child on a Parity Basis?



Sergey Zykov

Junior Researcher, Institute of Philosophy and Law, Siberian Branch, Russian Academy of Sciences. Address: 8 Nikolaeva Street, Novosibirsk 630090, Russian Federation. E-mail: Zykovsv@yandex.ru

Abstract

The article examines the relationship that arises between parents in their separate residence, regarding the definition of a child's place of residence in court in the absence of any appropriate agreement. The aim of the paper is to identify the main features of the legal institution of a similar foreign "joint custody" of parents in the Russian legal system. For the research, the following methods were used: sociological, modeling, comparative legal one. The court decision to determine the place of residence of a child with only one of the parents is in a certain conflict with the principle of their equality. Besides, this implementation is difficult in practice, since the court's ability to obtain reliable information about relations within family is extremely limited. In the judicial practice of disputes over the determination of the place of residence of the child, there is an unjustified bias in favor of the abandonment of the child with the mother, which, of course, does not comply with the rules and principles of family law. Family researchers — sociologists and psychologists note the detrimental nature of this approach and, based on foreign experience, propose to establish principle of "joint physical custody" of parents during their divorce in Russia. In the context of the Russian legal system, it is proposed to check the corresponding relations as the definition of the place of residence of the child on a parity basis. In addition, it is necessary to determine the conditions (relating to the will and actual circumstances) in which the application of such a rule is possible. Such conditions should be: the desire of each of the participants in the dispute to engage in the upbringing of the child; presence at them the relations developed with the child; absence of the fact of deprivation of parental rights or restriction in them; the presence of each of the parents the opportunity to engage in the child's time; their place of residence should not be removed from the center of the existing interests of the child. Actions that prevent the establishment of this regime (for example, the change of residence of a parent living with a child without justification by his interests) should be considered an abuse of the law. The application of this regime does not contradict the current legislation; therefore, there is no formal need to introduce changes into the Family Code. Nevertheless, such changes are advisable, and since such an approach is fundamentally new for our legal system and since there is a need to define clearly the conditions for its use by the judicial authorities.

Keywords

family law, Family Code, rights of parents, principles of family law, exercise of parental rights, equality of rights of parents, best interests of the child, divorce, disputes about children, place of residence of the child, joint physical custody.

Citation: Zykov S.V. (2018) Joint Physical Custody or Determining Place of Residence of the Child on Parity Basis? *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 92–111 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.78.92.111

References

Antokolskaya M.V. (2010) *Semeynoe pravo* [Family law]. Moscow: Norma, 432 p. (in Russian)

Belyakova E.U. (2016) Tendentsii brachnosti i razvodimosti [Marriage and divorce trends]. *Aktualnyie problemy istorii, teorii i tehnologii sotsialnoy raboty: sbornik nauchnykh statey*. Novocherkassk: University, p. 22-26.

Chernyikh E.Yu. (2015) Problemy primeneniya psichologicheskikh kriteriev v sudebnykh sporah ob opredelenii mesta zhitelstva detey pri razdelnom prozhivanii roditeley [Applying

psychological criteria in litigious disputes about the residence of children in the case of separate residence of parents]. *Ot istokov k sovremennosti: sbornik materialov* [From the beginnings to the present: a collection of materials]. Moscow: MGU Press, p. 150–152.

Danilenkov A.A. (2013) Vozrastnoy tsenz rebyonka kak odin iz sposobov ogranicheniya prav ottsov v RF [Age qualification of the child as one of the ways of limiting the rights of fathers in the Russian Federation]. *Semeynoe i zhilischnoe pravo*, no 2, p. 10–15.

Karelskaya L.P. (2015) Tendentsii razvitiya sovremennogo instituta ottsovstva [Trends in the development of the modern institution of paternity]. *Nauka i obrazovanie: sovremennyye trendy*, no 10, pp. 30–38.

Krasnova T.V. (2016) Vliyaniye registratsii braka na osuschestvleniye prav i ispolneniye obyazannostey roditeley [The effect of marriage registration on exercising rights and fulfilling duties of parents]. *Lex Russica*, no 10, pp 77–87.

Kulakov V.V. (2017) Printsipyi semeynogo prava [Principles of Family Law]. *Aktualnyye problemy rossiyskogo prava*, no 5 (78), pp. 16–20.

Novoselov V.M. (2012) Problemyi instituta ottsovstva v Rossii [Problems of the institute of paternity in Russia]. *Vestnik Permskogo universiteta. Filosofiya. Psihologiya. Sotsiologiya*, no 3, p. 176–178.

Panarina M.M. (2016) Pravovoy obyichay kak istochnik semeynogo prava [Legal custom as a source of family law]. *Semeynoe i zhilischnoe pravo*, no 1, pp. 17–20.

Pchelintseva L.M. (2012) Semeynoe pravo Rossii. [Family law of Russia]. Moscow: NORMA, 720 p. (in Russian)

Shelyutto M.L. (2013) Realizatsiya konstitutsionnykh printsipov semeynogo prava v rossiyskom zakonodatelstve [Realization of the constitutional principles of family law in the Russian legislation]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 12, pp. 56–64.

Shevchenko I.O. (2015) Situatsiya posle razvoda: ottsy i deti [The situation after divorce: fathers and children]. *Sotsiologicheskie issledovaniya*, no 3, p. 70–77.

Tarusina N.N. (2011) O printsipakh semeynogo prava [On the principles of family law]. *Vestnik Yaroslavskogo gosudarstvennogo universiteta. Gumanitarnyye nauki*, no 3, p. 59–63.

Tarusina N.N., Isaeva E.A. (2010) Muzhchina i zhenschina kak sub'ekty brachnogo prava: ravenstvo, neravenstvo i antiravenstvo vozmozhnostey [Man and Woman as Subjects of Marriage Law: Equality, Inequality and the Inequality of Opportunities]. *Vestnik Yaroslavskogo gosudarstvennogo universiteta. Gumanitarnyye nauki*, no 3, p. 57–63.

Zhilyaeva S.K. (2016) Problemnyye voprosy opredeleniya mesta zhitelstva detey pri razdelnom prozhivaniy roditeley [Issues of determining the place of residence of children when parents live separately]. *Tendentsii reformirovaniya sudebnoy sistemy, deystvuyushchego ugolovnoy i ugolovno-protseessualnogo zakonodatelstva* [Trends of reforming current criminal legislation]. Orel: Media, pp. 60–63.

Генезис подходов к легальному и доктринальному определению уголовного проступка



С.А. Маркунцов

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



Аннотация

Понятие уголовного проступка известно отечественному законодателю и правоприменителю примерно три столетия. В дореволюционный период понятие проступка наряду с понятием преступления было закреплено в Своде законов уголовных (1832), во всех редакциях Уложения о наказаниях уголовных и исправительных (1845), в Уголовном уложении (1903). В этих нормативно-правовых актах проступки, как и преступления, рассматривались в качестве разновидности уголовно-противоправных деяний. В уголовных кодексах РСФСР (1922, 1926, 1960) понятие уголовного проступка закреплено не было. В проекте Кодекса уголовных проступков (1973), который не был принят, уголовный проступок предлагалось рассматривать как непроступное правонарушение. В 1977 г. в Основах уголовного законодательства СССР и союзных республик (1958) и УК РСФСР (1960) были введены положения о преступлениях, не представляющих большой общественной опасности. В 1990-х гг. введение уголовных проступков в качестве самостоятельной группы преступных деяний предлагалось в ряде проектов Уголовного кодекса. Проблема уголовного проступка не является новой для отечественной науки уголовного права. В уголовно-правовой доктрине дореволюционного периода выделение уголовных проступков обосновывалось делением «по роду неправды». В советской период проблема уголовного проступка стала активно обсуждаться с 1960-х гг. Большинство ученых рассматривали уголовный проступок в качестве разновидности преступления, обладающего определенной степенью общественной опасности. Распространен был подход, согласно которому под уголовным проступком понималась разновидность общественно опасного деяния, запрещаемого уголовным законом наряду с преступлением. Некоторые ученые рассматривали его в качестве деяния, вообще не являющегося уголовно-противоправным и уголовно наказуемым. В современной российской доктрине уголовного права в сущности сохранились те же три базовые позиции в вопросе определения сущности уголовного проступка. В случае реализации законодательной инициативы, оформленной в виде Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31.10.2017, в действующий Уголовный кодекс будет введено понятие уголовного проступка, под которым будет пониматься разновидность (подкатегория) преступлений небольшой тяжести.



Ключевые слова

уголовное право, уголовный проступок, категории преступлений, уголовно-противоправное деяние, непроступное правонарушение, подкатегория преступлений небольшой тяжести, Кодекс уголовных проступков.

Библиографическое описание: Маркунцов С.А. Генезис подходов к легальному и доктринальному определению уголовного проступка // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 112–132.

УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.112.132

Понятие уголовного проступка не является новым: отечественному законодателю и правоприменителю оно известно примерно три столетия¹. По утверждению Н.С. Таганцева, в нашем законодательстве первое указание на необходимость различения полицейской и уголовной неправды в законе было сделано графом М. Сперанским в изъяснениях, направленных им в Департамент законов при рассмотрении в 1824 г. проекта Уголовного уложения². Понятия преступления и проступка были закреплены в ст. 1 и 2 Книги I «О преступлениях и наказаниях вообще» Свода законов уголовных Свода законов Российской империи (1832)³. Деление на преступления и проступки производилось в зависимости от тяжести наказаний, налагаемых за их совершение. Указанные понятия получили определенное развитие с принятием Уложения о наказаниях уголовных и исправительных (1845)⁴. В Уложении была предпринята попытка дать более основательное разграничение рассматриваемым понятиям, разграничивая их не только по тяжести наказания за их совершение, но и по степени важности объектов соответствующих противоправных посягательств. Как отмечает А.А. Логецкий,

¹ А.А. Логецкий указывает, что «при Петре I появляются понятия «преступление» и «проступок», что свидетельствует о формализации сущности криминального поведения... В допетровском уголовном законодательстве преступное деяние было посягательством на частные интересы (потерпевшего), а в последующем — согрешением перед Богом, Церковью и государем». См.: Логецкий А.А. Преступление и проступок в уголовном праве XIX — начала XX веков: автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2003. С. 19.

² Таганцев Н.С. Русское уголовное право: Часть общая. Лекции. Т. 1. СПб., 1902. С. 113.

³ Так, в ст. 1 было установлено, что «всякое деяние, запрещенное законом под страхом наказания, есть преступление», а в ст. 2 указывалось — «деяния, запрещенные под страхом легкого телесного наказания или полицейского исправления, именуются в законе маловажными преступлениями или проступками, для различия от преступлений и наказаний уголовных» (*курсив наш* — С.М.). См.: Свод законов уголовных. СПб., 1832. С. 1.

⁴ Характеристике указанных понятий было посвящено четыре статьи. В частности, в ст. 1 было установлено, что «всякое нарушение закона, через которое посягается на неприкосновенность прав Власти Верховной и установленных Ею властей, или же на права или безопасность общества или частных лиц, есть преступление», в ст. 2 — «нарушение правил, предписанных для охранения определенных законом прав и общественной или же личной безопасности или пользы, именуется проступком», в ст. 3 — «за преступления и проступки, по роду и мере важности оных, виновные подвергаются наказаниям уголовным или исправительным» и в ст. 4 — «преступлением или проступком признается как самое противозаконное деяние, так и неисполнение того, что под страхом наказания уголовного или исправительного законом предписано». См.: Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года // Полное собрание законов Российской Империи. Т. 20. Отд. 1. СПб., 1846. С. 600.

«дифференциация преступных деяний была основана на различии исторически сложившихся типов криминализации: первый тип соотносился с регламентацией основных (наиболее опасных) преступлений, второй — преступлений, проступков, общественная опасность которых была актуальна на определенный период. При этом ценность охраняемого объекта экстраполировалась на норму, содержащую уголовно-правовой запрет, тем самым определялась и важность этой нормы»⁵.

Вместе с тем отметим непоследовательность указанной дифференциации исходя из анализа текста Уложения. Так, А.В. Лохвицкий писал, что хотя в Уложении и различены преступления от проступков, но... принципы такого разделения не выдерживается везде⁶. Н.С. Таганцев указывал, что «с изданием в 1864 г. Устава о наказаниях, налагаемых мировыми судьями, это различие потеряло последнюю почву... Поэтому Второе отделение Его Императорского Величества канцелярии в объяснительной записке о согласовании Уложения и Устава, ввиду практической бесполезности этих определений, предположило их исключить из Уложения; это предположение было принято первым пунктом Высочайше утвержденного мнения Государственного Совета от 27 декабря 1865 г., почему эти статьи и не вошли в издания Уложения 1866 и 1885 гг.»⁷. В обозначенных редакциях Уложении о наказаниях уголовных и исправительных из четырех обозначенных статей остались только две последние (у оставшихся статей изменилась нумерация: статья четвертая стала по нумерации первой, а третья, соответственно, — второй)⁸. Следует отметить, что, несмотря на тот факт, что законодатель отказался от более четкого разграничения преступлений и проступков, последние не рассматривались разновидностью первых⁹.

Такой подход законодателя сохранился и в Уголовном уложении (1903), в ст. 1 которого было установлено, что «преступным признается деяние, воспрещенное во время его учинения законом под страхом наказания». В соответствии со ст. 3 преступные деяния в зависимости от налагаемого за их совершение наказания делились на тяжкие преступления, преступления и

⁵ Логвицкий А.А. Указ. соч. С. 13.

⁶ Подробнее см.: Лохвицкий А. Курс русского уголовного права. СПб., 1867. С. 37.

⁷ Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 114.

⁸ Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1866 года: с дополнениями по 1 янв. 1876 г. / сост. Н.С. Таганцевым. СПб., 1876. С. 8.

⁹ Вместе с тем укажем, что «слово «преступление» не противопоставляется по Уложению слову «проступок» (см. решение Уголовного Кассационного Департамента 1868 г. № 10 по делу Григория Ефимова, напечатанное под 146 ст. Уложения)». См.: Комментарий к ст. 1 Уложения о наказаниях // Сборник статей Уложения о наказаниях, разъясненных Решениями Уголовного Кассационного Департамента Правительствующего Сената за 1866, 1867 и 1868 гг., решениями Первого и Второго Общих Собраний Правительствующего Сената и некоторыми другими решениями и указаниями / сост. Н. Шрейбер. СПб., 1869. С. 1.

проступки. Под последними понимались «преступные деяния, за которые в законе определены как высшее наказание арест или денежная пеня»¹⁰. В этом смысле ошибочным выглядит вывод Е.В. Роговой, что «Уголовное уложение 1903 года проводило категоризацию *преступлений* (курсив наш — С.М.) на три группы, среди которых группа уголовных проступков имела место»¹¹. Проступки наряду с преступлениями и тяжкими преступлениями выступали разновидностью преступных деяний. Таким образом, во всех рассмотренных выше нормативно-правовых актах проступки, как и преступления, рассматривались в качестве разновидности уголовно-противоправных деяний.

В послереволюционный период также предпринимались попытки легального закрепления понятия проступка (уголовного проступка) наряду с понятием преступления. Так, ст. 1 проекта Уголовного уложения (1918)¹² полностью воспроизводила ст. 1 Уголовного уложения (1903). По ст. 3 проекта Уголовного уложения (1918) преступные деяния в зависимости от налагаемого за их совершение наказания делились на преступления и проступки («преступные деяния, за которые в законе определено как высшее наказание лишение свободы на срок не свыше шести месяцев или денежная пеня, именуются проступками»¹³).

В уголовных кодексах РСФСР (1922, 1926, 1960) понятие проступка закреплено не было. Однако в 1970-х гг. с началом разработки проекта Кодекса уголовных проступков идея законодательного закрепления уголовных проступков была реанимирована. В ст. 5 проекта Кодекса уголовный проступок предлагалось рассматривать как непроступное правонарушение¹⁴. Впрочем, Кодекс уголовных проступков так и не был принят.

В соответствии с Указом Президиума Верховного Совета СССР от 8.02.1977 «О внесении изменений и дополнений в уголовное законодательство Союза ССР»¹⁵ в ст. 43 Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик (1958) были включены положения о преступлениях, не

¹⁰ Уголовное уложение 22 марта 1903 г. СПб., 1903. С. 1.

¹¹ Также ошибочным представляется и более общий вывод ученого о том, что «классификация *преступлений* (курсив наш — С.М.) в зависимости от степени их тяжести и меры наказания появилась еще в дореволюционном уголовном законодательстве». См.: Рогова Е.В. Уголовный проступок в истории отечественного законодательства // Вестник Восточно-Сибирского института МВД России. 2011. № 3. С. 108.

¹² Проект Уголовного уложения 1918 г. из Свода законов русской революции, по существу, является законопроектом.

¹³ Советское уголовное уложение (научный комментарий, текст, сравнительные таблицы) / Ю.В. Грачева, С.В. Маликов, А.И. Чучаев; под ред. А.И. Чучаева. М., 2015. С. 157.

¹⁴ Кодекс уголовных проступков. Проект. М., 1973.

¹⁵ Указ Президиума Верховного Совета СССР от 8.02.1977 № 5199-IX «О внесении изменений и дополнений в уголовное законодательство Союза ССР» (утратил силу) // Ведомости Верховного Совета СССР. 1977. № 7. Ст. 116.

представляющих большой общественной опасности¹⁶. Согласно Указу Президиума Верховного Совета РСФСР от 11.03.1977 «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс РСФСР»¹⁷ аналогичные положения были внесены в ст. 50 и 50.1 УК РСФСР (1960), введены в действие данные положения также были с 1.04.1977. Перечень преступлений, не представляющих большой общественной опасности, отсутствовал, а признаки даже в самом общем виде не выделялись. Между тяжкими преступлениями и преступлениями, не представляющими большой общественной опасности, оказалась значительная часть преступлений, никак законодателем не обозначенная, и которые в науке уголовного права получили название «все иные, не вошедшие в перечисленные группы преступлений»¹⁸ или «менее тяжкие преступления»¹⁹. Указанные законодательные новеллы существенно повлияли на понимание уголовного проступка как в контексте уголовного законодательства, так и доктрины уголовного права.

В ст. 9 «Классификация преступлений» Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик (1991) преступления, не представляющие большой общественной опасности, выделялись наряду с менее тяжкими, тяжкими и особо тяжкими. К преступлениям, не представляющим большой общественной опасности, согласно абз. 2 ст. 9 относились умышленные преступления, за которые законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок не свыше двух лет или иное, более мягкое наказание, а также преступления, совершенные по неосторожности, за которые законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок не свыше пяти лет либо иное, более мягкое наказание²⁰. В проекте Основ по всему

¹⁶ В соответствии с заключением Комитета конституционного надзора СССР от 13.09.1990 указанная статья, а также ст. 5.1 Основ уголовного судопроизводства Союза ССР, предусматривающие возможность освобождения от уголовной ответственности с применением мер административного взыскания или общественного воздействия, признаны не соответствующими положениям Конституции СССР в части, дающей возможность признавать лицо виновным в совершении преступления без рассмотрения дела в суде (на стадии предварительного расследования). См.: Заключение Комитета конституционного надзора СССР от 13 сентября 1990 г. «О несоответствии норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства, определяющих основания и порядок освобождения от уголовной ответственности с применением мер административного взыскания или общественного воздействия, Конституции СССР и международным актам о правах человека» // Ведомости Верховного Совета СССР. 1990. № 39. Ст. 775.

¹⁷ Указ Президиума Верховного Совета РСФСР «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс РСФСР» (утратил силу) // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1977. № 12. Ст. 255.

¹⁸ Актуальные проблемы уголовного права / отв. ред. И.А. Подройкина. М., 2015. С. 39.

¹⁹ Полный курс уголовного права / под ред. А.И. Коробеева. Т. I: Преступление и наказание. СПб., 2008. С. 282.

²⁰ Основы уголовного законодательства Союза ССР и республик (приняты Верховным Советом СССР 2.07.1991 № 2281-1, должны были быть введены в действие с 1 июля 1992 г.)

тексту за словами «преступления, не представляющие большой общественной опасности» стояли в скобках слова «уголовный проступок»²¹. Уголовные проступки в качестве самостоятельной группы преступных деяний также были обособлены в классификации преступлений в Теоретической модели УК (ч. 1 ст. 18, ст. 22), проекте УК РСФСР (1991) (ст. 8, 9), проекте УК РФ (1992) (ст. 8, 9), проекте Уголовного уложения РФ (1993) (ч. 1 и 2 ст. 11)²². В частности, проект УК (1992), восприняв приведенную классификацию (данную в Основах — С.М.), восстановил термин дореволюционного Уложения «уголовный проступок» в характеристике преступлений первой категории, т.е. не представляющих большой общественной опасности, одновременно сузив их круг лишь деяниями, за которые по закону предусмотрены наказания, не связанные с лишением свободы²³.

Проблема уголовного проступка не является новой и в отечественной науке уголовного права. Вопрос об определенности понятия уголовного проступка активно обсуждался еще в дореволюционный период, особенно после принятия Уложения о наказаниях уголовных и исправительных (ред. 1866). В частности, А.В. Лохвицкий, отмечая «большое значение» деления уголовно наказуемых деяний на преступления и проступки²⁴, указывал, что в некоторых случаях (так, в ст. 152) закон употребляет как генерическое название другие слова, но всегда различные; им употребляются выражения: «законопротивные деяния», «деяния подлежащие наказаниям»; в ст. 151: «преступное деяние»; в ст. 100: «противозаконное деяние»; в других случаях

(утратили силу на территории Российской Федерации в связи с денонсацией Договора об образовании СССР, утвержденного, Постановлением Верховного Совета РСФСР от 12. 12. 1991 № 2015-1) // Ведомости Совета народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1991. № 30. Ст. 862.

²¹ Полный курс уголовного права... Т.1. С. 283.

²² См.: Приложение. Теоретическая модель Уголовного кодекса (Общая часть) // Уголовный закон: Опыт теоретического моделирования / отв. ред. В.Н. Кудрявцев, С.Г. Келина. М., 1987. С. 239–240; Уголовный кодекс РСФСР: Проект // Закон. 1991. Декабрь. Спецвыпуск. С. 1; Уголовный кодекс Российской Федерации: Проект // Юридический вестник. 1992. № 20. С. 1; Уголовный кодекс Российской Федерации: Проект // Записки криминалиста. 1993. Вып. 1. С. 224. Цит. по: Коробов П.В. Преступление и уголовный проступок / Соотношение преступлений и иных правонарушений (современные проблемы): материалы Международной конференции. 27–28 мая 2004 г. М., 2005. С. 248.

²³ Полный курс уголовного права... Т.1. С. 283.

²⁴ В частности, ученый пишет, что «наказуемые деяния бесконечно разнообразны по степени безнравственности и по опасности для общества... Поэтому ум наш не может подводить под одно слово все это разнообразие; закон также чувствует практическую потребность, кроме общего отвлеченного названия для всей совокупности наказуемых деяний, ввести несколько других, соответствующих их важнейшим качественным различиям... Это деление (на преступления и уголовные проступки. — С.М.) имеет большое значение, не только теоретическое...». Подробнее см.: Лохвицкий А. Указ. соч. С. 31–32.

законодатель их не употребляет, а говорит «преступления» и «проступки», когда желает обозначить все наказуемые деяния. Однако при внимательном рассмотрении Уложения нельзя не видеть, что во многих случаях законодатель употребляет слово «преступление» как генерическое выражение для преступлений и проступков. Ученый приходит к заключению, что неопределенность и смешение терминов остались и еще более усилились в Уложении издания 1866 г. Эта неопределенность терминов затрудняет понимание и приложение важнейших начал уголовного права: участия в преступных деяниях, давности, совокупности²⁵. Н.А. Неклюдов, отмечая общее значение, которое имеет в законодательстве деление по роду неправды, указывал, что противозаконные деяния *по роду неправды* разделяются на *преступления и проступки*. Под преступлением закон подразумевает правонарушение, а под проступком — полицейскую неправду²⁶.

Н.С. Таганцев, обращаясь к истокам деления на преступления и проступки и анализируя доводы сторонников доктрины придания полицейской неправде значения самостоятельного рода неправды, в том числе и довод о том, что уголовная неправда есть нарушение права (*Rechtsverletzung*), а полицейская — нарушение закона (*Gesetzübertretung*), вместе с тем пришел к выводу: уголовные и полицейские посягательства представляют собой особую группу уголовно наказуемых деяний, а отнюдь не отдельные роды неправды. Уголовно наказуемые деяния могут посягать на юридические интересы, признаваемые существенными условиями данного общежития, или могут являться противодействием мерам правительства, предпринимаемым для охраны этих интересов или для поддержания порядка и спокойствия в государстве; в первом случае можно говорить об уголовных правонарушениях, а во втором — о полицейских, но и в установленных размерах это деление скорее имеет теоретическое, а не практическое значение²⁷. Представляется, что диспут о придании полицейской неправде значения самостоятельного рода неправды на современном этапе развития уголовного права трансформировался в дискуссию о существовании уголовного права в «широком» смысле²⁸.

В советский период проблема уголовного проступка достаточно активно стала обсуждаться с 1960-х гг. Считается, что идею о выделении уголовных проступков в 1961 г. выдвинул М.Д. Шаргородский, предложив классифицировать все общественно опасные деяния на три категории: особо

²⁵ Там же. С. 36, 38–39.

²⁶ Неклюдов Н.А. Общая часть уголовного права (конспект). СПб., 1875. С. 15–16.

²⁷ Подробнее см.: Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 110–113.

²⁸ Об этом, напр., см.: Есаков Г.А. От административных правонарушений к уголовным проступкам, или о существовании уголовного права в «широком» смысле // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2013. № 1. С. 37–45; Малиновский А.А. Критические размышления о концепции уголовного права в «широком» смысле // Там же. 2013. № 2. С. 173–178 и др.

тяжкие преступления, преступления и уголовные проступки²⁹. Данная идея была поддержана многими видными исследователями уголовного права: В.А. Владимировым³⁰, И.И. Карпецом³¹, Н.Ф. Кузнецовой³², А.Б. Сахаровым³³ и др. В частности, по мнению Н.Ф. Кузнецовой, в целом классификация преступлений выглядела бы в законе следующим образом: тяжкие преступления, менее тяжкие преступления и малозначительные преступления (уголовные проступки). Она предлагала признавать уголовным проступком умышленное либо неосторожное малозначительное по характеру и степени общественной опасности деяние, за которое по закону предусмотрено максимальное лишение свободы на срок до одного года либо другое, более легкое наказание, либо в санкции предусмотрена альтернативная форма ответственности: уголовное наказание или меры общественного воздействия³⁴.

Была выдвинута идея создания Кодекса (уголовных) проступков³⁵, руководителем рабочей группы выступил В.И. Курляндский. Под проступком в проекте Кодекса предлагалось понимать «деяние, по степени своей общественной опасности не являющееся преступлением, но нарушающее социалистический правопорядок, охраняемые законом интересы государства и общества, а также права и интересы отдельных граждан»³⁶. В.И. Курляндский считал, что выделение в этот Кодекс некоторых малозначительных преступлений и введение за них не уголовной, а иной ответственности может иметь ряд преимуществ³⁷. Идея создания Кодекса уголовных проступков

²⁹ Шаргородский М.Д. Вопросы общего учения о наказаниях в период развернутого строительства коммунистического общества / Тезисы докладов научной конференции «Советское государство и право в период развернутого строительства коммунизма» / отв. ред. Н.А. Беляев и др. Л., 1961. С. 78. В это же время А.А. Пионтковский писал, что «УК РСФСР 1960 г. в своих постановлениях содержит правовые основания для создания в теории права понятия нового вида правонарушения — антиобщественного проступка», который «является по существу уже не преступлением». См.: Пионтковский А.А. Усиление роли общественности в борьбе с преступностью и некоторые вопросы теории советского уголовного права // Советское государство и право. 1961. № 4. С. 67.

³⁰ Владимиров В.А. Малозначительность деяния, исключаящая его общественную опасность / Уголовное право. Часть общая / под ред. Н.И. Загородникова и др. М., 1966. С. 106–107.

³¹ Карпец И.И. Проблемы преступности. М., 1969. С. 130–134.

³² Кузнецова Н.Ф. Преступление и преступность. М., 1969. С. 149.

³³ Сахаров А.Б. О классификации преступлений // Вопросы борьбы с преступностью. М., 1972. Вып. 17. С. 48–49.

³⁴ Кузнецова Н.Ф. Указ. соч. С. 150.

³⁵ Курляндский В.И. Нужен ли Кодекс проступков? // Литературная газета. 1972. № 20. С. 12; Он же. Уголовная ответственность и ответственность за проступки / Демократия и право развитого социалистического общества: материалы Всесоюзной науч. конференции 1973 г. / отв. ред. Денисов А.И., Иванов Г.В., Кригер Г.А. М., 1975. С. 377.

³⁶ Кодекс уголовных проступков. Проект. С. 6.

³⁷ Там же. С. 3.

была воспринята неоднозначно³⁸, окончательно она утратила актуальность с принятием Указа Президиума Верховного Совета от 8.02.1977³⁹.

После выделения в советском уголовном законодательстве разновидностей преступлений, не представляющих большой общественной опасности, многие ученые стали по сути признавать их (полностью или частично) уголовными проступками, одновременно предлагая более четкие критерии выделения данной группы преступлений в рамках более детальной системы группировки (категоризации) преступлений. Г.А. Кригер указывал, что необходимо большую часть менее общественно опасных деяний, расцениваемых ныне действующим законодательством в качестве преступлений, исключить из числа таковых, создав категорию уголовно-правовых проступков... в определении же проступка должно быть указано, что это деяние также посягает на социалистические общественные отношения, но не причиняет, не может причинить им значительного вреда, в силу чего представляет меньшую, чем преступление, общественную опасность⁴⁰. В.М. Дмитрук, отмечая актуальное значение введения в закон понятия общественно опасного (уголовно-правового) проступка, далее соглашался с мнением Г.А. Кригера, что большую часть деяний, расцениваемых в качестве преступлений, необходимо исключить из числа таковых, создав категорию уголовно-правовых проступков. При этом следует исходить из того, что проступки — это уголовные правонарушения, тщательно отобранный круг преступлений, имеющих малозначительную опасность⁴¹.

По мнению В.Ф. Фефеловой, «базой» уголовных проступков должны послужить деяния, признаваемые действующим советским законодательством малозначительными преступлениями, некоторые административные проступки, непосредственно граничащие с преступлениями и при определенных условиях перерастающие в преступления (например, мелкое хулиганство, мелкая спекуляция и т.п.), некоторые из дисциплинарных правонарушений (например, прием на работу, связанную с материальной ответственностью, лиц, ранее судимых за корыстные преступления и т.п.), а также, возможно, некоторые из аморальных деяний (например, поведение родителей, дающее основание для лишения их родительских прав). В ее диссертации поддерживается также предложение «перевести», в уголовные проступки некото-

³⁸ Аргументацию в пользу отказа от издания Кодекса уголовных проступков, например, см.: Ломакина В.Ф. Теоретические вопросы разграничения административных проступков и смежных с ними преступлений: автореф. дис. ... к. ю. н. М., 1980. С. 24–25 и др.

³⁹ Подробнее см.: там же.

⁴⁰ Кригер Г.А. Конституция СССР и совершенствование уголовного законодательства // Вестник Московского университета. Серия «Право». 1979. № 2. С. 5, 8.

⁴¹ Дмитрук В.М. Критерии разграничения преступлений и административных правонарушений // Вопросы уголовного права и процесса в практике деятельности органов внутренних дел / отв. ред. Ю.И. Римаренко. Киев, 1979. С. 57.

рые из преступлений, не представляющих большой общественной опасности, прежде всего совершаемых по неосторожности⁴². Н.И. Загородников и А.В. Наумов считали наиболее целесообразной четырехчленную классификацию преступлений, предполагающую выделение особо тяжких, тяжких, менее тяжких преступлений и преступлений, не представляющих большой общественной опасности. Последние, по мнению ученых, следовало бы именовать уголовными проступками. Отнесение определенных категорий преступления к уголовным проступкам означало бы, что эти общественно опасные деяния являются видом преступления, и в то же время позволило бы оговорить в законе целый ряд особенностей в уголовно-материальном, уголовно-процессуальном и уголовно-исполнительном плане... Преступления, не представляющие большой общественной опасности (уголовные проступки), — это преступления, наказание за которые — лишение свободы на срок до 2 лет или другое менее тяжкое наказание⁴³.

В начале 1990-х гг., в период разработки проектов нового УК, вопрос определения (понимания) уголовного проступка продолжал обсуждаться и в доктрине уголовного права. Однако что-то принципиально новое в обозначенном вопросе предложить было трудно. П.В. Коробов поддержал идею, что уголовный проступок — это непреступное правонарушение, и предложил определить его как действие или бездействие, предусмотренное уголовным законом и обладающее небольшой общественной опасностью⁴⁴. В.П. Махоткин указывал, что уголовные проступки — та часть преступлений, не представляющих большой общественной опасности, по которым допускается применение мер, заменяющих уголовное наказание⁴⁵.

⁴² *Фефилова В.Ф.* Преступление и проступок: автореф. дис... к. ю. н. М., 1977. С. 18–19.

⁴³ *Загородников Н.И., Наумов А.В.* Теоретические основы классификации преступлений в уголовном праве // Правоведение. 1983. № 2. С. 59–60. В целом придерживаясь схожей позиции, И.О. Костяркина предлагала при классификации (категоризации) преступлений по характеру и степени общественной опасности в будущем законодательстве выделить категорию преступлений, не представляющих большой общественной опасности (уголовных проступков). К уголовным проступкам следует относить умышленные преступления, не представляющие большой общественной опасности, посягающие на общественные отношения, причинение вреда которым не сопряжено с наступлением значительного ущерба, совершенные способом, лишенным повышенной опасности, или характеризующиеся иными смягчающими обстоятельствами, за которые закон предусматривает максимальное наказание 2 года лишения свободы, а также неосторожные преступления, не представляющие большой общественной опасности, причинившие значительный ущерб, за которые закон предусматривает максимальное наказание 5 лет лишения свободы. См.: *Костяркина И.О.* Преступление и проступок в советском уголовном праве: автореф. дис... к. ю. н. М., 1988. С. 11, 18–19.

⁴⁴ Подробнее см.: *Коробов П.В.* Уголовный проступок: «за» и «против» // Правоведение. 1990. № 5. С. 90–92.

⁴⁵ *Махоткин В.П.* Преступления, не представляющие большой общественной опасности: (Уголовно-правовое и криминологическое исследование): автореф. дис. ... д. ю. н. М., 1992. С. 10–11.

Таким образом, в советской доктрине уголовного права выделились три базовые позиции в вопросе определения сущности уголовного проступка. Его рассматривали либо в качестве деяния, «по степени своей общественной опасности не являющееся преступлением», и не являющееся уголовно-противоправным и уголовно наказуемым (В.И. Курляндский); либо общественно опасного деяния, запрещенного уголовным законодательством наряду с преступлением (М.Д. Шаргородский); либо в качестве разновидности преступления, обладающего определенной степенью общественной опасностью (большинство ученых). Последняя из обозначенных позиций имела не только многочисленных сторонников, но и противников. Так, по мнению И.М. Гальперина, включение «уголовного проступка» в УК означало бы, по существу, лишь изменения терминологического характера⁴⁶. Л.Н. Кривоченко указывала, что если категорию уголовных проступков выделить в рамках Уголовного кодекса, то это будет определять их юридическую природу как преступления... в этом случае речь будет идти лишь об изменении наименования: вместо малозначительных и не представляющих большой общественной опасности преступлений их станут называть уголовными проступками⁴⁷. На наш взгляд, в рамках последней из обозначенных позиций, по существу, искажается та сущность уголовных проступков, которая изначально закладывалась в них дореволюционным законодателем. Обозначенный подход был, по существу, реализован в виде категоризации преступлений, закрепленной в ст. 15 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ)⁴⁸.

С принятием УК РФ дискуссия об уголовном проступке практически сошла на нет. В этом смысле показательно, что в рамках весьма солидной и, по сути, специализированной международной научно-практической конференции «Соотношение преступлений и иных правонарушений: современные проблемы» на юридическом факультете МГУ в 2004 г., про идею уго-

⁴⁶ Гальперин И.М. Социальные и правовые основы депенализации // Советское государство и право. 1980. № 3. С. 66.

⁴⁷ Кривоченко Л.Н. К дискуссии об уголовном проступке // Проблемы социалистической законности. 1982. Вып. 9. С. 108. Справедливо ради отметим, что Л.Н. Кривоченко критически относилась также к позиции ученых, не относящих уголовный проступок к преступлениям, указывая: «Сам термин «уголовный» свидетельствует о качественной определенности деяний, о повышенной их общественной опасности, о регулировании их нормами уголовного права. Он не может быть применен к деяниям, не обладающим общественной опасностью, свойствами преступлениям». В итоге ученый пришла к выводу, что «идея выделения уголовного проступка (как в рамках уголовного закона, так и вне его)... не может быть признана обоснованной» (там же. С. 109).

⁴⁸ На то, что идеи, изложенные в работе «Преступление и преступность», воплотились в ст. 14 и 15 УК РФ, обращала внимание Н.Ф. Кузнецова. См.: Кузнецова Н.Ф. Избранные труды. СПб., 2003. С. 530–531.

ловных проступков вспомнил очень небольшой круг ученых⁴⁹. В частности, по мнению В.Ф. Цепелева, в целях дифференциации ответственности было бы целесообразно преступления первой группы (с максимальным наказанием до одного года лишения свободы) декриминализировать и перевести в категорию административных правонарушений (проступков). Деяния второй группы (с максимальным сроком до двух лет лишения свободы) сохранить в УК РФ в прежнем виде — в качестве преступлений небольшой тяжести — и одновременно отнести их к категории уголовных проступков, указав на ст. 15. Деяния третьей группы (с максимальным наказанием до трех лет лишения свободы) должны быть тщательно проанализированы на предмет возможности и целесообразности снижения наказания за их совершение до двух лет лишения свободы и последующего перевода в категорию преступлений небольшой тяжести (уголовных проступков)⁵⁰. Необходимо отметить, что «перевод» деяний третьей группы в категорию преступлений небольшой тяжести произошел в соответствии с изменениями, внесенными Федеральным законом от 7.12. 2011 № 420-ФЗ⁵¹.

Новый виток дискуссии об уголовном проступке начался примерно в 2010-х гг. Н.Ф. Кузнецова несколько изменила свой подход к пониманию уголовного проступка. По ее мнению, по характеру и степени общественной опасности преступления классифицируются на уголовные проступки и остальные преступления, в свою очередь, категоризируемые на преступления средней тяжести, тяжкие и особо тяжкие. Уголовные проступки — это умышленные и неосторожные преступления, за которые предусмотрено максимальное наказание до трех лет лишения свободы. Указанное понятие Н.Ф. Кузнецова предложила закрепить в ч. 1 ст. 15¹ «Уголовный проступок»⁵². Интересна позиция Н.В. Щедрина, предлагающего видами уголовных деяний считать уголовное посягательство, уголовное преступление и уголов-

⁴⁹ Подробнее см.: Соотношение преступлений и иных правонарушений: современные проблемы... М., 2005. 680 с.

⁵⁰ Цепелев В.Ф. Соотношение преступления и иных правонарушений: сравнительный аспект // Там же. С. 632–633.

⁵¹ Федеральный закон от 7.12.2011 № 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ 2011. № 50. Ст. 7362.

⁵² Кузнецова Н.Ф. Значение общественной опасности деяний для их криминализации и декриминализации // Государство и право. 2010. № 6. С. 75. На то, что «анализ категорий преступлений по УК РФ показывает наибольшую целесообразность предусмотреть санкции за уголовные проступки в пределах трех лет лишения свободы», исследовательница указывала и в более ранних публикациях. См.: Кузнецова Н.Ф. О совершенствовании уголовного закона // Российская юстиция. 2009. № 5. С. 14. В любом случае напомним, что указанная позиция была сформулирована в период, когда преступлениями небольшой тяжести признавались умышленные и неосторожные деяния, за совершение которых максимальное наказание, предусмотренное УК РФ, не превышало двух лет лишения свободы.

ный проступок. Уголовным проступком, по мнению ученого, признается виновно совершенное достигшим возраста уголовного наказания вменяемым физическим лицом уголовное деяние, за совершение которого предусмотрена уголовная санкция наказания в виде лишения свободы менее одного года или уголовная санкция наказания, не связанная с лишением свободы⁵³. О.А. Михаль и Ю.А. Власов считают, что преступление малой тяжести следует отграничивать от уголовного проступка, который не является преступлением в силу малозначительности и не представляет общественной опасности. Он занимает «промежуточное» положение между преступлением и административным проступком⁵⁴.

В.В. Гордиенко считает, что в основу для формирования категории уголовных проступков должны составлять не представляющее общественной опасности деяния небольшой тяжести, предусмотренные ч. 2 ст. 15 УК РФ⁵⁵. Схожей позиции придерживается Р.М. Акутаев. В рамках предложенной им концептуальной модели классификации преступлений, преступлениями первой категории (уголовными проступками) признаются умышленные и неосторожные деяния, за совершение которых УК РФ предусматривает наказание в виде лишения свободы на срок не свыше трех лет или иное более мягкое наказание⁵⁶. Б.Т. Разгильдиев полагает, что речь идет о составах преступлений, относимых законодателем к преступлениям небольшой и отчасти средней тяжести. Деяния такого рода общественно опасны⁵⁷.

О сложности выработки единого подхода к пониманию уголовного проступка свидетельствует, в частности, тот факт, что даже ученые, фундаментально занимающиеся исследованием данного вопроса, выражают не вполне последовательные мнения. Так, в частности, Е.В. Рогова сначала указала, что группу общественно опасных деяний, наказание за которые не должно превышать трех лет лишения свободы, необходимо отнести к уголовным проступкам, тем более что речь идет о дальнейшей гуманизации уголовной политики⁵⁸. В соответствии с доктринальным понятием уголовного про-

⁵³ Шедрин Н.В. Основные направления реформирования системы мер уголовного воздействия: опыт законодательного проектирования // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. 2012. № 2. С. 6, 8.

⁵⁴ Михаль О.А., Власов Ю.А. Об уголовном проступке в российском уголовном праве // Современное право. 2014. № 3. С. 114–115.

⁵⁵ Гордиенко В.В. Законодательное установление уголовного проступка и исключение института отказных материалов // Российский следователь. 2010. № 15. С. 12.

⁵⁶ Акутаев Р.М. Об уголовных проступках и категоризации преступлений в свете Постановления Конституционного Суда России от 14.02.2013 // Российская юстиция. 2013. № 5. С. 43.

⁵⁷ Разгильдиев Б.Т. Общественная опасность преступлений и иных правонарушений // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2013. № 2. С. 219.

⁵⁸ Рогова Е.В. Понятие и сущность уголовного проступка // Труды Академии управления МВД России. 2012. № 3. С. 8.

ступка, предложенным ею, признается умышленное и неосторожное деяние, обладающее меньшей по сравнению с преступлением общественной опасностью, заключающейся в отсутствии тяжких последствий, значительного вреда, способа совершения, опасного для жизни и здоровья, за совершение которого предусмотрены наказания, не связанные с лишением свободы, за исключением ареста сроком от одного до шести месяцев. Исследование показало, что максимальный размер наказания в виде штрафа, назначаемого за совершение уголовного проступка, подлежит сокращению до 500 000 руб. или до размера заработной платы или иного дохода осужденного за период до двух лет⁵⁹. В диссертации же Е.В. Рогова пришла к следующим выводам: уголовный проступок не имеет такой степени общественной опасности, которая характерна для преступлений, и, одновременно, что уголовный проступок — это разновидность преступления, обладающий меньшей по сравнению с преступлением степенью общественной опасности⁶⁰. На наш взгляд, в последних из обозначенных выводов ученого очевидны непоследовательность и противоречивость.

Таким образом, в современной российской доктрине уголовного права в сущности сохранились три прежние базовые позиции в вопросе определения сущности уголовного проступка. Хотя в действующем УК РФ введена четырехзвенная категоризация преступлений, среди ученых остаются сторонники рассмотрения уголовных проступков в качестве разновидности преступлений.

Интересен тот факт, что на различных этапах развития уголовного права ученые, придерживающиеся разных подходов в определении содержания термина «уголовный проступок», вместе с тем единогласно указывали, что данное словосочетание удачно отражает его сущность. В частности, Н.Ф. Кузнецова еще в 1969 г. в работе «Преступление и преступность» рассматривала уголовные проступки в качестве разновидности преступлений и указывала, что термин «уголовный проступок» удачно подчеркивает специфику преступлений, за которые вместо уголовных наказаний могут быть вынесены меры общественного воздействия. Эти деяния, оставаясь в целом преступлениями, вместе с тем носят полупреступный характер. Слово «уголовный» означает, что речь идет о преступном деянии, а слово «проступок» означает, что эти деяния близки к антиобщественным проступкам — аморальным, дисциплинарным, административным и гражданским⁶¹. Тогда как П.В. Коробов, указывая, что подобные деяния (уголовные

⁵⁹ Она же. Учение о дифференциации уголовной ответственности: дис. ... д. ю. н. М., 2014. С. 19.

