

Право

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционная коллегия

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

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, 2019

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

1/2019



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Правовая мысль: история и современность

О.В. Романовская

Деконцентрация публичного управления:
право и административная реформа 4

Д.А. Липинский

Макроуровень института юридической ответственности 25

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

О.В. Гутников

Корпоративная ответственность участников коммерческих
корпораций: проблемы и перспективы развития 45

А.А. Ялбулганов

Учение о бюджете в доктрине российского финансового права 71

Е.В. Овчарова

Налоговый комплаенс в России: проблемы соотношения мер
административного принуждения и стимулирования 89

Е.С. Трезубов

Договорное регулирование отношений покрытия
в поручительстве 112

Ф.В. Цомартова

Проблемы соотношения систем государственной регистрации
лекарственных препаратов и их патентной охраны 133

М.О. Буянова

К вопросу о предмете спортивного права 158

А.А. Савичев

Понятие спортивного права в российской юридической
доктрине 176

Н.В. Бузова

Спортивные передачи: актуальные вопросы правовой охраны
и защиты прав на них 195

И.В. Панова, С.В. Сеницина

Административно-правовое регулирование правил рыболовства
и охраны рыбных запасов: анализ зарубежного
и российского законодательства 214

Право в современном мире

М.А. Рылова, Д.А. Швец

Свобода прокладки подводных кабелей и право на разработку
минеральных ресурсов: «на перекрестке равнозначных дорог» 232

Law

JOURNAL

OF THE HIGHER SCHOOL

OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics



ISSUED QUARTERLY

Editorial Board

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

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, Russian Federation)

Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitelsky Per.,
Moscow 109028, Russia

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

Legal Thought: History and Modernity

O.V. Romanovskaya

Deconcentration of Public Administration:
Law and Administrative Reform 4

D.A. Lipinsky

Macro Level of the Institution of Legal Responsibility 25

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

O.V. Gutnikov

Corporate Liability of Shareholders of Commercial Companies
in Russia: Issues and Prospects 45

A.A. Yalbulganov

Theory of Budget in the Russian Financial Law Doctrine 71

E.V. Ovcharova

Tax Compliance in Russia: Balance between Administrative
Enforcement and Stimulating Measures 89

E.S. Trezubov

The Contractual Regulating Coverage Relationships in Suretyship 112

F.V. Tsomartova

On Correlation of Drugs Registration and their Patent Protection 133

M.O. Buyanova

On the Subject Matter of Sports Law 158

A.A. Savichev

Concept of Sports Law in the Russian Legal Doctrine 176

N.V. Buzova

Sports Programs: Issues of Legal Protection and Protection
of its Rights 195

I.V. Panova, S.V. Sinitynina

Administrative and Legal Regulation of Fishery and Protecting Fish
Stocks: Analysis of Foreign and Russian Legislation 214

Law in the Modern World

M.A. Rylova, D.A. Shvets

Laying Submarine Cables and Development of Mineral Resources
of Seabed: "at Crossroads of Equivalent Roads" 232

Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

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

The objectives of the journal include:

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

The following key issues are addressed:

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

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

The journal is registered in **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

Деконцентрация публичного управления: право и административная реформа



О.В. Романовская

профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Пензенского государственного университета, доктор юридических наук. Адрес: 440026, Российская Федерация, Пенза, ул. Красная, 40. E-mail: pgu-gpd@yandex.ru



Аннотация

Развитие государственных институтов происходит под давлением многих факторов, среди которых — глобализация экономики, интернационализация права, информатизация общественной и личной жизни. Они заставляют государство заниматься поиском новых моделей публичного управления. Либертарианство, разработанное известными учеными-экономистами Ф. Хайеком, М. Фридманом, Р. Талером и другими, предлагает уйти от классического понимания роли государства и сосредоточиться на активном внедрении некоторых форм децентрации власти: дерегулировании, сорегулировании, саморегулировании, квази-регулировании. Административная реформа, проводимая в Российской Федерации, использует практически все названные формы. В статье показан опыт их применения в правотворческой и правоприменительной практике. Доказано, что многие выводы, сформулированные в зарубежной юридической науке о сорегулировании и саморегулировании, могли быть использованы в российском законодательстве. Выделены критерии, которым должен отвечать процесс децентрации государственной власти: предъявление требований к институциональной основе форм децентрации; субсидиарность на всех стадиях управленческого процесса, включающая свободу и ответственность обеих сторон; прозрачность системы, обеспечивающая общественный контроль; индикативность всех участников управленческого процесса: каждый должен понимать последствия той или иной формы децентрации власти; идеологическое сопровождение (обоснование децентрации и пропаганду ее достижений). Сделан вывод об отсутствии системности административной реформы в России. Ее основой служит Указ Президента России 2003 г., не нашедший развития в последующих базовых актах. Государство сделало попытку создания квазимиинистерства в виде государственной корпорации «Росатом», последовательно критикуя при этом форму, однако одновременно создавая публично-правовые и публичные компании. Государство экспериментирует со внедрением преференциальных административных режимов, используя индивидуальный подход при принятии законов о отдельных участниках управленческого процесса (медицинский кластер, порт «Владивосток» и др.). Каждый такой опыт не подтвержден продуманной концепцией реформы государственного управления, адаптированной к меняющейся экономической ситуации.



Ключевые слова

власть, государственное управление, деконцентрация, делегирование, саморегулирование, сорегулирование.

Благодарности: Публикация подготовлена в рамках поддержанного РФФИ (ОГОН) научного проекта N 16-03-50051.

Для цитирования: Романовская О.В. Деконцентрация публичного управления: право и административная реформа // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 1. С. 4–24.

УДК: 342.92

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.4.24

Введение

В XXI веке происходит переоценка многих ценностей. Открытость границ, информационное пространство, интернационализация права и экономики, развитие биотехнологий — эти и многие другие факторы активно влияют на современное видение роли государства в регулировании общественных отношений. Особенно это касается правовых форм воздействия на экономическое развитие.

В историческом процессе можно наблюдать формирование идеологии, влекущей за собой реформы. Некоторые из них сопровождались революционными изменениями и сменой политико-правовой формации. Ярким примером служит крылатая фраза Ж.–К. Гурне: «Laissez-faire» (франц. «позвольте делать»), ставшей символом концепции государства — «ночного сторожа», имеющей сторонников до настоящего времени. Напомним, знаменитое высказывание было произнесено в XVIII веке во Франции, и именно данный (не единственный, но важный) посыл послужил такому знаково-му событию, как Великая французская революция.

Российская государственность пережила 70-летнюю историю тотального давления публичных институтов на экономику. Базовый марксистско-ленинский постулат об отсутствии частного в области хозяйствования определял всю модель правового регулирования экономических отношений. Отказ от марксистского учения, переход к демократическим основам государственного управления, закрепление на конституционном уровне права частной собственности и свободы предпринимательства обусловили поиск новых моделей администрирования. Данные факторы наложились на мировые процессы, указанные выше. Таким образом, экономическая реформа обусловила проведение административной, старт которой был дан в 2003 году

с принятием Указа Президента России от 23.07.2003 № 824 «О мерах по проведению административной реформы в 2003–2004 гг.»¹.

В Указе задачи административной реформы были сформулированы в сжатом виде, в нем предусматривались общие цели: ограничение вмешательства государства в экономическую деятельность субъектов предпринимательства, прекращение избыточного государственного регулирования, развитие системы саморегулируемых организаций в области экономики. Впоследствии Правительство России Распоряжением от 25.10.2005 № 1789-р² одобрило Концепцию административной реформы в 2006–2010 гг., сохранившую обозначенный вектор совершенствования государственной деятельности. Несмотря на временные ограничения названных нормативных актов, их актуальность не утрачивается, о чем свидетельствует деятельность правительственной Комиссии административной реформы, статус которой определен Постановлением Правительства России от 31.07.2003 № 451³. К сожалению, основной перечень нормативных актов, определяющих сущность административной реформы, приведенными документами и ограничивается. Однако в их развитие государство пытается опробовать новые формы государственного управления и регулирования, иницируя законодательные решения. При отсутствии концепции, разработанной с участием ведущих ученых, многие законодательные акты напоминают правовой эксперимент.

1. Либертарианское учение о деконцентрации власти

Надежную доктринальную основу всей государствоведческой деятельности мы видим в странах Западной Европы. Современная модель государственного регулирования экономических отношений во многом опирается на либертарианское учение, которое разработано именитыми учеными, три из которых являются лауреатами Нобелевской премии. Это — Ф. Хайек (доктор юридических наук, 1974); М. Фридман — создатель теории монетаризма (1976); Р. Талер, исследователь «поведенческой экономики» (2017). Выводы основных работ теоретиков современного либертарианства имеют двоякую направленность. С одной стороны, их вектор воздействия — принятие мер экономического характера, с другой, они имеют политико-правовое значение, поскольку предлагают реформы законодательного обеспечения развития экономики.

Относительно второго направления следует сделать несколько замечаний. Государство либертарианцами не рассматривается как Абсолют. Более

¹ СЗ РФ. 2003. № 30. Ст. 3046.

² СЗ РФ. 2005. № 46. Ст. 4720.

³ СЗ РФ. 2003. № 31. Ст. 3150.

того, оно не видит в нем единственный субъект управления. В работах приверженцев данного течения показаны общие недостатки административного давления на предпринимательскую инициативность граждан и малых коллективов. В этом аспекте показательны работы Э. де Ясаи и М. ван Кревельда. Первый опубликовал монографию «Государство» [De Jassy A., 1998: 238 p.], второй — с пафосным наименованием «Расцвет и упадок государства» [van Creveld M., 1999: 436 p.]. В каждой из указанных книг подробно обосновывается вывод, что государство — распространенная форма общежития, но является ли она лучшей? — риторический вопрос. Как пишет Э. де Ясаи: «Цивилизованные личности долгое время являлись подданными государств, так что у нас нет возможности наблюдать, как они кооперировались бы в естественном состоянии». Автор внимательно разбирает доводы сторонников этатизма, включая аргумент о необходимости изобретения государства, даже если бы его не было. В каждом из них выделены слабые места, чтобы показать даже неподготовленному читателю, что многие тезисы принимаются на веру, являются самообманом, поскольку мы привыкли к государству и не можем даже допустить иную ситуацию — жить в социуме, но без государства. Главный элемент теории де Ясаи заключается в том, что публичных интересов, которые реализует государство, нет. Оно, «даже самое альтруистическое», не может «преследовать иные цели, нежели собственные». В подобной логике выстроен и труд М. ван Кревельда, у которого государство — самостоятельный субъект, обособленный от суверена, общества, граждан: «Возникнув как инструмент, позволивший монархам стать абсолютными властителями, государство зажило своей жизнью. Как апокалиптический монстр, оно нависло над обществом, а затем подвергло общество процессу уравнивания, ранее невиданному в истории человечества». Цепь умозаключения позволила сформулировать базовый принцип либертарианцев: идеальное государство — то, в котором государства меньше всего.

В работах Ф. Хайека [Хайек Ф., 2006: 644 с.] также подробно разбираются «мифы государственного устройства». Доказано, что многие принципы, которыми пользуется конституционное право, не отвечают закладываемому в них идеалам. Так, теория разделения властей в условиях диктата правительства нивелируется, а парламент превращается в машину штамповки решений, принятых в недрах исполнительной власти. Ф. Хайек именует законодательный орган придатком «правительственной машины». Депутаты превращены в агентов лоббистских групп. Принцип личной свободы искажен «властью большинства». Отдельно достается от Ф. Хайека средствам массовой информации, пренебрежительно именуемым им «кликкой медиа».

М. Ротбард, автор Либертарианского манифеста, суровее: «Да и что такое государство, если не организованный бандитизм? Что такое налогообложение, если не воровство в гигантском масштабе? Что такое война, если не

массовая резня, подобную которой не могут устроить никакие частные полицейские формирования? Что такое воинский призыв, если не массовое рабство?» [Ротбард М., 2009: 398 с.]. Ротбард предлагал разрушить монополию государства, погрузив его в конкурентную среду. Настройка потребительских отношений, в которых клиент всегда прав, должна произойти и в отношении реализации публичных функций органами государственной власти.

2. Теория сервисного государства

Нетрудно увидеть, что экономисты выходят за рамки отраслевых исследований, предлагая концепцию общественного устройства. Сторонники идей Ротбарда развили теорию сервисного государства. Российские приверженцы этой теории предлагают свое видение административной реформы. В.А. Пономаренко считает гражданское судопроизводство разновидностью государственной услуги [Пономаренко В.А., 2016: 49–61]. В.Н. Зайковский предлагает распространить на деятельность государственных и муниципальных органов по реализации соответствующих услуг стандарты ООН по защите прав потребителей [Зайковский В.Н., 2014: 35–45]. С.Э. Мартынова указывает, что сервисный подход переформатирует и личность, в новом обществе значение будет иметь только текущий момент; каждое поколение начинает жизнь по принципу *tabula rasa* [Мартынова С.Э., 2013: 165–173]. В.В. Хмелев предлагает новый тип человека — *Homo Servitus* (человека добродетельного), свободного от религии, национальной истории, культуры. При таком вакууме обосновывается новая квазирелигиозная система — «сервисная культура», единственно способная спасти социум от самоистребления [Хмелев В.В., 2009: 159 с.].

Идеология либертарианства претендует не только на улучшение сервисных отношений государства и личности, но и пытается создать модель нового общественного устройства. По-видимому, необходимо понимать и такое видение, чтобы административная реформа (которая, безусловно, необходима России) не вышла за пределы первичного замысла — повышения эффективности аппарата публичного управления.

Отчасти идеи сервисного государства реализованы в Законе от 27.07.2010 №210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг»⁴. Начиная с 2004 года, а именно с принятия Указа Президента России от 09.03.2004 № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» термин «государственная услуга» прочно вошел в лексикон. Эти документы привели к отказу (или к серьезной корректировке) от признанной терминологии, характерной для советской науки адми-

⁴ СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4179.

нистративного права. В частности, основные направления деятельности органов государства характеризовались сквозь призму категории «функция». В дальнейшем выделялись целые блоки функциональных особенностей публичных институтов. В настоящее время появился симбиоз — «функция оказания государственной услуги», который охватывает различные аспекты деятельности, что оценивается как не самый положительный шаг в развитии отечественной административной науки. Подобную критику можно было неоднократно найти в работах И.Л. Бачило. Перенесение гражданско-правовой терминологии на уровень органов государственной власти не приветствуют и конституционалисты. В.И. Крусс отмечает: «Прямая экстраполяция цивилистического (частноправового) понятия услуги на публично-властную практику заведомо некорректна» [Крусс В.И., 2014: 59–70]. Более того, трактовка медицинской помощи в рамках обязательного медицинского страхования, получения образования за счет бюджетных средств через категорию «услуга» (а если придерживаться данной терминологии, то указанные виды деятельности следует рассматривать как государственные услуги) крайне отрицательно оценивается профессиональными сообществами. Как указывает Н.В. Путило, происходит стирание граней между различными видами публичной деятельности и смежными частноправовыми действиями, и тогда не может идти речи о чистоте юридического языка нормативно-правовых актов [Путило Н.В., 2017: 81–92].

Последователи либертарианского учения развили многие самостоятельные направления, активно внедряющиеся в современную практику. Так, Р. Корньюэлл и Т. Левит [Cornuelle R., 1993: 199 p.; Levitt T., 1973: 182 p.] развивают теорию третьего сектора экономики, выразившуюся в появлении самостоятельного субъекта правоотношений — некоммерческой организации, выполняющей различные социальные функции и не преследующей цели извлечения прибыли. В России правовой статус некоммерческих организаций определяется Гражданским кодексом и Законом от 12.01.1996 №7-ФЗ «О некоммерческих организациях»⁵. Активное развитие третьего сектора приводит к тому, что он все более претендует на выполнение задач, которые долгое время были присущи государству. Некоммерческие организации выполняют и управленческие функции, самоорганизуя граждан, выступая нередко параллельно государственным структурам. Можно услышать, что именно третий сектор работает за государство, выполняя при этом публичные функции гораздо эффективнее. Государство также заинтересовано в развитии третьего сектора. Благодаря ему можно значительно экономить государственные финансовые средства, а в случае отказа от выполнения функции и передачи ее третьему сектору происходит сокращение государственного аппарата.

⁵ СЗ РФ. 1996. N 3. Ст. 145.

3. Модели децентрализации государственной власти

В правовую действительность входят такие модели децентрализации государственной власти (которая отстает от либертарианцев), как дерегулирование, сорегулирование, саморегулирование, квази-регулирование. Каждая из названных моделей находит подтверждение и в российском праве. Так, дерегулирование ассоциируется в большой мере с отказом государства от выполнения управленческих функций в той или иной сфере экономики. Оно считается проявлением либерализма и связывается с отказом от избыточных функций. С последней оценочной категорией в России сложилась запутанная ситуация. В период активного внедрения электронных технологий в управленческую деятельность (2008–2012 гг.) было выявлено более тысячи «избыточных» функций государственных органов. Подобный лозунг подвергся справедливой критике, поскольку он не опирался на системные исследования. Но он, по-видимому, имел иную цель — стимулировать реформу бюрократического аппарата. Сейчас такие цифры уже не фигурируют. В 2016 г. на Сочинском инновационном форуме федеральный министр М. Абызов констатировал наличие 57 «избыточных» функций, о которых должны быть приняты «конкретные решения».

3.1. Деререгулирование и сорегулирование

Дерегулирование упоминается и в программных документах Правительства России, но в различных смыслах: как форма демополизации (Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года, утвержденная Распоряжением Правительства России от 17.11.2008 № 1662-р⁶), как форма повышения конкурентоспособности сектора экономики без каких-либо уточнений (Стратегия развития железнодорожного транспорта в Российской Федерации до 2030 года, утверждена Распоряжением Правительства России от 17.06. 2008 № 877-р)⁷.

Сорегулирование — перспективное направление административной реформы, оно позволяет активизировать институты гражданского общества, включить их в публичную управленческую деятельность. Сорегулирование может выступать в процессе как нормотворчества, так и в управленческой деятельности. Его современное понимание кардинально отличается от советской модели, когда официальные правовые акты принимались совместно органом государства и КПСС (или профсоюзами — ВЦСПС). В советский период происходила легитимация решений политической партии (или ими-

⁶ СЗ РФ. 2008. N 47. Ст. 5489.

⁷ СЗ РФ. 2008. N 29 (ч. II). Ст. 3537.

тация воли профсоюзного органа) для придания им обязательной силы. Подобная негативная практика оказывает влияние на современный уровень сорегулирования. Присутствует непонимание, когда сорегулирование распространяют на иные формы участия институтов гражданского общества в публичной деятельности государства. Например, при органах государственной власти создаются различные общественные советы, на которые выносятся вопросы, связанные с последующим принятием правовых актов. Действуют общественные палаты (их статус регулируется Законом от 04.04.2005 № 32-ФЗ «Об Общественной палате Российской Федерации»⁸), также обсуждающие правовые акты различного уровня. Однако сорегулирование предполагает обязательность и активность участия негосударственного сектора.

Некоторое время примером сорегулирования в нормотворческой деятельности являлось обязательное участие Российской академии наук (РАН) в принятии некоторых отраслевых правовых актов. Пожалуй, единственным примером такого совместного правотворчества, обусловленного нормой закона, можно считать реализацию отдельных полномочий Минздрава России в сфере регулирования трансплантологии. Статьи 2 и 4 Закона Российской Федерации от 22.12.1992 № 4180-1 «О трансплантации органов и (или) тканей человека»⁹ предусматривают утверждение перечня объектов трансплантации, а также перечень организаций, участвующих в трансплантации, Минздравом России совместно с РАН. Некоторое время Минздрав утверждал отдельные акты с Российской академией медицинских наук, но подобный опыт не нашел продолжения. Примером может служить один из немногих еще действующих актов: Приказ Минздравсоцразвития № 259, РАМН № 19 от 06.04.2005 «Об организации оказания дорогостоящей (высокотехнологичной) медицинской помощи за счет средств федерального бюджета в федеральных специализированных медицинских учреждениях, подведомственных Федеральному агентству по здравоохранению и социальному развитию, Федеральному медико-биологическому агентству и Российской академии медицинских наук».

РАН в соответствии с Законом от 27.09.2013 № 253-ФЗ «О Российской академии наук, реорганизации государственных академий наук и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹⁰ является федеральным государственным бюджетным учреждением. Полное «огосударствление» Академии вывело указанные примеры сорегулирования из разряда участия негосударственных организаций в публичной деятельности государства. Сейчас единственной законодательно установленной фор-

⁸ СЗ РФ. 2005. N 15. Ст. 1277.

⁹ Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. N 2. Ст. 62.

¹⁰ СЗ РФ. 2013. N 39. Ст. 4883.

мой участия негосударственной организации в принятии общеобязательных нормативных актов выступает необходимость сорегулирования в сфере нотариата. Основы законодательства о нотариате указывают на совместное принятие Минюстом и некоммерческой Федеральной нотариальной палатой ряда нормативных актов, обязательных как для государственных, так и для частнопрактикующих нотариусов.

На этом опыт сорегулирования в нашей правотворческой практике исчерпывается. Даже если государство озаботится такой формой содействия с третьим сектором, то необходимо будет вносить изменения в базовые документы, определяющие порядок принятия и опубликования общеобязательных нормативных актов. Необходимо будет урегулировать много процедурных вопросов: от порядка согласования и подписания до официального опубликования. Так, Правила подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации, утвержденные Постановлением Правительства России от 13.08.1997 № 1009 (действующие по настоящее время) не учитывают возможную ситуацию. Совместное нормотворчество в Правилах упоминается только один раз (п. 3) и только между несколькими федеральными органами исполнительной власти.

Несмотря на отсутствие значительного опыта по сорегулированию в нормотворческой сфере, подобная модель используется в текущей публичной управленческой деятельности. При этом варианты организационного построения весьма разнообразны. Так, ст. 33 Закона от 26.03.2003 № 35-ФЗ «Об электроэнергетике»¹¹ предусматривается создание Наблюдательного совета Совета рынка. Название органа неудачно. «Совет Совета» — тавтология. Не вдаваясь в подробности регулирования электроэнергетики, укажем, что Наблюдательный совет создается на паритетных началах, куда входят представители Правительства России (восемь членов) и основных коммерческих компаний отрасли.

Закон «Об электроэнергетике» предусматривает гарантии соблюдения интересов государства, давая уполномоченному органу (которым является Минэнерго России) право вето в отношении решений Наблюдательного совета, право включения любых вопросов в повестку дня и др. Для реализации указанных функций Приказом Минэнерго от 18.07.2014 № 441 утвержден Административный регламент исполнения Министерством государственной функции контроля над деятельностью Совета¹². Есть и иная модель сорегулирования — создание управленческой структуры со смешанным составом при органе государственной власти. Таков Совет аудиторской деятельности при Минфине. Но уже здесь можно увидеть отсутствие общей

¹¹ СЗ РФ. 2003. N 13. Ст. 1177.

¹² Российская газета. 2014. 24 дек.

концепции. Создание Совета предусматривается ст. 16 Закона от 30.12.2008 № 307-ФЗ «Об аудиторской деятельности»¹³ — «В целях обеспечения общественных интересов...». Таким образом, сорегулирование рассматривается в более широком аспекте — любого соучастия бизнеса в официальной деятельности государства.

Подобная трактовка поддерживается и в юридической науке. А.В. Белицкая к сорегулированию относит также долгосрочные публичные договоры о сотрудничестве, участие в целевых комплексных программах, выполнение заказов для государственных и муниципальных нужд, государственно-частное партнерство и даже различные формы государственной поддержки малого и среднего бизнеса [Белицкая А.В., 2009: 6–11]. А.Ф. Алгазина считает, что даже назначение публичного служащего (в частности, Уполномоченного при Президенте по защите прав предпринимателей и уполномоченных по защите прав предпринимателей в субъектах федерации) является формой сорегулирования [Алгазина А.Ф., 2016: 78–81]. Подобное видение не отражает особенностей сорегулирования, растворяя его в различных формах взаимодействия бизнеса и государства (а они весьма разнообразны).

Вряд ли как сорегулирование следует рассматривать вовлечение бизнеса в решение публичных задач. Е.А. Войниканис выделяет негосударственные организации, выполняющие публичные функции с соответствующим возложением на них законом ответственности [Войниканис Е.А., 2013: 552 с.]. Однако примеров автор не приводит, что не позволяет оценить подобную концепцию. Справедливости ради следует отметить, что такое же видение присутствует и в некоторых зарубежных работах. При этом сорегулирование выступает как один из элементов системы взаимодействия саморегуляции и государственного регулирования [van Gestel R., 2005: 1–25]. Государство рамочными законодательными актами определяет формы своего воздействия на тот или иной сектор экономики, устанавливает «страховочный» механизм — основания «включения» государственного контроля при сбое в системе саморегуляции. Происходит сертификация уполномоченных организаций, способных внедрять профессиональные стандарты, которые могут между собой конкурировать (что невозможно представить в системе государственной власти). Субъекты предпринимательской деятельности участвуют в регулировании общественных отношений, заключая коммерческие соглашения с уполномоченными организациями. Государственный орган как раз призван, чтобы в рамках таких коммерческих отношений реализовывался прежде всего государственный интерес.

В зарубежной литературе в качестве примера приводится создание системы экологического аудита. Предусматривается важное условие: организации, желающие уйти от тотального государственного контроля, должны до-

¹³ СЗ РФ. 2009. № 1. Ст. 15.

казать, что могут самостоятельно осуществлять регулярный аудит, выявлять внутренние нарушения, их устранять и привлекать виновных к ответственности [Gaines S., Kimber C., 2001: 157–184].

Д.А. Петров трактует сорегулирование как разновидность государственного регулирующего воздействия [Петров Д.А., 2016: 433 с.]. Автор приводит положительный опыт Евросоюза — принятие холдинговых и консорциумных кодексов поведения бизнеса под патронажем консультативных органов, создаваемых при органах власти¹⁴. Добровольное принятие бизнес-сообществом обязательств активно пропагандируется в зарубежной науке. Подобная практика внедряется и в России — Комитет автопроизводителей Ассоциации европейского бизнеса разработал Кодекс поведения автопроизводителей и автодистрибьюторов на рынках продаж новых автомобилей и запасных частей, согласованный с Федеральной антимонопольной службой России.

3.2. Квази-регулирование

Д.А. Петров предлагает также специальный термин — квази-регулирование, которым именуется «государственное регулирование общественных отношений не через органы власти, а посредством делегирования частным лицам публичных полномочий, позволяющих осуществлять регулирующее воздействие с одновременным оставлением бóльшей степени самостоятельности, но при условии государственного контроля за их действиями». М.А. Егорова развивает данную форму, указывая, что институциональным проявлением является создание квазимиистерств [Егорова М.А., 2017: 180 с.]. М.П. Петров пишет о квазигосударственном регулировании, под которым понимает особый род публичной деятельности территориальных органов со специальным статусом, приводя в качестве примера инновационный центр «Сколково» и международный медицинский кластер [Петров М.П., 2016: 54–62]. Обратим внимание, что каждый орган регулируется специальным законом — Законом от 28.09.2010 № 244-ФЗ «Об инновационном центре «Сколково»»¹⁵ и Законом от 29.06.2015 №160-ФЗ «О международном медицинском кластере и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹⁶. А.В. Чирков называет такую форму спорной [Чирков А.В., 2017: 50–56]. А.А. Мохов настаивает на перспективности кластерного подхода, в рамках которого система координации различных

¹⁴ Working Document 02/2012 setting up a table with the elements and principles to be found in Processor Binding Corporate Rules. Available at: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp195_en.pdf (дата обращения: 12.12.2018)

¹⁵ СЗ РФ. 2010. N 40. Ст. 4970.

¹⁶ СЗ РФ. 2015. N 27. Ст. 3951.

участников инновационной деятельности «возможна лишь на основе сочетания саморегулирования с государственным регулированием, осуществляемыми в правовой форме» [Мохов А.А., 2017: 41–46].

Но Сколково и медицинский кластер — единичные примеры, которые зачастую не согласуются с общими понятиями о формах и методах государственного регулирования. Не утихают споры о необходимости особого статуса Сколково в силу того, что был (и есть) специальный правовой режим наукограда (Закон от 7.04.1999 №70-ФЗ «О статусе наукограда в Российской Федерации»)¹⁷.

Ст. 3 Закона от 31.12.2014 № 488-ФЗ «О промышленной политике в Российской Федерации»¹⁸ вводит понятие промышленного кластера, которое лишь отчасти может быть отнесено к определению медицинского кластера. В российской юридической науке уже отмечается, что ни то, ни другое определение не охватывает понятие фармацевтического кластера, создание которых активно происходит в зарубежных странах (это связано в первую очередь с развитием биомедицинских технологий). В субъектах Российской Федерации создается собственная правовая база, в рамках которой определяется статус медицинских и фармацевтических промышленных кластеров¹⁹. В практике принятия документов Правительства России используется термин «туристический кластер»²⁰, под которым вероятно понимается туристско-рекреационная особая экономическая зона, статус которой определяется Законом от 22.07.2005 № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации»²¹. Но даже в этом случае нет единства. Так, Постановление Правительства от 2.08. 2011 №644 «О федеральной целевой программе «Развитие внутреннего и въездного туризма в Российской Федерации (2011–2018 годы)»»²² указывает на создание туристско-рекреационных кластеров. Единство терминологии всегда считалось необходимым качеством

¹⁷ СЗ РФ. 1999. N 15. Ст. 1750.

¹⁸ СЗ РФ. 2015. N 1 (часть I). Ст. 41.

¹⁹ Постановление Правительства Ленинградской области от 16.12. 2016 N 491 «Об утверждении порядка субсидий из областного бюджета Ленинградской области организациям — участникам пилотного инновационного территориального кластера медицинской, фармацевтической промышленности и радиационных технологий на территории Ленинградской области в целях возмещения части затрат на организацию профессиональной переподготовки, повышения квалификации и проведения стажировок работников в рамках подпрограммы «Развитие объединенного пилотного инновационного территориального кластера медицинской, фармацевтической промышленности, радиационных технологий на территории Ленинградской области» государственной программы «Стимулирование экономической активности Ленинградской области»

²⁰ См. напр.: Постановление Правительства России от 14.10. 2010 N 833 «О создании туристического кластера в Северо-Кавказском федеральном округе» // СЗ РФ. 2010. N 42. Ст. 5401.

²¹ СЗ РФ. 2005. N 30 (ч. II). Ст. 3127.

²² СЗ РФ. 2011. N 34. Ст. 4966.

юридической техники, сейчас же использование понятия в тексте только отдельно взятого документа – практика, которая свидетельствует лишь о погоне за «модными словечками». Обращение к необходимой административной реформе иностранной терминологией, применяемой без стыковки со сложившимися институтами и без специальной содержательной нагрузки, создает лишь видимость выполнения новых требований к качеству государственного управления.

Вернемся к статусу квазимиистерств, классическим примером (по мнению указанных выше ученых) создания которых является функционирование государственных корпораций. Пиком создания подобного вида юридических лиц следует считать 2007 год, когда за непродолжительный период времени законами был оформлен правовой статус шести государственных корпораций. Отметим сразу, что все они были встречены юридическим сообществом без энтузиазма. Научная общественность была поставлена перед свершившимся фактом. После смены Президента России отношение к государственным корпорациям резко изменилось: в Послании Д.А. Медведева Федеральному Собранию 12.11. 2009 они были названы бесперспективными. Однако слова разошлись с делом, процесс преобразования (а в некоторых случаях — ликвидации, если говорить о ГК «Олимпстрой») пошел уже при В.В. Путине. Но «Росатом» продолжает существовать, его статус определен Законом от 1.12.2007 № 317-ФЗ «О Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом»»²³. Более того, статус данной корпорации наиболее сопоставим с термином «квазимиистерство». В ст. 2 указанного Закона «Росатом» определяется как «орган управления» (а не организация частного права), с «полномочиями от имени Российской Федерации осуществлять государственное управление использованием атомной энергии...». Ст. 4, закрепляющая цели деятельности «Росатома», подтверждает его особый статус, характеризуя их следующим образом: 1) проведение государственной политики, 2) осуществление нормативно-правового регулирования, 3) оказание государственных услуг, 4) управление государственным имуществом в соответствующей области.

При всей критике государственных корпораций государство не отказывается от данной формы публичного управления. Так, действует Закон от 13.07.2015 № 215-ФЗ «О Государственной корпорации по космической деятельности «Роскосмос»»²⁴. В то же время принят Закон от 3.07.2016 № 236-ФЗ «О публично-правовых компаниях в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», который вводит понятие публично-правовой компании (при том, что Законом от 17.07.2009 № 145-ФЗ введено понятие государственной компании).

²³ СЗ РФ. 2007. N 49. Ст. 6078.

²⁴ СЗ РФ. 2015. N 29 (часть I). Ст. 4341.

Уже в его развитие принимается Закон от 29.07.2017 № 218-ФЗ «О публично-правовой компании по защите прав граждан-участников долевого строительства при несостоятельности (банкротстве) застройщиков и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»²⁵.

Обращаясь к зарубежному опыту, следует отметить деятельность Австралийской комиссии по реформе права, подготовившей дайджест²⁶, посвященный масс-медиа, в котором выделено (с примерами) единое понимание схожих терминов:

саморегулирование характеризуется принятием собственных правил и кодексов поведения при полной ответственности за их соблюдение (Австралийская ассоциация национальных рекламодателей приняла Кодекс этики, и в ее структуре создан Совет, рассматривающий жалобы на несоблюдение стандартов рекламы);

квази-регулирование предполагает правительственное влияние на политику организаций при отсутствии явного государственного регулирования (Соглашение интернет-провайдеров Telstra, Optus и Primus о добровольной фильтрации URL-адресов, содержащих данные о жестоком обращении с детьми, систематизированных Австралийским управлением связи и СМИ);

сорегулирование трактуется как принятие субъектами частного права своих кодексов поведения, когда такое принятие обусловлено законодательным санкционированием.

Европейский опыт также показывает, что сорегулирование, саморегулирование и квази-регулирование — перспективные направления повышения социальной ответственности бизнеса, открытости всех участников общественных отношений, внедрения активных средств влияния на государственную политику. При этом ведется серьезная систематизация положительного опыта, внедрение единых понятных правил, мониторинг нормативных актов. В каждом случае подчеркивается, что та или иная новация имеет пределы, а государство никогда не оставит общественно значимые сферы вне контроля. Особое внимание уделяется ответственности за ненадлежащее исполнение взятых на себя обязательств о внедрении новых управленческих практик²⁷.

В США и Канаде сорегулирование также определяется как возможность гибкого регулирования постоянно меняющихся отношений, что повышает степень взаимного доверия (а также общей культуры взаимодействия) государства и бизнес-структур. Преимущества каждого вида регулирования

²⁵ СЗ РФ. 2017. N 31 (Часть I).Ст. 4767.

²⁶ Codes and Co-regulation. 2011. Available at: https://www.alrc.gov.au/sites/default/files/pdfs/publications/11_codes_and_co-regulation.pdf (дата обращения: 12.12.2018)

²⁷ European Self- and Co-regulation. 2012. Available at: https://www.eesc.europa.eu/resources/docs/auto_coregulation_en--2.pdf (дата обращения: 12.12.2018)

(государственного и саморегулирования) объединяются для повышения эффективности самого государства [Martinez M. et al. 2007: 299–314].

3.3. Критерии децентрации власти

Зарубежная наука выработала критерии, которым должны отвечать саморегулирование и саморегулирование и которые должны быть восприняты и российской юриспруденцией. К таковым следует отнести:

Предъявление требований к институциональной основе форм децентрации. Вначале создаются субъекты, способные на профессиональном уровне сотрудничать (не подчиняться слепо, но и не противостоять) с органами государственной власти.

Субсидиарность на всех стадиях управленческого процесса, включающая свободу и ответственность обеих сторон.

Транспарентность системы, обеспечивающий долгосрочный общественный контроль. Саморегулирование и саморегулирование не должны превращаться в создание «карманных» структур.

Индикативность всех участников управленческого процесса, когда каждый должен четко представлять ожидания от той или иной формы децентрации власти.

Идеологическое сопровождение, предполагающее как обоснование начала процесса децентрации, так и пропаганду лучших практик.

Приведенные российские законодательские шаги свидетельствуют об отсутствии единого понимания в создании институциональной основы государственного регулирования экономических отношений. Порождение различных конструкций — следствие такой разобщенности и последовательного нежелания обращаться за профессиональной поддержкой к юридической науке. Ученые-юристы практически всегда получали для обсуждения итоговый вариант. В результате — неопределенность субъекта (если указывать на государственные корпорации, публично-правовые компании и др.) с размытыми и неточными характеристиками, нередко подрывающими каноны конституционного, гражданского, административного права. Желание создать «преференциальные административно-правовые режимы» [Ноздрачев А.Ф., 2017: 98–111] объяснимо. Государство заинтересовано в поиске современной модели гибкого управления отдельных отраслей экономики. Бюрократический же аппарат и стандартизация процедур в условиях быстро меняющихся обстоятельств (как внешних, так и внутренних) не позволяют адекватно и быстро переформатировать процесс управления. Но каждое действие государства больше напоминает сиюминутное решение, обусловленное субъективными предпочтениями его автора. Тиражируют-

ся законы, посвященные регулированию отдельных субъектов с «особым» статусом. Так, приняты упомянутый Закон о Сколково, Закон от 4.11.2014 № 326-ФЗ «О Национальном исследовательском центре «Институт имени Н.Е. Жуковского»»²⁸, Закон от 13.07.2015 № 212-ФЗ «О свободном порте Владивосток»²⁹ и др. Н.А. Власенко предлагает термин для появившегося явления — фрагментация права, где главная опасность — это создание «местечковых» регуляторов [Власенко Н.А., 2015: 11–17]. Метания от государственной корпорации к публично-правовой компании (а еще можно напомнить эйфорию от введения автономного учреждения, а потом плавный увод этой формы в перечень обыденных организаций), принятие законов, имеющих черты индивидуально-правового регулирования — все это свидетельства отсутствия единой концепции правового обеспечения экономического развития нашего государства.

3.4. Саморегулирование

Следует констатировать аналогичную путаницу в правовой политике в отношении саморегулируемых организаций, правовой статус которых определяется Законом от 1.12.2007 №315-ФЗ «О саморегулируемых организациях»³⁰. Долгое время законопроект «пылился» в Государственной Думе (в первом чтении был принят в 2003 г.), и по непонятным причинам был экстренно реанимирован и обрел силу закона (позиция Правового управления Госдумы также резко изменилась за четыре года — с негативной оценки до нейтрального заключения). В настоящее время действует Концепция совершенствования механизмов саморегулирования, утвержденная Распоряжением Правительства России от 30.12.2015 № 2776-р. Согласно Концепции государство нацелено на развитие институтов саморегулирования, где одно из центральных мест занимает правовая унификация моделей саморегулирования.

Анализ нормативных актов в области саморегулирования показывает, что один и тот же термин охватывает различные модели. Так, присутствуют («уживаются») саморегулируемые организации (СРО) как с добровольным, так и обязательным членством. При этом трудно понять, почему в одной отрасли создана одна модель, а в иной — другая. Кроме того, практика показывает, что профессиональное сообщество обязательное саморегулирование принимает в штыки. Достаточно вспомнить «принудиловку» в отношении арбитражных управляющих (было инициировано даже обращение в Консти-

²⁸ СЗ РФ. 2014. N 45. Ст. 6136.

²⁹ СЗ РФ. 2015. N 29 (часть I). Ст. 4338.

³⁰ СЗ РФ. 2007. N 49. Ст. 6076.

туционный Суд России о признании обязательного членства не соответствующим Конституции, которое Судом поддержано не было³¹), в отношении аудиторов [Булгакова Л.И., 2005: 256 с.; Романихин А.В., 2004: 32–36], оценщиков и др. Был даже введен насмешливый термин: «СРОизация» отрасли.

И сейчас видны противоположные тенденции. С одной стороны, государство делает определенную ставку на саморегулирование. Упомянутая Концепция 2015 года — одно из подтверждений. Действует Закон от 13.07. 2015 № 223-ФЗ «О саморегулируемых организациях в сфере финансового рынка»³², улучшается качество иных нормативных актов, детализирующих статус СРО. С другой стороны, есть оппозиция, чьи действия строятся на дискредитации саморегулирования. Так, на протяжении нескольких лет дискутируется целесообразность возвращения к лицензированию в строительной сфере, которая все больше актуализируется скандалами в данной отрасли (в частности, уголовным делом сотрудников Национального объединения строителей³³). Косвенным подтверждением изменения общего отношения государства к СРО многие называют отсутствие ежегодного доклада о развитии саморегулирования, который должно готовить Минэкономразвития России.

Кроме того, российская юридическая наука выработала общую позицию о необходимости отказа от административного внедрения саморегулирования на основе диктата и подчинения. Д.О. Грачев называет подобное явление скрытой формой государственного регулирования, не имеющей ничего общего с понятием саморегулирования [Грачев Д.О., 2008: 141 с.]. М.А. Егорова является одним из принципиальных противников саморегулирования на основе обязательного членства, настаивая, что подобная модель приводит лишь к тотальным злоупотреблениям и выстраиванию административных барьеров [Егорова М.А., 2017: 180 с.].

Заключение

Проведение административной реформы в Российской Федерации во многом тормозится стойким субъективным фактором: неприятием значительной частью российского общества самого термина «либертарианство». Происходит его ассоциация с негативными последствиями переходного периода развития государственности конца 1990-х гг. Подобное отношение накладывается на нынешнее «холодное противостояние» со странами западной

³¹ Постановление Конституционного Суда России 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. N 3. Ст. 335.

³² СЗ РФ. 2015. № 29 (часть I). Ст. 4349.

³³ См.: URL: <http://sroportal.ru/publications/ugolovnoe-delo-v-nostroe-kakova-poziciya-revizionnoj-komissii/> (дата обращения: 12.12.2018)

демократии. Исходя из этого, любые рецепты повышения эффективности государственного аппарата (особенно если они имеют корни в работах ученых США и стран Западной Европы) воспринимаются как чуждые нашему обществу. И это происходит несмотря на то, что многие элементы либертарианского учения внедряются в повседневную управленческую практику. Это не «каприз правящей элиты», как уверяют противники либертарианства, а новации, которые показали эффективность во многих странах. Но в странах Запада любой реформе предшествует серьезная научная концепция. Совсем иная ситуация в России: государство не доверяет науке, есть и обратная реакция — недоверие к публичным институтам. Прямое следствие — отсутствие системности и последовательности в действиях высших органов государственной власти. Преодоление такого негативного элемента будет иметь положительный эффект для всех заинтересованных сторон: научной общественности, социума (в самом широком смысле слова), государства.



Библиография

Алгазина А.Ф. Саморегулирование в системе методов управленческой деятельности // Административное право и процесс. 2016. № 6. С. 78–81.

Белицкая А.В. Правовые формы государственно-частного партнерства в России и зарубежных странах // Предпринимательское право. 2009. № 2. С. 6–11.

Булгакова Л.И. Аудит в России: механизм правового регулирования. М.: Волтерс Клувер, 2005. 256 с.

Власенко Н.А. Индивидуализация как закономерность развития современного российского законодательства // Журнал российского права. 2015. №12. С. 11–17.

Войниканис Е.А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М.: Юриспруденция, 2013. 552 с.

Грачев Д.О. Правовой статус саморегулируемых организаций: дис. к.ю.н. М., 2008. 141 с.

Егорова М.А. Концепция совершенствования механизмов саморегулирования: pro et contra. М.: Юстицинформ, 2017. 180 с.

Зайковский В.Н. «Сервисное государство»: новая парадигма или современная технология государственного управления? // Дайджест-Финансы. 2014. № 3. С. 35–45.

Крусс В.И. Публичные услуги в контексте российской конституционализации // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 5. С. 59–70.

Мартынова С.Э. Концепция «сервисного» государства в контексте постиндустриальной парадигмы социального управления // Вестник Тюменского государственного университета. 2013. № 8. С. 165–173.

Мохов А.А. Фармацевтические кластеры: теория, законодательство, практика // Юрист. 2017. № 10. С. 41–46.

Ноздрачев А.Ф. Современное содержание понятия «административно-правовой режим» // Журнал российского права. 2017. № 2. С. 98–110.

Петров Д.А. Правовой статус саморегулируемой организации в сфере предпринимательства: дис. ... д.ю.н. СПб., 2016. 433 с.

Петров М.П. Совершенствование методов административно-правового регулирования инновационной деятельности // Актуальные проблемы российского права. 2016. № 10. С. 54–62.

Пономаренко В.А. Гражданское судопроизводство как услуга в электронном сервисном государстве // Lex russica. 2016. № 2. С. 49–61.

Путило Н.В. Публичные услуги: между доктринальным пониманием и практикой нормативного закрепления // Журнал российского права. 2017. № 8. С. 81–92.

Романихин А.В. Саморегулирование по-российски // Законодательство и экономика. 2004. № 3. С. 32–36.

Ротбард М. К новой свободе. Либертарианский манифест. М.: Новое издательство, 2009. 398 с.

Хайек Ф. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М.: ИРИСЭН, 2006. 644 с.

Хмелев В.В. Сервисная культура (инновационная деятельность). М.: Маркетинг, 2009. 159 с.

Чирков А.В. К вопросу о саморегулировании деятельности микрофинансовых организаций // Предпринимательское право. 2017. № 1. С. 50–56.

Cornuelle R. (1993) *Reclaiming the American Dream: The Role of Private Individuals and Voluntary Associations*. New Brunswick: Transaction Publishers, 199 p.

De Jasay A. (1998) *The State*. Indianapolis: Liberty Fund, 238 p.

Gaines S., Kimber C. (2001) *Redirecting Self-Regulation*. *Journal of Environmental Law*, vol. 13, no 2, pp. 157–184.

Levitt T. (1973) *The Third Sector: New Tactics for a Responsive Society*. New York: Amazon Press, 182 p.

Martinez M. et al. (2007) *Co-regulation as a possible model for food safety governance: Opportunities for public-private partnerships*. *Food Policy*, no 32, p. 299–314.

Van Creveld M. (1999) *The Rise and Decline of the State*. Cambridge: University Press, 436 p.

Van Gestel R. (2005) *Self-Regulation and Environmental Law*. *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9, no 1, p. 1–25.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 1

Deconcentration of Public Administration: Law and Administrative Reform



Olga V. Romanovskaya

Professor, Legal Sciences Department, Penza State University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 40 Krasnaya Str., Penza 440026, Russian Federation. E-mail: pgu-gpd@yandex.ru



Abstract

The development of state institutions occurs under the pressure of many factors, including globalization of the economy, internationalization of law, informatization of public and

private life are taking an increasing place. This forces the state to look for new models of public administration. Libertarianism, represented by F. Hayek, M. Friedman and many others, suggests that we go beyond the classical understanding of the role of the state and focus on the active implementation of certain forms of power deconcentration: deregulation, co-regulation, self-regulation, quasi-regulation. Administrative reform, claimed in Russia, uses almost all of the named forms. The article shows the experience of their application in law-making and law-enforcement practice. It was proved that many of the conclusions formulated in the foreign legal science regarding co-regulation and self-regulation could be used in Russian legislation. The article singles out the criteria that the process of deconcentration of state power must meet: the presentation of special requirements to the institutional basis of forms of deconcentration; subsidiarity at all stages of the management process, including the freedom and responsibility of both parties; transparency of the system, ensuring public control; indication of all participants in the managerial process, when everyone should clearly represent expectations of some form of deconcentration of power; ideological support, which assumes both a rationale for initiating the process of deconcentration, and propaganda of best practices. The conclusion is that there is no systematic approach to administrative reform in Russia. Its basis to the present time is the Presidential Decree of 2003, which did not find its consistent development in the basic acts of the state bodies. They made attempts to create a quasi-ministerial in the form of the state corporation Rosatom, while consistently criticizing the form itself, but creating public-law entities and public firms. It is experimenting with preferential administrative regimes, using an individual approach when passing laws on individual participants in the management process (Skolkovo Center, medical cluster, Vladivostok harbor, etc.). Each experiment is not based on well-elaborated concept of public administration reform, adapted to the rapidly changing economic situation.



Keywords

power, state administration, deconcentration, delegation, self-regulation, co-regulation.

Acknowledgments: The work was supported by the Russian Fund of Fundamental Researches (research project N 16-03-50051).

For citation: Romanovskaya O.V. (2019) Deconcentration of Public Administration: Law and Administrative Reform. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 4–24 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.4.24



References

Algazina A.F. (2016) [Self-regulation in the system of management practices]. *Administrativnoe pravo i protsess*, no 6, pp. 78–81 (in Russian)

Belitskaia A.V. (2009) [Legal forms of public-private partnership in Russia and foreign countries]. *Predprinimatel'skoe pravo*, no 2, pp. 6–11 (in Russian)

Bulgakova L.I. (2005) [Audit in Russia: the Mechanism of Legal Regulation]. Moscow: Wolters Kluwer, 256 p. (in Russian)

Chirkov A.V. (2017) [On self-regulating activities of microfinance entities]. *Predprinimatel'skoe pravo*, no 1, pp. 50–56 (in Russian)

De Jasay A. (1998) *The State*. Indianapolis: Liberty Fund, 238 p.

- Egorova M.A. (2017) [The Concept of Improving Mechanisms of Self-regulation: Pro et Contra]. Moscow: Justitsinform, 180 p. (in Russian)
- Egorova M.A. (2016) [Role of national associations of self-regulating bodies in regulating business]. *Pravo i ekonomika*, no 10, pp. 4–7 (in Russian)
- Gaines S., Kimber C. (2001) Redirecting self-regulation. *Journal of Environmental Law*. 2001. №2. Available at: <http://oxfordindex.oup.com/view/10.1093/jel/13.2.157> (accessed: 12.12.2018)
- Grachev D.O. (2008) [The legal status of self-regulating organizations. Candidate of Juridical Sciences Thesis]. Moscow, 141 p. (in Russian)
- Grachev D.O. (2004) [Self-regulating organizations: determining legal status]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 1, pp. 121–126 (in Russian)
- Hayek F. (2006) [Law, Legislation and Freedom]. Moscow: IRISEN, 644 p. (in Russian)
- Hmelev V.V. (2009) [Service Culture: Innovation]. Moscow: Marketing, 159 p. (in Russian)
- Kruss V.I. (2014) [Public services in context of Russian constitutionalism]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*, no 5, pp. 59–70 (in Russian)
- Martynova S.E. (2013) [Concept of a service state in the post-industrial paradigm of social management]. *Vestnik Tumenskogo gosudarstvennogo universiteta*, no 8, pp. 165–173 (in Russian)
- Martinez M. et al. (2007) Co-regulation as a possible model for food safety governance: Opportunities for public–private partnerships. Available at: <http://www.eng.auth.gr/mattas/foodima/pdf2.pdf> (accessed: 12.12.2018)
- Mohov A.A. (2017) [Pharmaceutical clusters: theory, legislation, practice]. *Yurist*, no 10, pp. 41–46 (in Russian)
- Nozdrachev A.F. (2017) [Current content of the concept of administrative and legal regime]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 2, pp. 98–110 (in Russian)
- Petrov D.A. (2016) [The Legal Status of a Self-regulatory Business Entity. Doctor of Juridical Sciences Thesis]. Saint Petersburg, 433 p. (in Russian)
- Petrov M.P. (2016) [Perfection of methods of administrative and legal regulation of innovation activity]. *Aktual'nye problem rossiyskogo prava*, no 10, pp. 54–62 (in Russian)
- Ponomarenko V.A. (2016) [Civil proceedings as a service in an electronic service state]. *Lex russica*, no 2, pp. 49–61 (in Russian)
- Putilo N.V. (2017) [Public services: between doctrinal understanding and practice of normative consolidation]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 8, pp. 81–92 (in Russian)
- Romanikhin A.V. (2004) [Self-regulation in Russia]. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, no 3, pp. 32–36 (in Russian)
- Rotbard M. (2009) [Toward a New Freedom]. Moscow: Novoe izdatel'stvo, 398 p. (in Russian)
- Van Creveld M. (1999) *The Rise and Decline of the State*. Cambridge University Press, 436 p.
- Van Gestel R. Self-regulation and environmental law. Available at: <https://www.ejcl.org/91/art91-4.html> (accessed: 10.12.2018)
- Vlasenko N.A. (2015) [Individualization as the law of development of modern Russian legislation]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 12, pp. 11–17 (in Russian)
- Voinikanis E.A. (2013) [The Law of IP in the Digital Age]. Moscow: Jurisprudentsiia, 552 p. (in Russian)
- Zaikovskii V.N. (2014) [«Service state»: a new paradigm or modern technology of public administration?]. *Daidzhest-Finansy*, no 3, pp. 35–45 (in Russian)

Макроуровень института юридической ответственности

 **Д.А. Липинский**

профессор департамента магистратуры Тольяттинского государственного университета, доктор юридических наук. Адрес: 445020, Российская Федерация, Тольятти, ул. Белорусская, 14. E-mail: Dmitri8@yandex.ru

Аннотация

Цель исследования — выявить элементы макроуровня института юридической ответственности, их признаки, характеристики и функциональные взаимосвязи, а также определить правовую природу института юридической ответственности. Методология: формально-юридический, сравнительно-правовой и историко-правовой методы. Использованы философские законы единства и борьбы противоположностей, перехода количественных изменений в качественные. Юридическая ответственность — один из центральных и динамично изменяющихся межотраслевых институтов права, обеспечивающий действие иных правовых институтов, влияющий на состояние законности и правопорядка, а также реализацию гражданами их прав и свобод. Отмечается необходимость исследования института юридической ответственности как полиструктурного образования во взаимосвязи с элементами системы права. Исследуется проблема макроуровня института юридической ответственности, исходя из ее понимания как целостного правового явления, включающего позитивный и негативный аспекты реализации. Обосновывается, что институт юридической ответственности является межотраслевым и функциональным, а также регулятивно-охранительным. При этом он обладает структурой, включающей микро- и макроуровни. Определено, что на макроуровне в структуру института юридической ответственности входят материальная и процессуальная ответственность, позитивная и негативная юридическая ответственность. Выявлена институциональная основа позитивной юридической ответственности, которая состоит из норм-принципов, формализованных запретов, обязанностей и дозволений, а также такого крупного элемента, как институт поощрения. Признавая деление системы права на частное и публичное, автор делает вывод о неприемлемости деления юридической ответственности на макроуровне на публично-правовую и частноправовую. Макроуровень системы права не тождествен макроуровню системы юридической ответственности. Обосновывается, что институт конституционно-процессуальной ответственности еще не сформировался и его следует рассматривать только как субинститут конституционной ответственности. Приводятся признаки процессуальной ответственности, а также ее отличительные черты от ответственности в материальном праве. Определены координационные, субординационные и генетические связи между элементами макроуровня института юридической ответственности. Сделан вывод о необходимости дальнейшей разработки данной проблематики в целях отграничения института юридической ответственности от смежных правовых институтов и детального выявления структуры данного института.



Ключевые слова

институт права, институт юридической ответственности, субинститут юридической ответственности, процессуальная ответственность, позитивная ответственность, система юридической ответственности, виды юридической ответственности.

Благодарности: Публикация подготовлена в рамках поддержанного Российским Фондом Фундаментальных исследований (РФФИ) научного проекта N 19-011-00103 А
Для цитирования: Липинский Д.А. Макроуровень института юридической ответственности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 1. С. 25–44.

УДК: 340.1

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.25.44

Введение

Юридическая ответственность всегда находилась в поле зрения ученых — как специалистов в общей теории права, так и исследователей отраслевых юридических наук. Однако динамизм общественных отношений, постоянные изменения в законодательстве (которые часто носят бессистемный характер) обуславливают необходимость вновь обращаться к проблеме, ставшей традиционной для юридической науки. Известно, что в советский период в правоведении выделяли пять институтов юридической ответственности: административную, дисциплинарную, гражданско-правовую, уголовную и материальную [Кудрявцев В.Н., 1986: 448 с.; Лейст О.Э., 1981: 238 с.]. В середине 1990-х годов произошел своеобразный «всплеск» исследований по данной проблеме. Так, стали обосновывать существование конституционной, муниципально-правовой, финансово-правовой, уголовно-исполнительной ответственности [Мусаткина А.А., 2004: 144 с.; Колосова Н.М., 2000: 160 с.]. В некоторых работах обосновывается наличие в системе юридической ответственности семейно-правовой и земельно-правовой [Турсова О.С., 2011: 198 с.], а другие ученые в качестве видов юридической ответственности рассматривают комплексные межотраслевые образования: банковскую, финансовую (в широком смысле этого понятия), ответственность государственных служащих, ответственность судей и т.д. [Сапунова М.А., 2007: 190 с.]. Существуют попытки выделить и весьма «экзотические виды» юридической ответственности: таксовую [Нарышева Н.Г., 1997: 39–44], вексельную [Кремер Ю.О., 1998: 180 с.], а также предлагается подразделять юридическую ответственность на традиционные и нетрадиционные виды [Сунцова Е.А., 2005: 180 с.].

При этом часто ставится знак равенства между видом юридической ответственности и видовым институтом юридической ответственности. Однако в основе их выделения находятся совершенно разные критерии. Если вопросам понятия юридической ответственности, ее функциям, основаниям, соотношению с мерами принуждения было посвящено значительное ко-

личество монографических работ, кандидатских и докторских диссертаций, то проблеме института юридической ответственности — всего одна диссертационная работа [Носков С.А., 2007: 190 с.], а проблемы макроуровня института юридической ответственности рассматривались только в качестве обоснования существования ответственности в публичном и частном праве.

Процессы, которые происходят в политической, экономической, нравственной системе нашего общества, влияют на становление и развитие новых институтов юридической ответственности, обуславливают специализацию и унификацию как отраслей права, так и видовых институтов юридической ответственности. Обратная сторона данных процессов — увеличение правонарушений, появление новых видов общественно опасных деяний. Разнообразие правонарушений, охрана и регулирование однородных общественных отношений при помощи норм с различной отраслевой принадлежностью обусловило появление правонарушений с двойной противоправностью и межотраслевых институтов юридической ответственности. Ввиду этого системе юридической ответственности и институт юридической ответственности можно рассматривать как полиструктурное образование, характеризующееся микро- и макроуровнями.

Для целей исследования необходимо разрешить два принципиальных вопроса. Во-первых, как определять понятие самой юридической ответственности. Во-вторых, какими признаками и характеристиками обладает институт юридической ответственности. Причем первая проблема неразрывно связана со второй, так как без верного определения понятия юридической ответственности невозможно выявить ее институциональную основу, а без ясного понимания институциональной составляющей трудно определиться с пониманием юридической ответственности.

1. Структура института юридической ответственности

Работы, посвященные различным аспектам юридической ответственности, в большинстве отличаются спецификой, заключающейся в том, что авторы уделяют значительное внимание понятию юридической ответственности, дискуссиям по данным проблемам, а на исследование других принципиальных проблем не остается времени, места и научных сил. В данной работе автор не вступает в дискуссию о понятии юридической ответственности, а только отмечает, что оно было разработано в предыдущих исследованиях. Полагаю, что юридическая ответственность — это нормативная, гарантированная и обеспеченная государственным принуждением, убеждением или поощрением юридическая обязанность соблюдения и исполнения требований норм права, использования правомочий в соответствии с их целевым предназначением, которые реализуется в правомерном поведении субъектов, одо-

брюемом или поощряемом государством, а при ее нарушении — обязанность правонарушителя претерпеть осуждение, ограничение прав имущественного или личного неимущественного характера и ее реализация.

Юридическую ответственность как правовое явление необходимо определять исходя из ее широкого философского понимания, включающего как позитивный, так и негативный аспекты реализации. Позитивная юридическая ответственность имеет правовой характер и характеризуется самостоятельным местом в системе юридической ответственности, в праве и правовой системе. Детальное обоснование юридического, а не исключительно этического (морального) содержания позитивной ответственности дано как автором данной статьи, так и другими учеными в многочисленных работах [Витрук Н.В., 2008: 408 с.]. Позитивный аспект юридической ответственности признается не только в отечественной, но и в зарубежной литературе [Werber H., Wolf H., 1969: 437–439; Бойчев Г., 1972: 120 с.; Ricoeur P., 1974: 39 p.; Weber M., 1993: 661 p.].

Обратимся к понятию «институт юридической ответственности», которое является производным от общего понятия «институт права». Так, в научной литературе предлагаются определения правового института, которые фактически несут схожую смысловую нагрузку. В юридической литературе указываются следующие признаки правового института: наличие единства правовых норм; относительная обособленность в различных частях (разделах) нормативного правового акта; направленность на урегулирование вида общественных отношений; единство правовых норм, образующих правовой институт. Институт права — это структурная единица системы права, которая следует за подотраслью права, за исключением отраслей, состоящих только из правовых институтов. Институт юридической ответственности является основой всей отрасли права, с его помощью обеспечивается действие различных предписаний, регулируются и охраняются общественные отношения. Структурной единицей, которая по своему объему идет за подотраслью права, является отраслевой институт юридической ответственности, но на макроуровне совокупность отраслевых институтов юридической ответственности представляет собой уже межотраслевое образование.

По своей юридической природе институт юридической ответственности является межотраслевым, функциональным и регулятивно-охранительным. Регулятивно-охранительная природа данного института обусловлена его двуединой сущностью, которая включает позитивный и негативный аспекты реализации. При помощи института юридической ответственности не закрепляются те или иные виды отношений как это происходит при помощи регулятивной функции права в целом, но регулятивная функция состоит из ряда подфункций, среди которых особое место занимает регулятивно-динамическая, оказывающая влияние на развитие динамики общественных

отношений. Именно регулятивно-динамическая подфункция свойственна институту юридической ответственности.

Данный институт является межотраслевым и включает субинституты, которые на отраслевом, а также межотраслевом уровнях обобщения являются самостоятельными институтами юридической ответственности и могут включать в свой состав относительно самостоятельные элементы. Таким образом, на уровне системы права выстраивается следующая схема: институт юридической ответственности — субинституты юридической ответственности — структурные элементы субинститутов юридической ответственности. Субинституты юридической ответственности на ином уровне обобщения являются отраслевыми институтами юридической ответственности. Поэтому на уровне системы права они выступают субинститутами юридической ответственности, а на отраслевом и межотраслевом уровнях — в качестве самостоятельных институтов юридической ответственности. Таким образом, институт юридической ответственности является полиструктурным образованием в системе права.

Признаки института юридической ответственности: системность и относительная обособленность; императивный метод правового регулирования в качестве основного и поощрительный в виде дополнительного; наличие двух противоположных типов правоотношений в предмете правового регулирования; публично-правовая природа института юридической ответственности; полиструктурность и межотраслевой характер; наличие генетических, координационных и субординационных связей с различными элементами системы юридической ответственности и иными элементами системы права; регулятивно-охранительная природа.

Определение структуры института юридической ответственности необходимо начинать с ее макроуровня, подобно тому, как система права делится на макроуровне на публичное и частное; материальное и процессуальное. Однако система юридической ответственности не тождественна системе права, поэтому не все структурные единицы системы права находят свое отражение в системе юридической ответственности. На макроуровне юридическая ответственность подразделяется на позитивную и негативную, материальную и процессуальную. Не отрицая деления системы права на частное и публичное, не считаем возможным выделять публично-правовую и частноправовую ответственность, о чем пойдет речь несколько позже, а в данный момент отметим данное обстоятельство только как концептуальный момент.

2. Позитивная юридическая ответственность как элемент макроуровня института юридической ответственности

Перейдем к вопросу о позитивной юридической ответственности, которую необходимо понимать как комплексное явление, включающее в свое

содержание субъективные права, обязанности с запретами, правомерное поведение и факультативно применение мер поощрения. Позитивная юридическая ответственность характеризуется различными формами проявления. Во-первых, обязанностью действовать правомерно. Во-вторых, обязанностью соблюдения предписаний правовых норм. В-третьих, правомочием, в ходе реализации которого субъект обязан не злоупотреблять им. Указанные формы проявления позитивной юридической ответственности характеризуют ее статическую стадию, а динамическая составляющая выражается в различных вариантах правомерного поведения, которое может влечь применение мер поощрения. Различные проявления позитивной юридической ответственности невозможны без правовых средств — инструментов, входящих в структуру данного института. На основе данного подхода можно определять место позитивной юридической ответственности в правовой системе общества и в более широком явлении — правовой жизни общества. Однако сам институциональный аспект проблемы предполагает определение различных правовых средств, при помощи которых реализуется позитивная ответственность в правовой жизни. Без институциональной составляющей реализация позитивной юридической ответственности невозможна ее реализация.

Макроуровень институционального образования в виде позитивной юридической ответственности характеризуется нормативной основой, выявление которой следует начать с основополагающих международных правовых актов. В частности, в ст. 24 Устава Организации Объединенных Наций указано: «Государства — члены ООН возлагают на Совет Безопасности главную ответственность за поддержание международного мира и безопасности». Во Всеобщей декларации прав человека 1948 г. указывается: «Каждый человек имеет обязанности перед обществом, в котором только и возможно свободное и полное развитие его личности».

О позитивной ответственности говорится в Конституции России. В частности, в ее Преамбуле установлено, что Основной закон принимается «исходя из ответственности за свою родину перед нынешними и будущими поколениями...». Во втором разделе Конституции отмечается: Совет Министров — Правительство Российской Федерации со дня вступления в силу настоящей Конституции приобретает права, обязанности и ответственность Правительства Российской Федерации (ст. 4). Преамбула к Декларации «О государственном суверенитете РСФСР» указывает, что она принимается исходя из ответственности за судьбу России. Положения различных преамбул находят конкретизацию в федеральных конституционных законах. Так, в Федеральном конституционном законе от 17.12.1997 №2-ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации» ответственность называется в качестве принципа его деятельности (ст. 3)¹.

¹ СЗ РФ. 1997. № 51. Ст. 5712.

Позитивная юридическая ответственность подтверждается в решениях Конституционного Суда России. К примеру, «гражданин и государство Российской Федерации связаны взаимными правами, ответственностью и обязанностями»², — говорится в одном из решений Суда. Юридическая техника закрепления позитивной юридической ответственности такова, что законодатель помимо употребления термина «ответственность» может указывать на категории добросовестности, разумности, правового долга, запреты и обязанности, что и реализует в многочисленных нормативных актах.

Анализ всех нормативных актов (их перечень можно продолжать) не входит в задачу данного исследования. Однако из изложенного следует, что позитивная юридическая ответственность находит закрепление либо в качестве правового принципа, либо на ее наличие указывается в преамбулах к нормативным правовым актам. Известно, что нормы-принципы выполняют особую роль в механизме правового регулирования. Их действие происходит не непосредственно, а опосредованно (за исключением случаев, когда они выступают средствами восполнения пробелов в праве и разрешения коллизий). Опосредованное действие связано с влиянием на содержание других норм, являющихся правилами поведения и определения общей правомерной направленности деятельности субъектов общественных отношений. В данном случае встает вопрос о регуляции поведения субъектов общественных отношений, которое осуществляется путем закрепления в нормах права различных вариантов поведения с использованием субъективных прав, обязанностей, запретов и поощрений. В правовых средствах позитивная ответственность обретает свою формализацию, наполняется юридическим содержанием и переходит из субъективных категорий «чувство долга», «понимание ответственности» в объективную реальность.

Институциональный аспект юридической ответственности Е.В.Черных называет статутным. По его мнению, «статутная ответственность — это объективно обусловленная, установленная законом и охраняемая государством необходимость (обязанность) осознанного и добровольного выполнения правовых предписаний участниками правоотношений. Она выполняет конструктивно-регулятивную функцию, является образцом (конструкцией, моделью) действительного и ответственного поведения» [Черных Е.В., 1998: 80]. Позитивная юридическая ответственность является одним из элементов статутной ответственности, выступая в ней в качестве подсистемы, закрепленной и институционализированной в нормативных правовых актах. Она существует до факта совершения правонарушения или правомерного поведения, а также их оценки на основе ответственного или безответственного.

² Постановление Конституционного Суда России от 20.12. 1995 № 17-П 313 // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 54.

Позитивная юридическая ответственность в системе юридической ответственности является одной из ее подсистем; выполняя роль управляющего фактора в регуляции поведения субъектов, она носит стабильный и фундаментальный характер. На макроуровне институциональная составляющая позитивной юридической ответственности выражена в системе норм, в которых закрепляется юридическая ответственность. Она носит нормативный характер, не только в узком смысле данного понятия, но в широком, т.е. являясь своеобразным законом общественного развития, заключающемся в необходимости (потребности) государства и общества создавать состояние упорядоченности общественных отношений.

Исследование позитивной юридической ответственности на макроуровне невозможно без обращения к ее исходному элементу — норме. Юридическая ответственность в ее любых проявлениях невозможна без нормы права, а правовая норма без юридической ответственности теряет средство обеспечения. Вид, объем, а также мера юридической ответственности закреплены в норме права и в таком ее структурном элементе, как санкция. Необходимо отметить, что в юридической науке употребляют понятие «норма права», а дефиниция «норма юридической ответственности» используется редко. Тем не менее она имеет право на существование, так как не в любой норме права закрепляются меры юридической ответственности. Логично встает вопрос о признаках нормы юридической ответственности, которые производны от общих характеристик нормы права. Мы не станем останавливаться на таких понятиях, как формальная определенность нормы, ее общеобязательность и микросистемность и других общеизвестных характеристиках, так как они подробно исследованы в литературе.

Отличительными чертами норм юридической ответственности выступает их регулятивно-охранительный характер и закрепление в санкциях мер юридической ответственности, а не мер безопасности, защиты или обеспечения. В нормах юридической ответственности определена негативная и позитивная юридическая ответственность, реализующие регулятивную и охранительную функции, упорядочивая общественные отношения. При этом нормой регулируется не индивидуальное поведение, а взаимодействие двух и более субъектов права, ответственных друг перед другом.

Если обратиться к функциональным характеристикам санкций, в которых определены меры защиты и меры безопасности, то они лишены ее и реализуют функции предупреждения, пресечения и восстановления общественных отношений. Интересна в этом плане позиция В.В. Ныrkова, полагающего, что «санкция в праве — это не элементы структуры норм, а относительно самостоятельные поощрительные или охранительные (карательные) юридические нормы, обеспечивающие юридические предписания друг друга посредством их собственного взаимодействия. Поощрение и на-

казание в нормативно-правовом аспекте образуют единую систему норм-санкций, обеспечивающих регулятивные нормы права» [Нырков В.В., 2006: 178]. По сути В.В. Нырков затрагивает проблему взаимодействия двух подсистем юридической ответственности: позитивной и негативной. Что касается «норм-санкций», то думается, что предмет спора находится в несколько иной плоскости, а именно в проблеме деления системы права на регулятивное и охранительное соответственно, и выделения двух блоков норм: регулятивных и охранительных. Нормы, являющиеся правилами поведения, не могут только регулировать или выполнять исключительно охранительную функцию. Регулируя, они охраняют, а охраняя — регулируют.

Если дойти до уровня элементарных правовых средств, то позитивная подсистема закреплена в правомочиях, обязанностях и запретах. На первом месте находятся правомочия, так как на их основе формируется социально-активное правомерное поведение, в большем удельном весе которого в общественных отношениях заинтересовано общество и государство. Если в системе общественных отношений основная часть правомерного поведения будет сформирована на основе обязанностей и запретов, то невозможно утверждать о построении правового государства и формировании гражданского общества. Между тем как действие запретов, так и обязанностей с правомочиями обеспечены санкциями правовых норм. Особую роль в этом механизме занимают поощрительные санкции, а сам институт поощрения входит в структуру как юридической ответственности в целом, так и такой ее подсистемы, как позитивная юридическая ответственность. Его роль заключается в стимулировании правомерного поведения, а в поощрении позитивная ответственность объективируется — как объективируется в наказании негативная юридическая ответственность.

Практически любая отрасль права содержит институт поощрения, который в свою очередь входит в подсистему позитивной юридической ответственности. Однотипность поощрительных норм и функциональные связи между ними позволяют рассматривать институт поощрения как структурный элемент подсистемы позитивной юридической ответственности. Об однотипности поощрительных норм свидетельствует ряд их общих признаков: гипотеза и диспозиция поощрительных норм слиты воедино; единая целевая направленность; наличие поощрительной санкции.

Институт поощрения — крупное межотраслевое образование, являющееся межотраслевым институтом права. Однако на ином уровне обобщения он выступает субинститутом юридической ответственности, который, в свою очередь, входит в подсистему позитивной юридической ответственности.

В динамике позитивная юридическая ответственность выражается в правомерном поведении, но его возникновение возможно только на основе институциональной составляющей, она стабильна и фундаментальна, носит

нормативный характер. При этом нормативность проявляется и в ее выраженности в системе норм, и как закон общественного развития, заключающийся в потребностях общества и государства в упорядочивании общественных отношений.

