

# Право

## Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

## Редакционный совет

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

## Редакционная коллегия

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

## Главный редактор

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

## Адрес редакции

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

## Адрес издателя

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

© НИУ ВШЭ, 2016

## ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

# 1/2016



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

### Правовая мысль: история и современность

#### И.В. Гетьман-Павлова

Наука международного частного права: Жан Николя Гёртиус ..... 4

#### П.Н. Дудин

Генезис монгольского права и его взаимодействие с китайским правом (XIII в. — начало XX в.) ..... 21

#### И.В. Орехов

Проблемы классификации субинститутов права ..... 37

### Российское право: состояние, перспективы, комментарии

#### Н.А. Тарабан

Судебный конституционализм и российское избирательное право на современном этапе ..... 48

#### А.Я. Петров

Охрана труда: о новой концепции института трудового права России ..... 58

#### О.С. Беседина

Оспаривание условий трудового договора в деле о банкротстве ..... 72

#### Г.А. Есаков

Причинная связь в сложных ситуациях: уголовно-правовая наука и судебная практика ..... 81

#### К.А. Цай

Неклассическая экстерриториальность уголовного закона (в контексте Федерального закона от 05.05.2014 г. № 91-ФЗ) ..... 103

#### О.В. Чумакова

Бесплатная юридическая помощь по делам об административных правонарушениях ..... 112

#### С.В. Сорокин

Особенности прокурорского надзора за исполнением законов о рекламе в границах национальных парков (на примере Национального парка «Лосиный остров») ..... 121

### Право в современном мире

#### А.Н. Козырин

Временный ввоз в таможенном законодательстве ЕАЭС: таможенная процедура и ее налоговые последствия ..... 130

#### Ю.С. Ромашев, Н.В. Остроухов

Миграция на море: международно-правовые и организационные проблемы .... 149

#### Н.П. Бухарина

Понятие и признаки коррупции в международных правовых актах ..... 166

#### О.В. Кирилук

Международно-правовые основы саморегулирования в киберпространстве ..... 177

#### W. Däubler

Challenges to Labour Law ..... 189

#### L. Sasso

Certain Comparative Notes on Electronic Contract Formation ..... 204

Рецензии ..... 220

# Law

## JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

### Publisher

National Research  
University Higher School  
of Economics

### Editorial Council

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

### Editorial Board

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

### Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya  
(HSE, Russian Federation)

### Address:

3 Bolshoy Triohsviatitelsky Per.,  
Moscow 109028, Russia

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

# 1/2016



ISSUED QUARTERLY

### Legal Thought: History and Modernity

#### I.V. Get'man-Pavlova

Science of International Private Law: Johann Nikolaus Hert .....4

#### P.N. Dudin

Genesis of Mongolian Law and Its Interaction with Chinese Law  
(13th — early 20th centuries) .....21

#### I.V. Orekhov

Issues of Classifying Subinstitutes of Law .....37

### Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

#### N.A. Taraban

Judicial Constitutionalism and Russian Electoral Law .....48

#### A.Ya. Petrov

Labour Protection: A New Concept of Russian Labour Law .....58

#### O.S. Besedina

Challenging Conditions of Labour Contract in Bankruptcy .....72

#### G.A. Esakov

Causation in Non-Ordinary Situations: Case Law and Criminal Law Theory .....81

#### K.A. Tsay

Non-Classical Extraterritoriality of Criminal Law (in Context of the Federal  
Law of May 5, 2014 № 91-FZ) ..... 103

#### O.V. Chumakova

Free Legal Aid and Administrative Violations Cases ..... 112

#### S.V. Sorokin

Specifics of the Prosecutor Office Supervision over Implementation of Laws  
on Advertising in National Parks: Case Study of National Park Losiny Ostrov ..... 121

### Law in the Modern World

#### A.N. Kozyrin

Temporary Admittance in the Legislation of the Eurasian Economic Community:  
Customs Procedures and Tax Consequences ..... 130

#### Y.S. Romashev, N.V. Ostroukhov

Migration by Sea: International Legal and Organizational Issues ..... 149

#### N.P. Bukharina

Concept and Indications of Corruption in Acts of International Law ..... 166

#### O.V. Kyrlyiuk

International Law Basis for Self-Regulation in Cyberspace ..... 177

#### W. Däubler

Challenges to Labour Law (in English) ..... 189

#### L. Sasso

Certain Comparative Notes on Electronic Contract Formation (in English) ..... 204

Book Review ..... 220

---

# Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

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

**The objectives of the journal include:**

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

**The following key issues are addressed:**

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

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

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

# Наука международного частного права: Жан Николая Гертиус<sup>1</sup>



**И.В. Гетьман-Павлова**

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



## Аннотация

Объектом исследования настоящей статьи является теория международного частного права, разработанная в труде немецкого ученого XVII века Жана Николая Гертиуса. В статье анализируются его основные доктринальные построения, правила разрешения конфликтов законов, их значение и актуальность для современного МЧП. Фигура Жана Николая Гертиуса занимает центральное место в немецкой теории статутов. Способы разрешения конфликтов разнонациональных законов, предложенные этим ученым, предопределили развитие немецких коллизионных доктрин XIX–XX веков; разработанные им практические решения закреплены в современном законодательстве и судебной практике. Однако конфликтная теория Гертиуса противоречива, отличается двойственностью, жизненные примеры не вписываются в жесткие теоретические категории. В статье сделан вывод, что при всей критике теоретических построений Гертиуса необходимо признать его весомую положительную роль в развитии доктрины МЧП. Он обогатил терминологический аппарат МЧП, впервые предложил термины «коллизии законов», «коллизионное право», которые восприняты судебной практикой, законодательством и доктриной большинства стран мира. Три правила Гертиуса — это, по существу, три варианта иностранного элемента (субъект, объект, факт), которые нужно выявить и оценить с точки зрения выбора компетентного законодательства. Сконструированные им 63 казуса охватывают право лиц, деликты, наследование, имущественные права супругов, контракты, процесс — т.е. все сферы, в которых могут возникнуть конфликты законов. В своей диссертации Гертиус практически исчерпывающим образом отразил все потенциальные коллизионные ситуации. Он подтвердил «классическое» понимание смешанных статутов как законов о форме юридических действий; утверждал обязанность применения иностранного права; указывал на необходимость унификации местных законов для ликвидации интерлокальных коллизий. Все эти результаты обладают высокой значимостью и, несмотря на то, что в своей теории «Гертиус является жертвой различных, порой несовместимых влияний», его такт практически всегда помогал ему находить правильные коллизионные решения.



## Ключевые слова

международное частное право, доктрина, Германия, конфликтное право, теория статутов, коллизии законов, международная вежливость, применение иностранного права, Жан Николая Гертиус.

Библиографическое описание: Гетьман-Павлова И.В. Наука международного частного права: Жан Николая Гертиус // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 1. С. 4–20.

JEL: K33; УДК: 341.91

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.4.20

<sup>1</sup> Настоящая статья подготовлена в ходе исследования № 15-01-0025 программы Научного фонда Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ) в 2015–2016 гг. и с использованием субсидии на государственную поддержку ведущих университетов России в целях повышения их конкурентоспособности среди ведущих мировых научно-образовательных центров, выделенной НИУ ВШЭ.

## Введение

Теория статутов — единственная теория международного частного права (далее — МЧП) в течение почти 500 лет (начало XIV — конец XVIII вв.) — не привлекает особого внимания современных российских исследователей. Действительно, по этому вопросу написано много, и принято считать, что теория статутов исследована исчерпывающим образом. При этом уместно напомнить, что в российской литературе данная проблематика анализировалась, в основном, в работах дореволюционных ученых<sup>2</sup>. Кроме того, в теории статутов принято выделять три школы: итальянскую, французскую и голландскую. Немецкая доктрина МЧП XV–XVII вв. как самостоятельная школа в теории статутов не выделяется, и вклад немецких статутариев в развитие учения о коллизии законов исследуется только в немецкой литературе<sup>3</sup>. Настоящая статья призвана частично восполнить этот пробел.

Самое известное имя в немецкой теории статутов — это имя ученого XVII века Жана Никола Гертиуса. Его конфликтная теория предопределила развитие немецких коллизионных доктрин XIX–XX веков; его практические решения закреплены в современном законодательстве; творчество этого ученого по-прежнему актуально и заслуживает внимательного и подробного изучения.

**Жан Никола Гертиус** (Jean Nicolas Hertius) родился 6 октября 1652 г. в Нидерклене, умер 19 сентября 1710 г. в Гиссене. Сын министра, получил прекрасное домашнее образование. В 1664 г. поступил в гимназию, а в 1667 г. — в университет Гиссена. Учился в университетах Йены, Лейпцига и Виттенберга. В 1676 г. вернулся в Гиссен, где получил степень лицензиата права, стал адвокатом при княжеском дворе и читал лекции в университете. В 1683 г. стал экстраординарным профессором права, в 1686 г. получил степень доктора и должность ординарного профессора на юридическом факультете, которую занимал до 1702 г. С 1703 г. служил ассессором в придворном совете Гиссена, в 1707 г. стал членом городского совета, в 1710 г. был избран на должность ректора университета.

Гертиус — один из основоположников анализа права с философских и исторических позиций. В его исследованиях много отсылок к римскому и старонемецкому феодальному государственному и ленному праву, в гражданском и естественном праве он акцентирует внимание на философских аспектах этих отраслей. Опираясь на теории Цицерона и Лейбница о всечеловеческом обществе, ученый считает, что между людьми установлена общность права<sup>4</sup>.

Гертиус — единственный из немецких авторов XV–XVII вв., написавший специальную и «основательную» диссертацию о столкновениях разнонациональных законов

<sup>2</sup> См. прежде всего: *Мандельштам А.Н.* Гаагские конференции о кодификации международного частного права. Т. I. СПб., 1900. 283 с. // СПС Консультант Плюс; *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права. М. 1915. 105 с. // СПС Гарант.

<sup>3</sup> См.: *Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert. Band 2: Materialien, Übersetzungen, Anmerkungen / Hrsg. v. C. von Bar u. P. Dopffel.* 2001. XXVI, 758 S. // URL: <https://books.google.ru/books?id=d3VVKaXcGgUC&pg=PR1&lpg=PR1&dq=Deutsches+Internationales+Privatrecht+im+16.+und+17.+Jahrhundert&source> (дата обращения: 05.01.2016); *Gutzwiller M.* Geschichte des Internationalprivatrechts. Basel u. Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn, 1977. XVIII, 326 S. // URL: <http://books.google.com/> (дата обращения: 05.01.2016)

<sup>4</sup> См.: *Laurent F.* Droit civil international. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1880. Т. I. 684 p. // URL: <http://books.google.com/> (дата обращения: 05.01.2016)

(*Dissertatio de collisione legume* (1688))<sup>5</sup>, которая являет собой настоящий трактат по конфликтному праву. Именно он ввел в мировой юридический оборот термин «коллизии законов», составивший название его диссертации<sup>6</sup>. В XIX в. немецкие юристы говорили о Гертюсе как о величине, равной Бартоло да Сассоферрато или Иоанну Вуту<sup>7</sup>. Российский ученый М.И. Брун называл его важнейшим из писателей XVII века<sup>8</sup>.

При этом в другой работе М.И. Брун писал, что Гертюс — это «на редкость бездарный и тяжеловесный писатель»<sup>9</sup>, «малосамостоятельный, удручающий своим изложением, сумбурный в своих заключениях, который повторял только то, что уже сказали другие»<sup>10</sup>. Такого же мнения придерживался и А.Н. Макаров: «Конфликтная теория Гертюса... автора утомительно тяжеловесного, в существенных своих основах идет от д'Аржантре»<sup>11</sup>. Итальянский исследователь Н. Рокко утверждал, что Гертюс набросал только сухие и жалкие основы науки. Соглашаясь с ним, немецкий ученый Е. Ландсберг остроумно заметил, что, «быть может, Гертюса перед судом истории оправдывает то, что у него была необыкновенно сварливая жена, которая отравила ему жизнь»<sup>12</sup>.

Подобные оценки сложились в литературе второй половины XIX — начала XX вв. благодаря К.Г. Вэхтеру, который был убежден, что Гертюс по существу только повторил теорию своего современника Генриха фон Кокцейна<sup>13</sup>. Немецкая теория статутов была известна в Европе XIX века исключительно по работам самого Вэхтера, и вслед за ним другие ученые поддержали нелестную оценку трактата Гертюса. Действительно, содержание его учения очень сильно напоминает теорию Кокцейна<sup>14</sup>. Нельзя отрицать, что Гертюс чрезвычайно много перенял у Кокцейна, и ключевые положения обоих авторов совпадают. Оба пользуются методологией статутариев и мыслят в их категориях, что позволило Вэхтеру утверждать: «Кокцейн и Гертюс относятся к главным защитникам известной теории, которую они хотя формально и отбрасывали, но положили в основу

<sup>5</sup> См.: Köbler G. Zielwörterbuch europäischer Rechtsgeschichte. 2 Aufl. B., 2004. 896 S. // <http://www.koeblergerhard.de/Zielwoerterbuch5.htm> (дата обращения: 05.01.2016)

<sup>6</sup> См.: Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert. Band 2.

<sup>7</sup> См. об этом: Брун М.И. Право- и дееспособность физического лица в конфликтном праве. М., 1915. 100 с. // СПС Гарант.

<sup>8</sup> См.: Брун М.И. Международное частное право: Курс лекций. М., 1911. 276 с. [Электронный ресурс РГБ.]

<sup>9</sup> Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

<sup>10</sup> Брун М.И. Право- и дееспособность физического лица в конфликтном праве.