⁶⁰ Там же. С. 418–419.

⁶¹ Кузнецова Н.Ф. Преступление и преступность. С. 149.

проступки. — С.М.) скорее не разновидность преступлений, а новый вид уголовных правонарушений, пишет, что об этом свидетельствует само выражение «уголовный проступок»: слово «уголовный» призвано показывать, что ответственность за эти деяния должна предусматриваться в уголовном законе, а словом «проступок» в праве традиционно обозначаются деяния, отличающиеся от преступлений⁶².

О комплексном характере проблемы уголовного проступка свидетельствует то, что по данному вопросу считают необходимым высказаться как ученые, предлагающие концептуальные разработки на эту тему, так и ученые, исследующие иные уголовно-правовые проблемы. Например, Н.В. Генрих в процессе исследования проблем совершенствования механизма уголовно-правового регулирования, обращается к теме уголовного проступка, указывая, что следует признать, что уголовный проступок — это особый вид уголовных правонарушений, отличающийся как от административных проступков, так и от собственно преступлений. Его специфика состоит в относительно невысоком уровне общественной опасности, которая обуславливает необходимость определения особого режима ответственности (сокращенные сроки давности, применение не всех видов наказания, сокращение сроков наказания)⁶³. М.С. Жук в исследовании институтов российского уголовного права указывает, что основу для формирования категории уголовных проступков должны составить преступления, не представляющие большой общественной опасности. К ним следует относить деяния, за которые санкция, установленная в действующем УК РФ, не превышает одного года лишения свободы. Далее он приходит к выводу, что *перспективным направлением в развитии отраслевой структуры уголовного права может стать формирование в нем подотрасли уголовных проступков*⁶⁴.

М.Р. Гета, изучая пределы, объекты и средства воздействия уголовного права в борьбе с преступностью, также счел необходимым обратиться к проблеме уголовного проступка как отдельного источника криминальной опасности — деяния, которое по своей общественной опасности превосходит типичное административное правонарушение, но не дотягивает до уровня преступления. Определив уголовный проступок как предусмотренное федеральным законом, виновно совершенное вменяемым лицом, достигшим возраста допустимости применения средств уголовно-правового воздействия, деяние, не имеющее общественной опасности преступления и

⁶² Коробов П.В. Преступление и уголовный проступок / Соотношение преступлений и иных правонарушений: современные проблемы... С. 249–250.

⁶³ Генрих Н.В. Проблемы совершенствования механизма уголовно-правового регулирования // Общество и право. 2009. № 4. С. 164.

⁶⁴ Жук М.С. Учение об институтах российского уголовного права: концептуальные основы и перспективы развития. М., 2013. С. 255, 258.

не связанное с причинением смерти, а равно тяжкого вреда здоровью человека, ученый предложил в УК РФ включить легальное толкование категории уголовного проступка, а квалификацию проступков по видам с перечнем их составов изложить в самостоятельном источнике — Кодексе об уголовных проступках⁶⁵.

В последнее время идея уголовных проступков стала настолько актуальной, что вышла из рамок научного сообщества и также стала активно обсуждаться на уровне различных органов государственной власти и должностных лиц⁶⁶. Сравнительно недавно Верховный Суд России оформил в виде Постановления Пленума Суда от 31.10.2017⁶⁷ законодательную инициативу, связанную с *введением понятия уголовного проступка* (курсив наш — С.М.). Использование обозначенного словосочетания в названии законопроекта, о внесении которого в Государственную Думу было принято указанное Постановление, вполне уместно, если иметь в виду, к чему было сведено понимание уголовного проступка. В соответствии с п. 1 ст. 1 данного законопроекта, ч. 2 ст. 15 УК РФ планируется дополнить предложением следующего содержания: «Преступление небольшой тяжести, за которое настоящим Кодексом не предусмотрено наказание в виде лишения свободы, признается уголовным проступком». Таким образом, под уголовными проступками предлагается понимать разновидность (подкатегорию) преступлений небольшой тяжести. При таком подходе вопрос о правовой природе и сущности уголовного проступка, по которому не одно десятилетие велись споры в доктрине уголовного права, очевидно, отходит на второй план, уступая ме-

⁶⁵ Подробнее см.: *Гета М.Р.* Уголовное право: пределы, объекты и средства воздействия в борьбе с преступностью в современной России. М., 2016. С. 26, 27, 33–34.

⁶⁶ В частности, «по мнению Председателя Верховного суда РФ Вячеслава Лебедева, принятые совсем недавно нормы по либерализации отечественного уголовного права все-таки требуют законодательного продолжения... Поэтому в УК предлагается ввести термин «уголовно наказуемый проступок» для тех, кто совершил небольшое преступление впервые». См.: *Козлова Н.* Вячеслав Лебедев предлагает внести в УК главу об «уголовно наказуемом проступке» // Российская газета. 21.07.2016. № 7027. С. 3. Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации Т.Н. Москалькова заявила, что сегодня в России нет переходного состояния от административного правонарушения к уголовному... эта ситуация заслуживает разработки нового законопроекта об уголовном проступке — таком деянии, которое выше по своей степени опасности административного правонарушения, но ниже уголовно наказуемого, порождающего судимость. Она предложила ввести в категорию уголовного проступка преступные действия небольшой тяжести, такие как мелкое хулиганство и кража. См.: *Зубков И.* Москалькова предложила ввести в УК понятие уголовного проступка // Известия. 14.09.2016.

⁶⁷ Постановление Пленума Верховного Суда России от 31.10.2017 № 42 «О внесении в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации проекта федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с введением понятия уголовного проступка» // Документ официально опубликован не был.

сто обсуждению по поводу минимизации последствий и «процессуальных издержек», связанных с его совершением.

Понятие уголовного проступка было введено исключительно в качестве промежуточного звена, одного из многочисленных «винтиков» в контексте политики гуманизации уголовного закона⁶⁸. Такой вывод можно сделать исходя из анализа отдельных положений пояснительной записки к рассматриваемому законопроекту⁶⁹. Соответствующие изменения, внесение которых предполагается в соответствии с данным законопроектом (в случае его принятия), действительно, можно будет назвать реформой «понятий». Вместе с тем существенный интерес к проблеме уголовного проступка не удивителен, так как его введение неизбежно повлечет пересмотр многих базовых вопросов уголовного и уголовно-процессуального права, а возможно, станет ключом к глобальному реформированию отрасли уголовного права.

Таким образом, исследование генезиса подходов в определении (понимании) уголовного проступка в отечественном законодательстве и доктрине (науке) позволяет сделать следующие выводы. На наш взгляд, можно выделить три основных подхода в определении понимания уголовного проступка как на легальном, так и на доктринальном уровне. В дореволюционном уголовном законодательстве уголовный проступок наряду с преступлением определялся в качестве разновидности уголовно-противоправного деяния. Попытка сохранения такого подхода была предпринята авторами проекта Советского уголовного уложения (1918). В уголовных кодексах РСФСР понятие проступка закреплено не было. В проекте Кодекса уголовных проступков был отражен новый подход, под уголовными проступками предлагалось понимать деяния, по степени своей общественной опасности не являющиеся преступлениями. Вместе с тем введение в 1977 г. в отечественное уголовное законодательство положений о преступлениях, не представляющих боль-

⁶⁸ В науке эта идея не является новой или оригинальной. Так, Т.В. Цатурян писала, что «введение категории «уголовный проступок» позволит решить задачу дальнейшего развития тенденции гуманизации уголовно-правовых норм, максимализировать дифференциацию ответственности и наказания в уголовном праве». См.: *Цатурян Т.В.* Проблемы классификации преступлений в уголовном праве Российской Федерации: дис. ... к. ю. н. Ставрополь, 2004. С. 15.

⁶⁹ В частности, в ней указано: «В связи с введением в Уголовный кодекс Российской Федерации понятия «уголовный проступок» в проекте федерального закона предлагается предусмотреть новое императивное по своей правовой природе основание освобождения от уголовной ответственности для лиц, совершивших уголовный проступок впервые.... В связи с тем, что в соответствии с концепцией законопроекта уголовный проступок представляет меньшую общественную опасность, нежели иное преступление небольшой тяжести, предлагается в некоторые нормы Уголовного кодекса Российской Федерации внести коррективы, смягчающие уголовное наказание и правовые последствия в случае совершения уголовного проступка...». См.: абз. 10 и 13 пояснительной записки к проекту федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с введением понятия уголовного проступка».

шой общественной опасности, существенно повлияло на понимание уголовного проступка. В Основах уголовного законодательства Союза ССР, которые так и не были введены в действие, и в последующих проектах уголовных кодексов РСФСР и Российской Федерации уголовные проступки рассматривались в качестве разновидности преступления. В доктрине уголовного права в различные периоды доминировали неодинаковые подходы к пониманию уголовного проступка. В советский период большинство ученых предлагало рассматривать уголовный проступок в качестве разновидности преступления, обладающего определенной степенью общественной опасностью. Распространен был подход, при котором под уголовным проступком понималась разновидность общественно опасного деяния, запрещаемого уголовным законом наряду с преступлением. Некоторые ученые рассматривали его в качестве деяния, «по степени своей общественной опасности не являющимся преступлением» и не являющимся уголовно-противоправным и уголовно наказуемым. Несмотря на то, что в УК РФ была введена категоризация преступлений, ряд ученых продолжает предлагать рассматривать уголовные проступки в качестве разновидности преступления, предлагая усложненные алгоритмы их определения.

Наряду с этим продолжают существовать и иные обозначенные выше подходы в определении уголовного проступка. В доктрине российского уголовного права до сих пор нет единого критерия отнесения деяний к числу уголовных проступков; этот вопрос остается дискуссионным. Однако в последнее время наметилась опасная тенденция к прагматическому решению обозначенной проблемы. В случае реализации законодательной инициативы, оформленной в виде Постановления Пленума Верховного Суда от 31.10.2017, в УК РФ будет введено понятие уголовного проступка, под которым будет пониматься всего лишь разновидность (подкатегория) преступлений небольшой тяжести. Собственно, с этого момента об уголовном проступке нельзя будет говорить как о полноценном институте уголовного права, дискуссии по поводу правовой природы, сущности, легального и доктринального определения которого велись не одно десятилетие, а лишь как о «понятии», введение коего было обусловлено необходимостью гуманизации уголовного закона.



Библиография

Акутаев Р.М. Об уголовных проступках и категоризации преступлений в свете Постановления Конституционного Суда РФ от 14.02.2013 // Российская юстиция. 2013. № 5. С. 41–45.

Гордиенко В.В. Законодательное установление уголовного проступка и исключение института отказных материалов // Российский следователь. 2010. № 15. С. 11–13.

Гета М.Р. Уголовное право: пределы, объекты и средства воздействия в борьбе с преступностью в современной России. М.: Норма, 2016. 336 с.

Есаков Г.А. От административных правонарушений к уголовным проступкам, или о существовании уголовного права в «широком» смысле // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2013. № 1 (6). С. 37–45.

Жук М.С. Учение об институтах российского уголовного права: концептуальные основы и перспективы развития. М.: Юрлитинформ, 2013. 304 с.

Коробов П.В. Уголовный проступок: «за» и «против» // Правоведение. 1990. № 5. С. 90–96.

Кривоченко Л.Н. К дискуссии об уголовном проступке // Проблемы социалистической законности. 1982. Вып. 9. С. 105–110.

Кузнецова Н.Ф. Значение общественной опасности деяний для их криминализации и декриминализации // Государство и право. 2010. № 6. С. 67–75.

Логецкий А.А. Преступление и проступок в уголовном праве XIX — начала XX веков: автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2003. 35 с.

Махоткин В.П. Преступления, не представляющие большой общественной опасности (уголовно-правовое и криминологическое исследование): автореф. дис. ... д. ю. н. М., 1992. 29 с.

Михаль О.А., Власов Ю.А. Об уголовном проступке в российском уголовном праве // Современное право. 2014. № 3. С. 111–115.

Разгильдиев Б.Т. Общественная опасность преступлений и иных правонарушений // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2013. № 2. С. 214–224.

Рогова Е.В. Понятие и сущность уголовного проступка // Труды Академии управления МВД России. 2012. № 3. С. 7–9.

Рогова Е.В. Уголовный проступок в истории отечественного законодательства // Вестник Восточно-Сибирского института МВД России. 2011. № 3. С. 101–109.

Таганцев Н.С. Русское уголовное право: Часть общая. Лекции. Т. 1. 2-е изд. СПб.: Гос. тип., 1902. 823 с.

Genesis of Approaches to Legal and Doctrinal Definition of Criminal Offense



Sergey Markuntsov

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



Abstract

The concept of a criminal offense according to experts has been known to the national legislator and law enforcement for about three centuries. In the pre-revolutionary period, the notion of misdemeanor along with the concept of crime was enshrined in the Code of Criminal Laws of 1832, in all editions of the Code of Criminal and Correctional Penalties of 1845, in the Criminal Code of 1903. In these legal acts, offense, like crimes, were considered as a variety of criminal illegal acts. In the Criminal Codes of the RSFSR in 1922, 1926, 1960, the concept of a criminal offense was not fixed. In the draft Code of

Criminal Offenses (1973), which was not adopted, the criminal offense was proposed to be considered as a non-criminal offence. In 1977, the Fundamentals of Criminal Legislation of the USSR and the Union Republics of 1958 and the Criminal Code of the RSFSR in 1960 introduced provisions on crimes that do not pose a great public danger. In the early 1990s, the introduction of criminal offenses as an independent group of criminal acts was proposed in some projects of the Criminal Code. The problem of a criminal offense is not new for the domestic science of criminal law. In the criminal legal doctrine of the pre-revolutionary period, the allocation of criminal offenses was justified by dividing “according to the kind of iniquity”. In the Soviet period, the problem of a criminal offense began to be actively discussed from the 1960s. Most of academics considered the criminal offense as a kind of crime, which has a certain degree of public danger. It was quite popular that the criminal offense was viewed as a kind of socially dangerous act prohibited by Criminal Code along with a crime. Some researchers considered it as an act that was not at criminal-illegal and criminally punishable. In the modern Russian doctrine of criminal law, essentially the same three basic positions have been preserved in the matter of determining the nature of a criminal offense. In the case of implementing the legislative initiative, issued in the form of Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of October 31, 2017 No. 42, the Criminal Code of the Russian Federation will introduce the concept of a criminal offense, which will be understood only as a sub-category of crimes of small gravity.



Keywords

criminal law, criminal offense, great public danger, categories of crimes, non-criminal offence, subcategory of crimes without great public danger, Code of Criminal Offense.

Citation: Markuntsov S.A. (2018) Genesis of Approaches to Legal and Doctrinal Definition of Criminal Offense. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 112–132 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.112.132



References

Akutaev R.M. (2013) Ob ugovolnykh prostupkakh i kategorizatsii prestupleniy v svete Postanovleniya Konstitutsionnogo Suda RF ot 14.02.2013 g. [On criminal actions and categories of crimes under the decision of RF Constitutional Code of 14 February 2013]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 5, p. 41–45.

Esakov G.A. (2013) Ot administrativnykh pravonarusheniy k ugovolnym prostupkam, ili o sushchestvovanii ugovolnogo prava v «shirokom» smysle [From administrative offences to crimes, or On criminal law in a broader sense]. *Biblioteka kriminalista*, no 1, p. 37–45.

Geta M.R. (2016) *Ugolovnoe pravo: predely, ob"ekty i sredstva vozdeystviya v bor'be s prestupnost'yu v sovremennoy Rossii* [Criminal law: limits and controls in tackling crime in modern Russia]. Moscow: Norma, 336 p. (in Russian)

Gordienko V.V. (2010) Zakonodatel'noe ustanovlenie ugovolnogo prostupka i isklyuchenie instituta otkaznykh materialov [Concept of criminal act and excluding the institute of negative materials]. *Rossiyskiy sledovatel'*, no 15, p. 11–13.

Korobov P.V. (1990) Ugolovnyy prostupok: «za» i «protiv» [Crime: for and against]. *Pravovedenie*, no 5, p. 90–96.

Krivochenko L.N. (1982) K diskussii ob ugovolnom prostupke [On the discussion of crime]. *Problemy sotsialisticheskoy zakonnosti*, no 9, p. 105–110.

Kuznetsova N.F. (2010) Znachenie obshchestvennoy opasnosti deyaniy dlya ikh kriminalizatsii i dekriminalizatsii [On the significance of dangerous actions in criminalization and decriminalisation]. *Gosudarstvo i pravo*, no 6, p. 67–75.

Logetskiy A.A. (2003) *Prestuplenie i prostupok v ugovnom prave XIX – nachala XX vekov: avtoref. diss. ... kand. jurid. nauk* [Crime as a concept in criminal law at the turn of 19th and 20th centuries. Summary of the Candidate of Juridical Sciences Thesis]. Moscow, 35 p.

Makhotkin V.P. (1992) *Prestupleniya, ne predstavlyayushchie bol'shoy obshchestvennoy opasnosti: Avtoref. diss. ... doct. jurid. nauk* [Crimes without serious public danger. Summary of Doctor of Juridical Sciences Thesis]. Moscow, 29 p.

Mikhal' O.A., Vlasov Yu.A. (2014) Ob ugovnom prostupke v rossiyskom ugovnom prave [Crime in Russian criminal law]. *Sovremennoe pravo*, no 3, p. 111–115.

Razgil'diev B.T. (2013) Obshchestvennaya opasnost' prestupleniy i inykh pravonarusheniy [Public danger of crimes and offences]. *Biblioteka kriminalista*, no 2, p. 214–224.

Rogova E.V. (2012) Ponyatie i sushchnost' ugovnogo prostupka [Concept and nature of crime]. *Trudy Akademii upravleniya MVD Rossii*, no 3, p. 7–9.

Rogova E.V. (2011) Ugovnyy prostupok v istorii otechestvennogo zakonodatel'stva [Crime in the history of Russian legislation]. *Vestnik Vostochno-Sibirskogo instituta MVD Rossii*, no 3, p. 101–109.

Tagantsev N.S. (1902) *Russkoe ugovnoe pravo: Chast' obshchaya. T. 1* [Russian criminal law: general part. Vol. 1]. Saint Petersburg: Gosudarstvennaya tipografiya, 823 p. (in Russian)

Zhuk M.S. (2013) *Uchenie ob institutakh rossiyskogo ugovnogo prava: kontseptual'nye osnovy i perspektivy razvitiya: monografiya* [Institutes of Russian criminal law: concepts and prospects]. Moscow: Yurlitinform, 304 p. (in Russian)

Комбинированная реорганизация юридических лиц

 **Т.А. Нуждин**

соискатель кафедры коммерческого права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, начальник отдела претензионно-поисковой работы Западно-Сибирского филиала компании «Евразия». Адрес: 119026, Российская Федерация, Санкт-Петербург, Васильевский остров, 22-я линия, 7. E-mail: tarasnuzhdin@yandex.ru

Аннотация

Статья посвящена правоотношениям, связанным с такой новеллой гражданского законодательства, как комбинированная реорганизация юридических лиц. Исследованы этапы формирования указанной категории в российском законодательстве, поставлены проблемы, актуальные для теории и правоприменительной практики. Отмечается, что в юридической науке постепенно складывается понимание комбинированной реорганизации не как особой формы реорганизации, а как способа совершения реорганизационных процедур, обладающих качественными и количественными характеристиками, которые позволяют выделить основные типы комбинированной реорганизации — смешанную, совмещенную и сочетание данных способов, которые автор обозначает как комплексную реорганизацию. Автор приходит к выводам: 1) как смешанная, так и совмещенная реорганизации обладают спецификой, которая позволяет отличить их как от обычной формы реорганизации, так и друг от друга. Указанная специфика заключается в количественных и качественных критериях: совмещенная реорганизация в отличие от обычной реорганизации есть не форма, а сочетание этих форм (т.е. в данном случае основным критерием разграничения выступает количественный показатель). В свою очередь главным критерием, отличающим смешанную реорганизацию от обычной, является качественный показатель: при смешанной реорганизации участвуют либо образуются по ее результатам юридические лица разных организационно-правовых форм, что при обычной реорганизации недопустимо; 2) важным критерием, отграничивающим совмещенную реорганизацию от смешанной и обычной, является критерий цели реорганизации. И при смешанном, и при обычном способах реорганизации как экономическая (оптимизация деятельности участвующих в реорганизации юридических лиц), так и юридическая (создание и прекращение юридических лиц, образуемых в процессе реорганизации) цели реорганизации являются едиными и следует результату, которую ждут собственники по факту проведения реорганизации. В свою очередь, при совмещенной реорганизации юридически значимой является ее конечная цель, тогда как промежуточные стадии реорганизационных процедур (разделение (выделение)) в любом случае охватываются конечной целью и, следовательно, юридического значения не имеют, а являются «стыковкой», необходимой для итогового результата — слияния и присоединения.



Ключевые слова

юридические лица, акционерное общество, общество с ограниченной ответственностью, форма реорганизации, способ реорганизации, смешанная реорганизация, совмещенная реорганизация, комплексная реорганизация.

Библиографическое описание: Нуждин Т.А. Комбинированная реорганизация юридических лиц // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 133–157.

УДК: 347.19

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.133.157

Федеральным законом от 05.05.2014 № 99-ФЗ внесены существенные изменения в п. 1 ст. 57 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), в соответствии с абз. 2, 3 которого теперь допускаются реорганизация юридического лица с одновременным сочетанием различных ее форм, предусмотренных абзацем первым указанного пункта (**«совмещенная реорганизация»**), а также реорганизация с участием двух и более юридических лиц, в том числе созданных в разных организационно-правовых формах, если Кодексом или другим законом предусмотрена возможность преобразования юридического лица одной из таких организационно-правовых форм в юридическое лицо другой из таких организационно-правовых форм (**«смешанная реорганизация»**)¹. Указанные позиции представляют собой новеллы ГК РФ, так как все прежние гражданские кодексы (основы гражданского законодательства) России, СССР или РСФСР прямо не предусматривали сочетания в одном акте реорганизации нескольких ее форм, а также участия либо образования в ходе реорганизационных процедур юридических лиц различных организационно-правовых форм.

Категории совмещенной и смешанной реорганизаций слабо исследованы в доктрине, а в законодательстве имеется множество «белых пятен»; отсутствуют сколько-либо значимые судебные прецеденты. Цель настоящей статьи — обобщить накопленный на сегодняшний день материал теории и правоприменительной практики, который позволил бы определить место комбинированных реорганизаций в системе российского права. С целью понимания правовой природы категории комбинированной реорганизации и ее видов проведен анализ ее развития на законодательном уровне, а также обзор подходов отечественных и зарубежных ученых к природе смешанной и совмещенной реорганизации.

¹ В настоящей статье понятия «смешанная» и «совмещенная» реорганизации обозначаются единым термином «комбинированная реорганизация».

1. История формирования комбинированного способа реорганизации в российском законодательстве

Категории смешанной и совмещенной реорганизаций были известны российскому законодательству задолго до внесения соответствующих изменений в ГК РФ и претерпели в своем развитии различное отношение со стороны законодателя и высших судебных инстанций, что позволяет выделить следующие этапы их законодательного регулирования:

В отношении смешанной реорганизации:

Первый этап (1995–2003) — появление возможности проведения на основании подзаконных актов (без законодательного закрепления) «**смешанной реорганизации**» **юридических лиц** различной организационно-правовой формы, а в отношении сельскохозяйственных кооперативов — на основании федерального закона.

Второй этап (2003–2014) — Постановление Пленума Верховного суда России от 18.11.2003 № 19 (ред. от 16.05.2014) «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах», установившее запрет на смешанные реорганизации акционерных обществ и, по аналогии закона — обществ с ограниченной ответственностью. Фактически на указанном этапе возможность смешанной реорганизации для акционерных обществ (АО) и обществ с ограниченной ответственностью (ООО) перестала существовать.

В отношении совмещенной реорганизации:

Первый этап (1992–1993) — установление возможности совмещенной реорганизации на первых этапах приватизации государственных предприятий;

Второй этап (2006–2014) — введение в Федеральный закон «Об акционерных обществах» ст. 19.1, предусматривающей возможность сочетания различных форм реорганизации акционерных обществ, а именно: разделения (выделения) с одновременным слиянием (присоединением)².

Принятие ст. 57 ГК РФ в новой редакции символизирует *третий этап* законодательного регулирования комбинированной реорганизации, ставящий перед законодателем все новые вопросы.

Впервые категория «**совмещенной реорганизации**», пусть и в завуалированной форме, была введена Положением «О коммерциализации государ-

² Однако вплоть до 2014 г. совмещенная реорганизация не могла применяться к иным формам корпораций — обществам с ограниченной ответственностью, производственным и потребительским кооперативам и т.д. Кроме того, совмещенная реорганизация, установленная в ст. 19.1 ФЗ «Об акционерных обществах», предусматривала только четыре модели сочетания форм реорганизации — разделение (выделение) со слиянием (присоединением), тогда как такая форма, как преобразование в комплекс различных сочетаний, включена не была.

ственных предприятий с одновременным преобразованием в акционерные общества открытого типа» (утв. Указом Президента Российской Федерации от 01.07.1992 № 721 (ред. от 31.12.1992) «Об организационных мерах по преобразованию государственных предприятий, добровольных объединений государственных предприятий в акционерные общества». В п. 2 Положения установлено, что государственные предприятия, имевшие балансовую стоимость основных фондов на 1 января 1992 г. от 10 до 50 млн. руб. и среднесписочную численность работающих более 200 человек, а также не являющиеся юридическими лицами подразделения предприятий (объединений), указанных в п. 1, обладавшие по состоянию на 1 января 1992 года отдельным балансом либо имевшие балансовую стоимость основных фондов более 10 млн. руб. или среднесписочную численность работающих более 200 человек, могут быть преобразованы в открытые акционерные общества по решению их трудовых коллективов и соответствующих комитетов по управлению имуществом с учетом требований п. 2 ст. 19 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках». Преобразование указанных подразделений в открытые акционерные общества (коммерциализация) осуществляется без их предварительного преобразования в самостоятельные государственные предприятия. Решение о коммерциализации принимается соответствующим комитетом по управлению имуществом на основании направленной в комитет выписки из протокола общего собрания трудового коллектива подразделения. При этом согласия трудового коллектива предприятия (объединения), в состав которого входит подразделение, не требуется³.

Несмотря на слабость юридической техники приведенной нормы, мы видим, что указанный нормативный правовой акт предусматривал сочетание двух форм реорганизации — **выделения** из предприятий определенных **подразделений трудового коллектива**, которые, не являясь юридическими лицами, практически одновременно **преобразуются** в открытые акционерные общества без их предварительного преобразования в государственные предприятия.

Таким образом, выражаясь современными понятиями, здесь налицо «**совмещенная**» реорганизация — сочетание выделения и преобразования как единого процесса, что в данном случае было вызвано необходимостью ускорения проведения государственной политики в области приватизации.

Следующим подзаконным актом, устанавливающим возможность «**совмещенной реорганизации**», стал Указ Президента Российской Федерации от 14.10.1992 № 1230 «О регулировании арендных отношений и привати-

³ Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. № 28. Ст. 1657.

зации имущества государственных и муниципальных предприятий, сданного в аренду», в соответствии с п. 9 которого в имуществе арендатора — предприятия, созданного членами трудового коллектива на основе аренды имущества государственного, муниципального предприятия, должны быть определены размеры вкладов трудового коллектива, физических и юридических лиц, имеющих имущество на праве собственности (долю в капитале) в имущественном комплексе арендатора, являющемся их общей собственностью, при этом **организационно-правовая форма арендатора должна быть приведена в соответствие со ст. 9–12 Закона РСФСР «О предприятиях и предпринимательской деятельности» путем преобразования его в товарищество или акционерное общество.** Граждане — члены трудового коллектива подразделений предприятий, созданных трудовым коллективом государственных, муниципальных предприятий на основе аренды имущества этих предприятий, учреждают товарищество или акционерное общество без согласия всего коллектива этого предприятия в порядке выделения своей доли из общей собственности. Уставный капитал такого товарищества или акционерного общества должен быть образован за счет доли работников, других физических и юридических лиц, имеющих в имущественном комплексе арендатора имущество на праве собственности (долю в капитале). Товарищество или акционерное общество, созданное в указанном выше порядке, является правопреемником арендатора в отношении имущества, выделенного в пределах его доли по разделительному балансу⁴.

Несмотря на принятие указанных подзаконных актов, категория **«совмещенной»** реорганизации не нашла отражения на законодательном уровне и с завершением основного этапа приватизации государственного имущества на долгие годы исчезла из российского правового поля.

Однако практически в этот же период (1995–1997) в гражданско-правовой оборот вводится возможность **«смешанной»** реорганизации. Впервые указанная категория появилась в п. 2 ст. 41 Федерального закона от 08.12.1995 № 193-ФЗ (ред. от 23.07.2013) «О сельскохозяйственной кооперации», где сказано, что в случаях, установленных законом, **реорганизация кооператива в форме его разделения или выделения из его состава одного или нескольких юридических лиц и (или) крестьянских (фермерских) хозяйств осуществляется по решению суда**⁵.

Буквальное прочтение приведенной нормы свидетельствовало о возможности разделения сельскохозяйственного кооператива (либо выделения из

⁴ Там же. № 43. Ст. 2429. Принцип сочетания форм здесь абсолютно тождественен Положению «О коммерциализации государственных предприятий с одновременным преобразованием в акционерные общества открытого типа».

⁵ СЗ РФ. 1995. № 50. Ст. 4870.

него) одного или нескольких юридических лиц, причем не обязательно являющихся сельскохозяйственными кооперативами, а также крестьянских (фермерских) хозяйств, не имеющих (на момент принятия указанного закона) статуса юридических лиц.

Большим шагом вперед в развитии института «смешанной» реорганизации стало принятие *Стандартов эмиссии акций и облигаций и их проспектов эмиссии при реорганизации коммерческих организаций* и внесении изменений в *Стандарты эмиссии акций при учреждении акционерных обществ, дополнительных акций, облигаций и их проспектов эмиссии*⁶, в соответствии с п. 1.3.2 которых размещение ценных бумаг при реорганизации коммерческих организаций может осуществляться путем обмена на акции акционерного общества долей участников присоединенного к нему товарищества или общества с ограниченной (дополнительной) ответственностью, паев членов присоединенного к нему кооператива; обмена на акции акционерного общества, созданного в результате слияния, выделения или разделения, долей участников товарищества или общества с ограниченной (дополнительной) ответственностью, паев членов кооператива, реорганизованных путем такого слияния, выделения или разделения; обмена на акции акционерного общества долей участников преобразуемого в него товарищества или общества с ограниченной (дополнительной) ответственностью, паев членов преобразуемого в него кооператива, акций акционерного общества, преобразуемого в акционерное общество работников (народное предприятие)⁷. Как видим, указанный документ допускал участие в реорганизации наряду с акционерным обществом юридических лиц иной организационно-правовой формы, что в принципе охватывается категорией «смешанной» реорганизации. Несмотря на включение приведенной позиции в стандарты эмиссии ценных бумаг, закрепления на законодательном уровне она так и не нашла.

Следующий шаг к признанию смешанной реорганизации на законодательном уровне был сделан в п. 6 ст. 43 Федерального закона от 31.05.2002 № 63-ФЗ (ред. от 02.06.2016) «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», где установлено, что законом признается право адвокатов, работающих в юридической консультации, требовать *ее выделения из коллегии адвокатов, образованной до вступления в силу федерального закона, с преобразованием данной юридической консультации в некоммерческую организацию одной из организационно-правовых форм, предусмотренных настоящим федеральным законом*⁸. Из указанной нормы виден нагляд-

⁶ Утв. Постановлением Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг от 17.09.1996 № 19 (ред. от 11.11.1998).

⁷ Вестник Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг. 1997. № 2.

⁸ СЗ РФ. 2002. № 23. Ст. 2102.

ный пример сочетания **смешанной** (участие и появление в ходе процедуры реорганизации различных видов адвокатских образований — коллегия адвокатов, юридическая консультация, адвокатское бюро) и **совмещенной** (выделение с преобразованием) реорганизаций⁹. Однако приведенный пример комбинированной реорганизации не являлся общей нормой; он фактически представлял собой переходные положения, связанные с принятием нового закона об адвокатуре, поэтому интереса для гражданского оборота он не имел.

Шагом назад стало постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда (далее — ВАС) от 18.11.2003 № 19 (ред. от 16.05.2014) «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах», в абз. 2 п. 20 которого установлено, что положения Закона об акционерных обществах, определяющие порядок их реорганизации путем слияния, присоединения, разделения или выделения (ст. 16–19), *не предусматривают возможности проведения реорганизации этих обществ посредством объединения с юридическими лицами иных организационно-правовых форм (в том числе с обществами с ограниченной ответственностью) либо разделения их (выделения) на акционерное общество и юридическое лицо другой организационно-правовой формы*¹⁰.

Указанная позиция фактически заморозила до 2014 года проведение смешанной реорганизации не только акционерных обществ, но и обществ с ограниченной ответственностью, составляющих вместе значительную часть всех коммерческих организаций, так как арбитражные суды пошли по пути расширительного толкования указанной позиции ВАС¹¹. Подход ВАС к смешанной реорганизации неоднократно подвергался критике рядом известных ученых, как юристов, так и экономистов.

Вместе с тем даже до внесения масштабных изменений в ГК РФ ряд авторов допускал возможность **смешанной реорганизации**, исходя из того, что она прямо не запрещена законом (при отсутствии соответствующего регулирования) и соответствует позициям подзаконных актов¹². Так, А.А. Глу-

⁹ Данный способ реорганизации условно назовем «комплексным», определение которому дадим в заключительной части нашего исследования.

¹⁰ Вестник ВАС РФ. 2004. № 1.

¹¹ См.: Определение ВАС от 09.07.2008 № 16324/06 по делу № А41-К1-8458/06; Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 28.02.2007 по делу № А82-125/2005-4; Постановление ФАС Московского округа от 11.03.2008 № КГ-А41/1335-08 по делу № А41-К1-8458/06; Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 27.07.2009 по делу № А81-2945/2007; Определение Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.06.2008 по делу № А62-3140/06.

¹² См.: Телюкина М.В. Комментарий к Федеральному закону «Об акционерных обществах» (постатейный). М., 2005. С. 102; Жданов Д.В. Реорганизация акционерных обществ в Российской Федерации. М., 2001. С. 23; Глушецкий А. Реорганизация АО: Процедура осуществления // Экономика и жизнь. 1998. № 8. С. 24; Мозолин В.П., Юденков А.П. Комментарий к Федеральному закону

шецкий, рассматривая возможность смешанной реорганизации, указывал, что «Гражданский кодекс РФ не содержит норм, которые можно было бы толковать как запрет «смешанной реорганизации». Если обратиться к законам об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью, то в них под «обществом» понимается соответственно либо первое из них, либо второе. Каждый из названных законов описывает процедуры слияния, присоединения, выделения, разделения соответственно только акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью. Указанные законы были дополнены инструкциями ФСФР России и Центробанка¹³, в которых регламентировалась эмиссия ценных бумаг при реорганизации акционерных обществ. Регуляторы, откликаясь на потребности практики, стремились упростить процедуры реорганизации. В своих инструкциях они предусмотрели способы размещения акций, которые позволяли участвовать в реорганизации наряду с акционерными обществами также юридическим лицам иной организационно-правовой формы...»¹⁴. Парируя точку зрения противников смешанной реорганизации, ученый справедливо замечает, что «критика так называемых смешанных форм реорганизации основана не на содержательных моментах (выявление угроз реорганизуемым обществам или их участникам и кредиторам), а исключительно на формальных ссылках на то, что это не предусмотрено ГК РФ»¹⁵.

Иной точки зрения придерживаются И.Ш. Файзутдинов, А. Чувиллин и Е.В. Бакулина¹⁶. Так, первый из них, комментируя совместное Постановление Пленума Верховного Суда России и ВАС № 90/14 от 09.12.1999 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью», делает следующие выводы: «В Постановлении не дается прямого ответа на вопрос о возможности реорганизации общества в так называемой смешанной форме, как-то: разделение общества с ограниченной

«Об акционерных обществах». М., 2003. С. 76; Степанов Д. Формы реорганизации коммерческих организаций: вопросы законодательной реформы (окончание) // Хозяйство и право. 2001. № 4. С. 46, 49; Ткаченко Е. «Смешанная» реорганизация акционерного общества // Бизнес-адвокат. № 7. 2002; Жданов В.В. Анализ и формирование стратегии управления реструктуризацией предприятия: дис. ... к. э. н. СПб., 2008. С. 23.

¹³ Имеются в виду «Стандарты эмиссии акций и облигаций и их проспектов эмиссии при реорганизации коммерческих организаций» (утв. Постановлением Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг от 12.02.1997 № 8. П. 1.3.2).

¹⁴ Глушецкий А.А. Размещение ценных бумаг: экономические основы и правовое регулирование // СПС КонсультантПлюс.

¹⁵ Там же.

¹⁶ См.: Практика рассмотрения коммерческих споров: Анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации / Е.В. Деменькова, Л.А. Новоселова и др. // СПС КонсультантПлюс; Чувиллин А. Реорганизация акционерных обществ // Закон. 1997. № 5. С. 39; Бакулина Е.В. Совершенствование правового регулирования реорганизации хозяйственных обществ: дис. ... к. ю.н. М., 2004. С. 98.

ответственностью на два или несколько юридических лиц, одним из которых будет общество с ограниченной ответственностью, а другим — акционерное общество или производственный кооператив; слияние (присоединение) юридических лиц разных организационно-правовых форм в общество с ограниченной ответственностью и т.п. Ответ на этот вопрос должен быть отрицательным исходя из следующего. Основываясь на ст. 104 ГК РФ, предусматривающей, что порядок реорганизации общества определяется Кодексом и другими законами, и на ст. 51–56 Закона об ООО, устанавливающие формы реорганизации (слияние, присоединение, разделение, выделение и преобразование), две высшие судебные инстанции в п. 25 Постановления указали, какие действия необходимо совершить обществу (обществам) при проведении реорганизации в определенной форме. В их числе нет действий, которые могли бы привести к «смешанной реорганизации». Ни одна из норм ГК РФ или Закона об ООО не предусматривает возможности реорганизации указанных обществ путем создания на их основе юридических лиц разных организационно-правовых форм»¹⁷.

Г.С. Шапкина, полностью разделяя взгляды И.Ш. Файзутдинова в части смешанных реорганизаций¹⁸, о **совмещенной реорганизации** пишет, что «теоретически проведение реорганизации общества путем разделения (выделения) с последующим слиянием (присоединением) возникших обществ с другими не исключено. Но главная проблема в практической реализации этой модели. Необходима четкая отработка всей схемы проведения такой реорганизации, где, как правило, важна поэтапность, с тем, чтобы не допустить нарушения прав и законных интересов ни одного из ее участников, обеспечить справедливое распределение активов реорганизуемых обществ и исполнение обязательств перед кредиторами. Недостаточная определенность приведенных и некоторых других норм, касающихся осуществления смешанной реорганизации, дает основания говорить об отсутствии на сегодняшний момент эффективного механизма регулирования этого процесса»¹⁹.

Следующим важным этапом развития комбинированной реорганизации стало включение в 2006 году в Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «Об акционерных обществах» ст. 19.1, где было установлено, что решением общего собрания акционеров общества о реорганизации общества в форме его разделения или выделения может быть предусмотрено в отношении одного или нескольких обществ, создаваемых путем реорганизации в форме разделения или выделения, положение об одновре-

¹⁷ См.: Практика рассмотрения коммерческих споров: Анализ и комментарии... М., 2008 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁸ См.: Там же // СПС КонсультантПлюс.

¹⁹ Шапкина Г.С. Применение акционерного законодательства. М., 2009. С. 320.

менном слиянии создаваемого общества с другим обществом или другими обществами либо об одновременном присоединении создаваемого общества к другому обществу²⁰.

В последующем к указанной норме было принято Положение «О стандартах эмиссии ценных бумаг, порядке государственной регистрации выпуска (дополнительного выпуска) эмиссионных ценных бумаг, государственной регистрации отчетов об итогах выпуска (дополнительного выпуска) эмиссионных ценных бумаг и регистрации проспектов ценных бумаг»²¹, в котором содержался ряд норм, связанных с проведением указанных моделей совмещенной реорганизации²².

К сожалению, в отличие от законодательства об акционерных обществах, в другие специальные законы так и не были включены аналогичные нормы о совмещенной реорганизации (учитывая, что в России подавляющее большинство коммерческих организаций имеют форму обществ с ограниченной ответственностью, это выглядит нелогичным и непоследовательным действием законодателя). Кроме того, непонятно, по какой причине из возможных моделей совмещенной реорганизации акционерных обществ выпала такая форма, как преобразование, что значительно сузило возможности собственников в реализации их права на реорганизацию.

В 2006–2014 гг. законодатель неоднократно пытался определить место смешанной и совмещенной реорганизаций в системе гражданского законодательства. Так, в процессе масштабного реформирования ГК РФ в п. 2.1 Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации²³ было отмечено, что общность юридической природы корпораций позволяет допустить преобразование любой коммерческой корпорации в другую коммерческую корпорацию (хозяйственного общества в хозяйственное товарищество и/или кооператив и наоборот). *При этом, однако, следует обсудить целесообразность сочетания в одном акте реорганизации ее различных форм (разделение или выделение одновременно со слиянием или присоединением)*. Некоммерческие корпорации также могут быть преобразованы в другие организационно-правовые формы некоммерческих корпораций.

Как видим, Концепция развития гражданского законодательства предусматривала возможность легализации совмещенной реорганизации, тогда как смешанная реорганизация всецело выпала из предмета обсуждения.

²⁰ СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

²¹ Утв. Банком России 11.08.2014 № 428-П (ред. от 28.10.2016).

²² Вестник Банка России. 2014. № 89-90.

²³ Одобрена решением Совета кодификации и совершенствования гражданского законодательства при Президенте Российской Федерации от 07.10.2009 // СПС Гарант.

Стоит отметить, что немногим ранее принятия Концепции (2001–2008) Министерство экономического развития готовило и перерабатывало проект специального закона «О реорганизации», который так и не был принят. В его ст. 3 и 4 предлагалось ввести в правовое поле понятия совмещенной и смешанной реорганизаций²⁴.

После включения в ст. 57 ГК РФ норм о смешанной и совмещенной реорганизациях возникла практическая потребность во внесении соответствующих изменений в ряд специальных законов (прежде всего, в отношении основных корпораций — акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью), чтобы детально регламентировать процедуру данных видов комбинированной реорганизации. В связи с этим в 2015 году был подготовлен законопроект «О внесении изменений в Федеральный закон «Об акционерных обществах» и Федеральный закон «Об обществах с ограниченной ответственностью» (в части приведения положений о реорганизации хозяйственных обществ в соответствие с новой редакцией главы 4 Гражданского кодекса Российской Федерации)»²⁵.

Данный законопроект подробнейшим образом регламентировал оба вида комбинированной реорганизации — совмещенную и смешанную в отношении акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственности, причем впервые называя их именно такими дефинициями (ст. 57 ГК РФ понятия смешанной и совмещенной реорганизаций не раскрывает). В законопроекте в общих чертах закреплён порядок принятия решения о комбинированной реорганизации, защиты прав кредиторов, конвертации акций и обмена долей участников. Среди основных новелл законопроекта следует выделить допуск сочетания смешанной и совмещенной реорганизаций, т.е. проведение так называемой комплексной реорганизации. К сожалению, подвижек в принятии указанного законопроекта до сих пор не произошло.

Стоит отметить, что в связи с разрешительной посылкой п. 1 ст. 57 ГК РФ о возможности комбинированных реорганизаций, с одной стороны, и отсутствием регулирования указанного института в нормах специального законодательства — с другой, с целью заполнения правового вакуума ряд позиций (до внесения необходимых законодательных изменений) по данной категории можно найти в подзаконных актах. Так, п. 3.1 и 3.2 Информационного письма Банка России от 28.02.2014 № 50-02/7024 «О реорганизации негосударственных пенсионных фондов, являющихся некоммерческими организациями» устанавливают, что решение о согласовании на проведение

²⁴ Суханов Е.А. Из практики работы Совета по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте Российской Федерации // СПС КонсультантПлюс.

²⁵ [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.eg-online.ru/document/law/281422/> (дата обращения: 02.05.2017)

реорганизации в форме выделения с преобразованием принимается Банком России одновременно с принятием следующих решений:

о предоставлении создаваемому в результате реорганизации акционерному фонду лицензии на деятельность по пенсионному обеспечению и пенсионному страхованию и о регистрации пенсионных правил, страховых правил создаваемого акционерного фонда, а также правил организации и внутреннего контроля в создаваемом акционерном фонде;

о выдаче разрешения создаваемому акционерному фонду использовать пенсионные и страховые правила некоммерческого фонда в отношении переходящих к нему вкладчиков, участников и застрахованных лиц;

о государственной регистрации выпуска акций создаваемого в результате реорганизации акционерного фонда;

о государственной регистрации акционерного фонда, создаваемого в результате реорганизации²⁶.