3. Публично-правовая и частноправовая ответственность

В начале статьи мы указывали, что находимся на признании концепции деления системы права на публичное и частное, но структура системы права на макроуровне не тождественна количеству элементов, существующих на макроуровне у юридической ответственности. В основаниях классификации ответственности на публично-правовую и частноправовую находятся критерии, схожие с критериями деления системы права на частное и публичное, а именно, интерес субъекта, функции и цели, метод правового регулирования. Сторонники такой классификации полагают, что публично-правовой ответственности свойственна карательная и превентивная функции, а частноправовой — восстановительная и превентивная. Кроме того, по их мнению, частноправовая ответственность направлена на удовлетворение интересов частных субъектов права, а публично-правовая — публичных субъектов и публичных интересов.

Вероятно, ни один из указанных критериев не может находиться в основе классифицирующих критериев элементов макроуровня системы юридической ответственности. Так, если взять за основу функциональный критерий, то неизбежно будут появляться «восстановительные», «превентивные», «карательные», «регулятивные» и «воспитательные» виды ответственности. Любой институт юридической ответственности осуществляет «набор» указанных функций. Если взять уголовную ответственность, то ее регулирующие свойства проявляются в удержании субъекта от совершения преступления; после совершения преступления они направлены на регулирование постделиктного поведения, а также деятельности правоприменителя. Гражданско-правовая ответственность реализует помимо восстановительной и карательную (штрафную) функцию. Как бы сторонники только восстановительной функции ни утверждали, что гражданско-правовая ответственность направлена на восстановление общественных отношений, но восстановление имущественной сферы потерпевшего всегда происходит за счет уменьшения имущественной сферы гражданско-правового правонарушителя, что выступает для него как элемент кары. Кара проявляется и в самом осуждении гражданско-правового правонарушителя, так как в акте применения юридической ответственности порицаются как деяние, которое совершено, так и сам правонарушитель. Возможно, данное порицание не так рельефно выражено, как при реализации уголовной ответственности.

Трудно признать верным и критерий интереса, на основе которого происходит размежевание публично-правовой и частноправовой ответственности. Сторонники данной точки зрения полагают, что частноправовая ответственность не защищает публичных интересов. Здесь необходим выход за рамки узкого отраслевого подхода. Функцией государства (устанавливающего нормы гражданско-правовой ответственности) выступает защита правопорядка в любых формах его проявления. В гражданско-правовых отношениях ответственности всегда присутствует возможность обратиться за помощью государства, если должник не исполняет обязательства добровольно, в том числе и те, которые возникли в связи с юридическим фактом гражданско-правового правонарушения. Частный интерес субъекта уже в сравнении с публичным интересом, который включает в себя восстановление имущественной сферы, законности и правопорядка, а также социальной справедливости. В сферу публичного интереса входит авторитет государственной власти и закона.

Деление ответственности на публичную и частную нельзя признать универсальным и по иным причинам. Так, другой стороной в гражданско-правовых отношениях могут являться государственные органы, корпорации, субъекты федерации, муниципальные образования. Ряд гражданско-правовых санкций применяется не в пользу потерпевшего, а в государственных интересах. Механизм функционирования юридической ответственности сочетает в себе публичные и частные интересы. Если принимать во внимание исключительно кредитора, его права и свободы, то будут нивелироваться общественные интересы.

Причинение вреда в результате гражданско-правового правонарушения публичным интересам можно раскрыть и на основе сделок, заведомо противоправных основам правопорядка и нравственности. Здесь даже не приходится говорить о соотношении частных и публичных интересов. Помимо этого, правонарушения при процедуре банкротства, злоупотреблении доминирующим положением на рынке, недобросовестной конкуренции и многие другие деяния посягают на публичные отношения. Незаконная приватизация или смена собственника, злоупотребления, совершаемые конкурсным управляющим, могут затрагивать интересы тысячи работников. Или для примера возьмем клевету, которая наказуема как на основе норм уголовного права, так и на основе норм гражданского права. Одним деянием субъект нарушает нормы сразу нескольких отраслей права, и утверждать, что это ответственность частноправовая, по меньшей мере нелогично.

Еще один довод, который приводят сторонники деления на макроуровне юридической ответственности — это метод правового регулирования. Диспозитивный метод правового регулирования существует в гражданском праве вместе с императивным, он реализуется до момента заключения дого-

вора, позволяя участникам правоотношений самостоятельно устанавливать права и обязанности. При исполнении обязательств по договору не может идти речи о диспозитивном методе, тем более, если у субъекта возникли обязательства вследствие неисполнения договора. Нет диспозитивного метода правового регулирования и при причинении вреда источником общественной опасности, если субъект обратился в суд с иском о возмещении вреда. В противном случае возмещение вреда становилось бы не обязательным.

4. Процессуальная и материальная ответственность

Как уже отмечалось, институт юридической ответственности полиструктурен и на макроуровне включает помимо позитивной и негативной ответственности материальную и процессуальную ответственность. Признаки, характеризующие процессуальную ответственность, производны от общих признаков института юридической ответственности. В частности, к ним относятся основания возникновения правоотношений ответственности — процессуальная норма права и процессуальное правонарушение, метод правового регулирования, системность в рамках процессуальных отраслей права. При этом признаки, свойственные межотраслевому институту процессуальной ответственности, «наполняются» специфическим содержанием и не тождественны общим характеристикам института юридической ответственности, хотя и вбирают в себя их основные черты.

Сложность исследования процессуальной ответственности обусловлена и неоднозначным определением самого процессуального права. Думается, что в основе процессуальной ответственности должно находиться узкое понимание юридического процесса. Процессуальная ответственность присутствует только в юрисдикционном процессе, в котором есть спор и конфликт. Позитивный же юридический процесс направлен на реализацию материально-правовой обязанности или использование материальных прав в соответствии с их целевым предназначением.

Процессуальная ответственность — это институт процессуального права, обладающий межотраслевой и функциональной природой, ставящий перед собой цель обеспечить нормальный ход юридического процесса посредством развития динамики процессуальных отношений, а в случае их нарушения — регулирующий правоотношения процессуальной ответственности, которые возникли из юридического факта процессуального правонарушения.

Материальная и процессуальная ответственность — две взаимосвязанные системы, и вторая система направлена на обеспечение функционирования первой. Отличия процессуальной ответственности от материально-правовых институтов юридической ответственности заключаются в процессе ее реализации. Условно весь процесс реализации процессуальной

ответственности можно разбить на несколько стадий. Первая стадия характеризуется ограничениями процессуального статуса субъекта процесса, при этом исключается возможность освобождения от ответственности в связи с истечением сроков давности, исковых сроков, которые применимы у материально-правовых институтов юридической ответственности. Вторая стадия характеризуется назначением той или иной меры процессуальной ответственности. В отличие от материально-правовых процессуальной ответственности неизвестны институты условного осуждения, освобождения от наказания и т.п. Следующая стадия характеризуется реальным претерпеванием тех или иных мер процессуальной ответственности, но, в отличие от уголовной и административной ответственности, отсутствует состояние наказанности (судимости или наличия взыскания). Еще одно отличие процессуальной ответственности состоит в ее основной целевой направленности. Так, она предназначена для развития материально-правовых отношений юридической ответственности, с ее помощью обеспечивается нормальный ход юридического процесса, установление истины по делу, наказание правонарушителя или освобождение от него.

Институт процессуальной ответственности характеризуют однотипные нормы, входящие в структуру гражданско-процессуального, административно-процессуального и уголовно-процессуального права, реализация санкций которых возможна на основании юридического факта процессуального правонарушения, которое необходимо определять как виновно совершенное, общественно опасное деяние, совершенное деликтоспособным субъектом процессуальных отношений, за совершение которого предусмотрена процессуальная ответственность.

Определять процессуальную ответственность как межотраслевой институт позволяют координационные, субординационные и генетические связи. Координационные связи состоят в том, что одинаковые обязанности предусмотрены в нормах процессуального и материального права, а также в закреплении различных видов юридической ответственности за процессуальное правонарушение. Система составов правонарушений, предусмотренная в различных нормативных правовых актах, не совпадает с системой юридической ответственности, а за совершение процессуального правонарушения могут применяться одновременно меры различных видов юридической ответственности. При этом отсутствует противоречие конституционному принципу о запрете привлекать дважды к юридической ответственности за совершение одного правонарушения, так как речь идет о привлечении к двум различным видам юридической ответственности за правонарушение с двойной противоправностью.

Как известно, генетические взаимосвязи показывают происхождение различных субинститутов, входящих в институт процессуальной ответ-

ственности. Их происхождение связано с самим процессом формирования и отделения на различных этапах отраслей процессуального права от материального. Если анализировать внешние генетические связи, то можно прийти к выводу, что они в первую очередь существуют с отраслями права, от которых обособились процессуальные отрасли. Тесная генетическая связь между материально-правовой и процессуальной ответственностью прослеживается на основе самого времени принятия различных кодексов. Так, если рассматривать промежутки между принятием УК РСФСР и УПК РСФСР, ГК РСФСР и ГПК РСФСР, то они принимались и вступали в силу практически одновременно. Это обусловлено как генетическими связями между отраслями права в целом, так и их структурными образованиями — институтами материальной и процессуальной ответственности. Разрыв генетических связей влечет негативные последствия в правовом регулировании общественных отношений. Нынешний Гражданский процессуальный кодекс был принят в 2002 г., а первая часть Гражданского кодекса — в 1994 г. Современный Уголовный кодекс вступил в силу в 1997 г., а Уголовно-процессуальный кодекс — в 2001 г. Длительный период между принятием названных нормативных актов нельзя отнести к положительному аспекту деятельности отечественного законодателя. Образно говоря, материальное право без процессуального «бессильно», а процессуальное без материального — «бессмысленно».

Институт процессуальной ответственности характеризует сложные связи координации, которые могут заключаться в применении общих определений, терминов, понятий, формулировании смежных составов правонарушений, в унификации терминологии и т.д. Например, унифицированными процессуальными правонарушениями являются отказ от показаний, уклонение от участия в экспертизе, дача заведомо ложных показаний, разглашение данных судебного или предварительного расследования.

Трудность выявления связей координации обусловлена еще и тем, что процессуальные правонарушения могут быть закреплены в отраслях права, которые по своей сущности являются материальными, а меры процессуальной ответственности могут содержаться в процессуальных отраслях права. Институт юридической ответственности в целом обладает материальной природой. Поэтому может встать вопрос — а нет ли противоречия, когда утверждается существование процессуальной ответственности? Полагаем, что противоречие отсутствует. Система права на процессуальное и материальное подразделяется условно, как и на частное и публичное. Существование в структуре процессуальных отраслей института ответственности еще не означает его абсолютной процессуальной природы. В любой материальной отрасли права могут существовать «вкрапления» процессуальных норм, и в любой отрасли процессуального права могут содержаться нормы материаль-

ного права. А.А. Павлушина верно указывает, что не существует «чистых» материальных и процессуальных отраслей права, и подразделяют нормы права без их отраслевой принадлежности на материальные и процессуальные [Павлушина А.А., 2005: 24].

Процессуальная ответственность характеризуется дуализмом, который одновременно обусловлен законом единства и борьбы противоположностей. Условно можно говорить о процессуально-материальной юридической природе института процессуальной ответственности. С одной стороны, она состоит из норм материального права, а, с другой, входит в структуру процессуальных отраслей права, но не в полном объеме, так как некоторые материальные по своей природе отрасли права включают в свою структуру нормы процессуальной ответственности и процессуальные подотрасли. Например, в настоящее время сформировалась подотрасль административно-процессуального права.

Исследование функциональных связей института юридической ответственности может привести к мысли об их тождественности функциям юридической ответственности. По нашему мнению, это взаимосвязанные, но не тождественные явления. Функциональные связи института юридической ответственности, позволяют ему реализовывать те или иные функции. Без связанности и системности внутри данного института невозможна реализация им тех или иных функций. Функциональные связи обеспечивают внутреннюю согласованность и единство всего правового института, что и позволяет ему в итоге эффективно реализовывать различные функции. Функциональные связи института юридической ответственности находятся в различных зависимостях норм юридической ответственности; реализация одной нормы является предпосылкой для осуществления других норм. Кроме того, система юридической ответственности действует в рамках механизма правового регулирования и одновременно сама характеризуется сложным механизмом.

Институциональная составляющая процессуальной ответственности проявляется на различных уровнях. Первый уровень представлен системой отправных начал — норм-принципов, норм-дефиниций, которые применимы в отраслевых институтах процессуальной ответственности. Второй уровень выражается в отдельных самостоятельных субинститутах процессуальной ответственности: гражданско-процессуальной, уголовно-процессуальной; административно-процессуальной. Элементарный уровень заключается в отдельных нормах процессуальной ответственности.

В юридической литературе стоит вопрос о конституционно-процессуальной ответственности, природа которой определяется исходя из сущности и понимания конституционного процесса. Определение конституционно-процессуальной ответственности как самостоятельного вида юридической

ответственности преждевременно. Кроме того, оно основано на широком понимании юридического процесса, в структуру которого входят отношения, не являющиеся конфликтными. Конституционно-процессуальная ответственность находится в стадии формирования, так как существование соответствующего института юридической ответственности можно утверждать только при наличии совокупности правовых норм. Именно совокупности, а не двух или трех единичных норм, которые не образуют системы, позволяющей квалифицировать ее как правовой институт. Так, если обратиться к Федеральному конституционному закону от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном суде Российской Федерации»³, то в нем в качестве мер ответственности предусмотрены только предупреждение и штраф. Вместе с тем в ст. 63 и 64 указанного Закона сформулированы стандартные обязанности свидетеля и эксперта давать правдивые показания и заключения, о чем они предупреждаются в ходе конституционного правосудия. Если сравнивать с аналогичными нормами, закрепленными в КоАП РФ, то в нем отсутствуют оговорки, к какому виду ответственности привлекаются субъекты. Логически напрашивается вывод, что речь идет о ст. 307 УК РФ. Однако если рассматривать институт конституционно-процессуальной ответственности, то указанная норма не входит в его содержание ввиду того, что нормальный ход конституционного процесса обеспечивается нормами с различной отраслевой принадлежностью.

Если проанализировать указанный Закон, то возможный перечень конституционно-процессуальных правонарушений и санкции за их совершение выглядят очень скромно. Иными словами, их удельный вес не велик, чтобы их можно было рассматривать как самостоятельное институциональное образование. Тогда логично встает вопрос, а почему административно-процессуальная, гражданско-процессуальная и уголовно-процессуальная ответственность в данной работе рассматриваются как самостоятельные институты юридической ответственности? Чтобы ответить, следует обратиться к критериям классификации отраслевых институтов юридической ответственности как самостоятельных.

К таким критериям относится, во-первых, наличие самостоятельной отрасли права, в структуру которой входит институт юридической ответственности. Однако нельзя абсолютизировать тот или иной критерий, взятый в отдельности. Так, самостоятельность той или иной отрасли не означает, что в ее структуре присутствует самостоятельный институт юридической ответственности. Наличие данного института свойственно сформированным и структурно развитым отраслям права. Во-вторых, особенности предмета и метода правового регулирования. В-третьих, вовне данный институт

³ СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

должен быть выражен в кодифицированном нормативном правовом акте. Однако недопустимо абсолютизировать и этот критерий. К примеру, Градостроительный кодекс Российской Федерации есть, а градостроительная ответственность отсутствует. В-четвертых, особенности самих мер юридической ответственности. Наконец, в-пятых, количество норм юридической ответственности — первичного элемента — в данной системе должно быть относительно велико, и они должны быть системно связаны. Недопустимо единичные нормы, которые не взаимосвязаны между собой, рассматривать как отраслевой институт юридической ответственности.

Экстраполируя указанные критерии на «институт» конституционно-процессуальной ответственности, следует указать, что в отечественной системе права нет такой самостоятельной отрасли права, как конституционно-процессуальное право, нет и кодифицированного нормативного правового акта, который был бы посвящен конституционному правосудию. Нельзя судить и о самостоятельности конституционно-процессуальной ответственности на основе особенностей ее мер, так как они носят унифицированный характер и аналогичны мерам, которые предусмотрены за нарушение иных видов юридического процесса. Как таковая отсутствует и взаимосвязанная система норм об ответственности за нарушение конституционного процесса.

На основе узкого понимания конституционного процесса можно сделать вывод, что данный институт еще не сформирован. В настоящее время можно только утверждать существование субинститута конституционно-процессуальной ответственности, являющегося частью института конституционной ответственности. Определение конституционно-процессуальной ответственности, исходящее из широкого понимания юридического и конституционного процесса, фактически нивелирует конституционную ответственность, так как происходит практически полный перенос традиционных мер конституционной ответственности в конституционно-процессуальные.

На основании вышеизложенного можно сделать вывод, что налогово-процессуальная ответственность как самостоятельный институт юридической ответственности отсутствует. Ученые, считающие налогово-процессуальную ответственность самостоятельным институтом (видом) юридической ответственности, ссылаются на ст. 128–129 Налогового кодекса, в которых предусматривается ответственность эксперта. Однако если обратиться к понятию «институт права», то можно заметить, что под правовым институтом подразумевается совокупность норм. Две нормы нельзя признать в качестве самостоятельного института. Полагаем, что налогово-процессуальная ответственность существует в рамках налоговой ответственности, а последняя, в свою очередь, является разновидностью финансово-правовой ответственности. Автор не выступает против существования в будущем в системе юридической ответственности самостоятельного института процессуальной

ответственности, но говорить в настоящее время о наличии данного институционального образования рано.

Заключение

Макроуровень института юридической ответственности включает во-первых, такие элементы, как позитивную юридическую ответственность, юридическую ответственность за правонарушение, процессуальную и материальную ответственность. Во-вторых, институт поощрения — это межотраслевой институт права. Однако на ином уровне обобщения он выступает субинститутом юридической ответственности, который, в свою очередь, входит в подсистему позитивной юридической ответственности. В-третьих, по своей юридической природе процессуальная ответственность дуалистична, что обусловлено законом единства и борьбы противоположностей. С определенной долей условности можно говорить о процессуально-материальной юридической природе института процессуальной ответственности. С одной стороны, она состоит из норм материального права, а с другой входит в структуру процессуальных отраслей права, но не в полном объеме, так как некоторые материальные по своей природе отрасли права включают в свою структуру нормы процессуальной ответственности и процессуальные подотрасли.

Необходима дальнейшая разработка данной проблематики в целях отграничения института юридической ответственности от смежных правовых институтов; выявления более детальной структуры, включающей как межотраслевые субинституты института юридической ответственности, так и субинституты, существующие в рамках отраслевых институтов юридической ответственности.



Библиография

Бойчев Г. Санкцията в правната система на Народна Република България. София: Юриспрес, 1972. 120 с.

Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности. М.: РАП, 2008. 408 с.

Колосова Н.М. Конституционная ответственность в Российской Федерации: ответственность органов государственной власти и иных субъектов права за нарушение конституционного законодательства. М.: Городец, 2000. 160 с.

Кремер Ю.О. Гражданско-правовое регулирование вексельной ответственности: дис. к.ю.н. Пермь, 1998. 180 с.

Кудрявцев В.Н. Закон, поступок, ответственность. М.: Наука, 1986. 448 с.

Лейст О.Э. Санкции и ответственность по советскому праву. М.: МГУ, 1981. 238 с.

Мусаткина А.А. Финансовая ответственность в системе юридической ответственности. Тольятти: Изд-во ВУИТ, 2004. 144 с.

Нарышева Н.Г. Понятие и сущность таксовой ответственности // Государство и право. 1997. N 10. С. 39–44.

Носков С.А. Институт юридической ответственности: дис. ... к.ю.н. Тольятти, 2007. 190 с.

Павлушина А.А. Теория юридического процесса: проблемы и перспективы развития: автореф. дис. ... к.ю.н. Самара, 2006. 44 с.

Сапунова М.А. Юридическая ответственность судей в Российской Федерации: теоретико-правовой анализ: дис. ... к.ю.н. М., 2007. 190 с.

Сунцова Е.А. Нетрадиционные виды юридической ответственности: дис. ... к.ю.н. М., 2005. 180 с.

Турусова О.С. Семейно-правовая ответственность в Российской Федерации и зарубежных странах: дис. ... к.ю.н. М., 2011. 198 с.

Weber M. Politik als Beuf. Berlin: Duncker & Humboldt, 1993. 661 p.

Werber H., Wolf H. Strafrechtliche Verantwortlichkeit, System der Kriminalitatsvorbeugung — bekampfung und sozialishes Rechtssystem // Staat und Recht. 1969. N 1. S. 429–437.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 1

Macro Level of the Institution of Legal Responsibility



Dmitry A. Lipinsky

Professor, Togliatti State University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 14 Belorusskaya Str., Togliatti 445020, Russian Federation. E-mail: Dmitri8@yandex.ru



Abstract

The purpose of the research is to determine the macro level elements of the institution of legal responsibility, their characteristic features and functional interconnections. Such methods of analysis as formal legal, comparative legal and historical legal were applied. Philosophical laws of the unity and struggle of opposites and the passage of quantitative changes into qualitative changes were used. Legal responsibility is one of the central and dynamically developing inter-sector institutions of law that provides functioning other legal institutions and influences the condition of legality, law and order, as well as executing rights and freedoms by citizens. The author emphasizes the need to examine the institution of legal responsibility as a multi structural unit in its interconnection with all elements of the legal system. The issue of the macro level of the institution of legal responsibility is studied based on its understanding as an integral legal phenomenon, including positive and negative aspects of its realizations. The author proves that the institution of legal responsibility is inter-sector and functional one. At the same time, it has a complex structure that includes micro and macro levels. The study has determined that the macro level of the institution of legal responsibility involves material and procedural responsibility; positive and negative legal responsibility. It is revealed the institutional nature of positive legal responsibility that includes the norms and principles, formalized prohibitions, obligations and permissions, as well as such a major element as the institution of incentives. Considering division of the legal system into private and public law, a conclusion is made that the classification of legal responsibility into public legal

and private legal ones at the macro level is not acceptable. The macro level of the legal system is not identical to the macro level of the system of legal responsibility. It is arguing that to the present day the institution of constitutional procedural responsibility has not been formed yet. Therefore, it should be viewed as a sub institution of constitutional responsibility. Characteristic features of procedural responsibility as well as the features that differentiate it from responsibility in material law are provided.

Keywords

legal institution; institution of legal responsibility; sub institution of legal responsibility; procedural responsibility; positive responsibility; system of legal responsibility; types of legal responsibility.

Acknowledgments: The work was supported by the Russian Fund of Fundamental Researches (RFBR), research project № 19-011-00103 A

For citation: Lipinsky D.A. (2019) Macro Level of the Institution of Legal Responsibility. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 25–44 (in Russian) DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.25.44

References

- Boichev G. (1972) [Sanctions in the Legal System of Bulgaria]. Sofia: Jurispress, 120 p. (in Bulgarian)
- Kolosova N.M. (2000) [Constitutional Responsibility in Russia]. Moscow: Gorodets, 160 p. (in Russian)
- Kremer Yu.O. (1998) [Legal regulation of bill responsibility. Candidate of Juridical Sciences Thesis]. Perm, 180 p. (in Russian)
- Kudryavtsev V.N. (1986) [Law, Action, Responsibility]. Moscow: Nauka, 448 p. (in Russian)
- Leist O.E. (1981) [Sanctions and Responsibility in the Soviet Law]. Moscow: MGU Press, 238 p. (in Russian)
- Musatkina A.A. (2004) [Financial responsibility in the system of responsibility]. Togliatti: University Press, 144 p. (in Russian)
- Narysheva N.G. (1997) [The notion and essence of tariff responsibility]. *Gosudarstvo i pravo*, no 10, pp. 39–44 (in Russian)
- Noskov S.A. (2007) [The institute of responsibility. Candidate of Juridical Sciences Thesis]. Togliatti, 190 p. (in Russian)
- Pavlushina A.A. (2006) [Theory of legal process: issues and prospects (Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary)]. Samara, 44 p. (in Russian)
- Sapunova M.A. (2007) [Responsibility of judges in the Russian Federation: theoretical analysis (Candidate of Juridical Sciences Thesis)]. Moscow, 190 p. (in Russian)
- Suntsova E.A. (2005) [Nontraditional types of responsibility (Candidate of Juridical Sciences Thesis)]. Moscow, 180 p. (in Russian)
- Turusova O.S. (2011) [Family responsibility in Russia and abroad (Candidate of Juridical Sciences Thesis)]. Moscow, 198 p. (in Russian)
- Vitruk V.N. (2008) [General Theory of Responsibility]. Moscow: RAP Press, 408 p. (in Russian)
- Weber M. (1993) *Politik als Beruf*. Berlin, 661 p. (in German)
- Werber H., Wolf H. (1969) Strafrechtliche Verantwortlichkeit, System der Kriminalitätsvorbeugung — bekämpfung und sozialishes Rechtssystem. *Staat und Recht*, no 1, S. 429–437 (in German)

Корпоративная ответственность участников коммерческих корпораций: проблемы и перспективы развития



О.В. Гутников

Главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117 218, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушкинская, 34. E-mail: oleg_gutnikov@mail.ru



Аннотация

В статье раскрываются основные тенденции развития норм об ответственности основных участников корпоративных отношений в ходе реформы гражданского законодательства в России. Такая ответственность рассматривается как отдельный вид гражданско-правовой ответственности, наряду с договорной и деликтной, имеющий отличительные особенности, в числе которых специальное основание корпоративной ответственности (корпоративное правонарушение) и принцип специалитета. Корпоративная ответственность в таком понимании имеет своим основанием нарушение субъективных гражданских (корпоративных) прав и корпоративных обязанностей, имеющих управленческую природу. Принцип специалитета корпоративной ответственности означает, что ответственность не может носить «генерального» характера и наступает только за те нарушения и в отношении тех субъектов, которые *expressis verbis* названы в законе. Исходя из такого подхода подчеркивается значение корпоративной гражданско-правовой ответственности в системе видов юридической ответственности участников коммерческих корпораций. Рассматриваются следующие виды корпоративной ответственности: ответственность участников перед кредиторами коммерческих корпораций; ответственность участников перед самими коммерческими корпорациями; ответственность участников перед другими участниками коммерческих корпораций; ответственность участников перед членами органов управления коммерческих корпораций. Каждый из перечисленных видов корпоративной ответственности анализируется исходя из действующего законодательства, доктринальных источников и авторского подхода к понятию корпоративной ответственности в целом. Целью статьи является общий обзор состояния и проблем правового регулирования различных видов гражданско-правовой ответственности участников коммерческих корпораций в России и определение основных направлений его дальнейшего совершенствования. На основе изучения российской доктрины, судебной практики и позитивного зарубежного опыта подготовлен ряд выводов и предложений, направленных на совершенствование российского законодательства об ответственности участников коммерческих корпораций. Обосновывается необходимость достижения в корпоративных отношениях справедливого баланса интересов между всеми заинтересованными лицами, включая участников, бенефициаров, управляющих, кредиторов (в том числе и государства) коммерческих корпораций. Методологическую основу исследования составили обще-

научные методы (анализ и синтез, индукция и дедукция, метод системного анализа) и методы юридической науки (в том числе методы сравнительного правоведения, методы буквального, систематического, телеологического и исторического толкования правовых норм).

Ключевые слова

юридические лица, гражданско-правовая ответственность, корпоративная ответственность, корпоративные правонарушения, корпоративные отношения, коммерческие корпорации, участники коммерческих корпораций.

Для цитирования: Гутников О.В. Корпоративная ответственность участников коммерческих операций: проблемы и перспективы развития // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 1. С. 46–70.

УДК: 346

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.46.70

Введение

«Принцип отделения» как основополагающий принцип корпоративного права [Суханов Е.А., 2013: 103], являющийся одной из основных причин его императивности, predetermined разделную имущественную ответственность юридического лица и его участников (учредителей) в гражданском обороте. Поэтому проблематика юридической ответственности в корпоративных отношениях традиционно является одной из центральных в корпоративном праве.

Реформа отечественного гражданского законодательства, затронувшая и главу 4 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) о юридических лицах¹, внесла существенные коррективы в нормы об ответственности ключевых участников этих отношений, расширив круг субъектов корпоративной ответственности, уточнив ее основания и одновременно унифицировав правила привлечения к ней. Так, в ГК РФ появилась ст. 53.1, устанавливающая универсальные правила основания и порядка привлечения к ответственности за причинение любому юридическому лицу убытков членами органов управления, а также иными лицами, которые имеют фактическую возможность определять действия юридического лица. Ранее подобные правила содержались лишь в специальных законах об отдельных видах

¹ См.: Федеральный закон от 5. 05. 2014 № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 19. Ст. 2304.

юридических лиц и распространялись на иные юридические лица только по аналогии закона в силу актов судебного толкования².

В целом модернизация гражданского законодательства сопровождается стремлением упростить возможность привлечения к ответственности и сделать соответствующий механизм понятнее и доступнее лицам, чьи права и законные интересы нарушены. Согласно ГК РФ именно *нарушение субъективного гражданского права* (ст. 15) влечет обязанность возмещения убытков и привлечение к гражданско-правовой ответственности. Поэтому рассмотрение корпоративной ответственности в качестве разновидности гражданско-правовой приводит к тому, что основанием такой ответственности следует считать *корпоративное правонарушение* — нарушение субъективных корпоративных прав и неисполнение субъективных корпоративных обязанностей, которые в целом имеют *управленческую природу*, на которую указывается в литературе [Зурабян А.А., 2008: 8–9; Морозов С.Ю., 2017: 181–191; Сеницын С.А., 2018: 409–435]. Так называемое «право членства» в юридических лицах также имеет особый субординационный (управленческий) немущественный характер [Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В., 2013: 72]. В связи с этим появляется причина говорить о корпоративной ответственности как особой разновидности гражданско-правовой ответственности, установленной за нарушение относительных [Ломакин Д.В., 2008: 123–130] корпоративных прав и обязанностей, имеющих управленческую природу, которая отличается от договорной или деликтной ответственности по основанию ее наступления и пока не признается большинством цивилистов.

Корпоративная ответственность, в отличие от договорной или деликтной, характеризуется также принципом специалитета и не может иметь «генерального» характера. Если договорная ответственность наступает в целом за любое нарушение договорных прав, а деликтная — за любое причинение вреда личности или имуществу, то в корпоративном праве, наоборот, должен действовать принцип специалитета (ответственность наступает только за те нарушения, на тех основаниях, условиях и в отношении тех субъектов, которые *expressis verbis* указаны в законе, учредительных документах юридического лица или в корпоративном договоре).

Специалитет корпоративной ответственности по существу находит поддержку как в литературе [Степанов Д.И., 2017: 22–23; Бойко Т.С., 2017: 118], так и в судебной практике³. Необходимость установления этого принципа

² См.: Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2013. № 10.

³ См. напр.: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда России от 05.12.2016 № 305-ЭС16-10038; Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 16.06.2016 по делу № А73-8740/2014; постановления АС Московского округа от 02.10.2015 № Ф05-6465/2014 по делу № А40-75714/13-134-707 и от 22.12.2015 по делу № А40-5192/2015, Федерального арбитражного суда Центрального округа от 06.06.2005 по делу № А14-13006/2004-487/29.

обусловлена целым рядом причин, которые в целом совпадают с причинами, по которым корпоративное право как таковое основано на преимущественно императивном методе регулирования [Кузнецов А.А., 2017: 26–51].

Чтобы при всей сложности корпоративного законодательства определить, влечет ли нарушение императивной нормы одновременно и нарушение субъективного гражданского корпоративного права, необходимо указание в законе, в каких случаях те или иные нарушения императивных норм влекут за собой право требовать возмещения убытков. Если же установить, что действует «генеральный деликт», т.е. любое противоправное поведение в корпоративных отношениях влечет обязанность возмещать убытки, это может привести к подмене публично-правовой ответственности гражданско-правовой, к произвольному взысканию гражданско-правовых санкций за нарушение публичных запретов при отсутствии нарушения субъективного гражданского права, что чревато массовыми нарушениями прав и интересов участников корпоративных отношений, сутяжничеством и злоупотреблением правами и в итоге — дестабилизацией гражданского оборота. Поэтому есть все основания установить принцип специалитета в отношении корпоративной ответственности и закрепить этот принцип непосредственно в законе.

Поскольку круг участников корпоративных отношений чрезвычайно широк и включает не только юридических лиц и их участников, но и членов органов управления, а также третьих лиц, в том числе кредиторов юридического лица, при установлении и совершенствовании механизмов привлечения к ответственности различных субъектов необходимо стремиться к достижению справедливого баланса интересов между всеми заинтересованными лицами, включая участников, бенефициаров, управляющих, кредиторов (в том числе и государство) юридического лица.

Исходя из изложенных выше теоретических посылок, целью настоящей статьи сделан общий обзор состояния и проблем правового регулирования различных видов гражданско-правовой (корпоративной) ответственности участников коммерческих корпораций в России и определение основных направлений его дальнейшего совершенствования. Исследование проведено с использованием общенаучных методов (анализ и синтез, индукция и дедукция, метод системного анализа) и методов юридической науки (в том числе сравнительного правоведения, буквального, систематического, телеологического и исторического толкования правовых норм).

1. Основные виды гражданско-правовой ответственности участников коммерческих корпораций

В российском гражданском праве ответственность участников коммерческих корпораций обычно обсуждается в контексте их субсидиарной от-

ветственности перед кредиторами по обязательствам юридического лица. Такая ответственность, как правило, не связана с противоправным поведением должника, а являет собой своеобразную «квазикорпоративную ответственность» обеспечительного характера. Также участники привлекаются к ответственности за причиненные корпорации убытки наравне с членами органов управления юридического лица по ст. 53.1 ГК РФ, если участник одновременно является членом органа управления или лицом, контролирующим деятельность юридического лица (контролирующий участник — п. 3 ст. 53.1 ГК РФ). Обычный участник при этом за убытки не отвечает. В ряде случаев участники могут нести гражданско-правовую ответственность перед другими участниками юридического лица.

В зависимости от того, чьи права и законные интересы нарушены, и, соответственно, в чью пользу возмещаются убытки и применяются иные меры ответственности, ответственность участников коммерческих корпораций в корпоративных отношениях можно разделить на следующие виды: 1) ответственность участников перед кредиторами коммерческих корпораций; 2) ответственность участников перед самими коммерческими корпорациями; 3) ответственность участников перед другими участниками коммерческих корпораций; 4) ответственность участников перед членами органов управления коммерческих корпораций.

Наибольшее распространение в российском законодательстве получили первые два вида корпоративной ответственности участников — перед коммерческими корпорациями и перед кредиторами. Ответственность участников перед другими участниками встречается реже, а перед членами органов управления и вовсе отсутствует.

2. Ответственность контролирующих и миноритарных участников: основные подходы

В наиболее распространенных видах корпоративной ответственности (перед юридическим лицом и перед кредиторами) речь, в первую очередь, идет об ответственности *контролирующих участников*. Это обусловлено тем, что любые корпоративные правонарушения связаны прежде всего с нарушением управленческих обязанностей, и, чем выше степень управленческого контроля участника, тем выше и его ответственность. Оснований привлечения миноритарных участников к какому-либо виду корпоративной ответственности почти не имеется.

Возложение на контролирующих участников корпоративной ответственности основано на том, что через управляющее воздействие на подконтрольное юридическое лицо контролирующий участник потенциально способен причинить убытки другим участникам гражданского оборота. Поэтому кон-

тролирующий участник, осуществляя фактически управление юридическим лицом, должен отвечать за свои недобросовестные или неразумные действия, причиняющие убытки различным субъектам в связи с деятельностью подконтрольного юридического лица.

В целом также возможно построение ответственности контролирующих участников на началах риска наступления негативных последствий деятельности юридического лица, который они принимают на себя в связи с участием в управлении подконтрольным юридическим лицом. Соответствующие убытки могут быть причинены как самому подконтрольному юридическому лицу, так и его участникам (собственнику имущества юридического лица), а также третьим лицам — кредиторам юридического лица по договорным или внедоговорным обязательствам (в том числе деликтным).

В связи с этим контролирующее лицо несет *корпоративную обязанность действовать добросовестно и разумно в интересах всех участников корпоративных отношений*, в том числе юридического лица, других участников, членов органов управления коммерческой корпорации и даже кредиторов на стадии ликвидации юридического лица в условиях недостаточности имущества. В этом смысле корпоративный контроль «обязывает» субъекта корпоративного управления точно так же, как собственность «обязывает» субъекта права собственности.

В российском гражданском праве эта корпоративная обязанность контролирующих участников до недавнего времени отсутствовала. Лишь с внесением изменений в главу 4 ГК РФ в 2014 г. такая обязанность появилась в отношении лиц, имеющих фактическую возможность определять действия юридического лица, в том числе в отношении контролирующих участников (п. 3 ст. 53.1). Однако в ст. 53.1 ГК РФ обязанность контролирующего участника действовать добросовестно и разумно установлена лишь в интересах юридического лица. Подобной обязанности в интересах других участников корпоративных отношений данная статья не предусматривает. Поэтому и ответственность контролирующего участника по ст. 53.1 ГК РФ установлена лишь в пользу юридического лица: на основании этой нормы участник возмещает убытки, причиненные исключительно корпорации.

В то же время подобную корпоративную обязанность (и ответственность) контролирующего участника можно было бы устанавливать в интересах других субъектов корпоративных отношений, в том числе других участников и членов органов управления. Это можно было бы делать в тех случаях, когда возмещение убытков в пользу самой коммерческой корпорации не приведет к восстановлению нарушенных прав и интересов участников или членов органов управления. Однако установление подобной обязанности (и ответственности) в интересах кредиторов коммерческой корпорации подорвало бы принцип раздельной ответственности юридического лица и

его участников перед кредиторами. Лишь на стадии банкротства или ликвидации в условиях недокапитализации, когда контролирующий участник осознает недостаточность имущества коммерческой корпорации для выполнения требований кредиторов, может быть установлена обязанность контролирующего лица действовать, в том числе в интересах кредиторов, что и было учтено в недавних изменениях законодательства о банкротстве.

Например, в законодательстве о несостоятельности основанием для привлечения к ответственности любых контролирующих лиц является не только нарушение закона или причинение убытков, но и нарушение новой фидуциарной обязанности соответствующих лиц *действовать с учетом интересов кредиторов*, в частности, не допускать действий (бездействия), которые могут заведомо ухудшить финансовое положение организации-должника. Эта обязанность установлена для руководителя должника и иных его органов, а также учредителей (участников) должника, собственника имущества должника и иных контролирующих должника лиц со дня, когда они узнали или должны были узнать о признаках банкротства⁴.

Соответственно, придание корпоративной обязанности контролирующих участников действовать добросовестно и разумно еще более универсального характера и установление ее не только в интересах корпорации, но в отдельных случаях и в интересах других участников, членов органов управления, а также кредиторов (на стадии банкротства) дает возможность лицам, пострадавшим от злоупотреблений контролирующего лица (в том числе участникам, кредиторам, членам органов управления), предъявлять прямые иски против контролирующего участника о возмещении причиненных убытков.

В отличие от контролирующих участников, *миноритарные участники* коммерческих корпораций не обладают корпоративным контролем, не несут фидуциарных обязанностей действовать добросовестно и разумно и, по общему правилу, не должны отвечать за убытки, причиненные другим участникам корпоративных отношений своими неразумными или недобросовестными действиями. Поэтому универсальной обязанности по возмещению убытков корпорации или другим участникам корпоративных отношений для миноритарных участников быть не должно. Миноритарные участники несут лишь универсальную обязанность не совершать умышленных действий по причинению вреда корпорации (абз. 5 п. 4 ст. 65.2 ГК РФ).

В то же время в связи с участием в корпоративных отношениях в отдельных случаях миноритарные участники могут не исполнять иных обязан-

⁴ См.: п. 1 ст. 30 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190 (в ред. Федерального закона от 29.07.2017 № 266-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» // СЗ РФ. 2017. № 31 (часть I). Ст. 4815).

ностей, возложенных на них корпоративным законодательством, внутренними документами юридического лица или корпоративным договором, и тем самым нарушать субъективные права и законные интересы других лиц (корпорации, других участников, кредиторов, членов органов управления). В связи с этим на них законодательством, учредительными документами или корпоративным договором в каждом таком случае может быть возложена ответственность по возмещению причиненных убытков⁵. В этом смысле должен в полной мере действовать принцип специалитета корпоративной ответственности.

3. Ответственность участников перед коммерческой корпорацией

Корпоративная ответственность участников *перед самими коммерческими корпорациями* в российском гражданском праве, прежде всего, связана с обязанностью возмещать корпорации убытки и в основном сводится к двум ее разновидностям: 1) ответственность контролирующих участников за убытки, причиненные корпорации неразумными или недобросовестными действиями (п. 3 ст. 53.1 ГК РФ, ст. 61.2 Закона «О несостоятельности»⁶); 2) ответственность любых участников корпорации за виновное нарушение иных корпоративных обязанностей перед корпорацией, установленных законом или учредительными документами юридического лица.

Первая разновидность указанной корпоративной ответственности (ст. 53.1 ГК РФ), по существу, основана на предъявляемых законом повышенных требованиях к контролирующим участникам, несущих особые фидуциарные обязанности перед корпорацией действовать в ее интересах добросовестно и разумно в силу факта управленческого контроля. Такая ответственность наступает, если установлено, что контролирующий участник действовал недобросовестно и неразумно, в том числе если его действия (бездействие) не соответствовали обычным условиям гражданского оборота или обычному предпринимательскому риску. Ориентиры для установления факта неразумного или недобросовестного поведения были даны судебной практикой в указанном ранее Постановлении Пленума ВАС от 30.07.2013 № 62.

Иногда на практике встречаются попытки применять ответственность, предусмотренную ст. 53.1 ГК РФ, к любым участникам коммерческой корпораций, голосовавшим на общем собрании за решение, повлекшее причи-

⁵ Обязанность возместить убытки в специально оговоренных законодательством подобных случаях касается любых участников, в том числе и контролирующих.

⁶ СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

нение корпорации убытков. Такой подход основан на том, что любые участники коммерческой корпорации (а не только контролирующие участники) являются членами высшего органа управления — общего собрания участников (акционеров), которое должно рассматриваться как коллегиальный орган юридического лица, члены которого в силу п. 2 ст. 53.1 также несут соответствующую ответственность. Однако такой подход в корне неверен не только потому, что общее собрание по смыслу ГК РФ не является коллегиальным органом управления корпорации (таким органом считается наблюдательный или иной совет, а также коллегиальный исполнительный орган (правление и т.п.) (п. 4 ст. 65.3, п. 3 ст. 53 ГК РФ)), но также потому, что миноритарные участники корпорации не несут перед корпорацией фидуциарной обязанности действовать в ее интересах добросовестно и разумно, и основания применять к ним ответственность, предусмотренную п. 2 ст. 53.1 ГК РФ, отсутствуют.

Поэтому по данной статье за упущения при управлении корпорацией могут привлекаться к ответственности лишь контролирующие участники, обладающие в силу принадлежности им контрольного пакета акций фактической возможностью определять действия юридического лица (п. 3 ст. 53.1 ГК РФ). Иногда судебная практика под тем предлогом, что общее собрание не является коллегиальным органом юридического лица, отказывает в привлечении к ответственности по ст. 53.1 ГК РФ, в том числе контролирующих участников [Лиханов А.С., Согбатьян А.Г., 2017: 140]. Однако такая практика ошибочна, так как контролирующий участник должен привлекаться к ответственности, но не на основании п. 2, а на основании п. 3 ст. 53.1 ГК РФ — как лицо, осуществляющее фактический контроль.

Если говорить об ответственности органов юридического лица, то в российской литературе наибольшее распространение получила точка зрения, что органы юридического лица, являясь субъектами корпоративного управления, при этом не являются субъектами гражданского права и не могут быть участниками корпоративных отношений, основанных на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности [Терновая О.А., 2015: 884–889].

Корпоративная ответственность по ст. 53.1 ГК РФ имеет отличия как от договорной и деликтной ответственности, так и от ответственности участников перед корпорацией за иные корпоративные правонарушения. Прежде всего, такая ответственность наступает не за нарушение всеобщей обязанности не причинять вреда другому лицу (деликтная ответственность), и не за нарушение договорной обязанности (договорная ответственность), а за нарушение специальной корпоративной фидуциарной обязанности действовать в интересах юридического лица добросовестно и разумно. Также в отличие от общего правила гражданско-правовой ответственности (как до-

говорной, так и деликтной), согласно которому бремя доказывания невиновности лежит на нарушителе, фактически в ст. 53.1 ГК РФ установлено прямо противоположное правило: лицо, предъявляющее соответствующее требование, должно доказать вину контролирующего участника. Это следует из того, что недобросовестные и неразумные действия, будучи противоправными, одновременно являются виновными. В гражданском же праве действует презумпция добросовестности и разумности участников гражданского оборота, которая подлежит опровержению (п. 5 ст. 10 ГК РФ).

Пока в законах об отдельных видах коммерческих корпораций⁷ отсутствуют нормы о корпоративной ответственности лиц, фактически контролирующих организацию, а также членов любых коллегиальных органов юридического лица (п. 2 и 3 ст. 53.1 ГК РФ). Несмотря на то, что приоритет в этом вопросе должен принадлежать ГК РФ (абз. 2 п. 2 ст. 3), тем не менее есть основания рассматривать законы об отдельных видах юридических лиц как специальные и имеющие предпочтение перед ГК РФ (п. 3 ст. 87, п. 3 ст. 96). Скорейшее принятие таких норм и приведение специальных законов в соответствие с ГК РФ внесет большую ясность в правовое регулирование отношений, связанных с привлечением к ответственности контролирующих участников хозяйственных обществ за причиненные этим обществам убытки.

Особенностью корпоративной ответственности, предусмотренной ст. 53.1 ГК РФ, является то, что требование о возмещении убытков в пользу хозяйственного общества может предъявлять как юридическое лицо, так и его участники. В последнем случае речь идет о так называемом косвенном иске, который подается участником (учредителем) не в своих интересах, а в интересах юридического лица. Аналогичное право в силу п. 4 ст. 65.3 ГК РФ дано членам коллегиальных органов управления (наблюдательного или иного совета). Кроме того, если коммерческая корпорация находится в стадии банкротства, требование о возмещении причиненных ей контролирующими лицами убытков могут предъявить также кредиторы корпорации (ст. 61.20 Закона о несостоятельности).

ГК РФ не связывает право на предъявление участниками косвенного иска с владением ими долей определенного размера в уставном капитале хозяйственного общества. По смыслу ст. 53.1 ГК РФ таким правом обладает *любой участник (учредитель)* хозяйственного общества. Между тем указанный ФЗ⁸ (п. 5 ст. 71) предоставляет право на обращение с соответствующим иском лишь акционеру (акционерам), владеющему в совокупности не менее чем 1% размещенных обыкновенных акций общества. Такое ограничение

⁷ См.: Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1; Федеральный закон от 8.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

⁸ СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

прав акционеров противоречит ст. 53.1 ГК РФ и должно быть устранено из Закона об акционерных обществах.

Помимо ответственности за нарушение фидуциарных обязанностей контролирующих участников, любые участники коммерческой корпорации могут нести перед ней гражданско-правовую ответственность в виде возмещения убытков за нарушение иных корпоративных обязанностей, предусмотренных законом или учредительными документами юридического лица. Однако в отличие от общих правил о деликтной или договорной ответственности обязанность возмещать убытки за нарушение конкретных корпоративных обязанностей должна быть прямо предусмотрена в нормах ГК РФ или специальных законов о юридических лицах в силу принципа специалитета корпоративной ответственности.

Участники коммерческих корпораций несут перед ними как общие корпоративные обязанности, характерные для участников любых корпоративных организаций (п. 4 ст. 65.2 ГК РФ), так и обязанности, предусмотренные для участников конкретных видов коммерческих корпораций (например, п. 2 ст. 67 ГК РФ). Так, участник коммерческой корпорации обязан участвовать в образовании имущества корпорации (вносить вклады в уставный или складочный капитал коммерческой корпорации); не разглашать конфиденциальной информации; участвовать в принятии корпоративных решений, без которых корпорация не может продолжать деятельность; не совершать действий, заведомо направленных на причинение вреда корпорации; не совершать действий (бездействия), которые существенно затрудняют или делают невозможным достижение целей, ради которых создана корпорация. Участник полного товарищества не вправе совершать без согласия других участников сделки, однородные с теми, которые составляют предмет деятельности товарищества (п. 3 ст. 73 ГК РФ).

Требование о возмещении причиненных корпорации убытков не всегда прямо предусмотрено нормами корпоративного права. Например, за нарушение обязанности не совершать конкурирующих с товариществом сделок закон предусматривает право товарищества по своему выбору потребовать от нарушителя возмещения причиненных товариществу убытков либо передачи товариществу всей приобретенной по таким сделкам выгоды (абз. 2 п. 3 ст. 73 ГК РФ). Участник полного товарищества, не исполнивший обязанности вносить вклад в складочный капитал товарищества, обязан уплатить товариществу 10% годовых с невнесенной части вклада и возместить причиненные товариществу убытки, если иные последствия не предусмотрены учредительным договором (п. 2 ст. 73 ГК РФ).

Если же право на предъявление требований о возмещении убытков закон не предусматривает в качестве последствия нарушения обязанности, то оснований для применения соответствующей меры ответственности в виде

возмещения убытков не имеется. Например, за неисполнение обязанности по оплате доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью предусмотрено специальное последствие в виде перехода такой доли (ее соответствующей части) к обществу. Также договором об учреждении общества может быть предусмотрена уплата неустойки (п. 3 ст. 16 Закона об обществах с ограниченной ответственностью). Аналогичные последствия неоплаты акций предусмотрены абз. 4 п. 1 ст. 34 Закона об акционерных обществах. Такого последствия, как взыскание убытков, законы о хозяйственных обществах в данном случае не предусматривают. Общество не может потребовать от участника внести суммы просроченной оплаты или возместить соответствующие убытки⁹.

Помимо ответственности в виде возмещения убытков участники коммерческих корпораций за нарушение своих корпоративных обязанностей могут быть исключены из товарищества или хозяйственного общества (кроме участников публичных акционерных обществ). Правовая природа исключения участника из юридического лица остается спорной [Цепов Г.В., 2017: 96–114], она в том числе может рассматриваться и как способ защиты корпоративных прав других участников и самой коммерческой корпорации, и как мера ответственности исключаемого участника как перед корпорацией, так и перед другими участниками. В то же время когда исключение обусловлено неправомерными виновными действиями участника, оно является мерой ответственности за нарушение корпоративных обязанностей участника перед корпорацией. Именно такой подход преимущественно прослеживается в абз. 4 п. 1 ст. 67 ГК РФ, согласно которому основанием для исключения могут являться действия (бездействие) участника, причинившие существенный вред товариществу или обществу либо иным образом существенно затрудняющие его деятельность и достижение целей, ради которых оно создавалось, в том числе грубое нарушение обязанностей, предусмотренных законом или учредительными документами товарищества или общества.

4. Ответственность участников перед кредиторами

Если вести речь об ответственности участников *перед кредиторами*, то по общему правилу здесь действует принцип отделения: участник не отвечает по обязательствам юридического лица, кроме случаев, предусмотренных ГК РФ или другим законом. Таким образом, участник несет ответственность перед кредиторами только в силу прямого указания ГК РФ или другого закона (п. 2 ст. 56). Такие случаи не всегда связаны с противоправным пове-

⁹ См., напр.: Определение ВАС РФ от 19.04.2011 № ВАС-4329/11 по делу № А46-2352/2010 // СПС Консультант Плюс.

дением участника и чаще всего обусловлены установлением своеобразного «обеспечительного» обязательства участников перед кредиторами по обязательствам коммерческой корпорации («квазикорпоративная ответственность»). Такая «квазикорпоративная ответственность» устанавливается в отношении любых участников коммерческой корпорации (как контролирующих, так и миноритарных) и призвана гарантировать интересы кредиторов при недостаточности имущества коммерческой корпорации при ее создании, наполнении уставного капитала или в связи с особенностями организационно-правовой формы.

Например, в силу п. 3 ст. 66.2 ГК РФ участник общества вместе с независимым оценщиком в случае недостаточности имущества общества солидарно несут субсидиарную ответственность по его обязательствам в пределах суммы, на которую завышена оценка имущества, внесенного в уставный капитал¹⁰, в течение пяти лет с момента государственной регистрации общества или внесения в устав соответствующих изменений. Также согласно п. 4 ст. 66.2 ГК РФ в случае, если в соответствии с законом допускается государственная регистрация хозяйственного общества без предварительной оплаты $\frac{3}{4}$ уставного капитала, участники общества несут субсидиарную ответственность по его обязательствам, возникшим до момента полной оплаты уставного капитала. При создании общества с ограниченной ответственностью и акционерного общества его учредители несут солидарную ответственность по обязательствам, связанным с его учреждением и возникшим до его государственной регистрации (п. 2 ст. 89, п. 2 ст. 98 ГК РФ).

Еще одним примером «гарантийной» ответственности перед кредиторами является ответственность полного товарища по обязательствам товарищества перед кредиторами (п. 1 и 3 ст. 75, п. 2 ст. 68 ГК РФ). Субсидиарную ответственность перед кредиторами несут члены производственного кооператива в размерах и порядке, которые предусмотрены законом о производственных кооперативах и уставом кооператива (п. 2 ст. 106.1 ГК РФ).

Особым случаем «гарантийной» ответственности участника перед кредиторами является ответственность основного общества по обязательствам дочернего (п. 2 ст. 67.3 ГК РФ): основное хозяйственное товарищество или общество отвечает солидарно с дочерним обществом по сделкам, заключенным последним во исполнение указаний или с согласия основного хозяйственного товарищества или общества, за исключением случаев голосования основного хозяйственного товарищества или общества по вопросу об одобрении сделки на общем собрании участников дочернего общества, а также одобрения сделки органом управления основного хозяйственного общества, если необходимость такого одобрения предусмотрена уставом дочернего и (или) основного общества.

¹⁰ При оплате уставного капитала неденежными средствами.

Данная ответственность возлагается только на основное хозяйственное товарищество или общество, т.е. фактически на контролирующего участника, и не применяется к участникам, у которых отсутствует возможность определять решения коммерческой корпорации. Как говорилось выше, это связано с повышенной ответственностью контролирующего участника, который, по существу, в силу закона гарантирует кредиторам исполнение всех сделок, которые были совершены подконтрольным ему хозяйственным обществом во исполнение указаний основного общества.

Основными недостатками данной конструкции ответственности являются два.

Во-первых, возложение на контролирующего участника, не совершающего неправомерных действий, *солидарной* ответственности по обязательствам подконтрольных коммерческих корпораций в условиях, когда дочернее хозяйственное общество не находится в состоянии банкротства, а нормально функционирует в гражданском обороте, является излишне жесткой мерой в отношении контролирующих участников, подрывающей принцип раздельной имущественной ответственности участников и юридического лица перед кредиторами в гражданском обороте. Наиболее подходящей в данном случае была бы не солидарная, а *субсидиарная* ответственность контролирующего участника. Именно такой вариант решения данного вопроса предлагался в п. 1.8 раздела III Концепции развития гражданского законодательства¹¹, в которой речь шла не о солидарной, а о субсидиарной имущественной ответственности учредителей, участников, выгодоприобретателей и иных лиц, имеющих возможность определять решения о совершении сделок, принимаемые юридическим лицом перед его контрагентами по сделке.

Фактически в субсидиарном порядке привлекаются к ответственности акционеры и в праве США, где зародилась доктрина «снятия корпоративной вуали». Например, О.Н. Фомина отмечает, что судебные органы США прибегают к «снятию корпоративной вуали» только в случаях недостаточности имущества самой ответственной корпорации (фактически ответственность всегда носит субсидиарный характер) [Фомина О.Н., 2016: 57, 60].

Во-вторых, конструкция «гарантийной» ответственности контролирующего участника по сделкам, заключенным во исполнение указаний основного общества, по существу, устанавливает ответственность при отсутствии со стороны основного общества каких-либо противоправных действий и вины в неисполнении дочерним обществом своих обязательств. Ответственность наступает «автоматически», даже независимо от того, что неисполнение обязательства могло иметь место исключительно по вине дочернего общества и его должностных лиц, а основное общество, несмотря на то, что дало указа-

¹¹ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / вступ. ст. А.Л. Маковского. М.: Статут, 2009. 160 с.

ние о заключении самой сделки, к ее ненадлежащему исполнению не имеет никакого отношения. Такое регулирование, на наш взгляд, не только противоречит основным принципам любой юридической ответственности, но и налагает на контролирурующих участников принудительные обязательства, несоразмерные конституционно значимым целям, в которых могут быть ограничены гражданские права (абз. 2 п. 2 ст. 1 ГК РФ, п. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации). Не зря в Концепции развития гражданского законодательства предлагалось устанавливать субсидиарную *виновную* имущественную ответственность учредителей перед контрагентами юридического лица по сделке¹². Однако и при возможном устранении данных недостатков с «гарантийной» ответственностью контролирующих участников перед кредиторами вряд ли можно согласиться в принципе, если такая ответственность касается нормально функционирующих юридических лиц независимо от того, достаточно ли их имущества для удовлетворения требований кредиторов.

Любое введенное законом отступление от принципа отделения должно иметь серьезные основания, коренящиеся прежде всего в злонамеренных, по сути мошеннических неправомерных действиях участников юридического лица, которые привели к неисполнению обязательства перед кредиторами и как следствие — к убыткам кредиторов [Будылин С.Л., Иванец Ю.Л., 2013: 80–125; Фомина О.Н., 2016: 48–53]. Если речь идет об отсутствии противоправных действий контролирующего участника, то «гарантийная» ответственность по обязательствам перед кредиторами может иметь место лишь при недостаточности имущества подконтрольной коммерческой корпорации, т.е. в случае ее банкротства.

Если контролируемая компания имеет имущество для удовлетворении требований кредиторов, то «гарантийная» корпоративная ответственность контролирующих участников по обязательствам юридического лица перед кредиторами в принципе не должна иметь места, иначе конструкция юридического лица теряет смысл. Поэтому контролирующие лица могут нести субсидиарную ответственность перед кредиторами лишь при банкротстве юридического лица, что и имеет место в законодательстве о несостоятельности.

Так как солидарная ответственность основного общества (товарищества) перед кредиторами дочернего общества по сделкам, заключенным последним во исполнение указаний или с согласия основного общества (товарищества), установленная в абз. 2 п. 2 ст. 67.3 ГК РФ, грубо нарушает «принцип отделения», она, на наш взгляд, должна быть полностью из законодательства устранена. Несмотря на это, в законопроекте, разработанном в ходе ре-

¹² П. 1.8 раздела III Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации // СПС Консультант Плюс.

формы Гражданского кодекса¹³, вместо устранения такой ответственности предлагалось, наоборот, распространить соответствующие нормы на контролирующих лиц в любых организациях¹⁴, что могло вызвать самые непредсказуемые последствия для гражданского оборота. Соответствующие нормы не вошли в текст обновленной главы 4 ГК РФ о юридических лицах [Витрянский В.В., 2016: 34–35], что было вызвано как концептуальными, так и юридико-техническими недостатками проектируемых норм.

В то же время 5.04.2018 на портале проектов нормативных правовых актов был размещен для обсуждения подготовленный Минэкономразвития законопроект¹⁵, реанимирующий идею введения универсальных норм об ответственности контролирующих лиц в отношении любых юридических лиц и их участников. Однако в отличие от законопроекта № 47538-6 новый законопроект предлагает целиком отказаться от ответственности контролирующих лиц по обязательствам юридического лица перед кредиторами. Предполагается, что контролирующие лица будут отвечать лишь перед подконтрольным юридическим лицом в виде возмещения убытков за свои виновные действия, выражающиеся в нарушении обязанности контролирующего лица действовать добросовестно и разумно в интересах подконтрольной организации. Требование к контролируемому участнику о возмещении причиненных подконтрольной организации убытков может быть предъявлено как самим подконтрольным лицом, так и его участниками (ст. 53.3 и 53.4 ГК РФ в редакции законопроекта). При этом ст. 67.3 ГК РФ об основных и дочерних хозяйственных обществах предлагается полностью отменить. По существу новый законопроект детализирует норму п. 3 ст. 67.3 ГК РФ об ответственности основного общества за убытки, причиненные дочернему обществу, и распространяет ее на любые подконтрольные организации в отношении любых контролирующих лиц, одновременно уточняя понятие контролирующего лица. Хотя законопроект вызывает множество возражений (в том числе сомнительна в принципе целесообразность его принятия ввиду наличия в ГК РФ общей нормы п. 3 ст. 53.1, которая уже

¹³ Проект № 47538-6 Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации», внесенный в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации Президентом Российской Федерации (принят в первом чтении 27. 04. 2012. См.: URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/work/dz.nsf/ByID/17E4823DDEA0FCEC432579DE002955A6/\\$File/%D0%9F%D1%80%D0%BE%D0%B5%D0%BA%D1%82%20E2%84%9647538-6.rtf?OpenElement](http://asozd2.duma.gov.ru/work/dz.nsf/ByID/17E4823DDEA0FCEC432579DE002955A6/$File/%D0%9F%D1%80%D0%BE%D0%B5%D0%BA%D1%82%20E2%84%9647538-6.rtf?OpenElement) (дата обращения: 12. 12. 2018)

¹⁴ Ст. 53.4 ГК в редакции законопроекта.

¹⁵ Проект Федерального закона «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации (в части определения контролирующих и подконтрольных лиц и их ответственности)». См.: URL: <http://regulation.gov.ru/projects#npa=79694> (дата обращения: 12.12. 2018)

устанавливает универсальную обязанность контролирующих лиц отвечать за причиненные подконтрольным организациям убытки), тем не менее заслуживает поддержки его идея отказаться от механизма ответственности контролирующего лица перед кредиторами, предусмотренного п. 2 ст. 67.3 ГК РФ, так как данная норма противоречит принципу раздельной ответственности юридического лица и его участников по своим обязательствам перед кредиторами.

Помимо рассмотренной выше «квазикорпоративной ответственности» участник коммерческой корпорации может отвечать перед кредиторами за собственные противоправные действия в рамках подлинно корпоративной ответственности. При этом противоправные действия участника, за которые наступает корпоративная ответственность, могут быть связаны: 1) с нарушением корпоративной обязанности контролирующего участника действовать добросовестно и разумно в интересах кредиторов (как указывалось выше, подобная ответственность перед кредиторами допустима только на стадии банкротства коммерческой корпорации); 2) с грубым нарушением любыми участниками (как контролирующими, так и неконтролирующими) иных корпоративных обязанностей, предусмотренных корпоративным законодательством, влекущим причинение убытков кредиторам. При этом ответственность участников за свое противоправное поведение перед кредиторами может приобретать форму субсидиарной ответственности по обязательствам юридического лица, либо форму прямой ответственности перед кредиторами, понесшими убытки. Нормы об ответственности контролирующих участников перед кредиторами на стадии банкротства юридического лица содержатся в законодательстве о банкротстве. В частности, субсидиарная ответственность контролирующих лиц, в том числе основного общества, за доведение подконтрольного юридического лица до банкротства и иные нарушения при банкротстве установлена в п. 2 ст. 67.3 ГК РФ и в главе III.2 «Ответственность руководителя должника и иных лиц в деле о банкротстве» Закона о несостоятельности¹⁶.

Кроме ответственности за неправомерное поведение участников при банкротстве коммерческих корпораций, законодательство о юридических лицах в отдельных случаях предусматривает специальные составы корпоративных правонарушений, когда участники за свои неправомерные действия должны возместить убытки непосредственно кредиторам (например, п. 3 ст. 60, п. 4 ст. 60.1, п. 2 ст. 64.1 ГК РФ).

В силу положений п. 9 и 10 ст. 67.2 ГК РФ сторонами корпоративного договора или соглашения о создании хозяйственного общества, помимо его участников, могут быть также кредиторы общества или иные третьи лица.

¹⁶ Глава III.2 внесена в Закон о несостоятельности указанным Федеральным законом от 29.07.2017 № 266-ФЗ // СЗ РФ. 2017. № 31 (Часть I). Ст. 4815.

Соответственно, участники, нарушившие свои обязательства по таким договорам, обязаны будут нести непосредственно перед соответствующими кредиторами договорную ответственность в виде возмещения убытков.

5. Ответственность участников коммерческих корпораций перед другими участниками

Меньше всего в российском праве развиты положения об ответственности участников коммерческих корпораций *перед другими участниками*, хотя потребность в таких нормах существует, поскольку не всегда возмещение убытков в пользу корпорации способно защитить права и законные интересы участников. В литературе справедливо отмечается, что когда контролирующие корпорацию лица (в том числе директора, контролирующие участники и т.д.) злоупотребляют своей корпоративной властью и причиняют корпорации убытки, косвенный иск других участников о возмещении этих убытков в пользу корпорации не всегда бывает эффективен: поступившие в пользу корпорации средства фактически снова оказываются в распоряжении недобросовестных директоров или контролирующих участников, которые впоследствии могут вывести эти активы на подконтрольных им лиц или реорганизовать компанию, уменьшив размер долей всех участников, а миноритарные участники лишены возможности восстановить свое имущественное положение и потребовать возмещения убытков от мажоритариев или принятия компанией решения о выплате дивидендов [Бойко Т.С., 2017: 116–136].

Более того, у корпорации может и не возникнуть убытков в связи с недобросовестным поведением контролирующих участников, например, при решении о невыплате дивидендов, в результате которого убытки в виде лишения дивидендов возникают не у корпорации, а у ее участников. В таких случаях, как справедливо полагают некоторые авторы, необходимо ставить вопрос о введении в отечественное корпоративное законодательство в качестве общего правила института ответственности участника перед другим участником, известное многим зарубежным правовым порядкам [Степанов Д.И., 2008: 8–23; Глазунов А.Ю., 2017: 172].

Причины, по которым прямые иски о возмещении убытков одних участников другим не получили широкого распространения, связаны, во-первых, с особенностью правовой природы корпоративной ответственности, а, во-вторых, с отрицанием существования корпоративных фидуциарных обязанностей одних участников перед другими. Правовая природа корпоративной ответственности предопределяет принцип ее специалитета, в силу которого ответственность не подлежит применению в случаях, когда такая возможность прямо не предусмотрена законом. Взыскание убытков на основании ст. 1064 ГК РФ о деликтной ответственности, как отмечалось выше, при этом

не может иметь места, поскольку деликтное обязательство возникает в силу самого факта причинения вреда между лицами, не состоящими между собой в каких-либо относительных правоотношениях, в то время как корпоративная ответственность основана на нарушении корпоративных обязанностей лицами, между которыми имеется относительная правовая связь. Кроме того, специальные нормы корпоративного законодательства в силу известного правового принципа *lex specialis derogat lex generalis*¹⁷ должны иметь приоритет перед общими нормами о деликтах.

Также в литературе по акционерному праву давно можно встретить суждения, согласно которым между акционерами вообще не возникает никаких правовых отношений, поэтому один участник не может отвечать перед другим участником. Среди обязанностей участников корпорации нет обязанности не причинять вред другим участникам, а есть лишь обязанность не совершать действий, заведомо направленных на причинение вреда самой корпорации. Все иные обязанности участников также относятся к самой корпорации, но не к другим участникам. Нарушение этих обязанностей, как было рассмотрено выше, влечет ответственность перед самой корпорацией в виде возмещения убытков (ст. 53.1 ГК РФ), или в виде исключения участника из товарищества или непубличного хозяйственного общества. Другие участники если и терпят ущерб от действий контролирующего участника, то этот ущерб является производным от ущерба, который причиняется самой корпорации (так называемые «отраженные убытки»), и тем самым — опосредованно всем участникам.

В таких условиях предоставление возможности одному из участников подавать прямой иск против другого участника нарушает права как самой корпорации, так и других участников, а также кредиторов корпорации, которые в результате удовлетворения такого иска лишаются возможности удовлетворять свои требования за счет имущества, взысканного в пользу одного из участников. Лишь очень редко удастся доказать, что ущерб в первую очередь причинен участнику, а не корпорации и не всем участникам. Тогда появляются основания для предоставления возможности подачи прямого иска в пользу конкретного участника, однако такие случаи вполне укладываются в концепцию общей деликтной ответственности, и не имеют отношения к ответственности корпоративной.

Вместе с тем ряд исследователей признает, что между участниками коммерческих корпораций существуют корпоративные отношения, в том числе взаимные фидуциарные обязанности друг перед другом. Особенно это касается непубличных корпораций. Степень интенсивности таких обязанностей объективно меньше, чем фидуциарные обязанности (и ответственность)

¹⁷ Специальный закон имеет приоритет над общим (лат.)

контролирующих участников перед корпорацией, но тем не менее такие обязанности существуют. При этом контролирующие участники в большей мере несут фидуциарные обязанности перед миноритарными участниками, чем миноритарные участники перед мажоритарными [Кузнецов А.А., 2014: 34–40], однако соответствующие обязанности несут и те, и другие. Следовательно, должна существовать и ответственность одних участников перед другими по прямому иску за нарушение соответствующих обязанностей, когда убытки от неправомерных действий других участников терпит, прежде всего, не сама корпорация, а непосредственно участник или несколько конкретных участников, которые могут предъявить прямой групповой иск [Бойко Т.С., 2017:116–136; Бойко Т.С., 2016: 102–111; Степанов Д.И., 2008: 21; Степанов Д.И., 2015: 63–65].

Соответственно все случаи корпоративной ответственности одних участников юридического лица перед другими можно разделить на две разновидности: 1) ответственность в виде возмещения убытков за нарушение фидуциарных обязанностей одних участников перед другими; 2) ответственность в виде возмещения убытков или применения иных санкций за нарушение иных корпоративных обязанностей участников друг перед другом, предусмотренных корпоративным законодательством.

Обе разновидности корпоративной ответственности участников характеризуются тем, что к ним строго должен применяться принцип специалитета: ответственность должна быть прямо предусмотрена законодательством. В противном случае произвольное универсальное применение прямых исков в пользу участников, а не компании способно причинить ущерб как самой компании, так и другим участникам и кредиторам компании, лишаящимся возможности искать за счет того имущества, которое уходит на удовлетворение требований участников.

В настоящее время в российском корпоративном законодательстве предусмотрен ряд случаев, когда одни участники юридического лица несут ответственность перед другими участниками. Все они касаются второй из указанных разновидностей корпоративной ответственности участников друг перед другом. Ответственности за нарушение фидуциарных обязанностей участников отечественное право пока не знает, поскольку не признает существования самих этих обязанностей.

В то же время некоторые случаи, касающиеся ответственности мажоритарных участников за нарушение их фидуциарных обязанностей перед миноритариями, следовало бы предусмотреть, так как они являются контролирующими лицами и должны нести соответствующие фидуциарные обязанности, отвечая за их нарушение непосредственно перед другими участниками. С другой стороны, миноритарные участники также не должны злоупотреблять своими правами и могут отвечать перед мажоритарными

ми участниками за причиненные им убытки своими недобросовестными действиями. В законодательстве можно было бы предусмотреть конкретные основания и меры такой ответственности.

Что касается второй разновидности ответственности участников друг перед другом (за нарушение иных корпоративных обязанностей), то она крайне незначительно, но присутствует в отечественном праве. Например, согласно п. 4 ст. 60.1 ГК РФ, лица, недобросовестно способствовавшие принятию признанного судом недействительным решения о реорганизации, обязаны солидарно возместить убытки участнику реорганизованного юридического лица, голосовавшему против принятия решения о реорганизации или не принимавшему участия в голосовании, а также кредиторам реорганизованного юридического лица. Если решение о реорганизации принималось коллегиальным органом, солидарная ответственность возлагается на членов этого органа, голосовавших за принятие соответствующего решения. Данная ответственность может применяться как к участникам, так и к членам органов управления (например, к членам совета директоров, правления и т.д.). Перед участниками юридического лица или кредиторами могут отвечать и члены ликвидационной комиссии, в том числе одновременно являющиеся участником юридического лица (п. 2 ст. 64.1 ГК РФ).

Ответственность одних участников коммерческой корпорации перед другими наступает за неправомерные действия, которые привели к утрате доли участия (п. 3 ст. 65.2 ГК РФ). Согласно п. 4 ст. 67.2 ГК РФ участники хозяйственного общества, заключившие корпоративный договор, обязаны уведомить общество о факте заключения такого договора. В случае неисполнения данной обязанности другие участники, не являющиеся сторонами корпоративного договора, вправе требовать возмещения причиненных им убытков. Аналогичная норма предусмотрена в п. 4.1 ст. 32.1 Закона об акционерных обществах.

Принцип специалитета корпоративной ответственности одних участников перед другими наглядно прослеживается при нарушениях порядка обязательного предложения в соответствии с положениями главы XI.1 Закона об акционерных обществах. В частности, право требовать возмещения убытков предусмотрено законом лишь для случаев, когда обязательное предложение было направлено, но условия заключенного впоследствии договора ему не соответствовали, либо когда акционер не согласен с ценой выкупа ценных бумаг. Однако если лицо, на котором лежит обязанность выкупить акции, вообще не направило обязательное предложение, а скупило акции у отдельных акционеров в обычном порядке без соблюдения предусмотренных законом специальных процедур, то негативные последствия от ненаправления приобретателем обязательного предложения четко формализованы и определены в нормах корпоративного и административного права: ограниче-

ние права голоса приобретателя при голосовании на общем собрании (п. 6 ст. 84.2 Закона об акционерных обществах) и привлечение приобретателя к административной ответственности за нарушение правил о направлении обязательного предложения (ст. 15.28 КоАП РФ). При этом исключена возможность взыскания убытков, определяемых по основаниям ст. 15 ГК РФ.