<sup>11</sup> Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М.: Юрид. изд-во НКЮ РСФСР, 1924. 146 с.

<sup>12</sup> Цит. по: Meili F. Civil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis. I Band. Zurich: Art. Institut Orell Fussli, 1902. 407 S. // URL: <http://books.google.com/> (дата обращения: 05.01.2016)

<sup>13</sup> Одновременно сам Вэхтер именно Гертюса называет своим предшественником. См.: Wächter K.G. Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten / Sammelband von Beiträgen aus dem 19. Jahrhundert. Frankfurt, 1841. 79 S.

<sup>14</sup> О теории Генриха фон Кокцейна и других ученых — предшественниках Гертюса в доктрине конфликтного права см., напр.: Брун М.И. Очерки истории конфликтного права; Мандельштам А.Н. Гаагские конференции о кодификации международного частного права. Т. I. СПб., 1900. 283 с.; Мережко А.А. Наука международного частного права: история и современность. Киев: Таксон, 2006. 356 с.; Ancel B. Histoire du droit international privé. P: Universite Pantheon-Assas (Paris II), 2008. 196 p. // URL: [http://www.u-paris2.fr/44834992/0/fiche\\_document/&RH=COURS\\_TD](http://www.u-paris2.fr/44834992/0/fiche_document/&RH=COURS_TD) (дата обращения: 05.01.2016); Gutzwiller M. Geschichte des Internationalprivatrechts.

своих размышлений»<sup>15</sup>. Тем не менее, в самых существенных своих рассуждениях (хотя бы в оригинальном порядке изложения материала) Гертюс является вполне самостоятельным писателем. В современной немецкой литературе подчеркивается, что «оба корифея, Гертюс и Кокцейн, объективно стоят в центре немецкой школы МЧП»<sup>16</sup>.

Для выстраивания собственной теории конфликтного права Гертюс основательно изучал, прежде всего, голландскую литературу; он цитирует многих французских и даже испанских авторов; итальянские и немецкие ученые не привлекают его внимания. В его диссертации (впервые в европейской науке конфликтного права!) дается краткий обзор истории этой науки. После упоминания «*Lex cunctos populous*» и глоссы «*Quod si Bononiensis*»<sup>17</sup> Гертюс называет «четырёх сведущих»: Бертрана д'Аржантре<sup>18</sup>, Никола Бургундуса, Христиана Роденбурга и Каспара Циглера<sup>19</sup>, к которым добавляет еще Павла Вута и Генриха фон Кокцейна. По мнению А. Лэне, такая «иерархия авторитетов» создает впечатление, что немецкий ученый, нимало не колеблясь, присоединяется к сторонникам трихотомии статутов<sup>20</sup>. Он даже подчеркивает «новизну» теории, предложенной д'Аржантре в 1584 г.: «Совсем недавно было установлено различие между реальными, персональными и смешанными статутами»<sup>21</sup>. На первый взгляд, Гертюс выступает ярким поборником «бретонской» теории в смысле, предложенном Бургундусом, не принимая более «современного» понимания тройственного деления законов, уже закрепленного в работах Павла Вута и Ульриха Губера.

Однако сам Гертюс с самого начала прямо и недвусмысленно дистанцировался от статутариев. О делении законов он отзывается с «пренебрежением»: «Многим понарилось бы различие реальных, личных и смешанных статутов; поистине удивительно, как для их определения ученые потеют»<sup>22</sup>. Цель нашей классификации (говорит он «величественно»<sup>23</sup>) отнюдь не статутарная. Наша цель — выяснить, что представляют собой коллизии законов и какой из законов является наиболее предпочтительным для их разрешения. После предварительного рассмотрения значения слова «коллизия» Гертюс рассматривает коллизии естественных законов между собой, затем

<sup>15</sup> Wächter K.G. Op. cit.

<sup>16</sup> Gutzwiller M. Op. cit.

<sup>17</sup> *Cunctos populous* — первые слова Конституции императоров Грациана, Валентиниана и Феодосия «Об утверждении веры в Святую Троицу» (380 г.), к которой была сделана знаменитая глосса «*Quod si Bononiensis*» («О болонце в Модене»), положившая начало науке международного частного права.

<sup>18</sup> Гертюс называет д'Аржантре «*virum summae eruditionis*» (человек большой учености, кладезь премудрости), который «так легко блуждает в таком широком материале». См.: Meili F. Op. cit..

<sup>19</sup> Каспар Циглер (1621–1690) — представитель немецкого реализма в теории статутов; первым в немецкой доктрине конфликтного права принял идею автономии воли сторон. Гертюс — единственный автор, кто придает такую значимость высказываниям Циглера о конфликтах законов. Из других немецких авторов Гертюс одобрительно относится к Вольфгангу Адаму Лотербаху, поддержавшему трихотомию статутов д'Аржантре.

<sup>20</sup> См.: Laine A. Introduction au droit international privé. P.: Librairie Cotillon, 1888. Т. I. 437 p. // URL: <http://books.google.com/> (дата обращения: 05.01.2016)

<sup>21</sup> Цит. по: Ibid.

<sup>22</sup> Цит. по: Брун М.И. Очерки истории конфликтного права. Эта «знаменитая» фраза Гертюса («*verum in his statutis definiendis mirum est quam sudent doctors*») цитируется всеми исследователями истории МЧП XIX — XXI вв. и у многих вызывает весьма ехидные замечания, например, у Ф. Мейли: «Сам он [Гертюс], конечно, вспотел меньше!» См.: Meili F. Die Doctrin des internationalen Privatrechts // Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht. 1891. N 1. S. 1–170.

<sup>23</sup> Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert. Band 2.



коллизии между позитивными и естественными законами, наконец, коллизии между позитивными законами.

«Позитивные законы коллидируют или в силу различных материальных предписаний, или в силу различной воли законодателей»<sup>24</sup>. Люди подчиняются верховной власти по одному из трех оснований (личность, имущество, действие); национальный суверен устанавливает три режима: обоснования для лиц, вещей и актов. Все люди являются субъектами этого тройного правила, поскольку лицо связано с территорией своего домициля, вещь — своего места нахождения, а исполнение акта зависит от законности транзакции: «Люди подвергаются действию трех сил: либо места жительства лица, либо места нахождения вещи, либо места совершения действия»<sup>25</sup>. Законы, изданные верховной властью, и муниципальные статуты имеют своим содержанием лицо, вещь или форму юридического действия. Эти три фактические ситуации можно сформулировать в три главных принципа.

Три принципа — каркас теории Гертюса. При этом он настойчиво подчеркивает, что его принципы — не аксиомы, подобные предложенным У. Губером; принципы Гертюса — это общие правила, которые в зависимости от конкретной ситуации терпят исключения. Ученый предлагает чрезвычайно детализированные объяснения условий, которые определяют, действуют ли эти правила. Он рассматривает 63 случая (которые в большинстве своем присутствуют в работах его предшественников и в судебной практике, но частично придуманы им самим<sup>26</sup>), направленных на уточнение сформулированных в диссертации дефиниций.

**Правило первое:** когда закон направлен на лицо, то надлежит принимать во внимание закон того государства, на территории которого лицо имеет постоянное местожительство. Важно, что закон прежде всего говорит о лице (*primario*), если он косвенно (*per consequentiam*) затрагивает имущество или действия — это не имеет значения. «Очевидное» основание данного правила в том, что личность подданного подчинена той верховной власти, «которой она себя подчинила», основав свой домициль. Законы о статусе и свойствах лица сопутствуют ему, куда бы оно ни отправилось, даже в случае эмиграции в другое государство: «Нельзя изменять метку (*notam*), однажды наложенную по закону домициля»<sup>27</sup>. Примеры: совершеннолетие, объявление лица недееспособным, обеспеченным или расточителем, опека, легитимация, право супружеского имущества и наследование по закону (презюмируется, что супруги и наследники предпочитают господство права места жительства). «Совершеннолетие, если оно основано на справедливости, регулируется законом домициля, как и легитимация путем последующего брака... Статут о способности завещать в пользу замужней дочери распространяется и на товары в других странах»<sup>28</sup>. Закон, который «метит или определяет свойство подданного», определяет и его право что-либо делать или не делать даже на чужой территории.

При наследовании по завещанию имеет значение то место жительства наследодателя, где он сам «как будто завещает по праву своей родины, и где это поведение считается

<sup>24</sup> Цит. по: *Ibid.*.

<sup>25</sup> Цит. по: *Gutzwiller M. Op. cit.*

<sup>26</sup> См.: *Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert. Band 2.*

<sup>27</sup> Цит. по: *Брун М.И. Право- и дееспособность физического лица в конфликтном праве.*

<sup>28</sup> Цит. по: *Gamillscheg F. Der Einfluss Dumoulin's auf die Entwicklung des Kollisionsrechts. Tübingen: De Gruyter : Mohr, 1955. 268 S. // URL: <http://www.worldcat.org/title/einfluss-dumoulin's-auf-die-entwicklung-des-kollisionsrecht/oclc/859580871> (дата обращения: 05.01.2016)*



как совершение молчаливого завещания, если это не противоречит обязательным законам места нахождения недвижимости»<sup>29</sup>. В XVIII и XIX вв. такой взгляд был полностью воспринят в Германии и обоснован в работах многих немецких ученых.

И свойства личности (правоспособность), и последствия этих свойств (дееспособность) всегда обсуждаются по закону домициля. Личные права устанавливаются законами, затрагивающими универсальный или специальный (права состояния) статус личности. Личные права возникают, с одной стороны, тогда, когда общий статус или правовое положение лица включены в определение статута; с другой стороны, в любых специальных независимых от вещей положениях»<sup>30</sup>. Такие законы должны быть «без каких-либо вещных дополнений». Это условие противоречит ранее сказанному о возможности «косвенной» вещной примеси; кроме того, оно «выглядит абсурдным, поскольку лицо не является абстрактным, а во всех правилах выступает исходным пунктом какой-то компетенции»<sup>31</sup>.

**Исключения:** *lex domicilii* отступает перед действием местных постановлений о земельных участках и толковании завещания. Личный статут не имеет значения, если речь идет о судьбе иностранных недвижимостей или о совершении юридических действий в иностранном государстве. *Lex domicilii* также не действует, «если та метка [однажды наложенная по закону домициля] влечет за собою привилегии, как во многих местах: дворянство; или если она противоречит публичному праву другого государства, напр., за границей протестант считается еретиком; такой закон у нас заслуженно не имел бы значения. Так, известно, что магистрат вне своей территории рассматривается, как частное лицо»<sup>32</sup>. Если свойство личности не является ее «постоянным качеством» (присвоение титула, статус «сына семейства»), такое свойство не имеет экстерриториального эффекта.

Однако Гертюс не поясняет, по каким признакам свойства личности делятся на «непостоянные» и «постоянные». У него статус подопечного является непостоянным (что правильно), а статус опекуна или расточителя — постоянным (но этот статус — отнюдь не «природное» свойство личности, и может быть утрачен). Более того, и совершеннолетие может быть «непостоянным» свойством: «Тот, кто был здесь совершеннолетним, становится, переменяв домициль, малолетним»<sup>33</sup>. Вслед за Бургундусом немецкий ученый не проводит различия между свойствами личности и последствиями этих свойств. Весьма возможно, что в данном случае сказывается общее неприятие Гертюсом концепции Ульриха Губера, который к тому времени уже обозначил разницу между право- и дееспособностью для целей коллизии законов. В результате, по мнению М.И. Бруна, исключения из первого правила показывают, что «Гертюс не в силах справиться с трудностями, которые неизбежны, когда не различают конфликтных норм о правоспособности и о дееспособности»<sup>34</sup>.

**Правило второе:** если закон непосредственно (*directo*) говорит о вещи, то действует право места нахождения вещи. Закон касается вещей, «когда он налагает на них печать определенного свойства в отношении отчуждения или приобретения, например, закон, запрещающий продажу дедовских имуществ или требующий при продаже недвиж-

<sup>29</sup> Цит. по: Ibid.

<sup>30</sup> Цит. по: Gutzwiller M. Op. cit.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Цит. по: Брун М.И. Право и дееспособность физического лица в конфликтном праве.

<sup>33</sup> Цит. по: Там же.

<sup>34</sup> Там же.

мости судебного отречения»<sup>35</sup>. Закон о вещи применяется повсеместно и обязателен, в том числе для тех, кто за границей совершает сделки по поводу местных имуществ. Это правило основано на том, что верховная власть распространяется не только на лица, но и на все недвижимости на ее территории. Законы о вещах (как и публичные законы) являются законами первой степени. Примеры: исковая и приобретательная давность, завещательная право- и дееспособность подвластных сыновей, запрет завещаний между супругами, величина обязательной доли, наследственный узурфрукт, права привилегированных кредиторов на землю<sup>36</sup>.

Утверждая, что запрет на экспорт зерна имеет реальный характер и распространяется на иностранцев, Гertiус выдвигает «оригинальное обоснование», — фрукты на стебле являются частью почвы и имеют природу недвижимых вещей, так что по закону они не могут быть изъяты без каких-либо действий по разделению почвы<sup>37</sup>. Это особая категория вещей — квази-недвижимость, судьба которой обсуждается по *lex loci situs*.