Но даже на уровне подзаконных актов регулирование комбинированной реорганизации находится на недостаточном, если не сказать — на «зачаточном» уровне, что не способствует реализации закрепленных норм.

Справедливости ради отметим, что и в зарубежных правовых порядках отсутствует детальная регламентация комбинированной реорганизации и все, так же, как и в российском праве, сводится к установлению общих разрешительных позиций. Например, § 243 Закона Чехии № 125/2008 «О преобразовании торговых компаний и кооперативов», устанавливая формы разделения юридических лиц (дробление вследствие разделения компании или кооператива с прекращением существования и передачей активов»; разделение, которое приводит к разделенным компаниям с передачей части своих активов, переданных одному или нескольким новым компаниям или кооперативам) допускает комбинацию этих форм²⁷. Применительно к смешанной реорганизации Коммерческий кодекс Франции в ст. L.236-2 регламентирует, что операции по слиянию и разделению товариществ могут осуществляться между товариществами различной формы²⁸. Аналогичную норму содержит и п.2 ст. 334 Коммерческого кодекса Латвии, согласно которому вовлеченные в процесс реорганизации общества могут представлять собой общества одного или разных видов, если законом не предусмотрено иное²⁹. Анализ немецкого, австрийского и швейцарского законов о реорганизации также

²⁶ Вестник Банка России. 2014. № 28.

²⁷ [Электронный ресурс]: // URL: <http://business.center.cz/business/pravo/zakony/premeny-obchodnich-spolecnosti-a-druzstev/> (дата обращения: 30.04.2017)

²⁸ [Электронный ресурс]: //URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=6044> (дата обращения: 28.04. 2017)

²⁹ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.d-k.lv/rus/documents/laws/689/691/2271> (дата обращения: 25.04.2017)

позволяет сделать вывод, что указанные нормативные акты разрешают как смешанную, так и совмещенную реорганизацию *expressis verbis*.

Таким образом, несмотря на законодательное разрешение комбинированных способов реорганизации, их реализация сталкивается с различными трудностями как вследствие «белых пятен» в правовом регулировании, так и по причинам технического характера:

отсутствует законодательно установленный механизм таких реорганизаций, что делает фактически невозможным их проведение участниками (акционерами) при наличии общей разрешительной посылки;

проблема формирования органов корпоративного управления (особенно это касается смешанной и совмещенной реорганизаций при сочетании преобразования с разделением/выделением);

не закреплён порядок принятия решения о комбинированной реорганизации — необходимо ли для этого решение каждого юридического лица или целесообразно проведение общего совместного собрания участвующих в реорганизации юридических лиц?

проблема формирования уставного капитала — как, из чего и за счет чего он может быть сформирован, как он будет трансформироваться в случае смешанной реорганизации?

отсутствие на законодательном уровне порядка эмиссии и регистрации ценных бумаг при смешанной реорганизации и совмещенной реорганизации АО при сочетании преобразования с разделением/выделением — какова судьба акций при указанных моделях (действующее законодательство не дает ответа на данный вопрос);

существующие ограничения не позволяют создавать АО в результате смешанной организации либо присоединять к АО юридические лица, не являющиеся АО. Сегодня нельзя присоединить ООО к АО, если только это АО — не единственный участник присоединяемого ООО; также нельзя выделиться АО из ООО;

проблема защиты корпоративных прав участников (акционеров) при утрате ими корпоративного контроля на промежуточных этапах совмещенной реорганизации и при смешанной реорганизации;

проблема правопреемства на различных этапах совмещенной реорганизации и роль реорганизационных договоров в переходе прав и обязанностей;

правосубъектность юридических лиц — фикций, образуемых на промежуточном этапе совмещенной реорганизации и необходимость для них создавать дополнительные исполнительные органы, которые фактически не будут участвовать в управлении;

отсутствие понимания пределов того количества лиц, которые могут участвовать в указанных реорганизациях;

на доктринальном уровне непонятно, что такое комбинированная реорганизация (совместная, совмещенная и комплексная) — отдельная форма, совокупность форм или способ реорганизации?

из указанной проблемы вытекает и следующая — вакуум в правовой регламентации оспаривания сложных реорганизаций: какая реорганизация будет признаваться недействительной (несостоявшийся) — комбинированная в целом, одна из входящих в комбинированную, либо оспариванию подлежит решение собрания о проведении комбинированной реорганизации в рамках гл. 9.1 ГК РФ?

отсутствие прецедентов по вопросам сложной реорганизации не только на уровне Верховного Суда России, но даже на уровне арбитражных судов округов и арбитражных апелляционных судов, что не способствует единству правоприменительной практики.

Разрешение указанных вопросов невозможно без понимания правовой природы комбинированной реорганизации, для чего необходимо проанализировать существующие точки зрения в юридической науке с целью выработки единого подхода к существу рассматриваемых категорий.

2. Обзор точек зрения на природу комбинированной реорганизации

В юридической литературе нет единого понимания существа понятия как комбинированной реорганизации в целом, так и ее видов — совмещенной, смешанной и комплексной. Анализ всех точек зрения по вопросам правовой природы комбинированной реорганизации позволяет выделить четыре основные группы позиций ученых по данному вопросу:

1) определенная **«особая форма»** реорганизации (П.В. Шевцов, В.А. Белов, Я.С. Кошелев);

2) законодательством установленный **«многоступенчатый процесс»** (А.В. Габов, А.В. Небыкова, Е.Якутик);

3) особый (**упрощенный**) **порядок последовательного совмещения нескольких форм реорганизации** (О.В. Мазур, Н. Алдухова, Е.В. Балыкова и А.В. Качалова);

4) комбинированных реорганизаций не существует, так как данные категории таят в себе риск наступления различных нарушений прав кредиторов и акционеров (участников), в связи с чем из ст. 57 ГК РФ предлагается исключить указанную реорганизацию (В.Г. Филиппов, В.А. Болдырев)³⁰.

³⁰ В приведенной позиции ученые не дают определения комбинированной реорганизации, и в связи с этим выделять данную группу доктрин, отрицающую возможность сложных реорганизаций, не является корректным, но, по нашему мнению, «отрицание чего-либо» также следует считать позицией, даже если она недостаточно аргументирована.

П.В. Шевцов и В.А. Белов, давая правовую оценку совмещенной реорганизации, пишут, что «применительно к каждой из форм реорганизации корпораций определенных организационно-правовых форм закон устанавливает свой собственный набор элементов юридического состава. Изменение количества этих элементов, последовательности их совершения либо содержательных признаков любого из элементов является, по сути, созданием новой формы реорганизации. Признавая реорганизацию сложным фактическим составом, мы неизбежно должны будем признать, что источником создания какой бы то ни было формы реорганизации — хотя бы и состоящей из элементов других, узаконенных форм — может быть только закон. Таким образом, ст. 19.1 Закона об АО, расширяющая количество форм реорганизации акционерных обществ посредством введения таких, как: 1) разделение, осуществляемое одновременно со слиянием, 2) разделение, осуществляемое одновременно с присоединением, 3) выделение, осуществляемое одновременно с присоединением, и 4) выделение, осуществляемое одновременно с присоединением, ни при каких условиях не может толковаться расширительно. Никакое иное «творчество» в соединении (смешении) элементов различных форм реорганизации недопустимо»³¹. Таким образом, ученые понимают под совмещенной реорганизацией некоторую новую («смешанную») форму реорганизации. Аналогичной позиции исследователи придерживаются и в отношении понимания смешанной реорганизации³². Точку зрения В.А. Белова и П.В. Шевцова разделяет Я.С. Кошелев³³.

А.А. Карлин под «**смешанной**» реорганизацией понимает реорганизацию, в которой участвуют или при проведении которой возникают юридические лица иной организационно-правовой формы³⁴. По нашему мнению, давая такое определение смешанной реорганизации, исследователь путает содержание со следствием. В данном случае факт возникновения и участия юридических лиц иной организационно-правовой формы является именно следствием, тогда как само понятие смешанной реорганизации не раскрывается.

Противоположной позиции понимания комбинированных форм реорганизации придерживаются А.В. Габов и А.В. Небыкова. Так, по мнению А.В. Габова, при одновременном использовании двух способов реорганизации ничего единого, т.е. образовавшегося путем смешения, не получается.

³¹ См.: Корпоративное право: Актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. М., 2009. С. 498.

³² Там же. С. 499.

³³ См.: Кошелев Я.С. Гражданско-правовые аспекты реорганизации акционерных обществ: дис. ... к. ю. н. Ростов-на-Дону, 2012. С. 64.

³⁴ Карлин А.А. Процедура преобразования акционерного общества: теория и практика // Журнал российского права. 2003. № 10. С. 100.

Во всех случаях происходит примерно одно и то же: одновременно «запускаются» два процесса реорганизации в двух различных формах, однако для ускорения достижения результата (экономического, политического, организационного характера) часть элементов одного из процессов реорганизации «устраняется», элементы одного состава имеют значение для достижения положительного результата другого состава. Таким образом, ни о каком «смешении» здесь речи нет, речь может идти об ином — об ускорении, т.е. говоря языком иностранного законодательства, о своего рода **short-form** реорганизации³⁵.

А.В. Небыкова, рассматривая **совмещенную реорганизацию** как много-ступенчатый процесс, а не единую форму, делает вывод, что реализация указанной модели реорганизации влечет необходимость изменения целого ряда нормативных актов, которые закрепили бы специфику ее проведения. Так, специфика правового регулирования «совмещенной» реорганизации не учтена антимонопольным законодательством, в частности Федеральным законом «О защите конкуренции», который не регулирует особенности направления в антимонопольный орган информации (субъект и сроки представления, а также состав информации). «Совмещенная» реорганизация требует корректировки законодательства, регулирующего вопросы государственной регистрации юридических лиц, так как несовпадение мест регистрации делает совершение одновременных регистрационных действий затруднительным без внесения изменений в действующие нормативно-правовые акты. Значимые изменения необходимо внести и в законодательство о рынке ценных бумаг. «Совмещенная» реорганизация влияет на обязанности эмитента в сфере раскрытия информации, а также вносит изменения в процедуру эмиссии ценных бумаг и регистрации проспектов ценных бумаг. В целях реализации конструкции «совмещенной» реорганизации целесообразно урегулировать вопросы, связанные с требованиями по эмиссии ценных бумаг, а также установить специальный перечень представляемой информации и документов, которые отражают положение дел при реорганизации в форме разделения или выделения с одновременным слиянием или присоединением³⁶.

О.В. Мазур полагает, что «статья 19.1 Закона об акционерных обществах предусматривает особый вид реорганизации — разделение или выделение общества, осуществляемое одновременно со слиянием или присоединением (так называемая совмещенная реорганизация). Совмещенная реорганизация не признается законодателем особой формой реорганизации (ср. поло-

³⁵ Габов А.В. Теория и практика реорганизации (правовой аспект). М., 2014. С. 447.

³⁶ Небыкова А.В. Присоединение как форма реорганизации акционерных обществ. Правовые вопросы: автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2012. С. 10, 11.

жения п. 2 ст. 15 и ст. 19.1 Закона об акционерных обществах) и рассматривается как особый (упрощенный) порядок последовательного совмещения нескольких форм реорганизации»³⁷.

Похожую позицию занимают Н. Алдухова, Е.В. Балыкова и А.В. Качалова, которые под комбинированными реорганизациями понимают не форму, а «комбинированный» или «смешанный» **«способ» («порядок») проведения реорганизации**³⁸. Так, А.В. Качалова, анализируя ст. 19.1 Федерального закона «Об акционерных обществах», делает вывод, что она, по сути, не образуя новой формы реорганизации, устанавливает *лишь порядок проведения так называемой совмещенной реорганизации, сочетающей в рамках одного реорганизационного процесса различные установленные законом формы ее проведения (разделение или выделение одновременно со слиянием или присоединением)*. Специфика совмещенной реорганизации заключается в порядке и основаниях правопреемства по правам и обязанностям юридического лица. В данной правовой конструкции до полного завершения реорганизационного процесса четко определить правопреемника реорганизационного юридического лица будет весьма затруднительно, поскольку фактически закон устанавливает возможность реорганизации юридического лица, которое еще не создано³⁹.

По мнению Е. Якутик, при рассмотрении совмещенной реорганизации встает вопрос о правовой природе такой реорганизации: является ли она особой формой реорганизации, единым сложным процессом или это два самостоятельных процесса реорганизации (выделение/разделение и присоединение/слияние)? Рассуждая, исследовательница приходит к выводу, что *совмещенная реорганизация, не являясь самостоятельной формой реорганизации, может рассматриваться как единый сложный процесс реорганизации с особой правовой природой*⁴⁰.

³⁷ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: учебно-практический комментарий (постатейный) / Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, Ю.В. Байгушева и др.; под ред. А.П. Сергеева // СПС КонсультантПлюс.

³⁸ Алдухова Н. Реорганизация: новые возможности [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.uf-k.ru/publication/reorganizaciya-novye-vozmojnosti.html> (дата обращения: 05.04.2017); Балыкова Е.В. Особенности реорганизации в форме разделения с одновременным присоединением // Акционерное общество: вопросы корпоративного управления. 2009. № 8 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.uf-k.ru/publication/reorganizaciya-novye-vozmojnosti.html> (дата обращения: 05.04.2017); Качалова А.В. Принятие решения о реорганизации акционерного общества, особенности ее проведения // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 1. С. 32.

³⁹ Качалова А.В. Осуществление и защита прав участников хозяйственных обществ при реорганизации. М., 2013. С. 43.

⁴⁰ Якутик Е. Особенности «совмещенной» реорганизации // Вопросы имущественной политики. 2008. № 5. С. 18.

Д.И. Степанов под смешанными формами реорганизации понимает реорганизационные процедуры, сочетающие в себе элементы различных (базовых) форм реорганизации, например, выделения (разделения) и преобразования, так и участия в одной реорганизации юридических лиц разных организационно-правовых форм, причем зачастую обе указанные стороны смешанных форм реорганизации проявляются **в одной процедуре**, особенно, когда в ней сочетаются элементы преобразования и иных форм реорганизации: в таком случае организационно-правовые формы юридических лиц, участвующих в реорганизации, рассматриваемые на входе в реорганизацию и на выходе из нее, различаются, а также производится смешение в одной реорганизационной цепочке как минимум двух (базовых) форм реорганизации⁴¹.

В.Г. Филиппов считает нецелесообразным существование смешанного способа реорганизации коммерческих организаций, напоминая, что проведение такого сложного способа реорганизации влечет за собой множество трудностей, в том числе связанных с определением правопреемников, что, например, может иметь место при одновременном слиянии создаваемого в результате разделения или выделения общества с несколькими другими обществами, поскольку законом не установлено количественных ограничений правопреемников в результате такой реорганизации⁴². Аналогичной точки зрения придерживается В.А. Болдырев, который отмечает, что раз отечественная система права не допускает комбинированной реорганизации — совмещения преобразования с любой иной формой реорганизации, одновременное количественное и качественное изменение реорганизуемого (реорганизуемых) юридических лиц, — то слияние унитарных предприятий с юридическими лицами иных организационно-правовых форм, а равно присоединение их или к ним таких «инородных» юридических лиц невозможно⁴³.

К позициям В.А. Болдырева и В.Г. Филиппова следует относиться критически, хотя вывод В.А. Болдырева был сделан еще в 2008 г. (т.е. до легализации комбинированных реорганизаций), так как даже тогда смешанная реорганизация фигурировала в п. 6 ст. 43 Федерального закона от 31.05.2002 № 63-ФЗ (ред. от 02.06.2016) «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», а совмещенная существовала в «акционерном» законе. В свою очередь, В.Г. Филиппов вообще никаким образом не аргументирует необходимости исключения комбинированной реорганизации из ГК РФ.

⁴¹ Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / под ред. В.П. Мозолина, М.Н. Малеиной // СПС КонсультантПлюс.

⁴² Филиппов В.Г. О нецелесообразности смешанного способа реорганизации коммерческих организаций // Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. 2015. Т. 2. № 2. С. 101.

⁴³ Болдырев В.А. Реорганизация и видоизменение юридических лиц-несобственников // СПС КонсультантПлюс.

Интересны позиции зарубежных исследователей. Так, французский ученый А. Осман пишет, что Закон о компаниях Франции обеспечивает общий принцип, дающий всем компаниям право на слияние. В соответствии с этим принципом компании могут сливаться, даже если они имеют различные формы, при этом указанный принцип не является абсолютным, так как в законодательстве могут быть ограничения, чтобы запретить операции между компаниями⁴⁴. Немецкий исследователь К. Зиппель указывает, что в отношении смешанных и множественных слияний основанием их допустимости является возможность преобразования участвующих в них юридических лиц друг в друга⁴⁵.

Анализ приведенных позиций показывает, что комбинированная реорганизация выражается в трех особых видах — **совмещенная реорганизация, смешанная реорганизация и наиболее сложный вид — комплексная реорганизация**, сочетающая элементы двух указанных видов. Детальный анализ точек зрения позволяет сделать следующие выводы:

Следует подвергнуть критике позиции тех ученых, которые понимают под комбинированными реорганизациями особую форму. По нашему мнению, совмещенная реорганизация не может являться особой формой, так как все формы реорганизации перечислены в ст. 57 ГК РФ, а их сочетания не могут образовывать отдельного особого единства, тем более, что таких сочетаний может быть множество и выделять каждое в качестве отдельной формы безосновательно, ибо выражение **«сочетание форм»** предполагает активный процесс взаимодействия разных составляющих, но никак не существование **«сочетания»** в качестве отдельного структурного элемента. То же самое можно сказать и о смешанной реорганизации — участие в реорганизации юридических лиц различных организационно-правовых форм в любом случае не образует новой формы, которую не знает ГК РФ.

Но, если комбинированная реорганизация не является особой формой реорганизации, что же она такое — **механизм, порядок, способ, процесс**? Попытаемся разобраться в терминах с точки зрения их толкования в русском языке, проецируя на понятие комбинированной реорганизации. Обратимся к Толковому словарю русского языка С.О. Ожегова⁴⁶, где под указанными терминами понимается следующее:

⁴⁴ Osman A. La fusion des sociétés commerciales en droit français et syrien étude comparative // Droit. Université Rennes. 2015. No 1. P. 104–109.

⁴⁵ См.: Sippel C. Auswirkungen von umwandlungsgesetzlichen Unternehmensumstrukturierungen auf gewerberechtliche Erlaubnisse mit Zuverlässigkeitsanknüpfung. Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades des Doktors der Rechtswissenschaft. Konstanz, 2008. S. 19. Указанный принцип в отношении смешанных реорганизаций в итоге нашел отражение в новой редакции ст. 57 ГК РФ.

⁴⁶ См.: Толковый словарь С.О. Ожегова [Электронный ресурс]: URL: // <http://slovarozhegova.ru/word.php?wordid> (дата обращения: 27.04.2017)

Механизм — а) внутреннее устройство (система звеньев) машины, прибора, аппарата, приводящее их в действие; б) система, устройство, определяющие порядок какого-нибудь вида деятельности; в) последовательность состояний, процессов, определяющих собою какое-н. действие, явление.

Процесс — а) ход, развитие какого-нибудь явления, последовательная смена состояний в развитии чего-нибудь; б) развивающаяся болезнь; в) порядок разбирательства судебных и административных дел, а также само такое дело.

Порядок — а) правильное, налаженное состояние, расположение чего-нибудь; б) последовательный ход чего-нибудь; в) правила, по которым совершается что-нибудь; в) военное построение; г) числовая характеристика той или иной величины; д) порядка чего, в значении предлога с родительным падежом е) порядок! Выражение в значении: все так, все в порядке, все хорошо.

Способ — действие или система действий, применяемые при исполнении какой-нибудь работы, при осуществлении чего-нибудь.

Таким образом, каждое из указанных понятий во многом схоже с другими (в особенности понятия процесса, механизма и порядка) — это всегда последовательная смена какого-нибудь явления. Вместе с тем, разграничивая указанные дефиниции, можно сделать вывод, что применительно к комбинированной реорганизации наиболее подходящим будет определение ее как **«способа»**, так как в нем, в отличие от других терминов, главным **является не последовательность чего-либо, а действие (система действий), что наиболее близко отражает сущность комбинированной реорганизации.** Кроме того, понятие **«способ»** наглядно позволяет разграничить комбинированную реорганизацию и простую реорганизацию в контексте системы производимых действий.

Как смешанная, так и совмещенная реорганизация обладают спецификой, которая позволяет отличить их от обычной реорганизации, так и друг от друга. Указанная специфика заключается **в количественных и качественных критериях:**

Так, совмещенная реорганизация в отличие от обычной реорганизации есть не форма, а сочетание этих форм (т.е. в данном случае основным критерием разграничения выступает количественный показатель). Если обычная реорганизация представляет один этап реорганизационных процедур (например, слияние одного акционерного общества с другим акционерным обществом с образованием новой компании), то при совмещенной реорганизации таких этапов может быть несколько (как минимум, два), т.е. фактически совмещенная реорганизация включает в себя две разные реорганизации, но в отличие от обычных двух реорганизаций (например, разделения и

присоединения) указанная процедура представляет собой единое неотделимое друг от друга целое.

Главным критерием, отличающим смешанную реорганизацию от обычной, является **качественный показатель**. В смешанной реорганизации участвуют юридические лица разных организационно-правовых форм, что при обычной реорганизации недопустимо. Пример — общество с ограниченной ответственностью разделяется на акционерное общество и производственный кооператив.

Эти же качественные и количественные критерии позволяют нам отличить смешанную и совмещенную реорганизацию друг от друга. При смешанной реорганизации мы не наблюдаем сочетания форм — реорганизация происходит в одной, определенной ст. 57 ГК РФ форме (слияние, присоединение, преобразование, разделение, выделение). В совмещенной же реорганизации, в отличие от смешанной, участвуют юридические лица одной установленной законом организационно-правовой формы, которые могут сочетать разные формы реорганизации.

Особый механизм комплексной реорганизации как сочетание смешанной и совмещенной позволяет наиболее гибко использовать достоинства каждой из них. Например, общество с ограниченной ответственностью (ООО № 1) разделяется на другое ООО (№ 2) и АО, при этом ООО № 2 одновременно присоединяется к третьему ООО (№ 3). Таким образом, в указанном процессе происходит гармоничное сочетание смешанной (при разделении ООО с образованием юридического лица другой организационно-правовой формы) и совмещенной (разделение ООО с одновременным присоединением возникшей в результате разделения организации к третьей компании).

Важным критерием, отграничивающим совмещенную реорганизацию от смешанной и простой, является критерий цели реорганизации. **Экономическая цель любой реорганизации** — оптимизация деятельности участвующих в реорганизации юридических лиц. **Юридическая цель реорганизации** — создание и прекращение юридических лиц, образуемых в процессе реорганизации. Это общие позиции, характерные для всех форм и способов реорганизации. И при смешанном, и при обычном способах реорганизации и экономическая, и юридическая цели реорганизации являются едиными и следуют конечному их результату, которую ждут собственники по факту проведения реорганизации.

Несколько по-иному цели реорганизации отражаются в совмещенной реорганизации. Как отмечает Д.В. Ломакин, при совмещенной реорганизации корпорации целью размещения акций в этом реорганизационном процессе является не введение в гражданский оборот акций обществ, создаваемых в результате разделения, а появление в качестве объектов гражданского обо-

рота акций общества, создаваемого в процессе слияния. Следовательно, размещение акций общества, создаваемого в процессе разделения, служит лишь предпосылкой для размещения акций общества, создаваемого в процессе слияния⁴⁷.

Таким образом, при совмещенной реорганизации юридически значимой является ее конечная цель, которая достигается при слиянии и присоединении. Разделение, а равно выделение юридических лиц и образование в результате этого компаний — фикций на первоначальном этапе совмещенной реорганизации можно назвать некой промежуточной целью. Но данная промежуточная цель в любом случае охватывается конечной целью и, следовательно, юридического значения не имеет, а являет собой «стыковку», необходимую для итогового результата — слияния и присоединения.

Исходя из сказанного, дадим определения смешанной, совмещенной, комплексной и комбинированной реорганизаций:

Смешанная реорганизация — такой способ реорганизации, где участвуют либо образуются юридические лица различных организационно-правовых форм и в отношении которых законодательством предусмотрена возможность преобразования каждого из указанных лиц друг в друга.

Совмещенная реорганизация — такой способ реорганизации, который представляет собой многоступенчатый единый юридический процесс, при котором юридические лица определенной организационно-правовой формы с целью, определенной конечным этапом реорганизации, принимают решения (отдельные или совместные) о реорганизации с сочетанием ее различных форм, предусмотренных действующим гражданским законодательством.

Комплексная реорганизация — сложный способ реорганизационных процедур, представляющий собой единовременное сочетание смешанной и совмещенной реорганизации.

Понятие **комбинированной реорганизации** представляет собой не специфический термин определенного института, а является единой обобщенной дефиницией рассмотренных нами выше сложных реорганизаций в соотношении общего и частного.

Исследование реорганизаций имеет большой научный и практический интерес. Хочется верить, что развитие указанной категории не остановится с принятием новой редакции ст. 57 ГК РФ. Автор надеется, что поднятые в настоящей статье вопросы получат дальнейшее развитие как в научных публикациях, так и в законодательном регулировании проблемы, что позволит шире и гибче использовать механизм реорганизации в правоприменительной практике.

⁴⁷ Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения и практика и практика ее применения в хозяйственных обществах. М., 2008. С. 183.



Библиография

- Габов А.В. Теория и практика реорганизации (правовой аспект). М.: Статут, 2014. 880 с.
- Жданов В.В. Анализ и формирование стратегии управления реструктуризацией предприятия: на примере предприятия электроэнергетической промышленности: дис... к.э.н. СПб., 2008. 189 с.
- Жданов Д.В. Реорганизация акционерных обществ в Российской Федерации. М.: Статут, 2001. 206 с.
- Качалова А.В. Осуществление и защита прав участников хозяйственных обществ при реорганизации. М.: Инфотропик медиа, 2013. 200 с.
- Качалова А.В. Принятие решения о реорганизации акционерного общества, особенности ее проведения // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 1. С. 29–33.
- Корпоративное право: Актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт, 2009. 678 с.
- Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения и практика и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008. 511 с.
- Мозолин В.П., Юденков А.П. Комментарий к Федеральному закону «Об акционерных обществах». М.: Норма, 2003. 412 с.
- Небыкова А.В. Присоединение как форма реорганизации акционерных обществ. Правовые вопросы: автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2012. 30 с.
- Телюкина М.В. Комментарий к Федеральному закону «Об акционерных обществах» (постатейный). М.: Волтерс Клувер, 2005. 656 с.
- Филиппов В.Г. О нецелесообразности смешанного способа реорганизации коммерческих организаций // Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. 2015. Т. 2. № 2. С. 98–102.
- Шапкина Г.С. Применение акционерного законодательства. М.: Статут, 2009. 320 с.
- Якутик Е. Особенности «совмещенной» реорганизации // Вопросы имущественной политики. 2008. № 5. С. 17–23.
- Osman A. La fusion des sociétés commerciales en droit français et syrien étude comparative // Droit. Université Rennes. 2015. No 1.
- Sippel C. Auswirkungen von umwandlungsgesetzlichen Unternehmen sumstrukturierungen auf gewerberechtliche Erlaubnisse mit Zuverlässigkeitsanknüpfung. Dissertation. Konstanz, 2008. 326 S.

Complex Reorganization of Legal Entities



Taras Nuzhdin

External Postgraduate Student, Law Faculty, Saint Petersburg State University; Head, Pre-action Matters Department, West-Siberian Branch, Eurasia Corporation. Address: 7–22 Liniya, Saint Petersburg 119026, Russian Federation. E-mail: tarasnuzhdin@yandex.ru

Abstract

The paper features legal relations concerning the novella on combined reorganization of legal persons according to civil law. The author studies historical stages of this category in Russian legislation, the relevant problems have been identified. It is noted that legal science is approaching the concept of combined reorganization not as a special form of reorganization but a way of making reorganizational procedures characterized with qualitative and quantitative characteristics, which enable to reveal three types of combined reorganization, i.e. mixed, merged and the mixture of these options referred to as complex reorganization in the paper. Under the research, the author arrives at the following conclusions: 1) fixed and merged reorganizations have specifics which allow differentiating them from normal reorganization and from each other. This feature is seen in quantitative and qualitative criteria: the shared reorganization unlike the normal one is not a form but a mixture of two forms, i.e. quantity is the major criterion. In turn, the major criterion differentiating mixed reorganization from the normal one is quality. This is shown in the fact that in the case of mixed reorganization there appear legal entities established under the results legal entities, which is impossible under normal reorganization.; 2) it has been determined that a significant criterion separating merged reorganization from the mixed and normal ones is the criterion of the objective of reorganization. Both under mixed and normal reorganizations both economic (optimization) and legal (establishing and terminating legal entities established in the process of reorganization) the objectives of reorganization remain the same and aim to achieve the final result and therefore do not have any legal significance and serve as a link for the final result, i.e. merger and incorporation.

Keywords

legal entities, joint-stock company, limited liability, reorganization method, ways and means of reorganization, mixed reorganization, merged reorganization, comprehend reorganization.

Citation: Nuzhdin T. A. (2018) Complex Reorganization of Legal Entities. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 133–157 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.133.157

References

Belov V.A. (ed.) (2009) *Korporativnoe pravo: Aktual'nye problemy teorii i praktiki* [Corporate law: issues of theory and practice]. Moscow: Yurayt, 678 p. (in Russian)

Filippov V.G. (2015) O netselesoobraznosti smeshannogo sposoba reorganizatsii kommercheskikh organizatsiy [The irrelevance of mixed reorganization of commercial entities]. *Izvestiya Tul'skogo gosudarstvennogo universiteta. Ekonomicheskie i yuridicheskie nauki*, no 2, p. 98–102.

Gabov A.V. (2014) *Teoriya i praktika reorganizatsii (pravovoy aspekt)* [Reorganization: theory and practice]. Moscow: Statut, 880 p. (in Russian)

Kachalova A.V. (2013) *Osushchestvlenie i zashchita prav uchastnikov khozyaystvennykh obshchestv pri reorganizatsii* [Implementation and protection of rights of households under reorganization]. Moscow: Infotropik media, 200 p. (in Russian)

Kachalova A.V. (2014) Prinyatie resheniya o reorganizatsii aktsionernogo obshchestva, osobennosti ee provedeniya [Decision on reorganizing a company, its special features]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, no 1, p. 29–33.

- Lomakin D.V. (2008) *Korporativnye pravootnosheniya i praktika ee primeneniya v khozyaystvennykh obshchestvakh* [Corporate relations and its practice in business entities]. Moscow: Statut, 511 p. (in Russian)
- Mozolin V.P., Yudenkov A.P. (2003) *Kommentariy k Federal'nomu zakonu «Ob aktsionernykh obshchestvakh»* [Commentary to the federal law On Joint Stock Companies]. Moscow: Norma, 412 p. (in Russian)
- Nebykova A.V. (2012) *Prisoedinenie kak forma reorganizatsii aktsionernykh obshchestv. Pravovye voprosy: avtoref. diss. ... kand. yurid. nauk* [Incorporation as a form of reorganization of joint stock companies: legal aspects. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Moscow, 30 p.
- Osman A. (2015) La fusion des sociétés commerciales en droit français et syrien étude comparative. *Droit*, Université Rennes, no 1, p. 104–109.
- Shapkina G.S. (2009) *Primenenie aktsionernogo zakonodatel'stva* [Applying corporate legislation]. Moscow: Statut, 320 p. (in Russian)
- Sippel C. (2008) Auswirkungen von umwandlungsgesetzlichen. Unternehmensumstrukturierungen auf gewerberechtliche. Erlaubnisse mit Zuverlässigkeitsanknüpfung. Dissertation. Konstanz, 326 p.
- Telyukina M.V. (2005) *Kommentariy k Federal'nomu zakonu «Ob aktsionernykh obshchestvakh» (postateynyy)* [Commentary to the federal law On Joint stock Companies (chapter-by-chapter)]. Moscow: Wolters Kluver, 656 p. (in Russian)
- Yakutik E. (2008) Osobennosti «sovmeshchennoy» reorganizatsii [Special features of merged reorganization]. *Voprosy imushchestvennoy politiki*, no 5, p. 17–23.
- Zhdanov V.V. (2008) *Analiz i formirovanie strategii upravleniya restrukturalizatsiey predpriyatiya: na primere predpriyatiya elektroenergeticheskoy promyshlennosti: Diss. ... kand. ekonom. nauk.* [Analyzing and shaping strategy of regulating restructuring. A case of enterprise of electric energy industry. Candidate of Economic Sciences Thesis]. Saint Petersburg, 189 p.
- Zhdanov D.V. (2001) *Reorganizatsiya aktsionernykh obshchestv v Rossiyskoy Federatsii* [Reorganization of companies in the Russian Federation]. Moscow: Statut, 206 p. (in Russian)

К вопросу о государственном регулировании алкогольного рынка



И.В. Панова

профессор кафедры конституционного и административного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: ipanova@hse.ru



В.М. Ерохин

начальник отдела применения законодательства юридической службы Московской железной дороги, кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: victorsmol@list.ru



Аннотация

В статье рассматривается концептуальная модель государственного регулирования производства и оборота алкогольной продукции, основанная на системном применении административно-правовых форм и методов регулирования, а также механизмов общественного контроля и саморегулирования, при взаимодействии органов государственной власти с субъектами с саморегулируемыми организациями и общественными объединениями. В настоящее время основными задачами государственного регулирования производства и оборота алкогольной продукции являются сокращение теневого сегмента рынка, защита нравственности и здоровья граждан, а также снижение уровня потребления алкоголя. Административные органы не смогут решить указанные задачи и полностью легализовать алкогольный рынок без взаимодействия с его участниками и остальным обществом, что требует модернизации системы государственного регулирования отрасли. Обосновывается, что развитие механизмов саморегулирования и общественного контроля является объективной необходимостью внедрения в систему государственного регулирования алкогольного рынка новых форм борьбы с нелегальным оборотом алкогольной продукции. Общественный контроль и саморегулирование позволят сократить государственное вмешательство в алкогольную отрасль, оптимизируют государственный контроль, обеспечат баланс государственных, общественных и частных интересов, учет позиции предпринимательского сообщества при принятии решений по регулированию рынка алкоголя. Чтобы саморегулирование было действенным инструментом регулирования оборота алкогольной продукции, государству следует поощрять участников рынка к добровольному объединению в саморегулируемые организации. Между тем пока закон не создает механизмов, мотивирующих развитие добровольного саморегулирования на алкогольном рынке. Для развития данной формы саморегулирования, которое является наиболее приемлемой для алкогольной отрасли, необходимо введение административно-правового режима стимулирования участников рынка. Кроме того, инструменты общественного контроля не могут в полной мере оказывать регулирующее воздействие на правоотношения в сфере производства и оборота алкоголя, ибо в законодательстве не определена правовая основа их деятельности. Обосновывается необходимость установления в законе осуществления общественного контроля на алкогольном рынке.



Ключевые слова

государственное регулирование, алкогольный рынок, модель, алкогольная продукция, саморегулирование, общественный контроль, производство, оборот алкогольной продукции.

Библиографическое описание: Панова И. В., Ерохин В.М. К вопросу о государственном регулировании алкогольного рынка // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 158–174.

УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.158.174

Государственное регулирование производства и оборота алкогольной продукции обладает особой значимостью, так как от его эффективности зависит здоровье населения России и экономическое развитие государства. Алкогольный бизнес — важный сектор экономики любого государства, в том числе и России. Потенциальная доходность производства и оборота алкогольной продукции определяет важную роль данного источника дохода для государственного бюджета. Нелегальный оборот алкогольной продукции неизбежно ведет к сокращению налогооблагаемого сектора. Алкоголизация населения приводит к экономическим потерям в виде снижения производительности труда, утраты трудоспособности, затрат на лечение заболеваний, различных социальных выплат, расходов на борьбу с преступностью. В соответствии со Стратегией национальной безопасности Российской Федерации алкоголизм назван одной из главных угроз национальной безопасности в сфере охраны здоровья граждан¹.

Одной из важнейших тенденций в развитии государственного регулирования оборота алкогольной продукции является активная интеграция в механизм данного регулирования информационных технологий, усиление регулирующего воздействия электронных автоматизированных систем, которые становятся основной административно-правовой формой учета оборота алкоголя, выполняя одновременно контрольную и информационную функции, обеспечивая детализированный учет объемов оборота алкогольной продукции и предотвращая распространение на рынке нелегальной продукции. Данные автоматизированные системы создают возможности для существенной оптимизации временных и человеческих ресурсов в системе администрирования алкогольной индустрии.

Внедрение Единой государственной автоматизированной информационной системы (ЕГАИС) на всей цепочке — от производства до продажи про-

¹ О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации см.: Указ Президента Российской Федерации от 31.12. 2015 № 683 // СЗ РФ. 2016. № 1 (часть II). Ст. 212.

дукции конечному потребителю — позволит решить проблему неучтенного оборота огромного объема нелегальной алкогольной продукции, произведенной без уплаты акциза. Но способно ли внедрение ЕГАИС в оптовый и розничный сегменты алкогольного рынка решить все проблемы, связанные с нелегальным производством и оборотом алкогольной продукции?

Ценовая недоступность легальной алкогольной продукции для значительной части населения формирует спрос на дешевый контрафакт либо алкогольные суррогаты, которые не предназначены для потребления. Недавний скандал с массовыми отравлениями в Иркутской области — новое яркое и увы трагическое тому подтверждение. Сегодня именно потребитель, исходя из качества жизни и уровня своих доходов, определяет теневой сектор алкогольного рынка, вынужденно ориентируясь на дешевую нелегальную и суррогатную продукцию, которая в таком случае не подпадает под государственное регулирование.

Эффективность государственного регулирования производства и оборота алкогольной продукции должна выражаться, прежде всего, не в размере акцизных пополнений государственного бюджета, а в снижении показателей смертности, связанных с потреблением алкоголя, за счет улучшения его качества, а также показателей заболеваемости алкоголизмом, которые остаются в России очень высокими.

Указанные проблемы обуславливают необходимость формирования качественно новой модели государственного регулирования алкогольного рынка. В целях повышения эффективности решения социальных и экономических проблем, связанных с нелегальным производством и оборотом алкогольной продукции, необходимо построить трехуровневую систему регулирования алкогольного рынка: со стороны государства, бизнеса и общественности, используя механизмы саморегулирования и общественного контроля. В предложенной модели регулирования субъектами управления являются не только традиционные субъекты административного права — органы государственной власти, наделенные публично-правовыми полномочиями, но и невластные субъекты в лице саморегулируемых организаций и общественных объединений.

Однако следует сразу оговориться, что общественные объединения и саморегулируемые организации не могут являться субъектами административно-правового регулирования, поскольку они не наделены государственными властными полномочиями, и их деятельность подлежит государственному регулированию. Саморегулирование и общественный контроль осуществляются лишь в рамках, регламентированных требованиями закона, в пределах диспозитивности, определяемой правовыми ограничениями, устанавливаемыми в процессе государственного регулирования.

Вместе с тем государство, делегируя на основании закона саморегулируемым организациям и общественным объединениям часть полномочий публично-правового характера, а именно контрольные, управленческие, организационные и иные функции, может создать себе в их лице «союзников» в борьбе с нелегальным производством и оборотом алкогольной продукции. В результате между государственно-властными структурами, саморегулируемыми организациями и общественными объединениями выстраиваются не только традиционные для административного права вертикальные управленческие связи власти-подчинения, но и горизонтальные, характерные для несоподчиненных субъектов. Таким образом саморегулируемые организации и общественные объединения интегрируются в систему публичного управления, реализуя общественные интересы. Они могут и должны участвовать в административно-правовом регулировании оборота алкогольной продукции, осуществляя контрольные, организационные, управленческие и иные функции публично-правового характера при взаимодействии с государственными органами, тем самым оказывая косвенное регулирующее воздействие на исследуемые правоотношения. Интеграция саморегулирования и общественного контроля в механизм административно-правового регулирования оборота алкогольной продукции позволит существенно повысить эффективность такого регулирования и обеспечить баланс публичных и частных интересов на рынке.

При рассмотрении указанной модели административно-правового регулирования алкогольного рынка необходимо определить концептуальные подходы к соотношению саморегулирования и государственного регулирования. Следует отметить, что в настоящее время в отечественной юридической науке отсутствует единство взглядов по вопросу о соотношении данных понятий.

По мнению А.Ф. Алгазиной, «саморегулирование не может быть отнесено за рамки государственного регулирования. Государственное регулирование может осуществляться не только органами исполнительной власти, но и некоммерческими организациями, которым переданы государственно-властные полномочия»². Ю.Г. Лескова указывает, что в предпринимательском праве саморегулирование может рассматриваться как часть негосударственного регулирования: «Саморегулирование отражает потребность субъектов предпринимательского права в альтернативном (по отношению к государственному) правовом регулировании предпринимательских отношений, и с этой точки зрения рассматривается как «опосредующее звено» между госу-

² Алгазина А.Ф. К вопросу о соотношении саморегулирования и государственного регулирования предпринимательской деятельности в Российской Федерации / Актуальные проблемы права: материалы междунар. науч. конф. М., 2014. С. 36.

дарством и предпринимателями»³. О. Н. Шерстобоев справедливо отмечает, что «саморегулирование следует оценивать с различных сторон, но частное начало в нем не должно оттеснять публичное. При этом саморегулирование является принципиально новым уровнем взаимоотношений властных и невластных субъектов административного права, при котором происходит изменение, но не отмена инструментария административного права»⁴.

Саморегулирование не может быть полностью вынесено за рамки государственного регулирования, но оно и не является частью или видом государственного регулирования, поскольку исходит не от государства, а от некоммерческих организаций. Именно правовой статус субъектов воздействия определяет главное отличие государственного регулирования от саморегулирования. Вместе с тем саморегулирование осуществляется лишь в рамках, регламентированных требованиями закона, т.е. в пределах диспозитивности, определяемой правовыми ограничениями, устанавливаемыми в процессе государственного регулирования. Саморегулируемые организации получают и осуществляют публичные функции, властные полномочия, что согласуется с позицией Конституционного Суда Российской Федерации, изложенной в Постановлении № 12-П от 19.12.2005⁵.

Таким образом, саморегулирование — это альтернативное, негосударственное регулирование, интегрированное в систему публичного управления, которое осуществляется в установленном законом порядке, подконтрольно государству и является необходимым элементом механизма государственного регулирования.

Развитие механизмов саморегулирования позволяет обеспечить необходимый уровень профессионального представительства рынка в диалоге с властью в вопросах защиты своих интересов и прав, а с потребителями — в вопросах защиты их прав. При этом создаются предпосылки для повышения прозрачности отношений государства и бизнеса, сужения поля принятия решений по усмотрению государственных служащих, а также сокращения бюрократических барьеров и устранения коррупциогенных факторов⁶.

³ Лескова Ю.Г. Саморегулирование как правовой способ организации предпринимательских отношений: проблемы теории и практики: дис. ... д. ю. н. М., 2013. С. 18.

⁴ Шерстобоев О.Н. Административно-правовые проблемы саморегулирования // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2011. № 1. С. 55.

⁵ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19.12.2005 № 12-П «По делу о проверке конституционности абзаца восьмого пункта 1 статьи 20 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой гражданина А.Г. Меженцева» // СЗ РФ. 2006. № 3. Ст. 335.

⁶ Об утверждении Концепции совершенствования механизмов саморегулирования: распоряжение Правительства Российской Федерации от 30. 12. 2015 № 2776-р // СЗ РФ. 2016. № 2 (часть II). Ст. 458.

Регулирование производства и оборота алкогольной продукции требует узкопрофессионального подхода. Саморегулирование в данном случае дает возможность принять оптимальные стандарты и правила, адекватные потребностям алкогольной отрасли, исключив избыточные административные механизмы. Кроме того, внедрение механизмов саморегулирования позволит организовать более оперативный и точечный контроль, чем со стороны государственных органов, за деятельностью членов саморегулируемых организаций.

Решая вопрос о саморегулировании алкогольного рынка, необходимо определиться в какой форме оно будет осуществляться, и какая часть публично-правовых полномочий может быть передана саморегулируемым организациям. Федеральный закон от 1.12.2007 №315-ФЗ «О саморегулируемых организациях» предусматривает возможность установления федеральными законами случаев обязательного членства субъектов предпринимательской деятельности в саморегулируемых организациях, однако в качестве общего правила саморегулирования предусмотрена добровольность членства⁷.