Поэтому, несмотря на то, что гражданско-правовая ответственность в виде возмещения убытков за ненаправление обязательного предложения корпоративным законодательством не предусмотрена, за соответствующее правонарушение лицо может быть привлечено к корпоративной гражданско-правовой ответственности в виде ограничения права голоса либо к административной ответственности в виде значительных штрафов [Глушецкий А.А., Степанов Д.И., 2006: 49]. Иных мер ответственности, в том числе в виде возмещения убытков, законодательство не предусматривает, что признается и в соответствующих исследованиях, в которых все меры гражданско-правовой ответственности за соответствующие нарушения исчерпываются исключительно ограничениями права голоса [Глушецкий А., 2009: 73–80].

Заключение

В российском гражданском праве отсутствуют общие нормы об ответственности контролирующих участников коммерческой корпорации перед другими участниками или членами органов управления за нарушение обязанности действовать добросовестно и разумно. Подобную корпоративную ответственность в отношении контролирующих участников можно бы установить в виде возможности предъявления прямого иска в интересах других участников или членов органов управления в тех случаях, когда возмещение убытков в пользу самой коммерческой корпорации не приведет к восстановлению нарушенных прав и интересов иных участников или членов органов управления при условии, если это не нарушит интересы кредиторов юридического лица.

Миноритарные участники коммерческих корпораций не должны нести общую фидуциарную обязанность действовать добросовестно и разумно в интересах корпорации, других участников или членов органов управления и, соответственно, не могут отвечать за нарушение такой обязанности. В то же время в отдельных случаях миноритарные (а также контролирующие) участники могут нарушать субъективные права и законные интересы других лиц (корпорации, других участников, кредиторов, членов органов управления), в связи с чем на них законодательством в каждом таком случае может быть возложена ответственность по возмещению причиненных убытков (принцип специалитета корпоративной ответственности).

Корпоративная ответственность контролирующего участника перед кредиторами коммерческой корпорации за нарушение фидуциарных обязанностей должна иметь место лишь на стадии ее банкротства. В условиях до-

статочности имущества коммерческой корпорации ее участники, по общему правилу, не должны нести обязанность действовать добросовестно и разумно в интересах кредиторов и отвечать за нарушение этой обязанности.

Ответственность любых участников коммерческих корпораций перед кредиторами за причинение убытков в результате их противоправного поведения может наступать лишь за нарушения, прямо указанные в законе.

Обеспечительная «квазикорпоративная ответственность» участников коммерческих корпораций перед кредиторами может иметь место лишь в случаях, прямо указанных в законе. При этом все такие случаи должны быть так или иначе связаны с недостаточностью имущества самого юридического лица для удовлетворения требований кредиторов (недоформирование или отсутствие уставного капитала как такового в юридических лицах определенных видов, либо банкротство юридического лица). Если же юридическое лицо не находится в состоянии банкротства, и его имущества достаточно для удовлетворения требований кредиторов, обеспечительная «квазикорпоративная ответственность» участников по обязательствам такого лица перед кредиторами наступать не должна, кроме случаев, когда участники добровольно приняли на себя обязательства нести такую ответственность.



Библиография

Бойко Т.С. Ответственность участника хозяйственного общества перед другим участником // Закон. 2017. № 3. С. 116–136.

Бойко Т.С. Права миноритариев были нарушены. Как прямое возмещение поможет эффективно защитить их интересы // Арбитражная практика. 2016. № 10. С. 102–111.

Будылин С.Л., Иванец Ю.Л. Срывая покровы. Доктрина снятия корпоративной вуали в зарубежных странах и в России // Вестник ВАС РФ. 2013. №7. С. 80–125.

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

Глазунов А.Ю. Право на получение дивидендов: экономический анализ и правовое регулирование // Закон. 2017. № 7. С. 160–174.

Глушецкий А. Ответственность за неисполнение обязанности направить публичную оферту о приобретении ценных бумаг акционерного общества // Хозяйство и право. 2009. № 6. С. 73–80.

Глушецкий А.А., Степанов Д.И. «Вытеснение» и «поглощение»: практический комментарий к новой главе акционерного закона. М.: Экономика и жизнь, 2006. 221 с.

Зурабян А.А. Корпоративные правоотношения как вид гражданских правоотношений: дис. ... к.ю.н. М., 2008. 219 с.

Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Право членства // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013. № 12. С. 71–77.

Кузнецов А.А. Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью. М.: Статут, 2014. 141 с.

Кузнецов А.А. Пределы автономии воли в корпоративном праве: краткий очерк. М.: Статут, 2017. 160 с.

Лиханов А.С., Согбатьян А.Г. Ответственность теневого директора за причиненные корпорации убытки // Закон. 2017. № 3. С. 137–142.

Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008. 511 с.

Морозов С.Ю. Метод юридического равенства сторон и принцип подчинения в корпоративном праве России // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. № 2. С. 181–191.

Синицын С.А. К понятию корпоративных правоотношений: особенности содержания и регулирования (сравнительно-правовой аспект) // Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: Сборник статей. М.: Статут, 2018. С. 409–435.

Степанов Д.И. Дедлоки в непубличных корпорациях: возможные варианты развития законодательства и судебной практики // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. № 10. С. 62–115.

Степанов Д.И. Ответственность акционера перед акционером: возможна ли постановка такой проблемы? // Корпоративный юрист. 2008. № 11. С. 8–23.

Степанов Д.И. Убытки акционера из-за утраты акциями стоимости не могут быть взысканы с самого акционерного общества // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 1. С. 21–26.

Суханов Е.А. Ответственность участников корпорации по ее долгам в современном корпоративном праве // Проблемы современной цивилистики: Сборник статей. М.: Статут, 2013. С. 103–116.

Терновая О.А. Правовой статус органов управления акционерных обществ во Франции и в России // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2015. № 5. С. 884–889.

Фомина О.Н. Правовое положение предпринимательской корпорации в США и акционерного общества в Российской Федерации: сравнительно-правовой анализ. М.: Статут, 2016. 160 с.

Цепов Г.В. Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью как принудительное расторжение «корпоративного контракта» // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 10. С. 96–114.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 1

Corporate Liability of Shareholders of Commercial Companies in Russia: Issues and Prospects



Oleg V. Gutnikov

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



Abstract

The paper reveals main trends in the development of rules on liability of main participants of corporate relations in the course of civil legislation reform in Russia. Such liability is considered as a separate type of civil liability, along with contractual and tort, which has its own distinctive features, including: a special basis for corporate liability (corporate offence), the principle of specialness. Corporate liability in this sense is based on the violation of subjective civil (corporate) rights and corporate duties of a managerial nature. The principle of corporate liability means that liability cannot be of a “general” nature and comes only for those violations and in relation to those subjects that are expressly stated in the law. Based on this approach attention is drawn to the particular importance of corporate civil liability in the system of types of shareholders of commercial corporations liability. The following types of corporate liability are considered: liability of shareholders to the creditors of commercial corporations; liability of shareholders to the commercial corporations themselves; liability of shareholders to other shareholders of commercial corporations; the liability of shareholders to members of governing bodies of commercial firms. Each of the above types of corporate liability is analyzed on the basis of legislation, doctrine and the author’s approach to the concept of corporate liability in general. The purpose of the article is overview of conditions and issues of legal regulation of various types of civil liability of shareholders of commercial corporations in Russia and the definition of directions for its improvement. Based on the study of the Russian doctrine, court practice and taking into account the positive foreign experience, conclusions and proposals were prepared, aimed at improving the Russian legislation on the liability of shareholders of commercial corporations. It is substantiating a need to establish an equitable balance of interests in corporate commercial relations among all stakeholders, including shareholders, beneficiaries, managers, creditors (including the state). The basics of the study are general methods of study (analysis and synthesis, induction and deduction, system analysis) and methods of legal science (methods of comparative law, literal, systematic, teleological and historical interpretation of legal norms).



Keywords

legal entities; civil liability; corporate liability; types of corporate liability; corporate offenses; corporate relations; commercial corporations; shareholders of commercial corporations.

For citation: Gutnikov O.V. (2019) Corporate Liability of Shareholders of Commercial Companies in Russia: Issues and Prospects. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 46–70 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.46.70



References

- Boyko T.S. (2017) [Responsibility of a member of a commercial corporation to other member]. *Zakon*, no 3, pp. 116–136 (in Russian)
- Boyko T.S. (2016) [The rights of minority shareholders were violated. How direct compensation will help protect their interests]. *Arbitrazhnaya praktika*, no 10, pp. 102–111 (in Russian)
- Budylin S.L., Ivanets Yu. L. (2013) [Tearing covers. Doctrine of piercing corporate veil in Russia and abroad]. *Vestnik vysshego arbitrazhnogo suda Rossiyskoy Federatsii*, no 7, pp. 80–125 (in Russian)

- Fomina O.N. (2016) [Legal Status of a Business Corporation in the United States and a Joint Stock Company in Russia: a Comparative Analysis]. Moscow: Statut, 160 p. (in Russian)
- Glazunov A. Yu. (2017) [The right to receive dividends: economic analysis and legal regulation]. *Zakon*, no 7, pp. 160–174 (in Russian)
- Glushetskiy A. (2009) [Liability for violating obligation to send a public offer to purchase securities of the joint stock company]. *Khozyaistvo i pravo*, no 6, pp. 73–80 (in Russian)
- Glushetskiy A.A., Stepanov D.I. (2006) [“Repression” and “Absorption”: Practical Commentary on the New Chapter of the Shareholder Law]. Moscow: *Ekonomika i zhizn'*, 221 p. (in Russian)
- Krashennikov E.A., Baygusheva Yu. V. (2013) [The right of membership]. *Vestnik vycshego arbitrazhnogo suda Rossiyskoy Federatsii*, no 12, pp. 71–77 (in Russian)
- Kuznetsov A.A. (2014) [Exclusion of a Member from a Limited Liability Company]. Moscow: Statut, 141 p. (in Russian)
- Kuznetsov A.A. (2017) [Limits of Autonomy of Will in Corporate Law]. Moscow: Statut, 160 p. (in Russian)
- Likhanov A.S., Sogbatyan A.G. (2017) [Liability of a shadow director for damages to a corporation]. *Zakon*, no 3, pp. 137–142 (in Russian)
- Lomakin D.V. (2008) [Corporate Legal Relations: Theory and Practice in Commercial Companies]. Moscow: Statut, 511 p. (in Russian)
- Morozov S. Yu. (2017) [Legal equality of the parties and principle of subordination in the corporate law of Russia]. *Vestnik Permskogo Universiteta. Yuridicheskiye nauki*, no 2, pp. 181–191 (in Russian)
- Sinitsyn S.A. (2018) [Concept of Corporate Legal Relations: Peculiarities of Content and Regulation. Civil Law: Modern Issues of Science, Legislation, Practice: collection of articles]. Moscow: Statut, pp. 409–435 (in Russian)
- Stepanov D.I. (2015) [Deadlocks in non-public corporations: options for legislation and judiciary]. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya*, no 9, pp. 60–113; no 10, pp. 62–115 (in Russian)
- Stepanov D. I. (2008) [Responsibility of a shareholder to a shareholder: is it possible to put such a question?]. *Korporativniy yurist*, no 11, pp. 8–23 (in Russian)
- Stepanov D. I. (2017) [The loss of a shareholder due to the loss of value by shares cannot be recovered from the joint-stock company]. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya*, no 1, pp. 21–26 (in Russian)
- Sukhanov E.A. (2013) [Responsibility of Corporation Members for its Debts in Modern Corporate Law. Issues of Modern Civil Law: collection of articles]. Moscow: Statut, pp. 103–116 (in Russian)
- Ternovaya O.A. (2015) [Legal status of governing bodies of joint-stock companies in France and Russia]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravo-vedeniya*, no 5, pp. 884–889 (in Russian)
- Tsepov G.V. (2017) [Exclusion of a member from a limited liability company as a forced termination of a corporate contract]. *Vestnik ekonomicheskog opravosudiya*, no 10, pp. 96–114 (in Russian).
- Vitryanskiy V.V. (2016) [Reform of Russian Civil Law: Preliminary Results]. Moscow: Statut, 431 p. (in Russian)
- Zurabyan A.A. (2008) [Corporate legal relations as a type of civil legal relations. Candidate of Juridical Sciences Thesis]. Moscow, 219 p. (in Russian)

Учение о бюджете в доктрине российского финансового права



А.А. Ялбулганов

профессор департамента дисциплин публичного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: yalbulganov@hse.ru



Аннотация

В статье рассматривается понятие бюджета, формировавшееся в течение двух столетий в рамках концепции финансового закона. Затрагиваются вопросы эволюции данного учения в западных государствах и влияние западных ученых на развитие концепции финансового закона и учения о бюджете в России. Автор показывает достижения отечественных исследователей, в частности, оригинальное учение о финансовых законах как об особой разновидности законодательных актов, составляющих предмет финансового права, созданное И.Т. Тарасовым. Он систематизировал понятие финансового закона в пяти постулатах: финансовые законы как предмет науки финансового права; финансовые законы как средство защиты прав казны и плательщиков налога; финансовые законы и установление налогов и повинностей; финансовые законы и определение расходов; исполнение финансовых законов и государственной росписи (бюджета). Концепция Тарасова оказала существенное влияние на развитие отечественного учения о финансовом законе и о роли бюджета в жизни государства. В рамках концепции финансового закона в российской финансовой и финансово-правовой науке XIX — начала XX вв. активно исследовалось понятие бюджета как финансового закона и административной меры необходимой для функционирования всего государственного управления. Автор пытается ответить на вопрос, что представляет собой бюджет, обращаясь к позициям русских, советских и современных российских ученых. Он формирует собственное мнение (отталкиваясь от достигнутого наукой финансового права), основанное на том, что принятие бюджета в форме законодательного акта не только «легализует» публичные доходы и расходы, но и подчеркивает социально-экономическую значимость бюджета как финансового плана, гарантию его беспрекословного исполнения. Сделан вывод, что в материальном смысле бюджетный закон выступает как административный акт в том значении, что он является актом, в соответствии с которым осуществляется администрирование публичных расходов и доходов. В формальном смысле бюджетный закон выступает как законодательный акт, являющийся источником финансового и бюджетного права, которым переводятся в правовое поле все действия по администрированию публичных расходов и доходов.



Ключевые слова

бюджет, учение о бюджете, финансовый закон, предмет финансового права, юридическое значение бюджета, финансовый план, государственный акт, администрирование расходов и доходов.

Для цитирования: Ялбулганов А.А. Учение о бюджете в доктрине российского финансового права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 1. С. 71–88.

УДК: 349

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.71.88

Введение

Закреплению категории финансового закона на законодательном уровне¹ предшествовали многовековые научные дискуссии о необходимости и значимости установления законом всех публичных платежей и правового оформления государственной росписи доходов и расходов². В Европе еще в эпоху Ренессанса (особенно в Италии, Испании и Франции) активно формируются знания о государственных финансах, о порядке ведения хозяйства и сборе налогов. Так, Д. Карафа считал, что все доходы должны быть «...регулярны и законны, будь это то, что рождается из земли или происходит из других источников...», а Ж. Боден указывал на необходимость издания указа, чтобы «... денежные средства создавались и обеспечивались на надежной и долговременной основе» [Цит. по: Кудрин А.Л., Афанасьев М.П., 2017: 73, 116] А. Дженовези, яркий представитель итальянской экономической мысли XVIII в., рассуждая о финансах, налогах и в целом о доходах, с помощью которых формируются государственные фонды, призывал государство не злоупотреблять при назначении и сборе общественных налогов: «Но хотелось бы, чтобы глаза у закона всегда были открытыми, а рука — поднятой, дабы видеть и вовремя наказывать тех, кто нарушает такое превосходное правило» [Дженовези А., 2006: 328]. Таким образом, активное развитие финансовой и правовой мысли, теории и практики государственных финансов, становление парламентов в противовес королевской власти способствовали установлению права народного представительства при установлении налогов. В европейских странах в XVII–XVIII вв. получает развитие бюджетное право. По определению Г. Еллинека, под бюджетным правом в европейских государствах понималась совокупность правовых норм, которые в конституционном государстве относятся к способу и образу составления финансового закона, условиям взимания налогов и других сборов, контролю управления, «ведущегося соответственно финансовому закону; другими словами, конституционные условия и ограничения управления финансами». По Еллинеку, это понятие бюджетного права в объективном смысле, тогда как в субъективном смысле

¹ См., напр., ст. 1 Акта о парламенте 1911 года, в которой британский законодатель закрепил понятие финансового закона (financial bill). О современных особенностях рассмотрения финансовых законопроектов в Великобритании и Северной Ирландии см. [Крылова Н.С., 1965: 189–191].

² О финансовом управлении, о взимании налогов, о государственных доходах и расходах и о роли народа и сената в этих вопросах в Риме см. [Комаровский Л.А, 2018: 144 с.].

его употребляют как совокупность прав народного представительства по отношению к управлению государственными финансами [Еллинек Г., 1906: 2].

В русской научной литературе, посвященной народному представительству, указывалось, что в Древней Руси до установления самодержавия народ принимал участие в определении налогов, а на народных собраниях — вечах в Киевской Руси, Новгороде и Пскове — народ определял налоги и устанавливал, на какие потребности необходимо изыскивать средства [Лодыженский А.М., 1917: 31; Шершеневич Г.В., 2015: 130]. Известный историк русского права И.Д. Беляев, исследуя историю русского законодательства, показывает возрастание роли государства и его органов в финансовом управлении (начиная с конца XV и до начала XVII в.), которое осуществлялось параллельно с организацией судеустройства и судопроизводства [Беляев И.Д., 1888: 302–522]. В России первая известная «общегосударственная роспись» относится к 1680 г. (хотя исследователи предостерегают от того, чтобы называть ее «бюджетом», относя XVII в. к «добюджетному» периоду, и предлагают употреблять термины «смета» или «роспись»), а в XVIII в. основные нововведения в финансовой сфере коснулись бюджета в рамках финансовой реформы Петра I [Беляев С.Г., Лебедев С.К., Лукоянов И.В., 2016: 21–22]. Однако в XVIII в. не формировался единый государственный бюджет в современном понимании, а существовал только комплекс бюджетов отдельных ведомств, которые давали весьма общее представление о предполагаемых расходах [Троицкий С.М., 1966: 224]. В России бюджет как единая роспись государственных доходов и расходов формировался постепенно на протяжении XVII и XVIII вв.; в окончательном виде он появился в XIX в.

Развитие законодательства о государственном управлении финансами, которое было систематизировано в Своде законов Российской Империи, положило начало активным изысканиям в рамках науки финансового права и дискуссиям о понятии и значении финансового закона в государстве для эффективного управления публичными денежными фондами, а также порядку их формирования и использования. В рамках концепции финансового закона в российской финансовой и правовой науке XIX в. — начала XX в. активно развивалось понятие бюджета как закона.

С начала XIX в. и по настоящее время вопрос о природе финансовых законов, правовой природе бюджета как закона в финансово-правовой науке России остается предметом дискуссий. Автор пытается ответить на вопрос, что представляют собой финансовый закон и бюджет как закон, как эти два понятия соотносятся.

1. Учение И.Т. Тарасова о финансовом законе

В русской доктрине финансового права видение финансового закона было ясным и структурированным. На этой стезе отличился замечательный

исследователь И.Т. Тарасов, который создал оригинальное учение о финансовых законах как особой разновидности законодательных актов, составляющих предмет финансового права. Он в «Очерках науки финансового права» систематизировал понятие финансового закона в пяти постулатах: 1) финансовые законы как предмет науки финансового права; 2) финансовые законы как средство защиты прав казны и плательщиков налога; 3) финансовые законы и установление налогов и повинностей³; 4) финансовые законы и определение расходов; 5) исполнение финансовых законов и государственной росписи (бюджета) [Тарасов И.Т., 2004: 125–156].

Когда Тарасов писал о *финансовых законах как о предмете науки финансового права*⁴, он делал упор на то, что финансовые законы вне зависимости от того, приняты ли они представительным органом народа или абсолютным монархом, имеют значение правовых норм, определяющих взаимные отношения между казной и плательщиком налогов и организацией всего финансового управления⁵. Во втором постулате (*финансовые законы как средство защиты прав казны и плательщиков налога*) автор подчеркивает, что, с одной стороны, основные финансовые законы должны иметь целью защиту прав плательщиков, исходя из понятий о политико-гражданской свободе и коренных условий благосостояния отдельных граждан и целого народа. С другой стороны, их задача — оградить права фиска, исходя из понятий о государстве, о цели его и об особом характере государственного хозяйства в отличие от частного и общественного хозяйств.

Тарасов следующим образом раскрывал содержание основного правила — в финансовых законах, ограждающих права плательщиков налогов, должны закрепляться следующие основные положения: 1) все государствен-

³ Н.И. Тургенев следующим образом выражал свое мнение о налогах «...не должно смешивать права требовать податей с правом налагать оные. Если первое везде неоднократно принадлежит правительству, то в последнем оно бывает иногда ограничено. Во многих государствах введение налога делается с согласия народных представителей. Там польза сего согласия ощутительна не только для народа, но и для самого правительства» [Тургенев Н.И., 1998: 129]. Последнее переиздание работы Н.И. Тургенева осуществлено в серии «Золотые страницы финансового права» под ред. А.Н. Козырина [Козырин А.Н., 1998: 121–268]. Труд Н.И. Тургенева «Опыт теории налогов» (1818) стал по существу первой российской научной работой по налоговой проблематике. Его автор обосновывал необходимость налогообложения, а налоги называл признаком «образованности государства и просвещенности народа» [Козырин А.Н., 2015: 3–15].

⁴ Одна из главных научных заслуг И.Т. Тарасова заключается в четком понимании и формулировании предмета науки финансового права и предмета финансового права как положительного права, в их ясном и понятном разграничении.

⁵ Н.С. Мордвинов, рассуждая о налогах, замечает, что «Личное и общее благосостояние, зависящие от управления, обязывают узаконять подати и налоги» [Мордвинов Н.С., 1945: 131]. А.А. Исаев одним из ключевых принципов налогообложения и налогового права считал принцип справедливости, исследованию которого уделяется особое внимание в его работе [Исаев А.А., 2004: 495–525].

ные сборы и повинности могут быть устанавливаемы не иначе, как законом; 2) все привилегии и изъятия также должны устанавливаться только законом; 3) законами определяются порядок взимания налогов, меры принуждения и меры взыскания; 4) сумма предполагаемых доходов и расходов в течение установленного законом срока определяется в государственной росписи (бюджете), утверждаемой в законодательном порядке; 5) неправильное обложение может быть обжалуемо в установленном законом порядке; 6) гражданам, права и законные интересы которых будут нарушены органами финансового управления, должно быть предоставлено право судебной защиты этих прав и интересов; 7) установление полной гласности по финансовому управлению; 8) утверждение исполнения росписи в законодательном порядке.

В финансовых законах, ограждающих права фиска, по мнению Тарасова, должны закрепляться следующие основные положения: 1) определение законом судебной, судебно-административной и дисциплинарной ответственности органов финансового управления за нарушение ими государственного интереса и, вообще, их служебных обязанностей; 2) определение условий и порядка ответственности плательщиков в случае уклонения их от несения правильно наложенных на них налоговых обязанностей; 3) определение границы и формы прав казны при возникновении чрезвычайных ситуаций; 4) установление правильного соотношения в финансовом управлении между органами правительства и самоуправления.

Одним из важнейших предметов финансовых законов, по Тарасову, является установление налогов и повинностей. Он был убежден, что никакой налог не может быть установлен иначе как законом, а язык законов, устанавливающих налоги, должен быть точен и удобопонятен, чтобы не вызывать недоразумений. Кроме того, весь механизм управления налогами может быть сведен к трем моментам: 1) установление налогов; 2) их взимание; 3) контроль и ответственность плательщиков (*финансовые законы и установление налогов и повинностей*). Исследуя соотношение *финансового закона и вопросов определения расходов*, Тарасов подчеркивал, что только те доходы и расходы государства могут быть признаны правомерными, которые определены в законодательном порядке на определенный период времени в соответствующем акте, именуемом «бюджетом». Задачей бюджета является не ограничение прав и обязанностей, а регулирование хозяйственной деятельности.

Финансовые законы, как считал Тарасов, должны приводиться в исполнение прежде всего посредством распоряжений. Распоряжениями не могут быть отменяемы, изменяемы или дополняемы эти законы, но в некоторых, законом же определенных случаях распоряжениями могут быть временно заменяемы законы до издания последних, и в таком случае распоряжения эти называются чрезвычайными. В издании соответствующих распоряже-

ний, раскладке налогов, взимания их и производстве расходов заключаются существенные моменты того, что называется исполнением бюджета, и все эти действия входят в состав уже не законодательной, а исполнительной деятельности в сфере финансового управления, т. е. сферы, которая имеет целью исполнение финансовых законов посредством распоряжений, предписаний, непосредственных действий и принуждения (*исполнение финансовых законов и государственной росписи (бюджета)*).

Особое внимание Тарасов уделял применению принуждения при исполнении финансовых законов. Наиболее отчетливо принудительный характер действий финансовой администрации прослеживается при взыскании недоимки: «При невзносе налога в крайний установленный срок, налог этот считается в недоимке, и для взыскания его принимаются различные понудительные меры, в число которых входят и такие, которые распространяются не только на имущество недоимщика, но и на его личность. Кроме того, меры эти касаются иногда и лиц, по вине или нерадению которых образовалась недоимка, если на этих лиц возложен был сбор налогов или вообще ближайшее наблюдение за правильным и безнедоимочным поступлением их». При этом Тарасов резко отрицательно отзывался о мерах принуждения, обращаемых не на имущество, а на личные права недоимщика. По его мнению, такие меры не могут быть оправданы принципиальными соображениями, «на практике же зло, причиняемое ими, отнюдь не уравнивается положительными результатами». Меры принуждения, обращаемые на имущество недоимщика, не должны повлечь за собой разорения налогоплательщика и утраты им податной способности. Этот тезис Тарасов обосновал следующим образом: «...всякий платательщик налогов есть должник фиска, имеющего значение в этом случае вечного кредитора, а потому разорение платательщика ... невыгодно самому же фиску» [Тарасов И.Т., 2004: 172, 195].

2. Понятие бюджета как закона в доктрине русского финансового права

Идею бюджета как закона или бюджетного закона, скорее всего, одним из первых в России выразил М.М. Сперанский. Подготовленный им в 1810 г. «План финансов»⁶ был проектом кардинальных изменений в области бюджета, кредита и денежного обращения. Автор «Плана финансов» предлагал, например, придать бюджету силу закона. Он одним из первых поднял вопрос о необходимости законодательного регулирования государственных

⁶ Последнее издание «Плана финансов» М.М. Сперанского — в серии «Золотые страницы финансового права» под ред. А.Н. Козырина. Т.1. «У истоков финансового права» [Козырин А.Н., 1998: 35–99].

финансов, установления налогов, пошлин и сборов законом и об утверждении государственного бюджета законом представительными органами власти. Сперанский, будучи убежденным сторонником правового оформления бюджета, писал, что «...где нет сметы или годового финансового закона или где закон сей не исполняется, там может быть казначейский счет (касса) доходов и расходов, но быть не может истинного управления финансами» [цит. по: Козырин А.Н., 1998: 92].

К сожалению, положения «Плана финансов» относительно единства государственной росписи доходов и расходов не были сразу реализованы. Только в 1862 г. появляются Правила о составлении, рассмотрении и исполнении государственной росписи и финансовых смет Министерств и Главных управлений, в котором определяется правовой порядок принятия ежегодного бюджета и определяются этапы прохождения каждой стадии бюджетного процесса⁷. С 1863 г. государственная роспись стала гласной и базировалось на принципе единства кассы.

Во второй половине XIX — начале XX вв. вопросы бюджета как закона поднимались в работах И.Х. Озерова, С.Ю. Витте, В.А. Лебедева, А.А. Алексеева, Э.Н. Берендтса и др. исследователей. Так, по мнению И.Х. Озерова [цит. по: Козырин А.Н., 2010: 103–106], бюджет не является обычным актом материального законодательства, так как не создает новых правовых положений, а содержит «только цифры». Задачей бюджета является не ограничение прав и обязанностей, а регулирование хозяйственной деятельности. Цель бюджета — удержание расходов в равновесии с доходами, что является условием правильного ведения государственного хозяйства.

С.Ю. Витте определял бюджет как финансовый закон, по которому должно управляться государственное хозяйство в течение определенного периода времени. Он писал, что бюджет как финансовый закон выступает как необходимая административная мера для функционирования всего государственного управления. Бюджет должен давать полную картину финансов страны, отражать все ожидаемые доходы и все предстоящие расходы государства по всем ведомствам. По мнению Витте, государственный бюджет как финансовый закон и в то же время как необходимая административная мера для функционирования всего государственного хозяйства, должен отвечать известным требованиям, из которых главнейшими следует признать требования ясности, точности и гласности бюджета [Витте С.Ю., 2012: 78–82].

В.А. Лебедев следующим образом выстраивал концепцию финансового закона. Он считал, что законы финансовой деятельности государства представляют собой совокупность всех постановлений, относящихся к финансовой организации государства. Он выделяет финансовую власть государства,

⁷ Полное собрание законов Российской Империи (ПСЗ- III). Т. XXXVII. № 38309.

которую определяет как совокупность прав, касающихся удовлетворения государственных потребностей. Согласно его позиции, распоряжения финансовой власти должны быть согласны с государственными законами как основной волей. Установление финансовых законов, по его мнению, принадлежит законодательным учреждениям, а финансовая власть как один из видов исполнительной власти⁸ в государстве распадается на власть распорядительную, организационную и принудительную.

Распорядительная власть финансовой администрации касается различных распоряжений о выполнении финансовых законов. Как писал Лебедев, она также проявляется в административных распоряжениях, которые разъясняют толкование законов, распространяют их действие до известной степени, а при недостаточности закона временно заменяют его. Проявление распорядительной власти может в крайних случаях распространиться и на необходимость приостановления действия закона (как отмечает автор, в редких случаях финансовая администрация может временно прекратить сбор податей в разоренной местности). Распорядительная власть может также в случаях, не терпящих отлагательств, открывать ведомствам чрезвычайные кредиты под свою ответственность. Организационная власть финансового управления заключается в их праве устраивать потребную организацию финансовых учреждений и снабжать их инструкциями. Принудительная власть выражается в понуждении служащих к исполнению их обязанностей⁹.

Мысли, выраженные Лебедевым в этой работе, сводились к тому, что финансовое законодательство и финансовая политика должны быть выразителями системы мер, направленных для непрерывного удовлетворения потребностей государства. Финансовое законодательство не может ограничиться только указанием средств удовлетворения, оно должно назвать и меры к сохранению и правильному расходованию собранных средств. Автор также отмечал, что финансовое законодательство должно быть систематическим сводом всех актов, касающихся финансового хозяйства государства и местных органов самоуправления. По мнению Лебедева, когда финансовое законодательство является не случайным набором законов и уставов, а целостным, систематическим и проникнутым одной основной идеей актом законодательной власти, тогда оно и может называться финансовым правом страны.

⁸ Н.М. Коркунов считал, что «...исполнительная власть не только делает частные распоряжения, но устанавливает и общие правила, и чем шире развивается управление, чем разнообразнее его задачи, тем большее развитие получает и нормирующая деятельность администрации» [Коркунов Н.М., 1894: 32].

⁹ Первоначально работа В.А. Лебедева была издана в 1882–1885 гг. — два тома по два выпуска в каждом. В 1889–1893 гг. первый том был переиздан. Последнее издание труда профессора Лебедева «Финансовое право: лекции» — в серии «Золотые страницы финансового права» [Лебедев В.А., 2000: 461 с.]. Все цитаты приводятся по последнему изданию.

В начале XX в. к вопросам юридического значения бюджетного закона и бюджетным правам народного представительства обращались многие авторы. Проблема бюджетного права, как отмечалось ими, не в том, что представляет собой бюджет, является ли он законом с формальной стороны или в то же самое время он — закон по содержанию, а важно, какое юридическое значение имеет утверждение парламентом росписи государственных доходов и расходов, к каким правовым последствиям ведет ее принятие, а также разрешение вопроса о соотношении бюджета с другими законами, регулирующими финансовую деятельность государства. Исследователи государственного права резюмировали, что финансовые права народного представительства могут быть сведены к двум основным началам: 1) никакой сбор с населения в казну не может быть установлен иначе, как законом; никакой расход из казны не может быть произведен иначе, как на основании закона; 2) смета государственных расходов и доходов, бюджет утверждается в законодательном порядке и притом на один год [Лазаревский Н.И., 1905: 179–197; Лазаревский Н.И., 1908: 308]. А.И. Буковецкий [Буковецкий А.И., 1929: 42–44], один из крупнейших специалистов по истории финансов, финансовой политики и финансово-правовой науки, считал, что правовое оформление финансового института может быть создано законодательным или административным актом соответствующей власти или же установившимся *обычаем* (*курсив наш.* — А.Я.), а финансовое право есть отражение финансового хозяйства.

На развитие российской доктрины бюджета как закона оказали влияние позиции западных исследователей. На Западе закрепилось три подхода к пониманию бюджета как закона [Алексеев А.А., 2011: 16–49; Еллинек Г., 1906: 2; Тарасов И.Т. 2004: 125–156; Растеряев Н., 1904: 223–275].

Бюджет по своей природе не является актом законодательства, а носит административный характер. Парламент, утверждая бюджет на очередной финансовый год, основывается на действующих законах, определяющих доходы и расходы государства. Таким образом, законодатели, принимая бюджет, лишь одобряют действия правительства по производству расходов и формированию доходов. Из этого делается вывод, что парламент не имеет права отказать в принятии бюджета, поскольку он основан на действующих законах, и отказ в принятии бюджета будет восприниматься как неконституционный акт парламента.

Отрицается принципиальное различие между материальным и формальным законами. Все облеченное в форму закона является проявлением воли законодателя, и потому закон о бюджете является высшим конституционно необходимым условием выполнения правительством своих полномочий. Так как речь идет о взимании доходов и производстве расходов в определенный бюджетный период, то бюджет тем самым объединяет собой

все постановления отдельных законов и дополняет их. На основании этого делается вывод, что только бюджетный закон дает правительству право осуществлять полномочия в финансовом управлении.

Признавая принципиальное отличие между актами материального и формального законодательства, последователи данной позиции считали, что парламент обязан вносить в бюджет расходы и доходы, основанные на постоянных законах. Однако в бюджетном законе содержатся и материальные нормы, когда парламент утверждает новые расходы и доходы. По мнению последователей данной концепции, конституция наделяет парламент не правом принимать бюджет, а полномочиями, т.е. принятие бюджета является конституционной обязанностью парламента, точно так же как обязанность правительства состоит в том, чтобы этот бюджет разработать и представить на рассмотрение законодательному органу. Таким образом, парламент обладает ограниченной законодательной свободой при принятии бюджета. Особенностью данной теории является то, что ее сторонники подчеркивали, что бюджет является по его природе финансовым планом государства. Таким образом, бюджет не дает права правительству производить расходы, однако является обязательным условием, при котором расходы могут быть совершены.

В русской финансово-правовой науке придерживались сходных позиций. Однако не было разночтений в определении природы бюджета как закона, подход скорее был универсальным и комплексным. Упор в начале XX в. делался на том, что бюджет как финансовый закон одновременно выступает и как необходимая административная мера для функционирования всего государственного управления, т.е. бюджет по форме — закон, а по содержанию — административный акт.

3. Наука советского финансового права о понятии бюджета как закона

Наука советского финансового права восприняла сложившуюся ранее концепцию бюджета как закона. Однако предметно к этому вопросу обращались немногие авторы, иногда затрагивая его¹⁰. Наиболее интересными в этом вопросе являются позиции трех исследователей — М.Д. Загряцкова, Е.А. Ровинского и М.И. Пискотина.

М.Д. Загряцков считал, что индивидуальные акты обычно появляются на свет в виде административных приказов. Но это верно только в принципе, в действительности же, писал он, нередко наблюдается, что акты индивиду-

¹⁰ Идею финансового закона в форме закона о финансах в 1980–х — 2000-х годах активно продвигала О.Н. Горбунова [Горбунова О.Н., 1982: 12–20].

альные, но имеющие наиболее важное и существенное значение для государственной жизни, издаются в законодательном порядке, и, таким образом, формально становятся законом. По его мнению, к этой последней категории актов принадлежит и бюджет, который по содержанию представляет собой систематизированную совокупность отдельных распоряжений, устанавливающих доходы или расходы государства, а по форме издания обычно совпадает с законом [Загряцков М.Д., 1928: 18–19].

Загряцков писал, что единый план государственного хозяйства должен быть если не составлен непосредственно, то, во всяком случае, утвержден высшим органом власти. Только такой порядок утверждения обеспечивает его единство. «Бюджет есть закон в формальном смысле слова и административный акт — в материальном. Бюджет представляет собой непосредственное продолжение и логическое завершение законодательной деятельности. Конечно, в бюджетах почти всех государств встречаются постановления, впервые рождающиеся в юридической жизни в бюджете, не содержащиеся ни в каком другом законе и потому самостоятельно оплодотворяющие средствами ту или иную отрасль государственного управления. В этих пределах бюджетный закон, конечно, является самостоятельным источником права» [Загряцков М.Д., 1928: 20].

Представители советской школы финансового права 1960–1980-х годов к вопросу о бюджете как законе подходили с осторожностью и рассматривали этот вопрос в контексте понятия бюджета с позиции терминологии или с позиции правовых форм финансовой деятельности. Так, Е.А. Ровинский рассматривал государственный бюджет как основной финансовый акт Советского государства и как часть народнохозяйственного плана. По своему содержанию, как писал Ровинский, этот государственный акт, охватывающий своим действием значительную область финансовой деятельности органов государства, не может не облекаться в форму закона как наиболее авторитетную форму выражения воли советского народа. Автор обосновывал свою позицию следующим образом.

Только закон способен в полной мере регулировать поступление огромных бюджетных ресурсов государства и правильное их распределение между Союзом ССР и союзными республиками.

В форме закона может получить наиболее полное проявление неразрывная связь между бюджетом, национальным доходом страны и народнохозяйственным планом. Форма закона и материальное содержание внутренне согласованы.

Закон способен обеспечить регулирующее воздействие советского бюджета на планомерное распределение общественного продукта, распределение и перераспределение основной его части — национального дохода СССР, создание мощного общегосударственного фонда денежных средств и их ис-

пользование в соответствии с требованиями народнохозяйственного плана и функций, выполняемых Советским государством [Ровинский Е.А., 1960: 40–41].

Таким образом, автор определяет социальную значимость и экономическую целесообразность утверждения государственного бюджета СССР в форме закона. Юридическая природа советского бюджета как закона требует, как писал Е.А. Ровинский, чтобы нормы бюджетного законодательства закрепляли уровень расходов и доходов с максимальным учетом использования все еще огромных резервов, заложенных в системе социалистического хозяйства. По его мнению, в значительной мере это связано с дальнейшим улучшением качества бюджетного планирования, с умением финансового аппарата повседневно влиять на ход производства и обращения, содействовать мобилизации имеющихся в хозяйстве резервов и потому огромное значение приобретают... задача всемерного улучшения экономической работы финансово-кредитного аппарата, повышение квалификации бюджетных работников, глубокое знание экономики и финансов производства [Ровинский Е.А., 1960: 41–42].

Также обратим внимание на уникальную для того времени идею Е.А. Ровинского. В частности, он предлагал систематизировать нормы финансового права применительно к общей и особенной частям финансового права. По его мнению, это имело бы как теоретическое, так и практическое значение, так как такое расположение норм давало бы возможность лучше и эффективнее пользоваться ими на практике, что содействовало бы укреплению финансовой дисциплины. Ровинский выступил также с идеей *финансового кодекса* (*курсив наш — А.Я.*), отмечая, что «...систематизация норм финансового права по указанному признаку позволила бы практически поставить вопрос о создании финансового кодекса, в котором были бы сосредоточены в последовательной логической системе нормы, регулирующие отношения в области финансовой деятельности Советского государства. Такая систематизация позволяет также выделить общесоюзные нормы финансового права и нормы, содержащиеся в финансовом законодательстве союзных республик» [Ровинский Е.А., 1960: 95].

М.И. Пискотин выделял три значения термина «бюджет»: бюджет как финансовый план государства; бюджет как государственный фонд денежных средств, за счет которых покрываются государственные расходы; бюджет как государственный акт, устанавливающий финансовый план государства. Он отмечал, что в этом смысле «финансовый план государства, разработанный его исполнительно-распорядительными органами, как бы совершенен и безупречен он не был, еще не является бюджетом как таковым. Пока он не утвержден высшим органом государственной власти, он является только проектом бюджета. Именно так он и именуется обычно на практике. Он по-

лучает высокий титул бюджета только в результате официального утверждения» [Пискотин М.И., 1971: 16].

4. Понятие бюджета как закона в российской доктрине

В Российской Федерации сложилось неоднозначное понимание бюджета как закона в рамках доктрины более чем столетней давности. Так, в учебной литературе законы о федеральных бюджетах на соответствующие финансовые годы относят к финансово-плановым актам, отмечая, что они имеют черты нормативных правовых актов, если они содержат нормы права [Запольский С.В. и др. 2011: 792]. Высказана также позиция, в соответствии с которой, принимая форму закона, бюджет обязуется защищать определенные права, претворяя в жизнь общие положения, зафиксированные в Бюджетном кодексе [Колесникова Н.В., 2017: 96–100].

Российские законы о федеральном бюджете на соответствующий период в большинстве случаев преимущественно являлись законами не только по форме, но и по содержанию. Они содержали не просто нормы, но иногда и деликтные нормы (например, ответственность юридических лиц за использование не по назначению бюджетных кредитов — ст. 70 ФЗ от 19.12.2006 № 238-ФЗ «О федеральном бюджете на 2007 год»). Также этими законами устанавливались, например, повышающие индексирующие коэффициенты к отдельным видам публичных платежей, ставки земельного налога и т.д.

Практика приостановления законами о федеральном бюджете на соответствующий год отдельных положений федеральных законов стало обычным правовым явлением. Поэтому логично, что однажды проблема юридического значения бюджетного закона стала предметом рассмотрения Конституционным Судом Российской Федерации (далее — Суд). Речь идет о его Постановлении от 23.04.2004 №9-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федеральных законов «О федеральном бюджете на 2002 год», «О федеральном бюджете на 2003 год», «О федеральном бюджете на 2004 год» и приложений к ним в связи с запросом группы членов Совета Федерации и жалобой гражданина А.В. Жмаковского»¹¹.

Предметом рассмотрения по этому делу являлись отдельные статьи федеральных законов от 24.12.2002 №176-ФЗ «О федеральном бюджете на 2003 год», от 29.04.2004 №58-ФЗ «О федеральном бюджете на 2004 год», содержавшие нормативные положения, в соответствии с которыми было приостановлено действие отдельных частей ст. 14 Закона от 5.04.2013 № 41-ФЗ «О Счетной палате Российской Федерации» (ст. 14 «Оперативный кон-

¹¹ Первоначально Постановление Конституционного Суда № 9-П опубликовано: Российская газета. 28.04.2004 // СПС КонсультантПлюс.

троль за исполнением федерального бюджета»), а также статьи Законов от 30.12.2001 №194-ФЗ «О федеральном бюджете на 2002 год», «О федеральном бюджете на 2003 год» и «О федеральном бюджете на 2004 год», содержавшие нормативные положения, в соответствии с которыми приостановлено действие положения абз. 2 п. 14 ст. 15 закона от 27.05.1998 №76-ФЗ «О статусе военнослужащих»¹². Суд постановил признать вышеупомянутые нормативные положения федеральных законов о федеральном бюджете на 2002 и 2003 гг. не соответствующим Конституции: 1) постольку, поскольку в силу вытекающих из них требований закон о федеральном бюджете не может содержать положений, изменяющих полномочия и порядок деятельности Счетной палаты, установленные другими федеральными законами; 2) в части, касающейся выплаты гражданам, уволенным с военной службы, и членам их семей ежемесячной денежной компенсации за счет средств федерального бюджета в случае невозможности в трехмесячный срок предоставить им жилые помещения по установленным нормам или невозможности временного размещения этих граждан в других жилых помещениях.

В то же время, признав ряд положений законов о федеральном бюджете на 2002 и 2003 гг. не соответствующими Конституции России, Суд указал, что этим не исключается правомочие Федерального Собрания — при соблюдении требований Конституции и с учетом настоящего Постановления — приостанавливать посредством закона о федеральном бюджете действие отдельных положений федеральных законов, связанных с расходами Российской Федерации. Суд указал также, что: а) юридической формой, в которую облачается федеральный бюджет, служит специальный закон о федеральном бюджете; б) в правовой системе России (ч. 4 ст. 15 Конституции) закон о федеральном бюджете представляет собой законодательный акт особого рода; в) в закон о федеральном бюджете — исходя из его природы и предназначения в правовом государстве — включаются на основе принципов сбалансированности, достоверности и реальности предписания, касающиеся доходов и расходов России и относящиеся к периоду, на который принимается данный закон.

Заключение

Бюджетный закон (по российской терминологии — закон о бюджете на соответствующий год и плановый период) должен отвечать критериям: при-

¹² СЗ РФ. 1995. № 3. Ст. 167; 2001. № 53. Ст. 5030; 2002. № 52. Ст. 5132; 2003. № 52. Ч. 1. Ст. 5038. См.: абз. 2 п. 14 ст. 15 «При невозможности предоставить жилые помещения по установленным нормам в трехмесячный срок органы местного самоуправления до их предоставления обязаны разместить граждан, уволенных с военной службы, и членов их семей в других жилых помещениях или ежемесячно выплачивать им денежную компенсацию за счет средств федерального бюджета в порядке и размерах, которые определяются Правительством Российской Федерации» // СПС Гарант.

ниматься в форме закона с соблюдением установленных законотворческих процедур; не включать в себя нормативные положения, относящиеся к иному предмету регулирования, включая нормы, отменяющие или изменяющие положения иных федеральных законов. Принятие бюджета в форме законодательного акта не только придает правомерный характер, иначе говоря, «легализует», публичные доходы и расходы, но и особо подчеркивает социально-экономическую значимость бюджета как финансового плана, гарантию его беспрекословного исполнения. В материальном смысле бюджетный закон выступает как административный акт в том смысле, что он является актом, в соответствии с которым осуществляется администрирование публичных расходов и доходов. В формальном смысле бюджетный закон выступает как законодательный акт, являющийся источником финансового и бюджетного права, которым переводятся в правовое поле («легализуются») все действия по администрированию публичных расходов и доходов.



Библиография

- Алексеев А.А. Юридическое значение бюджетного закона // Реформы и право. 2011. № 3. С. 16–49.
- Беляев И.Д. Лекции по истории русского законодательства. М.: Тип. Карцева, 1888. 584 с.
- Беляев С.Г., Лебедев С.К., Лукоянов И.В. Управление финансами в России (XVII в. 1917 г.). М.: Институт публично-правовых исследований, 2016. 184 с.
- Берендтс Э.Н. Русское финансовое право. Лекции. СПб.: Тип. СПб. одиноч. тюрьмы. 1914. 457 с.
- Буковецкий А. И. Введение в финансовую науку. Л.: Финансовое изд-во, 1929. 251 с.
- Витте С.Ю. Конспект лекций о народном и государственном хозяйстве / Российское экономическое чудо. М.: Эксмо, 2012. 608 с.
- Горбунова О.Н. Роль финансового права в выполнении планов экономического и социального развития // Советское государство и право. 1982. № 6. С. 12–20.
- Дженовези А. Лекции о торговле, или О гражданской экономике. М.: Изд-во Института Гайдара, 2006. 712 с.
- Еллинек Г. Бюджетное право. Ростов на Дону: Донская речь, 1906. 43 с.
- Загряцков М.Д. Административно-финансовое право. М.: Финансовое издательство НКФ СССР, 1928. 128 с.
- Запольский С.В. и др. Финансовое право. М.: Контракт, 2011. 792 с.
- Исаев А.А. Очерк теории и политики налогов / Финансы и налоги: очерки теории и политики. М.: Статут, 2004. 618 с.
- Козырин А.Н. Закон в налоговом праве: принципы законотворческих процедур // Реформы и право. 2015. № 3. С. 3–12.
- Колесникова Н.В. Аксиологический аспект правовой природы бюджетного законодательства // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. № 1. С. 96–100.
- Комаровский Л.А. Очерки Рима в финансовом и экономическом отношениях. М.: Ленанд, 2018. 144 с.

- Коркунов Н.М. Указ и закон. СПб.: Тип. Стасюлевича, 1894. 408 с.
- Крылова Н.С. Центральные государственные органы Великобритании. М., Юридическая литература, 1965. 231 с.
- Кудрин А.Л., Афанасьев М.П. Государственные финансы Ренессанса: Карафа — Ортис — Боден. М.: Магистр, 2017. 144 с.
- Лазаревский Н.И. Лекции по русскому государственному праву. Т.1. Конституционное право. СПб.: Слово, 1908. 509 с.
- Лазаревский Н.И. Народное представительство и его место в системе других государственных установлений / Конституционное государство. Сборник статей. СПб.: Издание И.В. Гессена и А.И. Каминки, 1905. 585 с.
- Лебедев В.А. Финансовое право. М.: Статут, 2000. 461 с.
- Лодыженский А.М. Народные представительства и народные деньги. М.: Изд-во Маковского, 1917. 31 с.
- Мордвинов Н.С. Избранные произведения. М.: Государственное издательство политической литературы, 1945. 255 с.
- Пискотин М.И. Советское бюджетное право. М.: Юридическая литература, 1971. 311 с.
- Растеряев Н. Государственное хозяйство. Курс финансовой науки. СПб.: Народная польза, 1904. 562 с.
- Ровинский Е.А. Основные вопросы теории советского финансового права. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1960. 193 с.
- Тарасов И.Т. Очерк науки финансового права / Финансы и налоги: очерки теории и политики. М.: Статут, 2004. 618 с.
- Троицкий С.М. Финансовая политика русского абсолютизма в XVIII в. М.: Наука, 1966. 272 с.
- Тургенев Н.И. Опыт теории налогов. М.: Статут, 1998. 432 с.
- Шершеневич Г.В. Общее учение о праве и государстве. М.: Ленанд, 2015. 162 с.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 1

Theory of Budget in the Russian Financial Law Doctrine



Alexander A. Yalbulganov

Professor, Department of Public Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: yalbulganov@hse.ru



Abstract

The paper considers the concept of budget being shaped for 200 years within financial law concept. The paper touches upon the evolution of the theory in the Western states and the influence of the Western legal scholars on the concept of financial law and budget theory in Russia. The achievements of Russian researchers are shown, in particular created by I.T.Tarasov theory of financial laws as a special type of statutes representing the subject matter of financial law. He systematized the concept of financial law in postulates: financial laws as a concept in financial law; financial laws as a remedy

for treasury rights and taxpayers; financial laws and taxes and duties; financial laws and expenses; execution of financial laws and state inventory (budget). Tarasov's concept influences the development of the Russian theory of financial law and the role of state budget. The author attempts to answer the question what a budget represents in terms of Russian, Soviet and modern Russian researchers. He shapes his own opinion based on financial law, in particular the fact approving budget as a legislative norm legalizes public costs and revenues and stresses the social economic relevance of budget as financial plan, guarantee of its absolute execution. The paper concludes that materially budget law is a statute as it is a statute regulating public costs and revenues. Formally, budget law is a document serving as a source of financial and budget law regulating public costs and revenues.



Keywords

budget, budget theory, financial law, subject matter of financial law, budget in terms of law, financial plan, state act, incomes and revenues.

For citation: Yalbulganov A.A. (2019) Theory of Budget in the Russian Financial Doctrine. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 71–88 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.71.88



References

- Alekseev A.A. (2011) [Legal significance of budget law]. *Reformy i pravo*, no 3, pp. 16–49 (in Russian)
- Berendts E.N. (1914) [Russian Financial Law]. Saint Petersburg: Odinochn tyurmy, 457 p. (in Russian)
- Belyaev I.D. (1888) [History of Russian Legislation]. Moscow: Kartsev, 584 p. (in Russian)
- Belyaev S.G., Lebedev S.K., Lukoyanov I.V. (2016) [Administering Finances in Russia (17th Century — 1917)]. Moscow: Institut publichno-pravovyykh issledovaniy, 184 p. (in Russian)
- Bukovetskiy A.I. (1929) [Introduction to Financial Science]. Leningrad: Finansizdat, 251 p. (in Russian)
- Ellinek G. (1906) [Budget Law]. Rostov-on-Don: Donskaya rech, 43 p. (in Russian)
- Genovesi A. (2006) [Lectures on Trade and Civil Economics]. Moscow: Institut Gaidara, 712 p. (in Russian)
- Gorbulnova O.N. (1982) [Financial law and social development]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no 6, pp. 12–20 (in Russian)
- Isaev A.A. (2004) [Essays on Theory and Policy of Taxes]. Moscow: Statut, 618 p. (in Russian)
- Kolesnikova N.V. (2017) [Axiology in budget legislation.]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, no 1, pp. 96–100 (in Russian)
- Komarovsky L.A. (2018) [Essays on Rome in terms of Finances and Economics]. Moscow: Lenand, 144 p. (in Russian)
- Korkunov N.M. (1894) [Decree and Law]. Saint Petersburg: Stasyulevich, 408 p. (in Russian)
- Kozyrin A.N. (2015) [Tax law: principles of legislative procedures]. *Reformy i pravo*, no 3, pp. 3–12 (in Russian)

- Krylova N.S. (1965) [State Central Bodies of Britain]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 231 p. (in Russian)
- Kudrin A.L., Afanasyev M.P. (2017) [State Finances in Renaissance]. Moscow: Magistr, 144 p. (in Russian)
- Lazarevskiy N.I. (1908) [Lectures on Russian State Law]. Saint Petersburg: Slovo, 509 p. (in Russian)
- Lazarevskiy N.I. (1905) [Representation of People and its Place among State Bodies. Collection of papers]. Saint Petersburg: Gessen, 585 p. (in Russian)
- Lebedev V.A. (2000) [Financial Law]. Moscow: Statut, 461 p. (in Russian)
- Lodyzhenskiy A.M. (1917) [Representation of People and People's Money]. Moscow: Makovsky, 31 p. (in Russian)
- Mordvinov N.S. (1945) [Selected works]. Moscow: Gospolitizdat, 255p. (in Russian)
- Piskotin M.I. (1971) [Soviet Budget Law]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 311 p. (in Russian)
- Rasteryaev N. (1904) [State Economy: Science of Finances]. Saint Petersburg: Narodnaya pol'za, 562 p. (in Russian)
- Rovinskiy E.A. (1960) [Issues of Soviet Financial Law]. Moscow: Gospolitizdat, 193 p. (in Russian)
- Shershenevich G.V. (2015) [General Theory of Law and State]. Moscow: Lenand, 162 p. (in Russian)
- Tarasov I.T. (2004) [Essays on Financial Law]. Moscow: Statut, 618 p. (in Russian)
- Troitskiy S.M. (1966) [18th Century Financial Policy in Russia]. Moscow: Nauka, 272 p. (in Russian)
- Turgenev N.I. (1998) [Essay on Tax Theory]. Moscow: Statut, 432 p. (in Russian)
- Vitte S. Yu. (2012) [Lectures on Economics.]. Moscow: Eksmo, 608 p. (in Russian)
- Zagryatskov M.D. (1928) [Administrative and Financial Law]. Moscow: Finansovoe izdatel'stvo, 128 p.
- Zapolskiy S.V. et al. (2011) [Financial Law]. Moscow: Kontrakt, 792 p.

Налоговый комплаенс в России: проблемы соотношения мер административного принуждения и стимулирования



Е.В. Овчарова

старший преподаватель кафедры финансового права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук. Адрес: 119991, Российская Федерация, Москва, ГСП-1, Ленинские горы, 1, стр. 13-14, 4-й учебный корпус. E-mail: oev975@yandex.ru



Аннотация

Статья посвящена рассмотрению налогового комплаенса как системы превенции нарушений налогового законодательства, с одной стороны, и оценки налоговых рисков с управлением ими, с другой. Такой подход к налоговому комплаенсу позволяет рассмотреть как подходы к оценке налоговых рисков налоговых органов, направленные на обнаружение нарушений налогового законодательства, так и налогоплательщиков, целью которых является оптимизация налогообложения законными способами. Налоговый комплаенс исследуется как система и предупредительных, и стимулирующих мер административного принуждения одновременно. Анализ системы этих мер строится с учетом их целей и оснований их применения, способа обеспечения ими правопорядка и содержания данных мер. Это позволило автору выявить недостатки как в правовом регулировании, так и в практике применения рассматриваемых мер административного принуждения за нарушения налогового законодательства, выработать и предложить в статье способы решения указанных проблем. В статье сделан вывод о ненадлежащих организационно-правовых гарантиях реализации правового статуса налогоплательщика, налогового агента, кредитной организации из-за отсутствия определенного в налоговом законодательстве и закрытого, т.е. исчерпывающего перечня налоговых рисков и критериев их оценки. Вывод основан на системном правовом исследовании механизма правового регулирования налогового контроля, особенностей его организации, структуры и правового статуса органов налогового контроля в России. Предупредительные меры налогового комплаенса рассматриваются как часть системы мер административного принуждения в комплексе с пресекательными, обеспечительными, карательными и восстановительными мерами административного принуждения, которые применяются за нарушение налогового законодательства. При этом в статье положительно для совершенствования налогового комплаенса оцениваются перспективы перехода от вертикальных к горизонтальным налоговым правоотношениям, т.е. широкого внедрения налогового мониторинга как метода контроля и постепенного отказа от налоговых проверок по мере повышения эффективности риск-ориентированного подхода в налоговом контроле. Однако все это возможно только при внедрении концепции правозаконности в механизм правового регулирования налогового контроля, предполагающей реализацию в правовом регулировании и в правоприменительной практике всех конституционных принципов налогообложения и сборов.



Ключевые слова

налоговый комплаенс, предупредительные меры, превенция, риск-ориентированный подход, налоговые риски, управление налоговыми рисками, налоговый контроль, стимулирующие меры.

Для цитирования: Овчарова Е.В. Налоговый комплаенс в России: проблемы соотношения мер административного принуждения и стимулирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 1. С. 89–111.

УДК: 349

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.89.11

Введение

Определенность правового статуса налогоплательщиков, в том числе при реализации этого статуса в налоговых правоотношениях, с одной стороны, и недопустимость нарушения как налогового законодательства, так и злоупотребления субъективным налоговым правом налогоплательщиков с целью неуплаты либо неполной уплаты налогов, с другой, всегда были проблемами, которые проявлялись и должны были решаться одновременно [Гидирим В.А., 2018: 706–819; Пепеляев С.Г., 2018: 4–9; Аракелов С.А., 2018: 109–115]. Для их решения не только в законодательстве о налогах и сборах, но и в смежных с ним отраслях законодательства, а также в правоприменительной практике должен быть предусмотрен понятный всем правоприменителям и эффективный в реализации механизм правового регулирования, обеспечивающий соблюдение баланса публичных и частных интересов в налоговом праве и поддержание доверия гражданского общества к институтам государства и права. Институт налогового комплаенса для обеспечения соблюдения налогового законодательства и незлоупотребления субъективным налоговым правом в налоговых правоотношениях рассматривается как система превенции налоговых правонарушений и преступлений и управления налоговыми рисками одновременно. При этом учитывается как Вестминстерский подход, основанный на дозволении налогоплательщику действовать наиболее выгодным для себя образом в условиях правовой неопределенности норм налогового законодательства [Baker P., 2004: 14]¹, так и «принцип Рамзи», смысл которого сводится к ограничению возможности получения налоговой выгоды за счет создания искусственных правовых конструкций. Реализация «принципа Рамзи» предполагает, что при анализе действий на-

¹ Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster (1936) // A.C. 1;19 TC 490.

логоплательщика с точки зрения их существа необходимо рассматривать и цель, которую преследует закон².

1. Система превенции нарушений налогового законодательства и налоговых злоупотреблений

Предупреждение совершения административных правонарушений выделяется в качестве одной из задач института административной ответственности. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 3.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ³ (с изменениями и дополнениями) административное наказание применяется в целях предупреждения совершения новых правонарушений как самим правонарушителем (в этом заключается принцип частной превенции), так и другими лицами (в этом отражается принцип общей превенции). Однако реализация указанной задачи достигается не только карательными мерами административной ответственности, но и превентивными мерами организационного и информационного воздействия, обеспечивающими недопустимость нарушения норм налогового законодательства и злоупотребления субъективным налоговым правом.

Ориентация налогового контроля исключительно на обнаружение налоговых рисков, связанных с нарушением налогового законодательства и злоупотреблением субъективным налоговым правом, сопровождается проявлением весьма широкого административного усмотрения при их оценке. При этом указанный подход к налоговому контролю во многом заимствован из США [Lederman L., 2003: 971, 973–974; Branham E., 2009: 1507, 1524–1532].

Данная ситуация объясняется и усугубляется следующими обстоятельствами. Во-первых, налоговый контроль в России ведут централизованные системы налоговых органов (в отношении налогов и сборов, предусмотренных в НК РФ), таможенных органов (в отношении таможенных платежей, которые подведомственны Минфину России), органы управления государственными внебюджетными фондами — Пенсионного фонда (в отношении страховых взносов на обязательное медицинское страхование неработающего населения), Фонда социального страхования (в отношении страховых взносов на обязательное социальное страхование от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний). Все указанные органы подведомственны Правительству Российской Федерации непосредственно либо опосредованно. Правительству подведомственны и подконтрольны Минфин

² W.T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners (1982) // 54 TC 101.

³ Федеральный закон от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 06.02.2019) «Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

и органы управления государственных внебюджетных фондов, а Минфину подведомственны и подконтрольны Федеральная налоговая служба (ФНС) и Федеральная таможенная служба с их территориальными органами⁴. Поэтому организационные системы налогового контроля можно охарактеризовать как федеральные, централизованные и организационно встроенные в иерархию федеральных органов исполнительной власти, что не обеспечивает независимый от Правительства России и от Минфина налоговый контроль.

Однако в рамках институционального независимого финансового контроля контрольно-счетные органы России, ее субъектов и муниципальных образований проверяют законность налоговых преференций, т.е. налоговых выгод и льгот. Это обеспечивает независимый от Правительства и Минфина России, органов исполнительной власти субъектов федерации и исполнительных органов местного самоуправления децентрализованный высший государственный либо муниципальный финансовый контроль за законностью предоставления налоговых преимуществ при исполнении налоговых обязанностей перед бюджетами соответствующего публичного образования. При этом налоговый контроль в системе исполнительной власти ведется на постоянной основе, а в системе контрольно-счетных органов функция налогового контроля реализуется факультативно, фрагментарно и ситуационно⁵.

Во-вторых, функция указанных органов по контролю за правильностью исчисления, полнотой и своевременностью уплаты налогов и сборов в контексте ст. 3 и п. 4 ч. 1 ст. 32 НК РФ и норм иных законодательных актов с учетом концепции правозаконности (конституционные основы которой заложены в ст. 18 и ст. 45 Конституции России) совмещается с функцией по администрированию подконтрольных налоговых платежей в качестве формирующих доходы бюджетов. Это искажает цель налогового контро-

⁴ Федеральный закон от 31.07.1998 № 146-ФЗ (ред. от 27.12.2018) «Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая)» // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3824 (далее — НК РФ); Закон Российской Федерации от 21.03.1991 № 943-1 (ред. от 27.12.2018) «О налоговых органах Российской Федерации» // Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 15. Ст. 492; Таможенный кодекс Евразийского экономического союза // Официальный сайт Евразийского экономического союза // URL: <http://www.eaunion.org> (дата официального опубликования 12.04.2017); Федеральный закон от 03.08.2018 № 289-ФЗ (ред. от 28.11.2018) «О таможенном регулировании в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2018. № 32 (ч. I). Ст. 5082; Федеральный закон от 24.07.1998 № 125-ФЗ (ред. от 07.03.2018) «Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний» // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3803; Федеральный закон от 29.11.2010 № 326-ФЗ (ред. от 06.02.2019) «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. № 49. Ст. 6422.

⁵ Федеральный закон от 05.04.2013 № 41-ФЗ (ред. от 07.02.2017) «О Счетной палате Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1649; Федеральный закон от 07.02.2011 N 6-ФЗ (ред. от 27.12.2018) «Об общих принципах организации и деятельности контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации и муниципальных образований» // СЗ РФ. 2011. № 7. Ст. 903.

ля — обеспечение законности налогообложения, так как при этом цель обеспечения поступления налоговых доходов в бюджет доминирует. Указанные функции несовместимы с их эффективной реализацией, особенно в целях надлежащей реализации функции налогового контроля. Такие функции дополняются административно-юрисдикционными функциями, предполагающими рассмотрение и пересмотр дел о нарушениях налогового и иных отраслей законодательства об обязательных платежах, применение мер административного принуждения за указанные нарушения, рассмотрение и урегулирование налоговых споров и споров, связанных с уплатой и администрированием иных обязательных платежей. Фактически налоговыми и иными органами, администрирующими обязательные платежи, также выполняются функции по выработке налоговой политики, подзаконному нормативному правовому регулированию и нормативному толкованию норм налогового и иных отраслей законодательства об обязательных платежах.

Поэтому вместо риск-ориентированного налогового контроля за законностью налогообложения, т.е. правильностью исчисления, полнотой и своевременностью уплаты обязательных платежей, складывается ситуация конфликта интересов органов налогового контроля, нацеленных главным образом на обеспечение исполнения бюджета по доходам в условиях системного экономического кризиса и бюджетного дефицита, и налогоплательщиков, рассчитывающих на определенность и стабильность налоговой системы. Конфликт интересов постоянно усугубляется, что приводит к нарастанию неуправляемых налоговых рисков, по-разному понимаемых налогоплательщиками и налоговыми органами. Налогоплательщики под фактором налогового риска понимают риск применения мер государственного принуждения за нарушение налогового законодательства, а налоговые органы — фактор недоимки по обязательным платежам по причине как нарушения предписаний налогового законодательства, так и злоупотребления налогоплательщиком субъективным налоговым правом. Причем такая ситуация присуща не только России, но и иным странам [Eckhoff R., 1996: 107–122], которые объединяют свои усилия в борьбе с размыванием налоговой базы и выводом прибыли из-под налогообложения⁶.

При этом для реализации риск-ориентированного подхода в налоговом контроле приоритетной является камеральная налоговая проверка налоговой отчетности, при обнаружении налоговых рисков при камеральной налоговой проверке назначается выездная налоговая проверка. Проверки также типизированы по предмету с учетом высокого уровня налоговых рисков в определенных областях налогового контроля и с выделением в системе ФНС специализированных межрегиональных инспекций по камеральному кон-

⁶ URL: <http://www.oecd.org/> (дата обращения 24.12.2018)

тролю за правильностью исчисления, полнотой и своевременностью уплаты НДС, по ценообразованию для целей налогообложения. Для налогового контроля в отношении бюджетобразующих крупнейших налогоплательщиков созданы специализированные межрегиональные и межрайонные инспекции соответственно федерального и регионального уровней⁷.

С целью управления потенциальными налоговыми рисками используются институты налоговых рулингов и соглашений с налоговыми органами, разъяснений налогового законодательства как налоговыми, так и финансовыми органами, а также получения правоустанавливающих документов, справок компетентных органов, иные формы получения необходимой для налогообложения информации от компетентных органов и их должностных лиц⁸. Наиболее эффективными средствами профилактики нарушений и злоупотреблений в налоговой сфере являются налоговые рулинги и соглашения с налоговыми органами. Они предполагают совместное определение налоговыми органами и налогоплательщиками налоговых последствий операций в сфере предпринимательской деятельности до их совершения. Результаты такой оценки отражаются в одностороннем административном акте налоговым органом (мотивированное мнение при налоговом мониторинге) либо в двустороннем административном акте налоговым органом и налогоплательщиком (соглашение о ценообразовании для целей налогообложения). К сожалению, возможность получать налоговые рулинги и заключать соглашения о ценообразовании доступна только ограниченному числу крупнейших налогоплательщиков в силу как законодательных, так и административных ограничений их применения. Указанные административные акты являются обязательными как для налоговых органов, так и для налогоплательщиков, поскольку ими руководствуются и налогоплательщики при определении налоговых последствий совершаемых операций, и налоговые органы при проведении мероприятий налогового контроля.

Что касается разъяснений налоговых органов (устных и письменных) и письменных разъяснений финансовых органов как индивидуальных актов по вопросам применения налогового законодательства, то стоит отметить их неэффективность в качестве средств профилактики нарушений и злоупотреблений в налоговой сфере. Во-первых, их противоречивость в результате противоположных позиций финансовых и налоговых органов. Особенно эта противоречивость проявляется в письменных разъяснениях Минфина

⁷ Приказ ФНС России от 30.05.2007 N ММ-3-06/333@ (ред. от 10.05.2012) «Об утверждении Концепции системы планирования выездных налоговых проверок» // СПС КонсультантПлюс; Приказ Минфина России от 17.07.2014 N 61н (ред. от 09.08.2018) «Об утверждении Типовых положений о территориальных органах Федеральной налоговой службы» // Российская газета. 2014. 17 декабря.

⁸ НК РФ, а также соглашения об избежании двойного налогообложения, заключенные Россией с другими государствами // СПС КонсультантПлюс.

и ФНС, в которых указанные органы нередко занимают прямо противоположные позиции по одним и тем же вопросам налогообложения, несмотря на административную иерархию, в рамках которой ФНС подведомственна Минфину⁹ (следовательно, акты ФНС должны соответствовать актам Минфина, а в случае их противоречия акты ФНС подлежат отмене Минфином¹⁰). Кроме того, следует обратить внимание на функцию Минфина России по выработке государственной политики и нормативному правовому регулированию в области налогов и сборов, а также на обязательность для налоговых органов письменных разъяснений финансовых органов, данных в пределах их компетенции, в силу прямой нормы НК РФ (п. 5 ч. 1 ст. 32).

Во-вторых, такие разъяснения даются без вмешательства в финансово-хозяйственную деятельность субъектов, которым они направляются, т.е. без анализа как операций, о налоговых последствиях которых предоставляются разъяснения, так и их налоговых последствий применительно к обстоятельствам экономической деятельности субъектов, которым предоставляются разъяснения. Указанные обстоятельства исследуются только в рамках налоговых проверок, по результатам которых оформляются акты о выявленных нарушениях налогового законодательства и принимаются юрисдикционные решения о привлечении либо об отказе в привлечении к административной ответственности за нарушение налогового законодательства. Анализ налоговых последствий операций, основанный на исследовании налоговым органом в ходе налоговой проверки обстоятельств экономической деятельности проверяемого налогоплательщика, позволяет прийти к иным выводам, нежели те, которые были сделаны без его проведения в письменных разъяснениях финансовых и налоговых органов по запросу налогоплательщика. По этой же причине некоторые письменные разъяснения финансовых и налоговых органов о применении налогового законодательства не являются в должной степени определенными и понятными, чтобы субъект, которому они адресованы, имел возможность использовать их в финансово-хозяйственной деятельности.

Надежду в решении этого вопроса вселяет правовая позиция в Постановлении Конституционного Суда России от 28.11.2017 № 34-П по жалобе Ак-

⁹ Указ Президента России от 09.03.2004 № 314 (ред. от 28.09.2017) «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» с изменениями и дополнениями, внесенными Указом Президента Российской Федерации от 20.05.2004 № 649 «Вопросы структуры федеральных органов исполнительной власти» // СЗ РФ. 2004. № 11. Ст. 945; 2004. № 21. Ст. 2023; Указ Президента России от 15.05.2018 N 215 (ред. от 26.02.2019) «О структуре федеральных органов исполнительной власти» // СЗ РФ. 2018. № 21. Ст. 2981.

¹⁰ Постановление Правительства России: от 30.06.2004 N 329 (ред. от 29.09.2018) «О Министерстве финансов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3258; и от 30.09.2004 № 506 (ред. от 03.10.2018) «Об утверждении Положения о Федеральной налоговой службе» // СЗ РФ. 2004. N 40. Ст. 3961.

ционерного общества «Флот Новороссийского морского торгового порта»¹¹, которая по сути запретила Минфину России уклоняться от письменных разъяснений по вопросам налогообложения, даже если для этого необходимы специальные знания с учетом возможностей межведомственного взаимодействия.

Широкое административное усмотрение (дискреция) налоговых органов в борьбе со злоупотреблениями субъективными правами со стороны налогоплательщиков требует принятия налогоплательщиками адекватных превентивных мер. Получение налогоплательщиками правоустанавливающих документов и справок, а также реализация права на получение информации по вопросам налогообложения в иных формах являются недостаточными мерами профилактики налоговых правонарушений и злоупотреблений. Налогоплательщики не могут себя обезопасить от необоснованных претензий налоговых органов без создания и поддержания в актуальном состоянии системы документов, подтверждающих не только формальный статус, но и фактические обстоятельства их экономической деятельности как субъектов налогообложения. Только такой подход к организации документооборота в налоговом учете позволит налогоплательщикам использовать налоговые преференции.