**Исключения:** общее правило *lex loci situs* касается только земли, для движимого имущества (к которому относятся и права требования) действует закон места жительства собственника. Доказательство этого правила нужно искать в отношениях подданства. При банкротстве движимое имущество подчиняется *lex domicilii* должника по месту проведения конкурса. При этом во многих землях «туземцы» при банкротстве пользуются предпочтениями по сравнению с иностранцами, так, в 1591 г. к «верующему из Ульма отнеслись снисходительнее, чем к иностранцу»<sup>38</sup>. Кроме того, *lex loci situs* не применяется, если закон не отнимает свободы постановлять иное. Например, «законы о наследовании касаются вещей; однако часто эти законы не лишают свободы завещательных распоряжений; или, напр., часто феодальные владения переходят не по местному закону, а по клевскому, мюнстерскому, фульдскому и т.д.»<sup>39</sup>.

Жена, не имеющая права наследовать по законам своей родины, не может наследовать и в имуществах, которые лежат в области, по праву которой она может наследовать. Почему такой случай представляет собой исключение из правила *lex loci situs*, Гertiус не объясняет. По-видимому, он считает исключение жены из наследования фаворательным (благоприятствующим) распоряжением. Точно так же статут, принуждающий замужнюю дочь отказаться от наследства, будет действовать повсеместно, но только если это не противоречит закону места нахождения вещи<sup>40</sup>.

Вопрос наследования по закону является «*magis voluntatis quam juris*» (больше волевым, чем правовым). Если порядок наследования по закону различен в домициле наследодателя и в месте нахождения имущества, то волю наследодателя следует интерпретировать в соответствии с законом домициля<sup>41</sup>.

**Правило третье:** если закон постановляет о форме действия, следует применять закон места совершения действия: «Относительно действий обсуждаются по законам

<sup>35</sup> Цит. по: Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

<sup>36</sup> Kegel G. Internationales Privatrecht. Munchen: C.H. Beck, 1995. 297 S. // URL: <http://books.google.com/> (дата обращения: 05.01.2016); Gamillscheg F. Op. cit.

<sup>37</sup> См.: Gamillscheg F. Op. cit.

<sup>38</sup> Цит. по: Ibid.

<sup>39</sup> Цит. по: Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

<sup>40</sup> Однако статут, исключаящий замужнюю дочь из наследования, — реальный, имущества, лежащие вне его, дочь может наследовать. См.: Gamillscheg F. Op. cit.

<sup>41</sup> Но толкование завещания подчиняется *lex domicilii*.

данной области лица всех сословий, также иностранцы, чужеземцы и путешествующие, которые из-за своих сделок пребывают на территории, до тех пор, пока они там торгуют, т.е. заключают или прекращают договоры»<sup>42</sup>. Примеры: брак, форма и содержание контрактных обязательств, форма соглашений о вещных правах, форма завещаний (в том числе о недвижимости). Таким образом, *lex loci actus* компетентен для целой гаммы разнообразных правоотношений, не входящих ни в группу вещных, ни в группу личных (или одновременно входящих в обе группы).

Третье правило признается повсеместно — заключенный по форме места заключения брак действителен везде. Лица, совершая какие-либо юридические действия, молчаливо и добровольно подчиняются местным законам. Презюмируется, что *lex loci actus* носит обязательный характер<sup>43</sup>. По поводу формы завещания Гертюс цитирует многих авторов (во главе с Гуго Гроцием), утверждавших, что завещание, удовлетворяющее формальностям места его совершения, действительно везде. Гертюс согласен с этой позицией, но вслед за высоко им ценимым Каспаром Циглером считает, что наследодатель всегда должен стремиться, чтобы форма завещания соответствовала праву его домицилия<sup>44</sup>.

Во многих случаях применение правила *lex loci actus* требует особого объяснения.

*Lex loci actus* применяется к иностранцам, которые совершают действия на территории. Формальности местности касаются иностранцев, по, в некоторой степени, «темным» причинам, поскольку иностранцы подчиняются законам своей родины, а по формальностям они становятся *как бы подданными*.

*Lex loci actus* применяется к последствиям, вытекающим из главного действия. Например, Титус контрагировал в одном месте. В другом месте, более благоприятном для его дела, он требует *restitutio in integrum*. Более ранняя реституция является дополнением к контракту и в соответствии с третьим правилом подчиняется праву места его заключения; ее фундамент — это *jus naturale*. Позднейшая реституция относится к процессуальным отношениям и должна обсуждаться по законам суда, что опять же предполагает применение *lex loci actus*<sup>45</sup>.

*Lex loci actus* применяется к имуществам, лежащим на чужой территории, т.е. «формально здесь правильное завещание признается и для расположенной где-то недвижимости; это распространяется и на духовных лиц»<sup>46</sup>. Применительно к форме завещания *lex loci actus* нужно толковать как право места жительства завещателя в момент исполнения воли, даже в отношении распоряжения недвижимым имуществом<sup>47</sup>.

*Lex loci actus* применяется, если сделка обставлена «известными обрядностями» (например, требуются письменная форма и печать). Однако часто возникает ситуация, когда в месте заключения договора не требуется печати и письменной формы, а в месте подачи иска такие требования предъявляются. Будет ли иск действителен в таком случае? Здесь Гертюс «окончательно запутывается и впадает в противоречия с самим собою»<sup>48</sup>. На поставленный вопрос он отвечает утвердительно: да, поскольку это вытекает из обще-

<sup>42</sup> Цит. по: Gutzwiller M. Op. cit.

<sup>43</sup> См.: Lorenzen E.G. Op. cit.

<sup>44</sup> См.: Gamillscheg F. Op. cit.

<sup>45</sup> См.: Gutzwiller M. Op. cit.

<sup>46</sup> Цит. по: Gamillscheg F. Op. cit.

<sup>47</sup> См.: Lorenzen E.G. Op. cit.

<sup>48</sup> Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

го принципа третьего правила, но принуждение возможно только в месте получения официального документа, а не по месту рассмотрения иска. Однако свидетельство, «молчаливо» («без шума») полученное в месте совершения акта, не может иметь силы за границей; в качестве аргумента Гертиус ссылается на голландского ученого Иоанна а Зандэ.

*Lex loci actus* определяет не только форму, но и содержание контракта. Общее правило, что действия подчиняются праву места их совершения, распространяется на обязанности, вытекающие из договора и долга. Компетентным является право места заключения договора. Действительность договоров, связанных с игрой, регулируются правом, где проходит игра. В обоснование этой мысли Гертиус ссылается на Закон *Si fundis et contraxisse*. Однако что считать *loci actus*, если контракт заключен посредством письма (*per literas* — между отсутствующими), — место отправления или место получения? Гертиус склонен к признанию права места получения, поскольку это вытекает из волеизъявления отправителя, ожидающего «скорый ответ» из места получения своего письма. Однако он уклоняется от прямого ответа, утверждая, что такой договор подлжит только естественному праву. В доказательство своего «философского» решения Гертиуса ссылается на «Право войны и мира» Гроция<sup>49</sup>.

**Исключения:** *lex loci actus* не применяется:

- если иностранец не подчинен местному закону, например, посланник;
- если иностранец не знал статута;
- если закон о форме создает привилегию местных граждан;
- к формам вещно-правовых документов, которые должны подчиняться *lex situs*, например, *lex loci rei* прямо исключает общность супружеского имущества;
- для брачного договора супруги вправе использовать форму, установленную правом их совместного места жительства;
- для формы контрактов действует чрезвычайно значимое ограничение — контракт, заключенный двумя гражданами за границей, будет действительным, когда соблюдается форма не только места заключения, но форма общего домицилия. Более того, стороны договора вправе использовать форму права своего жительства, но «если домициль контрагентов не совпадает, то управляет место нахождения вещи»<sup>50</sup>;
- для истребования приданого обратно компетентно право места жительства мужа (его *lex domicilii*), а не право места заключения или право, согласованное с отцом невесты в соглашении о приданом.

Правила и исключения Гертиуса наиболее рельефным образом выражены в его рассуждениях по вопросу **общности супружеского имущества** (*societas bonorum*). Этой проблеме ученый посвятил самое пристальное внимание, но предложенное решение отличается «типичной для Герта двойственностью»<sup>51</sup>. В домициле Титуса не предусматривается общности супружеского имущества; Титус имеет собственность в земле, где господствует институт общей собственности супругов. Брак был заключен в третьем месте. Какое право компетентно? «Место заключения брака (очевидно, что это место жительства невесты) не принимается во внимание, поскольку муж является там чужим, невеста в день свадьбы переедет к мужу, и оба станут для этого места чужими. Правило *loci regit actum* в этом случае не применяется. Также мы не можем руководствоваться местом прикрепления вещей (хотя и не потому, что этот закон не является реальным,

<sup>49</sup> См.: *Gamillscheg F. Op. cit.*

<sup>50</sup> Цит. по: *Gutzwiller M. Op. cit.*

<sup>51</sup> *Ibid.*

как утверждают Дюмулен и Бургундус, чьи взгляды справедливо отклонили д'Аржантре и Павел Вут), но потому, что статут не постановляет, могут ли супруги по-другому что-либо явно или молчаливо согласовать»<sup>52</sup>.

Из этого следует, что супружеская общность — это результат формально признанного факта, и статут не является основной причиной ее возникновения. Такая общность может быть установлена молчаливым соглашением, но общность не действует, если установлено другое намерение супругов. Поэтому можно заключить, что должно господствовать общее место жительства супругов, кроме того, «именно там, как мы часто повторяли, обязательства являются свойством личности»<sup>53</sup>. Последующее изменение места жительства не может оказывать влияния на общность супружеского имущества: «Брак заключен в области общего права, позднее пара переселяется в область, где действует общность имущества; жена не может требовать половины имущества»<sup>54</sup>.

По существу, решение Гертюса полностью совпадает с решением Шарля Дюмулена, однако аргументация принципиально иная. В сфере супружеской общности и брачного договора Гертюс, как и Дюмулен, предоставляет некоторую свободу воли субъектам брачных отношений (как явно выраженную, так и молчаливую (презюмируемую)). Однако немецкий ученый далек от того, чтобы провозгласить автономию воли как общий принцип выбора права для договоров. Основное правило — договор подлежит праву места его совершения, в том числе и по вопросам толкования. Нет и речи о том, что договор может регулироваться правом, избранным сторонами<sup>55</sup>.

Ученые-статутари, предшественники Гертюса, положили начало разработке **теории оговорки о публичном порядке**. В XIV в. основоположник науки МЧП Бартоло да Сассоферрато предложил деление статутов на фаворательные (благоприятствующие) и одиозные (ограничительные); одиозные статуты действуют только на своей территории и не распространяются за границу, но на территории они обязывают всех и исключают применение иностранных статутов, им противоречащих. Гертюс повторяет данное деление статутов (но ссылается не на самого Бартоло, а на его более поздних последователей) и однозначно указывает, что «материальные положения одиозных статутов или обычаев не относятся к вещам, существующим вне территории»<sup>56</sup>. Завещание, составленное по местным законом, написанное собственноручно, но не заверенное, не может главенствовать над иностранной публичной формой. Если где-то протестант объявлен еретиком, такой личный статут в других странах не действует.

Гертюс не уделяет большого внимания проблематике одиозных статутов, он делает только небольшой «реверанс в сторону иностранного публичного порядка»<sup>57</sup>. Его слабый интерес к этому вопросу обусловлен тем, что ученый исследовал, прежде всего, интерлокальные коллизии, возникавшие между различными немецкими землями. Международные (межгосударственные) коллизии во времена Гертюса уже были достаточно острыми и разрабатывались многими учеными, но сам он считал, что коллизии

<sup>52</sup> Цит. по: *Gamillscheg F.* Op. cit.

<sup>53</sup> Цит. по: *Gutzwiller M.* Op. cit. Как пишет этот немецкий ученый, у Гертюса «обязательство странным образом объявляется качеством личности».

<sup>54</sup> Цит. по: *Ibid.*

<sup>55</sup> См.: *Gamillscheg F.* Op. cit. Этот автор неоднократно подчеркивает, что работы Дюмулена в принципе не оказали какого-либо влияния на Гертюса.

<sup>56</sup> Цит. по: *Gutzwiller M.* Op. cit.

<sup>57</sup> *Ibid.*

онные случаи чаще всего встречаются внутри государства, внутри одной подвластной территории. Коль скоро речь идет о межобластных коллизиях, то категория одиозных статутов не имеет особого значения — законы земель, естественно, различны, но не настолько, чтобы проблема публичного порядка нуждалась бы в детальном освещении.

По вопросу **признания и исполнения иностранных судебных решений** Гертюс придерживается воспринятой из римского права и устоявшейся в Средние века максимы. Признание и исполнение решений, вынесенных судами компетентной юрисдикции, — это естественный долг, возложенный на государства по соображениям справедливости. Это производится по тем же правилам, которые действуют для определения компетентного закона, но с учетом территориального или экстерриториального характера исполнения<sup>58</sup>. В признании и исполнении решений может быть отказано, если подобное исполнение способно нанести ущерб интересам государства или его субъектов. Суды места нахождения имущества имеют исключительную юрисдикцию по отношению к действиям, связанным с регулированием вещных прав, влияющих на недвижимые объекты. Такие решения не признаются и не исполняются, если есть решение, вынесенное судом по месту нахождения вещи. Гертюс ставит вопрос о коллизиях между законом суда и законом места исполнения, но ясно ответить на него не может: «В общем, большинство докторов утверждает, что при исполнении действует право места исполнения. Можно возразить, что должен действовать закон суда, так как исполнение является следствием суда; но следует сказать, что экзекуция — это часть публичного права, которое является собственным законом каждой страны. За границей нередко требуется исполнение относительно имущества, здесь нужно применять *lex situs*. При этом необходимо отличать причину исполнения от его вида и способа: причина регулируется правом места, где был суд»<sup>59</sup>.