Представляется, что применительно к алкогольному рынку приемлема модель добровольного саморегулирования, которая предусматривает передачу государством части своих функций органу саморегулирования, тогда как за государством остаются полномочия прежде всего юрисдикционного характера. Считаем, что на современном этапе основная часть публичных функций по регулированию оборота алкогольной продукции должна оставаться в руках государства. Разрешительная система ведения бизнеса на алкогольном рынке не может быть заменена на уведомительную. Как уже было отмечено, установление различных требований и ограничений к предпринимательской деятельности на алкогольном рынке обусловлено спецификой алкогольной продукции, свободное обращение которой в гражданском обороте способно нанести существенный вред здоровью человека и создать угрозу национальной безопасности государства.

Вместе с тем саморегулируемые организации могут устанавливать дополнительные стандарты и правила в области оборота того или иного вида алкогольной продукции с учетом его специфики, направленные на повышение качества и обеспечение безопасности алкогольной продукции, а именно — требования к транспортировке, хранению, упаковке, поставке и продаже. Делегирование некоторых публично-правовых функций регулирования алкогольного рынка саморегулируемым организациям позволит снять с органов исполнительной власти избыточные функции, одновременно снизив административную нагрузку на алкогольный бизнес. В итоге государство

⁷ Принят Государственной Думой 16. 11. 2007, одобрен Советом Федерации 23. 11. 2007 : по состоянию на 13. 07. 2015. // СЗ РФ. 2007. № 49. Ст. 6076.

получит мощную поддержку в борьбе с нелегальным оборотом алкогольной продукции со стороны добросовестных участников алкогольного рынка, которые сами заинтересованы в устранении нелегальных конкурентов. Следует отметить, что делегирование публичных полномочий саморегулируемым организациям не противоречит ст. 78 и 132 Конституции Российской Федерации, допускающим возможность передачи отдельных государственных функций и полномочий лишь внутри органов государственной власти, поскольку в данном случае речь идет не о делегировании публичных полномочий от властного публично-правового субъекта невластному частноправовому субъекту. Данное делегирование устанавливает федеральный законодатель.

Необходимо остановиться на обстоятельствах, которые могут препятствовать эффективной реализации саморегулирования в механизме административно-правового регулирования оборота алкогольной продукции. Прежде всего следует сказать, что подход к разработке саморегулируемыми организациями стандартов не должен быть формальным и сводиться к дублированию положений федеральных законов и государственных стандартов, которых и так немало в сфере оборота алкогольной продукции. Алкогольной отрасли не нужны стандарты, содержащие общие положения и не оказывающие существенного регулирующего воздействия на деятельность в сфере оборота алкоголя. Стандарты должны устанавливать дополнительные и значимые требования к предпринимательской деятельности на алкогольном рынке наряду с установленными государством требованиями. При выполнении указанных условий стандартизация в саморегулировании может стать ключевым инструментом повышения безопасности и качества алкогольной продукции.

Крайне важно исключить возможность дублирования контрольных полномочий, осуществляемых одновременно саморегулируемыми организациями и регулятором отрасли — Росалкогольрегулированием, не допустить введения тождественных форм регулирования в отношении одних и тех же объектов по одному предмету. Эффективная реализация контрольных полномочий саморегулируемой организации возможна при четком разделении предметов государственного контроля (надзора) и контроля со стороны саморегулируемых организаций. Саморегулирование алкогольного рынка должно исключить воспроизводство административных барьеров для субъектов предпринимательства. Вместе с тем формальный подход саморегулируемых организаций к осуществлению контроля, который зачастую сводится лишь к проверке документов, также недопустим.

Рассмотрение жалоб на деятельность своих членов и применение механизмов внесудебного разрешения споров между членами саморегулируемых организаций и третьими лицами является одной из важнейших функций саморегулируемых организаций. Защита интересов предпринимателей в их

отношениях с государством (при возникновении любых конфликтов и споров между федеральным органом исполнительной власти (органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации) и участником саморегулируемой организации) как одна из функций саморегулируемых организаций на сегодняшний день не осуществляется⁸.

Чтобы сделать саморегулирование действенным инструментом в механизме административно-правового регулирования оборота алкогольной продукции, государству следует создать условия для стимулирования участников рынка к добровольному объединению в саморегулируемые организации. Между тем в настоящее время законодатель не создает механизмов, которые мотивируют развитие добровольного саморегулирования на алкогольном рынке. Для развития данной формы саморегулирования, которое является наиболее подходящей для алкогольной отрасли, необходимо введение административно-правового режима стимулирования участников рынка.

Низкая эффективность института саморегулирования в России является общепризнанной, эксперты указывают на необходимость использования европейского опыта саморегулирования алкогольного рынка. Так, Е.С. Баранникова отмечает, что «в Европейском союзе широко применяется саморегулирование, которое дополняет, детализирует и вносит более жесткие, по сравнению с обязательными требованиями. В силу того, что российский законодатель стремится максимально детализировать требования в законе, это приводит к пробелам и злоупотреблениям. При этом почти отсутствует мотивация использовать саморегулирование в алкогольной отрасли, поэтому саморегулирование сводится лишь к объединению заинтересованных участников рынка в некоммерческие организации и ассоциации для лоббирования интересов алкогольной отрасли»⁹.

Так как саморегулирование является элементом в механизме государственного регулирования оборота алкогольной продукции, необходимо установить порядок и формы взаимодействия саморегулируемых организаций с органами исполнительной власти, а также порядок осуществления государственного контроля над деятельностью саморегулируемых организаций, который логично было бы делегировать Росалкогольрегулированию. В Концепции совершенствования механизмов саморегулирования содержится ряд интересных предложений о повышении эффективности взаимодействия саморегулируемых организаций, основанных на добровольном членстве, с государственными органами. Данные предложения вполне могут

⁸ Об утверждении Концепции совершенствования механизмов саморегулирования ... // СЗ РФ. 2016. № 2 (часть II). Ст. 458.

⁹ Баранникова Е.С. Правовое регулирование алкогольного рынка в Российской Федерации и Европейском союзе // Реформы и право. 2013. № 4. С. 76.

быть применимы к регулированию оборота алкогольной продукции, так как именно модель добровольного саморегулирования является оптимальной для алкогольного рынка на современном этапе его развития.

В частности, предложено наделить законом уполномоченные органы государственной власти правом заключать соглашения с саморегулируемыми организациями о признании результатов деятельности саморегулируемых организаций. Предметом таких соглашений станет оценка исполнения функций, выполняемых саморегулируемыми организациями (в том числе функции контроля над членами саморегулируемой организации), и возможность приостановления уполномоченным органом государственной власти исполнения аналогичной функции с одновременным признанием соответствующей компетенции саморегулируемой организации. В отношении саморегулируемых организаций с добровольным членством целесообразно также установить требования к направлению в установленные сроки в уполномоченный федеральный орган исполнительной власти отчетности о результатах деятельности саморегулируемой организации, в том числе подтверждающей соответствие требованиям к саморегулируемым организациям¹⁰.

Кроме того, предлагается установить процедуры одобрения уполномоченным федеральным органом исполнительной власти стандартов и правил саморегулируемой организации, методик оценки регулирующего воздействия этих документов; установить процедуры оценки эффективности деятельности саморегулируемой организации за определенный период в целях принятия решений о передаче саморегулируемой организации государственных функций; учитывать позиции саморегулируемых организаций при разработке федеральных нормативных правовых актов и федеральных стандартов¹¹. Полагаем, что реализация указанных мер станет существенным стимулом для совершенствования и стимулирования деятельности саморегулируемых организаций с добровольным членством.

Федеральный закон от 22.11.1995 № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» (далее — Федеральный закон № 171-ФЗ) устанавливает правовые основы деятельности саморегулируемых организаций виноградарей и виноделов¹². Вместе с тем законодатель не определяет порядок функционирования саморегулируемых организаций, объединяющих лиц, осу-

¹⁰ Об утверждении Концепции совершенствования механизмов саморегулирования ... // СЗ РФ. 2016. № 2 (часть II). Ст. 458.

¹¹ Там же.

¹² Принят Государственной Думой 20.12. 2000, одобрен Советом Федерации 26.12. 2000 в ред. 9.03.2016 // СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4553.

ществляющих производство и оборот иных видов алкогольной продукции. Представляется, что институт саморегулирования на алкогольном рынке должен быть существенным образом развит с учетом указанных рекомендаций в Федеральном законе № 171-ФЗ. В законе должны быть определены в качестве целей деятельности саморегулируемых организаций противодействие нелегальному производству и обороту алкогольной продукции; повышение качества и безопасности алкогольной продукции, обеспечение и защита интересов добросовестных участников алкогольного рынка. Целесообразно установить следующие виды саморегулируемых организаций:

саморегулируемые организации, объединяющие лиц, осуществляющих производство и оборот этилового спирта и спиртосодержащей продукции;

саморегулируемые организации, объединяющие лиц, осуществляющих производство и оборот спиртных напитков;

саморегулируемые организации виноградарей и виноделов;

саморегулируемые организации пивоваров и лиц, осуществляющих производство и оборот сидра, пуаре, медовухи.

Общественный контроль над соблюдением участниками рынка отраслевого законодательства играет не меньшую роль, чем саморегулирование в борьбе с нелегальным производством и оборотом алкогольной продукции. Предусмотренное ст. 32 Конституции Российской Федерации право граждан на участие в управлении делами государства предполагает и находит выражение в общественном контроле. Развитие и внедрение механизмов общественного контроля в систему государственного регулирования алкогольного рынка направлено на предупреждение и выявление нарушений в сфере оборота алкогольной продукции.

Необходимость развития механизмов общественного контроля на данном рынке обусловлена тем, что отношения, складывающиеся в сфере производства и оборота алкогольной продукции, обладают особой общественной значимостью, так как связаны со здоровьем народонаселения России и влияют на эффективность экономического развития государства, а значит и на благосостояние его граждан. Таким образом, деятельность в сфере оборота алкогольной продукции непосредственно затрагивает общественные интересы.

Следует сказать, что в алкогольной отрасли активно действуют ряд общественных объединений, осуществляющих контроль над соблюдением участниками рынка законодательства. Среди них можно выделить Межрегиональное общественное движение поддержки здорового образа жизни «За трезвую нацию». Специальные электронные площадки созданы и функционируют в рамках механизма информационно-коммуникационной системы (ИКС-РАР) «Общественный контроль алкогольного рынка» Открытого правительства. На данных площадках фиксируются результаты обществен-

ного контроля. Используя указанные ресурсы, каждый гражданин может оставить сообщение о выявленных им фактах нарушений правил в сфере оборота алкогольной продукции. К ним, в частности, относятся общественный портал «Градус.НЕТ», Единый социальный портал алкогольного рынка, также на официальном сайте Росалкогольрегулирования в разделе «общественный контроль» граждане и организации имеют возможность сообщить о выявленных фактах нарушений в сфере производства и оборота алкогольной продукции¹³.

Основным связующим субъектом общественного контроля на алкогольном рынке является общественный совет при Росалкогольрегулировании, в состав которого входят представители общественных объединений, иных негосударственных некоммерческих организаций, а также экспертного сообщества. Кроме того, при Федеральной службе функционирует экспертный совет, в состав которого наряду с представителями государственных органов, хозяйствующих субъектов, научных организаций также входят деятели общественных объединений.

Данные советы, как было отмечено, являются площадками диалога между государством, бизнесом и общественностью о выработке и реализации государственной политики на алкогольном рынке. Однако указанные инструменты общественного контроля не позволяют в полной мере оказывать регулирующее воздействие на исследуемые правоотношения, поскольку в отраслевом законодательстве не определена в должной степени правовая основа их деятельности.

Инициативы общественного совета при Росалкогольрегулировании о рассмотрении вопроса о подписании соглашений между Федеральной службой и Межрегиональным общественным движением «За трезвую нацию», а также о взаимодействии общественных советов заинтересованных министерств и ведомств, должны быть основаны и подкреплены правовыми нормами¹⁴. Между тем, в настоящий момент отсутствует целостная система общественного контроля, а проводимые мероприятия не приводят к качественному улучшению государственного регулирования. Статьей 24 Федерального закона № 171-ФЗ довольно фрагментарно обозначены основы общественного контроля на алкогольном рынке, которые сводятся в установлении обязанности государственных органов и должностных лиц оказывать содействие гражданам и общественным объединениям в проверках

¹³ Сайт Росалкогольрегулирования [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.fsrar.ru/public> (дата обращения: 11.01.2016)

¹⁴ Сайт Росалкогольрегулирования [Электронный ресурс]: // URL: http://www.fsrar.ru/about/sov-i-koord-organy/obxhestvennyi-sovet/zaochnoe_zasedanie_ot_22122015_g (дата обращения: 15.01.2016)

фактов нарушения Федерального закона № 171-ФЗ и в десятидневный срок уведомлять заявителей о принятых решениях.

Необходимо установить в Федеральном законе № 171-ФЗ порядок осуществления отдельных форм общественного контроля, права и обязанности субъектов и объектов общественного контроля, порядок их взаимодействия.

Законодательное регулирование, направленное на обеспечение самостоятельности общественных объединений и саморегулируемых организаций в выработке правил и норм своей корпоративной организации, контроль над их соблюдением, является конкретизацией взаимосвязанных положений Конституции Российской Федерации (ст. 32 (ч. 1), 34 (ч. 1) и 37 (ч. 1), по смыслу которых граждане, чей труд свободен, вправе принимать непосредственное участие в управлении делами государства, в том числе в экономической сфере на началах самоорганизации, самоуправления и саморегулирования. При этом соответствующая деятельность граждан в любом случае подконтрольна государству.

Чтобы полноценно интегрировать саморегулируемые организации и общественные объединения в систему административно-правового регулирования алкогольного рынка, необходимо определить правовые основы взаимодействия уполномоченных органов государственной власти с данными субъектами, развить горизонтальные правовые связи, основанные на совместных и заранее согласованных действиях органов исполнительной власти, саморегулируемых организаций и общественных объединений, направленных на противодействие нелегальному обороту алкоголя.

В целях повышения эффективности борьбы с нелегальным оборотом алкогольной продукции, а также снижения уровня злоупотребления алкогольной продукцией необходимо ввести комплексный административно-правовой режим стимулирования, включающий в себя два направления правового регулирования: 1) стимулирование участников алкогольного рынка к легальному осуществлению хозяйственной деятельности; 2) стимулирование субъектов предпринимательства и общественных объединений к участию в реализации государственной политики сокращения злоупотребления алкогольной продукцией и противодействию реализации нелегального алкоголя.

Под данным административно-правовым режимом предлагается понимать установленный нормами права порядок административно-правового регулирования общественных отношений, возникающих в сфере оборота и потребления алкогольной продукции, отражающий совокупность правовых и организационных средств, применяемых уполномоченными органами государственной власти и местного самоуправления для стимулирования участников алкогольного рынка к осуществлению легального оборота алкогольной продукции, а также для стимулирования общественных орга-

низаций и субъектов предпринимательства в реализации государственной политики сокращения злоупотребления алкогольной продукцией и профилактике алкоголизма.

В качестве правовых и организационных средств стимулирования участников рынка к законному ведению бизнеса могут выступать следующие: 1) создание единой долгосрочной национальной программы развития государственного регулирования алкогольного рынка, которая обеспечит прозрачность и предсказуемость направлений государственной политики в алкогольной отрасли, что в свою очередь позволит субъектам предпринимательства подготовиться к планируемым изменениям и выстроить долгосрочную бизнес-стратегию; 2) упрощение, автоматизация и сокращение сроков административных процедур в сфере лицензирования, учета, декларирования, маркировки и налогообложения оборота алкогольной продукции; 3) исключение избыточных, противоречивых, дублирующих и неопределенных норм из отраслевого законодательства, которые ведут к принятию решений по административному усмотрению, установлению необоснованных административных барьеров и росту издержек со стороны алкогольного бизнеса; 4) обязательное обсуждение с субъектами предпринимательства и общественными объединениями законодательных инициатив в рамках консультативно-экспертных советов при федеральных органах законодательной и исполнительной власти; 5) заключение соглашений о взаимодействии между Федеральной службой по регулированию алкогольного рынка и саморегулируемыми организациями, а также с общественными объединениями; 6) применение дифференцированного подхода к регулированию оборота различных видов алкогольной продукции, в том числе посредством установления специальных условий для получения лицензий на осуществление оборотных операций с винодельческой продукцией в целях поддержки крестьянско-фермерских хозяйств и малых предприятий в сфере виноделия и виноградарства.

Вторым направлением предлагаемого административно-правового режима является стимулирование субъектов предпринимательства к участию в реализации государственной политики по снижению масштабов злоупотребления алкогольной продукцией и профилактике алкоголизма среди населения. Необходимо заинтересовать общественность и бизнес в решении социальных проблем, которые связаны с потреблением алкоголя, создать определенные механизмы стимулирования в решении данных проблем.

Концепция реализации государственной политики по снижению масштабов злоупотребления алкогольной продукцией и профилактике алкоголизма среди населения Российской Федерации на период до 2020 года (далее — Концепция) предусматривает поддержку общественных и религиозных организаций в пропаганде и осуществлении инициатив, направленных на

противодействие злоупотреблению алкогольной продукцией, создание стимулов для проявления общественных инициатив, направленных на укрепление здоровья населения, и механизмов их поддержки государством¹⁵. В качестве такого механизма может являться субсидирование указанных организаций, направленное на возмещение их затрат в рамках договоров на реализацию программ, предусмотренных Концепцией, а именно: профилактику злоупотребления алкогольной продукцией и возникновения алкогольной зависимости; информирование населения о негативных последствиях злоупотребления алкогольной продукцией. Кроме того, субсидирование может быть направлено на возмещение затрат, связанных с привлечением детей и молодежи к занятиям физической культурой, туризмом и спортом с ориентацией на формирование ценностей здорового образа жизни; с организацией новых видов отдыха и досуга для молодежи и взрослого населения, исключая традицию употребления алкогольной продукции; с повышением трудовой занятости и мотивации к трудовой деятельности, обеспечением культурного досуга населения малых городов и сельской местности. Также целесообразно предусмотреть предоставление юридическим лицам, оказывающим социально ориентированным некоммерческим организациям материальную поддержку, льгот при уплате налогов и сборов в соответствии с законодательством о налогах и сборах.

Основными задачами государственного регулирования производства и оборота алкогольной продукции остаются сокращение теневого сегмента рынка, защита нравственности и здоровья граждан, а также снижение уровня потребления алкогольной продукции. Указанные задачи могут быть решены только при слаженном взаимодействии государственных органов с субъектами предпринимательства, экспертным сообществом, общественными объединениями и гражданами, что обуславливает необходимость формирования качественно новой модели государственного регулирования алкогольного рынка.



Библиография

Алгазина А.Ф. К вопросу о соотношении саморегулирования и государственного регулирования предпринимательской деятельности в Российской Федерации / Актуальные проблемы права: материалы междунар. науч. конф. М., 2014. С. 35–37.

Апарышев И.В. История государственного регулирования алкогольного рынка в России // История государства и права. 2012. № 19. С. 38–40.

¹⁵ О концепции реализации государственной политики по снижению масштабов злоупотребления алкогольной продукцией и профилактике алкоголизма среди населения Российской Федерации на период до 2020 года: распоряжение Правительства Российской Федерации от 30. 12. 2009 № 2128-р // СЗ РФ. 2010. № 2. Ст. 264.

Баранникова Е.С. Правовое регулирование алкогольного рынка в Российской Федерации и Европейском союзе // Реформы и право. 2013. № 4 // СПС Консультант-Плюс.

Блинов М.В. О мерах регулирования алкогольного рынка // Налоги и налогообложение. 2008. № 1 // СПС КонсультантПлюс.

Гладких Р.Б. Обеспечение безопасности предпринимательской деятельности в системе мер, обеспечивающих экономическую безопасность государства // Юридический мир. 2006. № 10. С. 40–43.

Исанов С.Л. Изменения в правовом регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции // Адвокат. 2006. № 3. С. 60–64.

Илюшин А., Меньшов Ю. Борьба с «теневым» рынком алкогольной продукции // Законность. 2005. № 11. С. 42–44.

Лескова Ю.Г. Саморегулирование как правовой способ организации предпринимательских отношений: проблемы теории и практики: дис. ... д. ю. н. М., 2013. 432 с.

Мартынов А.С. К истории государственного регулирования «водочного вопроса» // Административное право и процесс. 2007. № 6 // СПС Консультант Плюс.

Машаров И.М. Государственное управление как категория российского административного права: исторический аспект и современное понимание // История государства и права. 2006. № 9. С. 19–21.

Панов А.Б. Административная ответственность юридических лиц: Монография. М.: Норма, 2016. 192 с.

Пьянов Н.А. Государственное регулирование как самостоятельная научная проблема // Журнал российского права. 2012. № 5. С. 60–62.

Пашков А.С., Чечот Д.М. Эффективность правового регулирования и методы ее выявления // Советское государство и право. 1965. № 9. С. 3–11.

Свиридова А.Н. История развития законодательства о незаконном обороте немаркированной алкогольной продукции // История государства и права. 2012. № 12. С. 39–42.

Шерстобоев О.Н. Административно-правовые проблемы саморегулирования // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2011. № 1. С. 54–57.

On the State Regulation of Alcohol Market



Inna V. Panova

Professor, Department of Constitutional and Administrative Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: ipanova@hse.ru



Victor Erokhin

Head, Division of Applying Law, Legal Department, Moscow Railways, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: v.erokhin.msk@gmail.com

Abstract

The article deals with the conceptual model of state regulation of production and turnover of alcoholic products based on the systemic and complex application of administrative and legal forms and methods of regulation, as well as mechanisms of public control and self-regulation, with the interaction of state authorities with subjects not endowed with state-power authorities, but fulfilling certain functions of public legal nature, namely with self-regulating organizations and public associations. Currently, the main tasks of state regulation of production and turnover of alcoholic products are to reduce the shadow market segment, protect the morality and health of citizens, as well as reduce the level of consumption of alcoholic beverages. In the current conditions of the development of the alcohol industry, the administrative bodies will not be able to solve these tasks and completely legalize the alcohol market without interacting with its participants and society, which will require further modernization of the system of state regulation of the industry. It is substantiated that the development of self-regulation and public control mechanisms is an objective necessity of introducing new forms of struggle against illegal turnover of alcoholic products in the system of state regulation of the alcohol market. Public control and self-regulation will reduce the degree of excessive state interference in the alcohol industry, increase efficiency and optimize state control, ensure the balance of state, public and private interests, take into account the position of the business community in making decisions on the regulation of the alcohol market. In order for self-regulation to be an effective and effective tool in the mechanism of administrative and legal regulation of the turnover of alcoholic beverages, the state should create conditions for encouraging market participants to voluntarily unite in self-regulating organizations. Meanwhile, at present the legislator does not create mechanisms that motivate the development of voluntary self-regulation in the alcohol market. To develop this form of self-regulation, which is the most acceptable for the alcohol industry, it is necessary to introduce an administrative-legal regime to stimulate market participants. In addition, the existing instruments of public control do not allow fully exerting regulatory influence on legal relations in the production and turnover of alcoholic beverages, since the legislation does not sufficiently define the legal basis for their activities. The necessity of establishing in the law the procedure for exercising public control on the alcohol market is substantiated.

Keywords

state regulation, alcohol market, model, alcoholic production, self-regulation, public control, production, turnover.

Citation: Panova I.V., Erokhin V.M. (2018) On the State Regulation of Alcohol Market. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 158–174 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.158.174

References

Algazina A.F. (2014) K voprosu o sootnoshenii samoregulirovaniya i gosudarstvennogo regulirovaniya predprinimatel'skoy deyatel'nosti v Rossiyskoy Federatsii [On the balance between self-regulation and state regulation of Entrepreneurship in the Russian Federation]. *Aktual'nye problemy prava: materialy konferentsii*. [Issues of Law: 3rd International Conference]. Moscow, Buki-Vedi, p. 35–37.

Aparyshev I.V. (2012) Istoriya gosudarstvennogo regulirovaniya alkogol'nogo rynka v Rossii [History of state regulation of alcohol market in Russia]. *Istoriya gosudarstva i prava*, no 19, p. 38–40.

Barannikova E.S. (2013) Pravovoe regulirovanie alkogol'nogo rynka v Rossiyskoy Federatsii i Evropeyskom soyuze [Legal regulation of alcohol market in the Russian Federation and the European Union]. *Reformy i pravo*, no 4. SPS Konsul'tantPlyus.

Blinov M.V. (2008) O merakh regulirovaniya alkogol'nogo rynka [On the measures of regulating alcoholic market]. *Nalogi i nalogooblozhenie*, no 1. SPS Konsul'tantPlyus.

Gladkikh R.B. (2006) Obespechenie bezopasnosti predprinimatel'skoy deyatel'nosti v sisteme mer, obespechivayushchikh ekonomicheskuyu bezopasnost' gosudarstva [Security in entrepreneurship as part of activity ensuring economic security of state]. *Yuridicheskoy mir*, no 10, p. 40–43.

Isanov S.L. (2006) Izmeneniya v pravovom regulirovanii proizvodstva i oborota etilovogo spirta, alkogol'noy i spirtosoderzhashchey produktsii [Changes in the legal regulation of production and turnover of ethyl alcohol, alcoholic and alcohol-containing products]. *Advokat*, no 3, p. 60–64.

Ilyushin A., Men'shov Yu. (2005) Bor'ba s «tenevym» rynkom alkogol'noy produktsii [Tackling the shadow market of alcoholic products]. *Zakonnost'*, no 11, p. 42–44.

Leskova Yu.G. (2013) *Samoregulirovanie kak pravovoy sposob organizatsii predprinimatel'skikh otnosheniy: problemy teorii i praktiki: Diss. ... doct. yurid. nauk* [Self — regulation as a legal way of organizing entrepreneurship relations: issues of theory and practice. Doctor of Juridical Sciences Thesis]. Moscow, 432 p.

Martynov A.S. (2007) K istorii gosudarstvennogo regulirovaniya «vodochnogo voprosa» [On the state regulation of “vodka issue”]. *Administrativnoe pravo i protsess*, no 6. SPS Konsul'tant Plyus.

Masharov I.M. (2006) Gosudarstvennoe upravlenie kak kategoriya rossiyskogo administrativnogo prava: istoricheskiy aspekt i sovremennoe ponimanie [State regulation as a category of Russian administrative law: historic aspect and current interpretation]. *Istoriya gosudarstva i prava*, no 9, p. 19–21.

Panov A.B. (2016) *Administrativnaya otvetstvennost' yuridicheskikh lits* [Administrative liability of legal persons]. Moscow, Norma, 192 p. (in Russian)

Pashkov A.S., Chehot D.M. (1965) Effektivnost' pravovogo regulirovaniya i metody ee vyyavleniya [Efficiency of legal regulation and methods of its measuring]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no 9, p. 3–11.

P'yanov N.A. (2012) Gosudarstvennoe regulirovanie kak samostoyatel'naya nauchnaya problema [State regulation as a separate scientific issue]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 5, p. 60–62.

Sherstoboev O.N. (2011) Administrativno-pravovyye problemy samoregulirovaniya [Administrative law issues of self-regulation]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no 1, p. 54–57.

Sviridova A.N. (2012) Istoriya razvitiya zakonodatel'stva o nezakonnom oborote ne-markirovannoy alkogol'noy produktsii [The history of legislation on illegal turnover of unlabelled alcoholic products]. *Istoriya gosudarstva i prava*, no 12, p. 39–42.

Публичные (государственные) финансы: особенности процесса конституционализации в эпоху глобализации



Н.С. Крылова

ведущий научный сотрудник Института государства и права РАН, доктор юридических наук. Адрес: Российская Федерация, 119991, Москва, ул. Знаменка, 10. E-mail: ninelkrylova@mail.ru



Аннотация

Предмет исследования — процессы конституционализации и институционализации публичных (государственных) финансов. Деятельность современного государства в сфере регулирования финансовых и бюджетных отношений, использования и расходования денежных средств осуществляется в конституционно-правовых формах. Фундаментальные принципы закреплены в конституциях большинства стран. Конституционализация финансово-бюджетного регулирования — исторический процесс. Ее итогом явилось установление принципиально новых правил и норм организации и функционирования государства. Она знаменовала переход от абсолютизма к системе конституционного (ограниченного) правления. Процесс конституционализации выявил тенденцию к расширению рамок конституционного регулирования финансовых отношений. Некоторые конституции называют сегодня «финансовыми» или «налоговыми» (ФРГ, Швейцария). Конституционализация — непрерывный процесс. Вместе с тем в нем отмечается неравномерность конституционного развития отдельных стран. Она проявляется как в воплощении фундаментальных принципов в текстах конституции, так и в их реализации деятельности органов государства. Особенности характеризует процесс конституционализации в России. Тенденция к интернационализации (глобализации) приобретает универсальный характер. В сфере финансового регулирования она проявляется в разнообразных формах. Прежде всего это рост роли международных и наднациональных финансовых стандартов. Интернационализация влияет также на механизмы и институты взаимодействия международных объединений и национальных государств. Наиболее яркий пример воздействия глобализации на сферу бюджетного урегулирования — Европейский союз. Общая эволюция объединения идет в направлении постоянного расширения сферы его деятельности в этой области. В ЕС создана собственная бюджетная система. Договоры о ЕС и функционировании ЕС содержат подробный перечень общих и специальных принципов, определяющих деятельность в бюджетной сфере. Новая тенденция к расширению сферы бюджетного регулирования проявилась в реорганизации финансового механизма объединения в 2012 г. и в установлении в Фискальном пакте «бюджетного правила» — принципа сбалансированного бюджета. Это правило перенесено в конституционное право некоторых стран-членов ЕС.

 **Ключевые слова**

публичные финансы, бюджет, налоги, конституция, конституционализация, интернационализация, глобализация, принципы, институты бюджетного регулирования.

Библиографическое описание: Крылова Н.С. Публичные (государственные) финансы: особенности процесса конституционализации в эпоху глобализации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 175–192.

УДК:342

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.175.192

Конституционализация общественных отношений — тема, привлекающая пристальное внимание юридической науки, в том числе и отечественной¹. Составной частью этой общей проблемы является конституционализация отношений в сфере управления публичными (государственными) финансами. Под «финансами» понимают денежные ресурсы государства. Финансовые отношения и соответственно финансовая деятельность государства — это деятельность, связанная с обеспечением государства денежными ресурсами. Ключевые направления этой деятельности — сбор, распределение, использование и расходование денежных средств. Таким образом, сфера управления публичными финансами охватывает бюджетную систему, налогообложение, контроль над расходами государственных средств.

Современное государство — конституционное и правовое. Вся его деятельность, в том числе и финансовая, осуществляется в правовых формах. В конституционном праве прочно утвердились фундаментальные базовые принципы, в соответствии с которыми государство осуществляет деятельность в области установления, изменения и отмены налогов. Максимой конституционного права стал принцип, согласно которому ни один налог не может быть установлен без одобрения высшего законодательного органа страны. То же относится к порядку утверждения основного закона о финансах — бюджета.

Закрепление в конституционном праве принципов управления публичными финансами явилось результатом длительной исторической эволюции. Начавшаяся несколько веков назад эпоха конституционализма открыла новую эру развития общества — Новое время. В рассматриваемой нами сфере общественных отношений конституционализм знаменовал переход от абсолютизма с присущим ему произволом и неограниченной властью абсолютного монарха к конституционному (ограниченному) правлению. Установле-

¹ Методология современного конституционализма: конституционализация позитивного права; конституционная аксиология пропорциональности. СПб., 2017. С. 343.

ние правовых пределов и границ полномочий высших органов государства в решении вопросов налогообложения и расходования государственных средств решало принципиальный вопрос о «власти кошелька».

Конституционализм означал, по существу, установление принципиально новых — правовых правил и норм ведения финансовых дел государства. Первый в истории конституционализма прецедент, повлекший передачу высшему представительному органу страны «власть кошелька», был создан в период радикальных изменений государственного строя Англии в конце XVII века. Билль о правах (1689) установил: ни один налог и ни один сбор не может быть установлен без согласия парламента и никакое расходование государственных средств невозможно без его одобрения. Заметим, что в то время не существовало понятия конституции в современном смысле слова. Обращает на себя внимание и тот факт, что впервые рассматриваемый принцип был сформирован в стране, в которой никогда не было писаной конституции². Тем не менее Билль о правах, законодательно закрепивший новые принципы и правила, по своему содержанию представлял собой акт конституционного значения. Он продолжает сохранять юридическую силу как часть неконсолидированной Конституции.

Законодательное урегулирование Англией финансовых отношений явилось важным конституционным прецедентом, если под конституцией понимать не только письменный документ, а систему фундаментальных законов и принципов управления, а под конституционализмом — приверженность к соблюдению конституционных принципов управления.

Англия послужила образцом для конституционализации финансового урегулирования в других странах. Правда, потребовалось не менее 100 лет, чтобы сформированные в ее законодательстве принципы были зафиксированы в конституциях других стран. Первая писаная конституция — США (1787) — включила принцип обязательного законодательного утверждения Конгрессом всех законопроектов о доходах, а также принцип законодательного оформления государственных расходов. Принцип приоритета высшего представительного и законодательного органа в решении вопросов налогообложения и контроля над расходованием государственных средств был закреплен приблизительно в те же годы во Франции в Декларации прав человека и гражданина (1789). Этот документ до сих пор сохраняет юридическую силу.

Вся последующее развитие в рассматриваемой области отмечено общей тенденцией, свидетельствующей о расширении объема конституционного регулирования деятельности государства в бюджетно-налоговой сфере.

² Если не считать действовавшего в Английской Республике «Орудия управления» (1654–1660 гг.).

Если старые конституции были весьма немногословны в изложении рассматриваемых вопросов, то в современном конституционном праве выделилась целая система принципов, норм и институтов, посвященных детальному урегулированию финансовых отношений. Это касается не только фундаментальных принципов о порядке установления налогов и расходования средств государственного бюджета. Во многих конституциях содержатся статьи, закрепляющие общепризнанные принципы налогообложения (всеобщность, равенство, справедливость, соразмерность, справедливое налоговое бремя, платежеспособность и пр.)³. В них включены положения, определяющие правила исчисления налогов, их распределения, налоговой компетенции органов государственного управления.

Детально урегулирована современными конституциями деятельность государства, касающаяся принятия основного финансового закона страны — бюджета. Конституции устанавливают принципы сбалансированности, полноты, стабильности и прозрачности бюджета, а также правила внесения, рассмотрения и утверждения бюджетного законопроекта парламентом. Значительное место в конституциях отводится положениям об организации и функционировании механизма контроля над расходованием средств государственного бюджета. Сегодня некоторые конституции называют «финансовыми» или «налоговыми» из-за внимания, которое уделяется в них изложению вопросов финансового, бюджетного и налогового регулирования (чаще всего эта характеристика относится к конституциям Швейцарии и Германии).

Процесс конституционализации управления публичными финансами означает не только закрепление в конституциях фундаментальных принципов бюджетно-налоговой деятельности государств и их возведение в ранг конституционных, но и их воплощение и реализация в деятельности государственных органов. Конституционализация финансового регулирования имеет характер непрерывного процесса. Общая тенденция идет к расширению рамок конституционной регламентации рассматриваемых отношений. Вместе с тем в этом процессе наблюдается значительная неравномерность. Она проявляется как в конституционно-правовом воплощении фундаментальных принципов финансовых отношений в высших законах государств, так и в их реализации в деятельности органов государства.

Рассматривая процесс конституционализации публичных финансов под этим углом зрения, можно провести классификацию государств. К первой группе можно отнести страны, конституции которых отличаются детальной регламентацией финансового и бюджетно-налогового регулирования, а практика государственных органов ориентирована на соблюдение провоз-

³ Подробнее об этом см.: Козырин А.Н. Характеристика основных финансовых институтов зарубежных стран / Финансовое право. М., 1996. С. 75–90.

глашенных основными законами принципов. В качестве примеров назовем Германию и Швейцарию.

Другую группу составляют страны, конституции в которых довольно подробно регулируют вопросы бюджетно-налогового регулирования. Проблема состоит в практическом воплощении и реализации этих принципов. Все эти недостатки отчетливо выявились в годы глобального финансового кризиса (2008–2009). Целый ряд членов Европейского союза столкнулись с проблемами чрезмерного бюджетного дефицита, бесконтрольного роста государственного долга, угрозы дефолта. В число «проблемных» стран попали Греция, Ирландия, Испания, Португалия. Политика сокращения бюджетных расходов в социальной области вызвала массовые протесты. Финансовый кризис быстро перерастал в политический и конституционный конфликт, сопровождавшийся развитием политической нестабильности, ухудшением экономического положения и обострением социальных противоречий. Кризис выявил остроту проблемы реализации конституционных принципов сбалансированности бюджета, бюджетной дисциплины, надлежащего исполнения бюджета с целью обеспечения экономического роста, повышения занятости, социального согласия.

К третьей группе принадлежат страны, конституции которых не уделяют пристального внимания управлению публичными финансами, в частности, регламентации бюджетно-налоговых отношений. Особенно актуальны в них вопросы правоприменительной практики и соблюдения правовых принципов и правил в деятельности государственных органов.

Изучение конституционализации в государствах современного мира позволяет сделать вывод не только о неравномерности, но и о незавершенности процесса. Особенный интерес для нас в связи с этим имеет изучение особенностей процесса конституционализации управления публичными финансами в Российской Федерации.

Как известно, СССР в начале 1930-х годов провел радикальную экономическую реформу. Одним из ее результатов явилось утверждение централизованной плановой экономики. По существу речь шла об упразднении налогов и жесточайшей централизации финансовых ресурсов⁴. Более того, руководство страны исходило из идеи отмирания налогов. Программа КПСС 1961 г. намечала полную отмену налоговых платежей населения⁵.

Масштабная налоговая реформа в стране началась лишь в последнем десятилетии XX века. С 1993 г. в Российской Федерации действует новая Конституция. Объем регулирования в ней вопросов бюджетно-налоговых отношений стал более широким, чем во всех предыдущих конституциях. Однако

⁴ Юткина С.Т. Налоги и налогообложение. М., 1998. С. 17–18.

⁵ Налоги и налоговое право / под. ред. А.В. Брызгалова. М., 1977. С. 26.

и она уделила мало внимания детальному изложению конституционных основ регулирования финансовой деятельности государства. В ней отсутствуют развернутые положения о бюджетном процессе. Не совсем ясно различие между понятиями бюджета и закона о бюджете⁶. Открытым оказался вопрос о принципах налогообложения. Не содержит она и положений о порядке и принципах распределения налоговых доходов между федерацией и ее субъектами. Некоторые пробелы конституционного урегулирования были восполнены Налоговым и Бюджетным кодексами, принятыми в 1998 г.

Безусловно, принятие новой конституции и кодексов свидетельствовало о движении конституционно-правового развития страны в правильном направлении. Однако конституционализация, если понимать ее как включение фундаментальных принципов финансовой деятельности государства в конституционный текст, обеспечивает более высокую гарантию стабильности финансовой системы в целом. Конституция — основной источник правовой системы. Она обладает высшей юридической силой.

Особенности конституционной эволюции нашей страны и тот факт, что вопросы финансового урегулирования не нашли в действующей Конституции полного отражения, обусловили и другую характерную черту конституционализации России. Особенно активную роль в утверждении, развитии и практическом воплощении принципов бюджетно-налогового регулирования в этих условиях приобрела деятельность Конституционного Суда Российской Федерации (далее — КС РФ).

Следует отметить, что в отличие от некоторых зарубежных стран, в которых судебные органы конституционного контроля действуют много десятилетий, а иногда и столетий (США), КС РФ работает только с 1994 г. В стране тогда радикально перестраивалась система налогообложения, вводились неизвестные до этого виды налогов, формировалась новая система межбюджетных отношений и пр. Правовая система находилась в стадии становления и развития. В законы о налогах и сборах вносились многочисленные дополнения и изменения. Было издано множество подзаконных актов. Развитие налогового законодательства приобретало хаотичный и несистематизированный характер, страдало неполнотой, пробелами, противоречиями. В этих условиях обнаружилась острота проблемы конституционности действующих законов, их соответствия Конституции, устранения противоречий между Конституцией, законами и подзаконными актами, продвижение к единообразию в применении законодательства.

В такой обстановке постановления КС РФ по вопросам бюджетно-налогового регулирования имели принципиальное значение для последующей

⁶ Гришковец А.А. Федеральный бюджет: правовая форма и процедура принятия // Труды Института государства и права РАН. 2016. № 6. С. 187–201.

конституционализации принципов и правил финансовой деятельности государства. КС РФ определил отсутствующее в Конституции содержание конституционного понятия «общие принципы налогообложения»; раскрыл смысл ключевого для системы налогообложения понятия «налоги и сборы»; разъяснил действие общих конституционных принципов равенства и обратной силы закона в области налогообложения. В его постановлениях содержится анализ конституционного понятия «законно установленных налогов»; обсуждаются вопросы разграничения налоговых полномочий между законодательными и исполнительными органами государственной власти, а также между федерацией и субъектами.

Публичные финансы приобрели особое место в общеэкономическом регулировании. С их помощью государство воздействует на развитие общества в различных сферах его жизни. Проблема стабильности финансовой системы становится одной из ключевых в обеспечении экономического роста, достижении целей социального развития, решении политических проблем. Конституционализация управления публичными финансами содействует подчинению финансовой деятельности государства правовым правилам, выработанным столетиями конституционной эволюции. Главная ее цель состоит в том, чтобы упрочить контроль над исполнением закона о государственном бюджете, не допускать чрезмерного дефицита бюджета, бесконтрольного роста государственных расходов, повысить степень стабильности финансовой системы в целом.

Проблема управления публичными финансами привлекает все большее внимание отечественных юристов. А.А. Гришковец ссылается на слова И.В. Фролова о том, что современная система исполнительной власти сводится к системе управления публичными финансами и их распределения⁷. «Кто наделен правом управлять публичными финансами, тот и есть власть»⁸. К этому справедливому замечанию можно добавить лишь, что по Конституции России государство является правовым, т.е. конституционным. Существенное значение в деятельности такого государства имеют конституционно-правовые принципы, в рамках которых осуществляется деятельность в сфере управления публичными финансами.

Следует отметить работы О.Н. Горбуновой, выступившей с идеей принятия закона «О финансах»⁹. Закон будет служить конституцией финансового права, в нем будут отражены принципы, категории, термины, на которых

⁷ Гришковец А.А. Указ. соч. С. 187.

⁸ Там же.

⁹ Горбунова О.Н. Проблемы закона о финансах и проект закона «О финансах» // Государство и право. 2017. № 5. С. 69–84.

строится финансовое законодательство¹⁰. Государство как организация публичной власти направляет потоки денежных средств из одной сферы в другую, аккумулирует и использует с целью выполнения своих задач и функций фонды денежных средств. В Законе «О финансах» должны быть закреплены принципы финансовой деятельности государства¹¹.

Автор называет проект доктринальным: он должен закреплять общие принципы функционирования финансовой системы и каждого ее института в целом. Урегулирование общих принципов функционирования финансовой системы страны собрано вместе. По мнению О.Н. Горбуновой, это даст возможность проследить основные прямые и обратные связи в процессе развития экономики через финансы на основе общих экономико-политических и правовых принципов. В законе закрепляются принципы, которые лежат в основе финансового законодательства и будут способствовать его системному развитию, обеспечивать систему прямых и обратных связей в финансовой деятельности государства, содействовать мониторингу этой деятельности. В общей части закона предлагается закрепить основополагающие принципы финансовой деятельности государства (приоритет представительной власти, принцип федерализма, определение бюджетного процесса, сбалансированность бюджета, его прозрачность, определение финансового контроля и др.). В особенной части — закрепить нормы, понятия и принципы, которые обязательны для бюджетной деятельности государства, но которые не закреплены в общей части, а выносятся в приложения (статьи, касающиеся доходов и расходов, строгая регламентация порядка внесения изменений по доходам и расходам, определение условий выделения ассигнований и др.). Здесь же должны быть закреплены принципы налогообложения — стабильность, всеобщность, справедливость. В разделе о государственных расходах предлагается зафиксировать принцип целевого расходования средств, правила расходования государственных средств и пр.¹²

О росте интереса к правовым проблемам управления публичными финансами свидетельствуют опубликованные в последние годы исследования известных в стране специалистов по финансовому праву. Традиционно наука финансового права не уделяла большого внимания изучению конституционного регулирования финансовых отношений. Специалисты по финансовому праву видели свою цель в определении места конституции в регулировании финансовых отношений. Детальное же рассмотрение всех этих вопросов оставалось юристам-конституционалистам. Действительно, если смотреть на финансовое право через призму конституционного права, легко увидеть,

¹⁰ Там же. С. 72.

¹¹ Там же. С. 73.

¹² Подробнее см.: Там же. С. 69–84.