Налоговые органы для целей контроля за правильностью исчисления, полнотой и своевременностью уплаты налогов используют единую автоматизированную информационную систему «Налог-3» (АИС «Налог-3»). Система аккумулирует: данные регистрации актов гражданского состояния, данные государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, данные государственной регистрации прав на имущество, данные маркировки, данные анализа банковской деятельности, данные контрольно-кассовой техники, данные контрольной работы, данные АСК «НДС-2». Систематизация указанной информации на основе ее автоматизации с использованием современных технологий способствует обнаружению налоговых рисков, связанных как с нарушениями налогового законодательства, так и со злоупотреблением субъективным налоговым правом в масштабах страны. Часть данных АИС «Налог-3» находится в открытом доступе на сайте ФНС в целях должной осмотрительности и осторожности при выборе контрагента. До 01.07.2018 этот сервис назывался «Риски бизнеса: проверь себя и своего контрагента», а ныне он именуется «Прозрачный бизнес».

Налоговые органы пытаются переориентировать налоговый контроль за проявлением должной осмотрительности при выборе контрагента (факти-

¹¹ Постановление Конституционного Суда России от 28.11.2017 № 34-П «По делу о проверке конституционности пункта 8 статьи 75, подпункта 3 пункта 1 статьи 111 и подпункта 23 пункта 2 статьи 149 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой Акционерного общества «Флот Новороссийского морского торгового порта» // СЗ РФ. 2017. № 49. Ст. 7532.

чески налоговые органы перекладывают тем самым функцию налогового контроля на субъектов предпринимательской деятельности, вступающих в гражданско-правовые отношения с другими ее субъектами) на обнаружение фактических бенефициаров необоснованной налоговой выгоды от налогового мошенничества. Для этих целей налоговые органы намерены совершенствовать административную процедуру государственной регистрации юридических лиц. Кроме того, налоговые инспекции максимально используют результаты внутреннего контроля финансовых организаций для обнаружения проблемных (с точки зрения финансово-правовых рисков) лиц¹² и оперативного получения необходимой информации из банковской системы и от иных участников финансового рынка для адресного применения административного принуждения. Следует отметить также, что в борьбе с налоговыми злоупотреблениями должностные лица налоговой администрации уже применяют метод сопоставления товарных и денежных потоков. С учетом развития технологии блок-чейн и сотрудничества ФНС и ЦБ России в этом вопросе такие усилия налоговой администрации приведут к созданию более эффективно функционирующей системы АИС «Налог-3», в основу которой будет положен адресный риск-ориентированный подход в обнаружении проблемных с точки зрения налогообложения лиц. Это так называемые «площадки» получения необоснованной налоговой выгоды. Их выявление нацелено на оперативное принятие мер административного принуждения именно в отношении таких лиц.

Так, в системе АСК «НДС-2» выделяются технические субъекты, деятельность которых связана исключительно с получением необоснованной налоговой выгоды; сущностные субъекты, деятельность которых носит предпринимательский характер; транзитные субъекты, обеспечивающие связь между первыми и вторыми субъектами. На основе такой классификации субъектов в интегрированной информационно-технологической системе баз данных налоговых органов решается вопрос об адресном применении к ним мер административного принуждения как за нарушение налогового законодательства, так и за злоупотребление субъективным налоговым правом. Речь идет о применении всего комплекса мер административного принуждения: предупредительных, пресекательных, обеспечительных, карательных и восстановительных.

¹² Методические рекомендации о повышении внимания кредитных организаций к отдельным операциям клиентов (утв. Банком России 13.04.2016 № 10-МР) // Вестник Банка России. 2016. № 40; Методические рекомендации о подходах к управлению кредитными организациями риском легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма (утв. Банком России 21.07.2017 № 18-МР) // Там же. 2017. № 63; Методические рекомендации о повышении внимания кредитных организаций к отдельным операциям клиентов (утв. Банком России 02.02.2017 № 4-МР) // Там же. 2017. № 15.

Для преодоления недобросовестной налоговой конкуренции между он-шорными и офшорными юрисдикциями ведется борьба с размыванием налоговой базы на глобальном уровне. Для этого государства вынуждены постепенно переходить от двусторонних налоговых соглашений к подписанию и ратификации многосторонних налоговых соглашений, в которых борьба с обходом налогов при международном налоговом планировании становится главной целью. Речь идет о Многосторонней конвенции ОЭСР по выполнению мер, относящихся к налоговым соглашениям, в целях противодействия размыванию налоговой базы и выводу прибыли из-под налогообложения (2016)¹³, а также о многосторонних соглашениях, обеспечивающих международный обмен налоговой информацией и взаимную административную помощь по налоговым делам в глобальном масштабе.

Так, Конвенция от 25.01.1988 о взаимной административной помощи по налоговым делам (далее — Конвенция) подписана Россией в Каннах (Франция) 3.11.2011 и ратифицирована Федеральным законом от 4. 11.2014 №325-ФЗ «О ратификации Конвенции о взаимной административной помощи по налоговым делам»¹⁴, на территории России вступила в силу с 1.07.2015 и применяется с 1.01.2016. Конвенция предусматривает международный обмен налоговой информацией по запросу заинтересованной стороны, а также спонтанный и автоматический обмен ею. Последнему придается особое значение. В связи с этим было разработано Многостороннее соглашение между компетентными органами об автоматическом обмене финансовой информацией от 29.10. 2014¹⁵. При его разработке были проведены консультации с ФНС. Реализация таких глобальных международных соглашений предполагает разработку и внедрение с активным участием ФНС Единого стандарта отчетности ОЭСР (Common reporting standard; CRS) и Общей системы передачи данных (Common transmission system; CTS), с помощью которых может функционировать защищенный единый канал обмена сведениями [Вольвач Д.В., Кадет А.В., 2016: 15–25].

Для исполнения международных обязательств по автоматическому обмену финансовой информацией с иностранными государствами (территориями) в России введена система уведомлений об участии в международной группе компаний. Предусматривается сообщение сведений как специальных форм годовой налоговой отчетности по международной группе компа-

¹³ Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting. Опубликовано ОЭСР 24.11.2016, открыто для подписания с 31.12.2016. Available at: <http://www.oecd.org/> (дата обращения 24.12.2018)

¹⁴ Федеральный закон от 04.11.2014 № 325-ФЗ «О ратификации Конвенции о взаимной административной помощи по налоговым делам» // СЗ РФ. 2014. № 45. Ст. 6135.

¹⁵ Multilateral Competent Authority Agreement on Automatic Exchange of Financial Account Information (CRS MCAA). 2018. Available at: <http://www.oecd.org/> (дата обращения 24.12.2018)

ний: глобальной документации, национальной документации и странового отчета¹⁶. Приказом ФНС от 6.03.2018 № ММВ-7-17/123@ утвержден формат странового отчета международной группы компаний по государствам (территориям), налоговыми резидентами которых являются участники международной группы компаний, порядок его заполнения и представления в электронной форме¹⁷.

Ранее применительно к России обмен осуществлялся, главным образом, по запросу заинтересованной стороны либо спонтанно путем направления информации стороне, могущей быть в этом заинтересована. С 30.09.2018 Россия полностью присоединилась к системе автоматического обмена финансовой информацией, и такой обмен сейчас ведется с участием России¹⁸. Это предполагает доступ ФНС в текущем режиме к финансовой информации о российских налоговых и валютных резидентах, которая аккумулируется в глобальной автоматизированной информационной базе данных для целей международного информационного обмена согласно Конвенции и заключенному в соответствии с ней Многостороннему соглашению об автоматическом обмене финансовой информацией¹⁹. Международный автоматический обмен финансовой информацией с участием в нем порядка 80–100 юрисдикций обеспечит реализацию принципа прозрачности в финансовом контроле в глобальном масштабе.

Чтобы любой налогоплательщик имел возможность определить пределы налоговой юрисдикции государства с помощью института налогового резидентства, на интернет-сайте ФНС России (<https://www.nalog.ru>) с 16.01.2018 работает электронный сервис «Подтвердить статус налогового резидента Российской Федерации», существенно упростивший процедуру подтверждения налогоплательщиками их налогового статуса. Налоговое резидентство является определяющим как во внутригосударственных, так и в

¹⁶ Федеральный закон от 27.11.2017 N 340-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Налогового кодекса Российской Федерации в связи с реализацией международного автоматического обмена информацией и документацией по международным группам компаний» // СЗ РФ. 2017. № 49. Ст. 7312.

¹⁷ См.: Приказ ФНС России от 06.03.2018 N ММВ-7-17/123@ «Об утверждении формата странового отчета международной группы компаний по государствам (территориям), налоговыми резидентами которых являются участники международной группы компаний, порядка его заполнения и представления в электронной форме» (Зарегистрировано в Минюсте России 07.05.2018 N 50994) // URL: <http://www.pravo.gov.ru/> (дата официального опубликования: 08.05.2018)

¹⁸ Однако с некоторыми юрисдикциями автоматический обмен ведется с 2017 года // Available at: <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/exchange-relationships/> (дата обращения 24.12.2018)

¹⁹ Соглашение заключено на основе Конвенции ETS N 127 от 25.01.1988 и подписано 29.10.2014 представителями 51 государства. Текст см.: Multilateral Competent Authority Agreement on Automatic Exchange of Financial Account Information. Available at: <http://oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/multilateral-competent-authority-agreement.pdf> (дата обращения 06.02.2015)

международных налоговых отношениях. Доступ к информации о налоговом резидентстве России в соответствии с рассмотренными международными налоговыми соглашениями получают также компетентные органы иностранных государств.

Самыми серьезными проблемами правового регулирования при широкомасштабном внедрении новейших технологий в налоговый контроль с целью создать эффективную систему превенции нарушений налогового законодательства является реализация конституционных прав человека и гражданина в том значении и содержании, в котором они понимаются и раскрываются в гуманистической философии права. Последняя предполагает, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью, определяющей существование и функционирование всех институтов государства и права. Такой подход лежит в основе закрепленной в действующей российской Конституции концепции правозаконности, укрепление и защита позиций которой соответствуют высоким человеческим ценностям [Алексеев С.С., 1999: 558, 520–563]. В условиях внедрения современных цифровых технологий важно обеспечить механизм правового регулирования, который не позволит нивелировать ценности гуманистической философии права и не приведет к фактическому отказу от концепции правозаконности. Этому вопросу были посвящены размышления о праве в цифровом мире Председателя Конституционного Суда России В.Д. Зорькина на Петербургском международном юридическом форуме [Зорькин В.Д., 2018: 1, 4].

В связи с этим стоит обратить внимание на следующие негативные тенденции в механизме правового регулирования при внедрении современных технологий в налоговый контроль, которые предстоит преодолеть как не согласующиеся с ценностями гуманистической философии права и концепцией правозаконности.

Во-первых, именно для этой сферы характерна недостаточная определенность правовых норм; преобладает рамочное правовое регулирование с детализацией не определенных законом правовых норм на подзаконном уровне в юридико-технических актах, которые зачастую принимаются для служебного пользования, т.е. не подлежат официальному опубликованию. Все это сопровождается широкой дискрецией в правоприменительной практике, предполагающей реализацию возможностей для налаживания и совершенствования работы информационных систем в текущем режиме. Речь идет о генерировании и выявлении налоговых рисков в деятельности налогоплательщиков системой АИС «Налог-3». Налоговые риски рассматриваются как критерии противоправного поведения налогоплательщиков, т.е. как основания для применения мер государственного принуждения. Их генерирование и обнаружение в текущем режиме автоматизированной информационной системой налоговых органов нивелирует правовые гарантии

налогоплательщиков. Не допускается установления оснований ответственности не в законе и ретроспективного применения норм о юридической ответственности.

Во-вторых, имеет место динамичность в развитии информационных технологий с опережением адекватного ей правового регулирования, что обусловлено факторами ускоренного технологического развития, с одной стороны, консервативностью правовой системы и бюрократизацией механизма правового регулирования, с другой. В результате складывается ситуация массового неприменения форм и методов налогового контроля, предусмотренных налоговым законодательством, и применения нелегалитизованных способов и актов налогового контроля в целях предупреждения нарушений налогового законодательства и злоупотреблений субъективным налоговым правом.

2. Оценка налоговых рисков и управление ими

В свете вышеизложенного возникает вопрос о налоговом комплаенсе как системе организации надлежащего документооборота, которая позволила бы избежать либо в максимальной степени минимизировать возможные налоговые риски. Фактические обстоятельства деятельности субъектов налогообложения при этом, конечно, должны соответствовать их документальному подтверждению.

Налоговый комплаенс — это система организации исполнения налоговых обязательств, в том числе налогового учета и налоговой отчетности налогоплательщика, налогового агента, кредитной организации во взаимодействии с субъектами налогового администрирования, которая полностью исключает либо сводит к минимуму возможность нарушения налогового законодательства и злоупотребления субъективным налоговым правом. В понимании налоговой администрации в России построение системы налогового комплаенса основано на взаимной информационной открытости либо транспарентности налоговых органов для налогоплательщиков, а налогоплательщиков — для налоговых органов. Реализация риск-ориентированного подхода в налоговом контроле предполагает постепенный переход от вертикальных налоговых правоотношений к горизонтальным. При этом вертикальные налоговые правоотношения основаны на периодической налоговой отчетности налогоплательщиков перед налоговыми органами, налоговых проверках и актах управления налоговых органов, адресованных налогоплательщикам. Горизонтальные налоговые правоотношения основаны на ведении налогоплательщиками налогового учета в электронной форме с обеспечением доступа к этой системе налогового органа в текущем режиме для целей наблюдения либо мониторинга. При таком подходе только вопросы толкования норм налогового законодательства и пределов администра-

тивного усмотрения при оценке злоупотреблений субъективными правами, предоставленными налогоплательщикам, налоговым агентам и кредитным организациям, могут вызывать налоговые споры.

Когда мы говорим о налоговом мониторинге (раздел V.2. «Налоговый контроль в форме налогового мониторинга» НК РФ), речь идет о специальном сервисе для крупнейших налогоплательщиков. Налоговый мониторинг основан на внедрении новейших информационных технологий электронного взаимодействия налогоплательщиков и налоговых органов по телекоммуникационным каналам связи. Это обеспечивает возможность свободного доступа налоговых органов в систему налогового учета налогоплательщиков для выявления существенных налоговых рисков. Налогоплательщики, состоящие на налоговом мониторинге, являются бюджетобразующими, а с учетом риск-ориентированного подхода администрирующие их налоговые органы контролируют фактически организацию ими системы налогового комплаенса и выявляют недостатки ее функционирования. Поэтому с введением налогового мониторинга, основанного на внедрении современных информационных технологий в налоговый контроль можно говорить о том, что на смену налоговой проверке как традиционному методу налогового контроля за правильностью исчисления, полнотой и своевременностью уплаты налога приходит налоговый аудит системы налогового комплаенса в компании, основанной на автоматизированной информационной системе налогового учета.

Так, в настоящее время налогоплательщики имеют возможность взаимодействовать с налоговыми органами для целей налогового комплаенса и управления налоговыми рисками в рамках налогового мониторинга и/или используя информационный ресурс «Риски бизнеса: проверь себя и своего контрагента» (либо «Прозрачный бизнес»). Этот информационный ресурс является открытой публике частью системы АИС «Налог-3». Кроме того, у налогоплательщиков имеется возможность управлять своими налоговыми рисками путем ответов на внепроверочные запросы налоговыми органами необходимых для налогового контроля документов и участия в заседаниях комиссий по легализации налоговой базы. Налогоплательщики также могут выстраивать взаимодействие с проверяющими в ходе мероприятий налогового контроля при проверке либо мониторинге, при возражениях на акты проверок и дополнений к ним, при подаче жалоб, при участии в рассмотрении материалов налогового контроля и жалоб налогоплательщиков в налоговых органах.

Отсутствие либо ненадлежащая организация налогоплательщиками, налоговыми агентами и кредитными организациями системы внутреннего налогового контроля (налогового комплаенса) может повлечь возникновение налоговых рисков. Обнаружение налоговыми органами налоговых рисков в деятельности налогоплательщиков проявляется прежде всего в направлении налоговыми органами запросов вне мероприятий налогового контроля,

в вызове налогоплательщиков, налоговых агентов, их законных либо уполномоченных представителей, законных либо уполномоченных представителей кредитных организаций на заседания комиссий налоговых органов по легализации налоговой базы. Надо отметить, что направление подобных запросов и создание таких комиссий являются нелегалезованными должным образом формами, широко применяемыми налоговыми органами при получении информации о налоговых рисках для ее проверки и оценки соответствующих рисков [Соколов Д.В., 2017: 43–50]. По причине отсутствия налаженной системы налогового комплаенса налогоплательщик может быть включен в план выездной налоговой проверки с последующим принятием решения о назначении выездной налоговой проверки налогоплательщика. Если по результатам налоговой проверки будут подтверждены нарушения налогового законодательства, то к налогоплательщику могут быть применены восстановительные, карательные, пресекающие и обеспечительные меры административного принуждения, а при обнаружении признаков налоговых преступлений — меры уголовной ответственности и уголовно-пресекающие меры с возможным взысканием с лиц, признанных виновными, налогов, пени и штрафов.

Риск назначения выездной налоговой проверки на основании налоговых рисков, выявленных в ходе камеральных налоговых проверок, возрастает в связи с внедрением системы АИС «Налог-3», т.е. нового сервиса, позволяющего на базе информационных технологий автоматически агрегировать все сведения о налогоплательщиках и выявлять нарушения ими налогового законодательства. Изготавливаемая на основе указанной информации справка о состоянии расчетов налогоплательщика с бюджетом и информация, агрегированная в разделе «Прозрачный бизнес» или «Риски бизнеса: проверь себя и своего контрагента» в АИС «Налог-3», может создавать серьезные ограничения реализации правового статуса налогоплательщика. Так, наличие налоговой задолженности либо иной негативной налоговой информации о налогоплательщике препятствует его участию в тендерах на заключение сделок, в государственных закупках, создает ему препятствия для получения лицензий либо разрешений, а также при ведении им предпринимательской и иной экономической деятельности в связи с реализацией общей концепции проявления должной осмотрительности при выборе и проверке контрагентов.

В целом, несмотря на отсутствие в налоговом законодательстве правовых и организационных гарантий стимулирования правомерного поведения налогоплательщиков, налоговый комплаенс является условием: 1) надлежащей реализации правового статуса, который может быть ограничен из-за его отсутствия либо ненадлежащей организации; 2) как перевода на налоговый мониторинг, так и нахождения на нем; 3) ослабления налогового контроля в части фактического снижения интенсивности выездных налоговых про-

верок в отношении «общестатистического» налогоплательщика, их тематического охвата и глубины; 4) сокращения сроков проведения камеральной налоговой проверки по НДС при экспорте (ч. 1.2. ст. 165 НК РФ). При этом прямой зависимости между обеспечением налогового комплаенса налогоплательщиками и оценкой рисков налоговыми органами нет, особенно если речь идет о существенных для бюджета суммах налоговых обязательств.

В качестве стимулирующих правомерное поведение налогоплательщиков можно рассматривать открытый перечень смягчающих ответственность обстоятельств как в ст. 112 НК РФ, так и в ст. 4.2 КоАП РФ. Причем по НК РФ их установление налоговыми органами либо судами позволяет снизить штраф минимум в 2 раза. Кроме того, стимулирующей мерой является так называемая «коллекторская» криминализация, т.е. институт освобождения от уголовной ответственности за налоговые преступления при полном погашении налоговой задолженности, предусмотренный в прим. 3 к ст. 198 и в прим. 2 к ст. 199 Уголовного кодекса²⁰. Следует также обратить внимание на возможность применения уголовной ответственности за налоговые преступления только при установлении прямого умысла. Необходимо также учитывать в качестве стимулирующего к надлежащей организации взаимодействия с налоговыми органами институт приостановления выездной налоговой проверки при противодействии налогоплательщика проведению в отношении него мероприятий налогового контроля. Приостановление выездной налоговой проверки позволяет увеличить срок давности привлечения к ответственности по НК РФ на период такого приостановления (в качестве меры стимулирования правомерного поведения налогоплательщика при проведении в отношении него выездной налоговой проверки (ч. 1.1 ст. 113)).

3. Риск-ориентированный налоговый контроль

Различные подходы налогоплательщиков, налоговых агентов и кредитных организаций, с одной стороны, и субъектов налогового администрирования, с другой, в толковании налогового законодательства и оценке пределов реализации субъективных прав налогоплательщиков, налоговых агентов и кредитных организаций могут приводить к реализации налоговых рисков. В частности, такая ситуация наблюдается при определении лица, которое является фактическим получателем доходов для целей налогообложения, когда налоговые органы считают достаточным ограничиться констатацией того, что лицо не является фактическим получателем доходов. При этом налоговые органы обходятся без какого-либо правового обоснования и до-

²⁰ Федеральный закон от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 27.12.2018) «Уголовный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

казывания своей позиции, а главное — без установления лица, которое является фактическим получателем дохода²¹. В результате налогоплательщики не понимают ни законных оснований, по которым они лишаются налоговых льгот, ни того, какие субъекты имеют право применять нормы о налоговых льготах, предусмотренные международными соглашениями об избежании двойного налогообложения, в каких случаях такие льготы применяются и какими доказательствами обосновывается право на них.

При оценке налоговых рисков налоговые органы учитывают прежде всего фактические обстоятельства экономической деятельности налогоплательщиков, их экономический смысл и детальную документальность. При этом налогоплательщик не всегда об этом знает и при этом присутствует. АИС «Налог-3» позволяет оценивать налоговые риски и без участия заинтересованного лица, о противоправном поведении которого делаются выводы. Это нарушает принцип гласности юридической ответственности.

Налогоплательщик, его законные и уполномоченные представители могут участвовать фактически в процедуре оценки рисков в рамках заседания комиссий по легализации налоговой базы и при рассмотрении вопросов о предоставлении мотивированных мнений в рамках налогового мониторинга.

Ситуация объясняется и усугубляется отсутствием надлежащих правовых основ риск-ориентированного подхода налогового контроля, а именно: правовой регламентации критериев оценки налоговых рисков в приказе ФНС России²² с разъяснением вопросов, возникающих при их применении, письмами ФНС России, которые носят нормативный характер. Налоговые риски и критерии их оценки устанавливаются на подзаконном уровне налоговой администрацией, на которую также возлагаются как правоприменительные, так и контрольные функции по их оценке. Однако налоговые риски и критерии их оценки являются определяющими для правового статуса налогоплательщика и существенных элементов юридического состава налогов, а в ст. 57 Конституции России предусмотрена обязанность уплаты только законно установленных налогов и сборов. При этом установить налог законом означает определить именно в законодательном акте о налогах и сборах все существенные элементы налогового обязательства и механизм его исполнения. В данном случае законодатель в НК даже не делегирует субъектам исполнительной власти соответствующих полномочий по определению перечня налоговых рисков и критериев их оценки;

отсутствием правовой определенности при установлении перечня налоговых рисков и критериев их оценки. Четкого перечня рисков и незы-

²¹ Письмо ФНС России от 28.04.2018 № СА-4-9/8285@ «О практике рассмотрения споров по применению концепции лица, имеющего фактическое право на доход (бенефициарного собственника)» // URL: <https://www.nalog.ru> (дата обращения 24.12.2018)

²² Приказ ФНС России от 30.05.2007 N ММ-3-06/333@ (ред. от 10.05.2012) «Об утверждении Концепции системы планирования выездных налоговых проверок» // СПС КонсультантПлюс.

блемых критериев их оценки нет даже на уровне руководства ФНС России [Лукашева Е.А., 1973: 89–123, 246–287]. Это нивелирует применение риск-ориентированного подхода в налоговом контроле, подменяя его дискрецией или не имеющим предсказуемых правовых пределов административным усмотрением должностных лиц налоговых органов. В Приказе ФНС России от 30.05.2007 № ММ-3-06/333@ «Об утверждении Концепции системы планирования выездных налоговых проверок» указаны лишь общедоступные 12 критериев всех налоговых рисков. Эти критерии также обозначаются как «основные» для отбора налогоплательщиков с целью проведения в отношении них выездной налоговой проверки. Это косвенно свидетельствует о наличии необнародованного перечня налоговых рисков и критериев их оценки. Данный вывод подтверждает руководство ФНС России; в частности, в докладе в Совете Федерации о работе АСК «НДС-2» заместитель руководителя ФНС России Д.В. Егоров упоминает 84 критерия, на основании которых оценивается риск налогоплательщика [Егоров Д.В., 2015: 13].

Несмотря на кодификацию в НК налогового контроля, фактически применяются открытые перечни налоговых рисков и неопределенные критерии их оценки на основании приказов ФНС и многочисленных разъяснений в письмах ФНС как нормативного, так и индивидуального толкования. В письмах о налоговых рисках ФНС зачастую строит свою позицию на истолкованных ее руководством с неизменным антиуклонительным и пробюджетным подходом судебных актах по налоговым спорам и правовых позициях Конституционного Суда. Определенность и стабильность в этом вопросе отсутствует. Внедрение автоматизированных информационных систем агрегирования информации в оценку налоговых рисков органами налогового контроля только усугубляет ситуацию, так как алгоритмы отбора информации этими системами при реализации риск-ориентированного подхода в налоговом контроле не формализованы и не обнародованы. Сами системы совершенствуются в процессе их применения и предназначены для служебного пользования, за исключением открытых на интернет-сайте ФНС упомянутых ранее разделов «Прозрачный бизнес» или «Риски бизнеса: проверь себя и своего контрагента». При этом налоговые органы используют все возможности международного обмена налоговой информацией, межведомственного и внутриведомственного взаимодействия для обнаружения с целью последующей пробюджетной оценки налоговых рисков. Такая работа ведется непрерывно на основе данных АИС «Налог-3», данных учетной системы налогоплательщика при налоговом мониторинге, при запросах сведений без проведения налоговых проверок, на комиссиях по легализации налоговой базы, при каждой камеральной проверке налоговой декларации и выездной налоговой проверке.

Заключение

В создании понятной налогоплательщикам и иным участникам налоговых правоотношений и полезной стране системы риск-ориентированного подхода в налоговом контроле порой отсутствует заинтересованность публичной власти. Объясняется это укоренением в правосознании концепции всемогущего государства, которое может «при необходимости», исходя из целесообразности, действовать вне правового поля. Риск-ориентированный подход в налоговом контроле, без правовой регламентации которого налоговый комплаенс теряет смысл, зависит от политической и экономической конъюнктуры.

Только определение четких правовых критериев налоговых рисков и формализация в НК РФ подходов к их оценке с позиций гуманистической философии права и концепции законности создаст нормативно-правовую основу действенного механизма правового регулирования налогового комплаенса. Реализация такого механизма целиком и полностью будет зависеть от правовой политики и правосознания должностных лиц публичной администрации и судей, которые являются определяющими векторами в системе правоприменения.

Тенденция налоговых органов руководствоваться принципом бюджетной целесообразности при применении риск-ориентированного подхода в налоговом контроле, зачастую поддерживаемая судами, приводит к нивелированию базовых принципов права: приоритета прав и свобод человека и гражданина, законности, гласности (открытости), гуманизма. Это снижает уровень правовых и организационных гарантий реализации правового статуса налогоплательщика как личности в стране. Последствия таких тенденций были описаны Г.Ф. Шершеневичем в его публичной лекции 1897 г. «О чувстве законности» [Шершеневич Г.Ф., 2016: 449–471]: «Недостатки законодательства вместо того, чтобы обнаружиться явно в отдельных случаях, обращая на себя внимание общества, прессы, администрации, и вызвать соответствующие времени изменения в законодательстве, продолжают существовать и в тиши причинять несправедливые страдания. Вредное влияние указанной практики сказывается далее в том, что теряется в обществе всякая уверенность, какое же право действует — то ли, которое написано в законодательстве, или же то, которое применяют суды. При такой тенденции никто не может знать действующего права. Самый глубокий знаток законодательства не может дать никаких указаний обращающемуся к нему за советом, потому что все зависит от взгляда суда. Дать указания может не тот, кто знает законы, а тот, кто знает судей, их взгляды, направление. В одном суде устанавливается одна практика, в другом — другая. При перемене личного суда меняется и точка зрения на многие судебные вопросы.

Не нужно доказывать, насколько такая практика подрывает законный порядок, насколько она разрушает главную основу последнего — чувство законности населения».

В связи с этим ощущается необходимость переоценки социальной роли права в условиях развития информационного общества: сохраняется ли регулирующая роль права и регулятивная его функция в качестве основной, либо она становится обслуживающей. При этом только фактическое признание и обеспечение государством верховенства права с его регулирующей ролью, которая проявляется в реализации регулятивной функции, в условиях внедрения современных технологий во всех сферах жизнедеятельности, в частности, в налоговом контроле, позволит сформировать гражданское общество и обеспечить реализацию прав и свобод человека и гражданина.

В налоговом праве поддержание баланса публичных и частных интересов и укрепление доверия гражданского общества к институтам государства и права возможно только при установлении и закреплении бесспорных критериев оценки налоговых рисков как критериев противоправного поведения при реализации риск-ориентированного подхода в налоговом контроле. При этом важно обеспечить унифицированные подходы как налоговых органов, так и налогоплательщиков к пониманию, оценке этих рисков и к управлению ими. Всем заинтересованным субъектам налогового права и участникам налоговых правоотношений должна быть обеспечена возможность не только объективной оценки налоговых рисков, но и предотвращения их до возникновения налоговых правоотношений. Для этого в налоговом законодательстве должна быть четко определена унифицированная административная процедура как налоговых рулингов, т.е. получения мотивированных мнений налоговых органов, так и заключения соглашений с налоговыми органами о налоговых последствиях совершаемых налогоплательщиками деловых операций. Правовая регламентация такой административной процедуры должна обеспечивать ее полную определенность и возможность применения всеми без исключения налогоплательщиками, налоговыми агентами и финансовыми организациями в их взаимоотношениях с налоговыми органами.



Библиография

Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия: опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. 711 с.

Аракелов С.А. Антиуклонительные нормы в международной практике. Новые законодательные инструменты по борьбе против уклонения от уплаты налогов в России // Закон. 2018. № 5. С. 109-115.

Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности. М.: Норма, 2009. 247 с.

Вольвач Д.В., Кадет А.В. Кто владеет информацией, владеет и налоговой базой // *Налоговед.* 2016. № 6. С. 15–25.

Гидирим В.А. Основы международного корпоративного налогообложения. М.: Шаповалов, 2018. 1086 с.

Егоров Д.В. О практике ФНС России при внедрении риск-ориентированного подхода при осуществлении контрольно-надзорной деятельности // URL: <http://www.council.gov.ru/media/files/41d589309a50b0750aaa.pdf> (дата обращения 22.12.2017)

Зорькин В.Д. Право в цифровом мире // *Российская газета.* 2018. 30 мая. С. 1–4.

Лукашева Е.А. Социалистическое правосознание и законность. М.: Юридическая литература, 1973. 344 с.

Пепеляев С.Г. Об универсальном значении статей 3 и 17 НК РФ // *Налоговед.* 2018. № 9. С. 4–5.

Пепеляев С.Г. Ст. 54.1. — шаг к необходимости введения налогового комплаенса? // *Законодательство.* 2018. № 8. С. 5–9.

Соколов Д.В. Исторический и правовой генезис межведомственных налоговых комиссий // *Налоговед.* 2017. № 11. С. 43–50.

Шершеневич Г.Ф. О чувстве законности. Избранное. М.: Статут, 2016. С. 449–471.

Baker P. (2004) Book Review: “The Saving of Income Tax, Surtax and Death Duties” by J. More. *Gray’s Inn Tax Chambers Review*, vol. 4, no 1, p. 131 p.

Branham E. (2009) Closing the Tax Gap: Encouraging Voluntary Compliance Through Mass-Media Publication of High-Profile Tax Issues. *Hastings Law Journal*, no 60, p. 1507–1532.

Eckhoff R. (1996) Vom konfrontativen zum kooperativen Steuerstaat. *StuW*, no. 2, p. 107–122.

Lederman L. (2003) Tax Compliance and the Reformed IRS. *University of Kansas Law Review*, no 51, p. 971–974.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 1

Tax Compliance in Russia: Balance between Administrative Enforcement and Stimulating Measures



Elena V. Ovcharova

Senior Teacher, Faculty of Law, Moscow State Lomonosov University, Department of Public Finance, Candidate of Juridical Sciences. Address: 1 Leninskie Gory, Moscow 119991, Russian Federation. E-mail: oev975@yandex.ru



Abstract

The article is devoted to the examination of tax compliance as a system for preventing violations of tax legislation, on the one hand, assessing and managing tax risks, on the other hand. This approach to tax compliance allows for the examination of both: approaches, aimed at identifying violations of tax legislation, to the assessment of tax authorities' tax risks; and taxpayers whose goal is to optimize tax by lawful means. Tax compliance is analyzed as a system, simultaneously, of preventive and incentive measures

of administrative enforcement as well. The analysis of the system of such measures is constructed having regard to both their purposes and the grounds for their application, the method by which they secure legal order, and the content of the measures in question. This has allowed the author to identify shortcomings in the legal regulation and in the practice of applying the measures under consideration of administrative enforcement for violations of tax legislation, as well as to devise and to propose in the article methods for resolving these problems. In the article, a conclusion is reached concerning improper legal and organizational guarantees of the implementation of the legal status of a taxpayer, a tax agent or a credit institution owing to the absence in tax legislation of a defined and closed (i.e. exhaustive) list of tax risks and criteria for assessing them. Such a conclusion is made based on systemic legal research of the mechanism of the legal regulation of tax control, specific aspects of organizing it, and the structure and legal status of tax control in Russia. Preventive measures of tax compliance are examined as part of a system of measures of administrative enforcement together with preclusive, provisional, punitive and restorative administrative enforcement measures are applied for the violation of tax legislation. At the same time, advantageously for the improvement of tax compliance, the prospects are assessed for a transition from vertical to horizontal tax relationships, i.e. wide implementation of tax monitoring as a method of tax control and a gradual withdrawal from tax audits to the extent that the effectiveness increases of a risk-oriented approach in tax control. However, all this is possible only if the concept of lawfulness is unconditionally embedded in the mechanism of legal regulation of tax control, such concept presupposing that all constitutional principles of regulation of taxes and levies will be implemented in legal regulation and law enforcement practice.



Keywords

tax compliance; preventive measures; prevention; risk-oriented approach; tax risks; managing tax risks; tax control; incentive measures.

For citation: Ovcharova E.V. (2019) Tax Compliance in Russia: Balance between Administrative Enforcement and Stimulating Measures. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 89–111 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.89.11



References

- Alekseev S.S. (1999) [Law: Fundamentals, Theory, Philosophy]. Moscow: Statut, 711 p. (in Russian)
- Arakelov S.A. (2018) [New legislative instruments to tackle tax evasion in Russia]. *Zakon*, no 5, pp. 109–115 (in Russian)
- Baker P. (2004) Book Review: The Saving of Income Tax, Surtax and Death Duties by J. More. *Gray's Inn Tax Chambers Review*, vol. 4, no 1, p.131.
- Branham E. (2009) Closing the Tax Gap: Encouraging Voluntary Compliance Through Mass-Media Publication of High-Profile Tax Issues. *Hastings Law Journal*, no 60, pp. 1507–1532.
- Eckhoff R. (1996) Vom konfrontativen zum kooperativen Steuerstaat. *StuW*, no 2, p. 107–122 (in German)
- Egorov D.V. (2015) [Russian federal tax service on the risk oriented approach to perform oversight]. Available at: <http://www.council.gov.ru/media/files/41d589309a50b07-50aaa.pdf> (accessed 22.12. 2017)

- Gidirim V.A. (2018) [Fundamentals of international corporate taxation]. Moscow: Shapovalov, 1086 p. (in Russian)
- Lederman L. (2003) Tax Compliance and the Reformed IRS. *University of Kansas Law Review*, no 51, p. 971–974.
- Lukasheva E.A. (1973) [Socialist Legal Consciousness and Law]. Moscow: Yuridicheskaya literature, 344 p. (in Russian)
- Pepelyaev S.G. (2018) [On the all-purpose nature of articles 3 and 17 in the RF Tax Code]. *Nalogoved*, no 9, pp. 4–5 (in Russian)
- Pepelyaev S.G. (2018) [Article 54.1 and a step towards tax compliance]. *Zakonodatelstvo*, no 8, pp. 5–9 (in Russian)
- Sokolov D.V. (2017) [Historical and legal genesis of tax commissions]. *Nalogoved*, no 11, pp. 43–50 (in Russian)
- Shershenevich G.F. (2016) [On the Sense of Legality]. Moscow: Statut, pp. 449–471 (in Russian)
- Vitruk N.V. (2009) [General Theory of Legal Liability]. Moscow: Norma, 247 p. (in Russian)
- Volvach D.V., Kadet A.V. (2016) [Master of information is master of tax base]. *Nalogoved*, no 6, pp. 15–25 (in Russian)
- Zor'kin V.D. (2018) [Law in digital world]. *Rossiyskaya gazeta*. May 30, pp.1–4 (in Russian)

Договорное регулирование отношений покрытия в поручительстве



Е.С. Трезубов

старший преподаватель кафедры трудового, экологического права и гражданского процесса юридического института Кемеровского государственного университета. Адрес: 650000, Российская Федерация, Кемерово, ул. Красная, 6. E-mail: egortrezubov@mail.ru



Аннотация

Анализируется упомянутый, но непоименованный в законе договор о предоставлении (выдаче) поручительства и его влияние на формирование отношений «должник–поручитель — кредитор». Данный договор практически не изучен в цивилистике, но интересен как практически, так и с научной стороны. Обосновывается невозможность совпадения фигуры должника и поручителя в одном лице. Хотя для заключения договора поручительства необходимо лишь воля поручителя и кредитора, обычно именно должник подбирает кандидатуру лица, предоставляющего обеспечение. Возникающие в связи с предоставлением обеспечения отношения между должником и поручителем могут быть основаны не только на внеправовой приязни, служебной, родственной или корпоративной зависимости, но также могут вытекать из договора о предоставлении поручительства. Определяются правовая природа такой сделки и ее сходство с отдельными договорами — договором комиссии, возмездного оказания услуг, поручения, предоставления независимой гарантии. Сделан вывод о самостоятельном правовом значении договорного регулирования отношений, возникающих между должником и поручителем на этапе формулирования условий будущего обеспечения. Определяется возможное содержание договора о предоставлении поручительства, в частности, обосновывается право включения в такое соглашение условий о гонораре, выплачиваемом поручителю за выдачу обеспечения, определение объема обратного требования поручителя к должнику и т.д. Также рассматривается вопрос о влиянии пороков отношений покрытия на судьбу поручительства, оценивается перспектива оспаривания договора поручительства по этим мотивам. Хотя в европейских правовых порядках непрофессиональному поручительству полагается большая защита по сравнению с обеспечением, данным предпринимателями или в предпринимательской деятельности, в российской судебной практике такие подходы не являются основополагающими. Обоснована рациональность прокредиторского подхода в вопросах сохранения обеспечения, несмотря на наличие явных предпосылок к признанию договора поручительства недействительным, в том числе и по мотивам обмана или существенного заблуждения. Доводы подтверждаются материалами судебной практики.



Ключевые слова

поручительство, договор о предоставлении (выдаче) поручительства, отношения покрытия, профессиональное поручительство, обеспечение обязательств, мотивы выдачи обеспечения поручителем, личные способы обеспечения обязательств.

Для цитирования: Трезубов Е.В. Договорное регулирование отношений покрытия в поручительстве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 1. С. 112–132.

УДК: 347.468

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.112.132

Введение

Причины, в силу которых одно лицо предоставляет обеспечение обязательства другого лица, для российского правоприменения, в основном вытекают из неформальных отношений, побуждающих третье лицо выступить поручителем, предоставить залог или, в отдельных случаях, независимую гарантию. Отношения, объясняющие причину участия поручителя, залогодателя, гаранта и иных лиц в обеспечительном правоотношении, называют «отношениями покрытия» [Белов В.А., 2006: 28–32]. В цивилистике такие отношения плохо изучены во многом потому, что им не придается правового значения. Очевидно, что на деле они чрезвычайно важны, поскольку именно по их причине возникает обязательство.

В силу закона для возникновения залога или поручительства необходимо согласование воли кредитора в основном обязательстве и лица, предоставляющего обеспечение. Независимая гарантия, напротив, является односторонней сделкой и влечет возникновение обязательства гаранта без необходимости выражения бенефициаром своей воли вступить в соответствующие права по гарантии (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15.01.1998 № 27 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии») [Карапетов А.Г., 2017: 503–505]. В указанных способах обеспечения обязательств очевидно, что именно должник заинтересован в укреплении основного обязательства, которое без соответствующих гарантирующих конструкций может вовсе не состояться или существенно отличаться от искомым условий, хотя формально его воля не имеет значения. Представляется, что разница в соответствующих способах обеспечения обязательства не позволяет произвольно утверждать идентичность правовой природы отношений покрытия в поручительстве, залоге и независимой гарантии.

На современном этапе развития российского гражданского права отношениям покрытия не уделяется должного внимания: данные отношения не

исследованы в доктрине, а на нормативном уровне детально урегулированы лишь особенности предоставления гарантий кредитными и страховыми организациями. Уровень легального регулирования отношений и сформированности правоприменительной практики в указанных способах обеспечения не одинаков. В рамках настоящей статьи невозможно провести комплексный анализ и сравнение отношений должника и обеспечивающего обязательства лица сразу в залоге, поручительстве и независимой гарантии — это предмет самостоятельного исследования.

Несмотря на внешнее сходство, при характеристике отношений между залогодателем и должником по сравнению с отношениями покрытия в поручительстве также нужно помнить, что, во-первых, залог является вещным, а не личным способом обеспечения, и ответственность залогодателя ограничена объективной стоимостью предмета залога, во-вторых, предоставить залог может как должник¹, так и третье лицо, в то время как поручитель по отношению к должнику и кредитору всегда является иным лицом. Тем не менее при предоставлении залога третьим лицом, учитывая сходство норм ст. 352 и 367 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) о прекращении соответствующего обеспечительного обязательства, договорное регулирование отношений по выдаче поручительства и такой формы залога может быть идентичным. По причине указанных особенностей настоящая работа посвящена внутренним отношениям между должником и поручителем, фактически влияющим на предоставление соответствующего обеспечения.

1. Отношения покрытия в поручительстве. Профессиональное и непрофессиональное поручительство

Поручительство как классический способ личного финансового обеспечения частноправового обязательства — это сделка между поручителем и кредитором, в соответствии с условиями которой поручитель обязуется отвечать в случае неисправности должника по основному обязательству, предоставляя кредитору соответствующую компенсацию в денежной форме. Для заключения договора поручительства важно согласование воли субъектов именно этого правоотношения — кредитора по обеспечиваемому обязательству и самого поручителя. Воля должника де-юре не имеет значения. Между тем очевидно, что именно должник заинтересован в предоставлении гарантий кредитору, так как без соответствующего обеспечения основное

¹ Безусловно, если залогодателем выступает сам должник, отношения покрытия не могут иметь правового значения.

обязательство может вовсе не состояться или его условия могут отличаться от наиболее предпочтительных для сторон.

Сам договор поручительства — это односторонне обязывающая сделка, т.е. в результате его заключения поручитель не приобретает никаких прав, а экономический смысл сделки для поручителя может заключаться лишь в наличии общих интересов основного должника и поручителя². Традиционно мотивы поведения поручителя при заключении договора поручительства не имеют нормативно обоснованного значения. Отсутствие какой-либо связи между должником и поручителем не может влечь недействительности договора поручительства³. Между тем в судебной практике встречаются попытки установления закономерностей динамики правоотношения поручительства в зависимости от фигуры поручителя и мотивов предоставления обеспечения. Необходимость оценки отношений покрытия возникает, в частности, при попытке квалифицировать поведение поручителя по исполнению обязательства против воли должника как действия в чужом интересе без одобрения заинтересованного лица в соответствии со ст. 983 ГК РФ [Сергеев А.П. (ред.), 2010: 812]. Так, поручительство может возникнуть в силу согласованных действий кредитора и поручителя, направленных на заключение договора поручительства вопреки желанию должника (во вред ему). Такие действия в случае их явного противоречия интересам должника Пленум ВАС РФ предложил квалифицировать как злоупотребление правом и признавать не наступившими соответствующие правовые последствия⁴, т.е. фактически отказывать в удовлетворении обратных требований поручителя.

Р.С. Бевзенко выделяет три варианта отношений покрытия, складывающихся между должником и поручителем: первый имеет в своей основе обязательственную связь поручителя и должника (в рамках договора о выдаче поручительства, заключенного между должником и поручителем, либо с перспективой зачета однородных требований между поручителем, к которому в порядке суброгации перейдут права кредитора после исполнения обеспечительного обязательства, и должником, имеющим денежное требование к поручителю в рамках иного правоотношения); второй — корпоративную связь между ними, общие экономические отношения; третий связан с отношениями приязни будущего поручителя к должнику, взаимной симпатии, дружбы, стремления облагодетельствовать и прочими мотивами, которые лежат в основном вне рамок правового регулирования [Бевзенко Р.С., 2013: 75].

² Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 02.09.2015 по делу № А44-8657/2014 // СПС КонсультантПлюс.

³ Определение Верховного Суда РФ от 25.07.2016 № 306-ЭС16-6011(2) по делу № А55-13807/2014 // СПС КонсультантПлюс.

⁴ Постановление Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством», п. 5 // URL: http://arbitr.ru/as/pract/post_plenum/58414.html (дата обращения 23.07.2017)

Второй и третий варианты не предполагают каких-либо предпочтений поручителя. В отсутствие договорного регулирования отношений покрытия поручитель не имеет шанса на успешное применение дополнительных способов защиты, кроме предъявления обратного требования после исполнения обязательства перед кредитором. Принимая во внимание установленную неисправность должника в основном обязательстве на момент предъявления требования кредитором, перспективы поручителя в кратчайшие сроки получить от должника хотя бы фактически исполненное весьма туманны. В свою очередь, при заключении договора о выдаче поручительства правовое значение для дополнительных способов защиты можно придать уже и мотивам выдачи поручительства, установив, например, ответственность должника за искажение информации о собственном финансовом благополучии. Такой договор — явление, чаще встречающееся в отношениях субъектов предпринимательской деятельности; случаи возникновения споров в связи с заключением договоров о предоставлении поручительства гражданами, не имеющими статуса индивидуального предпринимателя, в российской судебной практике практически не встречаются.

В литературе выделяется профессиональное и непрофессиональное поручительство. Такая классификация условна, в ее основе лежат мотивы выдачи обеспечения — осознанное желание поручителя вступить в отношения после оценки финансовых рисков и последствий неисправности должника или исключительно личные мотивы соответственно (родственная, эмоциональная, корпоративная связь).

Как отмечает М.В. Ламова, ряд стран континентальной системы права разделяют коммерческое и гражданское поручительство (страны с дуализмом частного права, например, Германия, Испания, Бельгия), другие государства разделяют профессиональное и непрофессиональное поручительство (Дания, Греция, Эстония), третьи распространяют действие потребительского законодательства на непрофессиональных поручителей, подчеркивая непредпринимательский характер такого обеспечительного обязательства (Франция, Австрия). Большинство европейских правопорядков едины в том, что непрофессиональному поручителю необходима усиленная защита. Однако в вопросе, с помощью каких механизмов и на каком уровне (законодательном, судебном правотворчества, «мягкого» права) предоставлять такую защиту, единогласия нет [Ламова М.В., 2014: 20–35]. Европейские правопорядки выработали подходы, при которых поручителю в личном (непрофессиональном) поручительстве предоставляется защита, следовательно, учитываются отношения покрытия.

Отечественное гражданское право не проводит различий в регламентации профессионального и непрофессионального поручительства, не учитывает отношений покрытия, что неизбежно приводит правоприменителя к

необходимости устанавливать справедливое регулирование в каждом случае. Для российской действительности отношения поручительства в своем абсолютном большинстве основаны на личной связи должника и поручителя. Такое обеспечение не является профессиональным, и не требует детальной регламентации, однако запреты на осуществление предпринимательской деятельности по выдаче поручительства на возмездной основе отсутствуют, что также подтверждается и судебной практикой⁵. Кроме того, одним из видов банковских операций является выдача на основании банковской лицензии поручительства за третьих лиц, предусматривающего исполнение обязательства в денежной форме (п. 1 ч. 3 ст. 5 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности»⁶), что также подтверждает довод о возможности осуществления предпринимательской деятельности по выдаче соответствующего обеспечения.

Суды отмечают, что возмездность договора о предоставлении поручительства не является его конституирующим признаком, и в силу принципа свободы договора поручитель может гарантировать выдачу обеспечения за должника и без уплаты последним вознаграждения⁷. Таким образом, договор о предоставлении поручительства может быть заключен и между гражданами, не осуществляющими предпринимательскую деятельность. Размышления о возмездности или безвозмездности поручительства также предполагают сравнение данного вида обеспечения обязательства с независимой гарантией. В свете масштабного реформирования норм главы 23 ГК РФ независимые гарантии могут выдаваться банками или иными кредитными организациями (банковские гарантии), а также другими коммерческими организациями (п. 3 ст. 368 ГК РФ), что сближает субъектный состав этого обеспечительного правоотношения с поручительством, которое может быть выдано как гражданами, так и организациями. В свою очередь, изменения, внесенные в правила § 5 главы 23 ГК РФ Федеральным законом от 08.03.2015 № 42-ФЗ⁸ существенно ограничились акцессорность поручительства, установив сохранение объема финансовой ответственности поручителя как в случае универсального правопреемства на стороне должника, так и в случае увеличения объема ответственности дебитора в основном обязательстве.

⁵ Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 22.05.2013 по делу № А32-38442/2011 // СПС КонсультантПлюс.

⁶ СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492.

⁷ Постановление ФАС Поволжского округа от 18.01.2012 по делу № А12-1752/2011 // СПС КонсультантПлюс; Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 15.01.2015 № 13АП-29288/2014 по делу № А56-43321/2013/ТР9 // СПС КонсультантПлюс; Определение Санкт-Петербургского городского суда от 14.03.2013 № 33-2578/2013 // СПС КонсультантПлюс.

⁸ СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1412.

Предоставление поручительства на возмездной основе субъектом предпринимательской деятельности принципиально не отличается от института независимой гарантии. Формальная абстрактность последнего способа обеспечения, выражающаяся в исполнении гарантом требования бенефициара с приложением определенных документов (ст. 374 ГК РФ), и невозможность гаранта выдвигать против требования бенефициара возражения (п. 2 ст. 370 ГК РФ) едва ли являются достаточным основанием одновременного существования профессионального поручительства на возмездной основе и независимой гарантии. Между тем на текущий момент запрета заключения договора о предоставлении поручительства за плату нет, поэтому мы уделим внимание как возмездным, так и безвозмездным отношениям покрытия в поручительстве.

В настоящей статье под профессиональным поручительством понимается такое обеспечение, которому предшествует соглашение между должником и поручителем; при этом сразу оговоримся, что договор поручительства заключается именно между поручителем и кредитором, как того и требует ст. 361 ГК РФ. Поручитель — всегда третье лицо в отношениях «должник — кредитор» в обеспеченном обязательстве. Возможность договорного регулирования отношений по предоставлению поручительства посредством заключения соглашения между должником и поручителем также предусмотрена в п. 3 ст. 365 ГК РФ, предполагающем право указанных субъектов согласовать отступления от общих начал сингулярного правопреемства поручителя, исполнившего свое обязательство перед кредитором. Договор о выдаче поручительства создает условия только для установления отношений поручительства, способствует появлению в будущем правовой связи между лицом, привлеченным должником для предоставления поручительства, и кредитором по основному обязательству. В связи с этим упомянутый договор не входит в юридический состав, необходимый для возникновения обязательства из договора поручительства [Никитин А.В., 2016: 106–113].

В отечественной судебной практике встречаются случаи фактического совпадения должника и поручителя в одном лице, однако такое обязательство квалифицировать как обеспечительное невозможно. Элементарно, совпадение дебиторов при финансовой ответственности не может упрочить обеспечиваемое обязательство, а значит, такое отношение не направлено на удовлетворение интереса кредитора. Кроме того, в подобной форме отношений удовлетворение требований кредитора «поручителем» приведет к возникновению обратного требования поручителя/должника к себе же, т.е. обязательство прекратится совпадением должника и кредитора в одном лице по правилам ст. 413 ГК РФ. М.А. Егорова указывает на возможность выдачи основным должником поручительства по собственному обязательству в ситуации обеспечения неденежного обязательства — в этом случае у

кредитора будет право выбора предъявить иск о понуждении к исполнению обязательства в натуре или требовать от должника-поручителя выплаты денежных средств [Егорова М.А., 2015: 4]. Вероятно, в примере, приведенном цитируемым автором, под видом требования к поручителю понимается лишь соответствующая ст. 308.1 ГК РФ попытка изменить способ исполнения альтернативного обязательства по воле кредитора, что трудно признать обеспечительным правоотношением.

Обеспечение обязательства должника–физического лица этим же субъектом, но в статусе индивидуального предпринимателя, иногда встречается в практике, но обоснованно не находит поддержки в литературе [Титов Н.Д., 2011: 58–59]. Не допускается в отечественной практике и ситуация поручительства филиала юридического лица за организацию, структурным подразделением которого филиал является. Такое поручительство считается «несостоявшимся», поскольку поручитель и должник совпали в одном лице⁹. В немецком гражданском праве также обращается внимание на невозможность совпадения фигур поручителя и основного должника, поскольку такая ситуация не имеет для кредитора ценности ввиду отсутствия гарантирующего эффекта [Вебер Х., 2009: 66].

2. Понятие, правовая природа и содержание договора о предоставлении поручительства

Данный договор, заключенный между поручителем и должником, исходя из концепции акцессорности поручительства и принципа нераспространения соглашения на третьих лиц, не может сам по себе иметь правового значения в обеспечиваемом обязательстве. Не важен и порок мотива выдачи поручительства для целей действительности такой обеспечительной сделки, если соответствующие условия не были включены в содержание договора поручительства. В действующем ГК РФ отсутствует договорная конструкция, правила которой могли бы быть применимы без каких-либо оговорок к договору о выдаче поручительства — это хотя и упомянутый, но непоименованный договор (исходя из принципа свободы договора, закрепленного в п. 2 ст. 421 ГК РФ) [Сарбаш С.В., 2012: 314].

Н.Д. Титов отмечает, что даже возможные возмездные отношения между должником в основном обязательстве и поручителем, связанные с принятием последним на себя обязанности по поручительству, не требуют специального нормативного регулирования [Титов Н.Д., 2011: 59]. Для формулирования условий договора о предоставлении поручительства и его заключения достаточно общих положений ГК РФ об обязательствах, в специальной ре-

⁹ Постановление Президиума ВАС РФ от 20.10.1998 № 4177/98 // Вестник ВАС РФ. 1999. № 1.

гламентации такого договора в законе нет необходимости. Тем не менее с практической и теоретической точек зрения значение имеет определение правовой природы договора, лежащего в основе отношений покрытия.

Договор о предоставлении поручительства (в варианте, предложенном в п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ №42 от 12.07.2012 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством»¹⁰ (далее — Постановление № 42), — договора о выдаче поручительства) практически не исследован в литературе, единообразная судебная практика по данному вопросу также не сформирована, системные подходы по многим вопросам в процессе правоприменения не выработаны. При определении правовой природы предоставления поручительства его сопоставляют с возмездным оказанием услуг, комиссией, поручением или предоставлением независимой гарантии. Между тем отношения покрытия в поручительстве обладают специфическими чертами, позволяющими индивидуализировать рассматриваемое обязательство, признать соответствующий вид договорного отношения самостоятельным.

В российской доктрине отмечается, что отношения между поручителем и должником могут быть оформлены договором о предоставлении услуг по поручительству. Аналогичным образом предлагается квалифицировать договор поручительства, в котором стороной является должник, как смешанный договор с элементами договора поручительства и договора об оказании услуг по поручительству [Суханов Е.А., 2011: 96]. Полагаем, что квалификация договора о предоставлении поручительства в качестве договора возмездного оказания услуг (гл. 39 ГК РФ) недопустима, так как указанная договорная модель предусматривает оказание фактических услуг. По своему характеру такой договор также является возмездным. Договор о предоставлении поручительства, в свою очередь, может существовать и на безвозмездной основе, а его предмет (заключить договор о принятии обязанности отвечать в случае неисправности должника по основному обязательству) свидетельствует о юридическом (а не фактическом) характере оказываемой услуги [Перунов Д.Ф., 2016: 281–282]. Сами действия по заключению договора поручительства для должника не имеют самостоятельного экономического значения, они направлены на совершение юридически значимых сделок. Поэтому продолжить определение правовой природы рассматриваемого договора следует в сравнении с соглашениями об оказании услуг юридического характера.

Договор о предоставлении поручительства имеет общие черты с договором комиссии, так как по сделке, совершенной комиссионером с третьим лицом, приобретает права и становится обязанным именно комиссионер, хотя бы комитент и был назван в сделке или вступил с третьим лицом в не-

¹⁰ СПС Гарант.

посредственные отношения по исполнению сделки. Договор комиссии заключается комиссионером от своего имени и за счет комитента. Однако невозможность рассматривать предоставление поручительства как разновидность действий комиссионера связана как с возможной безвозмездной деятельностью поручителя по выдаче обеспечения (комиссионер заключает сделки за вознаграждение), так и с самой сутью сделок, совершаемых поручителем. Их обеспечительная природа не позволяет охарактеризовать договор поручительства как полностью самостоятельную сделку ввиду ее акцессорной природы по отношению к основному обязательству должника перед кредитором. Кроме того, хотя должник и заинтересован в наличии поручителя, значимость обеспечения существует в первую очередь для кредитора. Также и вознаграждение за делькредере комиссионера основано на договоре, а обратное требование поручителя возникает в силу закона — ввиду неисправности должника и исполнения добровольно взятого на себя обязательства поручителем.

Невозможно согласиться с Д.Ф. Перуновым, указывающим на целесообразность при регулировании договора о выдаче поручительства применения по аналогии норм о договоре поручения ввиду совпадения таких черт отношений, как фидуциарность и безвозмездность [Перунов Д.Ф., 2016: 282–283]. Отношения профессионального (коммерческого) поручительства, по нашему убеждению, основаны на взвешенном анализе риска неисправности должника, в связи с чем небезупречным выглядит утверждение о безусловном лично-доверительном характере отношений и их безвозмездности как определяющих чертах такого рода обеспечения. Поручительство субъекта предпринимательской деятельности за вознаграждение не может прекращаться по мотивам, связанным с личностью дебитора в основном обязательстве. Такие риски должны оцениваться как предпринимательские, и соответствующие условия договора поручительства едва ли следует признавать действительными.

Согласно ст. 971 ГК РФ, по договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия. Права и обязанности по сделке, совершенной поверенным, возникают непосредственно у доверителя. В ситуации с договором о выдаче поручительства поручитель обязуется перед должником заключить от собственного имени в обеспечение обязательства должника перед кредитором договор поручительства на определенных условиях, обеспечение создает права и обязанности, в первую очередь, для поручителя и кредитора. Обязанность удовлетворить обратное требование для должника — это законное последствие реализации механизма обеспечения, а не искомое правоотношение, создаваемое обеспечительной сделкой. Таким образом, юридически значимые действия поручитель совершает от сво-

его имени, для него возникают права и обязанности, а должник лишь может нести расходы по выплате вознаграждения за выдачу поручительства и возмещает расходы поручителя на исполнение обязательства перед кредитором (если право обратного требования прямо не исключено соглашением). Указанные разночтения не позволяют выявить тождество институтов выдачи поручительства и поручения в отечественном гражданском праве.

По аналогичным соображениям нельзя согласиться с А.В. Никитиным, отмечающим сходство природы договора дарения и соглашения о предоставлении поручительства [Никитин А.В., 2016: 106–113], так как оценка рисков неисправности должника в профессиональном поручительстве основана на экономических критериях. Отношения бескорыстной личной симпатии невозможно считать образующими существо данного обязательства.

Р.С. Бевзенко обоснованно отмечает тесную связь договора о предоставлении поручительства с соглашением о выдаче независимой гарантии: по просьбе должника поручитель принимает на себя обязательство уплатить указанному третьему лицу (кредитору) денежную сумму (точнее, заключить договор об обеспечении в денежной форме обязательства должника перед кредитором) [Бевзенко Р.С., 2013: 75]. Хотя поручительство все еще сохраняет свою акцессорную природу, т.е. производно от основного обязательства, дополнительно по отношению к нему и зависимо от обеспеченного правоотношения (пп. 2, 3 ст. 361 ГК РФ), в действующем правовом регулировании этот способ обеспечения имеет множество общих черт с независимой гарантией. Умалению свойства акцессорности поручительства способствует большое количество прокредиторских новелл ГК РФ (речь о Федеральном законе от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского Кодекса Российской Федерации»¹¹) и разъяснений высших судебных инстанций. Поэтому договор о выдаче поручительства выглядит соглашением в духе времени, его субъектный состав лишь немногим отличается от договора о выдаче независимой гарантии, так как поручителями могут быть и физические лица, и публично-правовые образования, а не только коммерческие организации.

Проблема рассматриваемого договорного регулирования отношений покрытия связана еще и с тем, что в силу принципа *pacta tertiis nec nocent, nec prosunt* (лат. — договоры не вредят и не благоприятствуют третьим лицам) соглашение о предоставлении поручительства не может рассматриваться как обязательное для кредитора, оно не устанавливает каких-либо прав и обязанностей для кредитора и поручителя. Такое соглашение призвано подтвердить волю должника в выборе фигуры обеспечивающего лица, а также урегулировать внутренние отношения расчетов между дебитором и поручи-

¹¹ СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1412.

телем (как при выдаче поручительства, так и в рамках реализации обратного требования поручителя, исполнившего обязательство перед кредитором). О.С. Гринь обоснованно отмечает, что поручитель в рамках договора о предоставлении поручительства не может гарантировать заключения договора поручительства ввиду возможных возражений на счет его кандидатуры со стороны кредитора. В силу соглашения о выдаче поручительства поручитель обязуется направить кредитору оферту, содержащую критерии возможного объема обеспечения [Гринь О.С., 2011: 111].

Поскольку договор о предоставлении поручительства не является условием заключения договора поручительства, согласование условий и объема обеспечения поручителем и должником имеет смысл, чтобы исключить недобросовестные действия кредитора и/или обеспечителя (если имеет место квалификация возможных действий поручителя как действий без поручения или с намерением причинить вред должнику). В связи этим для стабильности гражданского оборота целесообразно рассматривать трехстороннюю конструкцию договора поручительства, включающую в себя как условия о предоставлении обеспечения и реализации обратного требования поручителя к должнику, так и собственно поручительство.

Комплексное восприятие обеспечительной сделки без отрыва от основного правоотношения (как осложнение его структуры [Кулаков В.В., 2010: 203–205]) способно нивелировать риски привлечения поручителя без ведома должника, а также изначально согласовать фигуру поручителя, удобного кредитору, т.е. получить акцепт оферты, параметры которой согласованы в рамках отношений покрытия. Однако в доктрине обязательственного права такой подход не является классическим, а закрепление комплексного обеспечения обязательства приведет к еще большему стиранию границ между поручительством и независимой гарантией. Поскольку в практике делового оборота характеристика охранительного отношения поручительства согласовывается кредитором и должником до заключения основного договора, такого рода изменение нормативного регулирования института поручительства не является необходимым. В судебной практике встречаются попытки включить в договор о предоставлении поручительства помимо должника и поручителя еще и кредитора по обеспеченному обязательству с указанием всех существенных условий договора поручительства. Такого рода соглашения квалифицируются как две самостоятельные сделки — договор о выдаче поручительства и договор поручительства¹², поскольку для заключения трехстороннего договора требуется выражение согласованной воли трех или более сторон. В рассматриваемом случае в одном договоре излагаются

¹² Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 20.01.1998 № 28 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о поручительстве», п. 1 // Вестник ВАС РФ. 1998. № 3.

условия двух или более соглашений (основного, поручительства, о предоставлении поручительства) [Гонгало Б.М., 2004: 94].

Предметом договора о выдаче поручительства являются соответствующие действия поручителя по заключению договора поручительства от своего имени, но в интересах должника¹³. Договор о выдаче поручительства следует заключать между должником и поручителем с целью установить объем обратного требования, дабы исключить риск нежелательной квалификации такого требования к должнику исполнившего обязательство поручителя как регрессного (что чаще всего встречается в практике судов общей юрисдикции), а не суброгационного (как предусмотрено в ст. 365 и 387 ГК РФ и на что обращено внимание в п. 14, 19, 26, 30 Постановления № 42). В договоре о выдаче поручительства могут быть предусмотрены и ограничения применения норм п. 1 ст. 366 ГК РФ о невозможности должника возражать против требования кредитора, права которого перешли после исполнения обязательства к поручителю. Естественно, при желании установить цену такой услуги поручителя соответствующее условие должно быть согласовано сторонами в письменной форме. Действующая правоприменительная практика исходит из возможной возмездности отношений по данной сделке, однако применение п. 3 ст. 424 ГК РФ для установления обычной цены такого рода договора будет чрезвычайно проблематичным ввиду нераспространенности договорного регулирования отношений «должник-поручитель» на стадии согласования фигуры поручителя и объема обеспечения.

Таким образом, в договоре о предоставлении поручительства должником и поручителем могут быть согласованы следующие условия.

Условия предоставляемого обеспечения (с идентификацией правоотношения должника и кредитора (имеющегося или будущего), лимит финансовой ответственности поручителя, срок, на который предоставляется поручительство).

Условие о вознаграждении поручителя за выдачу поручительства.

Объем обратного требования к должнику в случае исполнения обязательства поручителем перед кредитором (в силу п. 3 ст. 365 ГК РФ).

Условия об ответственности сторон за нарушение договора (например, за односторонний отказ от направления оферты поручителем в адрес кредитора или направление ее на иных условиях, неоплату вознаграждения должником за выдачу поручительства).

¹³ Утверждая, что поручитель осуществляет действия в интересах должника, автор статьи исходит из того, что в предоставлении обеспечения заинтересован именно дебитор, стремящийся укрепить основное обязательство и вступить в правоотношение на согласованных с кредитором условиях. Впрочем, в укреплении обязательства очевиден и интерес кредитора, но он не участвует в отношениях покрытия. Договор о предоставлении поручительства может быть и безвозмездным, поэтому финансовый интерес поручителя в получении вознаграждения за свои действия вторичен.

Ограничения применения норм п. 1 ст. 366 ГК РФ о невозможности должника возражать против требования кредитора при уведомлении поручителем должника.

Выплата вознаграждения поручителю по договору о предоставлении поручительства ставится в зависимость не от факта направления кредитору оферты на определенных условиях, а от факта акцепта такого предложения кредитором, так как эта сделка совершается под отлагательным условием в соответствии с п. 1 ст. 157 ГК РФ. При этом запрет на формулирование условий поручительства как сделки, совершаемой под условием нарушения должником своего обязательства (п. 4 Постановления № 42), не препятствует квалифицировать как условную сделку по выдаче поручительства.

3. Влияние отношений покрытия на поручительство

Необходимо также оценить связь судьбы договора о предоставлении поручительства и самого поручительства. В п. 9 Постановления № 42 указано, что расторжение договора о выдаче поручительства, признание его недействительным или незаключенным не влечет прекращения поручительства в связи с тем, что кредитор не является стороной таких отношений. Также Пленум ВАС РФ разъяснил, что и отпадение общих экономических интересов не является основанием для прекращения поручительства. Таким образом, поручитель не вправе ссылаться на возражения, основанные на его отношениях с должником, против требований кредитора в обеспеченном обязательстве, так как права по обеспечительной сделке устанавливаются в пользу кредитора, не являющегося участником отношений покрытия. Как следствие, на кредитора не возлагаются риски, связанные с этими отношениями [Бевзенко Р.С., 2013: 96 с.].

Отношения покрытия, безусловно, являющиеся основанием для формирования обеспечительных правоотношений, все же могут влиять на действие договора поручительства. В частности, прекращение либо признание недействительными или незаключенными других обеспечительных сделок, заключенных кредитором и должником может быть включено в обеспечительную сделку как отменительное условие (п. 4 Постановления № 42). В силу принципа свободы договора обоснованность такого утверждения не вызывает сомнений. Безвозмездные отношения покрытия являются фидуциарными, что позволяет включать в договор поручительства условия прекращения или изменения обеспечения (в том числе и потестативные) в случае дефекта отношений покрытия. Например, в силу принципа свободы договора кредитор и поручитель вправе предусмотреть отменительные условия, прекращающие поручительство, связанные с переменой лиц на стороне должника, утратой доверия или контроля над должником — рас-

торжение брака между ним и поручителем, смерть дебитора, утрата его профессионального статуса (как субъекта предпринимательской деятельности, лица, занимающего определенную должность и т.д.) и др. Такие условия противоречат общему правилу, закрепленному в нормах ст. 364 и 367 ГК РФ, но в случае согласования воли между поручителем и кредитором, имеющим очевидно более сильную переговорную позицию, они могут быть предусмотрены в договоре поручительства.

За рубежом основаниями недействительности договора поручительства могут являться как заблуждение относительно природы договора, так и неисполнение кредитором информационных обязанностей, нарушение прав потребителя, семейных или конституционных прав [Ламова М.В., 2014: 46]. По гражданскому законодательству Германии поручительство может быть оспорено по мотивам существенного заблуждения или обмана поручителя, но при условии, что виной тому стали действия кредитора или должника, и лишь если кредитор знал или должен был знать об обмане. В тех случаях, когда поручитель заблуждается исключительно из-за действий основного должника, считая его платежеспособным, обеспечительное назначение поручительства не может быть ограничено, поскольку обязательства поручителя вступают в силу именно в случае неплатежеспособности должника [Вебер Х., 2009: 78–79]. В отдельных случаях Федеральный суд Германии, учитывая практику Конституционного суда ФРГ, признавал недействительными договоры поручительства, выданные супругом или родственником должника, по мотивам нарушения равенства сторон отношений (из-за значительного несоответствия между объемом обязательств и способностью поручителя обеспечить исполнение при том, что поручитель действует, не имея делового опыта и существенного интереса) [Вебер Х., 2009: 85–86].

Отечественные суды исходят из того, что на момент заключения договора поручительства поручитель должен оценить всевозможные финансовые риски неплатежеспособности должника и быть готовым исполнить свое обязательство при любой, даже непрогнозируемой заранее неплатежеспособности дебитора. Отношения личной симпатии или иные неправовые мотивы вступления в обеспечительную сделку значения не имеют, не поддаются юридической квалификации, и их изменение не должно влиять на действие поручительства. Если даже поручитель дал обеспечение, будучи заверенным сторонами основного обязательства в формальности такого действия и не являясь платежеспособным, а целиком и полностью понадеявшись на добросовестность должника и кредитора, поручительство все равно сохраняется¹⁴. Нормы материального права не ставят возможность заключения договора поручи-

¹⁴ Определения Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда России: от 26.01.2016 по делу № 57-КГ15-14; от 17.05.2016 № 2-КГ16-1; от 17.05.2016 № 2-КГ16-2 // СПС КонсультантПлюс.

тельства, а также обязанность поручителя нести солидарную обязанность с должником вследствие неисполнения дебитором обеспеченного обязательства, в зависимости от платежеспособности поручителя либо наличия у него имущества, достаточного для исполнения такого обязательства¹⁵.

В силу п. 3 ст. 367 ГК РФ поручительство прекращается с переводом на другое лицо долга по обеспеченному поручительством обязательству, если поручитель в разумный срок после направления ему уведомления о переводе долга не согласился отвечать за нового должника или заранее не выразил такого согласия. В то же время случаи универсального правопреемства должника (смерть физического лица или реорганизация юридического лица), по общему правилу, не прекращают поручительства (п. 4 ст. 367 ГК РФ). В подобной ситуации, несмотря на смену фигуры должника, изменения имущественного комплекса, «ответственного» перед кредитором, и за счет которого будет удовлетворено обратное требование поручителя, не происходит. При этом если правопреемник должника — юридического лица в случае реорганизации последнего отвечает по обязательству в полном объеме, то в случае смерти должника ответственность наследников будет ограничена объемом наследственной массы, а вот размер обязательства поручителя перед кредитором может превысить такой лимит, поскольку поручитель, по общему правилу, отвечает в том же объеме, что и должник, а не его наследники. В политико-правовом контексте укрепления обеспечительного и условно «независимого» действия поручительства были изменены и положения п. 2 ст. 367 ГК РФ, ограничивающие лимит ответственности поручителя до согласованного объема в случае ухудшения его положения.