В результате ни одно из правил Гертюса не может быть руководящим при разрешении всех случаев конфликтов законов, не может претендовать на статус **общего принципа при решении коллизий**. При этом необходимо подчеркнуть, что к концу XVII века «три кита» коллизионного права (*lex domicilii*, *lex rei sitae*, *lex loci actus*), стоявшие «на спине черепахи» *lex fori*, всеми уже признавались как общепризнанные фундаментальные начала, пригодные для регулирования любых конфликтных вопросов. Однако формулировки и понимание этих правил, предложенные Гертюсом, не подходят для всех ситуаций, «они непонятны, имеют много значений, они неопределенны и шатки; когда с их помощью нужно что-то точно установить, они часто прямо враждебны друг другу и могут применяться только произвольно»<sup>60</sup>.

Хотя Гертюс не употребляет выражений «реальные, личные в смешанные статуты», в действительности «то, чему он учит, есть не что иное, как теория статутов, сформулированная д'Аржантре и голландскими писателями XVII века»<sup>61</sup>. В литературе XIX–XX вв. Гертюса единодушно и вполне справедливо именуют «древним», «старым» писателем, последователем теории статутов<sup>62</sup>. Фундамент его концепции — правила о статутах, касающихся лиц, вещей или формы актов, — прямо ассоциируется с данной

<sup>58</sup> См.: Lorenzen E.G. Op cit.

<sup>59</sup> Цит. по: Gutzwiller M. Op. cit.

<sup>60</sup> См.: Gutzwiller M. Op. cit.

<sup>61</sup> Брун М.И. Международное частное право: Курс лекций.

<sup>62</sup> «Древним» и «старым» в том смысле, что он придерживался «древней» теории статутов, см., напр.: Иванов Н.П. Основания частной международной юрисдикции», Казань, 1865. 56 с.; Малышев К.И. Курс общего гражданского права России. СПб., 1878. Т. I. 360 с.; Gutzwiller M. Op. cit.; Gamillscheg F. Op. cit.



теорией. Это подтверждает и собственное высказывание ученого: «...д'Аржантре предложил точное деление законов...»<sup>63</sup>. По мнению А. Лэне, именно благодаря работам Гертиуса теории д'Аржантре в Германии сопутствовал полный успех; немецкий ученый отнюдь не частично, даже не наполовину, а целиком сделал эту теорию своей<sup>64</sup>. Три правила Гертиуса — это все те же три группы статутов, как бы сам Гертиус ни открещивался от такого деления.

М.И. Брун писал, что «Герциус тем и интересен, что хорошо иллюстрирует беспомощность теории, заимствованной им у д'Аржантре, Бургундуса, Роденбурга и Павла Вута»<sup>65</sup>. Главный порок этой теории — невозможность корректно объяснить, почему личные и смешанные статуты действуют вне территории, а реальные — нет. Почему иностранный суверен должен применять в пределах своей юрисдикции иностранное право? Почему его собственные законы должен применять другой суверен? Теория статутов объясняет обязанность применения иностранных законов их характером, объектом регулирования — если закон постановляет о лицах или актах, он априорно является экстерриториальным. Но сам по себе характер иностранного закона не может быть причиной его обязательности в другом государстве — «почему за границей обязаны признавать то состояние, которое дала лицу господствующая над ним территориальная власть; ведь из того, что лицо подчинено законам своего места жительства, вовсе не следует, что иностранное государство должно признавать это подчинение, что оно не вправе обсуждать состояние лица по своим законам... Юридическое действие... должно потому обсуждаться по законам страны, где оно совершается, что оно подчинено местной территориальной власти. На самом деле, однако, ниоткуда не видно, чтобы территориальная власть желала, чтобы действия или сделки, совершаемые на ее территории иностранцами или хотя бы и подданными, но об имуществах, лежащих за границей, облекались в нормы местных законов. Но если бы она даже этого желала, то это еще не основание для того, чтобы и в других территориях обсуждали действие по ее законам, а не по своим»<sup>66</sup>.

М.И. Брун видит основную ошибку статутариев в том, что они пытались построить конфликтные нормы, отталкиваясь только от классификации гражданских законов по их объекту. С его точки зрения, для целей конфликтного права нужно оценивать правоотношение, а не объект закона<sup>67</sup>. Однако представляется, что для формулирования конкретной коллизионной привязки как раз важно, о чем говорит закон, — именно в зависимости от его объекта мы конструируем ту или иную привязку, потому что непосредственно характер объекта предопределяет его наиболее тесную связь с определенным правопорядком. При этом объект закона отражает круг регулируемых отношений, тем самым очерчивая объем коллизионной нормы. Но, разумеется, ни характер отношений, ни объект закона не могут объяснить причину его применения за границей.

В 1666 г. голландец Павел Вут впервые в литературе конфликтного права предложил понятие «вежливость», на основании которой суверены добровольно применяют законы других суверенов. В 1684 г. Ульрих Губер довел теорию международной вежливости (*comitas gentium*) до логического завершения, обосновав применение иностранного

<sup>63</sup> Цит. по: *Gutzwiller M.* Op. cit.

<sup>64</sup> См.: *Laine A.* Op. cit.

<sup>65</sup> *Брун М.И.* Международное частное право: Курс лекций.

<sup>66</sup> Там же.

<sup>67</sup> *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права.



права взаимными интересами государств, их добровольным желанием на взаимной основе признавать благоприобретенные за границей субъективные права. Теория *comitas gentium* пережила своих создателей и вошла в современную судебную практику (прежде всего, в англо-американскую). Непосредственный предшественник Гертиуса в немецкой доктрине, Генрих фон Кокцейн, отрицал концепцию вежливости и декларировал обязанность применения иностранного права на основе международного консенсуса наций. Гертиус прекрасно знал и теорию международной вежливости, и теорию Кокцейна, в простом копировании которой его так часто и несправедливо обвиняли. Его работа изобилует цитатами из Кокцейна, Вута и Губера. Однако **для обоснования применения иностранного права** Гертиус не принял ни одной из этих доктрин, он предпочел собственный путь.

В своей диссертации он «*восстает*» против учения Губера о вежливости как основании применения чужого права<sup>68</sup>. Теорию вежливости Гертиус воспринимает как указание на необязательный характер коллизионных норм (хотя Губер имел в виду совсем не это!). Изучение работы Гертиуса в принципе производит впечатление, что немецкий ученый почему-то изначально настроен против всего, что предлагал этот голландский автор. Гертиус достаточно часто ссылается на Губера, но приводит его утверждения только за тем, чтобы оспорить их. Концепция П. Вута не вызывает у Гертиуса такого отторжения, но и с его учением об экстерриториальности личного статута в силу *comitas* местной власти Гертиус не согласен. Возможно, его «дисциплинированный немецкий» склад ума не принимал потенциального «хаоса», который может возникнуть, если допустить полностью добровольное применение иностранного права, не обусловленное какой-либо обязанностью. Кроме того, интерлокальные коллизии в рамках одной подвластной территории по определению не должны разрешаться на основе вежливости, — немецкие земли обязаны применять законы других немецких земель.

«Собственный путь» Гертиуса — это **естественная справедливость, универсальное право народов, естественное право и концепция суверенитета**. Преемственность царств или правительств должна регулироваться естественной справедливостью и естественным правом (*jus naturale*). Поскольку государства — это верховная власть, постольку они не устанавливают нормы поведения для самих себя и не подчиняются законам, действующим для частных лиц. В своих отношениях суверены **обязаны** использовать естественную справедливость и *universale jus gentium*. Соблюдение «ниспосланного свыше» *jus gentium* «всеми правителями гарантирует повсеместное действие всех законов»<sup>69</sup>. При этом Гертиус понимает *jus gentium* как римское универсальное право народов.

Объяснение обязанности применения иностранного права предписаниями римского права народов придумано не Гертиусом. Такое объяснение характерно для первого периода развития теории статутов, так трактовали основание действия иностранных законов ее основоположники, представители школы постглоссаторов. Гертиус это, естественно, прекрасно знал. В его время римское право еще воспринимается как *jus commune*, но римское понимание *jus gentium* уже уступило место концепции международного права Гуго Гроция, которого сам Гертиус обильно цитирует. Однако для решения конфликтных вопросов он не воспринимает гроцианскую теорию, а прибегает к устаревшей трактовке римского права народов.

<sup>68</sup> См.: Kegel G. Op. cit.

<sup>69</sup> Цит по: Meili F. Op. cit.

Трудно сказать, почему у Гертiusа сложилась такая точка зрения. Международно-правовое понимание конфликтного права уже предложено в работе Генриха фон Кокцейна; Гертius принял практически все его построения (основанные, кстати, на статутарной доктрине), но только не самое прогрессивное, что присутствует у Кокцейна, — его концепцию международного консенсуса наций. Может быть, это связано с тем, что в своей диссертации Гертius вообще не уделяет большого внимания международно-правовой составляющей коллизии законов. По меткому выражению М. Гутцвиллера, международное право у него «выпрыгивает в промежутке»<sup>70</sup>.

Кроме естественной справедливости и *universale jus gentium*, основой применения иностранных законов является естественное право. *Jus naturale* выступает регулятором не только публично-правовых, но и частноправовых отношений. *Jus naturale* представляет собой фундамент правила *locus regit actum*. В частности, действию *jus naturale* подлежит коллизионное регулирование договоров между отсутствующими; для определения формальной действительности завещания совета протестантской миссии, сделанного по месту ее пребывания (однако не по статутам этого места или места ее постоянного нахождения) также нужно руководствоваться *jus naturale*. Естественным правом Гертius предлагает руководствоваться во всех сомнительных случаях, его *jus naturale* — это неожиданное, «Божественное» спасение<sup>71</sup>. Понимание естественного права Гертius заимствует у Гроция.

Гертius, однако, хорошо понимал, что универсальное право народов, естественная справедливость и естественное право — это очень неопределенные и недостаточные основания для того, чтобы суверен допустил действие иностранных законов на своей территории. Поэтому истинным основанием применения иностранного права выступает суверенитет, точнее, презумпция суверенитета. Иностранцы, совершающие какие-либо юридические действия, становятся на это время подданными места совершения действия, а потому подчинены законам этой территории. Их личным законом временно становится закон места совершения акта. Экстерриториальность законов о личном статусе для Гертiusа безусловна, — люди подчинены верховной власти своего места жительства, правда, «о том, почему это может иметь значение на чужой территории, где тоже есть своя верховная власть, он забыл подумать»<sup>72</sup>.

В этой части своей теории Гертius полностью оригинален, но его «неожиданная» формулировка напоминает традиционные высказывания всех статутариев — «если статут говорит о лице, этот статут экстерриториален». Вопреки желанию Гертiusа, совершенно неожиданно для него самого его теория возвращает нас к объекту закона, так важному в теории статутов — законы о лицах действуют за границей. Гертius пытается объяснить применение иностранных законов верховной властью издавшего их законодателя, но, в конечном счете, получается все тот же замкнутый круг — скажите, о чем говорит закон, и тем самым будет определен его конфликтный эффект. В результате теория Гертiusа, такая подробная и детализированная, внешне очень прагматичная и систематизированная, оказывается шагом назад по сравнению с его голландскими и немецкими современниками, по крайней мере, в части обоснования применения иностранного права. По-видимому, «Гертius это сам чувствует, поэтому для обоснования своих решений обращается к таким неоднородным элементам, как природа вещей,

<sup>70</sup> Gutzwiller M. Op. cit.

<sup>71</sup> См.: Ibid.

<sup>72</sup> Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

практическое неудобство иных подходов или неясно звучащее смешение гроцианского естественного и международного права с римским *jus gentium*»<sup>73</sup>.

## Заключение

Конфликтная теория Гертиуса противоречива, отличается двойственностью, жизненные примеры не хотят вписываться в достаточно жесткие теоретические категории, дефиниции и их описания демонстрируют примитивность этих категорий<sup>74</sup> — такие оценки являются достаточно объективными, тем более, что они даны в работах немецких авторов, высоко оценивающих вклад их земляка в правовую доктрину. При всей критике теоретических построений Гертиуса необходимо признать его весомую положительную роль в развитии доктрины МЧП. Результаты, полученные немецким ученым, можно вкратце изложить в следующих положениях.

1. Обогастил терминологический аппарат МЧП — термины Гертиуса «коллизии законов», «коллизийное право» восприняты мировой судебной практикой, законодательством и доктриной.

2. Впервые в юридической литературе его диссертация содержит краткий очерк истории науки конфликтного права.

3. Три правила Гертиуса — это, по существу, три варианта иностранного элемента (субъект, объект, факт), которые нужно выявить и оценить с точки зрения выбора компетентного законодательства.

4. Сконструированные им 63 казуса охватывают право лиц, деликты, наследование, имущественные права супругов, контракты, процесс — т.е. все сферы, в которых могут возникнуть конфликты законов. В своей диссертации Гертиус практически исчерпывающим образом отразил все потенциальные коллизийные ситуации.

5. Подтвердил «классическое» понимание смешанных статутов как законов о форме юридических действий.

6. Утверждал обязанность применения иностранного права; указывал на необходимость унификации местных законов для ликвидации интерлокальных коллизий.

Все эти результаты обладают высокой значимостью, они были восприняты последующей практикой и доктриной. Несмотря на то, что в своей теории «Гертиус является жертвой различных, порой несовместимых влияний»<sup>75</sup>, его практический такт помогал ему находить правильные коллизийные решения.



## Библиография

Брун М.И. Очерки истории конфликтного права. М.: Типография Г. Лисснера и Д. Собко, 1915. 105 с. // СПС Гарант.