что значительная часть регулируемых им отношений находится в сфере действия норм конституционного права. Это относится, в частности, к правилам и принципам бюджетного процесса (разработка бюджета, внесение и рассмотрение проекта закона о бюджете в соответствии с установленными конституциями нормами законодательного процесса; порядок внесения изменений в закон о бюджете и др.). К области урегулирования бюджетных отношений относится принцип, по которому ответственность за исполнение основного финансового закона страны (закона о бюджете) возлагается на исполнительную власть (правительство) страны. Конституции определяют основные принципы и формы организации механизма специализированного контроля над расходованием бюджетных средств.

Внимание, которое специалисты по финансовому праву стали уделять управлению публичными финансами, свидетельствует об актуальности темы. По существу в этих работах говорится об укреплении правовых механизмов, которые способны служить общей цели усиления стабильности и эффективности финансовой системы в целом. Конституционализация управления публичными финансами — звено в этой системе.

Существенное влияние на процессы конституционализации публичных финансов оказывает глобализация. Процессы конституционализации дополняются процессами интернационализации. Тенденция к углублению интернационализации конституционного права имеет универсальный характер¹³. Проявляется этот процесс и в сфере финансового регулирования. Формы его выражения весьма разнообразны. Одна из важнейших — усиление в период глобализации влияния на развитие национальных финансовых, бюджетных и налоговых систем международных и международных региональных стандартов. Интернационализация ведет к усложнению соотношения национальных и наднациональных конституционно-правовых систем. Она серьезно влияет на механизм взаимодействия международных организаций и объединений и национальных государств, а также на институциональную структуру, компетенцию и функционирование органов государственной власти и управления в странах-членах международных региональных объединений.

Наиболее заметное влияние на процессы интернационализации конституционного права в рассматриваемой сфере общественных отношений оказал уникальный опыт гармонизации норм и правил финансового и бюджетного урегулирования в наиболее интегрированном международном региональном объединении — Европейском союзе (ЕС).

Общая эволюция идет в направлении расширения объема деятельности ЕС в сфере финансового и бюджетного регулирования. В ходе крупномас-

¹³ Интернационализация конституционного права: современные тенденции / под ред. Н.В. Варламовой, Т.А. Васильевой. М., 2017. С. 222.

штабной финансовой реформы в 1970-х гг. в объединении была создана собственная бюджетная система. Факт создания правового института бюджета в международном объединении европейских государств был новым опытом конституционно-правового регулирования. Традиционно институт бюджета рассматривался как один из институтов национального конституционного права и все положения о нем включались в конституцию того или иного государства. Новая практика серьезно усложняла проблему соотношения национальных и наднациональных правовых систем. Одновременно она содействовала процессам интернационализации конституционного права в целом.

Тенденция к расширению сферы финансового регулирования нашла отражение в учредительных документах ЕС — Договоре о ЕС и Договоре о функционировании ЕС. Положения финансового характера можно найти практически во всех частях, разделах, главах этих актов. Как и конституции отдельных государств, названные Договоры определяют основы организации и деятельности объединения в сфере регулирования финансовых и бюджетных отношений.

В учредительных документах ЕС, как и в конституциях стран, содержится перечень принципов, составляющих основу деятельности Союза во всех сферах жизни объединения, в том числе и в области финансово-бюджетного регулирования. В Преамбуле Договора о ЕС сказано, в частности, о приверженности государств-членов таким универсальным ценностям, как принципы правового государства¹⁴. Существенное значение для деятельности ЕС в финансовой области имеет предусмотренный Договором о функционировании ЕС общий принцип, гласящий, что государства-члены координируют экономическую политику на условиях, предусмотренных Договором.

Как и в конституциях отдельных стран, в учредительные договоры включены также специальные принципы, имеющие прямое отношение к деятельности Союза в финансовой сфере. В разделе о целях и задачах Союза, его основных принципах и ценностях Договора о ЕС, где говорится о создании внутреннего рынка, определяется его цель. Внутренний рынок призван обеспечить устойчивое развитие Европы на основе сбалансированного экономического роста и стабильности цен (п. 3, 4 ст. 3).

О возрастающем внимании Союза к вопросам финансово-бюджетного регулирования можно судить по изменениям институциональной структуры объединения. В число основных институтов ЕС наряду с Европейским центральным банком включена Счетная палата. Детальные положения о ней содержатся в Договоре о функционировании ЕС.

¹⁴ Европейский Союз. Основопологающие акты в редакции Лиссабонского Договора с комментариями / отв. ред. С.С. Кашкин. М., 2008. С. 166.

Договор о ЕС отделяет бюджетные полномочия Европейского парламента от его законодательной функции. Можно видеть в этом отражение интеграционных процессов в развитии конституционного права. Традиционным для внутригосударственного конституционного права было отнесение бюджетных полномочий к сфере законодательной функции представительного учреждения. Современные конституции выделяют бюджетную функцию как отдельную сферу его деятельности.

Учредительные документы ЕС, как и конституции большинства стран мира, выделяют раздел, в котором сгруппированы положения о бюджете, бюджетном процессе и отношениях Союза и его членов в ходе разработки, принятия и исполнения закона о бюджете. Все эти вопросы подробно излагаются в разделе втором «Финансовые положения» части VI «Институциональные и финансовые положения» Договора о функционировании ЕС. В этот же раздел включены правила порядка составления и принятия многолетнего финансового рамочного плана.

Раздел начинается с перечня основных принципов бюджетного процесса. Здесь воспроизведен традиционный набор основных правил бюджетного процесса, который был выработан в ходе многих десятилетий развития национальных конституционных систем. Это относится, в частности, к положениям, касающимся установления сроков рассмотрения и согласования бюджета между основными институтами Союза, требования включения в бюджет всех доходов и расходов Союза, правил расходования средств и пр. Процессы интернационализации конституционного права выразились в данном случае в том, что правила и принципы, выработанные на уровне национальных конституционных систем, были перенесены на уровень наднационального регулирования.

Однако в перечне имеются и новые принципы бюджетного процесса, выработке и закреплению которых в нормах наднационального права способствовала эпоха глобализации. Их рассмотрение заслуживает внимания, поскольку опыт интернационализации финансово-бюджетного регулирования может быть полезен для регулирования соответствующей группы общественных отношений на уровне национальных конституционных систем.

Договор о функционировании ЕС включает в число основных принципов бюджетного регулирования, наряду с принципом сбалансированности бюджета по доходам и расходам, требование поддержания бюджетной дисциплины. Это означает, что Союз не принимает акты, способные вызвать значительные последствия для бюджета, без гарантии, что финансирование дополнительных расходов может быть осуществлено в пределах собственных ресурсов Союза и при соблюдении многолетнего финансового рамочного плана (п. 4 ст. 310)¹⁵.

¹⁵ Там же. С. 369.

Такая гарантия чрезвычайно важна для соблюдения установленного Договором принципа поддержания бюджетной дисциплины. В соответствии с Договором бюджет ЕС в полном объеме финансируется за счет собственных ресурсов. Решение об их использовании принимается Советом в соответствии со специальной законодательной процедурой и после консультации с Европейским парламентом. В процессе принятия решения допускается вносить изменения, касающиеся отдельных категорий собственных ресурсов. Однако такое решение вступает в силу лишь после его одобрения государствами-членами в соответствии с действующими в них конституционными правилами. Многолетний финансовый рамочный план призван внести упорядоченность в расходование бюджетных средств. Он составляется на срок не менее пяти лет, и ежегодно принимаемый бюджет должен следовать предусмотренным в нем требованиям.

Договор о функционировании ЕС устанавливает также принцип «надлежащего финансового управления». Этот принцип особенно важен для исполнения бюджета в практической деятельности ЕС и государств-членов. Действие принципа распространяется как на Союз, так и на государства-члены. Согласно формулировке Договора, государства-члены и Союз сотрудничают с целью добиться того, чтобы включенные в бюджет ассигнования использовались в соответствии с этим принципом (п. 4 ст. 310). Содержание принципа раскрыто в ст. 317 Договора: Комиссия исполняет бюджет в сотрудничестве с государствами-членами, под собственную ответственность и в пределах выделенных ассигнований. Государства-члены сотрудничают с Комиссией. Это сотрудничество предназначено обеспечить использование средств с соблюдением принципа надлежащего финансового управления.

Следует отметить еще несколько положений, содержащихся в учредительных документах ЕС и особенно интересных с точки зрения изучения процессов конституционализации и интернационализации финансового регулирования. В Договор о функционировании ЕС включены положения об обязанности государств-членов по проведению контроля и аудита в ходе исполнения бюджета. Он обязывает Комиссию ежегодно направлять Европейскому парламенту и Европейскому Совету относящиеся к бюджетным операциям счета за истекший финансовый год. Комиссия направляет парламенту также финансовый баланс об активах и пассивах Союза. Помимо этого, она подает Парламенту и Совету доклад об оценке финансов Союза.

Как можно видеть, эпоха глобализации оказала значительное влияние на процессы интернационализации финансового регулирования. Она привела к значительному обогащению арсенала правил, принципов и стандартов, установленных на наднациональном уровне и определяющих деятельность этого уникального в современном мире регионального объединения государств. Процесс интернационализации, в свою очередь, оказывает значительное влияние на развитие национальных конституционных систем

и приводит к имплементации наднациональных правил и принципов финансового поведения в национальное право государств, являющихся членами международных региональных организаций. Об этом свидетельствует практика ЕС в годы, последовавшие за окончанием глобального финансово-экономического кризиса (2008–2009). Речь идет о крупной реорганизации финансового механизма и изменении правил бюджетной дисциплины в ЕС.

В марте 2012 г. государства-члены ЕС подписали Договор о стабильности, координации и управлении¹⁶. Это было первый в истории ЕС договор, в котором государства-члены взяли на себя обязательство соблюдать «золотое правило» бюджетной дисциплины. Во вступительной части Договора подчеркивалось значение деятельности правительств государств-членов по поддержанию здорового и прочного состояния публичных финансов и по предотвращению чрезмерного дефицита государственного бюджета. С этой целью предлагалось ввести дополнительные правила, в том числе и «правило сбалансированного бюджета». Договор содержит рекомендацию о перенесении этого правила в национальные правовые системы государств-членов (желательно, в конституционные). Главная цель этого нововведения заключалась в необходимости укрепления бюджетной дисциплины стран-членов. Выполнению этой цели и было подчинено принятие Фискального соглашения (fiscal compact). Собственно, оно и образует центральную часть Договора.

Фискальный пакт предусматривает, что государственный бюджет страны-члена должен быть сбалансирован или составлен с превышением доходов над расходами. Договор допускает временное отступление от этого правила, но в исключительных обстоятельствах. В случае значительного отступления автоматически включается механизм коррекции. Он устанавливает обязательство страны-члена принять меры для исправления отступлений в течение фиксированного срока. По Договору имплементация механизма коррекции определяется каждым государством-членом в отдельности. Она должна соответствовать принципам, изложенным в директивах Европейской комиссии.

Что касается установленных Договором правил сбалансированного бюджета, то они должны быть закреплены в национальном праве государств-членов путем принятия положений, имеющих обязательную силу и постоянный характер. Договор указывает, что эти положения должны быть предпочтительно конституционными либо каким-либо иным образом гарантирующими полное уважение к этим правилам и приверженность им на протяжении всего национального бюджетного процесса (п. 2 ст. 3).

Привязка бюджетного правила к конституционному урегулированию носит рекомендательный характер. Понятно, что имплементация правила в

¹⁶ Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union [Электронный ресурс]: // URL: www.consilium.europa.eu (дата обращения: 10.12.2015)

обычное, а не конституционное законодательство упрощает процедуру его отмены: соответствующее правило может быть отменено простым большинством в парламенте.

При неисполнении государством-членом установленного в Договоре обязательства закрепить правило сбалансированного бюджета в национальном праве дело может быть передано в Суд Европейского союза. Решение Суда обязательно для сторон процесса. Государство-член обязано принять меры для исполнения решения Суда в срок. Если же страна-член не приняла таких мер, дело должно быть передано в Суд с требованием применения финансовых санкций.

По условиям Фискального пакта, правом обращаться за финансовой помощью в созданный с этой целью Европейский стабилизационный фонд получали лишь те страны ЕС, в которых приняты законы об имплементации. Фонд кредитовал только те страны, которые согласятся соблюдать жесткую бюджетную дисциплину.

Страны-члены обязаны были имплементировать в национальное право не только правило о сбалансированности бюджета, но и установленный Фискальным пактом механизм коррекции. Законы об имплементации были приняты всеми странами еврозоны. Но лишь четыре из них последовали рекомендациям Евросоюза и внесли изменения в конституции. Германия внесла поправки в ст. 109 Основного закона. Испания, Италия и Словакия приняли конституционные законы. Португалия и Франция имплементировали Фискальный пакт, издав органические законы. В большинстве же стран изданы обычные законы. В национальном законодательстве государств-членов, принятом в процессе имплементации Фискального пакта, наблюдалось к тому же довольно много отступлений от положений соглашения. Тем не менее принятие пакта, его имплементация и применение в практике государства-членов способствовали сближению национальных правовых систем и процессу конституционализации принципов наднационального права в национальных правовых системах стран-членов.

В результате конституционализации правила сбалансированного бюджета и имплементации механизма автоматической коррекции в ЕС была создана сложная структура взаимодействия Союза и государств-членов в сфере бюджетного регулирования.

Договор привел к увеличению роли институтов ЕС в организации бюджетной деятельности. Основные полномочия по контролю над выполнением государствами-членами их обязательств возложены на Европейский совет и Европейскую комиссию. Разработку законодательных предложений об усилении экономического и бюджетного надзора над государствами-членами, испытывающими затруднения в обеспечении финансовой стабильности, призвана осуществлять Европейская комиссия. В ее функции входит также

разработка законодательных предложений о мониторинге и оценке проектов бюджетных планов, которые составляются с целью коррекции чрезмерного дефицита в странах-членах. Были расширены полномочия Европейского суда, получившего право налагать финансовые санкции на страны-члены, не выполнившие обязанностей по имплементации бюджетного правила.

Вместе с тем реорганизация финансового механизма привела к некоторым институциональным изменениям на национальном уровне. В государствах-членах созданы независимые органы — фискальные советы. Они должны следить за соблюдением государствами-членами условий Договора о финансовой стабильности, координации и управлении. Правительства государств-членов не вправе игнорировать советы этих органов и обязаны следовать их рекомендациям или объяснять причины, по которым правительства допускают отступления от планов коррекции. Перспективы нового механизма оцениваются по-разному. Они довольно противоречивы. Созданные на национальном уровне фискальные советы могут способствовать выполнению представительными органами стран-участников лежащей на них обязанности обеспечить подотчетность и контроль над выполнением условий пакта, но могут оказаться и неэффективным способом решения проблемы.

Закрепление во внутригосударственном праве общих принципов и правил бюджетного процесса, установленных на уровне наднационального объединения, не могло не воздействовать на организацию и функционирование финансового механизма в странах-членах. Однако усилилось и влияние национального права и институтов государств-членов на организацию и функционирование наднационального объединения европейских государств.

Вместе с тем широко распространено мнение, что усиление Договором о стабильности полномочий Европейской комиссии в сфере урегулирования бюджетных отношений не привело к изменению роли Европейского парламента в этом процессе. Формально демократические институты остаются на своих местах. Реальная власть, однако, перемещается к экспертам Европейской комиссии. Сокращение сферы власти Европейского парламента и национальных представительных учреждений оценивается как «конституционный авторитаризм», ведущий к огромной потере демократии¹⁷. В связи с этим в научной литературе все чаще обсуждается тема подконтрольности и подотчетности исполнительных органов — как на национальном, так и наднациональном уровнях. Участники дискуссий о конституционализации бюджетных сдержек в ЕС ставят вопрос о необходимости совершенствования механизмов контроля и координации финансовой и бюджетной политики объединения.

¹⁷ См.: Oberdorfer L. Vom neuen autoritären Konstitutionalismus / Puhringer S. Implementation of the European Fiscal Compact in Austria as a Post-Democratic Phenomenon // ICAE Working Paper Series. 2013. № 15. P. 14–17.

При всех недостатках конституционализации бюджетных правил в ЕС сделан важный шаг к гармонизации правил и принципов бюджетного регулирования, а также в политике сближения деятельности членов ЕС в финансовой области и в области содействия устойчивости публичных финансов и упрочения финансовой стабильности.



Библиография

Андреева Г.Н. Роль финансовой конституции в создании и распределении финансовых потоков в государстве: постановка проблемы / Проблемы конституционного развития Российской Федерации. М.: МГЮА, 2013. С. 338–354.

Васянина Е.Л. Фискальные доходы государства: правовой анализ М.: Контракт, 2015. 264 с.

Горбунова О.Н. Проблемы закона о финансах и проект закона «О финансах» // Государство и право. 2017. № 5. С. 69–74.

Европейский Союз. основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями / отв. ред. С.Ю. Кашкин. М.: ИНФРА-М, 2013. 696 с.

Интернационализация конституционного права: современные тенденции / под ред. Н.В. Варламовой, Т.А. Васильевой. М.: ИГП РАН, 2017. 224 с.

Козырин А.Н. Характеристика основных финансовых институтов зарубежных стран / Финансовое право. М.: Юрист, 1996. С. 75–98.

Конституция в XXI веке: сравнительно-правовое исследование. М.: ИНФРА-М, 2017. 656 с.

Методология современного конституционализма: конституционализация позитивного права; конституционная аксиология пропорциональности. СПб.: Фонд Университета, 2017. 343 с.

Нобель П. Швейцарское финансовое право и международные стандарты. М.: Инфотропик Медиа, 2012. 1058 с.

Пушкарева В.М. История финансовой мысли и политика налогов. М.: Инфра-М, 1996. 191 с.

Право Европейского Союза / под ред. С.Ю. Кашкина. М.: Юрайт, 2014. 1119 с.

Тосунян Г.А., Викулин А.Ю. Деньги и власть. М.: ИГП РАН, 1999. 191 с.

Управление бюджетными ресурсами и доходами (правовые вопросы) / под ред. С.В. Златопольского. М.: Прометей, 2017. 392 с.

Философия права через призму конституционализма и конституционной экономики. СПб.: Летний сад, 2010. 322 с.

Юткина С. Т. Налоги и налогообложение. М.: Юрайт, 1998. 139 с.

Public Finance: Process of Constitutionalization and Internationalization



Ninel S. Krylova

Leading Research Fellow, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences, Doctor of Juridical Sciences. Address: 10 Znamenka Str., Moscow 119991, Russian Federation. E-mail: ninelkrylova@mail.ru.

Abstract

The subject-matter of this article is the processes of constitutionalization and internationalization of public finances. The modern system of government is constitutional. The activities of the governmental bodies in the financial and budgetary spheres are exercised in legal forms. The fundamental principles and rules of this activity are laid down by the constitutions. It relates to the key directions of the financial regulation (the elaboration and adoption of the law on budget, the legislation on taxes etc.). The constitutionalization of public finances is a long historical process. Due to it, new principles and rules of financial regulation have been established in the organization and functioning of the government. Constitutionalization of public finances meant the transition from the era of absolutism to the system of constitutional (responsible) government. The era of constitutionalism led to the expansion of the financial provisions in the national constitutions. Some of the modern constitutions are called therefore “financial”. Surely, the process of constitutionalization is uneven. It is manifested in the embodiment of financial rules and norms in the texts of the constitutions as well as in their implementation in the practice of governmental bodies. There are some peculiarities of constitutionalization of public finances in the Russian Federation, due to some special features of its historical evolution. One can see the growing interest of the Russian legal scientists to the problem. The process of constitutionalization of public finances is not completed yet. It will be expanding because the growing role of public finances in the economic and social development. In the era of globalization, the internationalization of public finances has become a universal trend. It is manifested in various forms. First of all, it is strengthening of the supranational financial standards. It is also the structural changes concerning national governmental bodies and institutions of the supranational organizations. The most evident example is the European Union. The general trend is going on the direction of expansion of financial activities. The Union has its own budgetary system. The list of the budgetary principles and rules is included in the Treaty of European Union and the Treaty on functioning of the European Union. Some of rules have been reproduced from the constitutional law of the member-states. The new phenomenon is the implementation of the rule of the budgetary discipline, which was elaborated on the supranational level, in the national constitutional systems of some Member-states. One can see the trend towards the growing harmonization and convergence of the national and supranational financial systems in the modern world.

Keywords

public finance, budget, taxes, constitution, constitutionalization, internationalization, globalization, principles, institutions of budgetary regulation.

Citation: Krylova N.S. (2017) Public Finances: Processes of Constitutionalization and Internationalization. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 175–192 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.175.192

References

Andreeva G.N. (2013) Rol' finansovoy konstitutsii v sozdanii i raspredelenii finansovykh potokov v gosudarstve. *Problemy konstitutsionnogo razvitiya v Rossiyskoy Federatsii* [Role of financial constitution in creating and distributing financial flows in the state]. Moscow: MGUA press, p. 338–354.

Filosofiya prava cherez prizmu konstitutsionalizma i konstitutsionnoy ekonomiki [Philosophy of law through the prism of constitutionalism and constitutional economy]. Moscow: Letniy sad, 2010. 322 p. (in Russian)

Gorbunova O.N. (2017) Problemy zakona o finansakh i proekt zakona «O finansakh» [The issues of the law on finances and the draft of the law On finances]. *Gosudarstvo i pravo*, no 5, p. 69–74.

Kashkin S.Yu. (ed) (2013) *Evropeyskiy Soyuz. Osnovopolagayushchie akty v redaktsii Lissabonskogo dogovora s kommentariyami* [European Union. Fundamental acts of the Lisbon treaty with comments]. Moscow: Norma, 696 p. (In Russian)

Kashkin S.Yu. (ed.) (2014) *Pravo Evropeyskogo Soyuza* [EU law]. Moscow: Yurayt, 1119 p. (in Russian)

Konstitutsiya v XXI veke: sravnitel'no-pravovoe issledovanie (2017) [Constitution in 21 Century: a Comparative Study]. Moscow: Norma, 656 p. (in Russian)

Kozyrin A.N. (1996) *Kharakteristika osnovnykh finansovykh institutov zarubezhnykh stran* [The major financial institutes of foreign countries]. *Finansovoe pravo* [Financial law]. Moscow: Yurist, p.75–98.

Metodologiya sovremennogo konstitutsionalizma (2017) [Methodology of modern constitutionalism]. Saint Petersburg: Fond Universiteta, 343 p. (in Russian)

Nobel' P. (2012) *Shveytsarskoe finansovoe pravo i mezhdunarodnye standarty* [Swiss financial law and international standards]. Moscow-Berlin: Infotropik Media, 1058 p. (in Russian)

Pushkareva V.M. (1996) *Istoriya finansovoy mysli i politika nalogov* [History of financial thought and tax policy]. Moscow: Infra-M, 191 p. (in Russian)

Tosunyan G.A., Vikulin A.Yu. (1999) *Den'gi i vlast'* [Money and power]. Moscow: IGPAN, 191 p. (in Russian)

Varlamova N.V., Vasil'eva T.A. (eds.). (2017) *Internatsionalizatsiya konstitutsionnogo prava: sovremennye tendentsii* [Internationalization of constitutional law: modern trends]. Moscow: IGP RAN, 224 p. (in Russian)

Vasyanina E.L. (2015) *Fiskal'nye dokhody gosudarstva: pravovoy analiz* [Fiscal revenues: legal analysis]. Moscow: Kontrakt, 264 p. (in Russian)

Yutkina C.T. (1998) *Nalogi i nalogooblozhenie* [Taxes and taxation]. Moscow: Yurayt, 139 p. (in Russian)

Zlatopol'skiy S.V.(ed.) (2017) *Upravlenie byudzhethnymi resursami i dokhodami (pravovye voprosy)* [Administration of budgetary resources and revenues: legal aspects]. Moscow: Prometey, 392 p. (in Russian)

Международное частное право в условиях глобализации: от разгосударствления к фрагментации¹



М.В. Мажорина

кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Адрес: 123995, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9. E-mail: mazhorinamaria@gmail.com



Аннотация

Глобализация изменила облик мира, породила перестройку социума, трансформацию государства и его суверенитета и привела к «разгосударствлению» права. Наибольшим изменениям подвержено сегодня международное частное право, где наблюдаются: увеличение числа субъектов нормотворчества и адхократический характер последнего; усиление и видоизменение процесса делегации права; стандартизация и поиск новой правовой идентичности; беспрецедентное разрастание массива норм негосударственного регулирования и поиски путей их легитимизации; активное развитие альтернативных негосударственной и надгосударственной систем разрешения трансграничных споров; парадигмальные сдвиги в области правопонимания, обусловленные интерпретацией понятия «нормы права»; актуализация института автономной правовой квалификации и пр. Разгосударствление права способствует его фрагментации, которая в рамках международного частного имеет две области проявления: нормативную и институциональную. Все это порождает эффект «запараллеливания» социальных реальностей, при котором формируются коллидирующие системы регулирования трансграничных отношений и соответствующие им системы разрешения споров, построенные на основе государственного права и негосударственного права. Новый социум и новая цивилизация формируют запрос на новое право, которое находится в поиске своей идентичности. Возникшие в связи с этим доктрины глобального негосударственного права требуют осмысления и концептуализации, а новые виды социальной практики — *lex informatica*, *lex digitalis*, *lex electronica* или *lex networkia*, *lex sportiva*, *lex constructionis*, *lex laboris internationalis* — нуждаются в адаптации к современной парадигме международного частного права. В статье исследуется многослойная нормативно-плюралистическая архитектура и делаются предположения относительно будущего нормативно-правового ландшафта применительно к трансграничным частноправовым отношениям. Формирующийся миропорядок, в авангарде которого находится глобальная экономика и обслуживающие ее трансграничные частноправовые отношения, по-прежнему регулируется правом, исходящим от государства, но последнее утрачивает регулятивную монополию, а потому требуется переосмысление нормативной надстройки и формирование нового юридического языка, способного осмыслить и объяснить последствия глобализации в правовом поле.

¹ Статья подготовлена в рамках проекта Российского фонда фундаментальных исследований № 18-011-00883 «Информационный суверенитет: от вопросов определения юрисдикции государства до он-лайн разрешения споров».



Ключевые слова

глобализация, негосударственное регулирование, международное частное право, применимое право, *lex mercatoria*, ЮНСИТРАЛ, УНИДРУА, разгосударствление права, фрагментация права.

Библиографическое описание: Мажорина М.В. Международное частное право в условиях глобализации: от разгосударствления к фрагментации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 193–217.

УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.193.217

1. Глобализация: последствия для права

1.1. Новая модель социума

Процесс глобализации серьезным образом трансформирует современное мироустройство. Ю. Базедов обращается к концепту «открытого общества», базис которого составляет торговля, влекущая за собой растущую проницаемость национальных границ, постепенно увеличивающуюся взаимозависимость обществ и экономик и интернационализацию жизни отдельных индивидов². Социолог М. Кастельс в контексте информатизации социума пишет о формировании «сетевого общества» (*network society*) — динамичной открытой системы, в основе которой лежат сети производства, власти и опыта³. В качестве сетей могут выступать, например, рынки ценных бумаг и обслуживающие их вспомогательные центры. У И. Валлерстайна глобализация — это новая высокоэффективная система мирового экономического хозяйствования, основанная на всемирной диффузии западной идеологии, которая создает новое чувство идентичности, заменяющее традиционные основы и прежний образ жизни⁴. Фактически глобализация ведет к созданию общества, лишённого традиционных признаков социальности: национальной, исторической, культурной и даже правовой идентичности. Это один из подходов в русле европеизации⁵, американизации⁶, вестернизации или «макдоналдизации» права⁷.

² Базедов Ю. Право открытых обществ — частное и государственное регулирование международных отношений: общий курс международного частного права. М., 2016. С. 13.

³ Castells M. The Information Age. Economy, Society, and Culture. The Rise of the Network Society, N.Y., 2010. P. 501.

⁴ Валлерстайн И. Конец знакомого мира: социология XXI в. М., 2003. С. 6.

⁵ Van Erp S. European Private Law and Legal Globalisation // Electronic Journal of Comparative Law. Vol. 6. January 2002.

⁶ Kennedy D. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal. Cambridge, 2006.

⁷ Robertson R. Globalization: Social Theory and Global Culture. London, 1992.

1.2. Глобализация экономики и глобализация права

Первопричиной изменений является глобализация экономики. Наблюдается сращивание национальных экономик в единую, хотя и не гомогенную, мировую экономическую систему (сеть), построенную на принципе глобальной взаимозависимости. Глобализация демонстрирует переход власти от государственных субъектов к экономическим⁸. Эра глобализации экономики — это, одновременно, эра локализации политики⁹.

Глобализация экономики приводит к глобализации права. Новое экономическое устройство мира уже не удовлетворяется ранее сложившимися механизмами правового регулирования. Когда «лицо мира» изменилось, необходимо, чтобы и право изменилось¹⁰. Современная юридическая карта мира — это разноцветное лоскутное одеяло национальных правовых порядков — трещит по швам сообразно тому, как государственные границы обесмысливаются и становятся формальными линиями на политических картах ввиду трансформации статуса государств. Правовая надстройка уже не может иметь прежнего характера автономных правовых массивов, требуется ее переосмысление с позиции глобального экономического и социального базиса.

В качестве прогнозируемых изменений в праве под воздействием глобализации У. Твайнинг называет возникновение новых субъектов с сильной транснациональной ориентацией; смещение традиционно национальных объектов в область транснационального измерения; возрастание осознания плюрализма и мультикультурализма; необходимость в систематическом переосмыслении и «переоценке» определенных областей, в частности, пересмотр западных правовых канонов и обращение к незападным правовым традициям для поиска ответов на вопросы современности¹¹.

Прежняя правовая архитектура не рухнула, но все больше расшатывается наднациональными, межнациональными и транснациональными экономико-ориентированными акторами в условиях ослабления или видоизменения государственного суверенитета. Новая же правовая архитектура в своем эмбриональном состоянии лишь локально концептуализируется. Право находится в состоянии экстренного и хаотичного поиска новых правовых мо-

⁸ Teubner G. Global private regimes: Neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society? // https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852650/global_private_regimes.pdf (дата обращения: 10.10. 2017)

⁹ Ibid.

¹⁰ Mak V. Globalization, Private Law and New Legal Pluralism // New York University School of Law. N. Y., 2015. P. 3.

¹¹ См.: Twining W. Globalisation and legal scholarship. Montesquieu Lecture, 2009 // <https://lapa.princeton.edu/uploads/2011-0210%20Twining%20Paper.pdf> (дата обращения: 30.10.2017)

делей, форм, механизмов нормативного регулирования возникающих общественных отношений.

Возможно выделить две ключевые тенденции, развивающиеся в правовой плоскости, предопределяющие иные изменения, которые имеют непосредственное отношение к международному частному праву (далее — МЧП):

1) трансформация статуса государства в политической структуре общества и ослабление государственного суверенитета;

2) «приватизация»/ «денационализация»/ «разгосударствление» права.

Очевидно, оба процесса тесным образом связаны. В возникшей последовательности: трансформация статуса государства — «разгосударствление» права, очень трудно определить, что чему предшествует. Уже не выглядит оксюмороном юридической науки вопрос о праве без государства¹², он даже становится предметом исследования в рамках постюриспруденции или юриспруденция без государства и права¹³.

1.3. Трансформация статуса государства и ослабление государственного суверенитета

Проблема видоизменения статуса государств в политической структуре общества приобрела поистине международный и междисциплинарный характер¹⁴. Например, в Бременском университете (Германия) создан исследовательский Центр трансформации государства, всесторонне исследующий разные аспекты эволюции института государства и права, а также прогнозирующий будущее суверенного государства¹⁵. По образному замечанию Ж.-Б. Оби, глобализация поражает институт государственного суверенитета в самое сердце¹⁶. К. Бенилеф и Ф. Желина считают, что цифровые технологии и средства коммуникации бросают вызов принципу национального суве-

¹² См.: *Васильев А.М.* Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. М., 1976.; *Власенко Н.А.* Язык права. Иркутск, 1997.

¹³ *Веденев Ю.А.* Юридическая наука в системе междисциплинарных связей // *Lex Russica*. № 6. 2017. С. 13.

¹⁴ См.: *Bederman D.* Globalization and International Law. N. Y., 2008. P. X–XI, 176; *De Carolis D.* The process of harmonization of the law of international commercial arbitration: drafting and diffusion of uniform norms. Doctoral Thesis // <http://eprints-phd.biblio.unitn.it/214/1/dissertation.pdf> (дата обращения: 22.10. 2017); *Cohen J.* Globalization and sovereignty: Rethinking legality, legitimacy, and constitutionalism. Cambridge, 2012; *De Burca G.* Developing Democracy Beyond the State // *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 46, No. 2, 2008; *Koh H.* Review Essay: Why do Nations Obey Law? // Faculty Scholarship Series. Paper 2101. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2101 (дата обращения: 30.10. 2017)

¹⁵ <http://www.sfb597.uni-bremen.de/pages/forProjekte.php?SPRACHE=en> (дата обращения: 11.11. 2017)

¹⁶ *Auby J.-B.* La globalization, le droit et l'Etat. Paris: 2010. P. 95.

ренитета, а само понятие суверенитета стало неустойчивым¹⁷. М. Кастельс прогнозирует зарождение сетевого государства, в котором выживут нации-государства, но не их суверенитет¹⁸. М. Миноу называет три области, в которых разворачиваются события, оказывающие влияние на статус современного государства: расширение числа частных субъектов, выполняющих государственные функции; включение арбитражных оговорок в потребительские договоры; массовое использование Интернета и цифровой связи потребителями и предпринимателями¹⁹.

В российской литературе также исследуются процессы трансформации институтов государства и государственного суверенитета в условиях глобализации. Н.Б. Пастухова, в частности, пишет о «пост-суверенном мировом порядке», в котором глобализация трансформирует саму роль государства в современном мире²⁰. Е.А. Войниканис замечает, что процессы глобализации ставят под сомнение монопольную роль государства в создании права и осуществлении правосудия²¹. Творцов правовой глобализации, по мнению М.В. Захаровой, можно условно разделить на два крупных блока: акторы, обладающие государственным характером актуализации; публичные и частные акторы наднационального и межнационального вектора функциональности²².

1.4. «Разгосударствление» права

Последствия трансформации статуса государства проявляются в праве. В XXI веке закладывается новая правовая действительность, над созданием которой активно работают не только (а порой, и не столько) государственно-властные образования, но и частные акторы: мировое бизнес-сообщество или бизнес-элиты в лице транснациональных и мультинациональных организаций, надгосударственных структур. Европейцы все больше привыкают к мысли, что большая часть законов исходит не из их собственного

¹⁷ *Benyekhlef K., Gélinas F.* The International Experience in regard to Procedures for Settling Conflicts relating to Copyright in the Digital Environment // *Copyright Bulletin*. No. 4, 2001. P. 7.

¹⁸ *Кастельс М.* Информационная эпоха: экономика, общество и культура / http://www.gumer.info/bibliotek_Buks/Polit/kastel/02.php (дата обращения: 26.12.2017)

¹⁹ *Minow M.* Alternatives to the State Action Doctrine in the Era of Privatization, Mandatory Arbitration, and the Internet: Directing Law to Serve Human Needs // *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Vol. 52. 2017. P. 146–167.

²⁰ *Пастухова Н.Б.* Проблемы государственного суверенитета. М., 2006. С. 45–46.

²¹ *Войниканис Е.А.* Парадигмальный сдвиг в современном праве / *Философия политики и права*. М., 2010. Вып. 1. С. 138–161.

²² *Захарова М.В.* Влияние глобализации на юридическую карту мира // *Lex Russica*. 2011. № 3. С. 433–434.

национального государства, а из общеевропейских институтов²³. Юридическое сообщество в связи с этим должно быть озадачено вопросом: кто же вместо государства или совместно с ним становится современным «законодателем» (нормотворцем)? В условиях, когда современное общество впадает в колоссальную зависимость от цифровых ресурсов для связи, хранения, распространения и получения информации, возникает вопрос информационного суверенитета государств. Кто управляет современным обществом: государства или фейсбук?

Ответ на вопрос, кто создает право, предопределяет ответ на другой вопрос — что является правом. Таким образом, меняющийся круг субъектов правотворчества формирует новую парадигму современного правопонимания. Закон уже «выплеснулся» за пределы национального государства²⁴, а потому сегодня активно разрабатываются концепции «приватизации»/ «денационализации»/ «разгосударствления» права²⁵. Концепты «частного правотворчества»²⁶ и «частного правопорядка» становятся навязчивым трендом зарубежной юридической мысли²⁷. Частное правотворчество соотносится с аполитичностью процедуры формирования права²⁸. При этом глобализационные изменения в различных отраслях права идут с неодинаковой быстротой. Наибольшему влиянию глобализации подвержены: международное право, экологическое право, международное частное право, право международной торговли, международное банковское право, информационное право, международное налоговое право, международный гражд-

²³ Cotterrell R. What Is Transnational Law? // Law & Social Inquiry. Spring 2012. P. 500.

²⁴ Ibid. P. 501–524.

²⁵ Peters A., Pagotto I. Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective // New Models of Governance. Basel, 2006. P. 5–6.

²⁶ См.: Teubner G. Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems // American Journal of Comparative Law. January 1997. P. 157; Globalization and Private Law. Cheltenham, 2010. P. 17.

²⁷ См.: Noortmann M., Ryngaert C. Non-State Actor Dynamics in International Law: From Law-Takers to Law-Makers. London, 2010; Cafaggi F. A comparative analysis of transnational private regulation: legitimacy, quality, effectiveness and enforcement // http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/a-comparative-analysis-of-transnational-private-regulation-fcafaggi_12062014.pdf (дата обращения: 1.09. 2017); Goldmann M. A matter of perspective: Global governance and the distinction between public and private authority (and not law) // Global Constitutionalism. March 2016. P. 48–84; Amstutz M. Global (Non-) Law: The Perspective of Evolutionary Jurisprudence // German Law Journal. No. 4. 2008. P. 465–476; Zumbansen P. Transnational private regulatory governance: ambiguities of public authority and private power // Law and Contemporary Problems. Vol. 76. 2013. P.117–138; Michaels R. and Jansen N. Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization // The American Journal of Comparative Law. Vol. 54. 2006. P. 843–890.

²⁸ Galgano F. The New Lex Mercatoria // Annual Survey of International & Comparative Law. Issue 1. 1995. P. 109.

данский процесс, международный коммерческий арбитраж. Одной из сфер преломления глобализации стал финансовый рынок²⁹.

Еще одним концептом современности становится доктрина «транснационального права»³⁰, именуемая «темной лошадкой» или прото-концепцией³¹, и ее разновидности: концепции «транснационального коммерческого права»³², «мирового права»³³, «глобального права»³⁴. Квинтэссенцией транснационального права выступают именно те нормы, которые никуда не вписываются, что возвращает нас к полемике: что же есть право и каково его будущее. Транснациональное право, по выражению К. Скотта — это приглашение взглянуть на правовые явления глазами правового плюрализма³⁵. Собственно, концепции глобального/транснационального права, «разгосударствления» права, утраты государственной монополии на правотворчество следуют рука об руку³⁶.

У. Твайнинг утверждает, что глобализация бросает три вызова традиционной (западной) юриспруденции: а) «теориям черного ящика», которые квалифицируют национальные государства, общества, правовые системы и правовые режимы как закрытые и непроницаемые структуры, которые могут изучаться изолированно; б) идее, что изучение права может ограничиваться двумя типами правопорядков: международным правом и национальным правом; в) адекватности большинства современных юридических концепций и того юридического языка или категориального аппарата, посредством которых идет обсуждение правовых феноменов³⁷. Дихотомии национального и международного права, публичного и частного права признаются неадекватными для учета новых регуляторов, возникающих на глобальной сцене³⁸,

²⁹ Захарова М.В. Указ. соч. С. 434–435.

³⁰ См.: Jessup P. C. *Transnational Law*. New Haven, 1956; César A. *Transnational Law as an Excuse*. How teaching law without the state makes legal education better // ESADE Working Paper № 219. October 2011. P. 20.

³¹ Scott C. *Transnational Law* as a Proto-Concept // *German Law Journal*. Issues 6/7. 2009. P. 864.

³² См.: Cranston R. *Theorizing Transnational Commercial Law* // *Texas International Law Journal*. No. 42. 2007. P. 597–617.

³³ См.: Bederman D. *Globalization and International Law*. London, 2008.

³⁴ Domingo R. *The New Global Law*. Cambridge, 2010; Capaldo Z. *The Pillars of Global Law*. London, 2008.

³⁵ Scott C. *Op. cit.* P. 868–875.

³⁶ См.: Teubner G. *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism* // *Cardozo Law Review*. N 13. 1992. P. 1443–1462.

³⁷ Twining W. *General Jurisprudence* // *University of Miami International and Comparative Law Review*. No. 1. 2014.

³⁸ См.: Koh H. *Transnational Legal Process* // http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2902&context=fss_papers (дата обращения: 2.12. 2017); Möllers C. *Transnational Governance without a Public Law? /Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford, 2004. P. 329–330.

поскольку отсутствует прямая связь между государственной властью и правопорядком, нет четкого разделения между частным и публичным правом, осуществляется «бесшовный» переход между нормами права и другими регуляторами³⁹.

Науке не хватает правового языка, чтобы описать и осмыслить происходящее, так как традиционная терминология разработана исключительно для государственного права, и язык формально-догматической юриспруденции уже не фиксирует и не выражает реальности права, а потому наука нуждается в «лингвистическом развороте».

Мы столкнулись с явлением, которое невозможно игнорировать, так как оно, будто гигантское цунами, накрывает всю прежнюю юриспруденцию и грозит стереть ее с лица земли. Это негосударственное право (*non-state law*), требующее осмысления и концептуализации. В настоящее время закладывается будущее нового права, которое должно быть адекватным новому социально-культурному контексту. Возможно, мы имеем шанс стать свидетелями появления « сетевого права » — как надстройки « сетевого общества ». Это требует выработки новых концепций, нового языка, объяснительного материала, так как позитивистская модель права исчерпала свой потенциал и уже не может служить полноценной надстройкой над трансформировавшимся базисом. Современный социум вырос из платья права XIX–XX веков, и мы не можем не замечать, что король рискует оказаться голым. Но новый гардероб королю вполне может быть « раскроен » в мастерских МЧП, которое в силу своей экономически-ориентированной природы находится в авангарде происходящих изменений, в то время как для отдельных отраслей (преимущественно публичных) характерен эффект серьезного запаздывания.

Международное частное право в эпоху перемен

2.1. Сетевой характер трансграничных частноправовых отношений

Современные трансграничные частноправовые отношения, понимаемые как отношения, выходящих за пределы одного государства и тем или иным образом связанные с правовыми системами разных государств⁴⁰, приобретают сетевой характер.

Мир выстраивается в логике пространства потоков, а люди пытаются продолжать жить в пространствах мест. В контексте МЧП поток становится

³⁹ Sieber U. A. Legal Order in a Global World. The Development of a Fragmented System of National, International, and Private Norms // Max Planck Yearbook of United Nations Law. Vol. 14. 2010. P. 1–49.

⁴⁰ Международное частное право / отв. ред. Г.К. Дмитриева. М., 2004. С. 9 (автор главы — Г.К. Дмитриева).

ся ключевой чертой трансграничных отношений. Именно здесь назревает существенное противоречие: сетевой характер отношений подразумевает децентрализацию, в то время как право в формально-догматическом смысле имеет иерархическую структуру⁴¹. Возникает конфликт, выражающийся в неадекватности фрагментарного и относительно статичного правового ландшафта и локализованных систем разрешения споров по трансграничным отношениям, интегрированным в глобальную сеть.

2.2. Новые субъекты нормотворчества и его адхократический характер

В сфере регулирования трансграничных частноправовых отношений уже многие годы лидирующая роль в выработке соответствующих норм принадлежит ЮНСИТРАЛ, УНИДРУА, Гаагской конференции по МЧП, а также Международной торговой палате (ИСС) и прочим организациям. Международно-ориентированные юридические фирмы усиливают воздействие на процессы стандартизации: они создают контракты нового образца, которые становятся стандартами и влияют на создание иных норм. Адвокатские объединения и арбитражи поддерживают эти процессы. Растет число акторов, создающих «снизу» в отдельных областях источники, консолидирующие достижения практики международного оборота. Активным субъектом нормотворчества становится международное бизнес-сообщество, его наиболее деятельная, высокопрофессиональная часть: эксперты, бизнес-элиты, арбитры, члены торгово-промышленных палат, профессиональных сообществ, ученые⁴².

Процесс активного участия частных акторов в нормотворчестве является, на наш взгляд, частным случаем более глубоких перемен, связанных с заменой типа государственного управления: бюрократия сменяется «адхократией» (*adhoccrasy* — от лат. *ad hoc*), координирующей работу множества временных рабочих групп, возникающих и прекращающих свою деятельность в соответствии с темпом перемен в окружающей организацию среде⁴³. Введенный в научный оборот футурологом Э. Тоффлером, термин «адхократия» определяется как власть интеллектуалов, мобилизованных по конкретному поводу⁴⁴.