Широкое понимание фидуциарного характера отношений покрытия в поручительстве, связывающего поручителя и должника, позволило бы признавать поручительство прекратившимся при любом дефекте, сокрытии должником какого-либо важного обстоятельства, что явно не способствует стабильности гражданского оборота. Личностная характеристика должника, его деловая репутация, кредитная история и прочие факторы, даже если они квалифицированы в договоре о предоставлении поручительства как основания выдачи обеспечения, учитываются поручителем при оценке рисков, но ошибка в квалификации личности должника, по общему правилу, основанием для признания обеспечительной сделки недействительной быть не может.

Анализ приемлемости договора о выдаче поручительства на возмездной основе осуществляется в практике арбитражных судов по делам о банкротстве. Оценивая целесообразность заключения должником соглашений о выдаче поручительства на возмездной основе, установив явную неплатеже-

¹⁵ Справка Кемеровского областного суда от 02.08.2011 № 01-07/26-475 «Справка о практике рассмотрения судами Кемеровской области гражданских дел в первом полугодии 2011 года по кассационным и надзорным данным» // СПС КонсультантПлюс.

способность должника на момент заключения кредитного договора и договоров о предоставлении поручительства, суды признавали такие сделки недействительными по мотивам злоупотребления правом и направленности на ущемление прав кредиторов¹⁶. Отказывая таким «горе-поручителям» во включении в реестр требований кредиторов должника их обратных требований в рамках дела о банкротстве, суды тем не менее констатировали сохранение обеспечительной силы данного ими поручительства.

Также в практике встречаются попытки оспорить договор поручительства по мотивам существенного заблуждения поручителя в личности должника по основному обязательству — о его финансовом положении, здоровье и т.д.¹⁷ Как следует из смысла норм ст. 178 ГК РФ, заблуждение — это не соответствующее действительности представление субъекта об обстоятельствах, имеющих значение для конкретной сделки. При этом имеет значение лишь существенное заблуждение, т.е. истец, разумно и объективно оценивая ситуацию, не совершил бы сделку, если бы знал о действительном положении дел. Перечень таких существенных оснований перечислен в п. 2 ст. 178 ГК РФ неисчерпывающим образом, но суды не находят в качестве необходимых условий критериев неплатежеспособности должника. Так, суды делают выводы, что оценка платежеспособности должника по основному обязательству имеет, по сути, техническое значение для предупреждения неблагоприятных по отношению к кредитору последствий заключения договора с неплатежеспособным лицом.

Как правило, не увенчиваются успехом и попытки поручителей оспорить договор поручительства по мотивам обмана. С 01.09.2013 ст. 179 ГК РФ в действующей редакции позволяет оспаривать потерпевшему сделки и в том случае, когда обман исходит не только от стороны сделки (должник не является стороной договора поручительства, но чаще всего влияет на факт заключения обеспечительной сделки). Однако суды не признают обоснованными доводы истца относительно заключения договора поручительства под влиянием дружеских или родственных связей, служебной зависимости, в результате искажения цели кредитования в рамках основного обязательства и т.д. [Ламова М.В., 2017: 233–236].

Р.С. Бевзенко приводит аргументы в пользу сохранения обеспечения в таких ситуациях, указывая на абстрактную природу поручительства по отношению к договору о выдаче поручительства в момент его возникновения

¹⁶ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 18.02.2013 по делу № А45-5318/2011; Определение ВАС РФ от 11.10.2010 № ВАС-13285/10 по делу № А60-57535/2009-С11 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁷ Апелляционное определение Кемеровского областного суда от 07.08.2012 по делу № 33-674 // URL: https://oblsud--kmr.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=2680484&delo_id=5&new=0&text_number=1 (дата обращения 23.07.2017)

и на акцессорность поручительства по отношению к обеспеченному долгу. Законодатель допускает обеспечение будущих требований, не устанавливает требования определенности в отношении описания обеспеченного обязательства, не вводит требование наличия юридической связи между обеспечением и отношениями, объясняющими выдачу поручительства [Бевзенко Р.С., 2013: 96 с.]. Все это подчеркивает условную акцессорность современного поручительства.

Ответственность поручителей, а точнее, обязанность поручителя исполнить свое обязательство перед кредитором в связи с нарушением обязательства должником наступает вне зависимости от характера и предсказуемости действий последнего. Причины: поручительство носит личный характер и основано на подтверждении и гарантировании поручителем своей готовности нести ответственность перед кредитором на случай неисправности должника вне зависимости от финансового положения последнего. Тем самым поручитель принимает на себя риск неплатежеспособности должника, и это обстоятельство является существенным условием договора поручительства¹⁸. Хотя в силу п. 3 ст. 178 ГК РФ заблуждение относительно мотивов сделки не является существенным для признания сделки недействительной, подобного рода позиции не могут быть целиком и полностью признаны основанными на буквальном толковании положения ст. 178 ГК РФ. Такие прокредиторские подходы имеют политико-правовое основание и призваны защищать права кредитора, не получающего исполнения обязательства от должника.

Заключение

В целом сохранение поручительства при личностных пороках отношения покрытия отвечает целям института обеспечения обязательства, а значит, *de lege ferenda* является правильным. Если поручитель понимает, что он вступает в отношения по обеспечению обязательства должника, мотивация о его личной выгоде от таких действий или о формальности собственного поведения правового значения иметь не должна. В связи с этим договор о предоставлении поручительства не может способствовать оспариванию самого поручительства по мотивам его выдачи, но поручитель и должник свободны в согласовании форм и оснований ответственности, в том числе и за сокрытие должником от поручителя той информации, которая имеет существенное значение для оценки рисков выдачи поручительства.

¹⁸ Кассационное определение Липецкого областного суда от 29.01.2007 № 33-105/2007; Апелляционное определение Московского городского суда от 20.12.2012 по делу № 11-26878/12; Обзор судебной практики рассмотрения споров, вытекающих из договоров поручительства (подготовлен судебной коллегией по гражданским делам Саратовского областного суда) // СПС КонсультантПлюс.



Библиография

Бевзенко Р.С. Акцессорность обеспечительных обязательств. М.: Статут, 2013. 96 с.

Бевзенко Р.С. Новеллы судебной практики в сфере поручительства. Комментарий к Постановлению Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» // Вестник ВАС РФ. 2013. № 1. С. 74–85

Белов В.А. Теоретические проблемы учения о способах обеспечения исполнения обязательств // Законы России: опыт, анализ, практика. 2006. № 12. С. 24–32.

Вебер Х. Обеспечение обязательств. М.: Волтерс Клувер, 2009. 480 с.

Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. М.: Статут, 2004. 222 с.

Гринь О.С. К вопросу о формах отношений между должником по основному обязательству и поручителем // Актуальные вопросы российского права. 2011. №3. С. 109–120.

Егорова М.А. Совпадение должника и кредитора в обеспечительных обязательствах (на примере залога и поручительства) // Гражданское право. 2015. № 2. С. 3–5.

Карапетов А.Г. (отв. ред.) Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Статут, 2017. 1120 с.

Кулаков В.В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России. М.: Волтерс Клувер, 2010. 256 с.

Ламова М.В. Поручитель, требующий защиты как потребитель: европейский взгляд на проблему // Вестник ВАС РФ. 2014. № 7. С. 20–46.

Ламова М.В. Поручитель, требующий защиты как потребитель: российская судебная практика и европейский взгляд на проблему // Об обеспечении обязательств: сборник статей / сост. А.В. Егоров. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2017. С. 230–282.

Никитин А.В. О правах требования исполнившего обязательство поручителя к другим поручителям // Актуальные проблемы российского права. 2016. № 4. С. 106–113.

Перунов Д.Ф. Система правоотношений в поручительстве // Опыт цивилистического исследования: сборник статей / Д.В. Гудков, И.И. Зикун, А.А. Зябликов и др. М.: Статут, 2016. С. 272–309.

Сарбаш С.В. Дело «Общество «Фактор» против территориального управления Федерального агентства по управлению федеральным имуществом Омской области» // Правовые позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда: избранные постановления за 2007 год с комментариями / под ред. А.А. Иванова. М.: Статут, 2012. 524 с.

Сергеев А.П. (ред.) Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). М.: Проспект, 2010. 992 с.

Суханов Е.А. (отв. ред.) Российское гражданское право. Т. II: Обязательственное право. М.: Статут, 2011. 1208 с.

Титов Н.Д. Особенности договора поручительства // Правовые проблемы укрепления российской государственности. Available at: URL: https://elibrary.ru/download/elibrary_22423687_89046304.pdf (дата обращения 25.12.2018)

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 1

The Contractual Regulating Coverage Relationships in Suretyship



Egor S. Trezubov

Senior Lecturer, Department of Labor and Environmental Law and Civil Procedure, Kemerovo State University. Address: 6 Krasnaya Str., Kemerovo 650000, Russian Federation. E-mail: egortrezubov@mail.ru



Abstract

The article analyzes the aforementioned (but not named in the law) agreement on the provision (issue) of surety and its influence on formation of the “debtor-guarantor-creditor” relationship. This agreement has not been studied in the civil law, but is of interest from practical and academic sides as well. The paper substantiates the inability to match the figure in such a relationship of the debtor and the guarantor in one person. Despite the fact that for the conclusion of the contract of guarantee is necessary to have the will of a guarantor and the creditor, participate in the normal development of the situation of the debtor himself in the appearance of the guarantor in the relations is beyond doubt. Such a relationship between the debtor and the guarantor may be based not only on extra-legal relations of personal friendliness, service, or related corporate dependence, but can also flow from the contract of surety. The article defines the legal nature of the transaction and its similarity to the individual agreements, such as the contract of commission, the paid services, errands, providing independent assurance. The author comes to the conclusion about the independent legal significance of contractual regulation of relations arising between the debtor and the guarantor at the stage of formulating the terms of future security. The possible content of agreement on the provision of surety is determined, in particular, the right to include in such an agreement the terms of the fee paid to the guarantor for the issuance of security, the definition of the amount of the reverse claim of the guarantor to the debtor, etc. is justified. It is also considering issue of the influence of the defects of the coverage relationship on the fate of issued guaranty, the prospect of contesting the guarantee agreement on these grounds is evaluated. Although the European legal order provides ample protection to non-professional guarantee, in comparison with security given by entrepreneurs or in entrepreneurial activity, in the Russian judicial practice such persistent approaches are no longer fundamental. The article justifies the rationality of the pro-creditor approach in matters of maintaining the security, despite the existence of explicit prerequisites for recognizing voucher agreement as invalid, including for reasons of fraud or significant delusion.



Keywords

surety; agreement on granting (issuance) of suretyship; coverage relationships, professional guarantee; securing obligations; reasons for issuing collateral guarantor; personal ways to ensure obligations.

For citation: Trezubov E.S. (2019) The Contractual Regulating Coverage Relationships in Suretyship. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 112–132 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.112.132



References

- Belov V.A. (2006) [Theoretical issues on collaterals]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, no 12, pp. 24–32 (in Russian)
- Bevzenko R.S. (2013) [Assessor Nature of Collaterals]. Moscow: Statut, 96 p. (in Russian)
- Bevzenko R.S. (2013) [Novels of practice in suretyship. Commentary to the Decree of the RF Supreme Arbitration Court of 12.07. 2012]. *Vestnik VAS RF*, no 1, pp. 74–85 (in Russian)
- Egorova M.A. (2015) [Debtor and creditor in suretyship]. *Grazhdanskoe pravo*, no 2, pp. 3–5 (in Russian)
- Grin O.S. (2011) [On the relations between debtor and surety]. *Aktual'nye voprosy rossiyskogo prava*, no 3, pp. 109–120 (in Russian)
- Gongalo B.M. (2004) [Theory about Collateral: Theory and Practice]. Moscow, Statut, 222 p. (in Russian)
- Karapetov A.G. (ed.) (2017) [Contract Law and Law of Obligations: Commentaries to Art. 307-453 of the Russian Civil Code] Moscow: Statut, 1120 p. (in Russian)
- Kulakov V.V. (2010) [Collateral in Russian Civil Law]. Moscow: Wolters Kluwer, 256 p. (in Russian)
- Lamova M.V. (2014) [Surety Demanding Protection as a Consumer]. *Vestnik VAS RF*, no 7, pp. 20–46 (in Russian)
- Lamova M.V. (2017) [Surety Demanding Protection as a Consumer: European Attitude. On Collateral]. Moscow: Statut, pp. 230–282 (in Russian)
- Nikitin A.V. (2016) [On the collateral of a surety to the other sureties]. *Issues of Russian law*, no 4, pp. 106–113 (in Russian)
- Perunov D.F. (2016) [Legal Relations in Suretyship. Essays on Civilian Studies]. Moscow: Statut, pp. 272–309 (in Russian)
- Sarbash S.V. (2012) [Case “Faktor Company against the Federal Agency on the Management of Federal Property in the Omsk oblast”]. Legal opinion of the Russian Supreme Arbitration Code. Decrees for 2007. Moscow: Prospekt, 524 p. (in Russian)
- Sergiyev S.V. (ed.) (2010) [Commentary to the Russian Civil Code]. Moscow: Prospekt, 992 p. (in Russian)
- Sukhanov E.A. (ed.) (2011) [Russian Civil Law]. Moscow: Statut, 1208 p. (in Russian)
- Titov N.D. [Specifics of Suretyship]. Available at: https://elibrary.ru/download/elibrary_22423687_89046304.pdf (accessed 25.12.2018) (in Russian)
- Weber C. (2009) [Collateral]. Moscow: Wolters Kluwer, 480 p. (in Russian)

Проблемы соотношения систем государственной регистрации лекарственных препаратов и их патентной охраны



Ф.В. Цомартова

старший научный сотрудник отдела социального законодательства Института за-конодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Б. Черемушкинская, 34. E-mail: social3@izak.ru



Аннотация

В большинстве стран существуют две самостоятельные системы правовой охраны лекарственных средств: их государственная регистрация и их патентная охрана. Ввиду общего объекта защиты между названными системами неизбежно возникают коллизии, конкуренция и несогласованность. Одним из правовых институтов, обеспечивающих взаимодействие государственной регистрации и патентной охраны лекарственных препаратов, выступает патентная увязка. Актуальность изучения дополнительных механизмов защиты исключительных прав производителей оригинальных лекарственных средств при регистрации воспроизведенных препаратов в виде патентной увязки в России обусловлена ее международными обязательствами, так как интеграционное правовое регулирование, обеспечивающее функционирование общих рынков лекарств и медицинских изделий, предусматривает установление патентного статуса препарата в ходе его регистрации. В итоге анализа зарубежного опыта регламентации регистрации препаратов с точки зрения защиты исключительных прав третьих лиц на используемые в них изобретения выявлены основные элементы, составляющие патентную увязку, в том числе: дополнительные обязанности заявителей, обращающихся за государственной регистрацией препаратов, обеспечивающие защиту прав на изобретения, используемые в них; правовые механизмы предварительной проверки исключительных прав третьих лиц на изобретения, используемые в регистрируемых лекарственных препаратах при подаче заявления на их государственную регистрацию; государственные информационные системы, содержащие информацию об изобретениях, используемых в лекарственных препаратах; государственная регистрация препаратов с отложенным вводом в обращение в связи с правами третьих лиц на объекты интеллектуальной собственности, используемые в препаратах; объем ограниченных прав заявителя на использование препарата в период с его регистрации с отложенным вводом в обращение до полного его ввода в обращение. На основе анализа лучших зарубежных практик регистрации препаратов и защиты исключительных прав третьих лиц на используемые в них изобретения сформулированы предложения об их применении в отечественном правовом порядке.



Ключевые слова

лекарственный препарат, государственная регистрация лекарственных препаратов, референтный лекарственный препарат, воспроизведенный лекарственный препарат, дженерик, исключительные права, патентные права, патентная уязвка.

Для цитирования: Цомартова Ф.В. Проблемы соотношения систем государственной регистрации лекарственных препаратов и их патентной охраны // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 1. С. 133–157.

УДК: 349

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.133.157

Введение

В большинстве стран мира существуют две самостоятельные системы правовой охраны лекарственных средств: государственная регистрация и патентная охрана [Путило Н.В., 2017: 47–119; Ноздрачев А.Ф., 2015: 181–207]. Хотя государственные органы выдают патенты на изобретения в фармацевтической области и регистрируют патентованные фармацевтические препараты для продажи, две эти функции не обязательно связаны. В большинстве стран выдача патентов осуществляется одними органами (патентными ведомствами), а регистрация лекарственных препаратов — другими. Тем не менее регистрация препарата для продажи, при которой критериями обычно служат его безопасность и действенность, может увязываться с его патентным статусом. В правовопорядках, предусматривающих такую связь, осуществляется наиболее эффективная защита исключительных прав на изобретения, используемые в регистрируемых лекарственных препаратах. Эффективность обеспечивается: 1) введением второго уровня защиты патентной монополии; 2) повышением транспарентности и предсказуемости системы регистрации за счет выявления патентов, относящихся к каждому фармацевтическому препарату, при его регистрации и включении этих данных в специальные информационные системы; 3) снижением нагрузки на судебную систему в связи с предрегистрационной проверкой уполномоченными государственными органами соблюдения исключительных прав третьих лиц на изобретения, используемые в регистрируемом препарате, и установлением возможности административного разрешения споров по поводу защиты таких прав [Тихомиров Ю.А., 2017: 164–178].

Основные риски корреляции систем государственной регистрации и патентной охраны в зарубежной правоприменительной практике связаны: 1) с низким качеством патентов, предоставляемых национальными патентными ведомствами; 2) с возложением на органы, осуществляющие регистрацию лекарствен-

ных средств, обязанностей по превенции и пресечению нарушения патентных прав, тогда как патентное законодательство обычно требует активной позиции правообладателей при осуществлении и защите своих прав; 3) с недостаточной компетенцией органов здравоохранения для определения действительности и значимости патентов. В соответствии с патентным законодательством большинства стран только суд может решать вопросы об установлении патентообладателя, нарушении исключительного права на изобретение и т.п.¹

Одним из правовых институтов, обеспечивающих взаимодействие систем государственной регистрации лекарственных средств и их патентной охраны, является патентная увязка (patent linkage). Институт патентной увязки возник в США (1984), а затем воспринят Канадой (1993), Китаем (2002), Мексикой (2003), Австралией и Японией (2005) [Faunce T. et al., 2005: 1–15; Deady S., 2004: 31, 33, 48]. В настоящее время согласование разрешения на введение в оборот лекарственного средства с его патентным статусом является одним из основных положений Соглашения ТРИПС-плюс, повышающего уровень защиты интеллектуальных прав по сравнению со стандартами Соглашения ТРИПС и продвигаемого США и другими развитыми странами в рамках ВТО в форме двусторонних или региональных соглашений о свободной торговле [Khan U., Pallot R., Taylor D., Kanavos P., 2015: 21–22; Fink C., Reichenmiller P., 2005: 294–297]. В 2011 году 16 стран — Чили, Сингапур, Иордания, Марокко, Бахрейн, Оман, Колумбия, Перу, Сальвадор, Гондурас, Гватемала, Никарагуа, Коста-Рика, Доминиканская Республика, Перу и Республика Корея подписали двусторонние соглашения с США, содержащие положения о патентной увязке. Кроме того, аналогичные положения фигурируют в соглашениях о свободной торговле между Колумбией и Мексикой, Японией и Таиландом, и т.д. [Abbott F., Correa C., 2007: 10–14; Drahos P., 2010: 791–808; El Said M., 2015: 53–66].

Европа исторически придерживается противоположного подхода к регистрации воспроизведенных препаратов, не признавая патентной увязки. В соответствии с правом ЕС регистрация воспроизведенных (генерических; далее — дженериков) средств не наносит ущерба интересам промышленной и коммерческой собственности (ст. 10а Кодекса лекарственных средств, предназначенных для использования человеком, утвержденная Директивой Европарламента и Совета №2001/83/ЕС от 06.11.2001²). Европейский Суд расценивает патентную увязку в качестве антиконкурентного механизма.

¹ См. : All costs, no benefits: How TRIPS-plus intellectual property rules in the US Jordan FTA affect access to medicines. Oxfam Briefing Paper. 2007. Available at: <https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/all%20costs,%20no%20benefits.pdf> (дата обращения 21-10-2018)

² Directive 2001/83/ of the European Parliament and of the Council of 6 November 2001 on the Community code relating to medicinal products for human use. Available at: [http://ec.europa.eu/ competition/.sectors /pharmaceuticals/inquiry/ communication en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/.sectors /pharmaceuticals/inquiry/ communication en.pdf) (дата обращения 20.12.2018)

Одним из негативных следствий такого подхода является то, что некоторые европейские фармацевтические компании предпочитают территорию США как основное место деятельности³.

Несмотря на позицию ЕС, в некоторых европейских странах связь регистрации лекарственного препарата с его патентным статусом существовала и в ослабленных формах существует до сих пор. Венгрия, к примеру, требовала у производителей дженериков вместе с досье подавать заявление о патентном статусе референтного лекарственного средства⁴. Словацкое законодательство содержало предписание об отклонении заявки на регистрацию воспроизведенного лекарственного препарата, если оригинальное лекарство или действующее вещество защищено патентами. И хотя вмешательство Еврокомиссии лишило это положение законной силы, осталось другое — о приостановлении разрешения на маркетинг до истечения срока действия патента⁵. Решение о регистрации дженерика вступает в силу на следующий день после истечения срока действия патента.

Россия переживает этап становления общего рынка лекарственных средств, в целях функционирования которого складывается интеграционное правовое регулирование. На основе Договора о Евразийском экономическом союзе заключено Соглашение о единых принципах и правилах обращения лекарственных средств в рамках ЕАЭС (23.12. 2014). 6.05.2017 основные нормативные акты ЕАЭС, обеспечивающие функционирование в ЕАЭС общих рынков лекарств и медицинских изделий, вступили в силу [Путило Н.В., 2016: 10–17]. Поэтому при определении дальнейших путей развития национального фармацевтического законодательства важно, что в рамках ЕАЭС в ходе регистрации лекарственного препарата устанавливается его патентный статус.

Согласно Правилам регистрации и экспертизы лекарственных средств для медицинского применения, утвержденным Решением Совета Евразийской экономической комиссии от 03.11.2016 №78, в заявлении о регистрации лекарственного препарата указывается, охраняются ли интеллектуальные права на лекарственный препарат патентами, действующими на территории государства ЕАЭС, и что интеллектуальные права третьих лиц, защищенные патентом или переданные по лицензии, в связи с регистрацией лекарственного препарата не нарушаются. Основными источниками правового регулирования защиты исключительных прав третьих лиц в ходе регистрации лекарственного средства в иностранных правовых порядках являются: 1) патентное законода-

³ Pharmaceutical Sector Inquiry Report. European Commission. 2001. Available at: http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_en.pdf (дата обращения 21.10.2018)

⁴ См.: Article 7(9) of Decree 52/2005 of Health Ministry // Magyar Közlöny. 2015. October 19.

⁵ Available at: <http://www.health.gov.sk/Clanok?zakon-140-1998-z-z-o-liekoch-a-zdravotnickych-pomockach-v-zneni-neskorsich-predpisov-a-o-zmene-a-doplneni-niektorych-zakonov> (дата обращения 21.10.2018)

тельство — Канада⁶, Италия; 2) фармацевтическое законодательство — США⁷, Мексика⁸, Китай⁹, Сингапур¹⁰, Казахстан¹¹, Словакия¹²; 3) патентное и фармацевтическое законодательство — Австралия¹³, Япония¹⁴.

Зарубежной практике известно три основные правовые формы патентной увязки. Самая простая из них подразумевает, что патентообладатель получает уведомления о любых производителях, подающих заявки на регистрацию генерических версий его оригинального продукта. Более строгий вариант предусматривает запрет на регистрацию генерического фармацевтического препарата до истечения срока патента на оригинальный продукт (или признания такого патента недействительным). Самая жесткая форма патентной увязки включает не только запрет на регистрацию генерических препаратов, но и запрет на рассмотрение заявок на их регистрацию в течение срока действия патента [Cohen G., 2013: 310–314].

В зависимости от патентного статуса оригинального лекарственного средства может быть поставлено не только принятие решения о выдаче разрешения на маркетинг, но и вопросы ценообразования и страхового (бюджетно-страхового) возмещения стоимости дженерика.

1. Процедура государственной регистрации лекарственных препаратов с точки зрения защиты интеллектуальных прав

Регистрация — процедура, целью которой традиционно является подтверждение безопасности, эффективности и качества лекарственных средств

⁶ Patent Act, 1985; Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations. Available at: <https://lois-laws.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-93-133/index.html> (дата обращения 20.12.2018)

⁷ Кодекс США (35 USC, 1984). 2013. Available at: // <http://uscode.house.gov/browse/prelim@title35&edition=prelim> (дата обращения 21.10.2018)

⁸ Regulation on Materials for Health // Mexican Official Gazette. 2008. December 12.

⁹ State Drug Administration Regulation of China. 27 SDA Order N 35.

¹⁰ Medicines Act, 1975 — 2016. Available at: <https://sso.agc.gov.sg/Act/MA1975> (дата обращения 21.10.2018)

¹¹ Кодекс Республики Казахстан от 18.11.2009 № 193-IV ЗПК «О здоровье народа и системе здравоохранения» // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2009. № 20-21. Ст. 89.

¹² Act No 140/1998 Coll. on Medicines and Medical Devices. 2011. Available at: <https://www.slov.lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/1998/140/20110701.html> (дата (обращения 21.10.2018)

¹³ Patents Act, P990; Therapeutic Goods Administration Act, 1989–2003. Available at: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00088> (дата обращения 21.10.2018)

¹⁴ Japanese Patent Act; Japanese Pharmaceutical Affairs Act; Review of generic products for pharmaceutical use for approval under the Pharmaceutical Affairs Act, and handling of pharmaceutical patents relating to National Health Insurance price listing, 2005. Available at: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/?re=02> (дата обращения 21-10-2018)

для допуска их к обращению (или разрешения применения). Однако в связи с тем, что регистрация является основным элементом в системе государственного регулирования фармацевтического рынка, она все чаще носит комплексный характер.

На современном этапе в развитых правовых порядках регистрация, помимо номенклатуры допущенных к продаже лекарственных средств, их качества, эффективности и безопасности, имеет решающее значение для определения информации о препарате, сообщаемой врачам и потребителям, условий реализации, во многих странах — ценообразования. В последнее время регистрация препаратов ориентирована также на защиту интеллектуальных прав в сфере фармацевтики.

Названные тенденции находят отражение в законодательстве о лекарственных средствах, в котором, как правило, определяются цели и задачи регистрации. Так, в правоприменительной практике США последовательно развивается подход, согласно которому подтверждение качества лекарственных средств означает, среди прочего, удостоверение соблюдения патентных прав. Соответственно, нарушения патентных прав на лекарственные средства трактуются как торговля недоброкачественными, фальсифицированными средствами¹⁵.

В соответствии с Кодексом Республики Казахстан от 18.09.2009 №193-IV (ст. 71) «О здоровье народа и системе здравоохранения» государственная регистрация лекарственного средства имеет своей целью не только оценку безопасности, эффективности и качества лекарственного средства и внесение его в Государственный реестр лекарственных средств, но и определение правомерности присутствия средства на фармацевтическом рынке.

Во всех анализируемых правовых порядках установлены специальные процедуры регистрации воспроизведенных лекарственных препаратов. Как правило, они носят сокращенный и ускоренный характер, поскольку регистрация осуществляется на основе доказательства биоэквивалентности референтному препарату без предъявления результатов доклинических и клинических исследований, подтверждающих его безопасность и эффективность. Кроме того, в развитых странах процедура регистрации дженерика дифференцируется в зависимости от патентного статуса препарата. Так, например, лекарственные средства, обращающиеся на рынке США, должны

¹⁵ См.: Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984, Pub. L. No. 98-417, 98 Stat. 1585h; Federal Trade Commission, Generic Drug Entry Prior To Patent Expiration: An FTC Study 15 (2002). Available at: <http://www.ftc.gov/reports/index.shtml#2002> (дата обращения 21.10. 2018); Congressional Budget Office, How Increased Competition from Generic Drugs Has Affected Prices and Returns in the Pharmaceutical Industry (1998). Available at: <http://www.cbo.gov/publication/10938> (дата обращения 21.10.2018)

быть одобрены в соответствии с разд. 505 Федерального закона о пищевых продуктах, лекарственных средствах и косметической продукции (1938)¹⁶.

Законодательно предусмотрены две основные процедуры одобрения лекарственных средств: 1) заявка на регистрацию нового препарата (New Drug Application – NDA), применяющаяся к новым лекарственным средствам, которые выводятся на рынок США; 2) заявка на сокращенную процедуру регистрации препарата, используемая при регистрации дженериковых лекарственных средств. Установлены четыре типа заявки на сокращенную процедуру регистрации дженериковых средств, применяющиеся в зависимости от патентного статуса препарата: 1) заявка на регистрацию дженерикового препарата, в отношении которого нет действующего патента; 2) заявка на регистрацию дженерикового препарата, в которой заявитель является патентообладателем либо правопреемником патентообладателя; 3) заявка на регистрацию дженерикового препарата, утверждение которой состоится после истечения срока действия патента; 4) заявка на регистрацию дженерикового препарата, оспаривающая действительность патента.

В Канаде, имеющей вторую старейшую систему патентной увязки, предусмотрено две процедуры регистрации дженериковых препаратов. Первая процедура охватывает случаи отсутствия патента либо запрос на одобрение фармацевтического маркетинга после истечения срока действия патента. Вторая — случаи, когда заявитель оспаривает соответствующие патентные права. Вторая категория заявок, в свою очередь, дифференцируется еще по четырем основаниям: 1) заявитель утверждает, что компания-оригинатор не имеет исключительного права на изобретение, используемое в регистрируемом препарате; 2) заявитель утверждает, что соответствующий патент истек; 3) заявитель утверждает, что патент недействителен; 4) заявитель утверждает, что одобрение на маркетинг не нарушит исключительных прав¹⁷.

Процедура регистрации дженерикового препарата в Сингапуре аналогична процедуре, установленной в США. В соответствии с разделом 12 А Закона о лекарственных средствах (1975) (Medicines Act, 1975) может быть подано 4 типа заявки: 1) заявка категории А1 (действующего патента нет); 2) заявка категория А2 (заявитель является патентообладателем); 3) заявка категория А3 (одобрение на маркетинг будет получено после истечения срока действия патента); 4) заявка категории В (заявитель не имеет лицензии от патентообладателя и оспаривает действительность патента).

¹⁶ Federal Food, Drug, and Cosmetic Act. 21 U.S.C. § 301 et seq. 52 Stat. 1040 of June 25, 1938 — 2018. Available at : <https://www.govinfo.gov/app/details/USCODE-2011-title21/USCODE-2011-title21-chap9-subchapI-sec301> (дата обращения 21.10.2018)

¹⁷ См.: Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations [SOR/133-93] under mandate of Subsection 55.2(4) of the Patent Act. Available at: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-93-133/index.html> (дата обращения 21.10.2018)

2. Дополнительные обязанности заявителей, связанные с защитой интеллектуальных прав третьих лиц

Введение патентной увязки налагает дополнительные обязанности на всех заявителей, обращающихся за регистрацией лекарственных препаратов: и на компании-оригинаторы, и на производителей воспроизведенных лекарственных препаратов. Первые должны предоставить все патенты, защищающие препарат, а вторые подтвердить, что интеллектуальные права третьих лиц не нарушаются.

По Закону США о ценовой конкуренции в области лекарственных средств и восстановлении срока действия патента (1984; другое название — Закон Хэтча-Ваксмана¹⁸: 1) при подаче заявки на регистрацию нового лекарственного препарата требуется предъявление всех патентов, защищающих препарат; 2) при подаче заявки на регистрацию дженерикового препарата заявитель должен подтвердить, что его препарат не защищен патентом, либо срок действия патента истек, либо патент признан недействительным [Mossinghoff G., 1999: 187–193]. Кроме того, при подаче заявки на регистрацию дженерикового препарата заявитель обязан уведомить об этом каждого держателя действующего патента на изобретения, используемые в препарате, не позднее 20 дней с момента подачи заявки. Лицо, подающее в Канаде заявку на регистрацию оригинального лекарственного средства, предъявляет перечень всех патентов, защищающих препарат. Патенты вносятся в Патентный регистр. Подача их перечня не обязательна, поэтому даже если лекарство зарегистрировано в Канаде, сведения о защищающих его патентах могут быть не указаны в Патентном регистре¹⁹.

Нормативные правовые акты Китая обязывают заявителя подтвердить отсутствие нарушения исключительных прав третьих лиц²⁰. С этой целью заявитель должен сообщить информацию о патентах, защищающих лекарственное средство, его формулу, производственные процессы и способы использования заявителю или третьей стороне. Если владельцем патента является третье лицо, заявитель должен подать заявление о не нарушении его прав, которое публикуется на официальном веб-сайте (Provisions for Drug Registration (SFDA Order No. 28)²¹.

¹⁸ Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984 as amended by the Medicare Prescription Drug, Improvement and Modernization Act of 2003, Public Law N 108 — 173, 117 Stat. 2066 (2003). Available at: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-98/pdf/STATUTE-98-Pg1585.pdf> (дата обращения 21.10.2018)

¹⁹ См.: Patented Medicines (Notice of Compliance) ...

²⁰ State Drug Administration Regulation of China. 27 SDA. Order N 35.

²¹ Provisions for Drug Registration (SFDA Order No. 28) 2010. Available at: <http://www.sfdachina.com/info/64-1.htm> (дата обращения 21.10.2018)

Федеральный комитет защиты от санитарных рисков Мексики не предоставляет регистрационного удостоверения на лекарственный препарат никому, кроме патентообладателя или лицензиата. В Мексике существует правовая неопределенность относительно того, отсутствие нарушения каких исключительных прав должно подтверждаться при регистрации. Патентные органы полагают, что в расчет принимаются только патенты на активный ингредиент, но Верховный суд в различных решениях установил недопустимость регистрации препаратов с действующими патентами третьих лиц на композиции, дозы, способы использования²².

До недавних пор во многих европейских правовых системах устанавливались обязанности заявителей в связи с защитой интеллектуальных прав. Компания, намеревающаяся зарегистрировать воспроизведенный лекарственный препарат, обязана была заявить, что: а) не нарушает патентных прав (Венгрия²³, Словакия²⁴, Португалия); б) не будет продавать продукт до истечения срока действия патента (Венгрия). Производитель оригинального препарата должен подтвердить, что регистрация дженерика не нарушит его интеллектуальных прав (Италия).

Согласно Правилам регистрации и экспертизы лекарственных средств для медицинского применения, утв. Решением Совета Евразийской экономической комиссии от 03.11.2016 №78, в заявлении о регистрации лекарственного препарата указывается, охраняются ли интеллектуальные права на препарат патентами, действующими на территории государства ЕАЭС. Для регистрации препаратов, имеющих патент, заявитель подает заверенную копию такого патента или лицензионного соглашения, которое дает право на производство и продажу зарегистрированного препарата. Заявитель также декларирует, что интеллектуальные права третьих лиц, защищенные патентом или переданные по лицензии, в связи с регистрацией препарата не нарушаются.

Для регистрации препаратов (приведения регистрационного досье лекарственного препарата в соответствии с требованиями актов права ЕАЭС), имеющих патент, выданный в соответствии с законодательством государства ЕАЭС, заявитель подает заверенную им копию такого патента или лицензионного соглашения, дающего право на производство и продажу зарегистрированного препарата. Заявители подают письмо, в котором указывают, что интеллектуальные права третьих лиц, защищенные патентом или переданные по лицензии, не нарушаются в связи с регистрацией препарата. За сообщение заведомо ложной информации о наличии или об отсутствии прав третьих лиц на изобретения, используемые в препарате, может устанавливаться юридическая

²² Available at: <http://www.patentdocs.org/2010/03/mexican-supreme-court-decides-on-broad-interpretation-of-linkage-regulations.html> (дата обращения 21.10.2018)

²³ См.: Article 7(9) of Decree 52/2005 of Health Ministry...

²⁴ См.: Act No 140/1998 Coll. on Medicines and Medical Devices.

ответственность. Ее несет как производитель оригинального лекарственного средства, дающий недостоверные сведения о своих патентных правах, так и производитель воспроизведенных препаратов, вводящий в заблуждение регистрирующий орган относительно отсутствия нарушений прав третьих лиц.

Строгое наказание за недостоверную информацию о патентном статусе препаратов является главной особенностью правового регулирования соответствующих отношений в Австралии. Такие нарушения караются штрафами в размере до 10 млн. долл. США. Кроме того, в силу поправок к австралийскому Закону о терапевтических продуктах Генеральному прокурору разрешено вступить в судебный процесс, инициированный патентообладателем в целях запрета производства дженерикового препарата, с требованием о возмещении ущерба, который будет нанесен вызванным судебным запретом повышением цены на лекарственные препараты в рамках Схемы фармацевтических льгот (PBS)²⁵.

3. Правовые механизмы предварительной проверки наличия исключительных прав третьих лиц

Декларация заявителей об отсутствии интеллектуальных прав третьих лиц на изобретения, используемые в дженериковом препарате, направленном на регистрацию, нуждается в удостоверении. Необходимо проверить и информацию о патентном статусе, сообщенную при регистрации новых, оригинальных лекарственных препаратов. В Канаде каждый перечень патентов проверяется на предмет включения в него «вечнозеленых» патентов.

В целях проверки утверждения заявителя в странах, где созданы и функционируют специальные единые информационные системы, содержащие как фармацевтическую, так и коммерческую информацию, уполномоченные органы, осуществляющие регистрацию лекарственных средств, обращаются к таким системам. В государствах, не имеющих интегрированных баз данных, регистрирующий орган, как правило, запрашивает документы, подтверждающие соответствующую декларацию. Такие документальные сведения могут быть получены у национальных патентных органов путем обращения к установленной процедуре патентного поиска основных компонентов регистрируемых лекарственных средств и т.п. Так, согласно праву ЕАЭС, к заявлению на регистрацию в обязательном порядке прилагаются копии патентов, действующих на территории государств ЕАЭС в отношении регистрируемого лекарственного препарата²⁶.

²⁵ См.: Therapeutic Goods Administration Act, 1989 (ss. 26C и 26D).

²⁶ См.: Правила регистрации и экспертизы лекарственных средств для медицинского применения, утв. Решением Совета Евразийской экономической комиссии от 03.11.2016 № 78-2016. Available at: <http://www.eaeunion.org/> (дата обращения 21.10.2018)

Оценка патентного статуса медицинской продукции зачастую требует экспертных знаний. Продукт (включая продукты — комбинации нескольких компонентов, например, комбинации с фиксированными дозами препаратов), процесс его производства и порядок применения могут охраняться несколькими патентами, касающимися различных технологических аспектов. Поэтому регламенты предрегистрационных проверок почти всегда предусматривают возможность взаимодействия регистрирующих органов и патентных ведомств. Глава Управления терапевтической продукцией Канады — уполномоченного органа федеральной власти в сфере фармацевтических препаратов и медицинских устройств²⁷ — при решении вопроса о добавлении или исключении патента или сертификата дополнительной защиты из Патентного регистра может консультироваться с должностными лицами или сотрудниками Патентного ведомства²⁸.

Еще одним действенным механизмом проверки достоверности регистрируемых данных является их обнародование. Заявления на регистрацию лекарственных средств публикуются в специализированных бюллетенях либо на сайте государственных органов здравоохранения. Это дает возможность правообладателям и производителям оригинальных препаратов самостоятельно определять потенциальную возможность нарушения прав на принадлежащие им объекты интеллектуальной собственности.

Патент или свидетельство о дополнительной защите не включаются в Патентный регистр Канады до тех пор, пока глава Управления терапевтической продукцией не опубликует уведомления заявителя о соблюдении патентных прав третьих лиц. Управление контроля над продуктами и лекарственными средствами Китая также публикует на своем веб-сайте информацию о не нарушении интеллектуальных прав, сообщенную заявителем²⁹. В США лицо, полагающее, что регистрация лекарственного препарата может нарушить его интеллектуальные права, вправе запросить доступ к материалам заявки при условии соблюдения режима конфиденциальности информации, содержащейся в заявке. При этом заявка может рассматриваться с единственной целью оценки возможного нарушения патента³⁰.

Наконец, соблюдению прав патентодержателей на предрегистрационном этапе способствует установление обязанности заявителя уведомлять о подаче заявки лица, чьи исключительные права может затронуть регистрация

²⁷ Available at: <https://www.canada.ca/en/health-canada/corporate/about-health-canada/branches-agencies/health-products-food-branch/therapeutic-products-directorate.html> (дата обращения 21.10.2018)

²⁸ См.: Patented Medicines (Notice of Compliance) ...

²⁹ Available at: <http://eng.sfda.gov.cn/WS03/CL0755/> (дата обращения: 21.10.2018)

³⁰ Available at: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title21section355&num=0&edition=prelim> (дата обращения 21.10.2018)

дженерикового препарата. Так, согласно нормативным требованиям каждый заявитель в Китае должен уведомить любого соответствующего патентообладателя в течение 20 дней со дня подачи заявки³¹.

Патентодержателям оставляется право обращения в регистрирующие органы с заявлениями, основанными на информации, полученной из выше-названных открытых источников либо из уведомления, о приостановлении регистрационного процесса с предъявлением доказательств возможности нарушения патентных прав в случае регистрации и допуска на рынок дженерика. Положительные результаты проверки соблюдения интеллектуальных прав третьих лиц в ходе регистрации лекарственного препарата в исследованных странах имеют два основных правовых последствия: 1) приостановление процедуры регистрации лекарственного препарата; 2) отказ в регистрации лекарственного препарата.

Если заявляемый к регистрации дженерик содержит охраняемые патентами элементы, его регистрация приостанавливается до момента окончания срока действия патента либо вступления в силу решения суда, если патент либо действия правообладателя обжалуются со стороны заявителя в судебном порядке либо в регистрации отказывается. Так, в США в течение 45 дней после получения уведомления о подаче заявки на регистрацию лекарственного препарата патентообладатель может подать в суд иск о нарушении права. В этом случае процедура регистрации приостанавливается на срок до 30 месяцев (21 USC Section 355(j)(4)(B)(iii)(I)-(III); 35 USCA 271(e)(4)(A)). Аналогичные правила установлены законодательством Сингапура. Если патентообладатель подает иск о нарушении патентного права (в течение 45 дней со дня подачи заявки), в Канаде процедура регистрации приостанавливается на срок до 24 месяцев³².

В соответствии с Правилами запрета, приостановления или изъятия из обращения лекарственных средств, изделий медицинского назначения и медицинской техники (утвержден приказом министра здравоохранения и социального развития Республики Казахстан от 27.02.2015 № 106) в случае поступления в государственный орган информации о нарушении исключительных прав охранного документа на изобретение или полезную модель в сфере обращения лекарственных средств, изделий медицинского назначения и медицинской техники государственный орган приостанавливает действие регистрационного удостоверения до получения результатов судебного разбирательства на основании следующих документов: 1) заявления патентообладателя охранного документа на изобретение или полезную модель (либо его представителя при наличии нотариально заверенной доверенно-

³¹ См.: Provisions for Drug Registration (SFDA Order No. 28).

³² См.: Patented Medicines (Notice of Compliance)...

сти) о факте нарушения его исключительных прав другим заявителем; 2) нотариально заверенной копии патента на изобретение или полезную модель; 3) решения суда о назначении дела об оспаривании (нарушении) исключительных прав к разбирательству в судебном заседании. При вступлении в законную силу решения суда о нарушении или не нарушении исключительных прав третьими лицами государственный орган отзывает регистрационное удостоверение или возобновляет его действие.

Правовое регулирование патентных споров в фармацевтической сфере в Китае предусматривает, что если патентные права оспариваются в судебном порядке, регистрирующий орган ожидает результатов процесса и принимает решение на его основании. Если спор о нарушении происходит после регистрации, стороны должны провести переговоры об урегулировании проблемы или прибегнуть к суду³³. В ходе реформы защиты интеллектуальных прав в сфере фармацевтики проектируется следующий порядок разрешения споров³⁴. Патентообладатель будет наделен правом подать иск о нарушении патентных прав в течение 20 дней после получения уведомления о поданной заявке и сообщить об этом CFDA. Согласно китайскому патентному законодательству, акт подачи заявки на регистрацию лекарственного средства не является нарушением патентных прав. После получения уведомления о судебном иске о нарушении патентных прав CFDA имеет право приостановить процесс регистрации лекарственного средства на 24 месяца максимум. За этот период CFDA на основании результатов патентного судебного разбирательства или на основе любого альтернативного урегулирования между сторонами должно принять решение о регистрации лекарственного средства или отказе в ней. Если в установленный срок решение суда не будет вынесено, CFDA имеет право одобрить заявку. Это правило призвано обеспечить интересы производителей генерических препаратов [Mirandah G., 2012: 50].

4. Государственные информационные системы, содержащие информацию об изобретениях, используемых в референтных лекарственных препаратах

Анализ зарубежного опыта правового регулирования регистрации лекарственных препаратов показывает, что наличие источника информации

³³ S. 18 of the Provisions for Drug Registration (SFDA Order No. 28). Available at: <http://eng.sfda.gov.cn/WS03/CL0768/61645.html> (дата обращения 21.10.2018)

³⁴ См.: Announcement of the General Directorate of the China Food and Drug Administration «Concerning the Relevant Policy on the Promotion of Innovation of Pharmaceuticals and Medical Devices and Protection of The Rights of Innovators (draft)» (关于鼓励药品医疗器械创新保护创新者权益的相关政策征求意见稿) (No. 55, 2017).

(базы данных) об их патентном статусе является важнейшим условием защиты интеллектуальных прав третьих лиц на изобретения, содержащиеся в них. Такие системы в перспективе имеют значение не только для патентного поиска в фармацевтической сфере. С учетом значительной коррупционной емкости государственной регистрации препаратов во многих странах принимаются меры, направленные на обеспечение ее прозрачности. Получила распространение регулярная публикация оснований принятия важнейших решений в данной области (положительных или отрицательных), сроков рассмотрения заявок на регистрацию и другой информации, ранее считавшейся закрытой. Подобные базы данных позволят также заметно повысить эффективность государственных закупок лекарственных средств, поскольку при принятии решений о приобретении качественной продукции по наиболее выгодным ценам закупочные ведомства часто должны учитывать патентный статус продукции и правовой статус соответствующих патентов в конкретных странах.

Важность информационных систем признается не только на национальном, но и на международном уровне. ВОЗ обращает внимание на то, что во многих странах получение надежной внутренней патентной информации о лекарственных средствах затруднено. Органы здравоохранения и другие заинтересованные стороны испытывают трудности при оценке статуса патентов. Патентная информация должна оцифровываться и быть свежей и точной, а патентные реестры должны допускать он-лайн поиск и быть удобными пользователям³⁵. Для всех лекарств, для которых имеются международные непатентованные наименования (МНН), они должны приводиться в патентных заявках для облегчения патентного поиска³⁶. Глобальная стратегия и план действий в области общественного здравоохранения, инноваций и интеллектуальной собственности, принятые ВОЗ в 2008 году (WHA61.21), призывают к обеспечению доступа к удобной пользователям глобальной базе данных, содержащей общественную информацию об административном статусе патентов, имеющих отношение к здравоохранению³⁷.

В конце 2017 года ВОИС и наукоемкие фармацевтические компании объявили об объединении усилий в целях расширения доступа к базам па-

³⁵ Available at: www.who.int/phi/access_medicines_feb2011/en/index.html ; www.wipo.int/meetings/en/2011/who_wipo_wto_ip_med_ge_11/; www.wto.org/english/news_e/news11_e/trip_18feb11_e.htm (дата обращения: 21.10.2018)

³⁶ На ранних этапах разработки продукт не имеет собственного МНН. Методом обозначения соединений может быть использование текстовых структурных обозначений (например, номенклатуры Международного союза теоретической и прикладной химии (IUPAC) и Международного химического идентификатора (InChI). Available at: www.iupac.org/home/publications/e-resources/inchi.html) (дата обращения 21.10.2018)

³⁷ Available at: http://www.who.int/dg/speeches/2011/medicines_access_20110218/ru/ (дата обращения 21.10.2018)

тентной информации об основных лекарственных средствах³⁸ и подписали соглашение о принятии инициативы «Патентная информация по лекарственным средствам» (Pat-INFORMED). Эта совместная инициатива ВОИС и IFPMA³⁹ направлена на обеспечение ясности патентной информации по лекарственным средствам. Она позволяет объединить работу отрасли в этой области с экспертными знаниями ВОИС об организации патентных данных из различных стран мира.

Pat-INFORMED базируется на глобальной версии американской Оранжевой книги. Информационная система должна обеспечить увязку открытой патентной информации с зарегистрированными лекарственными средствами в рамках нового глобального Интернет-портала. Портал снабжен разнообразными инструментами и ресурсами для выявления патентов на продукцию для решения задач общественного здравоохранения. Pat-INFORMED также предоставляет канал связи для последующих запросов, по которому можно получить детальную информацию о патентах.

Он-лайн инициатива заработала в конце 2018 г.; тогда был открыт доступ к патентной информации о низкомолекулярных препаратах для лечения онкологических заболеваний, гепатита С, сердечно-сосудистых заболеваний, ВИЧ, диабета и легочных болезней, а также о любых не относящихся к этим группам препаратах, включенных в Перечень основных лекарственных средств ВОЗ. На втором этапе инициатива будет распространена на все виды лекарственных средств и будет рассмотрена возможность включения в нее комплексных препаратов⁴⁰. Хотя патентные сведения находятся в открытом доступе во всем мире, информационные ресурсы, в рамках которых патенты напрямую увязаны с продаваемыми лекарственными средствами, доступны только через частные базы данных третьих сторон. Общедоступны они в настоящее время только в нескольких странах.

В США в соответствии со ст. 355 Закона «О продовольственных продуктах, лекарственных и косметических препаратах»⁴¹ все одобренные Управлением по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов (Food and Drug Administration, FDA,) лекарственные препараты вносятся в перечень зарегистрированных лекарственных препаратов с оценкой терапевтической эквивалентности, называемый Оранжевой книгой⁴². Она содержит информацию о патентном статусе препаратов, включенных

³⁸ PR/2017/811, Женева, 03-10-2017. Available at: http://www.wipo.int/pressroom/ru/articles/2017/article_0010.html (дата обращения 21.10.2018)

³⁹ Международная профессиональная ассоциация наукоемких фармацевтических компаний.

⁴⁰ Available at: <https://www.wipo.int/patinformed/> (дата обращения 25.02.2019)

⁴¹ 21 U.S.C. § 355 (US 217).

⁴² Перечень зарегистрированных препаратов с оценкой терапевтической эквивалентности — 2018. Available at: <https://www.accessdata.fda.gov/scripts/cder/ob/> (дата обращения 21.10.2018)

в перечень, с перечислением всех имеющихся патентов, дает возможность поиска уже имеющихся патентов как минимум по пяти характеристикам и содержит отдельные перечни новых патентов⁴³ и патентов, исключенных из списка⁴⁴, за последний месяц. Книга не содержит данных о патентах на процессы производства, упаковку, метаболиты и промежуточную продукцию (эта информация не подается в FDA).

Канада имеет аналогичную интегрированную информационную систему — Патентный регистр⁴⁵. Это список ингредиентов лекарственных средств, расположенных в алфавитном порядке, и соответствующих им патентов, даты истечения срока действия патента и другую информацию. Порядок формирования и ведения регистра регламентируется подзаконным актом, принятым на основании подраздела 55.2(4) Патентного закона Канады (1985). База данных обновляется каждую ночь и содержит патентную информацию о лекарственных средствах для людей и животных с 1993 г. по настоящее время. Ведет регистр Управление терапевтической продукцией⁴⁶. В него включаются патенты и сертификаты дополнительной защиты. Регламент ведения регистра включает следующие возможности: 1) добавление патента или сертификата дополнительной защиты, соответствующих установленным требованиям; 2) отказ в добавлении какого-либо патента или сертификата дополнительной защиты в связи с несоответствием установленным требованиям; 3) удаление любого патента или сертификата дополнительной защиты, добавленного в регистр из-за административной ошибки либо признанного недействительным в соответствии со ст. 60 (1) или 125 (1) Патентного закона, либо по запросу держателя регистрационного удостоверения, предоставившего патентный список; 4) удаление патента или сертификата дополнительной защиты, срок действия которых истек.

Удаление документов, удостоверяющих исключительные права на изобретение, содержащееся в препарате, в связи с признанием его недействительным в соответствии со ст. 60 (1) или 125 (1) Закона, возможно только на основании решения суда по истечении сроков для обжалования решения в Федеральный апелляционный суд либо после вынесения решения по апелляции. Регистр общедоступен в рабочее время.

⁴³ Available at: https://www.accessdata.fda.gov/scripts/cder/ob/search_patent.cfm?listed=new (дата обращения 21.10.2018)

⁴⁴ Available at: https://www.accessdata.fda.gov/scripts/cder/ob/search_patent.cfm?listed=delisted (дата обращения 21.10.2018)

⁴⁵ Available at: <https://www.canada.ca/en/health-canada/services/drugs-health-products/drug-products/patent-register.html> (дата обращения 21.12.2018)

⁴⁶ Available at: <https://www.canada.ca/en/health-canada/corporate/about-health-canada/branches-agencies/health-products-food-branch/therapeutic-products-directorate.html> (дата обращения 21.10.2018)

В Мексике патенты на фармацевтические продукты публикуются Мексиканским институтом промышленной собственности в официальной газете два раза в год. Публикации подлежат следующая информация: 1) имя (наименование) патентообладателя; 2) наиболее значимые характеристики патента (патентные притязания, патентная формула, название фармацевтического продукта, информация о лицензиате и сроке действия патента).

В Китае нет информационной системы, объединяющей данные о регистрации лекарственных препаратов и патентную информацию. Однако ее создание запланировано в ходе совершенствования защиты интеллектуальных прав в сфере фармацевтики. Управление по контролю за продуктами и лекарственными средствами Китая опубликовало 12.05.2017 программный документ, касающийся совершенствования системы патентных связей и защиты данных⁴⁷. Документ содержит положения о реестре лекарственных средств («Китайской Оранжевой книги»), объединяющего фармацевтическую, коммерческую информацию, а также информацию о статусе патентов. Помимо сведений о препарате и владельце регистрационного удостоверения реестр будет включать информацию об исключительных правах, в том числе перечень соответствующих патентов и сроки их действия.

Создание «Китайской Оранжевой книги» нацелено на снижение издержек заинтересованных лиц, связанных с получением патентной информации о лекарственных средствах. Упор делается на интересах производителей дженериков; Книга позволит им получать ключевую информацию о зарегистрированных препаратах и выстраивать стратегии развития с учетом информации о патентной защите.

5. Государственная регистрация лекарственных препаратов с отложенным вводом в обращение в связи с наличием интеллектуальных прав третьих лиц

Общие принципы отбора лекарственных препаратов для допуска на рынок, в том числе правовые, определяются государственной регистрационной политикой. Регистрационная политика ЕС является либеральной: допуск медикаментов на рынок осуществляется только исходя из их эффективности, безопасности и качества без учета цен и других факторов. В Скандинавских странах, особенно в Норвегии, напротив, регистрируются только препараты, считающиеся необходимыми. В связи с этим общее число лекарств

⁴⁷ Announcement of the General Directorate of the China Food and Drug Administration «Concerning the Relevant Policy on the Promotion of Innovation of Pharmaceuticals and Medical Devices and Protection of The Rights of Innovators (draft for soliciting opinions)» (关于鼓励药品医疗器械创新保护创新者权益的相关政策征求意见稿)(No. 55, 2017).

на рынках государств Северной Европы исчисляется тысячами, а не десятками тысяч, как во многих других странах. В ряде развивающихся стран акцент делается на регистрации воспроизведенных препаратов.

В качестве главной цели государственной регистрационной политики с точки зрения защиты интеллектуальных прав на изобретения, используемые в регистрируемых лекарственных препаратах, как правило, провозглашается обеспечение надлежащего баланса прав⁴⁸. Такой баланс означает, что регулирование регистрации лекарственных средств и защиты интеллектуальных прав призвано, с одной стороны, стимулировать инновации, а с другой:

включать льготные положения в патентный режим (Австралия⁴⁹, Китай⁵⁰),
не ограничивать конкуренцию (Канада);

обеспечить производство качественной и менее дорогой продукции на местных производственных предприятиях с целью оказания лекарственной помощи населению в целом и содействию промышленному развитию в частности (Иордания⁵¹, Венгрия⁵²);

не допустить фактического продления патентов в интересах патентообладателей (Япония)⁵³;

способствовать продажам непатентованных лекарств на внутренних и внешних рынках (Италия⁵⁴);

поощрять разработку конкурирующих продуктов (Мексика⁵⁵);

давать возможность приобретать лекарства и медицинскую технику по более низким ценам по истечении сроков их патентной охраны (Китай⁵⁶).

Исходя из названных целей, правопорядки, устанавливающие патентную уязвку, помимо дополнительных гарантий интеллектуальных прав включа-

⁴⁸ Available at: <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/replies/usa.html#Q7> (дата обращения 21.10.2018)

⁴⁹ Available at: http://www.wipo.int/export/sites/www/scp/en/exceptions/replies/australia_2.pdf (дата обращения 21.10.2018)

⁵⁰ Available at: <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/replies/china.html#Q7> (дата обращения 21.10.2018)

⁵¹ Там же <http://www.wipo.int/export/sites/www/scp/en/exceptions/replies/jordan.pdf#S7> (дата обращения 21.10.2018)

⁵² Там же // <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/replies/hungary.html#Q7> (дата обращения 21.10.2018)

⁵³ Там же // http://www.wipo.int/export/sites/www/scp/en/exceptions/replies/japan_2.pdf#S7 (дата обращения 21.10.2018)

⁵⁴ Там же // <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/replies/italy.html#Q7> (дата обращения 21.10.2018)

⁵⁵ Там же // <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/replies/mexico.html#Q7> (дата обращения 21.10.2018)

⁵⁶ Там же // <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/replies/china.html#Q7> (дата обращения 21.10.2018)

ют и некоторые льготные положения для лиц, желающих зарегистрировать дженериковые препараты. Так, например, в США производитель, первым обратившийся с заявкой на регистрацию дженерикового препарата, в течение 180 дней имеет эксклюзивное право на оспаривание патента в целях регистрации препарата. Таким образом, патентная увязка в США выполняет двоякую функцию, обеспечивая интересы обеих сторон: усиливает исключительные права компаний-оригинаторов для стимулирования инноваций в фармацевтическом секторе, и в то же время поощряет производителей дженериков оспаривать слабые патенты, оставляя 180 дней эксклюзивного права первому заявителю, который может успешно аннулировать патент на лекарственный препарат.

Кроме того, в декабре 2017 г. FDA опубликовало новый Перечень непатентованных, неэксклюзивных лекарств без утвержденных дженериков⁵⁷. Этот шаг направлен на то, чтобы дать производителям информацию о новых дженериковых препаратах, которые могут быть допущены на рынок в связи с ограниченной конкуренцией. В отношении препаратов и перечня FDA готово немедленно принять заявку на ускоренную процедуру регистрации дженерикового препарата. Также оно приняло новую политику, направленную на ускорение процесса утверждения заявок на регистрацию таких препаратов⁵⁸.

К правовым механизмам, направленным на обеспечение баланса прав компаний-оригинаторов и производителей дженериков, относится регистрация препаратов с их отложенным вводом в гражданский оборот. Утверждение препарата за рубежом обычно осуществляется на условиях, приводимых в регистрационном удостоверении. Они могут быть как стандартными, распространяющимися на все лекарственные препараты, так и специфическими, распространяющимися на данный препарат. Стандартные условия, как правило, прилагаются к разрешению.

Специфические условия, относящиеся к данному препарату, могут включать ограничения, позволяющие поставлять этот препарат только в конкретные лечебные учреждения (например, специализирующиеся на лечении отдельных заболеваний), только в определенные районы страны или только с определенного момента, в том числе с момента истечения патентных прав на препарат⁵⁹. Так, Закон Словакии о лекарственных средствах и медицин-

⁵⁷ List of Off-Patent, Off-Exclusivity Drugs without an Approved Generic. 2017. Available at: <https://www.fda.gov/downloads/Drugs/ResourcesForYou/Consumers/BuyingUsingMedicineSafely/UnderstandingGenericDrugs/UCM564441.pdf> (дата обращения 21.10.2018)

⁵⁸ Available at: <https://www.fda.gov/downloads/AboutFDA/CentersOffices/OfficeofMedicalProductsandTobacco/CDER/ManualofPoliciesProcedures/UCM407849.pdf> (дата обращения 21.10.2018)

⁵⁹ См.: National drug regulatory legislation: guiding principles for small drug regulatory authorities. WHO Expert Committee on Specifications for Pharmaceutical Preparations. World Health Organization, Geneva, 1999. Annex 8.

ских изделиях предусматривает, что решение о разрешении на маркетинг дженерикового препарата вступает в силу на следующий день после истечения срока действия патента⁶⁰.

В соответствии с Правилами государственной регистрации, перерегистрации и внесения изменений в регистрационное досье лекарственного средства, изделий медицинского назначения и медицинской техники, утвержденными приказом Министра здравоохранения Республики Казахстан от 18.11.2009 №735 (в ред. от 14.01.2015 №9) государственная регистрация воспроизведенного лекарственного средства осуществляется с выдачей регистрационного удостоверения, без права реализации средства до истечения срока действия охранного документа оригинального средства.

Зарубежной практике известны «условные» и «временные» регистрационные удостоверения (provisional marketing authorization, provisional registration), выдаваемые в ходе инвентаризации рынка и действующие до получения полного разрешения на маркетинг, основанного на данных о качестве, эффективности и безопасности. При получении удостоверений такого рода заявитель обязуется впоследствии собрать полный пакет требуемых документов, после чего условное регистрационное удостоверение будет заменено на стандартное⁶¹. Такой подход позволяет оптимизировать сроки регистрации препарата и ускорить его поступление к больным.

Использование регистрируемого лекарственного препарата в период с момента регистрации лекарственного препарата с отложенным вводом в обращение до момента полного ввода в обращение соответствующего препарата, как правило, ограничивается различными фазами производства и продвижения на рынок. Производство включает все операции, связанные с приобретением исходных материалов и продуктов, изготовлением, контролем качества, выпуском, хранением, транспортировкой готовой продукции, соответствующим контролем, при этом с исключением его реализации или бесплатного распространения. Продвижение на рынок охватывает комплекс мер информационного и мотивационного характера, осуществляемых производителями и распространителями с целью стимулирования назначения лекарственных средств, их предложения, продажи и/или использования. Продвижение включает также рекламу.

Законодательство отдельных стран допускает следующие действия в отношении дженерикового препарата до истечения срока действия патен-

⁶⁰ См.: Act No 140/1998 Coll. on Medicines and Medical Devices, Amendment to the Act 140/1998 on 1 July 2007...

⁶¹ См.: Consolidated Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council of 6 November 2001 on the Community code relating to medicinal products for human use as amended by Directive 2002/98/EC, Directive 2004/24/EC, Directive 2004/27 // EC Regulation 1901/2006, Directive 2008/29/EC.

тов на изобретения, используемые в нем, с целью его коммерциализации: а) изготовление и использование (Бразилия⁶², Канада⁶³, Китай⁶⁴); б) производство отдельных субстанций, входящих в состав лекарственного средства (Япония)⁶⁵; в) производство, использование и предложение к продаже (США)⁶⁶; г) производство, использование, предложение к продаже, транспортировка, заем и ссуда (Республика Корея)⁶⁷.

Заключение

Известный зарубежным правовым порядкам институт патентной увязки обеспечивает взаимодействие государственной регистрации и патентной охраны лекарственных препаратов, создавая условия для эффективной защиты исключительных прав на изобретения, используемые в регистрируемых препаратах. С учетом зарубежного опыта в перспективе целесообразно детально дифференцировать процедуру регистрации воспроизведенного препарата на основании его патентного статуса, выделив процедуру регистрации воспроизведенного лекарственного средства: а) в отношении которого нет действующего патента; б) в которой заявитель является патентообладателем либо правопреемником патентообладателя; в) выдача регистрационного удостоверения по которой состоится после истечения срока действия патента; г) в рамках которой исключительные права патентообладателя оспариваются заявителем.

При введении дифференцированных процедур регистрации оригинальных и воспроизведенных препаратов патентная увязка должна сопровождаться возложением дополнительных обязанностей на лиц, обращающихся за регистрацией как оригинальных, так и воспроизведенных препаратов. Заявители, обращающиеся за регистрацией оригинальных препаратов, будут обязаны предъявлять все патенты, защищающие препарат. Кроме того, заявители, обращающиеся за регистрацией воспроизведенных препаратов, будут обязаны: декларировать, что интеллектуальные права третьих лиц, в связи с регистрацией препарата не нарушаются; декларировать что не будут производить и (или) продавать продукт до истечения срока действия патента; уведомить о заявке каждого держателя действующего патента на изобретения, используемые в препарате, в установленный срок.

⁶² См.: Article 43, Paragraph VII, of Law n. 9.279 of 14 May 1996.

⁶³ См.: Patent Act s. 55.2 (1).

⁶⁴ См.: State Drug Administration Regulation of China...

⁶⁵ См.: Second Petty Bench of the Supreme Court Decided on April 16, 1999 (Case No. 153(ju) of 1998) (Minshu 53 (4) 627)).

⁶⁶ См.: 35 USC §271(e)(1)).

⁶⁷ См.: Korean Pharmaceutical Affairs Act.

В качестве действенного и простого механизма обеспечения интеллектуальных прав третьих лиц при регистрации воспроизведенных препаратов оправдала себя публикация заявок на официальном сайте регистрирующего государственного органа до их утверждения, что дает возможность правообладателям и производителям оригинальных препаратов самостоятельно определять потенциальную возможность нарушения прав на принадлежащие им объекты интеллектуальной собственности.

По опыту зарубежных стран выявление нарушений интеллектуальных прав третьих лиц в ходе регистрации лекарственного препарата имеет следующие возможные правовые последствия: приостановление процедуры регистрации препарата; отказ в регистрации лекарственного препарата; регистрация препарата с отложенным вводом в обращение.

Анализ зарубежного опыта правового регулирования регистрации препаратов показывает, что важнейшим условием защиты интеллектуальных прав третьих лиц на изобретения, содержащиеся в них, является база данных о патентном статусе препаратов.

Главной целью государственной регистрационной политики с точки зрения защиты интеллектуальных прав на изобретения, используемые в регистрируемых препаратах, в исследованных странах, как правило, провозглашается обеспечение надлежащего баланса прав. К правовым механизмам, направленным на его обеспечение компаний-оригинаторов и производителей дженериков, относится регистрация препарата с отложенным вводом в гражданский оборот. В этих случаях государственная регистрация воспроизведенного лекарственного средства осуществляется с выдачей регистрационного удостоверения, без права производства и (или) реализации средства до истечения срока действия охранного документа оригинального средства.



Библиография

Андреев Ю.Н. Судебная защита исключительных прав: цивилистические аспекты. М.: Норма, 2011. 400 с.

Ворожевич А.С. Пределы осуществления и защиты исключительного права патентообладателя. М.: Статут, 2018. 320 с.

Ноздрачев А.Ф. (отв. ред.) Разрешительная система в Российской Федерации. М.: Норма, 2015. 928 с.

Маковский А.Л. Исключительные права и концепция части четвертой Гражданского кодекса // Гражданское право современной России / сост. О.М. Козырь и А.Л. Маковский. М.: Статут, 2008. С. 103–141.

Пиличева А.В. Положение Болар в отечественном и зарубежном законодательстве // Вестник гражданского права. 2013. № 2. С. 92–107.

Путило Н.В. (отв. ред.) Научно-практический комментарий к Соглашению о единых принципах и правилах обращения лекарственных средств в рамках Евразийского экономического союза от 23 декабря 2014 года (постатейный). М.: Норма, 2016. 96 с.

- Путило Н.В. (отв. ред.) Право граждан на лекарственное обеспечение. М.: Норма, 2017. 216 с.
- Тихомиров Ю.А. (отв. ред.) Юридический конфликт. М.: Норма, 2017. 312 с.
- Abbott F., Correa C. (2018) World Trade Organization Accession Agreements: Intellectual Property Issues. (дата обращения 21.10.2018)
- Bouchard R. (2010) Empirical Analysis of Drug Approval-Drug Patenting Linkage for High Value Pharmaceuticals. *Northwestern Journal of Technology & Intellectual Property*, no 8, pp. 1–86.
- Cohen G. (2013) *The Globalization of Health Care: Legal and Ethical Issues*. Oxford: University Press, 480 p.
- Cynthia H. (2011) *Access to Medicine in the Global Economy: International Agreements on Patents and Related Rights*. Oxford: University Press, 432 p.
- Drahos P. (2010) BITS and BIPS: Bilateralism in Intellectual Property. *Journal of World Intellectual Property*, no 4, pp. 791–808.
- El Said M. (2015) The Road from TRIPS-Minus to TRIPS to TRIPS-Plus: Implications of IPRs for the Arab World. *Journal of World Intellectual Property*, no 8, pp. 53–66.
- Faunce T. et al. (2005) Assessing Impact of the Australia-United States Free Trade Agreement on Australian and Global Medicines policy. *Globalization and Health*, no 1, pp. 1–15.
- Fink C., Reichenmiller P. (2005) Tightening TRIPS: intellectual property Provisions of Recent US Free Trade Agreements. *World Bank Trade Note*, no 20, pp. 289–303.
- Khan U., Pallot, R., Taylor D., Kanavos P. (2015) *The Transatlantic Trade and Investment Partnership: International Trade Law, Health Systems and Public Health*. London: School of Economics and Modus Europe report, 66 p.
- Mirandah G. (2012) Patent Linkage in the Asian Countries compared to the US. *Asia IP Magazine*, vol. 4, pp. 50–57.
- Mossinghoff G. (1999) Overview of the Hatch-Waxman Act and Its Impact on the Drug Development Process. *Food and Drug Law Journal*, no 54, pp. 187–193.
- Rossi F. (2006) Free Trade Agreements and TRIPS-plus Measures. *International Journal of Intellectual Property Management*, no 1, pp. 150–172.
- Son K.-B. et al. (2018) Moderating Impact of Patent Linkage on Access to Medicines: Lessons from Variations in South Korea, Australia, Canada and the United States. *Global Health*, no 14, pp. 1–11.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 1

On Correlation of Drugs Registration and theirs Patent Protection



Fatima V. Tsomartova

Senior Researcher, Department of Social Legislation, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: social3@izak.ru

Abstract

There are two independent systems of legal protection of drugs: state registration of drugs and patent protection of drugs in most countries. Due to the common object of protection collisions, competition and inconsistency (issues of drug interchangeability, determining the point at which the generic drug manufacturer can begin to take actions to introduce the drug into circulation, content of such actions, possibility of registering a generic drug the term of patent for which has not expired, etc.) invariably arise between these systems. One of the legal institutions ensuring the interaction of registration and patent protection of drugs is the so-called patent linkage. The relevance of the study of additional mechanisms for the protection of exclusive rights of manufacturers of original drugs during registering of reproduced drugs in the form of patent linkage for Russia is associated with international obligations. The integration legal regulation ensuring the functioning of the common markets of drugs and medical products in the EAEU provides for establishing the patent status of the drug during registration. As a result of the analysis of the best foreign practices of regulating the registration of drugs from the point of view of protecting the exclusive rights of third parties to patents used in them, the main elements of the patent linkage were identified, including: the additional obligations of applicants applying for state registration of drugs, protecting the rights to patents used in registered drugs; legal mechanisms for preliminary verification of exclusive rights of third parties for patents used in registered drugs during applying for registration; state information systems containing information about patents used in reference drugs; registration of drugs with a deferred introduction into circulation due to the presence of third-party rights to intellectual property items used in registered products; the applicant's limited rights to use the registered drug in the period from the moment of registration with a deferred introduction into circulation until the moment of complete introduction. Based on evaluation of the best foreign practices of regulating procedure for registering drugs and protecting exclusive rights of third parties to inventions used, proposals were formulated for the domestic legal order.

Keywords

drug; state registration of drugs; reference drug; reproduced drug; generic; exclusive rights; patent rights; patent linkage.

For citation: Tsomartova F.V. (2019) On Correlation of Drug Registration and theirs Patent Protection. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 133–157 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.133.157

References

Abbott F., Correa C. (2018) World Trade Organization accession agreements: intellectual property issues. (accessed: 21.10. 2018)

Andreev Yu. N. (2011) [Legal Protection of Exclusive Rights: Civilian Aspects]. Moscow: Norma, 400 p. (in Russian)

Bouchard R. (2010) Empirical analysis of drug approval-drug patenting linkage for high value pharmaceuticals. *Northwestern Journal of Technology & Intellectual Property*, no 8, pp. 1–86.

Cohen G. (2013) *Globalization of health care: legal and ethical issues*. Oxford: University Press, 480 p.