Брун М.И. Право- и дееспособность физического лица в конфликтном праве. М.: Типография Г. Лисснера и Д. Собко, 1915. 100 с. // СПС Гарант.

Мандельштам А.Н. Гаагские конференции о кодификации международного частного права. Т. I. СПб.: Бенке, 1900. 283 с. // СПС Консультант

Мережко А.А. Наука международного частного права: история и современность. Киев: Таксон, 2006. 356 с.

<sup>73</sup> Gutzwiller M. Op. cit.

<sup>74</sup> См.: Gamillscheg F. Op.cit; Gutzwiller M. Op. cit.

<sup>75</sup> Gutzwiller M. Op. cit.

- Ancel B. *Histoire du droit international privé*. P.: Université Pantheon-Assas (Paris II), 2008. 196 p.
- Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert. Band 2: Materialien, Übersetzungen, Anmerkungen / Hrsg. v. Christian von Bar u. Peter Dopffel, u. Mitw. v. Hans J. Hilling. 2001. XXVI, 758 S.
- Gamillscheg F. *Der Einfluss Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*. Tübingen: De Gruyter: Mohr, 1955. 268 S.
- Gutzwiller M. *Geschichte des Internationalprivatrechts*. Basel u. Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn, 1977. XVIII, 326 S.
- Kegel G. *Internationales Privatrecht*. München: C.H. Beck, 1995. 297 S.
- Köbler G. *Zielwörterbuch europäischer Rechtsgeschichte*. 2. Aufl. B., 2004. 896 S.
- Laine A. *Introduction au droit international privé*. P.: Librairie Cotillon, 1888. T. I. 437 p.
- Laurent F. *Droit civil international*. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1880. T. I. 684 p. // URL: [http:// books.google.com/](http://books.google.com/) (дата обращения: 05.01.2016)
- Lorenzen E.G. *Huber's de conflictu legume* // *Illinois Law Review*. Vol. 13.1918–1919. P. 199–242.
- Meili F. *Civil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*. I Band. Zürich: Art. Institut Orell Fussli, 1902. 407 S. // URL: [http:// books.google.com/](http://books.google.com/) (дата обращения: 05.01.2016)
- Wächter K.G. *Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten / Sammelband von Beiträgen aus dem 19. Jahrhundert*. Frankfurt, 1841. 79 S.
- 

## Science of International Private Law: Johann Nikolaus Hert



**Irina V. Get'man-Pavlova**

Associate Professor, International Private and Public Law Department, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: [getmanpav@mail.ru](mailto:getmanpav@mail.ru)



### Abstract

The subject matter of the paper is the theory of international private law developed in a treatise of the German 17<sup>th</sup> century scholar Johann Nikolaus Hert. The paper examines the major doctrines, rules of resolving conflicts of laws, their significance and topicality for the modern international private law. The personality of Johann Nikolaus Hert locates the central place in the German statutory theory. The ways of resolving conflicts of the laws belonging to different nations, proposed by this scholar determined the development of German conflict of law doctrines of the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> centuries; the practical solutions developed by him are fixed in the modern legislation and case practice. However, Hert's conflict of laws theory is controversial, ambiguous, real examples do not fit the rigid theoretical categories. The paper concludes that with all the criticism of Hert's theory, he contributed significantly to the development of the international private law doctrine. He developed the terminology of international private law and enriched it with terms collisions of laws, conflict of laws embraced by legal practice, legislation and doctrine in the majority of countries. Hert's three rules are in essence three variants of foreign element (subject, object, fact) which are to be found and assessed in terms of the choice of a competent legislation. His 63 cases cover the law of persons, inheritance, property rights of spouses, contracts, process, i.e. all spheres prone to conflict of laws. Hert's dissertation featured completely all the potential conflict of law situations. He confirmed the classical interpretation of mixed statutes as the laws on the form of legal actions; insisted on the obligation to apply foreign law, pointed to the necessity to unify local laws to avoid interlocal collisions. All these results are of high significance and though in his theory «Hert is a victim of different, sometimes incompatible influences», his practical tactfulness always helped him to find proper solutions during conflict of laws.



### Keywords

international private law, doctrine, Germany, conflict of laws, statutory theory, legal collisions, international politeness, application of foreign law, Hert.

Citation: Get'man-Pavlova I.V. (2016) Science of International Private Law: Johann Nicholas Hert. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 4–20 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.4.20



## References

- Ancel B. (2008) *Histoire du droit international privé*. P.: Universite Pantheon-Assas (Paris II), 196 p.
- Brun M.I. (1915) *Ocherki istorii konfliktogo prava* [Essays on the History of Conflict of Laws]. Moscow: Lissner i Sobko, 105 p. (in Russian)
- Brun M.I. (1915) *Pravo — i deesposobnost' fizicheskogo litsa v konfliktnom prave* [Law and Capability of Natural Person in Conflict of Laws]. Moscow: Lissner i Sobko, 100 p. (in Russian)
- Deutsches Internationales Privatrecht. 16. und 17. Jahrhundert. Band 2: Materialien, Übersetzungen, Anmerkungen / Hrsg. v. Christian von Bar u. Peter Dopffel, u. Mitw.v. Hans J. Hilling. 2001. XXVI, 758 S. Available at: URL: <https://books.google.ru/books?id=d3VVKaXcGgUC&pg=PR1&lpq=PR1&dq=Deutsches+Internationales+Privatrecht+im+16.+und+17.+Jahrhundert&source> (accessed: 05.01.2016)
- Gamillscheg F. (1955) *Der Einfluss Dumoulin's auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*. Tübingen: De Gruyter : Mohr, 268 p.
- Gutzwiller M. (1977) *Geschichte des Internationalprivatrechts*. Basel u. Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn, XVIII, 326 p.
- Kegel G. (1995) *Internationales Privatrecht*. München: C.H. Beck, 297 p.
- Köbler G. (2004) *Zielwörterbucheuropäischer Rechtsgeschichte*. 2 Aufl. Berlin, 896 p.
- Laine A. (1888) *Introduction au droit international privé*. P.: Cotillon, 437 p.
- Laurent F (1880). *Droit civil international*. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 684 p.
- Lorenzen E.G. (1919) Huber's de conflictu legume. *Illinois Law Review*. Vol. 13, pp. 199–242.
- Mandel'shtam A.N. (1900) *Gaagskie konferentsii o kodifikatsii mezhdunarodnogo chastnogo prava* [The Hague Conferences on Codification of International Conflict of Laws]. Saint Petersburg: Benke, 283 p. (in Russian)
- Merezhko A.A. (2006) *Nauka mezhdunarodnogo chastnogo prava: istoriya i sovremennost'* [Science of International Private Law: History and Modernity]. Kiev: Takson, 356 p. (in Russian)
- Meili F. (1902) *Civil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*. I Band. Zurich: Art. Institut Orell Fussli, 407 p.
- Wächter K.G. (1841) *Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten*. Sammelband von Beiträgen aus dem 19. Jahrhundert. Frankfurt, 79 p.

# Генезис монгольского права и его взаимодействие с китайским правом (XIII в. — начало XX в.)

---



**П.Н. Дудин**

заведующий кафедрой «Теория и история права и государства. Конституционное право» юридического факультета Восточно-Сибирского государственного университета технологий и управления, кандидат политических наук. Адрес: 670018, Российская Федерация, Улан-Удэ, ул. Ключевская, 40. E-mail: dudin2pavel@gmail.com

---



## Аннотация

В статье дается характеристика монгольского права через призму его взаимодействия с обычным правом монгольских племен догосударственного периода, с традиционными устоями монгольского общества в период империи Чингисхана, а также после включения монгольских земель в состав империи Цин. Основной упор сделан на правовую базу и те акты, которые распространяли свое действие на территорию современной Внутренней Монголии. На основе материалов отечественных и зарубежных исследователей, неизвестных широкому кругу ученых, автор выделяет шесть групп источников монгольского права и дает каждому из них подробную характеристику. Первую группу источников составляют Великая Яса — свод ключевых установлений и наказаний за их нарушения и Бэлиг в качестве свода изречений Чингисхана, посредством которых также осуществлялось правовое регулирование. Вторую группа источников составляли так называемые вспомогательные правовые акты, с помощью которых осуществлялось управление и прочие административно-распорядительные действия, к которым относились указы (чжан) и приказания (чи) Великого хана, ярлыки, дефтеры и пайцзэ. К третьей группе источников относились своды законов периода правления династии Юань (1271–1368) и Северной Юань (1368–1691), а в четвертую включались ойратские уставы (Цааджин-Бичик), а также указы ойратских ханов и писаницы. В пятую группу монгольских источников входили акты Халхи, наиболее значительным среди которых являлось Великое семихошунное уложение, или Халха-Джирум. К шестой группе источников автор относит китайское законодательство для управления Монголией, которое принималось после включения Халхи и Южной Монголии в состав империи Цин. В ходе детального анализа автор методом сравнения сопоставляет как сами правовые источники, так и их отдельные нормы. Он приходит к выводу, что процесс развития монгольского права был отличным от развития права соседних государств, и даже после утраты Монголией государственного суверенитета общественные отношения, возникавшие на территории монгольских земель, регулировались отдельными нормативными правовыми актами.

---



## Ключевые слова

монгольское государство, монгольское право, источники права, Великая Яса, Халха-Джирум 1709 г., Уложения китайской Палаты внешних сношений 1789 и 1815 гг.

---

Библиографическое описание: Дудин П.Н. Генезис монгольского права и его взаимодействие с китайским правом (XIII в. — начало XX в.) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 1. С. 21–36.

JEL: K 39; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.21.36

Взаимодействие китайского и монгольского права началось задолго до Чифэнского (1636) и Долонорского (1691) съездов, однако, начинать уместно именно с генезиса монгольского государства и права, государственных и правовых институтов. Формирование монгольской государственности приходится на начало XIII в., в связи с чем именно с этого времени следует характеризовать и правовую организацию монгольского общества. Издревле сохраняя кочевой уклад жизни, монголы перенесли его и на поле нормативного регулирования. Государственные институты также сохраняли на себе отпечаток кочевой цивилизации.

Государст्वоподобные образования монгоязычных народов возникают с середины III в. до н.э., при этом они отличаются своеобразием организации, больше похожей на конфедеративный союз племен, нежели на прочное политическое образование и (относительно других государств) недолговечностью существования. Во многом это объясняется отсутствием единой прочной культуры и внутренних связей входящих в их состав племен и народов, вытекающими отсюда внутренними неурядицами, а также и давлением извне таких же новых государств и других политий. По данным В.А. Рязановского<sup>1</sup> за полторы тысячи лет (с III в. до н.э. и до XIII в.) на территории расселения монголов создавались государства хунну (гуннов), сяньбийцев, жуэнь, турок, уйгуров, хагасов, киданей, маньчжуров и, наконец, самих монголов, которые к 1206 г. сумели создать единое государство, на преемство которого претендовали некоторые государственные образования первой половины XX в.

После смерти в 1259 г. великого хана Мункэ началась смута, которая и привела к распаду государства Чингисхана. Хубилай, воевавший с китайской династией Сун, был провозглашен великим ханом, однако не был признан частью родичей. Сохранявшееся до воцарения династии Цин единство было формальным и не подкреплялось никакими институтами. В 1271 г. Хубилай провозгласил правление новой династии Юань, которой к 1279 г. удалось объединить Китай (без Синьцзяна), присоединить к нему территории будущей Внутренней и Внешней Монголии и распространить влияние на территорию современной Сибири и Дальнего Востока.

Сама Монголия в этот период распадается на части, изначально — на западную и восточную, а по прошествии небольшого промежутка времени Восточная Монголия распадается на северную и южную, в результате образуя три области: северную (Халха), южную (Внутренняя Монголия) и западную (Джунгария).

Вместе с образованием единого государства возникает потребность в унифицированном инструменте социального регулирования, которым традиционно выступало право. В связи с этим следует привести те его источники, которые использовало монгольское общество на протяжении 350 лет до включения большей части монгольских земель в состав империи Цин. Две из шести этих групп источников (ойратские акты и акты Халхи) не относятся напрямую к Внутренней Монголии и ее населению, но имеют тесную историческую связь с прочими правовыми памятниками и позволяют комплексно проанализировать генезис монгольского права.

Первую группу источников составляют Великая Яса как свод ключевых установлений и наказаний за их нарушения и Бэлиг. Представляя собой простейшую кодификацию норм обычного права<sup>2</sup>, Яса приобрела роль универсального кодекса, действовавшего

<sup>1</sup> Рязановский В.А. Монгольское право (преимущественно обычное). Исторический очерк. Харбин, 1931. С. 8.

<sup>2</sup> Гурлянд Я. И. Степное законодательство с древнейших времен по 17-е столетие. Казань, 1904. С. 14.



го на территории многих государств — преемников империи Чингисхана, в отдельных случаях вплоть до начала XX в.

Яса не выступала кодексом в современном понимании этого слова — она не охватывала многих аспектов общественной жизни и социального быта, а была призвана унифицировать наиболее действенные обычные нормы многочисленных племен<sup>3</sup>, входивших в состав новообразованного государства. Одновременно с этим не известны случаи, чтобы ее отдельные нормы пресекали действие прочих правовых обычаев и узаконений, не нашедших свое отражение в тексте Великой Ясы. Следовательно, она не претендовала на роль единственного и универсального регулятора всех общественных отношений.