В МЧП процесс нормотворчества приобретает адхократический характер: государство замещается космополитичной юридической элитой, акку-

⁴¹ Войниканис Е.А. Указ. соч. С. 143.

⁴² Sweet-Stone A. The New Lex Mercatoria and Transnational Governance // Journal of European Public Policy. August 2006. P. 627–646.

⁴³ Toffler A. Future Shock. N.Y., 1970. P. 505.

⁴⁴ Toffler A. The Third Wave. N.Y., 1980. P. 215.

мулированной в структурах международных и негосударственных организаций, торговых палат, арбитражей, лидирующих юридических фирм и пр. Субъектами негосударственных нормотворческих процессов становятся авторитетные практики (а не дипломаты и законодатели), действующие в личном качестве, объединенные в географически рассеянную, но профессионально однородную группу. В некотором смысле эти группы выглядят частными клубами⁴⁵ или «братствами», объединенными общностью интересов, мировоззрения, правовой культуры.

Адхократия находит выражение в нескольких ипостасях: в характере нормотворчества, в практике разрешения споров. Процессы адхократического типа высокопрофессионально организованы, но лишены широкой представительности и эндемичны по своей природе, а потому их результаты во многом зависимы от правовых предпочтений членов «клуба». Это усиливает и без того существенную фрагментацию права.

2.3. Делокализация международного частного права

Глобализация стирает идентичности, подрывает устои национального права и порождает сетевое право. Влияние международного права и «нетрадиционных источников права» в контексте формирования норм МЧП *de facto* растет⁴⁶. Однако унификация, будучи действенным способом делокализации, находится в стадии стагнации и уступает первенство гармонизации⁴⁷. Международные договоры утрачивают прежнее значение и отчасти замещаются так называемыми «несвязывающими» (*non-binding*) правовыми механизмами.

Мы наблюдаем уникальные практики, когда на межгосударственном уровне параллельно разрабатываются одноименные документы, практически идентичные по содержанию, но разные по форме. Речь идет о проекте ЮНСИТРАЛ в части подготовки документа о приведении в исполнение международных коммерческих мировых соглашений, достигнутых в рамках согласительной процедуры. ЮНСИТРАЛ одновременно ведет работу над проектом Конвенции и проектом Типового закона⁴⁸. Таким образом, своего рода «вторая Нью-Йоркская конвенция» концептуализируется в разных

⁴⁵ См.: Keohane R., Nye J. The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy // <https://www.cigionline.org/publications/regime-complex-managing-global-cyber-activities> (дата обращения: 12.12.2017)

⁴⁶ Globalization and Private Law... P. 2.

⁴⁷ См.: Унификация и гармонизация в международном частном праве. Вопросы теории и практики / отв. ред. Г.К. Дмитриева. М., 2016.

⁴⁸ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/083/22/PDF/V1708322.pdf?OpenElement>

формах. Родившийся когда-то в практике ЮНСИТРАЛ метод модельного регулирования продолжает активно развиваться.

Особенностью процесса делегализации МЧП становится то, что она осуществляется «снизу» частными акторами. Соответственно этому меняются методы и инструменты делегализации. Методами делегализации МЧП становятся «стандартизация»⁴⁹, «нормализация международных контрактов»⁵⁰, «типизация». Международный договор как основной инструмент делегализации заменяется типовыми/модельными законами, типовыми контрактами, руководствами, сводами и иными формами объективирования норм негосударственного регулирования.

Меняются и результаты делегализации МЧП. Стандартизация и типизация в некотором смысле безразличны к национальному праву, но работают на бесперебойное продуцирование норм негосударственного регулирования и типизацию деловой практики. Если унификация есть волевой процесс, посредством которого государство намеренно делегализует свое право в ходе правовой самоидентификации, то стандартизация и типизация идут фактически без участия государства и «с тыла» обезличивают правовые поля, стирают правовую идентичность государств. Унификация остается методом делегализации права в мультинациональном мире, а стандартизация и типизация становятся методами делегализации права мира глобального.

2.4. Разрастание массива норм негосударственного регулирования и новые формы их объективизации

Мы наблюдаем лавинообразный рост норм негосударственного регулирования⁵¹. Созданные не государствами, но рожденные в рамках международных неправительственных организаций или объединений, не обеспеченные механизмом принудительного и даже обязательного исполнения, соответствующие нормы объективируются в сводах, принципах, правилах.

⁴⁹ Luhmann N. Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt, 1993.

⁵⁰ Вилкова Н.Г. От глобального контрактного права к глобальному применимому праву / Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: Сборник статей. М., 2016. С. 7. См. также: Николюкин С.В. Систематизация и стандартизация международных торговых обычаев (на примере ИНКОТЕРМС-2010) // Юрист. 2013. № 6. С. 12–17.

⁵¹ В сфере межгосударственного регулирования появилась также концепция «неформального международного правотворчества», исследованию которой был, в частности, посвящен проект Гаагского института интернационализации права (2009–2012). Результатом проекта стало комплексное исследование, достоверно демонстрирующее значимую роль «неформальных» источников в развитии международного права, в его стандартизации, унификации и гармонизации. Informal International Lawmaking: Case Studies. The Hague, 2012 // file:///C:/Users/%D0%9C%D0%B0%D1%80%D0%B8%D1%8F/Downloads/LOTFS_3_Web.pdf (дата обращения: 10.11.2017)

В литературе говорится о методе «ползучей» (К. Берджер)⁵² или «прогрессирующей» кодификации⁵³. Наряду с периодическим обновлением уже ставших традиционными сводов, фиксирующих обычные нормы (ИНКОТЕРМС, Унифицированные обычаи и правила по документарным аккредитивам), Унифицированные правила о Инкассо, Оговорки о страховании грузов института Лондонских страховщиков), появляются акты негосударственного регулирования, в которых предпринимается попытка кодифицировать и истолковать нормы *lex mercatoria* (Принципы международных коммерческих контрактов УНИДРУА; Принципы европейского договорного права; Свод принципов, правил и требований *lex mercatoria* CENTRAL и пр.).

Формируется целая система стандартов как поведенческого типа, так и технического характера: кодексы поведения транснациональных корпораций, транснациональные стандарты безопасности в рамках Международной организации по стандартизации (ISO), межбанковская система управления, регулирования и стандартизации электронных трансферов и расчетов SWIFT. В рамках Международной организации комиссий по ценным бумагам ведется выработка единых стандартов поведения на рынках ценных бумаг, принципы и нормы кодифицируются в резолюциях и меморандумах о взаимопонимании. Юристами транснациональных корпораций или юридическими консультантами международных ассоциаций торговли создаются контракты нового образца, которые становятся стандартами. Эти договорные модели, зачастую не известные национальному праву, всегда именуется английскими терминами — лизинг, франчайзинг и распространяются по всему миру. Наконец, разработаны документы, направленные на формирование новых практик в области коллизионного и материального регулирования трансграничных отношений (Модельные правила европейского частного права; Гаагские принципы о праве, применимом к международным контрактам; Вненациональные нормы как применимое право к международным контрактам МТП).

Таким образом, «сбор и фиксация» сменяются «кодификацией и толкованием», трансформируясь в конечном итоге в «создание и квалификацию». От акта неофициальной кодификации торговых обычаев мы приходим к «применимому праву», что является бескровной революцией в области нормативного регулирования трансграничных отношений и (что еще более важно) в области правопонимания. Появление подобных кодифицированных источников норм негосударственного регулирования бросает вызов не

⁵² Berger K. The Creeping Codification of the New Lex mercatoria. Dordrecht, 2010.

⁵³ См., напр.: Пугинский Б.И., Амиров А.Т. Важный шаг в развитии нового Lex mercatoria // http://mgu-commercial-law.narod2.ru/Literatura/Statya_i_principipy_CENTRAL.doc (дата обращения: 24.04.2013)

только самому содержанию частного права, но и тому, как оно должно формироваться, а, как следствие, его природе.

По мнению Я. Смитса, пришло время найти новый источник легитимности соответствующих норм, и очевидно, что он не может проистекать из власти государства в форме актов национальных парламентов⁵⁴. В качестве такого источника автор видит механизм конкуренции юрисдикций, посредством которого субъекты рынка самостоятельно избирают нормы, наиболее удобные для регулирования возникающих отношений. Фактически осуществляется рыночный отбор наиболее удачных нормативных моделей. Так, например, DCFR⁵⁵ может быть использован в качестве инструментария европейским законодателем, в качестве источника вдохновения — Европейским судом и национальными судами, в качестве субсидиарного источника — сторонами контракта. Если DCFR не применяется, составители несут ответственность за отсутствие успеха правового режима.

Д. Левит пишет о «восходящем» международном нормотворчестве, которое представляет собой мягкий процесс, продуцирующий «твердые» правовые результаты. Его результатом становится автономная «закрытая правовая система» материальных норм и процедур их толкования с эффектом практико-ориентированной автокоррекции⁵⁶. Такое «восходящее» нормотворчество не замещает традиционного «нисходящего», но осуществляется «бок о бок» с последним⁵⁷.

Таким образом, традиционный метод правотворчества посредством «сплава» законодательной воли и правоприменительной практики сменяется новым методом — нормотворчеством негосударственных акторов путем доктринального осмысления и профессионального обобщения «лучших практик» в форме кодифицированных документов, легитимизированных бизнес-сообществом в условиях конкуренции юрисдикций. Функция источников норм негосударственного регулирования заключается в создании юридического единства внутри рыночного единства. Это происходит за счет формирования единообразной правовой культуры и стандартизированные практики, которые, по мнению некоторых исследователей, могут функционировать как сеть в экономическом смысле⁵⁸.

⁵⁴ Globalization and Private Law... P. 24–27. См. также: Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М., 2012. С. 335.

⁵⁵ Draft Common Frame of Reference – Модельные правила европейского частного права.

⁵⁶ Levit J. A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments // The Yale Journal of International Law. Vol. 30.. P. 125–209.

⁵⁷ Ibid. P. 173.

⁵⁸ См.: Ogus A. The economic basis of legal culture: networks and monopolization // Oxford Journal of Legal Studies. No. 3. 2002. P. 419–434.

2.5. Развитие альтернативных систем разрешения трансграничных споров как проявление «разгосударствления» права⁵⁹

Непосредственная связь между частным нормотворчеством и развитием системы альтернативного разрешения споров выражается в том, что такие негосударственные форумы становятся площадками для «тестирования» норм негосударственного регулирования. Как замечает Г.-П. Каллес, современные гражданско-правовые режимы защиты прав становятся независимыми от правопорядков государств за счет увязки частного нормотворчества (например, кодексов поведения), альтернативных процедур разрешения споров (ODR или ADR) и механизмов социально-экономического санкционирования и принуждения⁶⁰. Например, в разделе «Применимые нормы» Руководящих принципов ADR (Соглашение между Всемирной организацией потребителей и Глобальным диалогом бизнеса по вопросам электронной торговли) указано, что системы ADR могут урегулировать споры адекватным образом без необходимости участия в громоздких дорогостоящих исследованиях правовых норм, применяемых при разрешении спора в официальном судебном порядке. Лица, осуществляющие ADR, вправе принимать решения по справедливости и/или на основе кодексов поведения⁶¹.

Международный коммерческий арбитраж (далее — МКА) как способ разрешения споров переживает ренессанс. Государственные суды все чаще подвергаются критике за некомпетентность в решении трансграничных споров и неспособность идти в ногу с быстро развивающейся международной торговлей⁶². Доступ к государственным судам, *de jure* не ограничиваемый, *de facto* умалывается популяризацией арбитражей и широко распространенной рыночной практикой. МКА, разрешая споры на основе норм негосударственного регулирования, обеспечивает их окончательную формализацию. Фактически круг замкнулся: нормы негосударственного регулирования изобилуют, квази-юридические основания для их использования есть, практика применения успешно развивается и все это обеспечено силой государственного принуждения — механизмом признания и исполнения иностранных

⁵⁹ Aguilar S. Supranational Systems of Dispute Resolution and their Integration into Domestic Legal Systems: A View of the Latin American Experience // http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1510331151991~117&usePid1=true&usePid2=true (дата обращения: 10.11. 2017)

⁶⁰ См.: Calliess G. *Transnational Consumer Law: Co-Regulation of B2C-E-Commerce / Responsible Business: Self-Governance in Transnational Economic Transaction*. Oxford, 2008. P. 225–258,

⁶¹ http://www.gbd-e.org/ig/cc/Alternative_Dispute_Resolution_Nov03.pdf (дата обращения: 2.02.2018)

⁶² Zumbansen P. *Law After the Welfare State: Formalism, Functionalism, and the Ironic Turn of Reflexive Law // Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper. N 13. 2008. P. 799.

арбитражных решений на основе норм Нью-Йоркской конвенции (1958). Сложилась автономная система разрешения споров, выстраиваемая на все более упрочивающемся свои позиции принципе автономии воли арбитров.

2.6. Парадигмальные сдвиги в области правопонимания, обусловленные интерпретацией понятия «нормы права» («rules of law»)

В лоне МКА формируется сегодня еще одна революционная тенденция, связанная с парадигмальными сдвигами в области правопонимания. На фоне методологического кризиса МЧП мы становимся свидетелями эволюции взаимосвязанных тенденций: институализации МКА/ADR и трансформации концепта «права».

Арбитраж отходит от модели, в которой национальный правовой порядок рассматривается как эксклюзивная правовая основа разрешения спора. Эта практика находит отражение в доктрине: Ф. Чахоши положительно отвечает на вопрос: «Является ли международный коммерческий арбитраж автономной правовой системой?»⁶³, К. Тити пишет об арбитраже как о нормотворце⁶⁴. Существуют все основания доказать, что концепт правопонимания МКА все больше отделяется от его «собрата», известного государственному праву, и наблюдается движение от права государства («State-law») к «нормам права» («rules of law») как к праву, применимому при разрешении трансграничных частнопрововых споров.

Термин «*rules of law*», с очевидностью понятный любому национальному юристу в контексте позитивистского подхода к праву, приобретает новое сакральное значение в МКА. Все больше специалистов в области МКА могут считать себя посвященными в закодированное значение этого словосочетания⁶⁵, в «тайное знание», этакое «коммерческое масонство»⁶⁶, зачастую способное предопределить результат разрешения трансграничного спора по существу.

Что стало процессуальной основой переосмысления термина «*rules of law*» в МКА? В регламентах МКА произошло последовательное замещение термина «право» (в смысле — право государства) на термин «нормы пра-

⁶³ Chaghooshi F. Is International Commercial Arbitration an Autonomous Legal System? / A Thesis Submitted to McGill University ... of Master of Law. June 2013. Montreal.

⁶⁴ См.: Tumu K. Арбитр как нормотворец: правотворческий процесс в инвестиционном арбитраже // Международное правосудие. № 2. 2015. С. 85–99.

⁶⁵ См.: Bardina M. P. Determination of Substantive law by International Commercial Arbitration in Russian law, ICAC Rules and Arbitration Practice / *Czech and Central European Yearbook of Arbitration: Borders of Procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings*. Prague, 2013. P. 22.

⁶⁶ См.: Teubner G. Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems // *American Journal of Comparative Law*. January 1997. P. 199–217.

ва» («*rules of law*»)⁶⁷. Арбитражные регламенты большинства мировых арбитражных институций предписывают сегодня применение «норм права» при разрешении споров. Произведя «подмену понятий», арбитраж перестал быть связанным в своем выборе правом того или иного государства, и автономия воли сторон в некотором смысле сменяется автономией воли арбитров⁶⁸ как в правопонимании, так и в правоприменении.

Итак, практика МКА пошла по пути расширительного толкования термина «нормы права», не сводя его содержание к норме национального права. В МКА различие между жестким и мягким правом размыто, и наблюдается серьезная гибридизация жестких и мягких правовых инструментов⁶⁹.

Покровы тайны с термина «нормы права» были сорваны Гаагскими принципами о выборе права, применимого к международным коммерческим контрактам⁷⁰ (далее — Гаагские принципы). В ст. 3 содержится беспрецедентная норма, согласно которой отсылка к праву (сделанная в контракте) включает «нормы права», общепризнанные на международном, наднациональном или региональном уровнях как нейтральный и сбалансированный свод правил, если иное не предусмотрено законом страны суда. Применимым правом с «легкой руки» Гаагской конференции по МЧП становятся фактически любые нормы, в том числе и, преимущественно, негосударственные, кодифицированные в тех или иных сводах. В Комментариях к документу прямо определяется, что термин «*rules of law*» используется с тем, чтобы обозначить нормы, которые не исходят из государственных источников права⁷¹.

В 2015 г. появился документ — «Вненациональные нормы как применимое право к международным контрактам Международной торговой палаты»⁷², уникальный как по своему названию, так и по содержанию. Он построен на реализации еще более «революционного» подхода, предполагающего существование автономной правовой системы (*lex mercatoria*), которая способна регулировать международные контракты вместо норм внутреннего законодательства, а также предлагать индивидуально «скроенные» решения⁷³. Значение документа и его «революционность» заключаются в том, что он позво-

⁶⁷ См., напр.: Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (ред. 1973), Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (ред. 2010), Арбитражный регламент Международной торговой палаты (МТП) (ред. 2012).

⁶⁸ См.: Асосков А.В. Указ. соч. С. 489.

⁶⁹ *De Carolis D.* Op. cit.

⁷⁰ The Hague Principles on Choice of Law in International Contracts // http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd06rev_en.pdf (дата обращения: 15.12.2017)

⁷¹ Там же.

⁷² <http://store.iccwbo.org/content/uploaded/pdf/Developing%20neutral%20legal%20standards%20for%20Intl%20contracts.pdf> (дата обращения: 15.12.2017)

⁷³ Там же.

ляет сторонам выбрать вненациональные нормы (*a-national rules*) в качестве применимого права. Как замечает Н.Г. Вилкова, это первая в истории ИСС попытка предложить сторонам международных коммерческих контрактов новые подходы к определению применимого права: стороны могут подчинить свои договоры общим правилам и принципам, в отношении которых существует широкий международный консенсус⁷⁴.

Арбитр, расширительно толкуя «норму права», основываясь на фундаменте делокализации и автономности арбитража, фактически выходит за рамки правопонимания, исповедуемого государствами. Он применяет нормы, не квалифицируемые сегодня в качестве правовых национальными судами, но понимаемые таковыми в практике МКА. Таким образом, МКА, созданный на основе норм государственного права, в процессе правоприменения выстраивает новую архитектуру права или, как минимум, МЧП. Смеем предположить, что весь тот огромный массив норм негосударственного регулирования, который сегодня хлынул в нормативное поле, направлен преимущественно на МКА и систему ADR. Национальные же суды остаются почти безразличными к подобным источникам.

Р. Михаэльс оценивает концепции автономности арбитража и негосударственного права через понятие «утопия» (с греч. — «место, которого нет» или «блаженное место»). Автор даже использует термин «*no-place law*», который может быть осмыслен как «воображаемое негосударственное право» (*dreaming denationalized law*), «несуществующее право» или «делокализованное право»⁷⁵. Существование негосударственного права на современном этапе — это вопрос веры, что применимо и к государственному праву, основанному на вере в суверена и его власть. А если вера в государство и его суверенитет пошатнулась, нужна новая вера. На пути к новой парадигме мы движемся в утопию. Остается открытым лишь вопрос: в небытие или в блаженное место...

2.7. Актуализация института автономной правовой квалификации

Признаки «разгосударствления» МЧП можно обнаружить и в таком, казалось бы, частном вопросе, как проблема правовой квалификации. Сообразно государственно-правовой парадигме квалификация отношений должна по общему правилу осуществляться на основании закона страны суда (*lex fori*), что закреплено в большинстве современных кодификаций норм МЧП.

Однако с увеличением массива норм негосударственного регулирования актуализируется вопрос об использовании их интерпретационного ма-

⁷⁴ Вилкова Н.Г. Указ. соч. С. 47.

⁷⁵ Michaels R. Dreaming Denationalized Law without a state: scholarship on autonomous international arbitration as utopian literature // *London Review of International Law*. September 2013. P. 35–62.

териала и обращении к институту автономной квалификации. Излишний «лексфоризм»⁷⁶ не востребован в практике МКА и критикуется даже применительно к правоприменительной деятельности национальных судов. Для целей независимой квалификации, по мнению А. Белоглавека, национальные суды должны забыть о наличии любых национальных правовых актов договорного права и любой национальной квалификации договорных или внедоговорных обязательств и прибегнуть к фиктивному правовому *эсперанто*. Именно независимая квалификация, будучи уникальной возможностью сделать право менее формальным, предлагает уникальное и революционное решение в связи с иностранным элементом⁷⁷. Автономная квалификация по своей сути значительно более созвучна сетевой организации трансграничных отношений.

Институт автономной квалификации сегодня объективно легче вписывается в практику МКА, нежели государственных судов⁷⁸. Автономизация современного МКА имеет сегодня самые разные формы выражения: от автономии воли арбитров до «разгосударствления» понимания права путем ухода в плоскость «*rules of law*». Логичным продолжением этой цепочки является автономная квалификация.

2.8. Фрагментация международного частного права

Фрагментация права представляет собой эпифеномен глобализирующегося мира и сетевого общества и, как представляется, имеет две области проявления: нормативную и институциональную. На международном уровне широко исследуется «фрагментация международного права»⁷⁹. В докладе Комиссии международного права ООН М. Коскенниemi указывает, что глобализация приводит не только к единообразию социальной жизни, но и к ее все большей фрагментации из-за появления специализированных и автономных «сфер социального воздействия»⁸⁰. По мнению Дж. Розенау, знаковой чертой «новой эпохи» становится «фрагментативность» («*fragmegrative*»

⁷⁶ См.: *Petsche M.* International Commercial Arbitration and Transformation of Conflict of Laws // Michigan State Journal of International Law. Vol. 18. 2010. P. 454–493.

⁷⁷ См.: *Белоглаvek А.И.* Европейское международное частное право — договорные связи и обязательства: в 2 т. Т. 1. Киев, 2010. С. 106–113.

⁷⁸ См.: *Belohlavek A.* Arbitration Law and Practice in the Czech Republic (with Regard to the Arbitration Law in Slovakia). Prague, 2009. P. 265.

⁷⁹ Доклад Комиссии международного права ООН. Пятьдесят седьмая сессия (2005 г.). С. 212–222 // <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4a716c0e2> (дата обращения: 27.11.2017). См. также: *Koskenniemi M., Leino P.* Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties // Leiden Journal of International Law. N 15. 2002. P. 553–579.

⁸⁰ *Koskenniemi M.* Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law / Report of the Study Group of the International Law Commission, UN A/CN.4/L.682, 3 April 2006.

как одновременное действие фрагментации — «fragmentation» и интеграции — «integration») ⁸¹.

Актуализированная в доктрине международного публичного права, концепция фрагментации нашла свое место и в МЧП ⁸². Нормативная фрагментация проявляется в спорадическом росте нормативных систем регулирования трансграничных отношений, которые, формируясь на публичном, частном, надгосударственном уровнях, частично перекрывают друг друга, коллидируют друг с другом. Дж. Картон пишет о секторальной фрагментации, которая происходит всякий раз, когда нормотворческие субъекты принимают нормы, приводящие к различным результатам при регулировании аналогичных сделок в различных отраслях сектора ⁸³. Озабоченность этим высказывается на уровне ЕС ⁸⁴.

Гармонизация, как ни парадоксально, также способствует нормативной фрагментации, так как не унифицирует нормы и правоприменительную практику. Результаты гармонизации «одомашниваются» в национальных правовых системах, сводя усилия их разработчиков практически к нулю. Этот процесс в иностранной литературе получил название «обратного тренда» (homeward trend) ⁸⁵.

Крайне любопытна тенденция, получившая широкое практическое признание: при регулировании тех или иных сегментов трансграничных отношений их стороны, пользуясь принципом автономии воли, стандартно выбирают в качестве применимого право одной и той же юрисдикции. Принцип автономии воли сторон породил «правовой рынок» ⁸⁶, и определенные национальные законы в силу тех или иных причин «продаются» лучше и де-факто становятся глобальными законами различных отраслей ⁸⁷. Например, договоры международной перевозки традиционно подчиняются

⁸¹ Rosenau J. New Dimension of Security: The Interaction of Globalizing and Localizing Dynamics // Security Dialogue. Vol. 25, September. 1994. P. 255–282.

⁸² См.: Karton J. Sectoral fragmentation of transnational commercial law // <https://www.law.uw.edu/media/140373/younger-comparativists-paper-presentations.pdf> (дата обращения: 28.01.2018); McE-Leavy P., Fiorini A. The Evolution of European Private International Law // International and Comparative Law Quarterly. Vol. 57. No. 4. 2008. P. 969–984.

⁸³ Karton J. Op. cit.

⁸⁴ Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, A More Coherent European Contract Law: An Action Plan, COM 68 (2003) // http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com_2003_68_en.pdf (дата обращения: 15.12.2017)

⁸⁵ Honnold J. Documentary history of the Uniform Law for international sales. 1989. См. также: DiMatteo L. et al. The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence // Northwestern Journal of International Law and Business 34, Winter 2004. P. 299–440.

⁸⁶ O'Hara E., Ribstein L. The Law Market. Oxford, 2009.

⁸⁷ Ibid.

английскому праву, а франчайзинговые отношения выстраиваются на основе норм американского права; к международным сделкам «своп» применяется английское право или право штата Нью-Йорк. Такая практика нередко закрепляется в качестве стандартных условий типовых проформ договоров. Собственно, профессиональные объединения, разрабатывающие такие проформы, сами во многом популяризируют право (закон) того или иного государства. Такая «доминирующая» в той или иной области юрисдикция косвенно влияет и на содержание норм негосударственного регулирования, разрабатываемых в рамках соответствующей отрасли.

Американизация или европеизация частного права рассматриваются как причины его фрагментации⁸⁸, и, как отмечается, например, в голландской доктрине, национальный Гражданский кодекс превращается в замок из песка, подмываемый европейским правом в качестве прилива⁸⁹.

Нормативная фрагментация в частноправовом поле проявляется в развитии достаточно уникальных частных субправовых или квази-правовых феноменов, неизвестных прошлым общественным практикам, например, «Интернет-право» (*lex informatica*, *lex digitalis*, *lex electronica* или *lex networkia*), *lex sportiva*, *lex constructionis*, *lex laboris internationalis* и т.д. Эти нормативные подсистемы становятся современными аналогами средневекового *lex mercatoria*.

Частное право стало своего рода строительной площадкой, где находится несколько архитекторов, расположенных на наднациональном, европейском и национальном уровнях⁹⁰. Рост числа акторов-нормотворцев породил разноуровневые, часто дублирующие друг друга пласты норм, которые пока достаточно хаотично взаимодействуют или согласуются друг с другом. К традиционному национальному и международному регулированию добавился внушительный объем норм, произведенный ЕС, иными международными организациями, судебными и внесудебными институциями, частными акторами. Нормативная надстройка трансграничных частноправовых отношений «расслаивается», и МЧП утрачивает роль солирующего инструмента в этом разноголосом оркестре, где каждый на свой лад исполняет собственную мелодию.

Фрагментация права является правовым последствием развития открытого/сетевого общества. В то время как в досетевом обществе право имело закрытую организацию и локальную природу, обслуживалось собствен-

⁸⁸ Smits J. The Complexity of Transnational Law: Coherence and Fragmentation of Private Law // <https://www.ejcl.org/143/art143-14.pdf> (дата обращения: 5.12.2017)

⁸⁹ Van Boom W. Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrech // RM Themis, 2003. P. 299.

⁹⁰ Roth W Detail vergesseneheit // Juristenzeitung, 2001. P. 488.

ным государственным аппаратом и обогащалось собственной доктриной и правоприменительной практикой, цифровое общество обрушивает все заслоны, не обеспечив международной унификации. В условиях сетевого общества множатся социальные миры, выстраивая сети в пространстве и времени произвольным образом: нанизывая их друг на друга или располагая параллельно друг другу⁹¹. Потому и правовая надстройка не воспринимается более как целое, как *corpus juris*, а скорее как совокупность норм, принятых *ad hoc* сообразно адхократическому характеру нормотворческих процессов. Право все более понимается как неисторическое образование, лишённое преемственности.

Нормативная фрагментация идет рука об руку с институциональной, которая проявляется в формировании разноуровневой системы нормотворчества и разрешения споров. Системы частного нормотворчества и частного «правосудия» автономизируются, все больше фрагментируя нормативный ландшафт. МКА, системы ADR, ODR, различные интернет-платформы в секторе потребительских сделок (eBay, системы PayPal, Airbnb, Uber и пр.) предлагают разнообразные негосударственные механизмы разрешения споров.

В некотором смысле соответствующие системы негосударственного регулирования того или иного круга общественных отношений приобретают характер автопойетичных⁹² («самопорождаемых»). Система, производящая, толкующая и обновляющая нормы, создает и органы, которые эти нормы применяют в ходе разрешения соответствующих споров, и разработчики норм выступают одновременно в роли арбитров или нормоприменителей⁹³.

3. Заключение

По нашему глубокому убеждению, все перечисленные процессы находятся в тесной связи друг с другом и порождают некий эффект «запараллеливания» социальных реальностей и нормативных и институциональных надстроек. Трансграничные частнопроводные отношения, с одной стороны, подлежат регулированию в рамках традиционного инструментария МЧП и посредством обращения к институтам международного гражданского процесса и/или МКА. В этом смысле парадигма МЧП остается соотносимой с правовой парадигмой, сформировавшейся под влиянием формально-юри-

⁹¹ Назарчук А.В. Социальное время и социальное пространство в концепции сетевого общества // Вопросы философии. 2012. № 9. С. 56–66.

⁹² Этот термин используется Г. Тойбнером применительно к *lex mercatoria*. См.: Teubner G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society / Global Law without a State. Aldershot, 1997. P. 3.

⁹³ См.: Levit J. Op. cit. P. 172.

дического подхода к праву. Однако «материк» МЧП стремительно уходит под воду, и прежний инструментарий в виде материального и коллизионного способов регулирования обнаруживают неподготовленность к регулированию современных трансграничных отношений сетевого характера.

С другой стороны, те же отношения (или их значительный массив) могут быть упорядочены сегодня нормами негосударственного регулирования посредством обращения к арбитражным институтам и ADR. Так, эксплуатируя вакуум власти на глобальном уровне, частная автономия создает «институциональный треугольник»: набор частных институций, соответствующих традиционным институтам национального правопорядка: «система разрешения споров», «нормотворчество» и «заключение контрактов»⁹⁴.

Таким образом, наблюдаются и нарастают вероятность коллидирования разных уровней нормативного регулирования (что на языке МЧП может быть выражено как коллизия права и «неправа») и разных систем разрешения споров, в рамках которых складывается принципиально отличная «правоприменительная» практика. «Правовое» знание в частных автономиях рискует обрести характер герметичного и эзотерического, понятного исключительно инсайдерам, образующим касту посвященных в околоарбитражный круг. Это может привести к снижению активности частных субъектов, нуждающихся в «проводниках» в этом фрагментированном ландшафте, к увеличению издержек и полному вытеснению малого и среднего бизнеса на международной арене транснациональными корпорациями-гигантами.

Особенность современного этапа развития общества в том, что будущее не есть продолжение настоящего. Формируется новый социум, новая цивилизация. Информатизация социума, скорость и темпы жизни обесценивают принципы постоянства и преемственности, исповедуются недолговечность, модульность, заменяемость. Формируется запрос общества, в особенности бизнеса, на более субъективное, прецедентное, прагматичное, сиюминутное, мобильное, лишенное государственной идентичности право, на применение которого будет затрачиваться минимум усилий. «Новое» право находится в поиске своей новой идентичности.

Все это объясняет небывалый интерес в области нормативного регулирования к нормам негосударственного регулирования, обладающим свойствами краткосрочности, гибкости и обновляемости. Нормы негосударственного права фактически становятся стандартизированным *ad hoc* правом и служат антиподом жесткому, статичному, локальному национальному праву или крайне трудоемкому международному праву.

⁹⁴ Teubner G. Breaking Frames: Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria // European Journal of Social Theory, 2002, no 2. P. 210.

Первоначально кажущийся бессвязным и фрагментарным нормативный пейзаж⁹⁵ и ощущаемая хаотичность нормативного регулирования при внимательном рассмотрении обнаруживают соответствие сетевому обществу — миру астатических, пересекающихся и перекрывающих друг друга сетей. Сетевое пространство оказывается вне нормативной досягаемости отдельных государств и международных учреждений или вакууме, который и заполняется формирующимся нормативным массивом. Многослойная, многоуровневая и многосоставная реальность порождает соответствующую нормативно-правовую надстройку.



Библиография

Базедов Ю. Право открытых обществ — частное и государственное регулирование международных отношений: общий курс международного частного права. М.: Норма, 2016. 382 с.

Веденеев Ю.А. Юридическая наука в системе междисциплинарных связей // *Lex Russica*. № 6. 2017. С. 9–31.

Berger K. *The Creeping Codification of the New Lex mercatoria*. Dordrecht: Kluwer Law International, 2010. 464 p.

Castells M. *The Information Age. Economy, Society, and Culture. The Rise of the Network Society*. N.Y.: Wiley, 2010. 656 p.

Cohen J. *Globalization and sovereignty: Rethinking legality, legitimacy, and constitutionalism*. Cambridge, 2012. 453 p.

Cotterrell R. *What Is Transnational Law?* // *Law & Social Inquiry*. Spring 2012. P. 500–524.

Domingo R. *The New Global Law*. Cambridge, 2010. 213 p.

Globalization and Private Law. Ed. by M. Faure. Cheltenham, 2010. 488 p.

Minow M. *Alternatives to the State Action Doctrine in the Era of Privatization, Mandatory Arbitration, and the Internet: Directing Law to Serve Human Needs* // *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Vol. 52. 2017. P. 146–167.

Michaels R. *Dreaming Denationalized Law without a state: scholarship on autonomous international arbitration as utopian literature* // *London Review of International Law*. September 2013. P. 35–62.

Scott C. *Transnational Law as a Proto-Concept* // *German Law Journal*. Vol. 10. Issues 6/7. 2009. P. 859–876.

Sieber U. A. *Legal Order in a Global World The Development of a Fragmented System of National, International, and Private Norms* // *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Vol. 14. 2010. P. 1–49.

Twining W. *Globalization & Legal Theory*. Cambridge, 2000. 296 p.

Zumbansen P. *Transnational private regulatory governance: ambiguities of public authority and private power* // *Law and Contemporary Problems*. Vol. 76. 2013. P. 117–138.

⁹⁵ *Zumbansen P. Transnational Comparisons: Theory and Practice of Comparative Law as a Critique of Global Governance* // *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper. 2012. N 1. P. 1–20.

Zumbansen P. Transnational Comparisons: Theory and Practice of Comparative Law as a Critique of Global Governance // Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper. 2012. No 1. P. 1–2.

Private International Law in Context of Globalization: from Privatization to Fragmentation



Mariya V. Mazhorina

Associate Professor, Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya–Kudrinskaya str., 125593, Moscow, Russian Federation. Email: mazhorina@inbox.ru



Abstract

Globalization has changed the face of the world, gave rise to the restructuring of society, the transformation of the state and its sovereignty and led to the «denationalization» of law. Today, the future of law is formed, which must be adequate to the new society. The greatest changes occur in international private law, where we are witnessing an increase in the number of norm-making actors with norm-making being adhocistic in nature; strengthening and modification of the delocalization process of law, standardization and the search for new legal identity; an unprecedented growth of the bulk of non-state regulation norms and searching for ways to legitimize them; the active development of alternative non-state and supranational systems for transboundary dispute resolution; paradigmatic shifts in the field of law, due to the interpretation of the concept of “rules of law”; updating of the institute of autonomous legal qualification, etc. The privatization of law contributes to its fragmentation, which in the framework of private international has two areas of development: normative and institutional. All this creates an effect of “parallel” social realities, with two, in fact, colliding systems of regulating transboundary relationships and two dispute resolution systems based on state law and non-state law, developing. The emerging new society and a new civilization form the request for a new law, which is in search of its new identity. Incurred in connection with this doctrines of global /transnational /non-state law require their understanding and conceptualization, and a new social practice: *lexinformatica*, *lex digitalis*, *lex electronica* or *lex networkia*, *sportiva lex*, *lex constructionis*, *lex laborisinternationalis*, — need to be adopted to the modern paradigm of private international law. The article explores the multi-layered normative pluralist architecture, and makes some assumptions about the future regulatory landscape with regard to cross-border private-law relations. The emerging world order, the center of which is the global economy with supporting cross-border private-law relations, still governed by the law emanating from the state, but the latter loses its regulatory monopoly, and therefore require a rethinking of the normative superstructure and the formation of a new legal language, able to explain and comprehend the effects of globalization in the legal field.



Keywords

globalization, non-state regulation, private international law, applicable law, *lex mercatoria*, UNCITRAL, UNIDROIT, denationalization of law, fragmentation of law.

Citation: Mazhorina M.V. (2018) Private International Law in Context of Globalization: from Privatization to Fragmentation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 193–217 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.193.217



References

- Basedow J. (2016) *Pravo otkrytykh obshchestv — chastnoe i gosudarstvennoe regulirovanie mezhdunarodnykh otnosheniy: obshchiy kurs mezhdunarodnogo chastnogo prava* [The law of open societies: private ordering and public regulation in the conflict of laws]. Moscow: Norma, 382 p. (in Russian)
- Berger K. (2010) *The creeping codification of the new lexmercatoria*. Dordrecht: Kluwer Law International, 464 p.
- Castells M. (2010) *The information age. economy, society, and culture. The rise of the network society*. N.Y.: Wiley, 656 p.
- Cohen J. (2012) *Globalization and sovereignty: Rethinking legality, legitimacy, and constitutionalism*. Cambridge: University Press, 453 p.
- Cotterrell R. (2012) What is transnational law? *Law & Social Inquiry*, vol. 37, issue 2, pp. 500–524.
- Domingo R. (2010) *The new global law*. Cambridge: University Press, 213 p.
- Globalization and Private Law*. (2010) Ed. by M. Faure. Cheltenham: Edgar Publishing, 488 p.
- Minow M. (2017) Alternatives to the state action doctrine in the era of privatization, mandatory arbitration, and the internet: directing law to serve human needs. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 52, p. 146–167.
- Michaels R. (2013) Dreaming Denationalized Law without a state: scholarship on autonomous international arbitration as utopian literature. *London Review of International Law*, vol. 1, issue 1, p. 35–62.
- Scott C. (2009) Transnational law as a proto-concept. *German Law Journal*, vol. 10, issues 6/7, p. 859–876.
- Sieber U. (2010) A. legal order in a global world — the development of a fragmented system of national, international, and private norms. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Vol. 14, p. 1–49.
- Twining W. (2000) *Globalization & legal theory*. Cambridge: University Press, 296 p.
- Vedeneev Yu.A. (2017) *Yuridicheskaya nauka v sisteme mezhdistsiplinarnykh svyazey* [Legal science in the system of interdisciplinary relations]. *Lex Russica*, no 6, p. 9–31.
- Zumbansen P. (2013) Transnational private regulatory governance: ambiguities of public authority and private power. *Law and Contemporary Problems*, vol. 76, p. 117–138.
- Zumbansen P. (2012) Transnational comparisons: theory and practice of comparative law as a critique of global governance. *Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper*, no 1, p. 1–2.

Особые мнения в международных судах: доктрина и практика



А.С. Исполинов

доцент, заведующий кафедрой международного права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук. Адрес: 119991, Российская Федерация, Москва, ГСП-1, Ленинские горы, 1/13. E-mail: ispolinov@inbox.ru



Аннотация

В рамках настоящей статьи автор рассматривает недостаточно изученную в отечественной доктрине тему особых мнений судей международных судов и арбитражей. Отмечается, что палитра оценок отечественными исследователями роли и значения особых мнений в современном международном правосудии находится в диапазоне от снисходительно-благодушного до восторженного. При последнем взгляде особые мнения воспринимаются как неотъемлемая часть современного международного правосудия. Деятельность многочисленных международных судов дает обширный эмпирический материал, позволяющий оценить воздействие особых мнений на отправление правосудия и их влияние как на процесс принятия решения конкретным судом, так и на восприятие этого решения и самого международного суда или арбитража сторонами спора и создавшими данный суд или арбитраж государствами. Анализируя аргументы «за» и «против» особых мнений, автор приходит к выводу, что особые мнения в международных судах и арбитражах являются противоречивым явлением, вызывающим неоднозначные оценки и имея как сторонников, так и не менее убежденных критиков. В современном международном правосудии нет процессуальных механизмов, отделяющих «хорошие» особые мнения от «дурных», и все определяется сдержанностью и характером судьи, оказавшегося в меньшинстве, а также культурой и традициями самого суда. Чем старше и авторитетнее суд, тем он устойчивее к неожиданностям, которые могут принести неудачные особые мнения, тем выше у него иммунитет к таким мнениям. Напротив, чем моложе суд, тем больший ущерб ему и его решениям могут нанести особые мнения судей, если авторы особых мнений не подойдут к вопросу ответственно. Приведенная в статье практика особых мнений в Суде ЕАЭС убедительно показывает, что особые мнения могут самым ощутимым образом сказаться на целостности, легитимности и коллегиальности международного суда, поэтому их использование должно быть ограничено вплоть до запрета, либо они должны быть использоваться очень осторожно.



Ключевые слова

особые мнения, международные суды и арбитражи, независимость судей, Суд ЕАЭС, судебное разбирательство, коллегиальность, конфиденциальность, судебное совещание.

Библиографическое описание: Исполинов А.С. Особые мнения в международных судах: доктрина и практика // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 218–233.

УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.218.233

Тема особых мнений судей и арбитров в международном правосудии остается малоизученной в российской доктрине международного права¹. У отечественных исследователей проблем международного правосудия преобладающей остается снисходительно-благостная оценка института особых мнений², хотя сегодняшняя активная деятельность разнообразных международных судов и арбитражей, включая инвестиционный и международный коммерческий арбитражи, не только дает значительный эмпирический материал для более глубокого, детализированного и объективного анализа, но и показывает весьма неоднозначную картину. В западной литературе палитра оценок особых мнений в международном правосудии гораздо шире; появились серьезные исследования, анализирующие причины появления особых мнений, их содержание и стиль, а также различные аспекты положительного и негативного влияния особых мнений на процесс судопроизводства, восприятие решений суда и самого суда в целом³. Один из наиболее известных исследователей особых мнений в Международном суде ООН — Э. Хамбро отмечает, что оценки института особых мнений расходятся кардинальным образом и единогласия по этому вопросу как не было, так и нет⁴. Другие авторы отмечают, что если деятели англо-саксонской системы права в целом приветствуют особые мнения, то у многих континентальных юристов особые мнения являются «аномалией, если не анафемой»⁵.

¹ В отечественной литературе наиболее заметна работа: *Ултургашев П.* Особые мнения судей в сравнительно-правовом контексте // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 6. С. 75–87.

² Так, А.С. Смбалян считает, что особое мнение — неотъемлемое право международных судей, при этом «особое мнение можно рассматривать в качестве «лакмусовой бумаги», выявляющей дефекты решения», и само по себе особое мнение не может ослабить авторитета решения, принятого судом. См.: *Смбалян А.С.* Особые мнения судей и ВТО: упущенные возможности // Российский внешнеэкономический вестник. 2012. № 5. С. 78–84.

³ *Hambro E.* Dissenting and Individual Opinions in the International Court of Justice // *ZoV.* 1957. Vol. 17. P. 229–248; *Anand P.* The Role of Individual and Dissenting Opinions in International Adjudication // *The International and Comparative Law Quarterly.* 1965. No 3. P. 788–808; *Laffranque J.* Dissenting Opinion and Judicial Independence // *Juridica International.* Vol. VIII. 2003. P. 162–172; *Mistry H.* The Paradox of Dissent: Judicial Dissent and the Projects of International Criminal Justice // *Journal of International Criminal Justice.* 2015. Vol. 13. P. 449–474; *Martinez-Fraga P., Samra H.* A Defense of Dissents in Investment Arbitration // *University of Miami Inter-American Review.* 2012. Vol. 43. P. 445–479; *Van den Berg A.* Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration / *Looking to the Future: Essays on International Law.* M. Leyden, 2010. P. 821–843.

⁴ *Hambro E.* Op. cit. P. 229.

⁵ *Dumbauld E.* Dissenting opinions in international adjudication // *University of Pennsylvania Law Review.* 1942. Vol. 90. P. 929.

1. Аргументы «за» и «против» особых мнений

Обычно в защиту особых мнений приводится несколько аргументов. Во-первых, утверждается, что сам факт их наличия приводит к улучшению аргументов и стиля решения, принятого большинством судей. Во-вторых, при наличии особых мнений большинство принимает решение более ответственно. В-третьих, особые мнения позитивно влияют на доверие сторон к процессу и восприятие решения проигравшей стороной, которая видит, что ее аргументы были услышаны и убедили хотя бы меньшинство. Наконец, особые мнения позитивно влияют на развитие международного права. Широкую известность получили слова одного из классиков международного права Г. Лаутерпахта (в 1955—1960 г. судьи Международного суда ООН; далее — МС ООН), что положения Статута МС ООН о праве судей на особое мнение внесли благотворный вклад в развитие международного права и авторитета международной юстиции⁶.