- Cynthia H. (2011) *Access to medicine in the global economy: international agreements on patents and related rights*. Oxford: University Press, 432 p.
- Drahos P. (2010) BITS and BIPS: Bilateralism in intellectual property. *Journal of World Intellectual Property*, no 4, pp. 791–808.
- El Said M. (2015) The road from TRIPS-Minus to TRIPS to TRIPS-Plus: implications of IPRs for the Arab world. *Journal of World Intellectual Property*, no 8, pp. 53–66.
- Faunce T. et al. (2005) Assessing impact of the Australia-United States Free Trade Agreement on Australian and global medicines policy. *Globalization and Health*, no 1, pp. 1–15.
- Fink C., Reichenmiller P. (2005) Tightening TRIPS: intellectual property provisions of recent US Free Trade Agreements. *World Bank Trade Note*, no 20, pp. 289–303.
- Khan U., Pallot, R., Taylor D., Kanavos P. (2015) The transatlantic trade and investment partnership: international trade law, health systems and public health. *London School of Economics and Modus Europe report*, 66 p.
- Makovskiy A.L. (2008) [Exclusive Rights and the Concept of Part IV of the Civil Code. Civil Law in Modern Russia]. Moscow: Statut, pp. 103–141 (in Russian)
- Mirandah G. (2012) Patent linkage in the Asian countries compared to the US. *Asia IP Magazine*, vol. 4, pp. 50–57.
- Mossinghoff G. (1999) Overview of the Hatch-Waxman Act and its impact on drug development process. *Food and Drug Law Journal*, no 54, pp. 187–193.
- Nozdrachev A.F. (ed.) (2015) [Permit System in the Russian Federation]. Moscow: Norma, 928 p. (in Russian)
- Pilischeva A.V. (2013) [The Bolar Provision in Russian and Foreign Legislation]. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 2, pp. 92–107 (in Russian)
- Putilo N.V. (ed.) (2016) [Research Commentary to Agreement on the Principles and Rules of Medical Drug Turnover in the Eurasian Economic Union]. Moscow: Norma, 96 p. (in Russian)
- Putilo N.V. (ed.) (2017) [The Right to Medicine]. Moscow: Norma, 216 p. (in Russian)
- Rossi F. (2006) Free Trade Agreements and TRIPS-plus measures. *International Journal of Intellectual Property Management*, no 1, pp. 150–172.
- Son K.-B. et al. (2018) Moderating impact of patent linkage on access to medicines: lessons from variations in South Korea, Australia, Canada and the United States. *Global Health*, no 14, pp. 1–11.
- Tikhomirov Yu. A. (ed.) (2017) [The Legal Conflict]. Moscow: Norma, 312 p. (in Russian)
- Vorozhevich A.S. (2018) [The Limits of Executing and Protecting Patent Holder's Exclusive Right]. Moscow: Statut, 320 p. (in Russian)

К вопросу о предмете спортивного права

 **М.О. Буянова**

профессор департамента общих и междисциплинарных юридических дисциплин факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: mobuianova@mail.ru

Аннотация

В статье обосновываются группы общественных отношений, входящих в предмет спортивного права. Доказывается, что в юридической литературе сформировалось ошибочное понятие о предмете спортивного права, ввиду чего в него включаются отношения, связанные со спортом, но относящиеся к предметам трудового, административного, гражданского, предпринимательского и земельного права. Обосновывается самостоятельность спортивного права и определяется его место в системе отраслей российского права. Предметом спортивного права являются общественные отношения в области физкультуры и спорта (спортивные отношения) об организации: а) физического воспитания, спортивной подготовки, проведения спортивных мероприятий; б) физкультурно-спортивной деятельности и международного сотрудничества в сфере спорта; в) рассмотрения спортивных споров. Спортивные отношения, составляющие предмет спортивного права, следует характеризовать как организационные спортивные отношения. Связи между отношениями, входящими в предмет спортивного права обусловлены их внутренней природой и носят структурный, а не функциональный характер. Автор проводит отграничение спортивных правоотношений от иных отношений, возникающих между субъектами физической культуры и спорта в процессе физкультурной и спортивной деятельности, в частности, возникающих в ходе тренировочного процесса и спортивных соревнований, не связанных с их организацией. Доказывается, что спортивное законодательство в сфере подготовки к соревнованиям и участия в них (в отличие от трудового законодательства), регулирует организацию этих мероприятий, причем данные отношения возникают не только в рамках спортивной организации, но также на территориальном уровне. Субъектами этих отношений являются граждане и организации, не связанные трудовым договором. Обосновывается вывод, что спортивные отношения не пересекаются с отношениями, регулируемым иными отраслями права. Рассматриваемым отношениям присуще единство, вытекающее из их взаимосвязей и взаимозависимости, что характеризует предмет спортивного права как целостное образование, отграниченное от предметов иных отраслей права, и подтверждает самостоятельный, а не комплексный характер спортивного права.

Ключевые слова

спортивное право, спортивные отношения, предмет отрасли права, содержание спортивных отношений, субъекты спортивных правоотношений, профессиональный спорт, спортсмены.

Для цитирования: Буянова М.О. К вопросу о предмете спортивного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 1. С. 158–175.

УДК: 349

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.158.175

Введение

Современный период развития спортивных отношений в России характеризуется отставанием в формировании новой доктрины спортивного права. Сдерживающее влияние на развитие спортивного законодательства оказывает понимание спортивного права как комплексной правовой отрасли. По нашему мнению, подход к правовому регулированию спортивных отношений с позиций комплексности спортивного права не способствует повышению эффективности спортивного законодательства, поскольку при таком подходе нормативное воздействие на спортивные отношения осуществляется методами иных отраслей права, не соответствующими сущности и характеру регулируемых отношений.

Таким образом, современный уровень развития физической культуры и спорта и спортивного законодательства требует корректив в концепции спортивного права: уточнения места спортивного права в системе российского права и более четкого определения его предмета.

1. Понятие и содержание спортивных отношений

Предмет спортивного права, будучи одним из критериев его выделения в отдельную отрасль, в значительной степени определяет его специфику. В юридической литературе общепринятым является понимание предмета спортивного права как спортивных отношений. В то же время трактовки понятия и содержания спортивных отношений, составляющих предмет спортивного права, существенно расходятся. Некоторые авторы рассматривают данные отношения как отношения по поводу спортивных мероприятий. Так, по мнению И.М. Амирова, под спортивными отношениями следует понимать «разновидность специфических общественных отношений, возникающих между участниками спортивных мероприятий (соревнований и тренировок) и урегулированных специальными нормативными актами (правилами проведения спортивных мероприятий)» [Амиров И.М., 2005: 13]. Аналогична позиция А.В. Сердюкова, определяющего предмет спортивного права как «общественные отношения, складывающиеся в сфере спорта по поводу участия человека в соревнованиях и подготовки к ним» [Сердюков А.В., 2011: 67].

На наш взгляд, следует возразить против точки зрения указанных авторов на предмет спортивного права. Отношения между участниками спортивных соревнований и спортивных тренировок, будучи спортивными отношениями, в то же время регулируются не нормами права, а спортивными правилами, действующими в видах спорта, и внутренними правилами спортивных организаций, определяющих организацию тренировочного процесса. Это признает И.М. Амиров. Отметив, что именно в правилах проведения спортивных мероприятий закрепляются нормы, регламентирующие порядок (процедуру) спортивных мероприятий, соревнований и тренировок, автор, проанализировав их характер, указал, что «правила проведения спортивных мероприятий представляют собой технико-юридические нормативные акты, принимаемые общественными спортивными организациями» [Амиров И.М., 2005: 114, 149]. Тем самым И.М. Амиров не считает, что правилам проведения спортивных мероприятий присущ статус нормативного правового акта. Следовательно, указанные правила не содержат норм права, поскольку существенным признаком нормы права является то, что она устанавливается либо санкционируется государством [Марченко М.Н., 2014: 316], а спортивные правила принимаются соответствующими организациями в пределах их полномочий и санкционирования государством не требуют. Таким образом, отношения между участниками спортивных соревнований и тренировок в предмет спортивного права не входят.

Весьма широкую трактовку предмета спортивного права предлагает С.В. Алексеев: его предметом выступает «органический комплекс общественных отношений, возникающих в сфере физической культуры и спорта, в частности, гражданских, трудовых и социального обеспечения, государственно-управленческих, финансовых и ресурсного обеспечения, предпринимательских, уголовно-правовых, в сфере спортивной медицины и охраны здоровья занимающихся физкультурой и спортом, противодействия применению допинга, международных, а также процессуальных (по урегулированию спортивных споров)» [Алексеев С.В., 2012: 121].

На наш взгляд, такой подход к определению предмета спортивного права размывает его границы, не позволяет отделить собственно спортивные отношения от иных отношений, возникающих в сфере физической культуры и спорта, но которые к спортивным не могут быть отнесены (например, гражданско-правовые отношения по поводу строительства объектов спортивного назначения, или отношения, вытекающие из совершения должностных преступлений руководством или иными должностными лицами спортивных организаций и т.п.). На эту слабость в трактовке спортивных отношений как предмета спортивного права было обращено внимание в юридической литературе. По мнению Е.Г. Азаровой, такое понимание спортивных отношений не раскрывает их специфики и природы [Азарова Е.Г., 2005: 261].

Г.А. Нафикова, уточняя содержание отношений в сфере физической культуры и спорта, составляющих предмет правового регулирования спортивного права, приходит к выводу, что «предметом правового регулирования спортивного права являются общественные отношения: массовый (физкультурный) спорт; спорт высших достижений (олимпийский); профессиональный спорт» [Нафикова Г.А., 2011: 86].

Подход Г.А. Нафиковой к содержанию отношений, входящих в предмет спортивного права, страдает тем же недостатком, что и ранее рассмотренная позиция С.В. Алексеева. Как было отмечено выше, в сфере спорта (в том числе массового, олимпийского и профессионального) могут возникать не только спортивные отношения, но также отношения иного рода (гражданские, трудовые, уголовные и др.), включать которые в предмет спортивного права было бы методологически необоснованным. Между тем трактовка предмета спортивного права Г.А. Нафиковой допускает возможность такого включения, что нельзя признать правомерным.

Пытаясь отойти от чрезмерно широкого понимания предмета спортивного права как слабо связанной группы разнородных отношений, Н.Л. Пешин и Б.Г. Бомановский предложили выделять в нем, во-первых, базовые отношения. В качестве таковых, по их мнению, должны выступать отношения, которые относятся собственно к организации физической культуры и спорта. Эти отношения служат основой для правового регулирования нормами спортивного права. Во-вторых, вторичные (или производные) отношения, к которым авторы относят отношения, возникающие в областях, относящихся к предмету правового регулирования иных отраслей права (земельные отношения, гражданско-правовые, административные и т.д.) [Пешин Н.Л., Бомановский Б.Г., 2012: 37].

Мы не можем согласиться и с данной позицией. В любой сфере деятельности возникают отношения, относящиеся к предмету правового регулирования различных отраслей права (например, в сфере государственного управления возникают не только административные, но также трудовые, гражданские, финансовые отношения), которые тем не менее не приобретают атрибутов, присущих основным для данной сферы общественным отношениям, и правовые нормы, их регулирующие, не приобретают дополнительной принадлежности к иной (основной для данной сферы деятельности) отрасли права. В силу этого гражданские, трудовые, административные и другие отношения в сфере физкультуры и спорта не меняют своей отраслевой принадлежности и потому не могут быть отнесены к предмету спортивного права. Кроме того, выделение в предмете спортивного права вторичных отношений, не являющихся спортивными, ведет к его раздвоению и чревато необоснованными попытками регулировать нормами спортивного права отношения, которые входят в предмет иных отраслей права.

2. Отражение предмета спортивного права в спортивном законодательстве

Чтобы точнее определить предмет спортивного права, обратимся к положениям спортивного законодательства. Исходя из того, что Федеральный закон от 04.12.2007 № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации»¹ (далее — ФЗ «О физической культуре») устанавливает правовые, организационные, экономические и социальные основы деятельности в области физической культуры и спорта (ст. 1), можно предварительно заключить, что спортивные отношения как предмет спортивного права представляют собой отношения, возникающие в области физической культуры и спорта. Но такое определение еще не может рассматриваться как определение предмета спортивного права, поскольку, как было отмечено выше, в области физической культуры и спорта возникают не только собственно спортивные отношения. Поэтому следует рассмотреть, решение какого круга вопросов законодатель относит к ведению спортивного законодательства.

В массиве норм данного ФЗ можно выделить следующие кластеры: 1) нормы, регулирующие общие вопросы деятельности в спортивной сфере, в том числе определяющие круг субъектов физической культуры и спорта и полномочия государства и местного самоуправления в этой сфере (глава 1); 2) нормы, регулирующие организацию деятельности в области физической культуры и спорта, в том числе вопросы организации спортивной подготовки и деятельности в области спорта высших достижений (главы 2–5); 3) нормы, регулирующие отношения, возникающие при рассмотрении и разрешении спортивных споров (глава 5.1); 4) нормы, регулирующие отношения по поводу обеспечения деятельности в области физической культуры и спорта, в том числе финансового и медицинского обеспечения (глава 6); 5) нормы, регулирующие вопросы международного сотрудничества в области физической культуры и спорта (глава 7).

Структура указанного ФЗ и содержание его положений показывают, что основное внимание спортивное законодательство уделяет регулированию организационных отношений, возникающих в связи с деятельностью субъектов в области физической культуры и спорта. При этом следует заметить, что две последние группы норм тоже направлены на регулирование организационных отношений, а именно, отношений, связанных с организацией физкультурно-спортивной деятельности и международного сотрудничества в сфере спорта. Положения главы 6 рассматриваемого ФЗ определяют правовой статус объектов спорта, порядок формирования их реестра, организацию финансирования и медицинского обеспечения спортивной дея-

¹ СЗ РФ. 2007. N 50. Ст. 6242.

тельности, а положения главы 7 закрепляют общий порядок сотрудничества российских спортивных организаций со спортивными организациями иностранных государств и международными спортивными организациями.

Специфической группой общественных отношений, входящих в предмет регулирования спортивного права, являются отношения по поводу рассмотрения спортивных споров. Рассматриваемый ФЗ устанавливает круг субъектов, уполномоченных рассматривать споры в профессиональном спорте и спорте высших достижений, определяет категории дел, подлежащих рассмотрению этими субъектами, и регулирует общие вопросы организации досудебного порядка урегулирования споров в области физической культуры и спорта: наделяет общероссийскую спортивную федерацию и профессиональную спортивную лигу правом устанавливать досудебный порядок урегулирования споров и создавать в своей структуре органы, к компетенции которых может быть отнесено урегулирование (разрешение) спортивных споров. Таким образом, нормами данного ФЗ регулируются именно организационные вопросы рассмотрения спортивных споров.

3. Предмет спортивного права

Рассмотрение предмета ведения спортивного законодательства позволяет уточнить границы предмета правового регулирования спортивного права и сформулировать его определение. На наш взгляд, под предметом спортивного права следует понимать отношения в области физкультуры и спорта (спортивные отношения) по поводу: а) организации физического воспитания, спортивной подготовки, спортивных мероприятий; б) организации физкультурно-спортивной деятельности и международного сотрудничества в сфере спорта; в) организации рассмотрения спортивных споров. Выделенные три группы спортивных отношений можно охарактеризовать как организационные спортивные отношения. Они тесно связаны между собой, взаимозависимы: отношения по обеспечению физкультурно-спортивной деятельности и рассмотрению спортивных споров с неизбежностью возникают в процессе физического воспитания, спортивной подготовки, проведения спортивных мероприятий. В свою очередь, эффективность последней обусловлена надлежащей организацией ее обеспечения и своевременностью и объективностью рассмотрения и разрешения споров между субъектами спортивных отношений. Связи между отношениями, входящими в предмет спортивного права обусловлены их внутренней природой и носят структурный, а не функциональный характер. Эти связи определяют целостность предмета спортивного права, внутреннее единство составляющих его общественных отношений.

4. Отличие спортивного права от других отраслей права, регулирующих отношения, связанные со спортом

Организационные спортивные отношения не являются административными. Предметом административного права выступают отношения, возникающие в сфере исполнительной власти, связанные с исполнительно-распорядительной деятельностью государственных и муниципальных органов власти [Алехин А.П., Козлов Ю.М., 1994: 24; Габричидзе Б.Н., Чернявский А.Г., 2004: 29]. Это отношения по поводу реализации власти, это властотношения, в рамках которых реализуется государственное управление [Братановский С.Н., 2013: 86]. Однако отношения, входящие в предмет спортивного права, не носят характер властных отношений. В сфере физкультуры и спорта органы государственной власти и местного самоуправления содействуют развитию физкультуры и спорта, обеспечивают организацию и проведение спортивных соревнований соответствующего уровня, координируют деятельность спортивных организаций и т.п. Полномочия органов государственной власти и местного самоуправления в области физкультуры и спорта, предоставленные им спортивным законодательством, не позволяют им оказывать прямое управляющее воздействие на иных субъектов спортивных отношений. Таким образом, организационные спортивные отношения не охватываются предметом административного права и не регулируются его нормами.

Регулируемые спортивным правом отношения нельзя рассматривать как разновидность трудовых отношений. Законодательное определение трудовых отношений закреплено в ч. 1 ст. 15 Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ). Согласно данной норме, трудовые отношения — отношения, основанные на соглашении между работником и работодателем о личном выполнении работником за плату трудовой функции (работы по должности в соответствии со штатным расписанием, по профессии, специальности с указанием квалификации; вида поручаемой работнику работы) в интересах, под управлением и контролем работодателя, подчинении работника правилам внутреннего трудового распорядка при обеспечении работодателем условий труда, предусмотренных трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами, трудовым договором.

Спортивные отношения, входящие в предмет трудового права, под это определение не подпадают, поскольку не основаны на трудовом соглашении. Однако встает вопрос, входят ли в предмет спортивного права отношения по поводу труда тех лиц, трудовая функция которых состоит в подготовке

к спортивным соревнованиям и участию в них (профессиональные спортсмены) или в проведении со спортсменами тренировочных мероприятий и осуществлении руководства состязательной деятельностью спортсменов (тренеры). Эти отношения регулируются положениями главы 54.1 ТК РФ (ст. 348.1–348.12). В то же время в соответствии с ч. 3 ст. 19.1 ФЗ «О физической культуре», деятельность спортсменов и тренеров в области профессионального спорта регулируется трудовым законодательством и спортивным законодательством — указанным Законом и нормами, принимаемыми общероссийскими и международными спортивными организациями, профессиональными спортивными лигами, положениями (регламентами) профессиональных спортивных соревнований. Поэтому для разрешения проблемы пересечения компетенций спортивного и трудового права в области профессионального спорта, следует детально рассмотреть отношения, возникающие при осуществлении профессиональной спортивной деятельности.

Сравнение положений главы 54.1. ТК РФ с нормами ФЗ «О физической культуре» показывает, что российский законодатель отнес к ведению и спортивного, и трудового законодательства регулирование следующих отношений в области профессионального спорта: 1) отношения в сфере подготовки к спортивным соревнованиям и участия в них (ст. 348.1 ТК РФ; ч. 2 ст. 10, ч. 1 ст. 19, ст. 19.1, 20.3, 28, 32–34.6 и др. ФЗ «О физической культуре»); 2) отношения по поводу привлечения профессионального спортсмена к ответственности за нарушения спортивного режима и спортивных правил (ст. 345.5 ТК РФ; ч. 2 ст. 24, ст. 26 ФЗ «О физической культуре»); 3) отношения по поводу прохождения медицинских осмотров спортсменов (ст. 348.3 ТК РФ; ст. 34.5, 39 ФЗ «О физической культуре»). Однако в каждой из указанных групп отношений законодатель выделяет не совпадающие между собой подгруппы отношений, регулируемые нормами либо спортивного права, либо трудового права.

В сфере подготовки к спортивным соревнованиям и участия в спортивных соревнованиях к ведению трудового права законодатель относит регулирование только таких отношений, которые возникают в рамках одной организации (организации-работодателе), и субъектами которых выступают профессиональный спортсмен как работник и работодатель — юридическое лицо либо индивидуальный предприниматель. Эти отношения основаны на трудовом договоре между работником и работодателем. Специфика их содержания в том, что участие в тренировочном процессе и спортивных соревнованиях является трудовой функцией профессионального спортсмена и выступает в качестве его обязанности перед работодателем.

В отличие от трудового, спортивное законодательство в сфере подготовки к соревнованиям и участия в них регулирует вопросы организации этих мероприятий, причем данные отношения возникают не только в рамках спор-

тивной организации, но также на территориальном уровне (в масштабах муниципального образования, субъекта федерации, России). Субъектами этих отношений являются граждане и организации, не связанные трудовым договором. При этом участие в тренировочном процессе и соревнованиях выступает не в качестве обязанности спортсмена, а является его правом.

В сфере ответственности профессионального спортсмена за нарушения спортивного режима и спортивных правил отношения, входящие в предмет соответственно трудового и спортивного законодательства, существенно различаются. В соответствии со ст. 348.5 ТК РФ профессиональный спортсмен должен быть отстранен работодателем от участия в спортивных соревнованиях только в двух случаях: 1) при дисквалификации спортсмена; 2) при соответствующем требовании общероссийской спортивной федерации, которое должно быть предъявлено в соответствии с ее нормами.

Прежде всего заметим, что отстранение спортсмена от участия в спортивных соревнованиях можно трактовать как дисциплинарное взыскание. ТК РФ, закрепив три вида дисциплинарных взысканий — замечание, выговор, увольнение по соответствующим основаниям, — допустил, что федеральными законами, уставами и положениями о дисциплине для отдельных категорий работников могут быть предусмотрены также и другие дисциплинарные взыскания. Поэтому можно заключить, что ст. 348.5 ТК РФ вводит специальный вид дисциплинарного взыскания профессионального спортсмена: его отстранение от соревнований.

Из содержания ст. 348.5 ТК РФ следует, что непосредственным основанием для отстранения спортсмена от участия в соревнованиях служит не нарушение им спортивных правил, а либо решение о его дисквалификации (такое решение принимается международной или общероссийской спортивной федерацией по соответствующему виду спорта), либо требование общероссийской спортивной федерации. Возникающие при этом отношения по поводу ответственности профессионального спортсмена являются производными от отношений, возникающих в силу совершения спортсменом тех или иных спортивных правил и которые регулируются нормами спортивного права.

Таким образом, спортивное право регулирует отношения, возникающие из факта нарушения спортсменом (в том числе профессиональным) спортивных правил. В отличие от спортивного права, трудовое право регулирует производные от спортивных отношения, возникающие из факта дисквалификации профессионального спортсмена или соответствующего требования общероссийской спортивной федерации.

Отношения по поводу прохождения спортсменами медицинских осмотров, входящие в предмет спортивного и трудового права, так же как и выше рассмотренные отношения, различаются между собой по субъектному составу и основаниям возникновения. Соответствующие отношения,

входящие в предмет трудового права, возникают в связи с заключением и исполнением трудового договора, и их субъектами являются работник (спортсмен-профессионал) и его работодатель. Аналогичные отношения, входящие в предмет спортивного права, возникают в связи с зачислением в организацию лица, намеренного пройти спортивную подготовку, а их субъекты — физические лица и организации, не связанные трудовым договором. Заметим также, что нормы и спортивного, и трудового права закрепляют лишь общую обязанность субъектов указанных отношений (соответственно, физических лиц, проходящих спортивную подготовку и профессиональных спортсменов) проходить медицинские осмотры, но не регулируют порядок их прохождения. Установление такого порядка относится к компетенции медицинского законодательства. Таким образом, отношения в связи с подготовкой профессиональных спортсменов и тренеров к соревнованиям и участию в них, не входят в предмет спортивного права, и решение российского законодателя включить нормы, регулирующие эти отношения, в ТК РФ, следует признать обоснованным.

Предмет спортивного права следует также отличать от предмета гражданского права и предмета финансового права. Предметом гражданского права являются имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения [Суханов Е.А., 2006: 33]. Но отношения, входящие в предмет спортивного права, носят не имущественный, а организационный характер, что не свойственно отношениям, регулируемым нормами гражданского права.

Финансовое право регулирует «общественные отношения, возникающие в процессе осуществления государством и местным самоуправлением финансовой деятельности, т.е. деятельности по образованию, распределению и использованию фондов денежных средств» [Вострикова Л.Г., 2007: 32]. Нормами финансового права регулируется порядок образования, распределения и использования централизованных и децентрализованных денежных фондов в целях реализации его задач. При этом нормы финансового права не определяют целей финансирования. Напротив, нормы спортивного права устанавливают расходные обязательства Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований по финансированию физической культуры и спорта, определяя цели финансирования — отдельные аспекты деятельности в области физкультуры и спорта (ст. 38 ФЗ «О физической культуре»), но не порядок выделения и расходования денежных средств.

Сравнение отношений, входящих в предмет спортивного права, с отношениями, составляющими предмет правового регулирования иных отраслей права, показывает, что спортивные отношения не пересекаются с отношениями, регулируемыми иными отраслями права. Спортивным отношениям присуще единство, вытекающее из их взаимосвязей и взаимозависимости, что характеризует предмет спортивного права как целостное образование,

отграниченное от предметов иных отраслей права, и подтверждает самостоятельный характер спортивного права.

5. Спортивные отношения

В юридической литературе в качестве признаков спортивных отношений, отличающих их от отношений, входящих в предмет правового регулирования иных отраслей права, указывалось на признак регулирования этих отношений спортивными правилами и на признак состязательности.

Мнение, что спортивные отношения характеризуются регулированностью спортивными правилами, выразил И.М. Амиров. В предложенном им определении спортивных отношений, входящих в предмет спортивного права, автор делает акцент на том, что они регулируются правилами проведения спортивных мероприятий, при этом автор полагает, что «нормы, содержащиеся в правилах спортивных мероприятий, следует относить к правовым» [Амиров И.М., 2005: 28]. Аналогичного подхода к природе спортивных правил придерживается С.Н. Братановский [Братановский С.Н., 1996: 127].

Эта точка зрения требует уточнения. Спортивные правила принимаются и утверждаются спортивными организациями, т.е. общественными организациями, а не органами государственной власти, а потому для приобретения статуса нормы права спортивные правила требуют одобрения органов государственной власти, поскольку атрибут санкционирования государством является необходимым признаком правовой нормы. Однако российский законодатель уполномочил принимать правила соответствующих видов спорта только общероссийские спортивные федерации (п. 5 ч. 1 ст. 16 ФЗ «О физической культуре»). Кроме того, правом утверждения содержащего спортивные нормы положения (регламента) спортивного соревнования обладает профессиональная спортивная лига, отвечающая требованиям ч. 8 ст. 19.2 данного ФЗ, и которой общероссийская спортивная федерация делегировала в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 16 указанного ФЗ право проведения соответствующих официальных спортивных соревнований и утверждения положения (регламента) этих соревнований. Поэтому спортивные правила могут рассматриваться как нормы спортивного права лишь если они утверждены только общероссийской спортивной федерацией или профессиональной спортивной лигой в пределах их компетенции. Положения, закрепленные в спортивных правилах, принятых иными физкультурно-спортивными организациями, не обладают признаком правовой нормы, и отношения, регулируемые такими спортивными правилами, не могут квалифицироваться как правовые и не входят в предмет спортивного права.

Некоторые авторы переносят признак состязательности, присущий спору, на спортивные отношения, регулируемые нормами спортивного права.

Так, по мнению И.М. Амирова, «особенностью спортивных отношений является состязательность» [Амиров И.М., 2005: 32]. Это точку зрения разделяет А.В. Сердюков, который полагает, что «отличительным признаком спортивных правоотношений можно считать признак соревновательности (состязательности)... Именно состязательность определяет фактическое содержание спортивных правоотношений, разграничивая их с другими видами правоотношений, в которых соревновательный момент отсутствует» [Сердюков А.В., 2011: 68].

С этой точкой зрения нельзя согласиться. Указанные авторы смешивают отношения, возникающие между спортсменами в ходе спортивного соревнования, с отношениями, входящими в предмет спортивного права. Между тем, как справедливо отмечает С.А. Медведев, «отнюдь не все спортивные отношения являются правовыми» [Медведев С.А., 2006: 90]. Отношениям между соревнующимися спортсменами, действительно, присуща состязательность. И эти отношения определяют суть спорта, на что обращалось внимание в юридической литературе. Так, С.В. Алексеев характеризует спорт как соревновательную деятельность и подготовку к ней [Алексеев С.В., 2012: 82].

Н.А. Жабин отмечает, что «соревновательность является основным системообразующим признаком спорта» [Жабин Н.А., 2013: 33]. Однако отношения между соревнующимися спортсменами, как было отмечено выше, регулируются не нормами спортивного права, а нормами общественных организаций — правилами, устанавливаемыми спортивными организациями. Данные отношения не входят в предмет спортивного права. В то же время для отношений, входящих в предмет спортивного права — отношений по поводу организации физического воспитания, спортивной подготовки, проведения спортивными мероприятиями; организации обеспечения физкультурно-спортивной деятельности и международного сотрудничества в сфере спорта; организации рассмотрения спортивных споров, состязательность не присуща (хотя момент состязательности имеется в отношениях по поводу рассмотрения спортивных споров, но смысл и содержание состязательности при рассмотрении таких споров качественно иные, эта состязательность не характеризуется равенством сторон спортивного спора).

Оригинальный перечень отличительных особенностей предмета спортивного права предложила Л.С. Гасникова. По ее мнению, предмет права в сфере физической культуры и спорта имеет следующий ряд особенностей: 1) рыночный характер отношений между субъектами хозяйствования; 2) многосторонние физкультурно-спортивные и производственно-хозяйственные отношения, возникающие в силу различной деятельности субъектов федерации, участвующих в физкультурном движении, а также из-за разнообразия научно-технического, экономического, социального и орга-

низационного потенциалов данных субъектов, муниципальных образований и отдельных спортивных организаций; 3) самостоятельность физкультурно-спортивных организаций в выборе организационно-правовой формы федерации, общества, клуба, физкультурно-оздоровительных и спортивных сооружений, ассортимента продукции и услуг, системы управления, стратегии развития и т.п.; 4) возможность создания физкультурно-спортивными и физкультурно-оздоровительными организациями собственных акционерных механизмов взаимодействия по мере развития акционерного предпринимательства; 5) организация деятельности и управления на базе разнообразных по своей природе механизмов [Гасникова Л.С., 2013: 63].

На наш взгляд, вышеперечисленные особенности не позволяют отделить предмет спортивного права от предмета иных отраслей права. Указанные признаки характеризуют отношения между любыми хозяйствующими субъектами, независимо от того, в какой сфере общественной жизни они осуществляют деятельность. Эти признаки не отражают особенностей предмета спортивного права.

Не вполне последовательна точка зрения С.В. Алексеева, который видит специфику спортивных правоотношений в следующих признаках: 1) наличие специального субъекта — участника физкультурно-спортивной деятельности; 2) наличие специальных объектов; 3) опосредованность через спортивные правоотношения национальной и международной политики в области физкультуры и спорта; 4) особенность порядка и способов защиты прав участников физкультурно-спортивной деятельности; 5) тесная связь спортивных правоотношений с требованиями спортивной этики [Алексеев С.В., 2012: 193–194].

Полагаем, что С.В. Алексеев допускает смешение сущностных и внешних признаков спортивных правоотношений. К первым можно отнести характеристики субъекта и объекта спортивных правоотношений и условно — особенность порядка и способов защиты прав участников физкультурно-спортивной деятельности. Строго говоря, формулировка последнего признака — особенность порядка и способов защиты прав — тавтологична. Данный порядок является одной из разновидностей спортивных отношений, а потому отнесение его особенностей к признакам спортивных правоотношений означает лишь, что признаки отдельной группы спортивных отношений могут рассматриваться как признаки спортивных отношений в целом.

Признак опосредованности через спортивные правоотношения политики в области спорта — внешний признак, производный от предмета спортивного права. Тот факт, что посредством норм спортивного права государство воздействует на спортивные отношения и тем самым осуществляет политику в области спорта, не характеризует сами регулируемые отношения, а

потому и признак опосредованности нельзя рассматривать как особенность спортивных отношений.

Нельзя считать признаком спортивных правоотношений и их тесную связь с требованиями спортивной этики. Спортивная этика как разновидность моральных норм служит одним из регуляторов спортивных отношений в целом, а не только тех, которые регулируются нормами права и входят в предмет спортивного права. Кроме того, любые общественные отношения, а не только спортивные, регулируются также нормами морали, а потому в связи спортивных правоотношений с нормами спортивной этики нет никакой специфики.

А.В. Сердюков выделяет такие признаки спортивных правоотношений, как: 1) направленность на удовлетворение особых психологических и физиологических потребностей человека; 2) ориентированность на соревновательную (сопоставительную) деятельность и (или) подготовку к ней; 3) детальная регламентация как результатов соревновательной деятельности человека, так и способов и отдельных действий по их достижению; 4) стабильность спортивных отношений и регламентирующих их норм; 5) ограниченность применения принципа эквивалентности [Сердюков А.В., 2011: 72]. Полагаем, что не все из указанных признаков могут характеризовать спортивные правоотношения. Возражения против сопоставительности были изложены выше. Аналогичные аргументы можно привести против признака детальной регламентации результатов соревновательной деятельности. Регламентация результатов соревновательной деятельности, способов их достижения осуществляется спортивными правилами, регулирующими процесс спортивного состязания (спортивной игры, единоборства), т.е. отношения между соревнующимися спортсменами. Эти отношения не являются правовыми и не входят в предмет спортивного права. Стабильность вряд ли можно считать специфическим признаком спортивных правоотношений. Она свойственна любым правоотношениям в силу инертности правовых норм, их регулирующих, что обусловлено особым порядком их принятия, изменения и отмены.

Более обоснованным выглядит отнесение к признакам спортивных правоотношений направленность на удовлетворение психологических и физиологических потребностей человека и ограниченность применения принципа эквивалентности. Первый признак относится к объекту спортивных правоотношений, второй — к их содержанию, к правам и обязанностям субъектов спортивного права.

На наш взгляд, такой подход к анализу признаков спортивных правоотношений заслуживает поддержки. Специфику предмета спортивного права следует искать не во внешних его признаках (сопоставительности спортивных отношений, самостоятельности физкультурно-спортивных организаций, опосредованности через спортивные правоотношения политики в области

физкультуры и спорта и т.п.), а в особенностях субъектного состава спортивных правоотношений, их содержания (правах и обязанностях субъектов данных отношений) и объекта спортивных правоотношений.

Заключение

Предметом спортивного права являются общественные отношения в области физкультуры и спорта (спортивные отношения) по поводу организации: а) физического воспитания, спортивной подготовки, проведения спортивных мероприятий; б) обеспечения физкультурно-спортивной деятельности и международного сотрудничества в сфере спорта; в) рассмотрения спортивных споров. Спортивные отношения, составляющие предмет спортивного права, можно охарактеризовать как организационные спортивные отношения. Связи между отношениями, входящими в предмет спортивного права обусловлены их внутренней природой и носят структурный, а не функциональный характер. Эти связи определяют целостность предмета спортивного права и внутреннее единство составляющих его общественных отношений.

Спортивные правоотношения следует отличать от иных отношений, возникающих между субъектами физической культуры и спорта в процессе физкультурной и спортивной деятельности; таковы отношения, возникающие в ходе тренировочного процесса и спортивных соревнований, не связанные с их организацией. Указанные отношения, будучи спортивными, тем не менее регулируются не правовыми нормами, а нормами спортивных организаций (спортивными правилами) и в предмет спортивного права не входят.

Спортивное законодательство в сфере подготовки к соревнованиям и участия в них, в отличие от трудового законодательства, регулирует организацию этих мероприятий, причем данные отношения возникают и в рамках спортивной организации, и на территориальном уровне. Субъектами этих отношений являются граждане и организации, не связанные трудовым договором. При этом участие в тренировках и соревнованиях является не обязанностью спортсмена, а его правом.

Спортивное право регулирует отношения, возникающие из факта нарушения спортсменом (в том числе профессионалом) спортивных правил. В отличие от спортивного права, трудовое право регулирует производные от спортивных отношения, возникающие из факта дисквалификации профессионального спортсмена или наличия соответствующего требования общероссийской спортивной федерации. Отношения по поводу прохождения спортсменами медицинских осмотров, входящие в предмет спортивного и трудового права, различаются по субъектному составу и основаниям возникновения. Соответствующие отношения, входящие в предмет трудового

права, возникают в связи с заключением и исполнением трудового договора работника (профессионального спортсмена) и его работодателя. Аналогичные отношения, входящие в предмет спортивного права, возникают в связи с зачислением в организацию лица, желающего пройти спортивную подготовку, а их субъекты — физические лица и организации не связаны трудовым договором.

Спортивные отношения не пересекаются с отношениями, регулируемые иными отраслями права. Спортивным отношениям присуще единство, вытекающее из их взаимосвязей и взаимозависимости, что характеризует предмет спортивного права как целостное образование, отграниченное от предметов иных отраслей права, и подтверждает самостоятельный, а не комплексный характер спортивного права.



Библиография

Азарова Е.Г. Развитие пенсионного законодательства // Социальное законодательство. М.: Контракт, 2005. С. 261-289.

Алексеев С.В. Спортивное право. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2012. 666 с.

Алехин А.П. Административное право Российской Федерации М.: ТЕИС, 1994. 279 с.

Амиров И.М. Правовое регулирование спортивно-технических отношений (вопросы теории и практики): дис... к.ю.н. М., 2005. 219 с.

Братановский С.Н. Административное право. М.: Директ-Медиа, 2013. 921 с.

Братановский С.Н. Организационно-правовые проблемы управления физической культурой и спортом в условиях рынка. Саратов: Издательство Саратовского университета, 1996. 220 с.

Вострикова Л.Г. Финансовое право М.: Юстицинформ, 2007. 376 с.

Габричидзе Б.Н., Козлов А. В. Административное право М.: Проспект, 2004. 480 с.

Гасникова Л.С. Спортивное право как отрасль законодательства // Актуальные проблемы правового регулирования спортивных правоотношений в контексте развития конституционного, гражданского, уголовного и иных отраслей российского и международного законодательства: материалы международной конференции. Челябинск: Уральская академия, 2013. 227 с.

Жабин Н.А. Теоретико-правовой анализ понятия «спорт» по законодательству Российской Федерации // Актуальные проблемы правового регулирования спортивных правоотношений в контексте развития конституционного, гражданского и иных отраслей российского к международного законодательства: материалы Всероссийской конференции. Челябинск: Уральская академия, 2013. 114 с.

Марченко М.Н. (отв. ред.) Общая теория государства и права. М.: Норма, 2014. 576 с.

Медведев С.А. Теоретико-правовые аспекты функционирования физической культуры и спорта в Российском государстве: дис... к.ю.н. Майкоп, 2006. 236 с.

Нафикова Г.А. Предмет правового регулирования спортивного права // Административное и муниципальное право. 2011. № 10. С. 85–88.

Пешин Н.Л. Бомановский Б.Г., Правовые проблемы и особенности государственного регулирования спорта в России и Польше // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 11. С. 35–44.

Сердюков А.В. Спортивное право как комплексная отрасль законодательства. М.: Юрлитинформ, 2011. 192 с.

Суханов Е.А. Гражданское право. Т. 1. М.: Волтерс Клувер, 2006. 720 с.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 1

On the Subject Matter of Sports Law



Marina O. Buyanova

Professor, Department of General and Interdisciplinary Legal Disciplines, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: mobuianova@mail.ru



Abstract

The article shows the groups of social relations, which form the subject of sports law. The author analyzes current academic views on this issue, conducts a discussion and proves current legal literature operates on a false notion of what the subject of sports law is, according to which it includes relations, connected to sports, but related to the subjects of labor, administrative, civil, business and land law. Thus, according to the view of the majority of scholars, sports law is a complex branch of law. The author argues sports law is an independent branch of law and defines its place in the system of Russian law. Subject of sports law are social relations in the fitness/sports field (sports relations) in respect to: physical education, athletic performance, conduction of sporting events; providing for fitness and sports activity and international cooperation in the sports sphere; settlement of athletic disputes. Thus, sports relations making up the subject of sports law should be characterized as organizational sports relations. The connections between these relations, which make up the subject of sports law, are determined by their inherent nature and are of a structural, but not functional, character. The author makes a distinction between sports legal relations and other types of relations arising between athletic subjects during physical culture and sports activities, in particular, the relations arising in the training process and sporting events, which are not related to their organization. Such relations, relating to sport, are regulated not by legal norms, but by the rules of the athletic organizations (sporting rules) and do not make up a part of sports law. It is proving that sports legislation in the sphere of preparing for sporting events and participation in them (unlike labor law) regulates issues of organizing such sporting events, and such relations arise not only within the sports organization, but also on a territorial level (of municipality, region, or Russia as a whole). The subjects of such relations are citizens and organizations are not bound by labor agreements. At the same time, participation in the training process and competitions it is not considered as obligation of an athlete, but as his right. It is claiming sports relations do not cross paths with relations regulated by other branches of law. Sports relations have an intrinsic unity which comes out of their interconnection and correlation and characterizes the subject of sports law as a whole formation, which has clear dividing lines from other branches of law that affirms its independent nature of sports law.



Keywords

sports law; sports relations; subject of the branch of law; content of sports relations, subjects of sports legal relations; professional sports; athletes.

For citation: Buyanova M.O. (2019) On the Subject Matter of Sports Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 158–175 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.158.175



References

- Alekseev S.V. (2012) [Sports Law: a Textbook]. Moscow: UNITY-DANA, 666 p. (in Russian)
- Alekhin A.P. (1994) [Russian Administrative Law]. Moscow: TEIS, 279 p. (in Russian)
- Amirov I.M. (2005) [Legal regulation of sports and technical relations. Candidate of Juridical Sciences Thesis]. Moscow, 219 p. (in Russian)
- Azarova E.G. (2005) [Development of Pension Laws. Social Legislation]. Moscow: Kontrakt, p. 261–289 (in Russian)
- Bratanovsky S.N. (2013) [Administrative Law]. Moscow: Direct Media, 921 p. (in Russian)
- Bratanovsky S.N. (1996) [Organizational and Legal Aspects of Managing Fitness and Sports in the Market]. Saratov: University, 220 p. (in Russian)
- Gabrlichidze B.N., Kozlov A.V. (2004) [Administrative Law]. Moscow: Prospect, 480 p. (in Russian)
- Gasnikova L.S. (2013) [Sports law as a branch of legislation. Legal regulation of sports in the context of other branches of Russian and international legislation: proceedings of international conference]. Chelyabinsk: Ural Academy, 227 p. (in Russian)
- Marchenko M.N. (2014) [Theory of State and Law]. Moscow: Norma, 576 p. (in Russian)
- Medvedev S.A. (2006) [Legal aspects of fitness and sports in Russia. Candidate of Juridical Sciences Thesis]. Maikop, 236 p. (in Russian)
- Nafikova G.A. (2011) [The Subject of Legal Regulating Sports Law]. *Administrative and municipal law*, no 10, p. 86 (in Russian)
- Peshin N.L., Bomanovskiy B.G. (2012) [Legal issues and features of state regulating sports in Russia and Poland]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*, no 11, pp. 35–44 (in Russian)
- Serdyukov A.V. (2011) [Sports Law as Complex Branch of Law]. Moscow: Yurлитinform, 192 p. (in Russian)
- Sukhanov E.A. (2006) [Civil Law. General Part]. Moscow: Wolters Kluwer, 720 p. (in Russian)
- Vostrikova L.G. (2007) [Financial Law]. Moscow: Yustitsinform, 376 p. (in Russian)
- Zhabin N.A. (2013) Theoretical and legal analysis of the concept of “sport” under the laws of the Russian Federation. *Issues of the legal regulation of sports relations in the context of other branches of Russian and international law: Proceedings of All-Russian conference*. Chelyabinsk: Ural Academy, 114 p. (in Russian)

Понятие спортивного права в российской юридической доктрине



А.А. Савичев

научный сотрудник научно-исследовательского отдела Научного центра правовой информации при Министерстве юстиции Российской Федерации. Адрес: 125438, Российская Федерация, Москва, ул. Михалковская, 65/1. E-mail: uscx7801@mail.ru



Аннотация

В статье проанализированы основные концептуальные подходы к рассмотрению понятия «спортивное право» в отечественной юридической науке. В результате обобщения мнений о трактовке данного термина с точки зрения таких теоретико-правовых категорий, как «правовая система», «система права» и «система законодательства», автор указывает на несколько подходов к пониманию сущности спортивного права. Отмечается, что оно рассматривается в качестве отрасли права, отрасли права на стадии ее становления, отрасли законодательства, а также в качестве составной части правовой системы. При этом наиболее спорным является вопрос о признании спортивного права отраслью права. Указывается на недостаточную теоретическую разработку подхода к рассмотрению спортивного права в качестве особой составляющей правовой системы. Автор предпринял попытку раскрыть данный вопрос детально. С позиций спортивного права затронуты теоретико-правовые феномены, охватываемые правовой системой: внешняя и внутренняя формы выражения правовых норм, реализация права, правовая культура. Наиболее подробно рассматривается такой компонент спортивно-правовой культуры, как спортивное правосознание, подразумевающее правовой менталитет в сфере физической культуры и спорта. Отдельное внимание уделено перспективам развития спортивного права в России как особого «среза» правовой системы, отрасли права и отрасли законодательства. Затронуты такие вопросы, как систематизация спортивного законодательства, модернизация регионального блока нормативных правовых актов о физической культуре и спорте, совершенствование спортивного правосознания. Отмечается, что сущность спортивного права раскрывается также с позиций научно-образовательной сферы. В этом случае данным понятием обозначаются соответствующая область юридической науки и учебная дисциплина. Сделан вывод о дискуссионности вопроса о признании спортивного права отраслью права, а также недостаточной теоретической разработке подхода к рассмотрению спортивного права в качестве составной части правовой системы. Кроме того, обозначены наиболее актуальные направления дальнейшего развития спортивного права в Российской Федерации.



Ключевые слова

правовое регулирование физической культуры и спорта, спортивное законодательство, отрасль права, отрасль законодательства, спортивно-правовая ответственность, спортивное правосознание, систематизация законодательства, учебная дисциплина.

Для цитирования: Савичев А.А. Понятие спортивного права в российской юридической доктрине // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 1. С. 176–194.

УДК: 349

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.176.194

Введение

Начало XXI в. ознаменовалось существенным увеличением роли спорта в государственной и общественной жизни Российской Федерации. Особое значение в данном направлении имеет богатый опыт крупнейших спортивных мероприятий, накопленный нашей страной за последние годы: летняя Универсиада в Казани 2013 г., зимние Олимпийские и Паралимпийские игры в Сочи 2014 г., Кубок Конфедераций и Чемпионат мира по футболу 2017 и 2018 гг., зимняя Универсиада в Красноярске 2019 г.

Развитие спорта становится одним из приоритетов административно-политического и социально-культурного строительства. Государством принимаются и реализуются целевые программы, направленные на популяризацию спорта и здорового образа жизни, создание системы общедоступных спортивных и физкультурно-оздоровительных объектов и сооружений, развитие массового досуга спортивной направленности, в том числе, среди отдельных социальных групп (детей, пенсионеров, инвалидов). Так, в 2014 г. получил нормативное закрепление всероссийский физкультурно-спортивный комплекс «Готов к труду и обороне» (ГТО), выступающий в качестве системы физического воспитания и ориентированный на оздоровление населения¹. Важные решения в соответствующем направлении принимаются и на региональном уровне. Например, программа «Московское долголетие» предполагает создание новых и усовершенствование уже имеющихся условий для организации различных досуговых, в том числе физкультурно-оздоровительных мероприятий среди лиц пенсионного возраста на территории Москвы².

Общественные отношения, складывающиеся в сфере физической культуры и спорта, безусловно, представляют собой социально значимые связи, нуждающиеся в правовом регулировании. Особое значение приобретает те-

¹ Указ Президента России от 24.03.2014 № 172 // СПС КонсультантПлюс.

² Постановление Правительства Москвы от 13. 02. 2018 № 63-ПП «О проведении в городе Москве пилотного проекта по расширению возможностей участия граждан старшего поколения в культурных, образовательных, физкультурных, оздоровительных и иных досуговых мероприятиях» // СПС КонсультантПлюс.

оретическое осмысление спортивного права, которому уделяется все больше внимания в отечественной юридической науке.

Предмет настоящего исследования составляют основные концептуальные взгляды отечественных ученых на сущностные характеристики спортивного права. Гипотеза исследования: спортивное право может рассматриваться с позиций таких теоретико-правовых категорий, как «система права», «система законодательства», «правовая система», а также с точки зрения научно-образовательной сферы. При этом наиболее дискуссионным следует считать вопрос об анализе сущностных характеристик данного феномена в рамках его теоретико-правового осмысления. Методологию исследования образуют специально-юридические методы научного познания — формально-юридический, сравнительно-правовой, правоинтерпретационный методы, метод правового прогнозирования.

1. Понятие спортивного права как отрасли права, отрасли законодательства и составной части правовой системы

В наиболее широком смысле спортивное право можно рассматривать как составную часть правовой системы — комплекс правовых явлений, связанных со спортом, не ограничиваясь при этом правовой системой национального уровня, так как в силу международного характера многих спортивных отношений их регулирование осуществляется также на межнациональном (наднациональном) уровне. В этом случае понятие «спортивное право» охватывает как соответствующий массив нормативных правовых актов и систему источников, так и другие элементы, которые традиционно образуют правовую систему: институты, осуществляющие деятельность в сфере спортивных правоотношений, правовую культуру, юридическую практику в области физической культуры и спорта и т.д. [Сердюков А.В., 2010: 64–65].

Вместе с тем, несмотря на отсутствие среди исследователей единства мнений о сущности спортивного права, наиболее традиционными для отечественной юридической науки являются подходы к рассмотрению данного понятия, в рамках которых под ним подразумеваются: отрасль права, отрасль законодательства, область юридической науки и учебная дисциплина. Вопрос о признании спортивного права отраслью права в настоящее время является дискуссионным. На необходимость рассмотрения спортивного права в качестве отрасли права указывают С.В. Алексеев, Р.Г. Гостев, В.В. Сараев, А.А. Шаповалов, Е.А. Колоярцева и др.

Так, С.В. Алексеев и Р.Г. Гостев предлагают развернутое понятие спортивного права, подробно отражающее его сущностные характеристики как отрасли права: «Это новейшая специализированная комплексная отрасль

права, представляющая собой связанную внутренним единством систему правовых и регламентных норм, которыми закрепляются основные принципы, формы и порядок физкультурно-спортивной деятельности, включающей органический комплекс следующих общественных отношений: гражданских, трудовых и социального обеспечения, государственно-управленческих, финансовых и ресурсного обеспечения, хозяйственных (предпринимательских), уголовно-правовых, отношений в сфере медицинского обеспечения и противодействия применению допинга, международных, процессуальных отношений по урегулированию спортивных споров, а также других отношений, связанных с физической культурой и спортом; совокупность норм, характеризующихся их общностью и специфичностью, а также обладающих определенной автономностью в системе права при условии, что выделение такой группы обусловлено заинтересованностью общества в более детальном и эффективном регулировании соответствующего комплекса общественных отношений» [Алексеев С.В., Гостев Р.Г., 2014: 25]. Вместе с тем, отмечая затрудненность данной дефиниции для ее восприятия, указанные авторы приводят и лаконичное определение: «Спортивное право есть система правовых и регламентных норм, регулирующих отношения, складывающиеся в сфере физической культуры и спорта» [Алексеев С.В., Гостев Р.Г., 2014: 26].

Соглашаясь с позицией о комплексном характере спортивного права, В.В. Сараев отмечает, что спортивное право является комплексной отраслью, которое регулирует общественные отношения в сфере физической культуры и спорта, используя необходимые правовые нормы и методы иных отраслей права, начиная с базисной отрасли права — конституционного права [Сараев В.В., 2005: 48].

Кроме того, в научной литературе встречается мнение, что спортивное право следует рассматривать в качестве такой отрасли права, которая находится в стадии становления. Так, А.А. Шаповалов и Е.А. Колоярцева указывают, что предмет и метод правового регулирования спортивного права окончательно не сформированы, но в системе российского права возникают новые общественные отношения, нуждающиеся в нормативном регулировании, что впоследствии может привести к формированию новой отрасли российского права — спортивному праву [Шаповалов А.А., Колоярцева Е.А., 2015: 80].

Такой же точки зрения придерживается Н.А. Овчинникова, исходя также из отсутствия полностью сформированных предмета и метода правового регулирования как важнейших атрибутов отрасли права. Кроме того, свою позицию автор обосновывает недостаточной теоретической проработкой правового регулирования спорта [Овчинникова Н.А., 2008: 189]. С мнением о том, что процесс становления отрасли спортивного права продолжается, соглашается С.Н. Братановский, отмечая, что обособившееся спортивное за-

конодательство находится на пути своего формирования как отрасли права [Братановский С.Н., 2009: 11].

Несколько иначе природу спортивного права рассматривает А.В. Сердюков, полагающий, что данный юридический феномен следует рассматривать прежде всего как системное образование законодательства. При этом автор отмечает, что позиция, обосновывающая существование спортивного права как комплексной отрасли права также заслуживает внимания, так как наличие сформировавшейся отдельной области законодательства свидетельствует о возникновении новых особенностей в рамках структуры права. Главным же недостатком подхода к рассмотрению сущности спортивного права как отрасли права, по мнению исследователя, является использование сторонниками такого подхода понятия «комплексная отрасль права», которое носит спорный характер, так как «размывает» границы между правом и законодательством [Сердюков А.В., 2010: 62].

Еще более скептически возможность признания спортивного права отраслью права оценивает Е.А. Дементьев. Автор отмечает, что система правовых норм в сфере физической культуры и спорта представляет собой относительно самостоятельную комплексную отрасль действующего российского законодательства, а не автономную функционирующую отрасль отечественного права. Рассматривая спортивное право также в качестве отрасли законодательства, исследователь фактически исключает подход, при котором данное понятие могло бы подразумевать отрасль права [Дементьев Е.А., 2009: 11].

Обобщая мнения отечественных исследователей о смысловом содержании термина «спортивное право» в части рассмотрения его с точки зрения таких теоретико-правовых категорий, как «правовая система», «система права» и «система законодательства», отметим, что в российской юридической доктрине на сегодняшний день сформировалось несколько основных подходов, позволяющих раскрыть значение данного правового феномена: 1) спортивное право — составная часть правовой системы, представляющая собой массив правовых явлений, связанных со спортом; 2) это комплексная отрасль права; 3) это отрасль права на стадии ее становления; 4) это комплексная отрасль законодательства.

Следует подчеркнуть, что наиболее активные дискуссии исследователи ведут, в частности, по поводу того, насколько завершенным можно считать становление соответствующей отрасли права: одни полагают, что она все еще формируется, другие признают данный процесс уже завершенным и, как следствие, считают спортивное право полноценной отраслью права.

Безусловно, спортивное право как особая составляющая правовой системы выступает в качестве более широкого понятия по сравнению со всеми остальными указанными выше определениями. По сути, в нем интегрированы все прочие смысловые значения термина «спортивное право», в частности, такие, как отрасль права и отрасль законодательства.

Универсальный характер категории «правовая система» состоит в том, что она, как известно, объединяет такие правовые феномены, как система права и система законодательства. В ней фактически консолидированы явления, связанные и со структурными особенностями права, и с внешней формой его выражения. Вместе с тем правовую систему не следует рассматривать лишь в качестве «союза» системы права и системы законодательства. Она — более сложное комплексное образование, включающее в себя также правосознание и юридическую практику, которые являются соответствующими компонентами таких более масштабных составных частей правовой системы, как правовая культура и правореализация.

Исходя из того, что правовая система — это государственно-правовой феномен, охватывающий, в том числе и правореализационные процессы, спортивное право в этом смысле выступает не только в качестве более широкого понятия (по сравнению с терминами, обозначающими его как отрасль права или законодательства), но и в качестве такого юридического явления, которое в большей степени отражает динамику правовых норм, регулирующих общественные отношения в области физической культуры и спорта. Спортивное право как своеобразный «срез» правовой системы объединяет внешнюю и внутреннюю формы выражения спортивно-правовых норм, процесс их воплощения на практике, а также спортивно-правовой менталитет, сложившийся в обществе. При этом спортивно-правовые предписания и их реализация с теоретико-правовой точки зрения характеризуют единый процесс правового регулирования общественных отношений в области физической культуры и спорта, образуя в совокупности целостный внутренне согласованный механизм правовой регламентации указанных отношений.

Что касается правовой культуры, то применительно к спортивному праву она подразумевает спортивно-правовой менталитет, который охватывает качество нормативных правовых актов в области физической культуры и спорта, уровень развития юридической практики в соответствующей сфере, а также особенности спортивного правосознания, проявляющиеся в спортивно-правовой психологии и идеологии. На наш взгляд, вести речь о спортивном праве как особом образовании в рамках правовой системы позволяет существование не только самостоятельной отрасли законодательства и отрасли права, постоянно развивающейся спортивно-правовой практики, но и спортивного правосознания, которое имеет специфику, характерную лишь для правоотношений, складывающихся в области спорта.

Как отмечает Ю.М. Рекша, спорт является сферой человеческой деятельности, подразумевающей такие свойства личности, как агрессивность, наступательность, бескомпромиссность; поведение спортсмена при низком уровне его правовой культуры отличается конфликтностью, мстительностью, нетерпимостью, что может привести к правонарушениям и даже преступле-

ниям» [Рекша Ю.М., 2009: 24]. Например, социально полезный мотив защитить честь страны, показав наивысший результат, может одного спортсмена заставить с большим усердием готовиться к соревнованиям, а другого — применить запрещенный в спорте препарат или принять активное участие в организации договорного матча и т.д. [Амиров И.М., 2015: 32]. Кроме того, в рамках спорта наряду с административной, уголовной и дисциплинарной ответственностью имеет место другой особый вид ответственности — соревновательно-техническая, зачастую налагаемая на спортсменов за нарушения спортивных правил, в том числе повлекших причинение вреда здоровью соперника. Как результат, у нарушителя со временем может сформироваться ложное осознание своей юридической безнаказанности, вследствие чего им могут быть совершены противоправные деяния и в обычной жизни, т.е. уже вне соревновательной деятельности [Амиров И.М., 2015: 32–33].

Исходя из этого, спортивное правосознание атлетов как субъектов той или иной состязательной активности следует рассматривать как самостоятельную форму группового правосознания, которая охватывает, безусловно, меньшую по своей численности социальную прослойку, чем коллективное (а тем более общественное) правосознание, но при этом является значительно шире сферы правовых взглядов и чувств отдельно взятого индивида. Как известно, групповое правосознание выражает систему оценок, знаний и представлений о праве какой-либо относительно узкой категории населения — особой социальной группы или профессионального сообщества (беженцы, ветераны ВОВ, врачи, преподаватели и т.п.). Вместе с тем указанные группы составляют более узкие социальные слои, чем носители коллективного правосознания, в качестве которых выступают многочисленные категории, как пенсионеры, инвалиды, молодежь и т.п.

Таким образом, спортивное правосознание участников соревновательной деятельности образует самостоятельный вид группового правосознания, так как спортсмены составляют специфическую, социально обособленную категорию населения, которой присущи признаки полноценного профессионального сообщества. Безусловно, в рамках спортивного права как самодостаточной составной части правовой системы можно вести речь также об особой разновидности профессионального правосознания, которое, как известно, выделяется не столько по субъектному составу (как групповое), сколько по уровню осведомленности о существенных характеристиках права. Речь идет о такой самостоятельной форме профессионального правосознания, как правосознание юристов-практиков, специализирующихся на спортивно-правовых вопросах.

Возвращаясь к проблеме группового правосознания субъектов спортивных правоотношений, отметим, что данные правоотношения, так или иначе, могут оказывать влияние на формирование и развитие правовой ментальности дру-

гих лиц, напрямую в соревнованиях не участвующих, но способных проявлять активность в качестве зрителей. Бескомпромиссность как одна из наиболее важных сущностных характеристик спорта может обуславливать возникновение каких-либо противоправных проявлений не только субъектов соревновательной деятельности, но и болельщиков, многие из которых могут испытывать нетерпимость друг к другу в силу различных спортивных предпочтений.

Таким образом, спорт как сфера общественных отношений, для которой характерны такие принципы, как соперничество и неуступчивость, предполагает комплекс условий, способных приводить к деформации правосознания лиц, в той или иной степени вовлеченных в соревновательный либо тренировочный процесс. В связи с этим для дальнейшего развития спортивного права как полноценной составляющей отечественной правовой системы помимо совершенствования законодательства о физической культуре и спорте в целом необходимы следующие меры, направленные прежде всего на укрепление спортивного правосознания: создание и расширение условий для развития массового спорта и физической культуры среди населения; повышение уровня борьбы с допингом; совершенствование системы противодействия неправомерному поведению спортивных болельщиков; популяризация принципов «честной игры», отрицающих победу любой ценой, в частности, таких, как уважение к сопернику и к правилам и решениям судей, недопустимость употребления допинга, равные шансы на победу на старте соревнований; повышение качества профессиональной подготовки специалистов в сфере физической культуры и спорта, прежде всего за счет углубленного изучения правовых аспектов их дальнейшей трудовой деятельности; совершенствование системы профессиональной подготовки спортивных юристов.

Очевидно, что правовая подготовка специалистов в области физической культуры и спорта может быть рассмотрена как мера, благодаря которой происходит «приобщение» будущих участников соревновательной или тренировочной деятельности к сфере профессионального спортивного правосознания. В результате эта сфера охватывает не только юристов в области спортивного права, но и профессиональных субъектов физкультурно-спортивных отношений, не имеющих юридического образования. Результаты анализа сущностных характеристик спортивного права как особого «среза» правовой системы, безусловно, подтверждают мнение о том, что данное понятие вполне целесообразно и обоснованно рассматривать и с этой точки зрения.

2. Некоторые проблемы развития законодательства России о физической культуре и спорте

Проанализировав сущность спортивного права как отрасли права, отрасли законодательства и составной части правовой системы, рассмотрим

некоторые проблемы развития этого феномена в части совершенствования системы нормативных правовых актов о физической культуре и спорте. Одним из важнейших направлений развития отечественного законодательства в указанной сфере является обеспечение устойчивой нормативной правовой базы. Среди первостепенных задач, решение которых способствует достижению данной цели — систематизация спортивного законодательства и совершенствование регионального блока нормативных правовых актов по вопросам физической культуры и спорта.

Вопрос о систематизации спортивного законодательства Российской Федерации в научной литературе освещен достаточно [Дементьев Е.А., 2009: 32 с.; Круглов В.В., 2017: 165–176; Соловьев А.А., 2008: 156 с.]. В качестве основного аргумента в пользу систематизации указывается разрозненность нормативных правовых актов в соответствующей сфере. Данная проблема не была решена и в результате принятия базового акта, регламентирующего спортивные отношения — Федерального закона от 4.12.2007 № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации»³ (далее — Закон о физической культуре). По мнению В.В. Круглова, принятие указанного Закона фактически ознаменовало систематизацию спортивного законодательства в форме консолидации. Тем не менее, как отмечает автор, значительный массив спортивно-правовых предписаний содержится в законах, включая кодифицированные нормативные правовые акты, относящихся к другим отраслям. Исходя из этого, следующим этапом систематизации российского спортивного законодательства должна быть его кодификация [Круглов В.В., 2017: 169].

Отечественные исследователи в целом едины во мнении о том, что именно кодификация спортивного законодательства является наиболее приоритетной формой его систематизации. Так, Е.А. Дементьев указывает на целесообразность принятия Кодекса спортивной деятельности, или Кодекса спортивной жизни, в котором были бы интегрированы все действующие правовые нормы, регламентирующие сферу физической культуры и спорта [Дементьев Е.А., 2009: 12]. Поддерживает идею принятия соответствующего кодифицированного акта и А.А. Соловьев, употребляя при этом лаконичное наименование — «Спортивный кодекс». Вероятно, использование краткой формулировки продиктовано тем, что автор, напротив, не разделяет мнения о необходимости интеграции в одном акте норм, регулирующих и спорт, и физическую культуру. Исходя из этого, указывается на потребность принятия в одном пакете со Спортивным кодексом отдельного федерального закона о стимулировании массового спорта и физической культуры в России. Свою позицию исследователь обосновывает тем, что спорт и фи-

³ СЗ РФ. 2007. № 50. Ст. 6242.

зическая культура являют собой разные (хотя и тесно связанные) сегменты общественной жизни, каждый из которых нуждается в собственном нормативном правовом регулировании. Попытки их объединения, по мнению автора, существенно размывают предмет спортивного права. Следовательно, необходимо разграничение правовой регламентации этих двух смежных, но при этом не совпадающих сфер общественных отношений [Соловьев А.А., 2008: 21–22].

Несколько иной подход к вопросу о систематизации спортивно-правовых норм у В.П. Васькевича. Автор делает упор на систематизацию законодательства, касающегося профессиональной спортивной деятельности. Отмечается необходимость создания особого комплекса правовых норм в виде закона «О профессиональном спорте в Российской Федерации», который должен включать в себя как общие, так и специальные нормы в соответствующей сфере. К общим нормам должны относиться положения о статусе спортсмена, его дисквалификации и т.п. Специальными нормами следует урегулировать вопросы, связанные с отдельными видами спорта (игровыми и индивидуальными — в рамках самостоятельных глав закона). Кроме того, автор предлагает закрепить в данном законе систему государственной поддержки профессионального спорта. Такая система должна включать в себя как публично-правовые элементы (налоговые льготы субъектов исследуемых отношений, инвесторов и спонсоров, таможенные льготы, лицензирование и т.д.), так и частноправовые (организация страхования профессиональных спортсменов, льготное кредитование профессиональных спортивных организаций и др.) [Васькевич В.П., 2006: 15–16].

Возвращаясь к проблеме «размежевания» физической культуры и спорта в рамках их правового регулирования, отметим, что данный вопрос является спорным. В пользу разграничения можно привести следующие аргументы:

спорт отличается более узким смысловым содержанием; его специфика выражается в обязательном присутствии соревновательного начала. В качестве еще более узкого понятия следует рассматривать профессиональный спорт, имеющий существенные отличия от массового и любительского спорта, которые также должны быть отражены в соответствующих правовых нормах;

наличие самостоятельного нормативного правового акта для каждой из этих сфер могло бы способствовать решению вопросов по всем указанным направлениям за счет того, что каждому из них уделялось бы особое внимание государства.

Наряду с этим вполне убедительны и доводы, свидетельствующие о целесообразности объединения рассматриваемых сфер общественных отношений в рамках их правового регулирования:

физическую культуру следует понимать как феномен общественной жизни, который выступает фундаментальным по отношению к таким более узким понятиям, как спорт, профессиональный, массовый и любительский спорт, спорт высших достижений, параспорт;

спорт, характеризующийся принципами состязательности и соперничества, а также предполагающий подготовку к соревновательной деятельности, несомненно, является формой физической активности. По этим причинам спорт как социально значимое явление охватывается таким более широким понятием, как физическая культура;

без развития физической культуры (в том числе за счет создания системы общедоступных физкультурно-оздоровительных объектов) невозможно достижение высокого уровня физического воспитания среди населения, как и невозможна популяризация спорта и отдельных его направлений.

В действующем российском законодательстве получил воплощение именно второй подход, так как в Законе о физической культуре объединены правовые нормы, касающиеся как физической культуры, так и спорта. В целом данный подход соблюдается и в региональном законодательстве.

Проанализировав некоторые вопросы систематизации спортивного законодательства, перейдем к рассмотрению проблемы, от решения которой во многом зависит дальнейшее развитие спортивного права и как отрасли права, и как отрасли законодательства. Речь идет о совершенствовании регионального блока нормативных правовых актов по вопросам физической культуры и спорта. На сегодняшний день во многих регионах приняты соответствующие базовые законодательные акты⁴. В то же время полноценная нормативная правовая база в рассматриваемой сфере сформирована не во всех регионах.

Так, скромно выглядит правовое регулирование физической культуры и спорта в Калининградской области. Единый законодательный акт, регулирующий отношения в этой сфере, был принят в 1997 г.⁵ и действовал до 2012 г. Им подробно регламентировались такие вопросы, как управление в области физической культуры и спорта, ресурсное обеспечение, социальные гарантии, международное сотрудничество. При этом ч. 1 ст. 1 закрепляла физическую культуру и спорт в качестве одного из приоритетных направлений социальной политики в регионе. В результате признания данного Закона утратившим силу Калининградская область лишилась стабильной нор-

⁴ См., напр.: Закон Москвы от 15.07.2009 № 27 «О физической культуре и спорте в городе Москве»; Закон Алтайского края от 11.09.2008 № 68-ЗС «О физической культуре и спорте в Алтайском крае»; Закон Кабардино-Балкарской Республики от 26.07.2010 № 60-РЗ «О регулировании отношений в сфере физической культуры и спорта» // СПС КонсультантПлюс.

⁵ Закон Калининградской области от 23.10.1997 № 35 «О физической культуре и спорте» // СПС КонсультантПлюс.

мативной правовой базы в виде единого регионального законодательного акта в рассматриваемой сфере. Спустя несколько лет был принят Закон «О разграничении полномочий в области физической культуры и спорта между органами государственной власти Калининградской области»⁶. Однако его нормы отличаются более узким охватом спортивных отношений в регионе по сравнению с ранее действовавшим актом, обозначая лишь ключевые задачи и направления развития данной сферы на областном уровне, полномочия органов региональной власти, вопросы составления календарного плана спортивных мероприятий и финансирования. Кроме того, на данный момент действует Закон «О мерах дополнительного материального обеспечения ведущих спортсменов Калининградской области и их тренеров», принятый еще в 2012 г.

Таким образом, в Калининградской области отсутствует полноценный и единый законодательный акт, регулирующий вопросы физической культуры и спорта. В результате правовые нормы, рассредоточенные по различным законодательным и подзаконным региональным актам, не могут отличаться устойчивостью и стабильностью, которые необходимы для юридических предписаний в данной сфере в силу того, что государство уделяет ее развитию особое внимание.

В отдельных регионах спортивные отношения на законодательном уровне урегулированы еще хуже. Так, базовые региональные законы, касающиеся физической культуры и спорта, отсутствуют в Камчатском крае, Липецкой и Магаданской областях, Еврейской автономной области. Регулирование рассматриваемой сферы подзаконными нормативными актами в этих субъектах⁷ недостаточно, чтобы применительно к ним вести речь о полноценной и стабильной нормативной правовой базе в области спортивных отношений на региональном уровне. Оставление соответствующих вопросов вне поля зрения субъектов регионального законодательства так или иначе может свидетельствовать о недостаточном внимании к физической культуре и спорту либо об отсутствии материальной и финансовой базы для реализации законов такого рода.

Между тем, исходя из ряда решений, принимаемых на федеральном уровне, спорт следует рассматривать как одну из важнейших сфер государственной и общественной жизни. Данная сфера нуждается в правовом

⁶ Закон Калининградской области от 05.07.2017 № 95 «О разграничении полномочий в области физической культуры и спорта между органами государственной власти Калининградской области» // СПС КонсультантПлюс.

⁷ См.: Постановление Правительства Еврейской автономной области от 16.10.2015 № 442-пп «Об утверждении программы «Развитие физической культуры и спорта в Еврейской автономной области» на 2016–2020 годы»; Постановление Правительства Еврейской автономной области от 4 09 2012 № 434-пп «О Комитете по физической культуре и спорту» // СПС КонсультантПлюс.

регулировании, обеспеченном нормативными правовыми актами высшей юридической силы, т.е. законами, в том числе регионального уровня. В этом смысле выдвижение законодательных инициатив, ориентированных на совершенствование соответствующей нормативной правовой базы регионов, должен приобрести более интенсивный характер.

В соответствии с абз. 3 пп. «а» п. 3 Указа Президента России «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года» от 07.05.2018 № 204 в рамках разработки и реализации национальной программы в сфере демографического развития следует исходить из того, что к 2024 г. необходимо обеспечить увеличение доли граждан, систематически занимающихся физической культурой и спортом, до 55%. В связи с этим в настоящее время активизируется работа по совершенствованию правового регулирования физкультурно-спортивных отношений, в том числе за счет подготовки законодательных инициатив. В качестве наиболее яркого примера можно привести внесенный в Государственную Думу в сентябре 2018 г. законопроект, регулирующий отношения на рынке услуг в сфере фитнеса.

Указанный документ предполагает конкретизацию правового регулирования физической культуры в части оказания соответствующих услуг населению, спрос на которые в последнее время значительно вырос (по официальным данным Росстата, в 2017 г. число лиц, занимающихся фитнесом, превысило 5 млн. человек). При этом следует констатировать, что общественные отношения в данной сфере до сих пор не имеют полноценной правовой регламентации. Под фитнесом в указанном законопроекте предлагается понимать «часть физической культуры и массового спорта, направленной на ведение гражданами здорового образа жизни посредством организации физкультурно-оздоровительных мероприятий, которая состоит в оказании гражданам услуг по проведению организованных и (или) самостоятельных занятий физической культурой с привлечением тренера и иных специалистов в области физической культуры и спорта, а также по участию в физкультурных мероприятиях и массовых спортивных мероприятиях»⁸.