Следует перечислить те группы общественных отношений, которые попали в поле зрения Великой Ясы и подвергались правовому воздействию. К их числу относились: супружеские отношения и измена; жесвидетельство; товарообмен; обращение с оружием и военная организация; обращение с рабами; налогообложение; вопросы религиозного культа; почтовое сообщение; отдельные наказания за те или иные проступки; запрет кражи и государственной измены; почитание старших, близких и нищих.

Были и неординарные отношения, которые вряд ли бы регулировались в настоящее время, но имели значение для монголов той исторической эпохи. Регулированию подвергалась процедура убоя скота; было запрещено перешагивать через огонь и еду, пить из ладони, стирать одежду, мочиться на пепел и в воду, что влекло за собой смертную казнь.

Яса отличается суровостью наказаний. Из 36 цитируемых фрагментов наказание смертной казнью предполагается в 13 случаях<sup>4</sup>. Помимо смерти предусматривалось битье палками, бичевание, ссылка, тюремное заключение. Предусматривалось как индивидуальное, так и коллективное наказание, имела место семейная ответственность<sup>5</sup>. Нормы частного права регулировали семейные, супружеские отношения, вопросы заключения брака и обязанности детей, некоторые имущественные отношения и вопросы наследования. Административные правовые нормы регулировали вопросы военной организации (которая выстраивалась по родовому принципу), религиозные и налоговые отношения.

После распада Империи непосредственное действие и роль Ясы снижаются — ее вытесняют нормы шариата в тех государствах, правители которых перешли в ислам, а также буддийские нормы, воспринятые в XV–XVI вв. на соседних территориях. На этом этапе Великая Яса играет скорее символическую роль объединяющего (помимо этнического происхождения) начала, подкрепленного авторитетом Чингисхана и народной памятью, идеализировавшей все его деяния. В результате, не используя этот правовой памятник напрямую, монголы инкорпорировали отдельные его нормы в обновляемое законодательство, сохраняя общность принципов, но не преемственность самих правовых норм.

До нашего времени ни один из текстов, оригиналов или списков не дошел. Основной источник знаний о Великой Ясе — ссылки Уложения Монгольской династии Юань (Юань-чао-дэнь-чжан), ярлыки ханов Золотой Орды, немногочисленные летописи и данные исторических исследований, которые также весьма противоречивы. Нередко вы-

<sup>3</sup> Рязановский В.А. Указ. соч. С. 12

<sup>4</sup> Там же. С. 18.

<sup>5</sup> Там же. С. 21.

сказывалось мнение, что Ясы как единого свода законов не существовало. Приводятся весьма убедительные аргументы, сводящиеся к тому, что в этом качестве выступали указы Чингисхана, сохранившиеся только в устной передаче и в весьма искаженном виде<sup>6</sup>.

Бэлиг выступал сводом изречений Чингисхана и равным образом использовался в качестве регулятора общественных отношений. Имея в качестве основы как собственно изречения великого правителя, так и отрывки из Великой Ясы, Бэлиг характеризует собой идеологическую составляющую монгольского права на первоначальном этапе его формирования и развития. Изречения в основном касаются отношений в области государственного управления, военной организации, семейного быта, а также обращали внимание на необходимость соблюдения Ясы и содержали его обеспечительные меры<sup>7</sup>.

Вторая группа источников включает в себя так называемые вспомогательные правовые акты, с помощью которых осуществлялось управление и прочие административно-распорядительные действия. Можно условно разделить их на 4 группы. Во-первых, это были оперативные акты Чингисхана, включающие указы (чжан), которые, в свою очередь, делились на оперативные (для чиновников), нормативные (для населения) и приказания (чи). Чжаны делились на объявления (сюань) и наряды (чай)<sup>8</sup>. Сюань подлежал обнародованию посредством выкрикивания в людных местах или доведения до сведения конкретных лиц, которым они были адресованы. Если же чжан имел характер чая, то его текст заносился на деревянную дощечку, каменную плиту или скалу, писался на свитках или отдельных листах<sup>9</sup>.

Во-вторых, речь идет о ярлыках, которые выступали в качестве основного юридически обязательного предписания, исходящего от хана как главы государства, и делились на нормативные и ненормативные. Ярлыки нормативного характера представляли собой отдельные законы либо указы законодательного характера и обнародовались. Ненормативные ярлыки делились на административные распоряжения и грамоты, а также в качестве таковых могли выступать иные акты нормативного и ненормативного содержания<sup>10</sup>. В обоих случаях они сопровождались ханской печатью и, как правило, были написаны на нескольких языках либо на языке того народа, в отношении которого принимался ярлык. Действительность воли хана и подлинность ярлыка подтверждалась другим вспомогательным актом — пайцзэ.

Пайцзэ представлял собой приказ хана, который подтверждал статус или полномочия, в определенной мере служил фиксацией юридического факта. Помимо подтверждения ханских ярлыков с помощью пайцзэ удостоверялся статус должностных лиц, направляемых с отдельным поручением (например, послы). Также они выступали в качестве охранной грамоты для покорившихся<sup>11</sup>.

Наконец, в-четвертых, к таким актам относились дефтеры, представлявшие собой акты внутреннего управления и использовавшиеся в административных или финансовых вопросах, например, при сборе дани.

Третью группу источников составляют своды законов династии Юань (1271–1368) и Северной Юань (1368–1691). Р.Ю. Почекаев считает, что вести речь о единой системе

<sup>6</sup> Рязановский В.А. Указ. соч. С. 11.

<sup>7</sup> Гурлянд Я.И. Указ. соч. С. 20.

<sup>8</sup> Рязановский В.А. Указ. соч. С. 26.

<sup>9</sup> Рязановский В.А. Указ. соч. С. 27.

<sup>10</sup> Гурлянд Я.И. Указ. соч. С. 35–36.

<sup>11</sup> Рязановский В.А. Указ. соч. С. 28.

права эпохи Юань не приходится. Он выделяет два уровня правовых источников этого периода: нормативные акты общеимперского значения, действие которых распространялось на все улусы, признававшие власть великих ханов, и нормативные акты и своды, созданные непосредственно для регулирования правоотношений между китайскими подданными<sup>12</sup>.

Что касается кодификации законов, то в это время принимаются три ключевых сборника законов: Уложение династии Юань (Юань-чао-дянь-чжан, 1320 г.), Общие узаконения великой династии Юань (Да-юань-тун-чжи, 1323 г.) и Новые уставы правления Чжи-юань (Чжи-юань-синь-гэ, 1321–1322 г.).

Профессор В.А. Рязановский со ссылкой на авторитетных ученых того времени говорит, что, во-первых, начиная с эпохи Тан (середина VII в.) каждая династия издавала кодекс, который, однако, воспроизводил в основном кодекс предшествующей династии. В совокупности они являлись серией непрерываемых постановлений, составляющих постоянное общее основание, оставшееся почти нетронутым к моменту падения династии Цин<sup>13</sup>. Во-вторых, при сопоставлении Юань-чао-дянь-чжан с Да-Цин-Луй-Ли (сводом законов династии Цин) и оглавление, и общее содержание кодексов совпадают<sup>14</sup>, что свидетельствует о слабом влиянии монгольского права на право подчиненного Китая либо об отсутствии такого влияния вовсе.

Уложение состояло из 373 статей и структурно делилось на 6 основных и 4 дополнительных раздела. Нормы основных разделов регулировали общественные отношения, подконтрольные профильным министерствам и включавшие вопросы государственного управления, финансов, налогов, оборота земель, семьи и брака, церемониала, военного дела, преступлений и отправления правосудия, казенных организаций и общественных работ. Нормы дополнительных разделов включали манифесты и указы юаньских императоров, правительственные распоряжения и контрольно-ревизионную организацию<sup>15</sup>.

В 1323 г. был издан унифицированный кодекс, известный под названием «Общие узаконения великой династии Юань», который регулировал общественные отношения уже на территории всей империи. При монгольской династии было издано еще два кодифицированных акта: в 1332 г. опубликован новый свод законов Цзиньши да-дянь («Великие установления по управлению миром»), а в 1346 г. составлен еще один свод законов — Чжи-чжэн тун-чжи («Законы эры Чжи-чжэн»)<sup>16</sup>. Во Внутренней Монголии и ее хошунов эти акты были основными вплоть до ее включения в состав империи Цин и момента, когда цинские императоры стали принимать отдельное законодательство для всей Монголии.

Интерес вызывает Уложение Алтан-хана, правителя Тумэта, который хоть и не был великим ханом, однако имел заметный статус в системе монгольского управления. Оригинал текста до настоящего времени не сохранился, однако существует предположение<sup>17</sup>, что он составлялся на нескольких языках, что было обычной практикой монгольских правителей той эпохи.

<sup>12</sup> Почекаев Р.Ю. Право империи Юань: дуализм источников и проблема «национальной принадлежности» // Общество и государство в Китае. 2014. Т. XLIV. № 1. С. 104–123.

<sup>13</sup> Escarra J. Chinese Law and Comparative Jurisprudence. P.: La Librairie Française, 1926. P. 16.

<sup>14</sup> Рязановский В.А. Указ. соч. С. 25.

<sup>15</sup> Там же.

<sup>16</sup> Почекаев Р.Ю. Указ. соч. С. 114.

<sup>17</sup> Почекаев Р.Ю. Уложение Алтан-Хана — монгольский правовой памятник второй половины XVI века // Правоведение. 2011. № 1. С. 119–139.

Уложение представляет собой свод уголовных правил и состоит из преамбулы, в которой содержится идеологическая подоплека принятия данного акта, а также из 11 разделов, каждый из которых посвящен отдельной группе общественных отношений и мер ответственности. Убийство карается в соответствии с монгольскими обычаями и, как правило, не предполагает умерщвления виновного. Разделы, посвященные тяжким телесным повреждениям, кражам, связанные с трупами и заразными болезнями, с посягательством на некоторые виды животных, а также с участием посланцев, чиновников и беглецов, также ограничивают меры воздействия имущественной ответственностью — пятерками и девятками скота. Проступки в области брачно-семейных отношений наказываются штрафами и лишь в одном случае — поркой. Уголовные преступления в сфере отношений между хозяевами и слугами наказываются штрафами, однако, если слуга убивает человека, то следует лишить его всех средств к существованию, а если он украдет, то следует убить его без пощады, при этом неисполнение данного предписания означает нарушение закона<sup>18</sup>.

Знает Уложение и поощрительные нормы: в двух разделах («О спасении стад от бедствий» и «О помощи людям») речь идет о том, чтобы лица, совершающие надлежащие поступки, поощрялись скотом (лошадью, овцой, волом и т.д.).

Четвертую группу источников составляют ойратские уставы (Цааджин-Бичик), которые представляли собой сборники законов<sup>19</sup> и распространяли свое действие преимущественно на западные окраины традиционного расселения монголоязычных народов Внутренней Азии — современные Казахстан, Киргизию, Западный Китай и Монголию, а также указы ойратских ханов и писаницы.

Специалисты, занимающиеся монгольским правом, указывают на существование двух монголо-ойратских уставов: древнего и нового. О древнем Цааджин-Бичик (конец XIV–XV вв.) сведений немного. В оригинале устав не сохранился, данные о нем отрывочны и неполны. Наиболее существенные сведения содержатся в издании 1776 г., опубликованном П. Палласом под названием «Законы монгольских народов»<sup>20</sup> (наиболее детальный анализ устава предложен Ф.И. Леонтовичем<sup>21</sup>). Не вдаваясь в анализ текста и степени его оригинальности, согласимся с Федором Ивановичем, что устав зафиксировал политический компромисс, достигнутый при объединении четырех ойратских племен, равно как это произошло спустя два с половиной века спустя, когда объединение союза четырех ойратских и сорока монгольских племен породило правовой компромисс — новый Цааджин-Бичик (1640).

Устав регулировал межличностные отношения (он содержит нормы, запрещающие прелюбодеяние, оскорбление); положение женщин и сыновей. Восемь фрагментов, приведенных Гурляндом, Леонтовичем и Рязановским, практически идентичны со своему содержанию и свидетельствуют о том, что устав не является ни отрывком из Великой Ясы, ни ее продолжением, а выступает самостоятельным актом кодификации обычного права<sup>22</sup>. Однако С. Дылыков, опираясь на Б. Владимирцова, считает, что это был не свод обычного права, а полноценный законодательный акт<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> См.: Там же.

<sup>19</sup> Владимирцов Б.Я. Общественный строй монголов. Монгольский кочевой феодализм. Л., 1934. С. 19.

<sup>20</sup> Дылыков С.Д. Их Цааз («Великое уложение»). Памятник монгольского феодального права XVII в. М., 1981. С. 78.

<sup>21</sup> Леонтович Ф.И. К истории права русских инородцев. Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав взысканий (Цааджин-Бичик). Одесса, 1879.

<sup>22</sup> Рязановский В.А. Указ. соч. С. 38.

<sup>23</sup> Дылыков С.Д. Указ. соч.

Время создания второго монголо-ойратского устава относится к 1640 г. и происходит на фоне консолидации монгольских племен Халхи, Джунгарии, Цинхая, Сибири и Поволжья перед лицом маньчжурской угрозы. Состоявшийся в это время в Джунгарии съезд князей закрепил создание союза в виде своеобразной федерации княжеств<sup>24</sup> и утвердил новый Цааджин-Бичик. Рязановский отдельно отмечает, что этот устав не являлся кодексом всех монгольских племен и не распространял свое действие на Внутреннюю Монголию<sup>25</sup>, однако охватывал значительную часть некогда великой империи и таким образом по своему охвату находился после Великой Ясы.