Согласно устоявшейся точке зрения, право судей на особое мнение пришло в международное правосудие из стран системы общего права, хотя последние исследования компаративистов показывают, что это далеко не так⁷. Особые мнения сначала распространились в международном коммерческом арбитраже, а потом проникли в международные суды и арбитражи, создаваемые для разрешения споров с участием государств. Тем не менее идея особых мнений судей была воспринята не без сомнений и споров. Так, в первом в истории постоянно действовавшем международном суде — Центральноамериканском суде (1907–1918), особые мнения не предусматривались⁸. Они появились лишь в созданной в 1920 г. Постоянной палате международного правосудия (Permanent Court of International Justice) при Лиге Наций. Однако и здесь не обошлось без проблем. Первоначальный проект Статута Палаты, разработанный Комитетом юристов, также исключал право судей на особые мнения, которое появилось позднее, при обсуждении проекта на уровне Совета Лиги Наций. Члены Комитета юристов считали, что право на особые мнения будет неизбежно использоваться судьями из стран-ответчиков, поэтому этого права были лишены все судьи⁹. Барон Декамп, член указанного Комитета, описывал риск особых мнений как опасность раздвоения решений суда¹⁰.

⁶ *Lauterpacht H.* The Development of International Law by the International Court. London, 1958. P. 66.

⁷ *Ултургаишев П.* Указ. соч. С. 77–79.

⁸ Convention for the Establishment of a Central American Court of Justice, December 12, 1907 [Электронный ресурс]: // <http://www.ijrcenter.org/regional-communities/central-american-court-of-justice/> (дата обращения: 20.02.2018)

⁹ *Anand P.* Op. cit. P. 796.

¹⁰ Report of Chavalier Descamps, rapporteur of the Third Commission / Proceedings of the Hague Peace Conferences, The Conference of 1899. N.Y., 1920. P. 149.

Сегодня особые мнения разрешены и используются с различной степенью интенсивности в МС ООН, Международном трибунале по морскому праву, Органе разрешения споров ВТО (далее — ОРС ВТО), в региональных судах по правам человека (ЕСПЧ, Межамериканский суд по правам человека, Африканский суд по правам человека и народов), Суде ЕАЭС, Международном уголовном суде, в действовавших до недавнего времени трибуналах по Руанде и Югославии. Вместе с тем деятельность Суда ЕС, Суда Европейской ассоциации свободной торговли (далее — ЕАСТ), Карибского суда, Трибунала Андского Сообщества, Суда экономического сообщества восточноафриканских стран (ECOWAS), в которых особые мнения были запрещены с самого начала, делает неубедительным утверждение, что право судей на особые мнения является неотъемлемой чертой современного международного правосудия. При этом даже критики Суда ЕС признают, что именно запрет на особые мнения, позволивший данному Суду с самого начала говорить одним голосом, стал весьма серьезным фактором в становлении его авторитета и в признании его решений и доктрин национальными судами¹¹. Наличие особых мнений, скорее всего, помешало бы становлению авторитета Суда в первые годы его деятельности.

Противники особых мнений также приводят убедительные аргументы в обоснование своей позиции, используя не только мнения видных национальных и международных судей, но и эмпирические данные. Так, критики особых мнений часто ссылаются на У. Тафта, который после пребывания на посту президента США девять лет (1921–1930) был Председателем Верховного Суда США. Он не одобрял особых мнений в целом, так как по его словам при расхождении с большинством важнее оставаться на его стороне, придавая тем самым больший вес решению суда, нежели фиксировать свои расхождения с большинством¹². Другой известный судья Верховного Суда США — О. Холмс выразился не менее емко, отметив, что, по его мнению, выражать несогласие, как правило, бесполезно и нежелательно¹³.

Кроме этого, сегодняшняя практика международных судов показывает, что решение, принятое минимальным большинством с развернутыми и убедительными особыми мнениями, неизбежно теряет в восприятии авторитета этого решения и его легитимности государствами и их национальными судами. Достаточно вспомнить скепсис к таким решениям, выраженный Председателем Конституционного Суда Российской Федерации В.Д. Зорькиным в одной из его статей: «Насколько может быть «единственно верным» мнение Большой Палаты, чьи голоса разделились в отношении 10 на 7?»¹⁴.

¹¹ *Perju V. Reason and Authority in the European Court of Justice // Virginia Journal of International Law. 2009. No 2. P. 331–332.*

¹² Цит. по: *Murphy W. Elements of Judicial Strategy. Chicago, 1964. P. 61.*

¹³ *Northern Securities Co. v. United States 193 U.S. 197 at 400 (1904).*

¹⁴ *Зорькин В.Д. Взаимодействие национального и наднационального правосудия на современном этапе: новые перспективы // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 5. С. 6.*

Также выглядит как минимум спорным утверждение, что особые мнения являются гарантией независимости судей. Говоря о независимости судей или арбитров, мы имеем в виду в первую очередь их независимость от сторон спора или государств, назначивших судей или создавших тот или иной международный суд. Если мы говорим о независимости от диктата большинства состава суда, то это совершенно другое дело, так как в этом случае право судьи на выражение несогласия имеет ограничитель в виде принципа коллегиальности и принципа конфиденциальности обсуждений. Более того, сегодняшняя практика международных судов и арбитражей показывает, что особые мнения можно также воспринимать как инструмент контроля над лояльностью судей со стороны государств. Зачастую институт особых мнений именно так и воспринимается самими судьями. Например, по признанию Президента Суда ЕАСТ К. Бауденбахера, сейчас основной аргумент против введения особых мнений в судах европейской интеграции (суды ЕС и ЕАСТ) состоит в том, что особые мнения могут использоваться как средство давления на судей со стороны их государств, и это может сказаться на шансах судей на переназначение, самым очевидным образом ущемляя их независимость¹⁵.

Так, авторитетные ученые, исследовавшие практику Постоянной палаты международного правосудия и МС ООН, считают, что, несмотря на некоторые исключительные случаи, большинство особых мнений — лишь пристрастные заявления, а не ценный вклад в развитие международного права¹⁶. В качестве примера приводятся всемирно известные юристы-международники Д. Анцилотти (судья Постоянной палаты международного правосудия в 1921–1939 гг., подавший 18 особых мнений и ставший в этом отношении абсолютным рекордсменом Палаты)¹⁷, и тот же Г. Лаутерпахт, которые вошли в историю международного права в первую очередь статьями и монографиями, а не поданными ими особыми мнениями. Значительные сомнения у исследователей вызывают особые мнения судей *ad hoc*, назначаемых государствами в том случае, если при рассмотрении споров в МС ООН с их участием в составе Суда нет судьи из этого государства. По мнению Э. Хамбро, в 9 из 10 случаев такие судьи де-факто защищают интересы назначивших их государств, которые ожидают, что при проигрыше дела судьи *ad hoc* непременно подадут особые мнения¹⁸. Именно к особым мнениям судей МС ООН относится сделанное с очевидным сожалением признание А. Редферна: «Об-

¹⁵ *Baudenbacher C.* Judicialization: Can the European Model be Exported to Other Parts of the World? // *Texas International Law Journal*. 2004. Vol. 39. P. 384.

¹⁶ *Hambro E.* Op. cit. P. 248.

¹⁷ *Dumbauld E.* Op. cit. P. 945.

¹⁸ *Hambro E.* Op. cit. P. 240.

щий упадок учтивости и хороших манер в публичной жизни проник даже во Дворец мира» (здание, в котором расположен МС ООН. — А.И.)¹⁹.

С подобной ситуацией сталкивается не только МС ООН, но и все остальные международные суды и арбитражи, где переназначение судей или арбитров зависит от воли назначивших их государств. Это в первую очередь международный коммерческий и инвестиционный арбитражи. Несмотря на конфиденциальность арбитражных решений, кое-какая статистика о наличии особых мнений и их содержании оказывается доступной. Так, в 2001 г. Международная торговая палата зафиксировала 24 особых мнения к арбитражным решениям Палаты. Из них 22 было вынесено арбитрами, назначенными проигравшей стороной²⁰. Еще более показательна статистика в инвестиционном арбитраже, где согласно исследованию, проведенному авторитетным арбитром и ученым А. ван ден Бергом, практически все особые мнения также были вынесены арбитрами, назначенными проигравшей стороной. Это позволило ему прийти к выводу, что практика инвестиционного арбитража достигла стадии, на которой от арбитра ожидается написание особого мнения при проигрыше стороны, которая его назначила²¹.

Интересны исследования содержания особых мнений. А. Редферн выделяет три категории особых мнений: (а) «хорошие», к которым он относит мнения короткие, вежливые и сдержанные, которые выражают причины, а не эмоции; (б) «плохие» — если в особом мнении утверждается, что большинство фундаментально ошиблось при вынесении решения или проявило невежество; (в) мнения «неприятные», в которых несогласный судья обвиняет большинство в неправильном поведении²². Он же находит, что только «хорошие» мнения могут быть признаны допустимыми в международном процессе. В свою очередь А. ван ден Берг предлагает запретить особые мнения в инвестиционном арбитраже, пока не будут выработаны процедурные правила оценки допустимости таких мнений²³.

Говоря о возможных мотивах, побуждающих судью или арбитра написать особое мнение, А. Ван ден Берг приводит их обширный перечень. Список начинается со случаев, когда судья или арбитр публично отстаивает отличную от большинства точку зрения в своих статьях или выступлениях, или когда автору особого мнения нужно показать, что назначившее его государство не ошиблось в выборе и снова сделает это в будущем. Заканчивается

¹⁹ Redfern A. Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly // Arbitration International. 2004. No. 3. P. 225–226.

²⁰ Redfern A. Op. cit. P. 234.

²¹ Van den Berg A. Op. cit. P. 824.

²² Redfern A. Op. cit. P. 240.

²³ Van den Berg A. Op. cit. P. 836.

список случаями «интеллектуального эксгибиционизма» со стороны авторов особых мнений и (что еще хуже) случаями, когда арбитры или судьи сознательно хотят облегчить проигравшей стороне оспаривание решения, вынесенного большинством, выдвигая в своем мнении аргументы для этого²⁴.

К некоторым догадкам о распространенности тех или иных истинных мотивов особых мнений можно сделать, если проанализировать практику ОРС ВТО, в котором особые мнения разрешены, но при этом их крайне мало (мнее чем в 5% докладов третейских групп и в 2% докладов Апелляционного органа)²⁵. В качестве одного из объяснений может послужить то, что в ОРС ВТО особые мнения носят анонимный характер (ст. 14.3 и ст. 17.1 Договора о разрешении споров в ВТО), и это сразу исключает некоторое количество истинных мотивов для их выражения. Другим объяснением почти полного отсутствия особых мнений в ОРС ВТО является постоянно подчеркиваемое желание членов третейских групп и особенно Апелляционного органа всемерно избегать особых мнений и говорить единым голосом для повышения легитимности и доверия к своим решениям. Члены третейских групп и Апелляционного органа ориентируются на п. 3.2 Правил процедуры Апелляционного органа, который устанавливает, что его члены «должны предпринять все усилия для принятия решений консенсусом»²⁶. В этом отношении показательно мнение К.-Д. Эллермана — первого председателя Апелляционного органа, который отметил, что дух этого положения Правил очевидным образом перевесил возможность выражать особые мнения²⁷.

Интересно, что так же, как и с Судом ЕС, ряд зарубежных и отечественных авторов выступает за более активное применение особых мнений в третейских группах и Апелляционном органе ВТО. Так, М. Льюис полагает, что для ОРС ВТО, в частности, для Апелляционного органа, более чем насущной задачей является отход от ментальности «консенсус любой ценой», признание вреда, который наносится подавлением особых мнений, и выгод, которые они могут принести²⁸. С ней согласна А.С. Смбалян, которая считает, что более широкое использование института особых мнений в рамках ВТО способствовало бы развитию права ВТО²⁹. Так же, как с Судом ЕС, такие желания наталкиваются на отсутствие энтузиазма (если не на опасения) в отношении особых мнений

²⁴ *Van den Berg A.* Op. cit. P. 831.

²⁵ *Lewis M.* The Lack of Dissent in WTO Dispute Settlement // *Journal of International Economic Law.* 2006. No. 4. P. 895–931.

²⁶ Working procedures for appellate review. WT/AB/WP/6. 16 August 2010. Rule 3.2.

²⁷ *Ehlermann C.-D.* Reflections on the Appellate Body of the WTO // *Journal of International Economic Law.* 2003. No. 3. P. 697.

²⁸ *Lewis M.* Op. cit. P. 931.

²⁹ *Смбалян А.С.* Указ. соч. С. 78.

со стороны самих членов третейских групп и Апелляционного органа. Весьма красноречива в этом отношении позиция того же К.-Д. Эллермана, заявившего, что «стремление приобрести доверие, восприятие своих решений и их легитимность в сочетании с первостепенной обеспокоенностью своей независимостью объясняет предпочтение Апелляционным органом консенсуса, нежели принятия решения голосованием и к индивидуальным мнениям»³⁰.

Заслуживающим особого внимания является подтверждаемый практикой аргумент, что особые мнения (если они не относятся к категории «хороших») могут препятствовать нормальному и эффективному процессу вынесения судебного решения, создавая угрозу таким основным принципам судопроизводства, как принципы коллегиальности и конфиденциальности обсуждения выносимого решения. Нацеленность того или иного судьи на особое мнение, выраженное в самом начале обсуждения, может препятствовать диалогу между членами трибунала, и даже не столько из-за того, что этот судья сразу выпадает из обсуждения проекта решения, сколько из-за вполне объяснимой боязни остальных судей, что их взгляды и аргументы будут раскрыты в особом мнении их коллеги. Один французский исследователь процесса обсуждения проекта решения в международном коммерческом арбитраже назвал такой подход «патологическим обсуждением» и «арбитражным терроризмом»³¹. Думается, что эти характеристики можно применить и к особым мнениям в международных судах и трибуналах.

Говоря о доктринальном значении особых мнений, я не считаю, убедительным иногда встречающееся в отечественной литературе утверждение, что правовые позиции того или иного международного суда изложены не только в его решениях, но и в особых мнениях его судей³². Особые мнения — это позиция индивидуального судьи, которая может как остаться в таком качестве, так и стать правовой позицией самого суда, но только если в силу убедительности доводов и аргументов мнение отдельного судьи будет впоследствии воспринято большинством судей в другом решении по другому делу. В этом отношении показательна позиция арбитражного трибунала в решении по делу *Rompetrol Group N.V. v Romania*, в котором трибунал уклонился от оценки правового значения особых мнений и не согласился с предложением истца следовать особому мнению, высказанному профессором Вейлем в деле *Tokios Tokelés v Ukraine*³³.

³⁰ *Ehlermann C.-D.* Op. cit. P. 695.

³¹ *Derains Y.* The Arbitrators' Deliberation // *American University International Law Review*. 2012. Vol. 27. P. 915.

³² *Нешатаева Т.Н.* Суд Евразийского экономического союза: от правовой позиции к действующему праву // *Международное правосудие*. 2017. № 2. С. 76–78.

³³ *The Rompetrol Group N.V. v Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3 April 18, 2008, para. 85. Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility.

Кроме того не совсем некорректно утверждение, что особые мнения являются источником права или что они могут со временем благодаря их цитированию приобретать прецедентную силу³⁴. Действительно, некоторые особые мнения (особенно судей первой половины XX в.) цитировались в литературе и оказали заметное влияние на международное право и практику государств. Однако это лишь означает, что авторы особых мнений стали своего рода буревестниками изменений, которые произошли позже, а идеи и подходы, изложенные в особых мнениях, были восприняты государствами, которые соответствующим образом изменили международные соглашения или свое внутреннее законодательство. Тем не менее влияние на процесс создания норм международного права и само нормотворчество — это разные вещи.

В целом очевидно, что особые мнения в международных судах и арбитражах являются противоречивым явлением, вызывают неоднозначные оценки и имеют как сторонников, так и не менее убежденных критиков. Из приведенного материала ясно, что особые мнения могут быть хорошими и не очень, сдержанными и весьма эмоциональными, беспристрастными и крайне предвзятыми. Они могут излагать подход судьи к правовой проблеме, решенной судом, а могут выходить далеко за рамки решения и содержать взгляд судьи не только на развитие права, но и на более глобальные проблемы, не относящиеся непосредственно к рассматриваемому делу. Они могут быть проникнуты уважением к коллегам по суду, а могут быть наполнены обвинениями в адрес большинства, которое по различным причинам не приняло по внимание аргументы уязвленного автора особого мнения. Трудно не согласиться с оценкой одного из исследователей, который пишет, что особые мнения могут быть своего рода коррозией на целостности, легитимности и коллегиальности международного суда, и поэтому должны использоваться мудро³⁵.

Реалии современного международного правосудия состоят в том, что не существует процессуальных механизмов, отделяющих «хорошие» особые мнения от «дурных», и все определяется лишь сдержанностью и характером самого судьи, оказавшегося в меньшинстве, а также культурой и традициями самого суда. Чем старше и авторитетнее суд, тем он устойчивее к неожиданностям, которые могут принести плохие и неудачные особые мнения, тем выше у него иммунитет по отношению к таким мнениям. И, напротив, чем моложе суд, тем больший ущерб ему и его решениям могут нанести особые мнения судей, если авторы особых мнений не подойдут к этому вопросу ответственно.

³⁴ Смбалян А.С. Решения органов международного правосудия в системе международного публичного права. М., 2012. С. 100.

³⁵ Lewis M. Op. cit. P. 917.

2. Особые мнения в Суде ЕАЭС

В Суде ЕАЭС институт особых мнений пока выглядит скорее как уязвимое место Суда, нежели как его сильная сторона. В этом отношении показателен тот факт, что в уже начавших появляться статьях о решении Суда ЕАЭС спора между Российской Федерацией и Республикой Беларусь³⁶ все без исключения авторы упоминают, что решение было вынесено при 5 особых мнениях из общего состава Суда в 10 судей, видя в этом очевидный минус этого решения³⁷. Однако принятое 18.01.2018 Постановление Суда ЕАЭС о прекращении консультативного производства, начатого по заявлению Министерства национальной экономики Республики Казахстан³⁸, равно как и два особых мнения на это Постановление, продемонстрировали неожиданный побочный эффект особых мнений, доказав, что доктринальное снисходительно-благожелательное отношение к особым мнениям не в полной мере соответствует сегодняшней практике Суда ЕАЭС.

Постановление как таковое вопросов не вызывает. 16.11.2017 Суд ЕАЭС принял к производству заявление Министерства национальной экономики о разъяснении Протокола о порядке зачисления и распределения сумм ввозных таможенных пошлин. Дела такого рода рассматриваются Большой Коллегией Суда. Однако 16.01.2018 по электронной почте Суд получил копию ходатайства заявителя от тот же дня об отзыве заявления о разъяснении. 17.01.2018 в Суд поступила нота посольства Республики Казахстан в Республике Беларусь о препровождении копии того же ходатайства заявителя. Иными словами, заявитель дважды разными способами уведомил Суд, что он больше не заинтересован в получении мнения Суда, и отзывает свой запрос, но в обоих случаях предъявил лишь копию отказного заявления.

Статья 76 Регламента Суда ЕАЭС содержит в этом отношении предельно четкую и недвусмысленную формулировку: заявитель вправе отозвать за-

³⁶ Суд ЕАЭС. Решение Большой Коллегии Суда от 21.02.2017 по делу № СЕ-1-1/1-16-БК по заявлению Российской Федерации к Республике Беларусь [Электронный ресурс]: // URL: <http://courteurasian.org/doc-17943> (дата обращения: 20.02.2018)

³⁷ Толстых В. «Небесная» и «земная» жизнь Суда Евразийского экономического союза: обзор Решения Суда от 21.02.2017 по делу о соблюдении Белоруссией Договора о ЕАЭС // Международное правосудие. 2017. № 4. С. 23–24; Кожеуров Я. Вопросы права международной ответственности в решении Суда ЕАЭС от 21.02. 2017 по делу «Российская Федерация против Республики Беларусь // Lex Russica. 2017. № 12. С. 94–112.

³⁸ Суд ЕАЭС. Постановление Большой коллегии Суда от 17.01.2018 по рассмотрению заявления Министерства национальной экономики Республики Казахстан о разъяснении положений Протокола о порядке зачисления и распределения сумм ввозных таможенных пошлин (иных пошлин, налогов и сборов, имеющих эквивалентное действие), их перечисления в доход бюджетов государств-членов, являющимся приложением № 5 к Договору о Евразийском экономическом Союзе от 29.05.2014 дело № СЕ-2-1/3-17-БК (далее — Постановление от 17.01.2018) [Электронный ресурс]: // URL:<http://courteurasian.org/page-25501> (дата обращения: 20.02. 2018)

явление о разъяснении в любое время до принятия Судом консультативного заключения. Пункт 2 той же статьи гласит, что Суд в этом случае должен прекратить рассмотрение запроса в срок не более 5 дней со дня получения уведомления об отзыве заявления о разъяснении. Процессуалистам очевидно, что отказ от заявления о разъяснении может быть заявлен не только письменно, но и в устной форме в ходе судебного заседания. Тогда это должно рассматриваться в порядке, предусмотренном ст. 48 Статута Суда ЕАЭС, и сразу разрешаться Судом. Пятидневный срок применим, если отказ от заявления поступает в Суд до начала судебного заседания.

Однако судья К. Чайка в особом мнении настаивал, что производство следует прекратить только после получения оригинала заявления, а не его копии, пусть и дважды дублированной, в том числе и по дипломатическим каналам. По его мнению, прекратив производство по делу на основании копии письма заявителя, Суд «устранился от реализации, возложенной на него функции по обеспечению единообразного применения права Союзом государствами-членами и органами Союза»³⁹. Однако такой упрек в адрес большинства является отнюдь не главным в данном мнении, которое содержит развернутый ответ самого судьи на запрос заявителя. Очевидно, что автор особого мнения решил не довольствоваться изложением мотивов своего несогласия с решением большинства и вышел за границы особого мнения, высказавшись по вопросам, которые еще не рассматривались и не оценивались Судом. Это может поставить Суд ЕАЭС в очень щекотливое положение при получении им повторного обращения того же заявителя по данному вопросу.

Еще категоричнее на оригинале как на единственном возможном формате отказа заявителя от запроса настаивала в особом мнении судья Т. Нешатаева, указывая, что «в международном праве, особенно в отношении судебных процессов, письменной формой считается оригинал документа с подписями, заверенными в определенном порядке». В подтверждение этого тезиса она ссылаясь на Регламенты МС ООН и Суда ЕС, полагая, что нарушение данного правила в этом деле «может привести к дискредитации работы Суда и бессмысленной трате бюджетных средств Союза»⁴⁰.

Судя по всему, большинство судей не согласилось с таким формалистским подходом. Можно лишь добавить, что особенность международного права состоит в том, что в отсутствие универсальных обязательных процессуальных норм на международном уровне подобные вопросы решаются либо на уровне документов каждого международного суда, либо (когда эти документы молчат) самим судом в конкретных делах с учетом всех сопутствующих факторов (что, собственно, и было сделано). Совершенно непо-

³⁹ Суд ЕАЭС. Особое мнение судьи К.Л. Чайки к Постановлению от 18.01.2018

⁴⁰ Суд ЕАЭС. Особое мнение судьи Т.Н. Нешатаевой к Постановлению от 18.01.2018 (там же).

нятно, как подход большинства в этом деле мог дискредитировать Суд ЕАЭС или привести к трате бюджетных средств. Скорее наоборот, именно к таким последствиям привело бы продолжение рассмотрения запроса.

Кроме того, отсылка судьи Т. Нешатаевой к практике Суда ЕС требует как минимум указания на его решения, чего, к сожалению, в особом мнении нет. Более того, для специалистов в праве ЕС такие рассуждения выглядят странно, так как самым кардинальным образом расходятся с позицией Суда ЕС, которому не известны случаи, чтобы Суд ЕС пошел наперекор воли запрашивающего национального суда и продолжил рассмотрение запроса, тем более ссылаясь на то, что он функционирует на деньги налогоплательщиков. Идея уважительного и равноправного диалога Суда ЕС и национальных судов основана на том, что исключительным правом национального суда является также его право отозвать свой запрос. Иными словами, право ЕС не запрещает национальному суду отозвать запрос и не устанавливает обязанности приводить для этого причины. Это еще раз недавно подтвердил Суд ЕС, указав в своем решении: «96. ...Оценка уместности и необходимости вопросов, запрашиваемых для преюдициального заключения, является, в принципе, исключительно делом того суда, который их ставит... Следовательно, этот суд сам должен прийти ... к выводу, будет ли уместным поддерживать свой запрос или изменить его либо отозвать»⁴¹.

Об этом же говорится в Заключении генерального адвоката Суда ЕС в деле C-551/15 Pula Parking⁴², в котором он настаивает, что «до тех пор, пока Суд ЕС не будет информирован национальным судом, что тот хочет отозвать свой запрос, Суд ЕС вправе продолжать рассматривать запрос». Автор особого мнения ссылается на п. 1 ст. 100 Регламента Суда ЕС⁴³, указывая, что по этому положению Суд принимает к рассмотрению отзыв заявления только если он поступил ранее чем заинтересованные лица получили сообщение о дате вынесения решения. Однако полностью этот пункт в Регламенте звучит следующим образом: «Суд рассматривает запрос, если только этот запрос не будет отозван запрашивающим судом... Отзыв запроса может быть принят во внимание до уведомления всех заинтересованных сторон о дате вынесения решения».

Кроме того, в ст. 100 Регламента Суда ЕС есть п. 2, который устанавливает следующее: «2. «Тем не менее, Суд может в любое время заявить о том,

⁴¹ ECJ, Case C-210/06, *Cartesio Oktato es Szolgaltato bt*) [2008] E.C.R. I-9641.

⁴² Opinion of Advocate General Bobek delivered on 27.10.2016 Case C-551/15 Pula Parking d.o.o. v. Sven Klaus Tederahn [Электронный ресурс]: // <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=184888&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=74712> (дата обращения: 20.02. 2018)

⁴³ Rules of Procedure of the Court of Justice of 25.09. 2012 (OJ L 265, 29.9.2012), as amended 18.06.2013 (OJ L 173, 26.6.2013, p. 65) and 19.07.2016 (OJ L 217, 12.8.2016, p. 69).

что условия для его юрисдикции отсутствуют». Это недвусмысленно говорит, что Суд ЕС вправе прекратить производство по запросу национального суда и в том случае, если запрос будет отозван после оглашения даты вынесения решения. Об этом также говорится в пп. 24–25 Рекомендаций Суда ЕС национальным судам о преюдициальной процедуре⁴⁴, которые требуют от запрашивающего суда лишь без промедления сообщать о своем желании отозвать запрос. Именно поэтому у Суда ЕС и отсутствует практика продолжения рассмотрения запроса после отзыва запроса национальным судом.

Отдельного упоминания заслуживает п. 4 особого мнения судьи Т. Нешатаевой, где сказано: «Прекращение дела на данной стадии процесса без строгого соблюдения формальных требований чревато также тем, что нарушаются все принципы судопроизводства: независимость, беспристрастность, самостоятельность суда, отстраненность его от дел государства при рассмотрении спора, поведение его как независимого арбитра». Далее автор особого мнения заявляет, что «существует опасность, что проекты решений становятся известны заявителям до их официального принятия «по недосмотру» кого-либо в Суде. Представляется, что такой «недосмотр» — это даже не демонстрация неуважения к Суду, нарушение его основ и принципов, а серьезное правонарушение против правосудия». В особом мнении приводятся примеры дел из практики Суда ЕАЭС, решения по которым, могут, по мнению автора особого мнения, рассматриваться как «неуважение к Суду и правонарушительная составляющая в процессе».

Если использовать приведенную выше классификацию особых мнений, предложенную А. Редферном, то в обоих случаях мнения судей Суда ЕАЭС даже с большой натяжкой вряд ли можно отнести к категории «хороших». Данные мнения наглядно подтверждают приведенную выше озабоченность, что особые мнения могут легко трансформироваться в адресованную всему миру жалобу (если не хуже) судьи, чьи амбиции оказались задеты решением большинства. Как масштаб, так и характер возможных упреков и обвинений в адрес большинства по факту ограничены лишь фантазией автора особого мнения, а большинство оказывается в крайне незавидном положении, при котором даже оправдаться не получается, так как рассмотрение дела уже завершено и, кроме этого, отсутствует такая форма, как ответ на особое мнение. Далее, в отличие от национальных судов, в которых возможно привлечение судей к дисциплинарной ответственности, в международных судах такой формы ответственности судей не предусмотрено. Трудно не согласиться с мнением В.Л. Толстых об особых мнениях в Суде ЕАЭС, что «в результате такого широкого подхода особые мнения перестают вы-

⁴⁴ Recommendations to national courts and tribunals, in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings. OJ. C 439/1. 25.11.2016.

полнять свою основную функцию, а становятся трибуной для озвучивания сугубо теоретических концепций, предложений *de lege ferenda*, пикировки с другими судьями и софистических упражнений»⁴⁵.

Суду ЕАЭС всего три года, традиции и культура обсуждения и принятия решений только начинают складываться, идет притирка амбиций и характеров. В этой ситуации чем незаметнее для окружающих будет идти этот процесс, тем будет лучше для Суда, его авторитета и репутации. Как один из вариантов решения этой проблемы можно рекомендовать государствам удалить норму об особых мнениях из Статута Суда ЕАЭС, но реализуемость этого предложения крайне невелика. Для государств особые мнения судей — это также часть механизма контроля над судом, а возможный раскол внутри суда из-за особых мнений будет восприниматься как допустимый побочный эффект, так как такие ситуации ослабляют суд и делают его более зависимым от государств.



Библиография

Кожеуров Я.С. Вопросы права международной ответственности в решении Суда ЕАЭС от 21 февраля 2017 года по делу «Российская Федерация против Республики Беларусь» // *Lex Russica*. 2017. № 12. С. 94–112.

Нешатаева Т.Н. Суд Евразийского экономического союза: от правовой позиции к действующему праву // *Международное правосудие*. 2017. № 2. С. 76–78.

Смбатян А.С. Решения органов международного правосудия в системе международного публичного права. М.: Статут, 2012. 270 с.

Смбатян А.С. Особые мнения судей и ВТО: утраченные возможности // *Российский внешнеэкономический вестник*. 2012. № 5. С. 78–84.

Толстых В.Л. «Небесная» и «земная» жизнь Суда Евразийского экономического союза: обзор Решения Суда от 21 февраля 2017 года по делу о соблюдении Белоруссией Договора о ЕАЭС // *Международное правосудие*. 2017. № 4. С. 23–24.

Anand P. The Role of Individual and Dissenting Opinions in International Adjudication // *The International and Comparative Law Quarterly*. 1965. Vol. 14. No 3. P. 788–808.

Baudenbacher C. Judicialization: Can the European Model Be Exported to Other Parts of the World? // *Texas International Law Journal*. 2004. Vol. 39. P. 381–400.

Derains Y. The arbitrators' deliberation // *American University International Law Review*. 2012. Vol. 27. P. 915.

Dumbauld E. Dissenting opinions in international adjudication // *University of Pennsylvania Law Review*. 1942. Vol. 90. P. 929.

Hambro E. Dissenting and Individual Opinions in the International Court of Justice // *ZoV*. 17 (1956–1957). P. 229–248.

Laffranque J. Dissenting Opinion and Judicial Independence // *Juridica International*. Vol. VIII. 2003. P. 162–172.

⁴⁵ Толстых В.Л. Указ соч. С. 24.

Lewis M. The Lack of Dissent in WTO Dispute Settlement // *Journal of International Economic Law*. 2006. Vol. 9. N 4. P. 895–931.

Martinez-Fraga P., Samra H. A Defense of Dissents in Investment Arbitration // *University of Miami Inter-American Review*. 2012. Vol. 43. P. 445–479.

Mistry H. The Paradox of Dissent: Judicial Dissent and the Projects of International Criminal Justice // *Journal of International Criminal Justice*. 2015. Vol. 13. P. 449–474.

Van den Berg A. Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration / *Looking to the Future: Essays on International Law*. Leyden, 2010. P. 821–843.

Dissenting Opinions at International Courts: Doctrine and Practice



Alexei Ispolinov

Associate Professor, Head, Department of International Law, Moscow State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 1 Lenin Gory, Moscow 119991, Russian Federation. E-mail: ispolinov@inbox.ru



Abstract

In the article author critically assesses role and significance of the dissenting opinions of the international judges and arbitrator pointing out its obvious insufficient coverage by the Russian scholar literature. An absolute majority of the authors looks at the dissenting opinions as either something non-significant or undisputable positive for international justice. At the same time activity of numerous international courts and arbitration provides extensive empirical data allowing to evaluate an impact of the dissenting opinions on the process of judicial deliberation and on the acceptance of the judgment of specific court and of the court itself by the parties of the dispute and by the states that created the court or tribunal in question. Assessing “pro” and “contra” arguments in relation to the dissenting opinions on the international justice, the author argues that the dissenting opinions continues to be a highly controversial feature of contemporary international justice. Obvious procedural uncertainty regarding admissibility of the dissenting opinions results in practical impossibility to separate “good” dissenting opinions from “bad” or “ugly” and true level of influence of the dissents remains to be determine by the inner restraints and a character of every judge discovering itself in a minority, and by the judicial culture and traditions of the courts in questions. Age of the court and its reputation and authority may present an effective shield against bad or ill-fated dissenting opinions. Newly-created courts may be less immune against such dissenters which may bring harm to the authority of the court and its legitimacy. A current practice of the Court of the Eurasian Economic Union provide a persuasive example how unrestrained dissenting opinions may undermine integrity and collegiality of international court and thus the use of the dissents shall be either limited or fully forbidden or the dissents shall be used in a very responsible manner.



Keywords

dissenting opinion, international courts and arbitrations, judicial independence, Court of the Eurasian Economic Union, judicial proceedings, judicial deliberations, collegiality, confidentiality.

Citation: Ispolinov A.S. (2018) Dissenting Opinions at International Courts: Doctrine and Practice. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 218–233 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.218.233



References

- Anand P. (1965) The Role of Individual and Dissenting Opinions in International Adjudication. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14, no 3, pp. 788–808.
- Baudenbacher C. (2004) Judicialization: Can the European Model Be Exported to Other Parts of the World? *Texas International Law Journal*, vol. 39, p. 381–400.
- Derains Y. (2012) The arbitrators' deliberation. *American University International Law Review*, vol. 27, p. 915.
- Dumbauld E. (1942) Dissenting opinions in international adjudication. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 90 p. 929.
- Hambro E. (1957) Dissenting and Individual Opinions in the International Court of Justice. *ZoV*, vol. 17, p. 229–248.
- Kozheurov Ya. S. (2017) Voprosy prava mezhdunarodnoi otvetstvennosti v reshenii Suda EAES 21.02.2017 po delu "Russian Federation protiv Republic of Belarus" [Issues of the International Responsibility in the Decision of the EEU Court of February 21, 2017 in 'The Russian Federation v. The Republic of Belarus' Case"]. *Lex Russica*, no 12, p. 94–112.
- Laffranque J. (2003) Dissenting Opinion and Judicial Independence. *Juridica International*, vol. 8, p. 162–172,
- Lewis M. (2006) The Lack of Dissent in WTO Dispute Settlement. *Journal of International Economic Law*, vol. 9, no 4, p. 895–931.
- Martinez-Fraga P., Samra H. (2012) A Defense of Dissents in Investment Arbitration. *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 43, p. 445–479.
- Mistry H. (2015) The Paradox of Dissent: Judicial Dissent and the Projects of International Criminal Justice. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13, p. 449–474.
- Neshataeva T. (2017) Sud Evraziyskogo ekonomicheskogo soyuza: ot pravovoy pozitsii k deystvuyushchemu pravu [The Court of the Eurasian Economic Union: from Legal Position to the Effective Law]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no 2, p. 64–79.
- Smbatian A.S. *Resheniya organov mejdunarodnogo pravosudiya v sisteme mejdunaridnogo publichnogo prava* [Decisions of International Justice Bodies in the System of International Public Law]. Moscow: Statut, 270 p. (in Russian)
- Smbatian A.S. (2012) Osobyie mneniya sudei i VTO: upuschennye vosmozhnosti [Dissenting Opinions of Judges and ITO]. *Rossiyskiy vneshneekonomicheskii vestnik*, no 5, p. 78–84.
- Tolstykh V. (2017) "Nebesnaya" i "zemnaya" zhizn' Suda Evraziyskogo ekonomicheskogo soyuza: Obzor Resheniya ot 21 fevralya 2017 goda po delu o soblyudenii Belorussiey dogovora o EAES [The "Heavenly" and "Earthly" Life of the Court of the Eurasian Economic Union: A Review of the Judgment of the Court in the Case involving Belarus' Adherence to the Treaty on the EEU]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no 4, p. 18–25.
- Van den Berg A. (2010) Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration. *Looking to the Future: Essays on International Law*. Leyden: Brill, pp. 821–843.

Некоторые аспекты правового регулирования защиты персональных данных в рамках внутреннего рынка Европейского союза



Е.В. Постникова

доцент кафедры международного публичного и частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 1010000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: epostnikova@hse.ru



Аннотация

В статье рассмотрены аспекты соотношения экономических свобод внутреннего рынка Европейского союза (ЕС) и защиты прав человека на примере права на защиту персональных данных, соблюдение которого чрезвычайно актуально сегодня. Внутренний рынок, являясь центром европейской интеграции, представляет собой одно из основных достижений ЕС, однако его потенциал не используется в полной мере. Правовое регулирование внутреннего рынка должно постоянно приводиться в соответствие с реалиями сегодняшнего дня, включая технологический прогресс, который усложняет соблюдение права на защиту персональных данных и создает препятствия на пути реализации экономических свобод внутреннего рынка. Для выявления значения соблюдения права на защиту персональных данных для надлежащего функционирования внутреннего рынка автор анализирует некоторые документы Европейской Комиссии за последние несколько лет, включая Стратегию для единого рынка, ежегодные отчеты о росте, отчеты о применении Хартии ЕС об основных правах. Так, одним из инструментов повышения эффективности единого внутреннего рынка выступает защита персональных данных. Право на защиту персональных данных закреплено в актах как первичного, так и вторичного права ЕС. Особое внимание уделено реформированию правового регулирования ЕС в этой сфере, особенно Регламенту 2016/679 о защите физических лиц при обработке персональных данных и их свободном перемещении, который вступит в силу 2018 г. Проводится сравнение с действующей Директивой 95/46 о защите физических лиц при обработке и свободном обращении персональных данных. Подчеркивается, что вводится единое правовое регулирование в масштабах ЕС, которое должно: укрепить право на защиту данных и избавить предпринимателей от лишних расходов; устранить административные и иные ненужные формальности, учредить службу «одного окна»; упрочить сотрудничество властей государств-членов Союза. Также обращено внимание и на практику Суда ЕС, который неоднократно напоминал институтам ЕС и государствам-членам об их обязанности соблюдать положения Хартии ЕС об основных правах граждан на защиту персональных данных.



Ключевые слова

Европейский союз, право Европейского союза, внутренний рынок, права человека, защита прав человека, персональные данные, право на защиту персональных данных, обработка персональных данных, Европейская комиссия, Суд Европейского союза

Библиографическое описание: Постникова Е.В. Некоторые аспекты правового регулирования защиты персональных данных в рамках внутреннего рынка Европейского союза // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 234–254.

УДК:341

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.234.254

Европейский союз (далее — ЕС) включает не только единый рынок товаров и услуг, но и разделяет ценности, закрепленные в учредительных договорах ЕС и Хартии ЕС об основных правах¹, несмотря на то, что право ЕС имело и имеет по большей части экономическую направленность². В доктрине³ неоднократно поднимался вопрос о соотношении принципа уважения прав человека и реализации экономических свобод внутреннего рынка ЕС. Возможно, лучше говорить о влиянии данного общепризнанного принципа международного права на реализацию свобод внутреннего рынка, которое может быть как негативным, так и позитивным. Негативный аспект взаимодействия имеет место, когда защита прав человека является основанием для ограничения экономических свобод внутреннего рынка, которые могут рассматриваться как обоснованные и соответствующие праву ЕС, так и противоречащие ему. Позитивный аспект заключается в том, что соблюдение прав человека способствует повышению эффективности функционирования внутреннего рынка, т.е. фактически выступает средством достижения данной цели. В данной статье рассмотрим именно этот аспект на примере влияния соблюдения права на защиту персональных данных (или иначе — данных личного характера) на эффективность функционирования экономических свобод внутреннего рынка ЕС. Основное внимание уделено реформе правового регулирования ЕС в сфере защиты персональных данных.

¹ См. в том числе: L'UE en 2015 — Rapport général sur l'activité de l'Union européenne. Commission européenne. Direction générale de la communication. Information des citoyens /1049 Bruxelles [Электронный ресурс] // URL: <http://publications.europa.eu/fr/web/general-report> (дата обращения: 17.03.2016)

² См.: Юмашев Ю. М. Правовое регулирование европейского внутреннего рынка // Московский журнал международного права. 2013. Т. 91. № 3. С. 155; Договор о Европейском союзе (ДЕС); особенно ст. 2, 3; Договор о функционировании Европейского союза (ДФЕС), Хартию ЕС об основных правах / СПС Гарант.

³ См., напр.: Исполинов А.С. Поиск баланса между свободами внутреннего рынка и правами человека в судебной практике ЕС // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2012. № 6.

Значение защиты персональных данных для повышения эффективности внутреннего рынка

Двумя из десяти приоритетных направлений деятельности Европейской комиссии, провозглашенных ее председателем Ж.-К. Юнкером, выступали более углубленный и равноправный (справедливый) единый внутренний рынок⁴ и обеспечение пространства правосудия и основных прав человека, основанных на взаимном доверии⁵.

Внутренний рынок, являясь центром европейской интеграции⁶, представляет собой одно из основных достижений ЕС и один из главных активов в условиях глобализации⁷. Он по итогам 24-летнего существования ЕС характеризуется: упрощенным доступом потребителей к многочисленным товарам и услугам с льготными ценами; преимуществами предприятий от рынка сбыта и поддержки конкуренции; высокими требованиями к безопасности и к защите окружающей среды. Реализация экономических свобод внутреннего рынка способствует появлению новых возможностей для граждан, работников, предпринимателей, предприятий и потребителей, например, благодаря образованию новых рабочих мест и экономическому росту в целом.

Однако на данный момент потенциал внутреннего рынка не используется в полной мере по причине или незнания права ЕС, или его неприменения или ненадлежащего применения государствами-членами; сохраняется также много экономических, правовых и иных препятствий. К тому же правовое регулирование внутреннего рынка должно приводиться в соответствие с реалиями сегодняшнего дня, к числу которых принадлежат различные ин-

⁴ Определение внутреннего рынка закреплено в ст. 26 ДФЕС.

⁵ *Juncker J.-C. A New Start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth, Fairness and Democratic Change Political Guidelines for the next European Commission Opening Statement in the European Parliament Plenary Session. Strasbourg, 15 July 2014* [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.theparliament-magazine.eu/whitepaper/jean-claude-juncker-my-agenda-jobs-growth-fairness-and-democratic-change> (дата обращения: 16.04.2017)

⁶ По словам Комиссара по внутреннему рынку, промышленности, предпринимательству и средним и малым предприятиям Э. Бьенковски, «внутренний рынок — это сердце европейской интеграции»: *Un marché approfondi et plus équitable: la Commission multiplie les opportunités pour les citoyens et les entreprises. Commission européenne. Bruxelles, le 28 octobre 2015* [Электронный ресурс]: // URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5909_fr.htm (дата обращения: 21.04.2017)

⁷ См., в том числе: *Juncker J. Op. cit.; A Single Market Strategy for Europe — Analysis and Evidence Accompanying the document Upgrading the Single Market: more opportunities for people and business. Commission staff working document. Brussels, 28.10.2015. COM(2015) 550 final SWD(2015) 202 final* [Электронный ресурс]: // URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52015SC0202http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/economic_paper/2012/pdf/ecp_456_en.pdf (дата обращения: 21.04.2017)

новационные идеи и новые организационные формы предприятий⁸. Повышение эффективности внутреннего рынка возможно посредством устранения все еще оставшихся правовых и неправовых препятствий, например, на пути реализации свободы движения товаров и услуг⁹.

Последнее было неоднократно провозглашено в качестве приоритетного направления в ежегодных обзорах роста¹⁰ (в частности, в Обзоре на 2017 год еще подчеркивалась необходимость создания единого цифрового рынка). Также, опираясь на преимущества внутреннего рынка, достигнутые за последние годы, Комиссия приняла целый комплекс мер, чтобы создать потребителям и предприятиям новые перспективы. В частности, в 2015 году она разработала Стратегию единого рынка¹¹, в которой планируется принять

⁸ Un marché approfondi et plus équitable: la Commission multiplie les opportunités pour les citoyens et les entreprises. Commission européenne. Bruxelles, le 28 octobre 2015.