Целесообразность принятия указанного Закона обосновывается отсутствием полноценной правовой регламентации общественных отношений, складывающихся на рынке фитнес-услуг в условиях его значительного расширения за последние годы. В частности, актуальными являются такие проблемы, как отсутствие профессиональной подготовки многих инструкторов, осуществляющих функции фитнес-тренеров, а также нехватка про-

⁸ Фитнес по закону. Чем обернется для россиян инициатива депутатов? // URL: <http://nsn.fm/society/fitnes-po-zakonu-chem-obernetsya-dlya-rossiyan-iniciativa-deputatov.html> (дата обращения 15.10.2018)

фессиональных знаний, навыков и умений у значительной части выпускников физкультурных вузов для выполнения такого рода работы.

3. Спортивное право как область юридической науки и учебная дисциплина

Рассмотрев основные доктринальные подходы к анализу сущности спортивного права, а также охарактеризовав некоторые проблемы и перспективы развития указанного феномена с точки зрения таких теоретико-правовых категорий, как правовая система, система права и система законодательства, отметим, что в отечественной юридической науке смысловое содержание спортивного права раскрывается также с позиций научно-образовательной сферы. Речь идет о том, что спортивное право как особое государственно-правовое явление рассматривается отдельными исследователями также в качестве области научного знания и учебной дисциплины.

При этом благодаря спортивному праву именно как самостоятельному научному направлению можно говорить о соответствующей учебной дисциплине. Если в первом случае спортивное право подразумевает исследование закономерностей правового регулирования физкультурно-спортивных и сопряженных с ними отношений и генерацию новых знаний в данной области, то во втором под спортивным правом следует понимать систему уже сформировавшихся знаний относительно правовых аспектов физической культуры и спорта, специально предназначенных для освоения обучающимися [Алексеев С.В., Гостев Р.Г., 2014: 26]. Таким образом, спортивное право как область юридической науки — особое научное направление, ориентированное на изучение вопросов правовой регламентации общественных отношений в области физической культуры и спорта и иных, тесно с ними связанных отношений с целью формирования новых знаний, касающихся правового регулирования соответствующей сферы [Алексеев С.В., Гостев Р.Г., 2014: 27].

Исходя из этого, именно спортивно-правовая наука, так или иначе, «закладывает фундамент» для восприятия обучающимися уже сформированного в рамках научного поиска теоретического материала о правовых аспектах физической культуры и спорта. Несмотря на то, что в основе соответствующей учебной дисциплины лежит освоение учащимися готового знания, а не формирование новых концептуальных данных, образовательная роль спортивного права на современном этапе приобретает актуальность. Это подтверждается, в частности, проблемами развития спортивного права, которые были обозначены выше.

Спортивное право как учебная дисциплина представляет собой самостоятельный предмет, охватывающий сферу своеобразных, взаимосвязанных

общественных отношений и соответствующую многообразную нормативную правовую базу [Ломако А.Ю., 2017: 12]. Данная дисциплина освещает положения и выводы спортивного права как науки относительно предмета, метода и принципов спортивного права, содержания соответствующих законов и иных правовых актов, механизма правового регулирования спортивных отношений, закономерностей становления и развития спортивного законодательства [Васильев Н.Г., 2017: 40]. Учебная дисциплина «Спортивное право» призвана оказать необходимую помощь не только лицам, получающим юридическое образование, но и обучающимся по таким специальностям, как «Физическая культура» и «Физическая культура и спорт» [Алексеев С.В., Бариев М.М. и др., 2018: 9].

Таким образом, очевидно, что спортивное право должно получить дальнейшее развитие и в этом направлении. Повышению уровня профессиональной подготовки специалистов в области спортивного права может способствовать, в частности, совершенствование обучения практическим аспектам данной сферы (например, обязательность выполнения каких-либо практических заданий наряду с освоением теоретического материала). Целесообразно также обратить внимание на расширение направления студентов на практику в соответствующие организации — спортивные федерации, профильные ведомства, юридические фирмы, оказывающие услуги спортивно-правового характера, спортивные клубы.

Заключение

В литературе понятие спортивного права трактуется либо с точки зрения таких теоретико-правовых категорий, как «правовая система», «система права» и «система законодательства», либо с позиций научно-образовательной сферы. Наиболее дискуссионным следует считать вопрос о признании спортивного права отраслью права. По данной проблеме среди исследователей сложилось несколько основных подходов:

спортивное право является полноценной отраслью права;

спортивное право выступает в качестве отрасли права, находящейся на стадии становления, т.е. в настоящее время процесс ее формирования еще не завершен;

спортивное право не следует рассматривать как отрасль права.

Несомненно, указанные подходы отражают спектр оценок степени структурных преобразований в системе права России, обусловленных существенными изменениями в нормативной правовой базе физической культуры и спорта на современном этапе. Вместе с тем в силу очевидности этих изменений вопрос о признании за спортивным правом статуса полноценной отрас-

ли законодательства не имеет такого же ярко выраженного дискуссионного характера.

На сегодняшний день недостаточно внимания уделено анализу сущности спортивного права с точки зрения такой теоретико-правовой категории, как правовая система. Между тем такой подход является вполне оправданным. Спортивное право можно рассматривать в качестве особого «среза» правовой системы, которым охватываются не только внешняя и внутренняя форма выражения спортивно-правовых предписаний, но и их воплощение на практике, а также своеобразная спортивно-правовая культура. Таким образом, спортивное право как часть правовой системы отображает совокупность правовых феноменов, имеющих отношение к физической культуре и спорту.

Несмотря на существенный рост качества правового регулирования физкультурно-спортивных отношений в России, в современных условиях сохраняется потребность в решении значительного числа проблем, связанных с совершенствованием юридического обеспечения указанных отношений. Это подтверждается актуальностью таких обозначенных в настоящем исследовании задач развития спортивного права, как модернизация законодательства о физической культуре и спорте; повышение эффективности борьбы с противоправными деяниями спортсменов, тренеров, болельщиков и иных лиц, так или иначе вовлеченных в сферу соревновательной деятельности; повышение качества профессиональной подготовки юристов по спортивно-правовым вопросам, а также специалистов в сфере физической культуры и спорта, прежде всего за счет углубленного изучения правовых аспектов их дальнейшей деятельности.



Библиография

Алексеев С.В., Бариев М.М. и др. Правовое поле физической культуры и спорта в образовательном пространстве Российской Федерации // *Культура физическая и здоровье*. 2018. № 4. С. 6–1.

Алексеев С.В., Гостев Р.Г. Спортивное право как новая отрасль права, область юридической науки и учебная дисциплина // *Вестник Воронежского государственного университета*. Серия: Проблемы высшего образования. 2014. № 3. С. 25–28.

Амиров И.М. Спортивное правосознание: понятие и структура (к постановке проблемы) // *Вестник Университета имени О.Е. Кутафина*. 2015. № 4. С. 30–36.

Братановский С.Н. Спортивное право как отрасль российского права // *Спорт: экономика, право, управление*. 2009. № 4. С. 11–13.

Васильев Н.Г. Правовые основы физической культуры и спорта как элемент профессиональной подготовки специалистов в области физической культуры // *Тенденции и проблемы в экономике России: материалы Всероссийской конференции*. Иркутск: Байкальский государственный университет, 2017. С. 39–42.

Васькевич В.П. Гражданско-правовое регулирование отношений в области профессионального спорта: дис. ... к.ю.н. Казань, 2006. 216 с.

Дементьев Е.А. Средства государственно-правового воздействия на отношения в сфере спорта: автореф. дис. ... к.ю.н. Н. Новгород, 2009. 32 с.

Круглов В.В. Проблемы и перспективы кодификации спортивного законодательства России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 4. С. 165–176.

Ломако А.Ю. Спортивное право. Минск: Вышэйшая школа, 2017. 207 с.

Овчинникова Н.А. Некоторые проблемы правового регулирования профессионального спорта в России // Вестник Владимирского юридического института. 2008. № 1. С. 187–189.

Рекша Ю.М. Методические основы формирования правовой культуры спортсменов в процессе профессиональной подготовки: дис. ...к. пед. н. М., 2009. 143 с.

Сараев В.В. Спортивное право как комплексная отрасль права // Научный вестник Омской академии МВД России. 2005. № 2. С. 47–49.

Сердюков А.В. Спортивное право как комплексная отрасль законодательства: дис. ... к.ю.н. М., 2010. 233 с.

Соловьев А.А. Актуальные проблемы спортивного права: кодификация законодательства о спорте. М.: Спорт и вузы, 2008. 156 с.

Шаповалов А.А., Колянцева Е.А. Спортивное право — отрасль российского права // Теория и практика физической культуры. 2015. №9. С. 80.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 1

Concept of Sports Law in the Russian Legal Doctrine



Aleksey A. Savichev

Research Fellow, Research Department, Centre of Legal Information, Justice Ministry of the Russian Federation. Address: 65 Mikhalkovskaya Str., Moscow125438, Russian Federation. E-mail: ucx7801@mail.ru.



Abstract

The article analyzes the main approaches to the concept of sports law in the Russian legal science. As a result of generalizing different opinions on the interpretation of this term from the view of such theoretical and legal categories as legal system, system of law and system of legislation, it is pointed to several approaches to understanding the essence of sports law. That law is considered as an integral part of the legal system, branch of law, branch of law at the stage of its formation and branch of legislation. The question about possibility of recognition of the sports law as a branch of the law is considered as the most debatable. In addition, it is noted at lack of theoretical development of the approach to the consideration of sports law as a special component of the legal system. It is making an attempt to reveal more details of this issue. Several theoretical and legal phenomena as parts of the legal system are considered from the standpoint of sports law. Among them there are external and internal forms of expression of legal norms, the implementation of law, legal culture. The author focuses on the important component of sports and legal culture, i.e. sports consciousness, implying a certain legal mentality in

the field of physical culture and sports. A special attention is paid to prospects of sports law in Russia as a special *cut* of the legal system, as a branch of law, and as a branch of legislation. In particular, the paper touches upon the systematization of sports legislation, modernization of the regional block of legal acts about fitness and sports, improvement of sports and legal consciousness. The article points that the essence of sports law is revealed also from the standpoint of the academic and educational sphere. In this case, this concept refers to the relevant field of jurisprudence. Conclusions made about pronounced debatable nature of the issue about recognizing sports law as a branch of law, as well as the lack of theoretical development of the approach to the consideration of sports law as an integral part of the legal system. Besides, possible directions of evolution of the sports law in Russia are outlined.



Keywords

legal regulation of fitness and sports; sports law; branch of law; branch of legislation; sports law liability; sports legal consciousness; systematization of legislation; academic discipline.

For citation: Savichev A.A. (2019) Concept of Sports Law in the Russian Legal Doctrine. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 176–194 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.176.194



References

- Alekseev S.V., Bariyev M.M. et al. (2018) [Legal field of physical culture and sports in the educational field of the Russian Federation]. *Kultura fizicheskaya I zdorovye*, no 4, pp. 6–11 (in Russian)
- Alekseev S.V., Gostev R.G. (2014) [Sports law as a new branch of law, the field of legal science and academic discipline]. *Vestnik Voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Problemy vysshego obrazovaniya*, no 3, pp. 25–28 (in Russian)
- Amirov I.M. (2015) [Sports and legal consciousness: concept and structure]. *Vestnik Universiteta imeni O.E. Kutafina*, no 4, pp. 30–36 (in Russian)
- Bratanovskiy S.N. (2009) [Sports law as a branch of Russian law]. *Sport: ekonomika, pravo, upravlenie*, no 4, p. 11 (in Russian)
- Dement'ev E.A. (2009) [Means of legal influence on relations in the field of sports. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Nizhniy Novgorod, 32 p. (in Russian)
- Kruglov V.V. (2017) [Issues and prospects for the codification of sports legislation of Russia]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 165–176 (in Russian)
- Lomako A. Yu. (2017) [Sports Law]. Minsk: Vysheheyshaya shkola, 207 p. (in Russian)
- Ovchinnikova N.A. (2008) [On legal regulation of professional sports in Russia]. *Vestnik Vladimirskegogo yuridicheskogo instituta*, no 1, pp. 187–189 (in Russian)
- Reksha Yu. M. (2009) [Methodical bases of formation of legal culture of athletes in the process of professional training. Candidate of Pedagogical Sciences Thesis]. Moscow, 143 p. (in Russian)
- Saraev V.V. (2005) [Sports law as a complex branch of law]. *Nauchniy vestnik Omskoy akademii MVD Rossii*, no 2, pp. 47–49 (in Russian)
- Serdyukov A. V. (2010) [Sports law as a complex branch of legislation. Candidate of Juridical Sciences Thesis]. Moscow, 233 p. (in Russian)

Solov'ev A.A. (2008) [Issues of Sports Law: Codification of Legislation]. Moscow: Sport i vuzy, 156 p. (in Russian)

Shapovalov A.A., Koloyarceva E.A. (2015) [Sports law as a branch of Russian law]. *Teoriya i praktika fizicheskoy kul'tury*, no 9, p. 80 (in Russian)

Vasil'ev N.G. (2017) [Legal basis of physical culture and sports as an element of professional training in the field of physical culture. Materials of a conference]. *Irkutsk: Baikal University*, pp. 39–42 (in Russian)

Vas'kevich V.P. (2006) [Civil law regulation of relations in the field of professional sports. Candidate of Juridical Sciences Thesis]. Kazan, 216 p. (in Russian)

Спортивные передачи: актуальные вопросы правовой охраны и защиты прав на них



Н.В. Бузова

отдел теоретических и практических проблем судебной защиты интеллектуальной собственности Российского государственного университета правосудия, кандидат юридических наук. Адрес: 117418, Российская Федерация, Москва, Новочеремуш-кинская ул., 69. E-mail: nbuzova@yandex.ru ; ip_laboratory@mail.ru



Аннотация

Введя в 1993 году в российское законодательство институт смежных прав, законодатель в качестве объекта охраны, на который распространяются права организаций вещания, определил передачу. Реформа гражданского законодательства, повлекшая за собой кодификацию норм, касающихся интеллектуальной собственности, затронула и права организаций вещания. В части четвертой Гражданского кодекса объектом исключительного права организации вещания стали называть сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач (вещание организаций эфирного или кабельного вещания). Однако правовой статус передач, которые транслируют организации вещания, остался не в полной мере законодательно определенным. Неоднозначен правовой статус передач и в зарубежном законодательстве. В статье обозначены правовые проблемы, возникающие не только с точки зрения теоретических подходов, но и в процессе правоприменения. Если некоторые передачи могут быть аудиовизуальными произведениями и охраняются авторским правом, то со спортивными передачами правовой определенности меньше. Поскольку использование спортивных передач создает существенный экономический эффект, увеличивается количество правонарушений посредством неправомерного использования вещания и передач. С развитием информационно-телекоммуникационных сетей такие правонарушения перемещаются в Интернет, где не урегулированы некоторые аспекты использования результатов интеллектуальной деятельности организаций вещания. Для борьбы с неправомерным использованием вещания спортивных передач в Интернете применяется «анти-пиратское законодательство», позволяющее налагать запреты на использования с привлечением информационных посредников, а не привлекать к ответственности нарушителей. Некоторые нарушения прав организаций вещания имеют трансграничный характер, но международно-правовой механизм, в частности, Международная конвенция об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций регулирует правоотношения по использованию передач организаций вещания на уровне 1960-х годов, не охватывая даже кабельного вещания. Необходимы решения, позволяющие в полной мере охранять вещание в Интернете как национальным, так и на международном уровне и наделять соответствующими правомочиями организациям вещания.



Ключевые слова

исключительное право, организация вещания, передача, вещание, смежные права, сигнал, трансляция, аудиовизуальное произведение.

Для цитирования: Бузова Н.В. Спортивные передачи: актуальные вопросы правовой охраны и защиты прав на них // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019 № 1. С. 195–213.

УДК: 347

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.195.213

Введение

Международные соревнования, такие как Олимпийские игры или чемпионат мира по футболу, являются яркими событиями не только для страны, принимающей такие мероприятия, но и для всей мировой общественности. Но они не могли бы объединять миллионы лиц, если бы организации вещания не транслировали их по всему миру.

Однако во всем мире распространены нарушения прав организаций эфирного и кабельного вещания. Среди нарушений распространены не только неправомерные ретрансляции вещания, использование декодирующего оборудования, но и онлайн-пиратство [Албегонов З.Х., 2010: 20–26]. При защите исключительного права организации вещания важно определить охраняемые объекты, обратить внимание на правовой режим таких объектов, а также установить действительных правообладателей и факт нарушения принадлежащих им прав.

1. Правовой режим спортивных передач и вещания организаций вещания

В действовавшем до вступления в силу Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) Законе РФ от 9.07.1993 № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» передача рассматривалась как объект правовой охраны, в отношении которой организация вещания была наделена исключительным правом. При этом специалисты, например, С.А. Судариков [Судариков С.А., 2000: 301–302], отмечали тавтологию в определении понятия «передача», приводимом в указанном Законе и законодательных актах других государств-членов СНГ, так как оно не позволяло определить сущность такого объекта и выделить его существенные признаки. Понятие передачи можно было рассма-

тривать и как процесс (трансляцию), в результате которого сигналы передаются зрителям или слушателям, и как содержание — совокупность звуков и изображений и звуков, или как совокупность сигналов, несущих содержание.

Так, например, С.П. Гришаев определял передачу как «набор звуковых и изобразительных сигналов, посылаемых через эфир или по кабелю ...» [Гришаев С.П., 2002: 158]. Ю.Е. Тухтаров отмечал, что передача вещателя — это «*весь или часть передаваемого или переданного в эфир (по кабелю) и предназначенного для всеобщего сведения материала, состоящего (либо могущего состоять) из произведения, исполнения, фонограммы, другой передачи вещателя, иного материала, воплощенного в форме изображения и (или) звуков*» [Тухтаров Ю.Е., 2000: 129]. В связи с этим выдвигалось также предложение, что в качестве объекта смежных прав организаций вещания следует рассматривать передаваемую программу как «совокупность мультимедийных ресурсов и аудио-, аудиовизуальной и иной информации...» [Дедова Е.А., 2006: 8].

Используемое в настоящее время в ГК РФ понятие «передача» (или, точнее, «радио- или телепередача») непосредственно не указана в ст. 1225 ГК как самостоятельный охраняемый результат интеллектуальной деятельности. ГК РФ называет охраняемым объектом интеллектуальной собственности организации эфирного или кабельного вещания «сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередачи» и указывает в качестве синонима термина, обозначающего данный объект, «вещание организаций эфирного или кабельного вещания». То есть в настоящее время правовая охрана распространяется на процесс, посредством которого в эфире или по кабелю транслируются передачи. Сообщение радио- и телепередач, по своей сути, являющееся процессом, как объект возникает в момент начала трансляции, соответственно, правовая охрана такого объекта возникает с момента начала трансляции.

Хотя законодатель стремился внести в ГК РФ ясность в понимание объекта, охраняемого смежным правом вещательных организаций, позиции исследователей по данному вопросу расходятся. Например, как полагает Ю. Половникова, сообщение — это «любое действие, осуществленное по инициативе вещательной организации...», посредством которого обеспечивается доступность передач зрителям и слушателям [Половникова Ю., 2012: 54]. Вместе с тем, по мнению М. Хорта, «сообщение должно означать переданный сигнал...», а не деятельность организации вещания. Хорт обосновывает свою позицию неспособностью деятельности быть объектом гражданских прав [Хорт М., 2012: 65].

Россия не является единственной страной, где в качестве охраняемого объекта выступает вещание (сообщение). Аналогичный подход можно наблюдать в Испании¹, Коста-Рике, Эквадоре и других государствах, чаще

¹ В Испании охраняются в качестве объекта не только трансляции как процесс, но и передача как содержание, состоящее из сигналов, несущих звуки и изображения.

всего, относящихся к англо-саксонской правовой системе. В ст. 6 Закона Великобритании от 15.11.1988 «Об авторском праве, промышленных образцах и патентах» (с изменениями) (далее — CDPA) объект охраны именуется передачей, однако она определяется как электронное сообщение (трансляция) визуальных изображений, звуков, или другой информации, которое транслируется для одновременного приема общественностью и может быть законно получено ими или передано в то время, которое определяется исключительно лицом, осуществляющим трансляцию для представления представителям общественности. При этом некоторые ученые указывают, что передача является услугой по доставке сообщения, ценностью которой является «передача сведений как таковая» [Бентли Л., 2004: 143].

В Законе Барбадоса от 05.03.1998 «Об авторском праве» (с изменениями) передача также рассматривается как трансляция посредством сообщения видеоизображения или звуков или видеоизображений и звуков для приема публикой любыми средствами, включая кабель или спутник, которые способны законно приниматься публикой, или транслироваться для показа публике.

В России законодатель определил «радио- или телепередачу» как совокупность звуков и/или изображений или их отображений (ст. 1329 ГК РФ). Согласно ГК РФ передача — это содержание сообщения (вещания), транслируемое публике. В связи с этим в данной статье понятие «передача» будет относиться и к радио-, и телепередаче, и под ней будет пониматься «вещательный материал», сообщаемый в эфир или по кабелю и предназначенный для восприятия зрителями или слушателями.

Если обратиться к Закону Российской Федерации от 27.12.1991 № 2124-1 «О средствах массовой информации» (с изменениями) (ст. 2), то из определения понятий «радио-, теле-, видео-, кинохроникальной программы» следует, что передача — совокупность аудио-, аудиовизуальных сообщений и материалов. Анализ положений российского законодательства не дает однозначного ответа на вопросы: 1) сообщение в эфир или по кабелю передачи, о котором идет речь в ст. 1330 ГК РФ, распространяется ли только на передачу, которая может являться охраняемым или не охраняемым авторским правом объектом; 2) сообщение в эфир или по кабелю передачи имеет место в только тех случаях, когда транслируется объект, не охраняемый авторским правом, например, футбольный матч. Только к трансляции неохранных авторским правом объектов применяются положения ст. 1329–1332 ГК РФ о правах организаций вещания. Однако если предположить, что передача — вещательный материал, не охраняемый авторским правом, то право организаций вещания сужается. Так как, например, организация вещания, транслируя аудиовизуальное произведение, в отношении которого она должна получить у правообладателя право на сообщение в эфир, дополнительных

прав по ст. 1330 ГК РФ не приобретает, и, соответственно, защита от неправомерного использования записей сообщений транслируемых объектов авторского права или смежных прав — это правомочие правообладателя транслируемого объекта.

Представляется, что понятие «передача» является комплексным и охватывает объекты как охраняемые, так и не охраняемые авторским правом. В то же время при создании передач могут использоваться объекты авторского права, объекты смежных прав, а также объекты иных прав. Говоря о спортивных передачах, следует учитывать, что они могут являть собой, например, репортажи с места событий, трансляции соревнований, тематические обсуждения, «фильмы» об известных спортсменах или событиях в мире спорта.

Насколько та или иная передача будет подпадать под категорию объектов, охраняемых авторским правом, будет зависеть от творческого вклада в ее создание. При этом одни спортивные передачи, в частности, фильмы о спорте, можно отнести к аудиовизуальным произведениям, которые охраняются авторским правом, а другие передачи являются только содержанием сообщения в эфир или по кабелю, охраняемого в режиме смежных прав. Но в любом случае сообщение таких передач будет охраняться как объект смежных прав.

Если речь идет о таких передачах, как встречи с деятелями спорта или телевизионные шоу, оценке творческого вклада должно быть уделено больше внимания, так как применение к ним режима авторского права не всегда оправдано. Рассмотрим ситуацию с телевизионным шоу. Такая передача может представлять собой произведение, созданное или создаваемое специально для вещания, которое может существовать и до трансляции по радио или телевидению. Например, в Законе Италии от 22.04.1941 № 633 «Об охране авторского права и смежных прав» (с изменениями) используется понятие «вещательное произведение».

Такие предназначенные для вещания произведения могут быть «созданы» в том числе и организацией вещания. Для создания таких произведений организация вещания осуществляет комплекс подготовительных организационно-технических мероприятий: оборудует студию, оформляет декорации, подбирает и костюмирует ведущих, иных исполнителей, приглашает зрителей или иных участников. Необходим сценарий или сюжетная схема, которым должны следовать участники (исполнители). Может быть приглашен режиссер-постановщик, который руководит съемкой или организует репетиции и т.д., привлечен композитор для музыкального оформления. В определенное организацией вещания время происходит съемка, в результате которой произведение фиксируется на носитель, используемый впоследствии при сообщении в эфир или по кабелю.

По ст. 1263 ГК РФ аудиовизуальное произведение — это произведение, состоящее из зафиксированной серии связанных между собой изображений (с сопровождением или без сопровождения звуком) и предназначенное для зрительного и слухового (при сопровождении звуком) восприятия с помощью соответствующих технических устройств. Анализ процесс создания «передачи» приводит к выводу, что созданный объект является аудиовизуальным произведением. В то же время важным компонентом, без которого передачу нельзя признать охраняемым авторским правом аудиовизуальным произведением, является творческий вклад в создание такого объекта. В таком случае организация вещания выступает в качестве изготовителя аудиовизуального произведения, лица, организовавшего создание этого произведения (п. 4 ст. 1263 ГК РФ).

Произведение в соответствии с российским законодательством рассматривается как аудиовизуальное после фиксации его на материальном носителе. Некоторые передачи идут в прямом эфире, т.е. предварительно не «фиксируются» на специальном носителе, а транслируются (сообщаются в эфир или по кабелю) в момент создания. При точном следовании положениям п.1 ст. 1263 ГК РФ транслируемое произведение становится аудиовизуальным произведением только после фиксации. Это не лишает произведения охраны в процессе трансляции.

Следует полагать, что объектом авторского права передача становится с момента создания, и авторские права на передачу как на произведение возникают в момент создания, который может совпадать с трансляцией. Целесообразно также принимать во внимание, что даже при трансляции в прямом эфире в момент съемки происходит предварительная фиксация камерой создаваемого произведения. При таком понимании трудно опровергнуть, что транслируемое произведение, являющееся результатом творческой деятельности, не подпадает под определение аудиовизуального произведения.

Таким образом, аудиовизуальное произведение может быть создано до трансляции, а также может создаваться в ее процессе, но и том, и в другом случаях оно будет охраняться авторским правом, если является результатом творческой деятельности. В отношении таких передач у организации вещания также возникает исключительное право на их сообщение в эфир или по кабелю.

Интересно дело № А40-14248/2016, которое касается создания телепередачи и аудиовизуального произведения. При его рассмотрении суды исследовали вопрос, может ли аудиовизуальное произведение создаваться в прямом эфире в момент трансляции, или речь все-таки идет о передаче как сложном объекте, на чем настаивал ответчик, являющийся организацией вещания. При этом для прояснения вопроса, является ли телевизионная передача, в том числе выходящая в прямом эфире, аудиовизуальным произведением

ем, Суд по интеллектуальным правам запросил профессиональное мнение. В результате Суд пришел к выводу, что телепередача «может являться сложным объектом (в частности, аудиовизуальным произведением)»². Также Суд указал на ряд характеристик, которыми должна обладать такая телепередача [Гринь Е., 2017: 19–24]. К настоящему времени точка в решении по данному делу не поставлена.

Другая часть спортивных передач, которые сообщаются организациями вещания — это трансляции спортивных соревнований и новостные репортажи с места спортивных мероприятий. Информация как таковая, в том числе о спорте не относится к объектам гражданского права³. Спортивные новости, носящие исключительно информационный характер, не охраняются авторским правом (пп. 4 п. 6 ст. 1259 ГК РФ). Передача как материал, вещаемый с футбольного поля или другого спортивного мероприятия, как правило, не подлежит авторско-правовой охране, но сообщение такой передачи охраняется как объект смежных прав организации вещания.

При этом следует упомянуть о существующей правовой позиции в отношении правового режима непосредственно спортивных соревнований [Понкин И.В., Редькина А.И., 2017: 46–57]. Как отметил Суд Европейского Союза, спортивные события не могут рассматриваться как результат интеллектуального творчества⁴. В частности, такой подход применим к футбольным матчам, где правила игры ограничивают творческую свободу, необходимую для целей авторского права⁵. Указанный Суд исключил футбольные матчи из объектов, на которые может распространяться авторское право или иное право, охраняющее интеллектуальную собственность. (То есть само спортивное мероприятие, как правило, не является авторским произведением и не охраняется авторским правом.) При этом Суд отметил уникальный характер таких мероприятий, что позволяет национальным правовым порядкам распространять на них режим, применяемый к охраняемым результатам деятельности.

² Постановление Суда по интеллектуальным правам от 30.01.2017 № C01-1029/2016 по делу № A40-14248/2016 –2017 // URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/ca03b625-3e33-460c-86d1-63a5a0c876da/48508757-fee1-4537-aec0-309fef85c81d/A40-14248-2016_20170130_Reshenija_i_postanovlenija.pdf (дата обращения: 17.03.2018)

³ О правовом режиме информации см. позицию Л.К. Терещенко [Терещенко Л.К., 2011: 415 с.].

⁴ Суд в своем решении говорит именно о неохраноспособности спортивного события в качестве объекта авторского права. В то же время нельзя исключать ситуации, когда спортивные мероприятия, например, соревнования по фигурному катанию или художественной гимнастике, не говоря уже о показательных выступлениях, содержат элементы творчества, и по своей сути являются произведениями искусства в исполнении спортсменов.

⁵ Joined Cases C-403/08 and C-429/08 Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others — Judgment of the Court (Grand Chamber) of 4 October 2011. EUR-Lex. Access to European Union Law. 2011. Available at: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62008CJ0403&lang1=en&type=ТХТ&ancre=> (дата обращения: 17.03.2018)

Хотя спортивные соревнования не относят к интеллектуальной собственности, мировая практика не запрещает национальным законодателям вводить специальные права для организаторов таких спортивных мероприятий. Исследуя вопрос охраноспособности спортивных мероприятий, И. Понкин и А. Редькина обращают внимание на мнение австралийского судьи Каллиган, согласно которому «авторские права должны распространяться на спортивные мероприятия точно так же, как и на другие оригинальные произведения» [Понкин И., Редькина А., 2017: 11].

Следует обратить внимание на п. 4 и 5 ст. 20 Федерального закона от 04.12.2007 № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» (с изменениями; далее — Закон о спорте), согласно которым трансляция спортивных соревнований не является свободной. Освещение посредством трансляции изображения и/или звука спортивного мероприятия является привилегией организатора такого мероприятия⁶. Он наделяется правом на трансляцию с помощью любых технологий и на запись такой трансляции и/или фотосъемку мероприятия. Третьи лица, включая организации вещания, могут осуществлять указанные действия на основании разрешения организатора или по соглашению о приобретении третьими лицами прав на освещение спортивного мероприятия. (Хотя право организаторов соревнований, предусмотренное Законом о спорте, не относится к интеллектуальным правам, по своей природе оно очень схоже с ним. Право организаторов соревнований так же, как и исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности (ст. 1226 ГК РФ), которое является одним из видов интеллектуальных прав, носит абсолютный характер и в определенной степени конкурирует с исключительным правом организации вещания на запись сообщения радио- или телепередачи, касающейся спортивных соревнований.)

2. Исключительное право организации вещания и защита в случаях его нарушения в информационно-телекоммуникационных сетях

Хотя сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач является техническим процессом, деятельность организаций вещания, связанная с трансляцией, является более широкой, чем только трансляция, определяемая в Федеральном законе от 7.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (с изменениями)

⁶ Так, например, права на освещение мероприятий по подготовке и проведению в России чемпионата мира по футболу FIFA 2018 года посредством трансляции изображения и (или) звука любыми способами и (или) с помощью любых технологий принадлежат FIFA (ст. 17 Федерального закона от 7. 06. 2013 № 108-ФЗ «О подготовке и проведении в Российской Федерации чемпионата мира по футболу FIFA 2018 года, Кубка конфедераций FIFA 2017 года и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации») / СПС Гарант.

как прием и доставка до пользовательского оборудования (оконечного оборудования) сигнала, посредством которого осуществляется распространение телеканалов и (или) радиоканалов или прием и передача в эфир данного сигнала (п. 28.2 ст. 2). Таким образом, деятельность организаций вещания охватывает целый комплекс организационных, технических и юридических действий как для подготовки предварительных материалов, так и непосредственно для трансляции теле- и радиопередач, что требует значительных инвестиций.

Организация вещания несет затраты на приобретение прав у организаторов спортивных мероприятий, правообладателей транслируемых произведений и иных охраняемых объектов на создание собственных произведений и радио- и/или телепередач, на графическое оформление, вознаграждение услуг каналов связи, вознаграждение комментаторов, корреспондентов и иных лиц, привлекаемых к деятельности связанной с созданием передач или их сообщением, и т. д. Она формирует сетку вещания и самостоятельно определяет, какой материал должен транслироваться слушателям и зрителям.

Учитывая социальную значимость деятельности организаций вещания по распространению информации, данные организации наделяются исключительным правом на сообщение радио- или телепередач, которое в России относится к категории смежных прав. В то же время отраженный в законодательстве подход, при котором под охраняемым результатом интеллектуальной деятельности понимается сообщение (вещание) как процесс, позволяет некоторым исследователям делать вывод, что ретранслирующая организация также должна наделяться правами смежными и авторскими [Власов Е.Г., 2013: 17–18], который является дискуссионным.

В п. 2 ст. 1330 ГК РФ указан перечень способов использования сообщений. К ним относят запись сообщений радио- или телепередачи, воспроизведение записи сообщения радио- или телепередачи, распространение сообщения радио- или телепередачи путем продажи либо иного отчуждения оригинала или экземпляров записи сообщения радио- или телепередачи, ретрансляция, доведение сообщения радио- или телепередачи до всеобщего сведения, публичное исполнение в местах с платным входом и прокат оригинала и экземпляров записи сообщения радио- или телепередачи. Перечень способов использования сообщений носит закрытый характер. Однако п. 1 ст. 1330 ГК РФ создает возможность более широкой правовой охраны сообщений. Несмотря на то, что «потокное вещание» как таковое не указано в п. 2, оно охраняется, и анализ судебной практики показывает, что нарушенные в Интернете права организаций вещания при потоковом вещании защищаются в судебном порядке. В данном случае речь скорее идет не о новом способе вещания, а о другой среде распространения сигнала. С технической точки зрения в отношении «потокного вещания» используется

трансляция по кабелю или через спутник. Вероятно, «потокное вещание» является наиболее близким традиционному вещанию Интернет-вещанием с использованием технологии «streaming», т.е. трансляцией в Интернете в режиме реального времени.

Появление Интернета расширило распространение информации среди публики. Передачи могут не только сообщаться в эфир и по кабелю, технологические возможности позволяют вещать и в Интернете. Однако появление новой среды вещания расширило возможности неправомерного использования сообщений. Трудность защиты прав в информационно-телекоммуникационных сетях заключается в определении правонарушителя, установлении юрисдикции, отсутствии международно-правового механизма, учитывающего современные технологии вещания в информационно-телекоммуникационных сетях. Привлечение нарушителя в Интернете к ответственности проблематично. В то же время неправомерная деятельность должна пресекаться и пресекается. Для защиты своих прав и предотвращения последующего нарушения организации вещания обращаются в судебные органы с исками к провайдерам сайтов, на которых размещается незаконный контент.

Одним из самых известных судебных дел в зарубежной практике является дело *M.S.M Satellite Singapore Pte Ltd против Star Cable Network & Others* (2010), когда суд, удовлетворяя иск организации вещания, вынес запрет на ретрансляцию спортивных передач вещательной организации в телекоммуникационных сетях. При этом истец должен был доказать наличие нарушения его прав и показать, что отсутствие запрета на осуществление неправомерной деятельности повлечет негативные последствия правообладателю [Ткачев Д.А., 2013: 56; Ryder R., Madhavan A., 2013].

В России также имеется практика судебных «запретов», налагаемых на провайдеров сайтов. После вступления в силу в 2015 г. Закона от 24.11.2014 № 364-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации (далее — ГПК РФ) появилась возможность ограничить доступ к информации, распространение которой приводит к нарушению прав не только на аудиовизуальные произведения, но и на объекты авторского права (исключение фотографические произведения) и смежных прав, в том числе, если речь идет о вещании передач. Обнаружив незаконные трансляции в Интернете, вещатель имеет право обратиться в Московский городской суд с заявлением о принятии предварительных обеспечительных мер.

Активную позицию в защите своего исключительного права на сообщения в эфир, которые неправомерно используются в Интернете, занимает ООО «Национальный спортивный телеканал» (учредитель спортивного те-

леканала «Матч ТВ»), которое периодически обращается в Мосгорсуд с заявлениями о принятии предварительных обеспечительных мер, направленных на защиту исключительных прав.

Заявление о принятии данных мер удовлетворяется, если суду предъявлены документы, подтверждающие факт использования сообщений в сети, а также документы, отражающие исключительные права заявителей на трансляции (например, определение Московского городского суда от 24.05.2018 по делу № 3-0544/2018⁷). Вступившее в силу определение Суда о предварительном обеспечении дает возможность обратиться с заявлением в Роскомнадзор о блокировке соответствующего сайта. Суд обязывает Роскомнадзор прекратить создание технических условий, обеспечивающих размещение, распространение и иное сообщение в эфир телепередач.

Кроме того, вещатель вправе использовать внесудебные меры по прекращению нарушения направив владельцу сайта заявление о нарушении его прав неправомерным вещанием⁸, а в случае неудаления владельцем сайта информации обратиться в Московский городской суд. В качестве примера приведем дело №3-264/17, которое рассматривалось в Мосгорсуде. На интернет-сайтах осуществлялось сообщение телепередач спортивных телеканалов. Согласно Закону «О средствах массовой информации» под телеканалами понимается *сформированная в соответствии с сеткой вещания (программой передач) и выходящая в свет (эфир) под постоянным наименованием (названием) и с установленной периодичностью совокупность теле-, радиопрограмм и (или), соответственно, иных аудиовизуальных, звуковых сообщений и материалов* (абз. 14 ст. 2). По заявлению правообладателя ООО «Национальный спортивный телеканал» были приняты предварительные обеспечительные меры, направленные на обеспечение защиты исключительных прав на сообщение (вещание).

Согласно российскому законодательству, Мосгорсуд вправе применять предварительные обеспечительные меры, когда имеются основания полагать наличие нарушения авторских или смежных прав в Интернете. Данному суду также предоставлено право рассматривать по первой инстанции гражданские дела, связанные с защитой авторских и смежных прав (за исключением фотографий) в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в Интернете, по которым им приняты предварительные обеспечительные меры в соответствии со ст. 144.1 ГПК РФ.

⁷ Определение Московского городского суда от 24.05.2018 по делу № 3-0544/2018: сайт Московского городского суда // URL: <https://www.mos-gorsud.ru/mgs/defend?page=6> (дата обращения: 29.05.2018)

⁸ Ст. 15.7 Федерального закона от 27. 07. 2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (с изменениями) // СПС Консультант Плюс.

Лица, которые неправомерно размещали сообщения на интернет-сайтах, не были установлены, в то же время правообладатель не давал разрешения на размещение на сайтах, хостинг-провайдерами которых являются ответчики, сообщений телепередач, правообладателями которых он является. Истцом была сообщена информация о лицах, являющихся информационными посредниками, провайдерами сайтов, на которых неправомерно использовались сообщения телепередач. Суд, установив факт размещения материалов на таких сайтах, пришел к выводу, что *правообладатель вправе требовать на основании положений пп. 2 п. 1 ст. 1252 ГК РФ пресечения действий по созданию технических условий, обеспечивающих размещение, распространение и иное использование сообщений передач на сайтах.*

Согласно положениям пп. 2 п. 1 ст. 1252 ГК РФ *защита исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности может быть осуществлена путем предъявления требования о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, не только к лицу, совершающему такие действия или осуществляющему необходимые приготовления к ним, но и к иным лицам, которые могут пресечь такие действия.* На основании п. 4 ст. 1253.1 ГК РФ иски о пресечении действий к ответчикам были удовлетворены. Решением суда ответчики были обязаны прекратить создание технических условий, обеспечивающих размещение, распространение и иное использование сообщений телепередач⁹.

Рассмотренный подход позволяет защищать права, если речь идет о непрерывном вещании радио- или телепередач. Однако для сообщений спортивных передач интерес представляет пресечение правонарушения в момент его совершения, т.е. в период трансляции, которая, например, может длиться в течение футбольного матча. Безусловно, такой подход не избавит от Интернет-пиратства, так как прекращение технических условий размещения сообщений передач на одном сайте не ограничивает нарушителя размещать такие сообщения на других, иногда «зеркальных» сайтах.

Для совершенствования российского законодательства, направленного на борьбу с нарушениями авторских и смежных прав в Интернете, в 2017 году принят очередной «антипиратский закон»¹⁰. Он, в частности, определил порядок ограничения доступа к копиям заблокированных сайтов («зеркальным сайтам») (ст. 15.6-1), изменил порядок ограничения доступа к сайтам, на которых неоднократно и неправомерно размещалась информация, содержащая объекты авторских и/или смежных прав (ст. 15.6).

⁹ Решение Московского городского суда от 6 07 2017 N 3-264/17 // СПС Гарант.

¹⁰ Федеральный закон от 1.07. 2017 № 156-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»// СПС Гарант.

Расширен круг лиц, которые обязаны оказывать содействие по ограничению доступа к сайтам, на которых неправомерно размещалась информация об объектах авторского права и смежных прав. Установлена обязанность операторов поисковых систем, распространяющих в Интернете рекламу, по требованию Роскомнадзора прекращать выдачу сведений о доменном имени и об указаниях страниц сайтов, на которых неоднократно и неправомерно размещалась информация, содержащая объекты авторского права и/или смежных прав, или информация, необходимая для их получения.

Также при направлении Роскомнадзором оператору связи требования о принятии мер к постоянному ограничению доступа к сайту, на котором неоднократно и неправомерно размещалась информация, содержащая, например, записи сообщений спортивных телепередач, оператор обязан ограничить доступ к соответствующему сайту. При этом можно спорить, насколько удачна редакция пп. 1 п. 1 ст. 15.6 Закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», поскольку при неправомерном потоковом вещании говорить о размещении информации, содержащей сообщение радио- или телепередачи, можно весьма условно.

Проблемы, связанные с защитой исключительного права на сообщения спортивных передач, выражаются в том, что нарушители организуют доступ к потоковому вещанию в Интернете непосредственно на время трансляции спортивного мероприятия, затем доступ прекращается. Это затрудняет доказывание факта совершения правонарушения. Кроме того, по окончании сообщения передачи целесообразность блокировки отпадает, так как особенность спортивных мероприятий заключается в том, что, как правило, оно интересно зрителям только пока итог соревнования неизвестен. Вместе с тем даже существующий подход к блокировке доступа к сайтам, на которых осуществляются неправомерное вещание, дает возможность сокращать незаконное использование сообщений в Интернете.

Блокировка Интернет-ресурсов является распространенной мировой практикой. Так, в частности, в Великобритании ст. 97А CDPA также предоставляет Высокому суду право наложить судебный запрет в отношении интернет-провайдера, если последний уведомлен, что его услуги нарушают авторские права. Судебный запрет может касаться как сайтов, на которых непосредственно осуществляется неправомерное потоковое вещание, так и портала индексирования и агрегации, который содержал только ссылки, открывающие доступ к такому вещанию, как это имело место в деле *The Football Association Premier League Ltd v British Sky Broadcasting & Ors* [2013] EWHC 2058 (Ch)¹¹. Хотя ин-

¹¹ The Football Association Premier League Ltd v British Sky Broadcasting Ltd & Ors [2013] EWHC 2058 (Ch) (16 July 2013): British and Irish Legal Information Institute. England and Wales High Court (Chancery Division) Decisions // URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2013/2058.html> (дата обращения: 20.05.2018)

формационный посредник FirstRow не осуществлял потокового вещания, а обеспечил доступ к телепередачам в режиме потоковой трансляции, он понес «солидарную ответственность за процесс коммуникации» наряду с провайдерами, осуществлявшими такие неправомерные трансляции спортивных соревнований¹².

Интересен подход, который был применен в Великобритании при рассмотрении дела *The Football Association Premier League Ltd v British Telecommunications Plc & Ors* [2017] EWHC 480 (Ch)¹³, когда по иску Футбольной ассоциации Премьер-лиги Высокий суд применил судебный запрет не на сайты, а на целевые (потоковые) серверы. При этом запрет распространялся только во время прямых трансляций матчей на период сезона матчей Премьер-лиги. Каждую неделю должен был быть предъявлен обновленный список целевых серверов, т.е. список целевых серверов, на которые распространялся судебный запрет, корректировался.

3. Неправомерное использование фрагментов сообщений спортивных передач

Помимо неправомерного вещания в Интернете иногда на сайтах без разрешения организаций вещания доводятся до всеобщего сведения отдельные фрагменты сообщений телепередач. Необходимо учитывать, что ГК РФ (ст. 1306, 1273, 1274, 1278, 1279) предусматривает ряд исключений и ограничений исключительного права организаций вещания, в том числе свободное воспроизведение в целях правоприменения, свободное воспроизведение в личных целях, свободное использование в информационных, научных, учебных или культурных целях. Такие ограничения действуют и при использовании сообщений передач в Интернете. Так, допускается использование отрывков в качестве иллюстраций (пп. 2 п. 1 ст. 1274 ГК РФ) в изданиях, радио- и телепередачах, звуко- и видеозаписях учебного характера. Кроме того, не исключено и цитирование сообщений передач (пп. 1 п. 1 ст. 1274 ГК РФ), однако реализация таких исключений возможна только при соблюдении всех условий, предписанных законодательством, целью (информационной, научной, учебной или культурной), объемом, оправданным целью цитирования, ука-

¹² Институциональные механизмы осуществления политики и установления режимов защиты прав интеллектуальной собственности для противодействия нарушениям в Интернете. 2017 // URL: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/ru/wipo_ace_12/wipo_ace_12_10.pdf (дата обращения: 16.10.2017)

¹³ *The Football Association Premier League Ltd v British Telecommunications Plc & Ors* [2017] EWHC 480 (Ch) (13 March 2017) [Электронный ресурс]: British and Irish Legal Information Institute. England and Wales High Court (Chancery Division) Decisions — 2017. Available at: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2017/480.html> (дата обращения: 20.05.2018)

занием создателя и источника заимствования. Иначе использование сообщений передач, в том числе и их отрывков без разрешения правообладателя, будет признано неправомерным.

Так, в частности, на интернет-сайте известного средства массовой информации, посвященного спортивной тематике, были размещены фрагменты сообщений передач телеканала «Наш футбол». Указанный телеканал являлся организацией кабельного вещания и транслировал сообщения телепередач собственного производства, а также программы, приобретенные у правообладателей на основе лицензионных договоров, и спортивные передачи. Было установлено, что ответчик использовал на своем сайте фрагменты, иллюстрирующие лучшие моменты отдельных футбольных матчей, без разрешения истца. Принадлежность исключительных прав на использованные фрагменты правообладателя ответчик не оспаривал. Однако он ссылался на то, что использование им фрагментов является включением отрывка одного произведения в другое, т.е. цитированием, которое в соответствии со ст. 1274 ГК РФ допускается без разрешения правообладателя и выплаты вознаграждения (решение Арбитражного суда Москвы от 18.03.2014 по делу № А40-160673/13).

Однако суд посчитал, что ролики не являются аудиовизуальными произведениями, а являются фрагментами сообщений телепередач телеканала «Наш футбол», и обязал ответчика прекратить создание технических условий, обеспечивающих размещение, распространение и любое иное использование сообщений телепередач телеканала на сайте ответчика, а также взыскал с него компенсацию. Попытки ответчика отстоять свою позицию о цитировании в апелляционной и кассационной инстанциях не были успешными.

В апелляционной жалобе заявитель указал, что им на сайте были использованы в качестве цитат из литературных произведений журналистов газеты. Однако суд отклонил ссылку заявителя на ст. 1274 ГК РФ¹⁴. При рассмотрении спора в кассационной инстанции Суд по интеллектуальным правам справедливо отметил, что положения пп. 1 п. 1 ст. 1274 ГК РФ о цитировании «не применимы, поскольку спорные фрагменты телепередач, согласно обстоятельствам дела, были использованы ответчиком в качестве иллюстраций самого события (футбольного матча) и «цитат», как указано ответчиком, из статей журналистов газеты «Советский спорт» о данном событии с целью пояснения содержания этих статей, а не с целью научного, полемического, критического или информационного обсуждения содержания самих сооб-

¹⁴ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 29.07.2014 по делу № А40-160673/13 — 2014 // URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/644d142f-553d-4ded-a44c-0361fac76a10/c9588c35-d6ba-41ff-a44a-747b5763a2a0/A40-160673-2013_20140729_Postanovlenie_apellacionnoj_instancii.pdf (дата обращения: 17.03.2018)

щений передач канала «Наш футбол» как объектов смежных прав». Кроме того, ответчиком не были соблюдены требования об указании имени автора и источника заимствования¹⁵. Таким образом, *при рассмотрении указанного спора суды не признали размещение фрагментов сообщений телепередач на сайте цитированием.*

Заключение

В настоящей статье рассмотрены только случаи, которые находят решения, в том числе в судебном порядке. Однако ко многим вопросам, связанным с использованием передач в информационно-телекоммуникационных сетях, пока не выработано однозначных подходов. Международные договоры в данной сфере не распространяются на информационно-телекоммуникационные сети. Международная конвенция об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций (Рим, 26.10.1961, далее — Римская конвенция), которая по сути является базовым соглашением, охраняющим на международном уровне передачи, распространяет свои положения только на эфирное вещание. Охват закрепленных Римской конвенцией прав в отношении передач весьма узок и включает только ретрансляцию своих передач, их запись, воспроизведение банных записей и сообщение для всеобщего сведения своих передач, если оно осуществляется в местах, доступных публике за входную плату.

Вместе с тем Римская конвенция не касается ни доведения до всеобщего сведения, ни обхода технических средств защиты. Кроме того, помимо решения вопроса об международно-правовом регулировании кабельного и потокового вещания, к вопросам, требующим решения, можно отнести предоставление прав относительно отсроченных трансляций, довещательных сигналов. Российским законодательством такой объект не охраняется, поскольку он предшествует трансляции — сообщению. Допущений о возможности его охраны ГК РФ не содержит. (Встает также вопрос, могут ли такие объекты рассматриваться как радио- или телепередачи.)

Однако переговоры о заключении нового международного договора, проект которого не первое десятилетие обсуждается в рамках Постоянного комитета Всемирной организации интеллектуальной собственности по авторскому праву и смежным правам, не имеют успеха вследствие разницы позиций государств-членов, что обусловлено различиями национальных

¹⁵ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 08.10.2014 по делу № А40-160673/13 — 2014 // URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/644d142f-553d-4ded-a44c-0361fac76a10/0f1b711f-6a70-46fe-a00a-8ea383dee2cd/A40-160673-2013_20141008_Reshenija_i_postanovlenija.pdf (дата обращения: 17.03.2018)

подходов. Между тем ситуация требует компромиссных решений в создании современного международно-правового механизма для охраны передач и продвижения спортивного движения во всем мире.



Библиография

Албегонов З.Х. Требование о пресечении действий, нарушающих права организаций эфирного и кабельного вещания или создающих угрозу нарушения, как один из гражданско-правовых способов защиты прав // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2010. № 11. С. 20–26.

Бентли Л. Право интеллектуальной собственности. Авторское право. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 533 с.

Власов Е.Г. Гражданско-правовая охрана сообщений передач в качестве объекта смежных прав: автореф. ... к.ю.н. М., 2013. 24 с.

Гринь Е. Телевизионная передача как сложный объект интеллектуальных прав: вопросы правоприменительной практики // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 7. С. 19–24.

Гришаев С.П. Средства массовой информации и авторское право // Авторское право и средства массовой информации. Законодательные и другие нормативные акты. 2002. № 20. С. 123–167.

Дедова Е.А. Гражданско-правовая защита смежных прав организаций эфирного и кабельного вещания: автореф. ... к.ю.н. М., 2006. 25 с.

Половникова Ю. Объект смежных прав организаций вещания // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2012. № 8. С. 52–55.

Понкин И.В., Редькина А.И. Спортивное выступление и спортивное мероприятие как объекты прав интеллектуальной собственности // Копирайт. Вестник Академии интеллектуальной собственности. 2017. №4. С. 46–57.

Понкин И.В., Редькина А.И. Право интеллектуальной собственности в сфере футбола // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 5. С. 7–14.

Судариков С.А. Основы авторского права. Минск: Амалфея, 2000. 512 с.

Терещенко Л.К. Правовой режим информации: дис. ... д.ю.н. М., 2011. 415 с.

Ткачев Д.А. Стратегии охраны интеллектуальной собственности премьер-лиги Индии по крикету // Патентное дело. 2013. № 5. С. 56.

Туктаров Ю.Е. Передача как объект смежных прав // Журнал российского права. 2000. № 10. С. 124–129.

Хорт М. К вопросу о субъекте и объекте охраны прав организаций вещания в России и за рубежом // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2012. № 1. С. 63–69.

Ryder R., Madhavan A. (2013) The IP strategy of India's cricket sensation. *Managing IP Magazine*. 2013. Available at: <http://www.managingip.com/IssueArticle/3160175/Archive/The-IP-strategy-of-Indias-cricket-sensation.html> (дата обращения: 29.05.2018)

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 1

Sports Programs: Issues of Legal Protection and Protection of its Rights



Natalia V. Buzova

Department of Legal Protection of Intellectual Property, Russian State University of Justice, Candidate of Juridical Sciences. Address: 69 Novocheremushkinskaya Str., Moscow 117418, Russian Federation. E-mail: nbuzova@yandex.ru, ip_laboratory@mail.ru



Abstract

Introducing the institution of neighboring rights in the Russian legislation in 1993, the legislator defined the broadcast as the object of protection, to which the rights of broadcasting organizations apply. The reform of civil legislation, which led to the codification of intellectual property rules, also affected the rights of broadcasting organizations. In the Civil Code of the Russian Federation (Part four), broadcasting or cablecasting of radio or TV programs (broadcasting of broadcasting organizations or cablecasting organizations) is indicated as the object of the exclusive right of broadcasting organizations. However, the legal status of the broadcasts, which are broadcast by broadcasters, has not fully defined by law. The legal status of the broadcasts in the foreign legislation is also ambiguous. The article identifies legal problems that arise not only from the point of view of theoretical approaches, but also in the process of law enforcement. If some broadcasts can be audiovisual works and are protected by copyright, there is less legal certainty regarding sports broadcasts. Since the use of sports programmes creates a significant economic impact, the number of infringements increases through the misuse of broadcasting, and broadcasts in particular. With development of information and telecommunications networks, such infringements are moved to the Internet, where there is a lack of regulation regarding the use of intellectual activity results of broadcasting organizations. In practice, to combat the misuse of sports broadcasts on the Internet, “anti-piracy legislation” is applied, which allows the imposition of prohibitions on the use of information intermediaries, rather than prosecute violators. Some violations of broadcasting organizations’ rights are transboundary, however, the international legal framework, in particular the International Convention on the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, regulates the legal relationship on the use of broadcasts of broadcasting organizations at the 1961 level without taking into account the development of information and telecommunications networks, not even covering cable broadcasting. Decisions are needed to fully protect broadcasting on the Internet, both nationally and internationally, and to grant appropriate powers to broadcasting organizations.



Keywords

exclusive right, broadcasting organization, broadcast, broadcasting, neighboring rights, signal, transmission, audiovisual work

For citation: Buzova N.V. (2019) Sport Programs: Issues of Legal Protection and Protection of its Rights. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 195–213 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.195.213



References

- Albegonov Z.H. (2010) [On demand to cease violations of the rights of broadcasters as a measure of civil law protection]. *Imuschestvennye otnoshenia v Rossiyskoy Federatsii*, no 11, pp. 20–26 (in Russian)
- Bentley L. (2004) [The Intellectual Property Rights]. Saint Petersburg: Juridical center press, 512 p. (in Russian)
- Dedova E.A. (2006) Civil law protection of the neighboring rights of broadcasters. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary. Moscow, 25 p. (in Russian)
- Grin' E. (2017) TV broadcast as object of intellectual property. *Avtorskoye pravo i smezhnye prava*, no 7, pp. 19–24 (in Russian)
- Grishaev S.P. (2002) Media and IP copyright. *Avtorskoye pravo i sredstva massovoi informatsii*, no 20, pp. 123–167 (in Russian)
- Hort M. (2012) [On the subject and the object of protecting rights of broadcasting entities in Russian and abroad]. *Intellektualnaya sobstvennost'*, no 1, pp. 63–69 (in Russian)
- Polovnikova Yu. (2012) [Object of neighboring rights of broadcasting entities]. *Intellektualnaya sobstvennost'*, no 8, pp. 52–55 (in Russian)
- Ponkin I.V., Redkina A.I. (2017) [Intellectual property rights in the field of football]. *Intellektualnaya sobstvennost'*, no 5, pp. 7–14 (in Russian)
- Ponkin I.V., Redkina A.I. (2017) Sports actions as object of IP rights. *Kopirite. Vestnik akademii intellektualnoi sobstvennosti*, no 4, pp. 46–57 (in Russian)
- Ryder R., Madhavan A. (2013) The IP strategy of India's cricket sensation. *Managing IP Magazine*. 2013. Available at: <http://www.managingip.com/IssueArticle/3160175/Archive/The-IP-strategy-of-Indias-cricket-sensation.html> (accessed: 29.05.2018)
- Sudarikov S.A. (2000) [The Basics of Intellectual Property]. Minsk: Amalfea Publishers, 512 p.
- Tereschenko L.K. (2011) [The Legal Regime of Information. Doctor of Juridical Sciences Thesis]. Moscow, 415 p. (in Russian)
- Tkachov D.A. (2013) [Strategy of protecting rights of the India premier cricket league]. *Patentnoye delo*, no 5, p. 56 (in Russian)
- Tuktarov Yu. E. (2000) [Broadcast as object of neighboring rights]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 10, pp. 124–129 (in Russian)
- Vlasov E.G. (2013) [Civil law protecting of broadcaster entities as object of rights. Candidate of Juridical Sciences Summary]. Moscow, 24 p. (in Russian)

Административно-правовое регулирование правил рыболовства и охраны рыбных запасов: анализ зарубежного и российского законодательства



И.В. Панова

профессор департамента дисциплин публичного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук,. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E- mail: ipanova@hse.ru



С.В. Синицина

старший преподаватель кафедры конституционного и административного права Астраханского государственного технического университета. Адрес: 414056, Российская Федерация, Астрахань, ул. Татищева, 16. E-mail: s.sinicina@list.ru



Аннотация

Правовое регулирование отношений в сфере рыболовства и сохранения рыбных биологических ресурсов неотделимо от государственной политики, реализуемой в рамках нормативно-правовых актов, определяющих развитие рыбного хозяйства как отрасли экономики. В свою очередь документы, определяющие государственную политику в области рационального использования, сохранения и охраны водных биологических ресурсов должны быть увязаны с основополагающими документами стратегического и программно-целевого планирования. Этим вопросам в последнее время в доктрине экологического права уделяется особое внимание. Стратегической (экологической) целью государственной политики в данной области является решение сопряженных социально-экономических задач, обеспечивающих экологически безопасный, качественно ориентированный рост добычи и переработки рыбных ресурсов, сохранение благоприятного состояния биологического разнообразия и природных ихтиологических ресурсов для покрытия потребностей нынешнего и будущего поколений, реализации права каждого человека на доступные биоресурсы, обеспечение экологической безопасности. Однако в России недостаточно разработана нормативно-правовая база и правовые механизмы, обеспечивающие эффективную охрану и рациональное использование рыбных запасов, иных водных биологических ресурсов. Значение рыболовной отрасли для экономического развития нашей страны обуславливает необходимость решения обозначенной проблемы, опираясь на многолетний опыт зарубежных государств. В данной статье предпринята попытка анализа зарубежного и российского законодательства в области административно-правового регулирования правил рыболовства и охраны рыбных запасов. В ходе исследования установлены как соответствия, так и разночтения норм российского законодательства и стран Содружества Независимых Государств, а также сделаны предложения нормативного харак-

тера, имеющие практическое значение, поскольку охрана рыбных ресурсов является важной частью охраны природной среды. Непринятие своевременных и соответствующих мер к защите этого объекта природы может привести к его истреблению.



Ключевые слова

биоресурсы, законодательство, административно-правовое регулирование рыболовства, рыбоводное хозяйство, пресноводные экосистемы, охрана рыбных запасов, экологический кризис, хищнический лов.

Для цитирования: Панова И.В., Синицина С.В. Административно-правовое регулирование правил рыболовства и охраны рыбных запасов: анализ зарубежного и российского законодательства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 1. С. 214–231.

УДК: 342

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.214.231

Введение

Необходимость решения проблем, связанных с состоянием охраны рыбных запасов как в России в целом, и в Астраханской области, в частности, давно стала очевидной. Данные статистики и иная информация контролирующих природоохранных органов вызывают обеспокоенность состоянием рыбных запасов Волжско-Каспийского бассейна. Необходимо отметить, что во второй половине XX в. на его долю уже приходилось свыше 50% российских и мировых уловов, а в первой половине текущего столетия в связи с катастрофическим снижением численности и промысловых запасов в других бассейнах страны удельный вес каспийских осетровых возрос до 90%.

В промысловом отношении этот регион уникален. Однако в результате нерегулируемого хищнического лова на грани исчезновения находятся южно-каспийские популяции белуги, севрюги, персидского осетра, уральская субпопуляция русского осетра и яровая раса волжского осетра [Виноградов В., 2000: 47]. Значительно сократились запасы уральской субпопуляции севрюги, а общая численность всех групп осетровых в Каспийском море снизилась с 200 млн. особей в 1983 г. до 40 млн. в 2017 г., т.е. в пять раз. Вышеизложенное свидетельствует о плохом состоянии законности в сфере охраны и использования рыбных запасов в Волжском бассейне. Причин много, но основной является несовершенство нормативно-правовой базы.

В последние годы продолжается формирование законодательных норм в рассматриваемой области правоотношений. Сравнительно давно принят и действует Федеральный закон от 20.12.2004 № 166-ФЗ (ред. от 25.12.2018)

«О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов» (далее — ФЗ о рыболовстве)¹, который является основным нормативно-правовым актом, регламентирующим правила рыболовства и правовой охраны рыбных запасов.

По ст. 1 данного ФЗ рыболовство — деятельность по добыче (вылову) водных биоресурсов и предусмотренным данным законом случаев приемки, обработки, перегрузки, транспортировки, хранения и выгрузки уловов водных биоресурсов, производству рыбной и иной продукции из водных биоресурсов. Таким образом, рыболовство рассматривается как разновидность добычи указанных ресурсов. Кроме того, ФЗ устанавливает правила рыболовства, которые являются его основой и сохранения водных биоресурсов. Рыболовство в соответствии с регламентированным порядком обеспечивает рациональное использование и охрану водных биоресурсов. Именно на это нацелены его правила [Слепенкова О.А., 2013: 78].

В настоящее время такие правила утверждаются федеральным органом исполнительной власти в области рыболовства для каждого рыбохозяйственного бассейна, в том числе и для Астраханского региона, который входит в Волжско-Каспийский рыбохозяйственный бассейн. Так, Приказом Минсельхоза России от 18.11.2014 №453 (ред. от 06.11.2018)² утверждены правила рыболовства для Волжско-Каспийского рыбохозяйственного бассейна (далее — Правила рыболовства), регламентирующие деятельность российских юридических лиц, индивидуальных предпринимателей и граждан, осуществляющих рыболовство в Каспийском море и во внутренних водах России в пределах районов, указанных в п. 2 Правил рыболовства, а также иностранных юридических лиц и граждан, осуществляющих рыболовство в соответствии с российским законодательством и международными договорами.

В свою очередь, интерес к анализу зарубежного законодательства о рыболовстве и охране рыбных запасов обусловлен стремлением сравнить состояние российского и зарубежного права с точки зрения заимствования положительного опыта, который помогает глубже анализировать законодательство России в рассматриваемой области правоотношений в целях выдвинуть предложения по его совершенствованию. Помимо того, актуальность приобретают вопросы приобретения опыта предупреждения и пресечения противоправных деяний (административных правонарушений) в данной области, чем и обуславливается необходимость сравнительно-правового исследования норм российского законодательства и некоторых стран СНГ в

¹ СЗ РФ. 2004. № 52 (часть 1). Ст. 5270.

² Приказ Минсельхоза России от 18.11.2014 № 453 (ред. от 06.11.2018) «Об утверждении правил рыболовства для Волжско-Каспийского рыбохозяйственного бассейна» // Российская газета. 2015. № 12/1.

области административно-правового регулирования правил рыболовства и охраны рыбных запасов.

Полагаем, что в рамках рассматриваемого аспекта необходимо согласиться с мнением французского юриста М. Анселя, который правильно отмечал, что изучение зарубежного права «открывает перед юристом новые горизонты, позволяет ему лучше узнать право своей страны, ибо специфические черты этого права особенно отчетливо выявляются в сравнении с другими системами. Сравнение способно вооружить юриста идеями и аргументами, которые нельзя получить даже при очень хорошем знании только собственного права» [Ансель М., 1981: 38].

Предметом настоящего исследования выступают нормы российского законодательства и законодательства зарубежных государств в рассматриваемой области, а также нормы законодательства стран СНГ в области административно-правового регулирования правил рыболовства и охраны рыбных запасов. Их изучение позволит усовершенствовать нормы российского законодательства, регламентирующие положения в рассматриваемой сфере.

1. Некоторые вопросы имплементации норм международного права в области охраны рыбных запасов в российское законодательство

В реалиях сегодняшнего времени международно-правовые акты являются неотъемлемой частью правовой российской правовой системы и существенно влияют на внутригосударственное законодательство. Относительно рыбного хозяйства необходимо акцентировать внимание на том, что оно является важнейшей составляющей продовольственного обеспечения любого государства. В ряде стран в условиях деградации сельскохозяйственных угодий возрастает значение рыбного хозяйства. И данная отрасль не может существовать и развиваться без соблюдения жесточайших требований к сохранению водных биологических ресурсов (далее — водных биоресурсов), в том числе к обеспечению благоприятного состояния водных объектов рыбохозяйственного значения [Сиваков Д.О., 2013: 30–35].

Между тем в первое десятилетие XXI в. процесс разрушения российских водных экосистем и водных экосистем ряда зарубежных стран продолжился. Основными его причинами служат: бесконтрольный вылов рыбных запасов, сброс сточных вод, загрязнение водоемов. В прошлом большой вред водным биоресурсам причинило строительство плотин и гидроузлов мелиоративного назначения. При этом рыбопропускные устройства на этих сооружениях не были эффективными. Все это привело к длительной деградации ресурсной базы хозяйства, не только к сокращению размеров добычи,

но и к значительному ухудшению видового состава уловов (замена ценных промысловых объектов малоценными) [Сиваков Д.О., 2013: 35–36].

Следовательно, деградация водных биоресурсов есть одно из проявлений экологического и в какой-то мере продовольственного кризиса. Деградацию водных биоресурсов необходимо минимизировать, а также компенсировать с помощью научно обоснованного рыбоводства. Как известно, часть разводимых в контролируемых условиях водных биоресурсов пополняет опустевшие в силу чрезмерной антропогенной нагрузки водоемы и водотоки. В целях воспроизводства рыбных запасов в России и в ряде зарубежных государств строились рыбоводные хозяйства и возводились искусственные нерестилища [Вылегжанин А.Н., Зиланов В.К. 2000: 121–125].

Как на национальном, так и на международном уровнях необходим правовой ответ на деградацию водных биоресурсов. Немаловажное значение для национального правового регулирования в указанной области, безусловно, играют акты международного «мягкого права»; речь идет прежде всего о Кодексе ответственного рыболовства (далее — Кодекс), принятом на конференции Продовольственной и сельскохозяйственной организации ООН (далее — ФАО) 31.10.1995 [Зиланов В.К., 2014: 241]. Также необходимо обратить внимание на международные правовые акты ФАО.

«Добровольный по своему исполнению» Кодекс концептуально построен на обязанности государства и пользователей природных ресурсов сохранять экосистемы (как морские, так и прибрежные). Право на рыболовство влечет за собой обязанность осуществлять его «ответственным способом», обеспечивающим сохранение живых водных ресурсов (ст. 6). В морских и пресноводных экосистемах следует защищать и восстанавливать жизненно важные места обитания (лагуны, мангровые заросли, рифы, районы обитания моллюсков и нерестилища). Следует пресечь разрушения, деградацию, загрязнение и другие виды различного характера негативного воздействия на местообитания [Сиваков Д.О., 2014: 84].

В свою очередь, управление рыболовством должно содействовать поддержанию качества, разнообразия и наличия живых водных ресурсов в количестве, достаточном для нынешних и будущих поколений, а равно государствам следует принимать соответствующие меры по восстановлению популяций, предотвращать перелов рыбы и избыток добывающих мощностей [Сиваков Д.О., 2015: 34–39]. В рассматриваемом аспекте целью государственного регулирования является поддержание равновесия промыслового усилия и репродуктивных возможностей живых водных ресурсов. В Кодексе предусмотрена развернутая система наблюдения (мониторинга) за: 1) состоянием ресурсов, изменением их ареалов, влиянием на них отходов и загрязнений; 2) деятельностью рыбопромыслового флота (суда должны регулярно передавать сведения о своей деятельности уполномоченным ор-

ганам); 3) снабжением населения рыбопродукцией и их влиянием на здоровье потребителей. Добычу, грузовые, транспортные операции, перегрузку и распределение рыбы и рыбопродуктов следует осуществлять так, чтобы сохранять их питательную ценность и качество, безопасность для потребителя, а также добиться максимального сокращения отходов при производстве данных продуктов [Сиваков Д.О., 2015: 34–39].

Несомненно, Кодекс закладывает модель правоотношений в области мирового рыбного хозяйства, и именно поэтому большинство его положений нашло отражение в законодательстве о рыболовстве и сохранении водных биоресурсов многих «рыболовных» государств.

2. Исследование норм законодательства стран СНГ и России в области рыболовства и охраны рыбных запасов

Анализируя международно-правовое регулирование охраны рыбных запасов, необходимо рассмотреть опыт административно-правового регулирования рыболовства и охраны рыбных запасов в некоторых государствах — ближайших соседях Российской Федерации. Так, например интересен опыт Туркменистана. Законодательство Туркменистана в указанной сфере основывается на его Конституции и состоит из Закона Туркменистана от 21.05.2011 №197-4 «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов»³ и из иных нормативно-правовых актов, регулирующих вопросы рыболовства и сохранения водных биологических ресурсов [Бекашев Д.К., 2016: 182].

Указанный Закон содержит основные положения о рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов, где под водными биоресурсами понимаются рыба, водные беспозвоночные, водные млекопитающие, водоросли, другие водные животные и растения, находящиеся в состоянии естественной свободы (ч. 1 ст. 1 Закона). Анализируемый Закон закрепляет положения о государственном регулировании в области рыболовства и сохранения водных биоресурсов, сохранения водных биоресурсов и охрана среды их обитания, права на водные биоресурсы и их пользователи, рыболовство (объекты, виды, рыбопромысловые участки, любительское и спортивное) и другие положения [Бекашев Д.К., 2016: 113].

Сравнивая нормы Закона Туркменистана с нормами ФЗ о рыболовстве, следует констатировать заимствование норм и понятий у отечественного закона. Обращаясь к ч. 1 ст. 1 ФЗ о рыболовстве, мы увидим, что водные биоресурсы — это тоже рыбы, водные беспозвоночные, водные млекопитающие,

³ URL: http://www.base.spinform.ru/show_doc.fwx?Rgn=43418 (дата обращения: 03.02.2019)

водоросли, другие водные животные и растения, находящиеся в состоянии естественной свободы, т.е. определения понятий водных биоресурсов в указанных законах абсолютно идентичны.

По Закону Туркменистана сохранением водных биоресурсов является их поддержание или восстановление до уровней, при которых могут быть обеспечены максимальная устойчивая добыча (вылов) водных биоресурсов и сохранение их биологического разнообразия посредством осуществления на основе научных данных мер по изучению, охране, воспроизводству, рациональному использованию водных биоресурсов и охране среды их обитания (абз. 4 ст. 1). В отечественном ФЗ о рыболовстве под сохранением водных биоресурсов (аналогично законодательству Туркменистана) понимается поддержание водных биоресурсов или их восстановление до уровней, при которых могут быть обеспечены максимальная устойчивая добыча (вылов) водных биоресурсов и их биологическое разнообразие [Винокуров А.Ю., 2014: 17], посредством осуществления на основе научных данных мер по изучению, охране, воспроизводству, рациональному использованию водных биоресурсов и охране среды их обитания (п. 7 ч. 1 ст. 1).

Поскольку российский закон принят в 2004 г., а туркменский — в 2011 г., можно сделать вывод, что немалая часть норм, закрепленных в законе Туркменистана, заимствованы у российского законодательства. Однако в туркменском Законе есть и такие определения понятий, которые в отечественном ФЗ трактуются иначе. Например, «рыболовство» по туркменскому Закону означает деятельность по добыче (вылову) водных биоресурсов в водных объектах рыбохозяйственного значения, а по российскому ФЗ рыболовство — деятельность по добыче (вылову) водных биоресурсов и в предусмотренных законом случаях по приемке, обработке, перегрузке, транспортировке, хранению и выгрузке уловов водных биоресурсов, производству рыбной и иной продукции из водных биоресурсов.