В основе нового устава — те же отношения, что регулировались старым. Не имея возможности регулирования всех даже наиболее существенных общественных отношений, он затрагивает лишь некоторые из них, отдавая остальные на откуп обычному праву. Имеющиеся тексты устава под редакцией П. Палласа, Ф. Леонтовича и К. Голстунского<sup>26</sup> между собой не совпадают, в связи с чем В. Рязановский предлагал опираться на текст последнего<sup>27</sup>, поскольку достоверно известно, что в своей работе Константин Федорович непосредственно опирался на оригинальные монгольские и калмыцкие тексты. По своему содержанию текст устава неоднороден и затрагивает вопросы межплеменных отношений, обороны и защиты, положения духовенства и религии, вещного, обязательственного и наследственного права, скотоводства и охоты, почтового сообщения, повинностей, семьи, положения женщин, подробно квалифицирует преступления и затрагивает организацию суда.

В промежутке между этими двумя уставами принимались другие ойратские законы, составляющие третий вид ойратских источников права. Монгольскому ученому Х. Пэрлээ удалось отыскать и реконструировать тексты 18 законов и уложений, принятых на съездах монгольских князей и датированных 1603, 1604, 1611, 1613, 1614 (четыре уложения), 1616 (три уложения), 1617, 1620 и 1639 гг., в том числе четырех уложений, относящихся ко второй половине XVI и началу XVII в.<sup>28</sup> Эти документы опубликованы под названием «Вновь открытый памятник халха-монгольского права»<sup>29</sup>.

По аналогии с указами Чингисхана главы ойратов также издавали нормативные указания. Так, Паллас<sup>30</sup>, Голстунский, Леонтович, а вслед за ними Рязановский упоминают о дополнительных указах 1670–80-х гг. к уставу 1640 г., которыми регулировались отдельные вопросы помощи неимущим, воровства, населения хошунов и аймаков; часть первого указа и весь второй указ посвящены организации суда<sup>31</sup>.

Еще один вид ойратских законов представлял собой отдельные законодательные акты, изданные в виде ярлыков и в форме утесных писаниц, которые располагались на открытом и доступном для обзора месте, высекаемые в камне либо прорисованные кра-

<sup>24</sup> Златкин И.Я. История Джунгарского ханства (1635–1758). М., 1964. С. 176.

<sup>25</sup> Рязановский В.А. Указ. соч. С. 39.

<sup>26</sup> Голстунский К.Ф. Монголо-ойратские законы 1640 года. Дополнительные указы Галдан-хунтайджия и законы, составленные для волжских калмыков при калмыцком хане Дондук-Даши. СПб., 1880.

<sup>27</sup> Рязановский В.А. Указ. соч. С. 42.

<sup>28</sup> Дылыков С.Д. Указ. соч.

<sup>29</sup> Пэрлээ Х. Халхын шинэ олдсон цааз — эрхэмжийн дурсгалт бичиг (Вновь открытый памятник халха-монгольского права). Кн. 1. Улан-Батор, 1973. С. 1–139.

<sup>30</sup> Pallas P.S. Sammlungen historischer Nachrichten über die Mongolischen Völkerschaften. Bd 1. Saint Petersburg, 1776. P. 194–218.

<sup>31</sup> Рязановский В.А. Указ. соч. С. 44.

ской<sup>32</sup>, и имели характер как прямого предписания (указания) хана, так и прочих актов, например, мирных договоров.

Пятую группу монгольских источников представляли законы северной части Монголии, известной под названием «Халха». Наиболее значительным памятником права Халхи является Великое семихошунное уложение или Халха-Джирум. Рязановский указывает<sup>33</sup>, что предшественником Халха-Джирум мог быть более древний свод законов, однако известий о нем не сохранилось.

Сам свод законов до настоящего времени в оригинале не сохранился, имел распространение на территории всей Северной (Внешней) Монголии, состоял из 8 частей, принятых с 1709 по 1718 гг.; добавления к нему делались вплоть до 1796 г. Части сборника упорядочены слабо и включают самые разнообразные нормы, касающиеся вопросов от привилегий богдо-гэгэна до кражи, от поездок хана до убийства, от вопросов наследования до принятия ворованного скота и т.д. Отличительная от того же ойратского устава 1640 г. особенность Халха-Джирум, таким образом, прослеживается четко: это регулирование организации жизни и быта северных монголов<sup>34</sup>. Еще одной отличительной чертой является то, что этот источник права действовал вплоть до 1925 г. в шабинском ведомстве Богдо-Хана<sup>35</sup>. Дылыков обращает внимание, что основным законом в сборнике «Халха Джирум» является уложение 1709 г., изданное уже после признания Халхой в 1691 г. сюзеренитета маньчжурского богдохана и после опубликования императором Канси в 1696 г. «Монгольского уложения»<sup>36</sup>.

Наконец, шестую группу источников составляет китайское законодательство для Монголии, которое принималось после включения Халхи и Южной Монголии в состав империи Цин.

Съезд 1636 г. передал титул богдо-хана главе Маньчжурского государства Абахая, а в 1691 г. Долонорский съезд князей Халхи сделал тот же жест в отношении императора Канси. Цинские власти оставили у монголов правовую организацию и подкрепляли ее собственными уложениями, принятие которых совпадало с событиями в маньчжурско-монгольских отношениях.

Уложение императора Канси 1696 г. было принято после включения в состав империи Цин Халхи на фоне необходимости единого правового регулирования всех находящихся к тому времени под властью маньчжуров монгольских земель. Уложение представляет собой свод законов и законодательных постановлений периода 1629–1695 гг., которые регулировали общественные отношения, складывающиеся во Внутренней Монголии, и имеет 152 статьи, выстроенные в хронологическом порядке<sup>37</sup>. Основой данного свода явились существовавшие ранее монгольские законы и обычаи. Уложение послужило основой следующего нормативного правового акта — Уложения китайской Палаты внешних сношений 1789 г. — и по содержанию в основе своей совпадало с ним. Принятие нового крупного нормативного правового акта было вызвано, с одной стороны, завоеванием Джунгарии и включением ее территории в состав империи Цин, с другой стороны — необходимостью переработки отдельных норм и их обновления.

<sup>32</sup> Там же. С. 67.

<sup>33</sup> Там же. С. 70.

<sup>34</sup> Там же. С. 80.

<sup>35</sup> *Жамцарано Ц.Ж., Дылыков С.Д.* Халха Джирум. Памятник монгольского феодального права XVIII века. М., 1965.

<sup>36</sup> Там же.

<sup>37</sup> *Рязановский В.А.* Указ. соч. С. 84.



Уложение 1789 г. делится на 12 разделов и включает 210 статей. Первый раздел содержал 24 статьи (вопросы достоинства); второй — 23 статьи (положения о ревизии и обязанностях); третий — 8 статей и одну подстатью (о приезде ко двору и уплате дани); четвертый — 13 статей (организационные вопросы сеймов и отправления на войну); пятый — 17 статей (нормы о межах и караулах); шестой — 35 статей (о хищении чужого имущества); седьмой — 10 статей (об убийстве); восьмой — в пяти статьях содержал нормы о жалобах; девятый — 20 статей (регламентировал поимку беглых); десятый — 18 статей (посвящен прочим преступлениям); одиннадцатый — в шести статьях содержал религиозные нормы. Двенадцатый раздел насчитывал 29 статей, посвященных разрешению следственных дел<sup>38</sup>. Таким образом, в отличие от Уложения императора Канси 1696 г., новый акт имел более четкую структуру и предполагал предметное регулирование большинства вопросов. Вопросы военной организации, сбора податей и повинностей и ряд других отношений подвергались детальной регламентации, в то же время вопросы вещного и обязательственного права не нашли в Уложении отражения и регулировались нормами обычного права. Нормы семейного и наследственного права воспроизводили основные монгольские обычаи. В отличие от этого на уголовное право существенным образом оказало влияние китайское уголовное законодательство, более жестокое и не всегда отвечавшее быту монголов и укладу их жизни. Вводился институт понижения наказания на одну степень (исключительно китайская правовая норма), смертная казнь утверждалась императором через Палату уголовных дел.

При этом в отношении монголов, совершивших преступление на территории Китая (не империи Цин<sup>39</sup>), действовали нормы китайского права, а в отношении китайцев, совершивших преступление на территории Монголии, — монгольского.

Китайское право, равно как и общественные отношения, развивались динамичнее, чем монгольские, поэтому Уложение 1789 г., основанное на Уложении 1696 г. и древних монгольских законах и обычаях, в скором времени ощутило потребность в преобразовании. Представители Палаты внешних сношений апеллировали к наличию таких преступлений монголов, которые не содержались в Уложении, в связи с чем просили внести дополнения посредством обобщения судебной практики и иных административных документов. Была создана специальная комиссия и установлен трехлетний срок ее работы, однако, по завершении этого процесса проект изменений и дополнений не был утвержден, а комиссия поставила себе задачу — составить новое Уложение, отвечающее и требованиям времени, и внутренней политике цинской администрации, и выполнила ее.

В отличие от двух описанных выше сводов законов для Монголии новое Уложение китайской Палаты внешних сношений 1815 г. не было переработанным воспроизведением предыдущего — это был новый нормативный правовой акт с обновленной структурой и содержанием. Переиздаваемое в 1826 и 1832 гг., Уложение дополнялось и подвергалось изменениям в соответствии с необходимостью.

Уложение было составлено на маньчжурском, китайском и монгольском языках, включало 526 пронумерованных статей и не делилось на разделы, а состояло из 67 тетрадей, содержание которых регулировало отдельные сферы общественных отношений. Для удобства С. Липовцев<sup>40</sup> при переводе маньчжурского текста разделил его на статьи, отделы и главы и получил Введение и 6 частей. Введение включало 6 глав и 56 статей, в

<sup>38</sup> Там же. С. 85.

<sup>39</sup> Дмитриев С.В., Кузьмин С.Л. Империя Цин как Китай: анатомия исторического мифа // Восток (Oriens). 2014. № 1. С. 5–17.

<sup>40</sup> Уложение китайской палаты внешних сношений / Пер. С. Липовцева. СПб., 1828.



нем содержались данные о Палате внешних сношений; первая часть содержала 21 главу и 494 статьи (посвящена административному устройству и управлению Монголией); вторая — 6 глав и 88 статей (обозначалась как «Устав Воинский»); третья — 20 глав и 191 статьи (нормы уголовного права); четвертая — 11 глав и 117 статей (вопросы религиозных отношений); пятая — 13 глав и 66 статей (постановления о Тибете); шестая — 6 глав и 28 статей (отношения с Россией).

Несмотря на сохраняемую строгость норм, Уложение предусматривает гарантии монголам, которые воспрещали китайцам переходить границу и распахать монгольские поля, а монголам воспрещалось сдавать пастбища под пашню. Воспрещались передвижение без разрешения вышестоящих инстанций и межнациональные браки. Основные институты права сохраняются и уточняются в соответствии с политикой цинской администрации. Равно как и в предыдущем Уложении, новый свод законов практически не содержит норм частного права. И если во отношениях между монголами эти вопросы регулировались обычаями, то при установлении отношений между монголами и китайцами возникали значительные трудности. Следовательно, при включении Монголии в состав империи Цин внутренняя жизнь, быт и обустройство отдавались на откуп монголам, маньчжурскими законами регулировались публичные отношения как представлявшие больший интерес и большую необходимость.

В дополнение к Уложению китайской Палаты внешних сношений 1815 г. следует упомянуть о таком источнике как «Улаан хацарт» — собрании судебных решений монгольского правительства за 1820–1913 гг., которое исследовали, правда, весьма поверхностно, монгольские авторы<sup>41</sup>.

Таким образом, вплоть до Синьхайской революции 1911 г. общественные отношения жителей Внешней и Внутренней Монголии регулировались специальными нормативными правовыми актами — уложениями китайской Палаты внешних сношений. При этом ни Дацин хуэйдянь, ни Дацин люйли ни распространяли своего действия на монгольские земли и монгольский народ. После смены формы правления новое руководство страны взяло курс на обновление, в том числе правовой системы и законодательства. Учитывая, что и Внутренняя Монголия, и Монголия Внешняя рассматривались республиканскими властями как составные части единого государства, предполагалось, что и право в этих частях должно быть единым.

С середины XIX в. китайское право начинает процесс рецепции японского и европейского континентального (преимущественно — французского, немецкого, бельгийского, голландского и швейцарского) права. Традиционные правовые институты и конструкции постепенно уступают место романо-германской системе, которая преобразила отрасли и публичного, и частного права.

Действовавшая в Китае этого периода правовая система именовалась системой «Шести законов», названная так в силу доминирующего положения и приоритетности таких отраслей права, как конституционное, гражданское, гражданское процессуальное, уголовное, уголовно-процессуальное и административное (включая административный процесс). К этому следует добавить, что имелась схожесть значительного массива правового материала с правовой системой Японии того периода, где также доминировали шесть правовых отраслей. Однако в Японии ведущее место было за коммерческим, а не за административным правом. Это нашло свое отражение в правовой системе Мэнцзя-

<sup>41</sup> См.: *Нацагдорж Ш.* Улаан хацарт. УБ., 1961.; *Жамцарано Ц., Турунов А.* Обзорение памятников писаного права монгольских племен // Сборник трудов Государственного Иркутского университета. Вып. 6. Иркутск, 1920. С. 2–3.

на, которая под воздействием японской стороны претерпела существенные изменения в данном направлении.