⁹ В 2011 году Комиссия обратилась в Суд ЕС с иском против Австрии, Германии и Греции на том основании, что они на тот момент лишь частично имплементировали Директиву 2006/123 об услугах на внутреннем рынке в свое законодательство. Комиссия требовала взыскать с Австрии 44 876,16 €, с Германии — 141 362,55 € и с Греции — 51 200,10 € (на основании ст. 260(3) ДФЕС): European Commission — Press release. Services Directive: the Commission refers Germany, Austria and Greece to the Court over incomplete transposition of the Directive [Электронный ресурс]: // URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1283_en.htm?locale=fr; Commission staff working paper. Situation in the different sectors. Accompanying 28th annual report on monitoring the application of EU law. European Commission. 29.9.2011 / SEC(2011) 1093 final [Электронный ресурс]: // URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011SC1093&rid=1> (дата обращения: 18.03.2015)

В отчете Комиссии о мониторинге применения права ЕС в 2015 г. отмечается, что предпринимались действия по пресечению нарушений Директивы об услугах на внутреннем рынке. В частности, было инициировано 10 «пилотных» диалогов и 6 расследований: Report from the Commission. Monitoring the application of European Union law. 2015 Annual Report. European Commission. 15.7.2016, COM(2016) 463 final [Электронный ресурс]: // URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1499619694852&uri=CELEX:52016DC0463> (дата обращения: 10.07.2017). В Стратегии единого рынка Комиссия выражает надежду, что надлежщая имплементация Директивы 2006/123 об услугах на внутреннем рынке принесет еще 1,8 % ВВП. См.: A Single Market Strategy for Europe — Analysis and Evidence Accompanying the document Upgrading the Single Market: more opportunities for people and business. Commission staff working document. 28.10.2015. COM(2015) 550 final, SWD(2015) 202 final [Электронный ресурс]: // URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52015SC0202http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/economic_paper/2012/pdf/esp_456_en.pdf (дата обращения: 21.04.2017)

¹⁰ Annual Growth Survey 2015. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank. 28.11.2014. COM(2014) 902 [Электронный ресурс]: // URL: http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/2015/ags2015_en.pdf (дата обращения: 21.04.2017); Annual Growth Survey 2017. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank. Brussels, 16.11.2016. COM (2016) 725 final [Электронный ресурс]: // URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1500195037536&uri=CELEX:52016DC0725> (дата обращения: 16.07.2017)

¹¹ A Single Market Strategy for Europe — Analysis and Evidence Accompanying the document Upgrading the Single Market: more opportunities for people and business. Commission staff working document. 28.10.2015. COM(2015) 550 final, SWD(2015) 202 final

меры стимулирования экономического роста и увеличения количества рабочих мест, а также углубления сотрудничества в рамках внутреннего рынка и повышения уровня его справедливости. Комиссия предлагает принять три группы мер: меры, направленные на создание возможностей для потребителей, специалистов и предпринимателей при помощи сбалансированного развития экономики совместного потребления¹², создание «паспорта услуг» для компаний, изменение правового регулирования профессий; меры, действующие модернизации и инновациям посредством более прозрачных и эффективных государственных закупок, совершенствования правового регулирования интеллектуальной собственности, модернизации системы стандартизации; меры, обеспечивающие доставку товаров, которой обычно пользуются потребители и предприниматели, благодаря новому подходу Директивы об услугах на внутреннем рынке.

Совместное использование персональных данных часто выступает наравне с товарами и услугами в качестве составляющей экономики совместного потребления, которая, в свою очередь, служит одним из инструментов достижения целей, обозначенных Комиссией в Стратегии для единого рынка 2015 года. Защита персональных данных поставщиков и потребителей имеет большое значение для обеспечения и поддержания доверия различных действующих на рынке субъектов. Таким образом, исходя из анализа Стратегии, одним из инструментов повышения эффективности единого внутреннего рынка выступает защита персональных данных, которая, в свою очередь, является неотъемлемой частью пространства правосудия и основных прав человека (в формулировке названия одного из приоритетных направлений деятельности Комиссии ЕС).

Технологический прогресс и глобализация создали много различных проблем при реализации физическими лицами своего права на защиту персональных данных, с которыми, естественно, столкнулись и в государствах-членах ЕС и в самом ЕС в целом. Персональные данные благодаря современным технологиям перемещаются более свободно¹³, частные компании и органы государственной власти используют персональные данные в небывалых ранее масштабах, физические лица все больше и больше открывают доступ к своим данным. Защита персональных данных также является неотъемлемой частью правового регулирования в рамках информационного общества¹⁴. Да и само

¹² «Collaborative economy» или «collaborative consumption», «the sharing economy», «peer (P2P) economy», «the access economy».

¹³ См., напр.: *Bennett C. and Raab C. The Governance of Privacy: Policy Instruments in Global Perspective.* London, 2003. P. 257; *Kong L. Data Protection and Transborder Data Flow in the European and Global Context // The European Journal of International Law.* Vol. 21, no. 2, 2010. P. 442.

¹⁴ См.: *Blume P. Transborder Data Flow: Is There a Solution in Sight? // 8 Int'l J L and Info Technology.* 2000. P. 65; *Kong L. Op. cit.* P. 442.

создание и развитие внутреннего рынка привело к существенному увеличению объемов трансгранично перемещаемых персональных данных в рамках ЕС. Следствием всего этого является необходимость постоянного совершенствования механизма правового регулирования ЕС в этой сфере.

Право на защиту персональных данных в актах первичного права Европейского Союза

Что касается правовой основы права на защиту данных личного характера¹⁵, то следует прежде всего обратиться к Договору о функционировании Европейского Союза (далее — ДФЕС)¹⁶ и Хартии ЕС об основных правах 2000 г. (далее — Хартия)¹⁷.

В ДФЕС право на защиту персональных данных предусмотрено в ст. 16 (бывшая ст. 286). Данные нормы направлены на защиту права индивида самостоятельно принимать решение об использовании его персональных данных, что чрезвычайно важно в свете огромных объемов собранных, использованных и передаваемых персональных данных. Так, ст. 16 закрепляет, что Европейский парламент и Совет в рамках обычной законодательной процедуры принимают правила о защите физических лиц в отношении обработки персональных данных институтами, органами и учреждениями Союза, а также государствами-членами при осуществлении деятельности, которая входит в сферу применения права Союза, и о свободном перемещении подобных данных. В ДФЕС предусматривается, что соблюдение этих правил находится под контролем независимых органов.

Хартия ЕС об основных правах (ст. 8) гарантирует каждому человеку право на защиту относящихся к нему персональных данных, право на получение доступа к собранным в отношении него данным, и право на устранение в них ошибок. Помимо этого данная статья предусматривает основания обработки подобных данных. Так, она должна производиться добросовестно (т.е. без манипуляций), в четко определенных целях, с согласия заинтересованного лица либо при наличии других правомерных оснований, предусмо-

¹⁵ Право на защиту персональных данных не является абсолютным правом. Оно должно рассматриваться, учитывая его роль в обществе, и быть сбалансировано в отношении других основных прав в соответствии с принципом пропорциональности.

¹⁶ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union // Official Journal C 115, 09.5.2008.

¹⁷ Хартия ЕС об основных правах разработана Конвентом и принята в 2000 году, адаптирована в 2007, наделена обязательной силой Лиссабонским договором, который изменил ее статус (ст. 6 Договора о Европейском Союзе, Протокол № 30): Charter of fundamental rights of the European Union // OJ C 364, 18.12.2000. P. 1–22. См., напр.: Мюллер-Графф П.-К. Лиссабонский договор в системе первичного права Европейского Союза // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2008. № 1. С. 95.

тренных законом. Ст. 8 также содержит положение, что соблюдение правил защиты, обработки, доступа и возможности исправления ошибок в соответствующих данных подлежит контролю со стороны независимого органа. Право на защиту персональных данных, в свою очередь, основывается на праве каждого на уважение частной и семейной жизни, его жилища и корреспонденции, закрепленное в ст. 7 Хартии¹⁸. Но также необходимо отметить, что согласно п. 3 ст. 52 Хартии Союз не вправе дополнительно ограничивать право на уважение частной и семейной жизни по сравнению с ограничениями, которые допускает п. 2 ст. 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.

Право на защиту персональных данных в актах вторичного права Европейского союза¹⁹

На данный момент еще действуют такие акты вторичного права ЕС в сфере защиты персональных данных — Директива 95/46 о защите физических лиц при обработке и свободном обращении персональных данных²⁰, а также

¹⁸ См., напр.: Хартия Европейского Союза об основных правах: комментарии / под ред. С.Ю. Кашкина. М., 2001. С. 79.

¹⁹ См. в том числе: Directive (EU) 2016/681 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the use of passenger name record (PNR) data for the prevention, detection, investigation and prosecution of terrorist offences and serious crime // OJ L 119, 4.5.2016. P. 132–149; Directive (EU) 2016/1148 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 concerning measures for a high common level of security of network and information systems across the Union // OJ L 194, 19.7.2016. P. 1–30; Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code) // OJ L 77, 23.3.2016. P. 1–52; Council Directive 2011/16/EU of 15 February 2011 on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC // OJ L 64, 11.3.2011. P. 1–12; Regulation (EU) 2015/2120 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 laying down measures concerning open internet access and amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services and Regulation (EU) No 531/2012 on roaming on public mobile communications networks within the Union // OJ L 310, 26.11.2015. P. 1–18; Commission Delegated Regulation (EU) 2015/962 of 18 December 2014 supplementing Directive 2010/40/EU of the European Parliament and of the Council with regard to the provision of EU-wide real-time traffic information services // OJ L 157, 23.6.2015. P. 21–3; Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC // OJ L 141, 5.6.2015. P. 73–11; Regulation (EC) No 45/2001 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data // OJ L 8, 12.1.2001. P. 1–22.

²⁰ 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 // OJ L 281, 23.11.1995. P. 31–50.

Рамочное решение 2008/977 о защите данных личного характера, используемых в рамках сотрудничества полицейских и судебных органов по уголовным делам²¹. Они утратят силу 25 мая 2018 г. и будут заменены соответственно Регламентом 2016/679 о защите физических лиц в отношении обработки персональных данных и их свободном перемещении (Общий регламент о защите персональных данных)²² и Директивой 2016/680 о защите физических лиц в отношении обработки персональных данных компетентными властями в целях предотвращения, расследования, задержания или судебного преследования в связи с совершением уголовных правонарушений или исполнения уголовного наказания, а также в отношении свободного перемещения подобных данных²³. Данные Регламент и Директива приняты Парламентом и Советом в апреле 2016 г. в рамках реформы по защите персональных данных, которая была инициирована Комиссией.

Так, согласно отчетам Комиссии о ее деятельности за 2015 и 2016 годы ЕС продолжал развивать политику в сферах правосудия, основных прав человека и гражданства, которая опирается на основные ценности: демократию, свободу, терпимость и правовое государство²⁴. Деятельность Комиссии была в том числе направлена на улучшение защиты основных прав человека в сферах защиты данных, передачи информации личного характера и прав потребителей. В частности, Комиссия выполнила обязательства провести реформу защиты данных в ЕС, направленную на повышение обеспечения права граждан на защиту персональных данных, являющегося одним из основных прав ЕС.

Реформа была предложена Комиссией в 2012 году и включает два основных инструмента: общий регламент, касающийся защиты данных, и ди-

²¹ Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale // JO L 350 du 30.12.2008. P. 60–71.

²² Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) // OJ L 119, 4.5.2016. P. 1–88.

²³ Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA // OJ L 119, 4.5.2016. P. 89–131.

²⁴ L'UE en 2015 — Rapport général sur l'activité de l'Union européenne. Commission européenne. Direction générale de la communication. Information des citoyens.

L'UE en 2016 — Rapport général sur l'activité de l'Union européenne. Commission européenne. Direction générale de la communication. Information des citoyens /1049 Bruxelles, BELGIQUE [Электронный ресурс] :// URL: https://europa.eu/european-union/documents-publications/reports-booklets/general-report_fr (дата обращения: 16.04.2017)

ректива относительно защиты данных, предназначенных для полицейских властей и органов уголовного правосудия. Данная реформа является неотъемлемым элементом единого цифрового (электронного) рынка²⁵ и европейской программы безопасности²⁶. В свою очередь, реформирование единого цифрового рынка направлено на устранение национальных барьеров в сфере телекоммуникаций, авторских прав и защиты данных, которые препятствуют гражданам ЕС пользоваться определенными товарами и услугами, а компаниям и начинающим предпринимателям в секторе Интернета — всеми преимуществами цифрового рынка²⁷. В 2015 году работа над реформированием правового регулирования в сфере защиты данных была интенсифицирована и на конец года по итогам переговоров было достигнуто согласие Комиссии с Парламентом и Советом в отношении целостности реформы. Так, в апреле 2016 года тексты Регламента 2016/679 и Директивы 2016/680 были приняты Парламентом и Советом и вступят в силу в 2018 году.

Прежде чем перейти к характеристике основных положений *Регламента 2016/679* (далее — Регламент), следует остановиться на таких ключевых понятиях, как «персональные данные» и «обработка персональных данных»²⁸. Так, закрепленное в Регламенте определение персональных данных (ст. 4) шире определения, сформулированного в отменяемой им Директиве 95/46 (ст. 2). В Регламенте под персональными данными понимается любая инфор-

²⁵ В 2015 году Комиссия также начала реализовывать стратегию, направленную на устранение препятствий связи в рамках единого электронного (цифрового) рынка, которые лишают граждан ЕС пользоваться преимуществами от выбора товаров и услуг, а предприятия в Интернет-сфере возможности в полной мере участвовать в будущем развитии сектора цифровых технологий. В декабре 2015 года Совет и Парламент пришли к соглашению относительно предложенных Комиссией новых правил обеспечения повышенного уровня безопасности сетей и информации. Речь идет о Директиве, касающейся мер по обеспечению общего высокого уровня безопасности интернета и информации в ЕС. См.: Network and Information Security Directive: co-legislators agree on the first EU-wide legislation on cybersecurity [Электронный ресурс]: // URL: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/news/network-and-information-security-directive-co-legislators-agree-first-eu-wide-legislation> (дата обращения: 16.04.2017)

²⁶ См.: Le programme européen en matière de sécurité. Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil Européen et au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Strasbourg, le 28.4.2015. COM(2015) 185 final [Электронный ресурс]: // URL: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/basic-documents/docs/eu_agenda_on_security_fr.pdf (дата обращения: 16.04.2017)

²⁷ См. также: Mayer F. Europe and the Internet: The Old World and the new medium // The European Journal of International Law. 2000. No 1. P. 149–169; Wong R., Savirimuthu J. All or Nothing: This is the Question? The Application of Article 3(2) Data Protection Directive 95/46/EC to the Internet // Journal of Computer & Information Law. Spring 2008. P. 241–266.

²⁸ См. также в ст. 4 Регламента определения следующих понятий: «ответственный за обработку данных» или «контролер» (англ. «controller», франц. «responsable du traitement»), «производящий обработку данных» (англ. «processor», франц. яз. «sous-traitant»), «орган контроля» (англ. «supervisory authority», франц. «autorité de contrôle»).

мация, относящаяся к идентифицированному (иначе — определенному) или могущему быть идентифицируемым (иначе — поддающемуся определению) физическому лицу. Физическое лицо, которое может быть идентифицировано — это тот, кто может быть установлен прямо или косвенно, в частности, благодаря имени, идентификационному номеру, данным о местонахождении, Интернет-идентификатору или одному и нескольким характерным для этого лица чертам, относящимся к его физической, физиологической, генетической, ментальной, экономической, культурной или социальной индивидуальности. Согласно ст. 4 Регламента, обработка данных — это любая операция или их совокупность, осуществляемая с помощью автоматизированных средств или без нее, например, сбор, регистрация, организация, структурирование, хранение, приведение в соответствие или изменение, извлечение, использование, передача, распространение или иной любой способ обеспечения к ним доступа, согласование²⁹ или объединение, ограничение, уничтожение³⁰.

Регламент защищает основные права и свободы физических (а не юридических) лиц независимо от их гражданства и места проживания и, в особенности, право на защиту персональных данных. Регламент содержит нормы, направленные на защиту прав физических лиц при обработке их персональных данных, а также нормы, связанные со свободным перемещением таких данных. Чтобы внутренний рынок функционировал должным образом, необходимо, чтобы свобода движения персональных данных в ЕС не была ни ограничена, ни запрещена по причинам, связанным с защитой физических лиц в связи с обработкой их персональных данных.

В преамбуле Регламента, в частности, отмечается, что он направлен на укрепление и сближение экономик государств-членов ЕС в рамках внутреннего рынка. Это в очередной раз подтверждает значимость соблюдения права на защиту персональных данных для повышения эффективности функционирования внутреннего рынка ЕС. Регламент Комиссия расценивает как основной шаг на пути упрочения основных прав граждан в эру цифровых технологий, а также облегчения предпринимательской деятельности посредством упрощения применяемых к компаниям правовых норм в рамках единого цифрового рынка³¹. Регламент содержит нормы, направленные на устранение препятствий для функционирования внутреннего рынка, существующих из-за различных и порой противоречащих друг другу подходов к правовому регулированию защиты данных в членах ЕС. Иными словами, на данный момент имеет место фрагментация правового регулирования в рассматриваемой

²⁹ Англ. «alignment», франц. «le rapprochement».

³⁰ Англ. «erasure or destruction», франц. «l'effacement ou la destruction».

³¹ L'UE en 2016 — Rapport général sur l'activité de l'Union européenne. P. 66.

сфере, которая приводит к правовой неопределенности, в частности, к искажению конкуренции, препятствиям для осуществления предпринимательской деятельности, связанным с дополнительными затратами (особенно для малых и средних предприятий), а также к неравной защите физических лиц.

В связи с этим нельзя не сравнить анализируемый Регламент с пока действующей Директивой 95/46. Если обратиться к доктрине, то действующее правовое регулирование ЕС в сфере передачи персональных данных характеризуется как четкое и обеспечивающее свободное перемещение данных в рамках Союза, но ограничивающее их передачу в третьи страны³². Директива направлена на гармонизацию защиты основных прав и свобод физических лиц при обработке персональных данных и на обеспечение их свободного перемещения между государствами-членами (ст. 1). Казалось бы, ее цели и принципы заслуживают лишь положительной оценки, однако на практике она не позволила предотвратить фрагментацию в реализации права на защиту данных в рамках всего ЕС, которая возникла по причине ее различной имплементации и различного применения в государствах-членах ЕС. Здесь следует обратиться также к характеристике регламента и директивы как актов вторичного права ЕС, т.е. принимаемых институтами ЕС. Так, по ст. 288 ДФЕС регламент является обязательным в полном объеме и подлежит прямому применению во всех государствах-членах, директива имеет обязательную силу для каждого государства-члена, кому она адресована, в отношении результата, которого требуется достичь, но оставляет в компетенции национальных инстанций выбор формы и способов достижения. Исходя из этого, становится понятно, почему вместо Директивы 95/46 был принят акт именно в форме регламента.

Интерес представляют данные опроса, проведенного фирмой «Евробарометр»³³. Так, государственные власти пользуются большим доверием, чем коммерческие структуры (66% опрошенных); две трети европейцев (67–69%) беспокоятся, что не имеют полного контроля над своими персональными данными, и опасаются, что их данные, переданные юридическим лицам, могут быть использованы для других целей; более 4 европейцев из 10 предпочли бы, чтобы защита данных регулировалась на уровне ЕС (45%), тогда как чуть меньшая доля (42%) — на национальном уровне.

Регламент создает единое правовое регулирование ЕС в сфере защиты персональных данных, которое должно усилить право на защиту данных и сделать так, чтобы люди доверяли структурам, которым они сообщают свои данные. Применение данного Регламента должно, естественно, избавить предпринимателей от лишних расходов. По предварительным оценкам

³² Kong L. Op. cit. P. 442.

³³ Special Eurobarometer. Report. 431- Data protection, June 2015 [Электронный ресурс]: // URL: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_431_en.pdf (дата обращения: 21.02.2017)

Европейской Комиссии, устранение таким образом административных препятствий сэкономит примерно 2,3 млрд. евро в год³⁴.

Сфера действия Регламента, закрепленная в ст. 2, не распространяется на обработку персональных данных, производимую в рамках деятельности, нерегулируемую правом ЕС; государствами-членами при осуществлении деятельности в соответствии с главой 2 раздела 5 Договора о Европейском Союзе («Специальные положения об общей внешней политике и политике безопасности»); физическим лицом в рамках исключительно личной или домашней деятельности³⁵. Регламент не применяется к обработке персональных данных, подпадающих под сферу действия Директивы 2016/680, а также к обработке персональных данных институтами, органами, агентствами Союза, поскольку это входит в сферу действия Регламента 45/2001³⁶. При этом следует отметить, что Регламент применяется без ущерба Директиве 2000/31, касающейся правовых аспектов предоставления услуг информационного общества³⁷, в частности, в электронной торговле, в рамках внутреннего рынка ЕС³⁸.

Также необходимо иметь в виду положения ст. 23, в которой закреплены основания ограничения действия некоторых прав и обязанностей, предусмотренных Регламентом. Среди таких оснований выступают национальная безопасность; оборона; общественная безопасность; обеспечение независимости правосудия; предотвращение и выявление, расследование преступных (уголовных) деяний или преследование лиц за их совершение. Таким образом, есть сферы (например, в рамках деятельности, представляющей собой общественный интерес, или деятельности органа государственной власти), в которых к обработке персональных данных применяются акты законодательства членов ЕС, уточняющие применение положений Регламента. Также параллельно с общим правом ЕС в отношении защиты данных в государствах-членах существует большое число правовых актов специального характера, содержащих более конкретные нормы. Регламент оставляет государствам-членам воз-

³⁴ Comment la reforme de la protection des donnees dans l'UE renforcera-t-elle le marche interieur? Fiche technique. Janvier 2016 / Direction générale de la justice et des consommateurs. Union européenne, 2016 [Электронный ресурс]: // URL: http://ec.europa.eu/justice/dataprotection/index_en.htm (дата обращения: 21.04.2017)

³⁵ Под личной или домашней деятельностью понимается, к примеру, обмен письмами или общением, составление адресной книги, использование социальных сетей.

³⁶ Regulation No 45/2001 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data.

³⁷ Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services // OJ L 241, 17.9.2015. P. 1.

³⁸ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') // OJ L 178, 17.7.2000. P. 1–16.

возможность «маневра», например, для установления более детализированных требований к обработке определенного вида данных (например, в сферах, связанных со свободой выражений мнения и информации, доступом общественности к официальным документам, трудовыми отношениями)³⁹.

Назовема принципы обработки персональных данных, закрепленные в Регламенте (хотя они и идентичны принципам, перечисленным в Директиве 95/46), поскольку они, естественно, составляют квинтэссенцию правового регулирования рассматриваемой сферы. Данные личного характера должны: 1) обрабатываться законно, добросовестно и прозрачно для соответствующего физического лица (законность, добросовестность, прозрачность); 2) собираться для четко определенных законных целей и в дальнейшем не обрабатываться таким образом, который был бы несовместим с первоначальными целями (ограничение целей)⁴⁰; 3) быть адекватными, соответствующими и ограниченными исходя из целей, для которых они обрабатываются (минимизация данных); 4) быть точными и актуальными (точность)⁴¹; 5) сохраняться в форме, которая позволит идентифицировать соответствующее лицо в течение времени, необходимого для достижения целей их обработки (ограничение хранения)⁴²; 6) обрабатываться способом, гарантирующим надлежащую безопасность персональных данных.

Что касается прав физических лиц, то реформа в том числе имеет целью обеспечить упрощенный доступ лиц к их персональным данным, в частности, возможность следить за тем, как они используются (ст. 15 Регламента)⁴³; право на передачу данных (например, при реализации свободы услуг⁴⁴); детализацию права на уничтожение персональных данных (например, когда в подобных данных больше нет необходимости исходя из целей, для достижения которых они были получены; или как только лицо пожелает это при отсутствии иных правовых оснований для их хранения; или данные были обработаны с нарушением соответствующих правовых норм: ст. 17 Регламента)⁴⁵; право быть информированным в кратчайшие сроки о несанкционированном доступе к персональным данным (ст. 34 Регламента).

³⁹ Глава 9 Регламента «Положения, касающиеся особых ситуаций, связанных с обработкой данных».

⁴⁰ См. также: п. 1 ст. 89 Регламента (Гарантии и исключения, применяемые к обработке данных в целях архивирования в общественных интересах, для проведения научных или исторических исследований или в статистических целях).

⁴¹ См. также: ст. 16 и 17 Регламента (исправление и уничтожение данных).

⁴² См. также: п. 1 ст. 89 Регламента.

⁴³ См. также: ст. 13 Регламента (информация, которая сообщается физическому лицу в связи с получением его персональных данных).

⁴⁴ См., напр.: ст. 2, 3, 4, 7 Регламента.

⁴⁵ В ст. 16 закреплено право физического лица исправить неверные персональные данные или дополнить их.

Преимущества для компаний заключаются в следующем: единый свод правовых норм, что и удешевит их деятельность; служба «одного окна», т.е. компании и предприниматели будут иметь дело лишь с одним государственным органом и по месту своего нахождения (ст. 56 Регламента); применение норм права ЕС на территории ЕС, в том числе и в отношении предприятий, учрежденных в третьем государстве (ст. 3 Регламента); подход, учитывающий риски (например, п. 24 ст. 4, п. 2g ст. 23, ст. 25, 27, 30, 32, 33, 34), а также нормы, благоприятные для инновационной деятельности (например, ст. 25)⁴⁶. Необходимо также подчеркнуть, что составители Регламента учли и интересы малых и средних предприятий. В частности, ст. 30 содержит исключение в отношении ответственных за обработку данных или их представителей по ведению реестра видов деятельности по обработке данных, под которое и подпадают организации с менее чем 250 работниками. К ним не применимы при определенных условиях требования по ведению подобного реестра⁴⁷.

Регламент призван гарантировать юридическую безопасность и прозрачность для экономических операторов, включая малые и средние предприятия, и предоставлять физическим лицам из всех государств-членов ЕС одинаковый объем прав и обязанностей, а для лиц и органов, осуществляющих обработку данных, — одинаковый уровень ответственности. Регламент также необходим как для обеспечения последовательного контроля за обработкой персональных данных и применения эквивалентных санкций во всех государствах-членах ЕС, так и для эффективного сотрудничества органов контроля из разных государств-членов ЕС⁴⁸. Реформа позволит гражданам в большей степени осуществлять контроль над своими персональными данными, а предприятиям, особенно средним и малым, извлечь выгоду из возможностей, создаваемых унификацией норм по регулированию единого цифрового рынка при сокращении административных формальностей и увеличению доверия потребителей, а также создаст условия для инновационной деятельности. Интересно, что новые нормы о защите данных будут применяться не только к компаниям, учрежденным в рамках ЕС, но и к иностранным компаниям, которые предоставляют услуги и поставляют товары гражданам ЕС или занимающиеся мониторингом.

Директива 2016/680 (далее — Директива) содержит нормы, направленные на защиту физических лиц в связи с обработкой персональных данных компетентными властями в целях предотвращения, расследования, задержания или судебного преследования в связи с совершением (уголовных) престу-

⁴⁶ Регламент гарантирует защиту данных, присвоенных товарам и услугам начиная с первой стадии их создания.

⁴⁷ См. подробнее п. 5 ст. 30 Регламента.

⁴⁸ См.: Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) // OJ L 119, 4.5.2016. P. 1–88.

плений или исполнения уголовного наказания, включая защиту от угроз общественной безопасности и их предотвращение. Следуя положениям Директивы, государства-члены должны защищать основные права и свободы физических лиц и, в особенности, их право на защиту персональных данных, а также должны обеспечивать, чтобы обмен персональными данными между компетентными властями в рамках ЕС (который требуется согласно праву ЕС или праву государства-члена) не был ни ограничен, ни запрещен по причинам, связанным с защитой физических лиц при обработке их персональных данных.

Отметим, что, в частности, понятие персональных данных и их обработки такое же, как и в анализируемом выше Регламенте. Под компетентными властями понимаются: 1) любые органы государственной власти компетентные по вопросам, входящим в сферу действия Директивы; 2) любые иные органы или учреждения, которым правом государства-члена доверено осуществлять государственную власть⁴⁹ в соответствующих сфере действия Директивы целях. Директива должна обеспечить высокий уровень защиты персональных данных подозреваемых, лиц, признанных виновными, известных или предполагаемых жертв преступлений, свидетелей⁵⁰, а также упростить обмен информацией и иное сотрудничество между полицейскими и судебными властями разных государств-членов ЕС. Последнее, в частности, должно способствовать повышению эффективности борьбы с преступностью, включая борьбу с терроризмом. В соответствии с положениями Директивы любая обработка данных органами правопорядка должна соответствовать принципам законности, необходимости, пропорциональности, а также предусматривать гарантии для физических лиц. К слову, принципы обработки данных, закрепленные в Директиве (ст. 4), идентичны принципам, перечисленным в Регламенте. Контролировать обработку данных должны независимые национальные структуры, в обязанности которых входит защита данных, и при этом должно быть предусмотрено эффективное обжалование в судебном порядке (ст. 47 Директивы).

Таким образом, принятие Регламента и Директивы — большой шаг вперед на пути соблюдения права физического лица на защиту персональных данных⁵¹, что должно позитивно сказаться на функционировании внутреннего рынка ЕС.

⁴⁹ Англ. «public authority» and «public powers», франц. «l'autorité publique et des prérogatives de puissance publique».

⁵⁰ Особенностью данной Директивы, в частности, является закрепленное различие между данными разных категорий лиц (ст. 6).

⁵¹ См., напр.: 2016 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights. European Commission. 18.5.2017 COM(2017) 239 final, {SWD(2017) 162 final}[Электронный ресурс]: // URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0239&qid=1499974282687&from=EN> (дата обращения: 15.07.2017)

Право на защиту персональных данных в практике Суда Европейского Союза

Суд ЕС неоднократно подчеркивал необходимость защиты основных прав человека, а также соблюдение их баланса в эпоху цифровых технологий. В отчетах Комиссии по применению Хартии ЕС об основных правах в том числе приводятся суть дел и решения Суда ЕС по вопросам защиты персональных данных. Так, например, согласно отчетам за 2014, 2015 и 2016 годы⁵², Суд ЕС вынес решения по следующим делам: C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Kärntner Landesregierung*⁵³; C-131/12 *Google Spain and Google*⁵⁴, C-212/13 *Ryneš*⁵⁵, Case C-288/12 *Commission v Hungary*⁵⁶, C-362/14 *Max Schrems*⁵⁷, C-230/14 *Weltimmo*⁵⁸, C-446/12 *W.P. Willems v Burgemeester van Nuth*⁵⁹, Case C-201/14 *Bara and Others*⁶⁰, Case C-419/14 *WebMindLicenses*⁶¹, C-203/15 *Tele2 Sverige AB* и C-698/15 *Tom Watson*⁶².

В решении по объединенному делу C-293/12 и C-594/12 *Digital Rights Ireland* Суд признал недействительной Директиву 2006/24 о хранении данных, созданных или обработанных в связи с предоставлением обществен-

⁵² 2014 report on the application of the EU Charter of Fundamental Rights. European Commission [Электронный ресурс] // URL: http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/2014_annual_charter_report_en.pdf (дата обращения: 21.04.2017); 2015 report on the application of the EU Charter of Fundamental Rights European Commission [Электронный ресурс]:// URL: http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/2015_charter_report_full_version_en.pdf (дата обращения: 21.04.2017); 2016 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights. European Commission. 18.5.2017 COM(2017) 239 final, {SWD(2017) 162 final}.

⁵³ Joined Cases C-293/12 and C-594/12: *Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12), Kärntner Landesregierung (C-594/12)* // OJ C 175, 10.6.2014. P. 6–7.

⁵⁴ Case C-131/12 *Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González* // OJ C 212, 7.7.2014. P. 4–5.

⁵⁵ Case C-212/13 *František Ryneš v Úřad*, 11 December 2014 (request for a preliminary ruling from the Nejvyšší správní soud — Czech Republic) // OJ C 46, 9.2.2015. P. 6–6.

⁵⁶ Case C-288/12 *European Commission v Hungary*, 8 April 2014 // OJ C 175, 10.6.2014. P. 6–6.

⁵⁷ Case C-362/14 *Maximillian Schrems v Data Protection Commission*, 6 October 2015, ECLI identifier: ECLI:EU:C:2015:650.

⁵⁸ Case C-230/14 *Weltimmo s.r.o. v Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, 1 October 2015 (request for a preliminary ruling from the Kúria — Hungary) // OJ C 381, 16.11.2015. P. 6–7.

⁵⁹ Joined Cases C-446/12 to C-449/12 *W.P. Willems and Others v Burgemeester van Nuth and Others*, ECLI identifier: ECLI:EU:C:2015:238.

⁶⁰ Case C-201/14 *Smaranda Bara and Others*, 1 October 2015, Digital reports (Court Reports — general), ECLI identifier: ECLI:EU:C:2015:638.

⁶¹ Case C-419/14 *WebMindLicenses kft*, 17 December 2015. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2015:83.

⁶² Joined Cases C-203/15 and C-698/15: *Tele2 Sverige AB v Postoch telestyrelsen (C-203/15), Secretary of State for the Home Department v Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis (C-698/15)*, 21.12.2016 // OJ C 53, 20.2.2017. P. 11–12.

но доступных электронных услуг связи или общественных сетей связи⁶³, поскольку она в нарушение принципа пропорциональности ограничивала право на частную жизнь и право на защиту персональных данных. В соответствии с положениями Директивы государства-члены должны были обеспечить, чтобы поставщики телекоммуникационных услуг сохраняли данные о трафике и местонахождении их потребителей от шести месяцев до двух лет и предоставляли доступ к ним по запросу органов власти в целях расследования и выявления серьезных преступлений, а также преследования лиц за их совершение.

Интересно также дело *C-362/14 Max Schrems*, которое касалось принятого Комиссией решения на основании п. 6 ст. 25 Директивы 95/46, позволяющего передавать персональные данные в третью страну (в рассматриваемом случае — в США). Это было возможно, поскольку Комиссия посчитала, что в США имеет место адекватный уровень защиты, учитывая национальное право или международные договоры. Передача персональных данных ирландским филиалом компании «Фейсбук» серверам в США и приемлемость их защиты были оспорены в национальном суде Ирландии. Это было, в том числе, связано с обнародованием информации о слежении, проводимом разведывательными службами США в 2013 году. В итоге Суд ЕС признал соответствующее решение Комиссии недействительным.

В 2016 году Суд ЕС продолжил (в рамках преюдициальных запросов) направлять деятельность судей национальных судов по применению и толкованию Хартии. Так, при рассмотрении объединенных дел *C-203/15 Tele2 Sverige AB* и *C-698/15 Tom Watson* Суд изучал законодательные акты двух государств-членов ЕС, согласно которым данные всех подписчиков и зарегистрированных пользователей о трафике и местонахождении, касающиеся любых средств электронной связи, должны храниться на общих и недискриминационных началах. Суд пришел к выводу, что данные законы ограничивают основные права на частную жизнь и защиту персональных данных. Эти ограничения не были признаны объективно оправданными в силу их многочисленности, а также малого объема предусмотренных гарантий, даже когда их целью выступала борьба с серьезными преступлениями. Однако все же подобная цель может выступать основанием для хранения таких данных при условии, что оно будет ограничено рамками строго необходимого. То есть храниться могут только определенные категории данных, относительно указанных видов средств связи, данные конкретных лиц, а также в течении фиксированного срока.

⁶³ Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC // OJ L 105, 13.4.2006. P. 54–63.

Таким образом, Суд неоднократно напоминал институтам ЕС и государствам-членам об их обязанности соблюдать положения Хартии ЕС об основных правах, закрепляющие право на защиту персональных данных.

Также необходимо коснуться решения Суда ЕС, связанного с применением актов права ЕС, гарантирующих защиту персональных данных, к компании, место учреждения и место деятельности которой различны⁶⁴. В деле *C-230/14 Weltimmo* одноименная компания, зарегистрированная в Словакии, управляла веб-сайтом, ориентированным на совершение сделок с недвижимым имуществом на рынке Венгрии, была лицом, ответственным за обработку персональных данных рекламодателей. Она игнорировала запросы последних об уничтожении данных и была за это оштрафована венгерскими властями. *Weltimmo* считала, что не может быть оштрафована на основании права Венгрии, поскольку была учреждена в Словакии. Суд ЕС пришел к выводу, что понятие «учреждение» необходимо толковать в свете целей Директивы 95/46, касающейся защиты данных. Не имеет значения, в каком государстве-члене ЕС компания была учреждена, но важно, в каком государстве она осуществляет реальную и эффективную деятельность через постоянную организационную структуру⁶⁵. Суд ЕС постановил, что компания *Weltimmo* осуществляла такую деятельность на территории Венгрии и соответственно с нее правомерно взыскан штраф на основании права Венгрии.

Укрепление защиты персональных данных непосредственно влияет на эффективность реализации экономических свобод внутреннего рынка. Интересно проследить, каким будет это влияние, когда реформа правового регулирования защиты персональных данных войдет в активную фазу.



Библиография

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

Исполинов А.С. Поиск баланса между свободами внутреннего рынка и правами человека в судебной практике ЕС // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2012. № 6. С. 38–49.

Кашкин С.Ю., Жупанов А.В. Юридические лица в праве Европейского союза: организационно-правовые аспекты регулирования корпоративных отношений // *Lex russica*. 2013. № 7. С. 718–734.

⁶⁴ О свободе учреждения см.: ст. 49–55 ДФЕС; *Кашкин С.Ю., Жупанов А.В.* Юридические лица в праве Европейского союза: организационно-правовые аспекты регулирования корпоративных отношений // *Lex russica*. 2013. № 7; *Venyon F.* Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms. From Maastricht to Lisbon. Oxford, 2011.

⁶⁵ Таким образом, здесь не стоит вопрос о «национальности» компании, которая определяется на основании или критерия инкорпорации, или административного центра. В ЕС абсолютное большинство государств-членов придерживаются критерия административного центра и лишь Великобритания, Ирландия, Нидерланды и Дания — критерия инкорпорации, что создает препятствия для реализации свободы учреждения в рамках внутреннего рынка ЕС.

Мюллер-Графф П.-К. Лиссабонский договор в системе первичного права Европейского Союза / пер. с нем. Юмашева Ю.М. // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2008. № 1. С. 80–99.

Хартия Европейского Союза об основных правах: комментарии / под ред. С.Ю. Кашкина. М.: Юриспруденция, 2001. 208 с.

Юмашев Ю.М. Правовое регулирование европейского внутреннего рынка // Московский журнал международного права. 2013. Т. 91. № 3. С. 154–176.

Bennett C., Raab C. The Governance of Privacy: Policy Instruments in Global Perspective. London, 2003. 382 p.

Benyon F. Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms. From Maastricht to Lisbon. Oxford, 2010. 144 p.

Blume P. Transborder Data Flow: Is There a Solution in Sight? // 8 Int'l J L and Info Technology. 2000. P. 65–86.

Carey P. Data Protection: A Practical Guide to UK and EU Law. Oxford, 2004. 532 p.

Craig P., de Búrca G. EU Law. Text, Cases and Materials. Oxford, 2015. 1198 p.

Hordern V. The final GDPR text and what it will mean for health data / Chronicle of Data Protection, 20 January 2016. <https://www.hldataprotection.com/2016/01/articles/health-privacy-hipaa/the-final-gdpr-text-and-what-it-will-mean-for-health-data/> (дата обращения: 20.01.2018)

Kong L. Data Protection and Transborder Data Flow in the European and Global Context // The European Journal of International Law. 2010. No. 2. P. 441–456.

Mayer F. Europe and the Internet: The Old World and the new medium // The European Journal of International Law. 2000. Vol. 11. N 1. P. 149–169.

Wong R., Savirimuthu J. All or Nothing: This is the Question? The Application of Article 3(2) Data Protection Directive 95/46/EC to the Internet // Journal of Computer & Information Law. Issue 2. P. 241–266.

Aspects of Legal Regulation of Protecting Personal Data in the EU Internal Market



Elena Postnikova

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



Abstract

The paper features an aspect of combining economic freedoms of the European Union internal market and the protection of human rights shown on the example of protecting personal data the observance of which is especially topical. The internal market as a centre of European integration is a significant achievement of the European integration but its potential is not fully grasped. The legal regulation of the internal market should be harmonized with the modern conditions including technological progress, which impedes the respect of the rights to the protection of personal data and creates a barrier on the way to implement economic freedoms of the internal market. To identify the meaning of

respecting rights in protecting personal data, the author examines some documents of the European Commission, including the Strategy for the single market, annual reviews of growth, reports on applying the EU Charter. In particular, an instrument to raise the efficiency of the single internal market is the protection of personal data. The right to the protection of personal data is specified in the acts of primary and secondary European Union law. A special attention is given to the reform of the EU regulation in this regard, especially The General Data Protection Regulation 2016/679. The paper compares the applicable Data Protection Directive 95/46. The reform introduces a single legal regulation for the whole EU, which will enforce the right to the protection of personal data and save the entrepreneurs from excessive expenses. Besides, the paper draws attention to the EU Court practice. The latter reminds the EU institutes and member states about the obligation to observe the EU Charter related to the protection of personal data.



Keywords

European Union, EU law, internal market, human rights, human rights protection, personal data, right to the protection of personal data, personal data processing, European Commission, EU Court.

Citation: Postnikova E.V. (2018) Aspects of Legal Regulation of Protecting Personal Data in the EU Internal Market. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 234–254 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.234.254



References

Bennett C., Raab C. (2003) *The Governance of Privacy: Policy Instruments in Global Perspective*/ London: Routledge, 382 p.

Benyon F. (2010) *Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms*. From Maastricht to Lisbon. Oxford: Hart, 144 p.

Blume P. (2000) Transborder Data Flow: Is There a Solution in Sight? *International Journal of Law and Info Technology*, no 8, pp. 65–86.

Carey P. (2004) *Data Protection: A Practical Guide to UK and EU Law*. Oxford: University Press, 532 p.

Craig P., de Búrca G. *EU Law. Text, Cases and Materials*. Oxford, 2015. 1198 p.

Hordern V. (2016) *The final GDPR text and what it will mean for health data*. *Chronicle of Data Protection*, 20 January 2016. Available at: <https://www.hldataprotection.com/2016/01/articles/health-privacy-hipaa/the-final-gdpr-text-and-what-it-will-mean-for-health-data/> (accessed: 20.01.2018)

Ispolinov A.S. (2012) Poisk balansa mezhdru svobodami vnutrennego rynka i pravami cheloveka v sudebnoy praktike ES [In search of balance between the freedoms of internal market and human rights in EU court practice]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no 6, p. 38–49.

Kashkin S.Yu., Zhupanov A.V. (2013) Yuridicheskie litsa v prave Evropeyskogo soyuza: organizatsionno-pravovye aspekty regulirovaniya korporativnykh otnosheniy [Legal entities in EU law: organizational matters of regulating corporate relations]. *Lex russica*, no 7, p. 718–734.

Kashkin S.Yu. (ed.) (2001) *Khartiya Evropeyskogo Soyuzha ob osnovnykh pravakh: kommentarii* [Charter of Fundamental Rights of the European Union: Commentaries]. Moscow: Yurisprudentsiya. 208 p. (in Russian)

Kong L. (2010) Data Protection and Transborder Data Flow in the European and Global Context. *The European Journal of International Law*, no 2, p. 441–456.

Mayer F. C. (2000) Europe and the Internet: The Old World and the new medium. *The European Journal of International Law*, no 1, p. 149–169.

Müller-Graff P.-C. (2008) Lissabonskiy dogovor v sisteme pervichnogo prava Evropeyskogo Soyuzu [Lisbon Treaty in the System of Primary Law of the European Union]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, p. 80–99.

Yumashev Yu.M. (2013) Pravovoe regulirovanie evropeyskogo vnutrennego rynka [Legal regulation of European internal market]. *Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava*, vol. 91, no 3, p. 154–176 (in Russian)

Wong R., Savirimuthu J. (2008) All or Nothing: This is the Question? The Application of Article 3(2) Data Protection Directive 95/46/EC to the Internet. *Journal of Computer & Information Law*, vol. 25, issue 2, p. 241–266.

Zhuravlev M.S. (2016) Zashchita personal'nykh dannykh v telemeditsine [Human rights protection in telemedicine]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 72–84.

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой. «Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных:

Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

АВТОРАМ

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113

Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации УДК.

Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *В.С. Беззубцев*
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 13.03.2017. Формат 70×100/16

Усл. печ. л. 16,12. Тираж 600 экз.