Закон Туркменистана, помимо изложенного выше, содержит положения, отсутствующие в отечественном законодательстве; к примеру, есть целая глава, посвященная экономическому регулированию охраны и рационального использования водных биоресурсов. Ст. 23 Закона Туркменистана предусматривает меры экономического регулирования охраны и рационального использования водных биоресурсов, которые, в свою очередь, предусматривают экономически обоснованную систему платежей за пользование водными биоресурсами, в том числе экономически обоснованную систему штрафов, исков и платежей за нарушение законодательства об охране и рациональном использовании водных биоресурсов, а также целенаправленное использование средств, получаемых от реализации конфискованных и переданных уполномоченным государственным органам орудий незаконного добывания водных биоресурсов и его продуктов в порядке, установленном

законодательством Туркменистана, включая и экономическое стимулирование охраны и рационального использования водных биоресурсов, не исключая добровольных взносов как юридических, так и физических лиц, других методов регулирования экономического характера. Кроме того, платежи за пользование водными биоресурсами, их предельные размеры и порядок взимания устанавливаются в соответствии с рассматриваемым Законом, иными нормативными правовыми актами Туркменистана (ст. 24). Заслуживает внимания и похвалы норма туркменского Закона о мерах поощрения пользователей водных биоресурсов; данные меры устанавливаются Кабинетом Министров Туркменистана и стимулируют осуществление общепользовательных мероприятий по рациональному использованию, воспроизводству и охране водных биоресурсов (ст. 25).

Сравнительный анализ туркменского и российского законодательства о рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов позволяет сделать вывод о заимствовании туркменским законодателем некоторых норм законодательства России в рассматриваемой области. Вместе с тем, в туркменском законодательстве о рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов предусмотрены расширенная система экономического регулирования охраны и рационального использования водных биоресурсов, закреплён порядок взимания платежей за пользование водными биоресурсами и их предельные размеры (в отличие от отечественного законодательства). Полагаем, что необходимо поддержать включение туркменским законодателем в анализируемый Закон норм о поощрении пользователей водных биоресурсов, а также что закрепление в отечественном Законе нормы о мерах поощрения пользователей водных биоресурсов будет их стимулировать к общепользовательным мероприятиям по рациональному использованию, воспроизводству и охране водных биоресурсов. В связи с этим целесообразно ст. 2 «Основные принципы законодательства о рыболовстве и сохранении водных биоресурсов» ФЗ о рыболовстве дополнить п. 10: «В целях осуществления общепользовательных мероприятий по рациональному использованию, воспроизводству и охране водных биоресурсов, постановлением Правительства России устанавливаются меры поощрения пользователей водных биоресурсов».

Не менее интересным является опыт административно-правовой охраны рыбных запасов в Республике Казахстан. Это государство располагает богатым рыбохозяйственным водным фондом, а равно и благоприятными условиями для интенсивного развития рыбоводства и, соответственно, рыболовства. В целом экспорт рыбы и рыбной продукции за последние годы по отдельным позициям превышает импорт, за исключением консервов. В Казахстане рыба и рыбная продукция поступают из 43 зарубежных стран. К основным поставщикам рыбы относятся Россия, Норвегия и Китай.

В Казахстане природоохранные отношения имеют, на наш взгляд, стройную систему и строгую регламентацию, и объясняется это тем, что общественность придает большое значение вопросам охраны природы, в том числе и рыбных запасов, а также созданию благоприятных экологических условий для жизни. Обострение социально-экологических кризисов, появление все новых видов негативного воздействия на объекты природной среды и новых видов общественно опасного экологического поведения, рост масштабов вредных последствий, причиняемых правонарушителями — вот далеко не полный перечень факторов, побудивших законодателей ряда стран, в том числе и Казахстана подготовить и принять нормы законодательства в рассматриваемой области.

Основополагающее место в системе природоохранительного законодательства Казахстана занимает Конституция⁴, которая регламентирует, что государство ставит целью охрану окружающей среды, благоприятной для жизни и здоровья человека (ст. 31), а ст. 6 Конституции корреспондирует право государственной собственности на животный мир. Следует также отметить, что в Казахстане основным законом, закрепляющим административно-правовое регулирование в области рыболовства и охраны рыбных запасов, является Закон от 9.07.2004 № 593-III (с изменениями по состоянию на 01.07.2018) «Об охране, воспроизводстве и использовании животного мира»⁵.

Данный нормативно-правовой акт является комплексным законом как в сфере охраны рыбных запасов, так и всего животного мира, содержащим целый ряд понятий: рыболовство — лов рыбных ресурсов и других водных животных (п. 14 ст. 1), рыболов — физическое лицо, получившее право на любительское (спортивное) рыболовство в порядке, установленном законодательством (п. 15 ст. 1), рыболовный трофей — объект рыбных ресурсов и других водных животных, их части и дериваты, изъятые из среды обитания в порядке, установленном законодательством (п. 16 ст. 1), рыбак — работник субъекта рыбного хозяйства, осуществляющий в силу трудовых обязанностей лов рыбных ресурсов и других водных животных на закрепленных рыбохозяйственных водоемах и (или) участках (п. 30 ст. 1).

Сравнительный анализ казахского и российского законов о рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов показывает, что в отечественном законодательстве вышеописанных понятий не предусмотрено. В связи с этим для определения и конкретизации субъектов рыболовства полагаем целесообразным, заимствовав опыт применения казахского Закона, внести

⁴ Конституция Республики Казахстан от 30. 08. 1995 // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 1998. № 2-3. Ст. 25.

⁵ См.: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1049332&page=3#pos=1;117 (дата обращения: 04.02.2019)

в ФЗ о рыболовстве изменения, так как необходимость дальнейшего реформирования законодательства в рассматриваемой сфере очевидна, а некоторые вопросы требуют дополнительного регулирования.

Административно-правовое регулирование рыболовства и охраны рыбных запасов в Республике Беларусь также небезынтересно. В Беларуси такое регулирование осуществляется в связи с тем, что одним из перспективных направлений хозяйственной деятельности, обеспечивающих продовольственную безопасность Республики, является рыбохозяйственная деятельность, сочетающая в себе деятельность по производству товарной рыбной продукции и природопользование, имеющее в рассматриваемой деятельности комплексный характер. В рамках стратегической цели развития данной области экономических отношений в Беларуси утверждена переориентация с промыслового рыболовства на искусственное разведение рыбы и развитие аквакультуры, что требует совершенствования нормативно-правовой базы данных отношений, которая в настоящее время регулирует преимущественно традиционные отношения по рыболовству и ведению рыболовного хозяйства.

Возникающие при рыбохозяйственной деятельности правоотношения в Республике Беларусь довольно сложны, так как регулируются не только нормами аграрного, гражданского, хозяйственного законодательства, но и в значительной степени еще нормами природоресурсного права. Ввиду отсутствия комплексных доктринально-правовых исследований в анализируемой области напрашивается вывод об актуальности изучения вопросов рыбохозяйственной деятельности.

Следует отметить, что в законодательстве Беларуси понятие и содержание рыбохозяйственной деятельности определяется законодательством о животном мире. В соответствии с Указом Президента Республики Беларусь от 8.12.2005 № 580 «О некоторых мерах по повышению эффективности ведения охотничьего хозяйства и рыбохозяйственной деятельности, совершенствованию государственного управления ими»⁶, рыбохозяйственная деятельность — это вид экономической деятельности, включающей рыбоводство (в том числе разведение и выращивание рыбы в искусственных водоемах), а также ведение рыболовного хозяйства.

В белорусском законодательстве понятие «рыбное хозяйство» как таковое отсутствует, что свидетельствует о разрозненности правового регулирования единого комплекса отношений, связанных с рыболовством, аквакультурой, сохранением водных биоресурсов и производством рыбной продукции. В связи с этим полагаем, что использование понятия «рыбное хозяйство» в большей степени соответствует структуре рассматриваемой са-

⁶ СПС Гарант.

мостоятельной отрасли агропромышленного производства, в то время как правомерно используемые наравне с ним понятия «рыболовство» и «рыбоводство» отражают лишь природоресурсную сторону данных правоотношений. По мнению Н.А. Шнигель, применение понятия «рыбное хозяйство» в законодательстве Республики Беларусь позволит унифицировать этот вид хозяйственной деятельности с точки зрения правового регулирования, в том числе по субъектному составу независимо от содержания возникающих при этом природоресурсных отношений [Шнигель Н.А., 2012: 159].

Правовое регулирование рыбохозяйственной деятельности в Республике Беларусь представлено двумя видами, которые имеют значительные отличия. Более полно, на наш взгляд урегулированы вопросы рыболовства, в том числе промыслового, и ведения рыболовного хозяйства. Учитывая непосредственную связь рыболовства (рыболовного хозяйства) с природоресурсными отношениями, основной массив правовых норм, которые касаются этого вида деятельности, отнесли к природоресурсному законодательству, прежде всего к водному и к законодательству о животном мире. Специальное законодательство, системно регулирующее вид деятельности, возникающий при ведении рыбоводства, отсутствует. Анализируемый вид деятельности частично охватываются сферой действия водного законодательства [Боголюбов С.А., Галиновская Е.А., Горохов Д.Б., 2016: 187]. Разделяем мнение, что необходимо единое рыбохозяйственное законодательство, которое детально будет регулировать отношения в области аквакультуры, рыболовства, сохранения водных биоресурсов и которое по смыслу ст. 2 Модельного рыбохозяйственного кодекса государств СНГ⁷ должно являться нормативно-правовой базой данных отношений [Сиваков Д.О., 2013: 36].

В Азербайджане также осуществляется административно-правовое регулирование правил рыболовства и охраны рыбных запасов. Так, Закон Азербайджанской Республики от 27.03.1998 № 457-1Г (с изменениями и дополнениями 28.10.2014) «О рыбоводстве»⁸ в ст. 7 регламентирует разделение функций управления в области увеличения, регулирования, использования, охраны и научного обеспечения рыбных запасов и функций рыборазведения, рыболовства и производства рыбных продуктов. Здесь необходимо отметить, что подобная норма в российском законодательстве отсутствует.

Ст. 13 анализируемого Закона посвящена включению рыбных продуктов в торговый оборот; согласно рассматриваемой норме, в Азербайджане в данный оборот могут включаться рыбные продукты, отвечающие по качеству государственным стандартам и санитарным правилам, имеющие документы о происхождении и качестве [Минина Е.Л., 2016: 254]. Помимо того, в анали-

⁷ Постановление Межпарламентской ассамблеи государств-участников СНГ 16. 05. 2011 № 36-6. Минск, 2012. С. 105–109.

⁸ См.: <http://www.zewo.ru/laws/0457-lq.html> (дата обращения: 04.02.2019)

зируемом законодательстве предусмотрены и положения по установлению порядка утверждения норм допустимых вредных воздействий на водные объекты (ст. 25), ведения рыбохозяйственного кадастра (ст. 27), рыбохозяйственной экспертизы проектных документов (ст. 28) и определения водохранных зон (ст. 30), которые схожи с правовыми нормами российского природоохранного законодательства.

Нельзя не обратить внимания на то, что в азербайджанском законодательстве содержатся понятия и нормы, закрепленные в российском аналогичном Законе, а именно — принципы государственной политики в области рыболовства, обязанности государства в рамках увеличения, использования и охраны рыбных запасов, промышленного, спортивного и любительского лова рыбы и др. Вероятно, азербайджанскому законодателю следовало бы обратить внимание на опыт российского административно-правового регулирования, так как российское законодательство в анализируемой области, включая сохранение водных биологических ресурсов, является более развернутым по сравнению с азербайджанским.

Являются актуальными в настоящее время вопросы охраны рыбных запасов в Кыргызской Республике. Значимым нормативно-правовым актом в рассматриваемой области правоотношений является Закон Кыргызской Республики от 25.06.1997 №39 «О рыбном хозяйстве»⁹. Данный Закон регулирует организационно-правовые основы рыбного хозяйства Республики в целях «всемерного его развития, сохранения и увеличения рыбных запасов, повышения рыбопродуктивности водоемов и прудов, наиболее полного удовлетворения потребностей населения в рыбной продукции» (преамбула Закона).

К понятию «рыбное хозяйство» (ст. 2) отнесены: «система рыбоводства, рыболовства, воспроизводства и охраны рыбных запасов, направленная на улучшение видового состава рыбных запасов водоемов и прудов, а также обеспечение деятельности рыбохозяйствующих субъектов независимо от их форм собственности по выращиванию товарной рыбы, посадочного и племенного материала, добыче, ее охране и переработке», а также рассматриваемой нормой к рыбным запасам отнесены естественные и искусственные рыбные запасы, т.е. объекты рыбоводства, однако только первые провозглашены собственностью государства. Статья 5 Закона регламентирует учет рыбных запасов, в том числе и рыбу, выращенную в искусственных водоемах. Данная норма обязывает субъекты рыбного хозяйства ежегодно направлять в государственные органы управления рыбохозяйственным комплексом информацию о запасах рыбных ресурсов.

⁹ Эркин-Тоо. 20.07.1997. № 49. С. 15.

Повышенное внимание в Законе Кыргызской Республики «О рыбном хозяйстве» уделено созданию Фонда развития рыбного хозяйства. Данное понятие не тождественно термину «рыбный запас». В части VI ст. 19 анализируемого законодательства речь идет о государственных и негосударственных финансовых институтах, создаваемых для консолидации средств, используемых с целью воспроизводства и охраны рыбных запасов, в том числе и производства рыбы (т.е. рыбоводства) в Кыргызской Республике (ст. 18). Полагаем, что в рамках вышесказанного создание подобного фонда в России и закрепление его статуса на законодательном уровне при условии целевого использования может оказать значительную поддержку отечественным рыбоводным хозяйствам.

Проводя анализ российского и зарубежного законодательства, следует также обратить внимание и на нормы об охране рыбных запасов в Республике Молдова. Нормативно-правовым актом в рассматриваемой области правоотношений, имеющим немаловажное значение, является Закон от 8.06.2006 №149 «О рыбном фонде, рыболовстве и рыбоводстве»¹⁰, который к рыбному фонду отнес все популяции рыб и других водных организмов. Данный Закон регулирует порядок и условия создания и охраны рыбного фонда, воспроизводства, выращивания и вылова гидробионтов, мелиорации рыбохозяйственных водных объектов, развития рыбоводства, определяет принципы деятельности органов публичной власти, наделенных полномочиями по управлению водными биоресурсами (ст. 2). Интересным в рассматриваемом законодательстве является использование обобщающего термина «гидробионты», что стало примером удачного применения емкого общераспространенного термина, к которому отнесены естественные водные биоресурсы и иные объекты рыбоводства.

Интересен также и тот факт, что в законодательстве некоторых стран понятия «рыбный / рыбохозяйственный фонд» применяются в различной смысловой интерпретации, а именно, в одних случаях речь идет о финансовом институте поддержки рыбоводства, а в других, как и в рассматриваемом Законе, — в качестве синонима понятия «рыбные ресурсы (запасы) / запасы водных биоресурсов» [Боголюбов С.А., Павлушкин А.В., Горохов Д.Б., Сиваков Д.О., 2011: 296].

Глава II рассматриваемого Закона посвящена компетенции органов публичной власти и специализированных учреждений в рыбохозяйственной деятельности, где определены полномочия не только органов власти, но и Академии наук Молдовы, включая профильные учреждения ведущие научные исследования и вырабатывающие практические рекомендации (ст. 8). Для российской правоприменительной практики полезным, как нам кажется, явится предоставление широких полномочий в области рыбоводства ор-

¹⁰ URL: <http://base.spinform.ru> (дата обращения: 5.02.2019)

ганам местного управления (ст. 9), которые правомочны приостанавливать несанкционированную деятельность по использованию водных биоресурсов в природных рыбохозяйственных водоемах (п. «1» ст. 9).

Законом Молдовы определено статус Ихтиологического совета как органа при Центральном управлении природными ресурсами и охраны окружающей среды по координации рыбохозяйственных и исследовательских работ (ст. 10), что, вероятно, является подобием Межведомственной ихтиологической комиссии (ФГУ «МИК») при Росрыболовстве, которая, не имеет, к сожалению значимой правовой основы создания (в связи с чем с каждым годом становится все менее «межведомственной» вплоть до реорганизации). Придание ей подобного статуса на уровне закона могло бы повысить значимость данной организации, объединяющей ученых и практиков-рыбоводов, и заставить считаться с ее мнением.

Анализ законодательства стран СНГ позволяет сделать вывод, что нормативно-правовые акты различными методами решают вопрос об иностранном присутствии в территориальных водах суверенного государства. Так, по законодательству Азербайджана, юридические и физические лица иных государств могут пользоваться рыбными запасами в водных бассейнах страны. Юридические и физические лица иностранных государств приобретают право пользования рыбными запасами Азербайджана в порядке, предусмотренном законодательством. Право и правила пользования юридическими и физическими лицами иностранных государств рыбными запасами Азербайджана определяются соответствующим органом исполнительной власти.

Принципы российского законодательства о рыболовстве и сохранении водных биоресурсов и принципы политики в области рыбного хозяйства других государств являются важным ориентиром для правового регулирования в проанализированных государствах, а в итоге — ответственного рыболовства. Имеет место сходство законодательства России и других государств СНГ в области рыбного хозяйства (в части понятийного аппарата, принципов, видов рыболовства, квот вылова, комбинации разрешительных и договорных способов регулирования) [Сиваков Д.О., 2017: 135–141].

Заключение

Положения законодательства некоторых зарубежных стран повторяют нормы российского закона, но с исправлением пробелов и неточностей российского законодателя. Сравнение российского законодательства с зарубежным в области административно-правового регулирования правил рыболовства и охраны рыбных запасов позволило сделать предложения законодательного характера. Имеет смысл дополнить ч. 1 ст. 1 ФЗ о рыболовстве следующими положениями:

п. 22: «Рыболов — работник соответствующего рыбного хозяйства, осуществляющий в силу трудовых обязанностей лов рыбных ресурсов и других водных животных на закрепленных рыбохозяйственных водоемах и (или) участках»;

п. 23: «Рыбак — физическое лицо, получившее право на любительское (спортивное) рыболовство в порядке, установленном законодательством Российской Федерации».

Ст. 2 ФЗ предлагаем дополнить пунктом 10 следующего содержания: «В целях осуществления общепользовательных мероприятий по рациональному использованию, воспроизводству и охране водных биоресурсов постановлением Правительства России устанавливаются меры поощрения пользователей водных биоресурсов».



Библиография

Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права // Очерки сравнительного права. Сборник. М.: Прогресс, 1981. С. 36–38.

Бекашев Д.К. Международно-правовой принцип экосистемного подхода в управлении рыболовством // Актуальные проблемы российского права. 2016. № 8. С. 182–189.

Бекашев Д.К. Международное трудовое право (публично-правовые аспекты). М.: Проспект, 2016. 280 с.

Боголюбов С.А., Павлушкин А.В., Горохов Д.Б., Сиваков Д.О. Мониторинг законодательства о лесах и животном мире. М.: Юриспруденция, 2011. 296 с.

Боголюбов С.А. (ред.) Правовой механизм государственного регулирования и поддержки агропромышленного комплекса. М.: Норма 2009. 347с.

Виноградов В.И. Охрана рыбных запасов // Законность. 2000. № 6. С. 47.

Винокуров А.Ю. Общественный экологический контроль: современное состояние и перспективы // Экологическое право. 2014. № 3. С. 17–22.

Законодательство о рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов в вопросах и ответах / С.А. Боголюбов, Ю.Г. Жариков, Е.Л. Минина и др. М.: Норма, 2014. 241 с.

Международно-правовые основы управления морскими живыми ресурсами: Теория и документы / А.Н. Вылегжанин, В.К. Зиланов. М.: Экономика, 2000. 598 с.

Минина Е.Л. (отв. ред.) Правовое регулирование использования и охраны биологических ресурсов. М.: ИНФРА-М, 2016. 354 с.

Панов А.Б. Административная ответственность юридических лиц. М.: Норма, 2018. 192 с.

Правовое регулирование использования и охраны биологических ресурсов / С.А. Боголюбов, Е.А. Галиновская, Д.Б. Горохов и др.; отв. ред. Е.Л. Минина. М.: ИНФРА-М, 2016. 328 с.

Сиваков Д.О. Модель ответственного рыболовства и отечественное законодательство // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2015. № 3. С. 34–39.

Сиваков Д.О. Правовое регулирование рыболовства в России и за рубежом // Экологическое право. 2013. №5. С. 30–36.

Сиваков Д.О. Правовое регулирование рыболовства в России и зарубежных государствах: общее и особенное // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. № 5. С. 135–141.

Слепенкова О. А. Комментарий к Федеральному закону от 20 декабря 2004 г. № 166-ФЗ «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов». Саратов: Ай Пи Эр Медиа, 2013. 192 с.

Шингель Н.А. Проблемы правового регулирования рыбохозяйственной деятельности в Республике Беларусь. М.: ИГП РАН, 2012. 464 с.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 1

Administrative and Legal Regulation of Fishery and Protecting Fish Stocks: Analysis of Foreign and Russian Legislation



Inna V. Panova

Professor, Department of Public 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



Svetlana V. Sinitsyna

Senior Lecturer, Department of Constitutional and Administrative Law, Astrakhan State Technical University. Address: 16 Tatishcheva Str., Astrakhan 414056, Russian Federation. E-mail: s.sinicina@yandex.ru



Abstract

Legal regulation of relations in fisheries and the preservation of fish biological resources is inseparable from the state policy in this area, which is implemented within the framework of legal acts determining the development of fisheries as an important branch of the Russian economy and the economy of foreign countries. In turn, the documents defining the state policy in the field of fisheries and the development of fisheries, as well as ensuring the rational use, conservation and protection of aquatic biological resources should be interconnected with the main documents of strategic planning. Recently, the environmental law doctrine has paid particular attention to these issues in relation to the formation and implementation of state policy in the field of environmental protection, environmental safety, rational use of natural resources, and environmental management. The strategic (environmental) goal of the state policy in the field of fisheries and conservation of aquatic biological resources is the solution of related socio-economic items that ensure environmentally safe, qualitatively oriented growth in the extraction and processing fish resources, preservation of a favorable state of the environment, biological diversity and natural resources to meet the needs of present and future generations, the execution of the right of every person to accessible biological resources, ensuring environmental safety. However, in modern Russia regulatory framework and legal mechanisms that provide protection and rational use of fish stocks and other aquatic

biological resources are not sufficiently developed. The significance of the fishing industry for the economic development of Russia, not excluding the existence of relevant issues, both in the economic and legal regulation of the field, necessitates solution of the issue, relying upon rich experience of foreign states. This article attempts to analyze foreign and Russian legislation in the field of administrative and legal regulation of the rules of fisheries and the protection of fish stocks. In the course of this study, both compliance and different interpretations of the norms of the Russian legislation and states of the Commonwealth of Independent States were established, as well as on the basis of the analysis of the norms of foreign legislation, regulatory proposals were made for Russian legislation that are of practical importance, since the protection of fish resources is an important part of the overall task of protecting the natural environment. Failure to take timely and appropriate measures to protect natural object leads to its destruction.



Keywords

bioresources, legislation, administrative regulation, fish farming, freshwater ecosystems, protection of fish stocks, environmental crisis, predatory fishing.

For citation: Panova I.V., Sinitsyna S.V. (2019) Administrative and Legal Regulation of Fishing and Protecting Fish Stocks: Analysis of Russian and Foreign Legislation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 214–231 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.214.231



References

- Ansel M. (1981) [Methodological Issues of the Comparative Law. Essays on the Comparative Law]. Moscow: Progress, pp. 36–38 (in Russian)
- Bekyashev D.K. (2016) [International law principle of ecosystem approach in fishery]. *Aktual'nie problemy rossiyskogo prava*, no 8, pp. 182–189 (in Russian)
- Bekyashev D.K. (2016) [International Labor Law]. Moscow: Prospekt, 280 p. (in Russian)
- Bogolyubov S.A., Pavlushkin A.V., Gorohov D.B., Sivakov D.O. (2011) [Monitoring Laws on Forests and Fauna]. Moscow: Yurisprudentsiya, 296 p. (in Russian)
- Bogolyubov S.A. (ed.) (2009) [Legal Mechanism of Regulation and Supporting Agro-industry]. Moscow: Norma, 347 p. (in Russian)
- Bogolyubov S.A., Zharikov Yu. G., Minina E.L. et al. (2014) [Legislation on Fishery and Protecting Bioresources]. Moscow: Norma, 241 p. (in Russian)
- Bogolyubov S.A., Galinovskaya E.A. et al. (2016) [Legal Regulating and Protecting Natural Resources]. Moscow: Norma, 328 p. (in Russian)
- Minina E.L. (ed.) (2016) [Legal Regulation of Using and Protecting Bioresources]. Moscow: INFRA-M, 354 p. (in Russian)
- Panov A.B. (2018) [Administrative Liability of Legal Entities]. Moscow: Norma, 192 p. (in Russian)
- Shingel' N.A. (2012) [Legal Regulation of Fishery in Belarus]. Moscow: RAN, 464 p. (in Russian)
- Sivakov D.O. (2015) [Responsible Fishery and Russian Legislation]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no 3, pp. 34–39 (in Russian)
- Sivakov D.O. (2013) [Fishery Legal Regulation in Russia and Abroad]. *Ekologicheskoe pravo*, no 5, pp. 30–36 (in Russian)

Sivakov D.O. (2017) [Legal regulation of fishery in Russia and abroad: general and special]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no 5, pp. 135–141 (in Russian)

Slepenkova O.A. (2013) [Commentary to Law on Fishery and Protecting Biological Resources]. Saratov: IPR Media, 192 p. (in Russian)

Vinogradov V.I. (2000) [Fishery stock protection]. *Zakonnost'*, no 6, p. 47 (in Russian)

Vinokurov A.Yu. (2014) [Public control of the environment: current situation and prospects]. *Ekologicheskoe pravo*, no 3, pp. 17–22 (in Russian)

Wylegzhanin A.N., Zilanov V.K. [International Law Basics of Managing Maritime Resources: Theory and Documents]. Moscow: Ekonomika, 598 p. (in Russian)

Свобода прокладки подводных кабелей и право на разработку минеральных ресурсов: «на перекрестке равнозначных дорог»



М.А. Рылова

доцент кафедры международного права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук. Адрес: 119234, Российская Федерация, Москва, Ленинские горы, 1, стр. 13. E-mail: mkoss@yandex.ru



Д.А. Швец

аспирантка университета Пампеу Фабра. Адрес: 08005, Испания, Барселона, Рамон Триас Фаргас, 25–27. E-mail: daria.shvets01@estudiant.upf.edu



Аннотация

В отечественной правовой литературе вопросы международно-правового режима подводных кабелей остаются неисследованными, как, впрочем, и вопросы соотношения свободы прокладки подводных кабелей с остальными свободами открытого моря и с правами, действующими на морском дне, в частности. Опираясь на исторический, логический и системный методы анализа, авторы рассматривают обозначенную проблематику. Анализируется взаимодействие двух важнейших прав, предусмотренных Конвенцией ООН по морскому праву (1982) — правом на прокладку подводных кабелей и правом на разработку минеральных ресурсов. Прокладка и использование подводных кабелей давно стала приносить человечеству экономические и социальные блага, а также стала объектом международно-правового регулирования, хотя последнее нельзя назвать развитым и всесторонним. В отличие от прокладки подводных кабелей разработка минеральных ресурсов морского дна имеет более короткую историю международно-правового регулирования. В пределах морских границ государства эти виды деятельности регулируется им самим, однако за пределами государственных морских пространств возможно столкновение интересов субъектов, занятых в кабельной индустрии и занимающихся разработкой минеральных ресурсов. Постепенно увеличивающаяся активность в Международном районе морского дна может привести к конфликтам между кабельными компаниями, осуществляющими прокладку подводных кабелей, а также субъектами, ведущими деятельность по разработке минеральных ресурсов, поскольку оба вида деятельности приходятся на одну и ту же территорию морского дна. Конвенция ООН по морскому праву не устанавливает приоритета той или иной деятельности в Международном районе морского дна, поэтому не ясно, как решать ситуацию при вероятных разногласиях между кабельной компанией и подрядчиком (подрядчиком) в договоре на разработку ресурсов

морского дна. Авторы приходят к выводу, что восполнение этого пробела может осуществляться альтернативными способами за рамками изменения Конвенции, в ходе сотрудничества международных организаций, с учетом возможного конфликта интересов в деятельности национальных органов и организаций.



Ключевые слова

международное морское право, Международный район морского дна, подводные кабели, минеральные ресурсы, право на разработку, Международный орган по морскому дну, Международная организация по охране подводных кабелей, Конвенция ООН по морскому праву (1982).

Для цитирования: Рылова М.А., Швец Д.А. Свобода прокладки подводных кабелей и право на разработку минеральных ресурсов: «на перекрестке равнозначных дорог» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 1. С. 232–250.

УДК: 341

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.232.250

Введение

Информация — важнейший ресурс, играющий ключевую роль в современном мире. Общество XXI века активно использует различные источники информации для коммуникаций: Интернет, телефонию, текстовые и голосовые сообщения, другие способы связи. Однако информации необходима надежная инфраструктура, которая позволяет сделать передачу данных быстрой и своевременной. Одной из таких инфраструктур являются подводные кабели, проложенные по дну Мирового океана. Они отвечают за передачу более чем 97% мирового траффика [Burnett D., Davenport T., Beckman R., 2014: 3; Perez-Alvaro E., 2013: 4]. Все телекоммуникации, которыми человечество привыкло пользоваться ежедневно, от утренних теленовостей и интернет-бронирования авиабилетов до международных видеоконференций и многомиллионных банковских транзакций — все это доступно благодаря подводным кабелям, которые через систему наземных кабелей обеспечивают телекоммуникационную поддержку различных территорий. В связи с этим прокладка и ремонт подводных кабелей интересна с точки зрения международно-правового регулирования.

Первым подводным кабелем, проложенным на морском дне, стал международный телеграфный кабель, связавший Великобританию и Францию [Burnett D., Davenport T., Beckman R., 2014: 20]. Немногим позже появился первый русский подводный кабель связи протяженностью 32 км. Его проложили через Северную Двину в 1862 г., а первым российским кабелем, пере-

секшим морское дно, стала 250-километровая линия Баку — Красноводск на Каспийском море в 1879 г. [Гусева Е., 2010: 1] Расширение сети подводных кабелей обнаружило необходимость правового регулирования этой деятельности.

1. Значение и статус Конвенции по охране подводных телеграфных кабелей 1884 г.

По инициативе Франции в 1882 г. была созвана специальная конференция [Коломбос Д., 1975: 334.], результатом которой стало подписание 26 государствами в 1884 г. Конвенции по охране подводных телеграфных кабелей (далее — Конвенция 1884 г.), в числе первоначальных участников которой была Российская империя. В 1886–1887 гг. Конвенция 1884 г. была дополнена Декларацией и Заключительным протоколом¹. Это стало первой в международном праве попыткой урегулировать деятельность, связанную с подводными кабелями. Формально Конвенция не утратила силу, поскольку никогда не была отменена или заменена другим международным соглашением. Для тех государств, которые позднее приняли на себя обязательства Женевских конвенций по морскому праву (1958), последние, частично повторяющие положения Конвенции 1884 г., стали иметь приоритет. Однако в отношении положений, включенных в Женевские конвенции и тем более для тех государств, которые их не подписали, но являлись участниками Конвенции 1884 г., она до сих пор остается в силе. Другое дело, что с точки зрения применения в отношении телеграфных кабелей Конвенция 1884 г. неактуальна. Телеграфных кабелей практически не существует, поэтому по сути исчез объект регулирования, предусмотренный Конвенцией. Новых телеграфных кабелей не прокладывают, а старые давно заброшены. Если нормы международного права и будут применяться к таким подводным кабелям, то, вероятнее всего, в контексте загрязнения морской среды, но не регулирования коммуникаций.

Часть положений Конвенции 1884 г. воспроизведена в Конвенции ООН по морскому праву (1982; далее — Конвенция 1982 г.). Например, ст. 7 Конвенции 1884 г. «Собственники кораблей или судов, которые могут доказать, что они во избежание повреждения подводного кабеля пожертвовали якорем, рыболовную сеть или иной снастью, должны быть вознаграждаемы собственником кабеля». Подобная норма в Конвенции 1982 г. отражена в ст. 115 и звучит следующим образом: «Каждое государство принимает необходимые законы и правила, для того чтобы владельцы судов, которые мо-

¹ Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. IV. М., 1936. С. 74–80.

гут доказать, что они пожертвовали якорем, сетью или какой-либо другой рыболовной снастью во избежание повреждения подводного кабеля или трубопровода, могли получить возмещение от владельца этого кабеля или трубопровода при том условии, что ими предварительно были приняты все разумные меры предосторожности».

Есть, однако, и такие положения Конвенции 1884 г., которые не вошли в Конвенцию 1982 г., например, ст. 5 Конвенции 1884 г., предписывающая всем остальным судам держаться на расстоянии от судна, занятого укладкой подводного кабеля. Такое расстояние должно быть не менее одной морской мили (1852 м). В Конвенции 1982 г. не установлено подобного расстояния. Конвенция 1972 г. о международных правилах предупреждения столкновений судов на море² частично восполняет этот пробел, упоминая «безопасное расстояние» (Правило 8d), но цифр не содержит.

2. Свобода прокладки кабелей и право на разработку минеральных ресурсов в свете современного международного права

Современные подводные кабели, в отличие от первых телеграфных кабелей, с которых началась история подводных коммуникаций, способны передавать различную информацию, включая телефонные звонки, интернет-сигналы или электричество. Различаются также цели, с которыми подводные кабели кладутся в настоящее время. Некоторые подводные кабели используются, например, для подачи электричества на установленные в море прибрежные ветряные электростанции, тогда как еще в прошлом веке они использовались преимущественно в военных целях [Коломбос Д., 1975: 475.]. Женевские конвенции 1958 г. положили начало современному этапу регулирования подводных кабелей. Положения Конвенции об открытом море и Конвенции о континентальном шельфе развиты в Конвенции 1982 г., которая для ее участников (их по данным ООН насчитывается на данный момент 168³) имеет преимущественную силу перед Женевскими конвенциями 1958 г.⁴

Конвенция об открытом море (1958), «желая кодифицировать постановления международного права»⁵, декларировала в качестве одной из свобод

² Конвенция о Международных правилах предупреждения столкновений судов на море, заключена в Лондоне 20.10.1972 // Там же. Вып. XXXIII. М., 1979. С. 435–461.

³ См.: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en#1 (дата обращения 29.11.2017)

⁴ Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (ч. 1 ст. 311).

⁵ Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций... Вып. XXII. М., 1967. С. 1037.

открытого моря «свободу прокладки кабелей и трубопроводов». Можно утверждать, что ко времени закрепления этой свободы в 1958 году она уже приобрела характер обычной нормы международного права. Международный район морского дна на тот момент не выделялся как отдельное морское пространство, соответственно режим открытого моря распространялся и на дно за пределами континентального шельфа. Конвенция ООН 1982 г. усложнила деление морских пространств, добавив такие морские пространства, как исключительная экономическая зона, Международный район морского дна за пределами континентального шельфа (далее — Район), а также архипелажные воды.

Международные договоры⁶, касающиеся режима подводных кабелей, в основном концентрировались на решении проблемы повреждения кабелей, особенно в результате судоходства и рыболовства (например, при использовании тралового способа лова). Перечисленные документы наряду с Конвенцией 1982 г. закрепляют обязанность государств разрабатывать в национальном законодательстве правовые нормы об ответственности за повреждение подводных кабелей и о получении компенсации, если удастся доказать, что пришлось пожертвовать якорем или рыболовной сетью для предотвращения повреждения подводного кабеля. Однако в настоящее время, когда количество подводных кабелей возрастает, а разработка минеральных ресурсов морского дна тоже набирает обороты, правовой аспект взаимодействия этих видов деятельности также следует принимать во внимание.

Статьи 58, 87 и 112 Конвенции 1982 г. сохранили право государств на прокладку подводных кабелей. В соответствии со ст. 58.1, которая предусматривает, что «в исключительной экономической зоне все государства <...> пользуются при условии соблюдения соответствующих положений настоящей Конвенции, указанными в статье 87, свободами судоходства и полетов, прокладки подводных кабелей и трубопроводов и другими правомерными с точки зрения международного права видами использования моря, относящимися к этим свободам, такими, как связанные с эксплуатацией судов, летательных аппаратов и подводных кабелей и трубопроводов, и совместимыми с другими положениями настоящей Конвенции». Хотя кабели прокладываются по морскому дну и в большей степени к ним применимы режимы использования морского дна, к деятельности кабельных судов по прокладке и поддержанию кабельных сетей также применяются положения ст. 58, регулирующей исключительную экономическую зону.

⁶ Кроме Конвенции 1982 г. отдельные положения, направленные на регулирование использования подводных кабелей, содержатся, например, в Конвенции о Международных правилах предупреждения столкновений судов в море (1972), Конвенции по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов (1972) и Протоколе к ней (1996), Конвенции об охране подводного культурного наследия (2001), в резолюциях ИМО.

С принятием Конвенции о континентальном шельфе (1958) было установлено такое новое морское пространство, как континентальный шельф. При этом на водную толщу над ним распространялся режим открытого моря. Поскольку подводные кабели находятся на морском дне или закладываются в него, необходимо было решить вопрос о соотношении свободы прокладки кабелей и суверенных прав, закрепленных за прибрежным государством. В Конвенции о континентальном шельфе появилась новая норма, касающаяся подводных кабелей, прокладываемых на нем, звучащая следующим образом: «Прибрежное государство не может препятствовать прокладке или поддержанию исправности подводных кабелей на континентальном шельфе, кроме тех случаев, когда оно осуществляет свое право принимать разумные меры для разведки шельфа и разработки его естественных богатств»⁷. Этот подход был заложен в дальнейшем в положения ст. 79 Конвенции 1982 г.

Статья 79 Конвенции предусматривает, что все государства имеют право прокладывать подводные кабели и трубопроводы на континентальном шельфе⁸. Кроме того, осуществление прав прибрежного государства на континентальный шельф не должно ущемлять интересы судоходства и прочих прав и свобод других государств, предусмотренных Конвенцией, или приводить к любым неоправданным помехам их осуществлению⁹, что распространяется и на подводные кабели. Что касается прибрежного государства, то оно, в свою очередь, может принимать разумные меры для разведки и разработки его природных ресурсов и предотвращения, сокращения и сохранения под контролем загрязнения от трубопроводов¹⁰. При условии соблюдения прав прибрежного государства последнее не может препятствовать прокладке или поддержанию в исправном состоянии таких кабелей или трубопроводов. Что означает формулировка «разумные меры» и какие именно действия может предпринимать прибрежное государство, не всегда понятно.

Часть 3 ст. 79 Конвенции особенно интересна. Она содержит следующую норму: «Определение трассы для прокладки таких трубопроводов на континентальном шельфе осуществляется с согласия прибрежного государства». Данная часть упоминает только трубопроводы, что позволяет утверждать — трасса подводного кабеля определяется разработчиками маршрутов свободно, на основе научных знаний и исследований. Конечно, на практике кабельным компаниям лучше решать этот вопрос не самостоятельно, а путем консультаций с компетентными органами прибрежного государства,

⁷ Конвенция о континентальном шельфе (заключена в Женеве 29.04.1958, вступила в силу 10.06.1964) // Ведомости ВС СССР. 1964. № 28. Ст. 329, 4.

⁸ Конвенция 1982 г. Ст. 79.

⁹ Там же. Ст. 78 (2).

¹⁰ Там же. Ст. 79 (2).

поскольку эта ситуация все же не регулирована в Конвенции с должной определенностью. Кабельным компаниям при прокладке новых подводных кабелей и трубопроводов на континентальном шельфе разумеется следует должным образом учитывать проложенные ранее кабели и трубопроводы. В частности, не должны ухудшаться возможности ремонта существующих кабелей и трубопроводов в соответствии с п. 5 ст. 79 Конвенции.

Исследуя вопрос о соотношении права прибрежного государства на разработку минеральных ресурсов и права других государств на прокладку подводных кабелей, отметим формальную и фактическую сторону вопроса. Формально у прибрежного государства нет приоритета в контексте осуществления его прав, поскольку Конвенция 1982 г. основывается на взаимном уважении прав и свобод прибрежного государства и государства, решившего проложить кабель на континентальном шельфе. Однако фактически соблюдение прав прибрежного государства и разумные меры, которые оно вправе принимать для разработки ресурсов континентального шельфа, основывается на внутреннем законодательстве, декларациях, заявлениях и стратегии разработки природных ресурсов такого государства. Получается, что государство, решившее проложить подводный кабель на континентальном шельфе другого государства, фактически должно следовать нормам национального права другого государства. В этом случае правила деятельности устанавливаются только одним участником. Ресурсы континентального шельфа очень ценны, и государства вряд ли охотно согласятся остановить их разработку там, где планируется проложить подводный кабель. Однако если появится необходимость разрабатывать ресурсы в местах, где кабели уже есть, последние тоже не могут быть оставлены без внимания, так как они уже были санкционированы прибрежным государством ранее.

Долгое время проблема соотношения деятельности кабельных компаний, которые на практике пользуются свободой прокладки подводных кабелей, и деятельности субъектов в связи с разработкой Международного района морского дна, не была актуальна. Ведь деятельность в Районе перешла в активную фазу только в последние два десятилетия.

Разведка и разработка ресурсов морского дна за пределами континентального шельфа регулируется Конвенцией ООН по морскому праву (1982), Соглашением об осуществлении Части XI Конвенции ООН по морскому праву (1982) и документами Международного органа по морскому дну. Согласно Конвенции 1982 г. Район и его ресурсы являются «общим наследием человечества»¹¹ [Колодкин А.Л., Гуцуляк В.Н., Боброва Ю.В., 2007: 286–292]. От имени последнего действует организация «Международный орган по морскому дну» (далее — Орган). Орган заключает контракты на разведку и

¹¹ Ст. 136 Конвенции 1982 г.

разработку природных ресурсов Района с государствами, а также с юридическими и физическими лицами, если за них поручилось государство. Он также резервирует участки для последующей их разработки путем организации совместных предприятий или иным образом¹².

Орган к настоящему времени имеет контракты на разведку полиметаллических конкреций, кобальтоносных железомарганцевых корок и полиметаллических сульфидов в различных частях Мирового океана с 29 подрядчиками. В соответствии с контрактами заявители получили исключительные права на разведку (а в будущем будут получать и на разработку) соответствующих ресурсов Района. Среди поручителей подрядчиков есть и Российская Федерация. Она выступает в этом качестве по контракту с ОАО «Южморгеология» (участок в зоне разлома Клариян-Клиппертон в Тихом океане) и по контракту с совместной организацией «Интерокеанметалл» (в зоне того же разлома). Правительство России также выступает стороной по контракту на разведку полиметаллических сульфидов в Атлантическом океане (Срединно-Атлантический хребет), а Министерство природных ресурсов и экологии России является стороной по контракту на разведку кобальтоносных железомарганцевых корок в Тихом океане (Магеллановы горы). Не столь далеко время, когда начнется разработка морского дна на больших глубинах. Международный орган по морскому дну постепенно готовит документы по разработке природных ресурсов морского дна в Районе¹³.

При обмене координатами нахождения подводных кабелей и участков Района, где предоставлены исключительные права на разведку минеральных ресурсов, Международным комитетом по охране подводных кабелей¹⁴

¹² Раздел 2 п. 2 Соглашения об осуществлении Части XI Конвенции ООН по морскому праву от 10. 12. 1982 // Бюллетень международных договоров. 1998. № 1.

¹³ См.: Проект правил по эксплуатации минеральных ресурсов в Районе // <https://www.isa.org.jm/document/isba24lrc6> (дата обращения 11.08.2018)

¹⁴ Международный комитет по охране подводных кабелей (International Cable Protection Committee) — международная неправительственная организация, признанный международный форум, объединяющий представителей более чем 80 телекоммуникационных компаний, правительств и научных организаций из разных стран. Главная цель Комитета — охрана подводных кабелей как от угроз человеческой деятельности, так и от природных катастроф, обеспечение безопасного и эффективного использования подводных кабелей профессиональными организациями связи. Международный Комитет разрабатывает и предлагает рекомендации по актуальным вопросам, затрагивающим планирование маршрута, прокладку, ремонт и защиту кабелей. Основанный в 1958 году, Международный комитет и сейчас остается, пожалуй, единственной организацией, пытающейся объединить всю актуальную информацию о подводных кабелях, имеющуюся на сегодняшний день и обеспечить доступ к этой информации заинтересованным лицам со всего мира. Для этого в рамках Комитета существует специальная база данных для членов комитета (ICPC Members Database), в которой собрана самая актуальная информация по подводным кабелям на данный момент. По запросу к руководству Комитета авторам был открыт доступ к этой базе, поэтому информация, взятая из этой базы и использованная в работе, отвечает самым последним научным данным.

и Органом обнаружено два участка, где проходят подводные кабели. Это, во-первых, кабель, проложенный в 2000 г. (его совладельцами являются фирмы «Франс Телеком», «Тата Комюникейшнс» и «Телеком СА») и связывающий Маврикий, Южную Африку, Индию, Малайзию и Реюньон, а также пересекающий в Индийском океане участок, исключительные права на разведку полиметаллических сульфидов в котором получила Южная Корея по контракту от 24.06.2014. Второй участок находится в Тихом океане, он зарезервирован за Органом для разработки полиметаллических марганцевых конкреций. Его пересекает кабель HONOTUA, проложенный в 2009 г. и принадлежащий ОРТ «Французская Полинезия». Кабель соединяет Гавайи и Французскую Полинезию [Lodge M., Le Gurun G., Burnett D., De Juvigny A., 2015: 10].

Учитывая активную позицию России в отношении разработки ресурсов Района, нельзя исключать ситуацию, в которой на полученных участках также окажутся подводные кабели, или кабельные компании выразят инициативу проложить новые кабели на участках, зарезервированных под разработку ресурсов морского дна. Однако ситуация в отношении пересечения интересов кабельных компаний и подрядчиков практически остается вне поля регулирования Конвенции 1982 г. Она не устанавливает путей предупреждения или разрешения возможных споров, не предусматривает практических мер к снижению риска нанесения ущерба. При этом, с одной стороны, стоимость ремонта подводных кабелей может составлять 1 млн. и более долларов [Lodge M., Le Gurun G., Burnett D., De Juvigny A., 2015: 17], с другой, обладатели исключительных прав на разведку (в последующем — на разработку ресурсов морского дна) могут расценивать прокладку нового кабеля на участке действия их исключительных прав как нарушение или ущемление последних.

Положения Конвенции 1982 г. в отношении этой ситуации не отдают приоритета никому. Статьи 87 и 112 Конвенции признают право всех государств свободно прокладывать подводные кабели и трубопроводы по дну открытого моря за пределами континентального шельфа. Прибрежное государство использует свободы, «должным образом учитывая права» государств, осуществляющих закрепленные Конвенцией права в отношении деятельности в Международном районе морского дна¹⁵.

Конвенция 1982 г. разграничивает понятия «деятельность в Районе» и «общее поведение в Районе». Деятельность в Международном районе морского дна означает все виды разведки и разработки морского дна (в соответствии со ст. 1), а все остальные действия, в том числе деятельность по прокладке подводных кабелей, регулируются ст. 138 «Общее поведение госу-

¹⁵ Конвенция 1982 г. (ст. 87 (2)).

дарств в Районе». Последняя указывает, что оно определяется не только положениями Конвенции 1982 г., но и принципами, воплощенными в Уставе ООН, и другими нормами международного права в интересах поддержания мира и безопасности и содействия международному сотрудничеству и взаимопониманию в этом морском пространстве. Прокладка подводных кабелей чаще всего осуществляется в рамках международного сотрудничества, а ее целью является поддержание информационной безопасности и стабильной связи. Конвенция 1982 г. также выделяет «другую деятельность в морской среде». Статья 147 (п. 1), посвященная их соотношению, указывает, что деятельность в Районе осуществляется «с разумным учетом другой деятельности в морской среде», а п. 3, наоборот, требует разумного учета «деятельности в Районе» при осуществлении деятельности в морской среде. Работа кабельных судов по прокладке и поддержанию функционирования подводных кабелей также может относиться к «другой деятельности в морской среде».

Теоретически возможны две ситуации, когда интересы контракторов (или Органа) и кабельных компаний пересекаются, и появляется необходимость их согласовывать. Первая — когда на участке контрактора обнаруживается пролегающий подводный кабель. Вторая — когда кабельная компания планирует проложить кабель через участок, выделенный (или выделяемый) на разведку (разработку).

3. Роль международных организаций в решении конфликта интересов кабельных компаний и контракторов

В связи с проблемой конфликта интересов Международный комитет по охране подводных кабелей и Орган организовали в 2015 году встречу с участием некоторых кабельных компаний и контракторов. Они исходили из необходимости интерпретации содержащихся в Конвенции 1982 г. понятий «должного учета» или «разумного учета» [Lodge M., Le Gurun G., Burnett D., De Juvigny A., 2015: 10]. В итоговом документе встречи (Техническое исследование №14) указывается, что «должный учет» со стороны какой-либо из указанных сторон требует уведомления, прямого или косвенного, а затем консультаций между заинтересованным владельцем кабеля и контрактором.

Среди практических мер, которые следует отметить в Техническом исследовании и которые можно применить для уменьшения риска повреждения подводных кабелей в местах добычи полезных ископаемых, фигурирует создание «кабельных коридоров». Эта мера означает запрет вести добычу на определенном расстоянии от кабеля. Такой коридор мог бы иметь ширину 500 м и более, в зависимости от точности информации о нахождении кабеля.

Однако это разумное положение, возможно, не будет одобрено контракторами, так как сокращает возможности добычи.

Представляется правильной выработанная позиция, согласно которой способствовать предупреждению взаимного пересечения интересов, а также его обнаружению и запуску переговорного процесса будет обмен информацией о границах участков Района, на которых контракторам предоставляются исключительные права в местах прохождения кабелей. Такая информация обнародуется Органом¹⁶. Что касается нахождения подводных кабелей, то обычно их владельцы, опасаясь повреждения кабеля, передают информацию о новом кабеле в национальные гидрографические органы, которые обозначают их на картах, как правило, волнистой пурпурной линией и передают морякам и другим заинтересованным пользователям. В России Министерство обороны публикует информацию для мореплавателей — «Notices to mariners», где отражены возможные опасности для навигации, в том числе подводные кабели¹⁷. В прибрежных водах карты выдаются в районах интенсивной деятельности, например, в рыбопромысловых районах. Однако нет точных карт о пролегании подводных кабелей на глубине свыше 2000 м и в открытом море. Такая практика была рекомендована Международной гидрографической организацией (МГО)¹⁸. Во время встречи было указано на полезность обращения к МГО с просьбой рассмотреть вопрос о выдаче рекомендации по составлению карт с указанием положения кабелей на дне контрактных районов [Lodge M., Le Gurun G., Burnett D., De Juvigny A., 2015: 27–28]. Сюда также следует добавить и дно зарезервированных Органом районов.

Спустя год после выдвижения предложения Международная гидрографическая организация и Орган заключили Договор о сотрудничестве¹⁹, в котором среди направлений сотрудничества есть разработка совместимых цифровых форматов, которые Орган предоставляет МГО для отражения зарезервированных контракторами областей. Также отмечается разработка составления карт, направленных на устранение опасностей, связанных с од-

¹⁶ См.: <https://www.isa.org.jm/maps> (дата обращения 11.08.2018)

¹⁷ См. : // URL: <https://structure.mil.ru/structure/forces/hydrographic/info/notices.htm> (дата обращения 11.08.2018)

¹⁸ Международная гидрографическая организация (МГО) — межправительственная консультативная и техническая организация. В ее цели входит координация деятельности национальных гидрографических органов, обеспечение максимально единообразия в морских картах и документах и др. Россия является членом организации. См.: <http://www.iho.int/srv1/index.php?lang=fr> (дата обращения 16.08.2018)

¹⁹ Договор о взаимном сотрудничестве между Международной гидрографической организацией и Международным органом по морскому дну. Заключен 14.07.2016 в Кингстоне См.: <https://www.isa.org.jm/files/documents/EN/Regs/IHO-AoS.pdf> (дата обращения 16.08.2018)

современной деятельностью нескольких субъектов в контрактных зонах²⁰. Вместе с тем рекомендации о составлении карт с учетом положения кабелей на дне контрактных районов пока не дано. Договор о сотрудничестве был заключен также между Международной гидрографической организацией и Международным комитетом по охране подводных кабелей²¹.

В 2015 году прозвучало предложение о создании двумя организациями (Международным комитетом по охране подводных кабелей и Органом) совместного кодекса поведения с практическими рекомендациями владельцам кабельных сетей и подрядчикам (их подрядчикам), но к настоящему времени оно осталось нереализованным. При этом каждая из организаций в отдельности принимает меры к преодолению возможного конфликта интересов. Так, в 2017 году Международный комитет по охране подводных кабелей принял важную Рекомендацию №17²². Цель этой рекомендации состоит в том, чтобы продвигать наилучшую практику «должного (разумного) учета» и облегчение рабочих отношений с Органом, подрядчиками и другими пользователями морского дна в Районе.

Рекомендация, как и Техническое исследование № 14, исходит из того, что должный учет (разумный учет), упомянутый в Конвенции 1982 г., предполагает два компонента. Первый — это уведомление о действиях в Районе, могущих привести к конфликту, а второй — осмысленное консультирование по мерам, связанным с минимизацией конфликтов.

Согласно рекомендации №17 заинтересованные кабельные компании должны направлять прямое (фактическое) или косвенное (конструктивное) уведомление пользователям морского дна о местонахождении кабеля. Что касается кабельных компаний, то в морских районах, глубины которых не превышают 2000 м, Международная гидрографическая организация дает рекомендации соответствующим национальным органам, чтоб они наносили местоположение кабелей на карты. В отношении более глубоких районов морского дна владельцы кабелей должны направлять самостоятельное, т.е. прямое уведомление. С практической точки зрения это означает, что список позиций маршрутов (RPL — route position list) для проложенного или предполагаемого кабеля в рамках участка, выделенного под разработку минеральных ресурсов, должен быть доставлен подрядчику, его подрядчикам и судам, вовлеченным в операции. Важно, чтобы официально заявленные

²⁰ Там же. П. (b), (g).

²¹ Memorandum of Understanding between International Hydrographic Organization and The International Cable Protection Committee (18.04.2016). См.: https://www.iho.int/mtg_docs/International_Organizations/MOU/IHO_ICPC.pdf <https://www.isa.org.jm/files/documents/EN/Regs/IHO-AoC.pdf> (дата обращения 16.08.2018)

²² ICPC Recommendation No. 17 Submarine Cable Operations in Deep Seabed Mining Concessions Designated by the International Seabed Authority, 31 May 2017.

списки позиций были запрошены именно у владельца кабеля или управления по обслуживанию, а на списки позиций из других источников не следует полагаться. Также предписано информацию из списков позиций маршрутов отправлять сертифицированной или зарегистрированной почтой или каким-либо другим способом, гарантирующим подтверждение физической доставки.

Уведомление со стороны подрядчика носит косвенный характер. Международный орган по морскому дну публикует на веб-сайте²³ координаты всех районов, в отношении которых заключены договоры. На веб-сайте также содержится информация о подрядчике и подрядчиках. Операторы кабельных судов, установщики подводных кабелей, морские геодезисты и владельцы кабелей должны свериться с сайтом до проведения операций в Районе. Орган в отношении новых заявок требует у заявителя подтвердить, что он принял меры для определения нахождения подводных кабелей в районах, которые запрашиваются в заявке. При этом члены Международного комитета по охране подводных кабелей должны помнить, что соблюдение такого нового требования Органа не может быть проверено, так как информация о границах участков и владельцах лицензий публикуется только после того, как Орган заключил договор, а подача заявки связана с коммерческой тайной и не является публичной²⁴. Соответственно, с веб-сайтом Органа следует сверяться при проведении предварительного исследования, обследования подводного кабеля и до его фактической прокладки, чтобы обладать последней доступной публичной информацией.

Когда уведомление было доставлено и возможен конфликт между добывающими и кабельными операциями, следует провести конструктивные консультации, чтобы полностью информировать друг друга о планируемых действиях и установить процедуры преодоления конфликтов. Рекомендация признает специфический характер каждой консультации, что обусловлено характеристиками добывающей и кабельной промышленности, факторами географии и океанографии. Обе стороны должны встретиться, обменяться соответствующими данными как по эксплуатации, так и по кабельным и добывающим работам, а также добросовестно соглашаться, если это возможно, на взаимоприемлемые предварительные и практически возможные механизмы и протоколы, в том числе в отношении осуществления текущей связи и безопасности. Ключевым элементом в конструктивных консультациях является то, что инженеры, руководители проектов и моряки с обеих сторон должны работать вместе, чтобы снизить риски причинения ущерба инфраструктуре друг друга.

²³ См.: <https://www.isa.org.jm/> (дата обращения 19.08.2018)

²⁴ ICPC Recommendation No. 17. P. 5.

В международном праве нет требования о достижении соглашения до начала работ по добыче или кабельных операций в Районе или в открытом море. Требование состоит в том, чтобы каждая сторона проявляла «должное уважение» к осуществлению прав другими лицами. Независимо от формального соглашения или неофициальной договоренности обе стороны должны предпринимать практические шаги и процедуры снижения риска имуществу друг друга. Рекомендация рассматривает две упомянутые выше ситуации: первая, когда Орган заключает договор в отношении участка, где проходит подводный кабель. В этой ситуации контрактор, уведомленный о наличии кабеля, должен действовать так, чтобы не повредить подводный кабель, обычно свободно проложенный на морском дне и незаглубленный. Если не будут приняты соответствующие меры, это будет являться нарушением Конвенции 1982 г. и общего морского права и позволит возместить затраты на ремонт кабеля, поврежденного при работах по добыче полезных ископаемых.

Вторая ситуация — когда планируется проложить подводный кабель в участке Района, в отношении которого Органом уже заключен договор. Так как активные операции по добыче полезных ископаемых, вероятно, будут связаны с крупномасштабными раскопками и нарушениями морского дна крупным оборудованием, находящимся в контакте с морским дном, и будут опасны для подводных кабелей, то в этом случае рекомендуется рассмотреть возможность изменения маршрута кабеля. В частности, как альтернатива может быть использована часть участка, оставляемая нетронутой для сравнительного экологического мониторинга воздействия работ по добыче на морскую среду или участки, являющиеся областями особого экологического интереса (предусматривается правилами Органа²⁵). В целом исследования показывают, что подводные кабели не наносят серьезного вреда окружающей среде [Burnett D., Carter L. 2017: 1–72]²⁶, поэтому их размещение с принятием мер предосторожности в «экологических» районах может быть

²⁵ См., напр., ISBA/18/A/11: <https://www.isa.org.jm/sites/default/files/files/documents/isba24-ltc-wp1-ru.pdf> (дата обращения 16.08.2018). Решение Ассамблеи Международного органа по морскому дну о Правилах поиска и разведки кобальтоносных железомарганцевых корок в Районе. Правило 33: Когда об этом просит Совет, такие программы [мониторинга] включают предложения об обозначении участков, предназначенных для обособления и исключительного использования в качестве рабочих эталонных полигонов и заповедных эталонных полигонов. Термин «рабочие эталонные полигоны» означает участки, используемые для оценки последствий деятельности в Районе для морской среды и имеющие типичные для Района экологические характеристики. Термин «заповедные эталонные полигоны» означает участки, в которых добыча не производится, с тем чтобы обеспечить типичность и ненарушенность биоты морского дна для оценки любых изменений в биоразнообразии морской среды.

²⁶ См. также: OSPAR Commission, 2009. Assessment of Environmental Impact of Cables. Publication N 437/2009 // http://qsr2010.ospar.org/media/assessments/p00437_Cables.pdf (дата обращения 19.08.2018)

разумно. Критерии успешной договоренности подрядчика и владельца кабеля должны включать минералы, оборудование, используемое для добычи ресурсов, физические характеристики морского дна, глубину воды, исторически прогнозируемую погоду, нарушения, вызванные работами по добыче, операции в морской среде и расчетное местоположение подводного кабеля на безопасных расстояниях, рекомендованных для избегания ремонта (т.е. на расстоянии вдвое больше глубины воды в месте залегания кабеля). Поскольку эти факторы будут существенно различаться в каждом случае, стандартного соглашения рекомендация не содержит.

Хотя ремонт подводных кабелей в открытом море встречается не часто и, главным образом, из-за природных явлений, таких как землетрясения и оползни, Рекомендация № 17 отмечает его возможное проведение. В этом случае уведомление и консультации должны проводиться в соответствии с протоколом, уже установленным при прокладке кабеля, или, если такового нет, в соответствии с «конструктивными консультациями», начатыми сразу после возникновения неисправности. После завершения ремонта изменения в RPL должны быть переданы заинтересованным лицам путем соответствующего уведомления. При планировании ремонта подводного кабеля в районе, где осуществляются операции по добыче, следует рассмотреть направление ремонтных работ, поскольку они могут быть обширны и занимать значительную площадь морского дна. Восстановление неработающих подводных кабелей требует аналогичного уведомления и содержательной консультации от проводящей работы компании.

Что касается Международного органа по морскому дну, то он, в свою очередь, в 2018 г. принял «Проект правил разработки минеральных ресурсов»²⁷, включивший правила, указывающие, что проложенный на морском дне подводный кабель должен быть учтен заявителем и не может быть «потревожен» деятельностью в Районе. В частности, юридическая и техническая комиссия определяют, предусматривает ли план работ осуществление добычной деятельности с разумным учетом прочих видов деятельности в морской среде, включая, в частности, судоходство, прокладку подводных кабелей и трубопроводов, рыболовство и морские научные исследования (Проект правила 13). Подрядчики должны вести разработку с разумным учетом иной деятельности в морской среде, в том числе каждый подрядчик обязан проявлять должную осмотрительность во избежание повреждения подводных кабелей и трубопроводов (Проект правила 33). Подрядчик не приступает к разработке и не продолжает ее, если разумно предположить, что это может вызвать инцидент, способствовать таковому или помешает эффективному устранению его последствий. К инцидентам Проект относит

²⁷ См.: <https://www.isa.org.jm/sites/default/files/files/documents/isba24-ltcwp1-ru.pdf> (дата обращения 16.08.2018)

в том числе ситуацию, когда деятельность в Районе повреждает подводный кабель²⁸. О контакте с подводным кабелем контрактор обязан уведомлять генерального секретаря Органа и поручившееся государство.

Заключение

Деятельность по прокладке подводных кабелей и деятельность в Районе, несмотря на различия в длительности международно-правового регулирования и на неодинаковый объем «внимания» со стороны международного права, являются равнозначными видами использования Мирового океана и его дна. Международным подводным кабелям стали уделять внимание начиная с XIX века, на столетие раньше регулирования разработок глубоководных ресурсов Района. С точки зрения современного значения подводных кабелей следует согласиться, что они действительно служат всему человечеству. Если рассмотреть систему подводных кабелей во всем мире, то они распределяют телекоммуникации по всему земному шару, при этом охватывая государства, не имеющие выхода к морю, через последующую систему наземных кабелей. При этом международно-правовое регулирование прокладки и использования подводных кабелей скромно по объему, оно укладывается в один из элементов принципа свободы открытого моря. Подводные кабели остаются «заброшенной» [Burnett D., 2010: 16] областью морского права. В отношении деятельности в Районе (которая толком не началась, и неизвестно, получит ли человечество от нее «ощутимое благо») Конвенция 1982 г. закрепила концепцию «общего наследия человечества», согласно которой ресурсы Района должны быть использованы на благо всего человечества. К настоящему времени объем международно-правового регулирования и внимание к этому виду деятельности значительно возросли. Конвенция 1982 г. указывает, что владельцы кабелей и контракторы имеют равные права на осуществление деятельности в Международном районе морского дна. Приближается время, когда разработка ресурсов морского дна за пределами континентального шельфа станет реальностью. Однако уже сейчас при разведке и тем более — в будущем при совмещении этих видов деятельности в районах исключительных прав, возможно причинение ущерба. Конвенция 1982 г. предусматривает должный (разумный) учет деятельности друг друга. Практически это переносит решение проблемы пересечения этих видов деятельности на тех, кто непосредственно занят в кабельной индустрии и контракторов (их субподрядчиков). России, как поручившемуся государству, а

²⁸ Дополнение 1 употребление терминов и сфера применения. Добавление 1: События, подлежащие уведомлению. Проект правил разработки минеральных ресурсов. ISBA/24/LTC/WP.1. См.: <https://www.isa.org.jm/sites/default/files/files/documents/isba24-ltcwp1-ru.pdf> (дата обращения 16.08.2018)

также российским органам и организациям, занятым деятельностью в Районе, следует рекомендовать предусматривать в соглашениях с заинтересованными лицами процедуры снижения риска причинения ущерба, а также принимать меры к предотвращению спорных ситуаций.

Библиография

Гусева Е. История подводного кабелестроения // Кабель-news. 2010. № 4. Available at: URL: http://www.ruscable.ru/print.html?p=/article/Istoriya_podvodnogo_kabelestroeniya/ (дата обращения 11.10. 2017)

Коломбос Д. Международное морское право. М.: Прогресс, 1975. 782 с.

Колодкин А.Л., Гуцуляк В.Н., Боброва Ю.В. Мировой океан. Международно-правовой режим. Основные проблемы. М.: Статут, 2007. 637 с.

Пешков И.Б. Подводные кабели: современное состояние и тенденции развития. Обзор // Наука и техника. 2013. С. 9–15.

Burnett D. Panel III: Submarine Cables — Critical Infrastructure. The Law of the Sea Convention. 2012, vol. 15, ph. 77–79.

Burnett D. Submarine Cables on the Continental Shelf. The Regulation of Continental Shelf Development. Center for Oceans Law and Policy. 2013, vol. 17, pp. 53–70.

Burnett D., Carter L. International Submarine Cables and Biodiversity beyond National Jurisdiction. The Cloud is Beneath the Sea. New York: Martinus Nijhoff Publishers, 2017. 72 p.

Burnett D., Davenport T., Beckman R. Submarine Cables: The Handbook of Law and Policy. New York: International Martinus Nijhoff, 2014. 437 p.

Beckman R. Submarine Cables. A Critically Important, but Neglected Area of the Law of the Sea / VII International Conference on Legal Regimes of Sea, Air, Space and Antarctica, 2010. Available at: <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2010/01/Beckman-PDF-ISIL-Submarine-Cables-rev-8-Jan-10.pdf> (дата обращения 11.10. 2017)

Carter L., Burnett D., Drew S., Marle G., Hagadorn L., Bartlett-McNeil D., Irvine N. Connecting the World. Submarine Cables and the Oceans. 2009, no 31. Available at: http://www.iscpc.org/publications/ICPC-UNEP_Report.pdf (дата обращения 11.10. 2017)

Drew S. Submarine Cables and other Maritime Activities. Submarine Cables and the Oceans. 2009, no 31, pp. 43–48.

Green M., Burnett D. Security of International Submarine Cable Infrastructure: Time to Rethink? Legal Challenges in Maritime Security. 2008, vol. 15, pp. 557–584.

Lodge M., Le Gurun G., Burnett D., De Juvigny A. Submarine Cables and Deep Seabed Mining-Advancing Common Interests and Addressing UNCLOS Due Regard Obligations. ISA Technical Study. 2015, no. 14, pp. 5–56.

OSPAR Commission. Assessment of Environmental Impact of Cables. Publication 437/2009. Available at: http://qsr2010.ospar.org/media/assessments/p00437_Cables.pdf (дата обращения 11.10.2017)

Perez-Alvaro E. Unconsidered Threats to Underwater Cultural Heritage: Laying Submarine Cables. 2013. Available at: <http://www.rosetta.bham.ac.uk/issue14/perezalvaro.pdf> (дата обращения 11.10. 2017)

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 1

Laying Submarine Cables and Development of Mineral Resources of Seabed: “at Crossroads of Equivalent Roads”



Mariya A. Rylova

Associate Professor, Moscow Lomonosov State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: Bldg.13, 1 Leninskie Gory, Moscow 119991, Russian Federation. E-mail: mkoss@yandex.ru



Daria A. Shvets

Postgraduate Student, University Pompeu Fabra. Address: 25-27 Ramon Trias Fargas, Barcelona 08005, Spain. E-mail: daria.shvets01@estudiant.upf.edu



Abstract

This article addresses the interaction between two important rights established by the United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 — the right to lay submarine cables and the right to explore and exploit mineral resources of the seabed. The activity of laying and using submarine cables have been bringing economic and social values for a long time already and became an object of international legal regulation which is, though, to date cannot be considered as developed and comprehensive. In contrast, the history of international legal regulation of the exploration of mineral resources of the seabed is relatively short. Inside states' maritime zones this activity is regulated by domestic rules while beyond states' maritime zones there is a possibility of conflict between interests of cable industry representatives and those entities who are engaged in the activity related to extraction of mineral resources of the seabed. Gradually increasing activity in the international seabed area could lead to potential conflicts between cable companies laying submarine cables and subjects developing mineral resources of the seabed since both businesses are conducted at the same sites of the seabed. The United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 does not give a priority to any of the activity in the international seabed area and there is no guideline on how the potential disagreement between cable company and contractor shall be resolved. In this article, the authors explore collaboration on how this gap can be filled by the alternative means other than changing the text of the Convention mentioned.



Keywords

international law; sea; submarine cables; International Seabed Authority; International Cable Protection Committee; United Nations Convention on the Law of the Sea.

For citation: Rylova M.A., Shvets D.A. (2019) Laying Submarine Cables and Development of Mineral Resources of Seabed: “at Crossroads of Equivalent Roads”. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 232–250 (in Russian)

DOI: 10.17-323/2072-8166.2019.1.232.250



References

Beckman R. (2010) Submarine cables — critically important but neglected area of the law of the sea. *International Conference on Legal Regimes of Sea, Air, Space and Antarctica*.

Available at: <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2010/01/Beckman-PDF-ISIL-Submarine-Cables-rev-8-Jan-10.pdf> (accessed: 11.10.2017)

Burnett D. (2012) Panel III: Submarine cables, critical infrastructure. *The Law of the Sea Convention*, vol. 15, pp. 77–79.

Burnett D. (2013) Submarine cables on the continental shelf. *The Regulation of Continental Shelf Development*, vol.17, pp. 53–70.

Burnett D., Carter L. (2017) *International submarine cables and biodiversity beyond national jurisdiction – the cloud is beneath the sea*. New York: Martinus Nijhoff Publishers, 72 p.

Burnett D., Davenport T., Beckman R. (2014) *Submarine cables: handbook of law and policy*. New York: Martinus Nijhoff, 437 p.

Carter L. et al. (2009) Submarine cables and the oceans. Available at: http://www.iscpc.org/publications/ICPC-UNEP_Report.pdf (accessed: 11.10.2017)

Drew S. (2009) Submarine cables and other maritime activities. *Submarine Cables and the Oceans*, no 31, pp. 43–48.

Green M., Burnett D. (2008) Security of international submarine cable infrastructure: time to rethink? *Legal Challenges in Maritime Security*, vol. 15, pp. 557–584.

Guseva E. (2010) The history of submarine shipbuilding. *Kabel-news*, no 4. Available at: URL:http://www.ruscable.ru/print.html?p=/article/Istoriya_podvodnogo_kabelestroeniya/ (accessed: 11.10.2017) (in Russian)

Kolombos D. (1975) [International Maritime Law]. Moscow: Progress. 782 p. (in Russian)

Kolodkin A.L., Gutsulyak V.N., Bobrova Yu.V. (2007) [Global Ocean. International Law Issues]. Moscow: Statut, 637 p. (in Russian)

Lodge M., Le Gurun G., Burnett D., De Juvigny A. (2015) Submarine cables and deep seabed mining-advancing common interests and addressing UNCLOS “Due regard” obligations. *ISA Technical Study*, no 14, pp. 5–56. 7

OSPAR Commission (2009) Assessment of environmental impact of cables. Publication N 437. Available at: http://qsr2010.ospar.org/media/assessments/p00437_Cables.pdf (accessed: 11.10.2017)

Peshkov I.B. (2013) [Undersea cable: current situation and future development]. *Nauka i tekhnika*, pp. 9–15 (in Russian)

Perez-Alvaro E. (2013) Unconsidered threats to underwater cultural heritage: laying submarine cables. Available at: <http://www.rosetta.bham.ac.uk/issue14/perezalvaro.pdf> (accessed: 11.10.2017)

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой. «Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных:

Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

АВТОРАМ

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113

Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации УДК.

Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

ДЛЯ ЗАМЕТОК

ДЛЯ ЗАМЕТОК

ДЛЯ ЗАМЕТОК

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *В.С. Беззубцев*
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 18.03.2019. Формат 70×100/16

Усл. печ. л. 16,12. Тираж 500 экз.