Исторически выделение этой группы отраслей китайского права связано с законодательной реформой, которая была проведена на исходе эпохи Цин на рубеже XIX–XX вв. В Китае с 1901 г. была осуществлена крупномасштабная реформа законодательства, многие нормативные правовые акты были полностью обновлены. Уже к 1907 г. была проделана грандиозная работа по переводу действующего японского законодательства, охватившая более 3000 нормативных правовых актов на уровне законов, постановлений высших органов государственной власти и др. Помимо упомянутых отраслей, внимание китайских юристов и переводчиков привлекли акты, касавшиеся регулирования государственного управления, финансовой сферы, правоохранительной деятельности, здравоохранения, уголовно-исполнительной системы и т.д. (всего 16 томов). Однако дальнейшему развитию права в этом направлении помешала Синьхайская революция.

Статья 5 Временной Конституции Китайской Республики (1912) гласила, что народ Республики пользуется одинаковыми правами независимо от расы, класса и религии. Учитывая, что согласно ст. 3 той же Конституции оговаривалась территориальная структура Китая, которую составляли 22 провинции, Внутренняя и Внешняя Монголия, Тибет и Цинхай, можно утверждать, что жители Внешней и Внутренней Монголии были включены в состав народа Китайской Республики со всем объемом прав и обязанностей. Данный вывод напрашивается в связи с тем, что в правовом положении китайских провинций и Внешней и Внутренней Монголии, Тибета и Цинхая не было различий: так, ст. 18 Конституции гласила, что «от каждой провинции, Внутренней Монголии, Внешней Монголии и Тибета избирается по пять членов Национального собрания, Цинхай избирает одного члена».

Стоит отметить, что значительную роль во внедрении правовых норм и институтов Европы и Японии сыграла правотворческая практика и практика применения европейской правовой доктрины Верховным судом Китайской Республики, который пытался адаптировать законодательство цинского Китая к современным правовым и политическим реалиям. Когда судебные решения носили принципиальный или резонансный характер, Верховный суд объяснял необходимость их принятия существенными проблемами в законодательстве и невозможностью регулирования данных общественных отношений с помощью норм обычного права.

Среди первых базовых нормативных правовых актов было Уголовное уложение 1912 г. Оно претерпело ряд серьезных изменений, связанных как с отказом от многих правовых институтов цинского Китая, так и с возвращением их в текст закона. Уголовное уложение 1912 г. (с 1928 г. — Уголовный кодекс Китайской Республики) пережило многие перипетии политической борьбы и было отменено лишь с приходом к власти коммунистов. Кодекс отличался точностью и четкостью норм и дефиниций и характеризовался как один из прогрессивных нормативных правовых актов того времени.

Отрасли частного права были не так мобильны в новых условиях и в этом плане продолжали сохранять правовую традицию, заложенную Дацин люйли. Принятия единого закона в сфере гражданско-правовых отношений не последовало до конца 1920-х гг. Вместе с тем был утвержден ряд важных нормативных правовых актов, имевших форму уставов и регулировавших общественные отношения в горнодобывающей (Горнопромышленный устав 1914 г.) и лесной промышленности (Лесной устав 1915 г.)

Проект Гражданского кодекса Китайской Республики был готов к концу 1925 г. Однако его принятие затянулось до 1929–1930 гг., когда была окончательно утверждена

основная часть его норм. Он вступил в силу в мае 1931 г. Кодекс был ориентирован на аналогичные акты Японии и Германии, однако уступал им по объему (охвату) и регулированию общественных отношений, по разнообразию правовых институтов и выглядел более упрощенным, в ряде случаев он содержал прямые отсылки к нормам обычного права, которые могли противоречить закону. Несмотря на падение династии Цин, республиканский Китай не стал пренебрегать правовым наследием, а продолжал его развивать, дополнять и совершенствовать. Учитывался и международный опыт: Уголовный кодекс Китайской Республики 1935 г. и последовавший за ним Гражданский кодекс соответствовали международному уровню и восприняли главные теоретические и практические достижения юридической науки.

В дальнейшем были разработаны и вступили в силу законы и положения, регулирующие земельные и трудовые отношения, торговую и предпринимательскую ( в том числе биржевую и банковскую, страховую и патентную), нотариальную и медиативную (в первую очередь в области трудовых отношений) деятельность, отношения в области банкротства, товарных знаков и ценных бумаг.

Правовую конструкцию, аналогичную Конституции 1912 г., использовала Конституция Китайской Республики 1923 г., где в ст. 2 верховная власть Китайской Республики вверялась всему народу в целом. Статья 3 определяла территориальную структуру Китайского государства как состоящего из всех стран, принадлежащих Китаю, без их поименного упоминания. Это объяснялось тем, что и сам Китай, и его провинции уже не представляли собой единого государства, а Монголия, которая с 1911 г. де-факто была самостоятельной, тем не менее юридически оставалась в составе Китая, в связи с чем формально на ее территории продолжало действовать китайское законодательство.

Очередной этап развития китайского права связан с приходом к власти Гоминьдана, когда на вооружение было взято не только японское, но и европейское право. Перевод и рецепция французских Гражданского, Гражданско-процессуального, Уголовного, Уголовно-процессуального и Трудового кодексов в совокупности с Конституцией в соответствии с китайской правовой традицией получили название вторых «Шести законов», которые, в свою очередь, были переведены на японский язык и в Стране восходящего солнца вдохнули новую жизнь в ее законодательство.

В дополнение к традиционным «Шести законам» (где административное право вошло в гражданско-правовой блок, а коммерческое право было выделено в отдельную отрасль) получило развитие международное право. Нормы административного права были дополнены блоком норм, регулирующих подзаконную деятельность такого органа государственной власти, как президент Китайской Республики.

8 октября 1928 г., после завершения формального объединения страны к июлю 1928 г. под фактической властью Чан Кайши, в новой столице Китая — Нанкине был принят «Органический закон об организации Национального правительства». Вслед за этим в марте 1929 г. на III съезде Гоминьдана было сформулировано положение, что все население Китая составляет единую нацию, состоящую из отдельных «ветвей» (ханьцы, манчжуры, монголы, тибетцы, хуэйцзу), единых по «расе и крови» и отличающихся лишь по религии и географическому положению.

5 мая 1931 г. начало работу Национальное собрание, принявшее новую «Временную Конституцию Китайской Республики периода политической опеки», которая вступала в действие 1 июня 1931 г. Китай был разделен на 28 провинций. В группу территорий с особым статусом (дифан) были выделены Монголия и Тибет, в которых реальная власть давно принадлежала местным правительственным учреждениям и которые лишь но-

минально оставались в составе Китая. Временная Конституция провозглашала, что Китай всегда будет единой страной (ст. 3), но вместе с тем предусматривала возможность «особого статуса» Монголии и Тибета: «Территория Китайской республики состоит из различных провинций, из Монголии и Тибета (ст. 1), управление в тех местах, которые еще не стали провинциями (т.е. Монголия и Тибет) будет определено законом». В это же время на территории Внутренней Монголии создаются новые 6 провинций, однако и эта административная реформа была во многом формальностью: земли на территории Внутренней Монголии оставались в руках монгольских князей, и на них спустя несколько лет было образовано автономное государство Мэнцзян.

15 июня 1931 г. был выработан «Органический закон», который представлял собой высший закон государства, хотя и касался в основном управленческой сферы и распределения полномочий между органами государственной власти. 5 мая 1936 г. был опубликован проект постоянной Конституции Китая, который предполагалось утвердить в ноябре 1937 г. на заседании Национального собрания. Начавшиеся 7 июля 1937 г. активные военные действия со стороны Японии помешали его принятию.

Поскольку сам Китай в рассматриваемый период не имел политического единства, а Монголия приняла собственную Конституцию и не признавала легитимности китайского управления, подвергать детальному анализу указанные выше конституционные акты Китайской республики нет необходимости.

Таким образом, правовая система Китая в первой трети XX в. находилась в стадии интенсивного развития и рецепции европейского и японского права, что шло на пользу стране. Это непосредственным образом отражалось и на составных частях Китайской Республики — Внутренней Монголии и, формально, Внешней Монголии. Однако имелись объективные сложности в данном процессе, вызванные разницей культур и восприятия правовых механизмов, разным пониманием роли и значения права и закона, а также механическим копированием европейских правовых норм без учета национальных и культурных особенностей восточного общества и государства.

Помимо трудностей адаптации европейских и японских норм и институтов имелись и другие препятствия, в частности, фактическая раздробленность Китая, в отдельных провинциях которого местные правительства принимали собственное законодательство. Кроме того, провозгласившая независимость Китайская Советская Республика и оккупированные японцами северо-восточные территории также формировали собственную правовую базу и не подпадали под юрисдикцию гоминьдановского законодательства.

Изучая право и правовую систему Китая времен японской оккупации, нельзя не упомянуть о современном отношении КНР к этому процессу, которое выражается в позиции «Налайчжуи» и дословно означает «чуждые», «навязанные» идеи в праве. Толчком послужила статья Лу Синя, опубликованная в «Чайна Таймс» и «Чайна Дейли Ньюз» с целью противостоять тотальной вестернизации и отрицанию культурной традиции Китая, в том числе и правовой<sup>42</sup>. И сегодня отношение к правовым системам оккупированных японцами территорий Северо-Восточного Китая остается однозначно и безапелляционно негативным.

<sup>42</sup> Сун Цунье. Характеристика правовой системы псевдорезима в Мэнцзяне / Факультет политики и права Педагогического университета Баотоу // Иньшан: академический журнал (социальные науки). 2010. № 23 (5) (宋从越, 伪蒙疆政权立法的特点, 包头师范学院, 政治与法律学院, 内蒙古, 包头, 阴山学刊 (社会科学版), 2010年05期23 (5)).



## Библиография

- Владимирцов Б. Я. Общественный строй монголов. Монгольский кочевой феодализм. Л.: Издательство АН СССР, 1934. 236 с.
- Голстунский К.Ф. Монголо-ойратские законы 1640 года. Дополнительные указы Галдан-хунтайджия и законы, составленные для волжских калмыков при калмыцком хане Дондук-Даши. Санкт-Петербург: Императорская Академия наук, 1880. 160 с.
- Гурлянд Я.И. Степное законодательство с древнейших времен по 17-ое столетие. Казань: Типо-литография Императорского университета, 1904. 112 с.
- Дмитриев С.В., Кузьмин С.Л. Империя Цин как Китай: анатомия исторического мифа // Восток (Oriens). 2014. № 1. С. 5–17.
- Дылыков С.Д. Их Цааз («Великое уложение»). Памятник монгольского феодального права XVII в. М.: Восточная литература, 1981. 148 с.
- Жамцарано Ц.Ж., Дылыков С.Д. Халха Джирум. Памятник монгольского феодального права XVIII века. М.: Главная редакция восточной литературы, 1965. 340 с.
- Жамцарано Ц., Турунов А. Обзорение памятников писаного права монгольских племен // Сборник трудов Государственного Иркутского университета. Вып. 6. Иркутск, 1920. 13 с.
- Златкин И.Я. История Джунгарского ханства. М.: Наука, 1964. 482 с.
- Леонтович Ф.И. К истории права русских инородцев. Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав взысканий (Цааджин-Бичик). Одесса: Тип. Г. Ульриха, 1879. 290 с.
- Почекаев Р.Ю. Право империи Юань: дуализм источников и проблема «национальной принадлежности» // Общество и государство в Китае. 2014. Т. XLIV. № 1. С. 104–123.
- Рязановский В.А. Монгольское право (преимущественно обычное). Исторический очерк. Харбин: Типогр. Н. Е. Чинарева, 1931. 348 с.
- Уложение китайской палаты внешних сношений / Пер. С. Липовцева. СПб., 1828. 241 с.
- Escarra J. Chinese Law and Comparative Jurisprudence. P.: La Librairie Française Publ., 1926. 91 p.
- Pallas P.S. Sammlungen historischer Nachrichten ueber die mongolischen Voelkerschaft. Bd 1. Sankt Peterburg, 1776. 232 p.
- Сун Цунъюэ. Характеристика правовой системы псевдорегима в Мэнцзяне / Факультет политики и права Педагогического университета Баотоу // Иньшан: академический журнал (социальные науки). 2010. № 23 (5) (宋从越, 伪蒙疆政权立法的特点, 包头师范学院, 政治与法律学院, 内蒙古, 包头, 阴山学刊 (社会科学版), 2010年05期23 (5)).

---

## Genesis of Mongolian Law and Its Interaction with Chinese Law (13th – early 20th Centuries)



**Pavel N. Dudin**

Head, Department, «Theory and History of Law. Constitutional Law», Law Faculty, East Siberia State University of Technology and Management, Candidate of Political Sciences. Address: 40 B Kliychevskaya Str., Ulan-Ude, 670018, Russian Federation. E-mail: dudin2pavel@gmail.ru.



### Abstract

The paper features Mongolian law in context of its interaction with common law of Mongolian tribes of pre-state period, traditions of Mongolian society under Genghis Khan rule, and as part of the Qing dynasty. The main aspect of the research is the legal basis and acts enforced on the modern territory of Inner Mongolia. On the basis of the materials of Russian and foreign researchers unknown to a wide academic community, the author identifies six groups of sources of Mongolian Law and provides detailed characteristics of each. The first group of sources incorporates Yassa as a source of rules

and punishments for violating them. The second group of sources represents the so called secondary legal acts enabling to perform administration and other administrative actions including decrees (tchzan) and orders (tchi) of the Great Khan, labels, defters and pajtsze. The third group of sources comprises the laws of the the Yuan dynasty (1271–1368) and North Yuan (1368–1691); the fourth included Oirat charters (Tsaadzhin-bichik), decrees of Oiratean khans and petroglyphs. The fifth group of the Mongolian sources included Khalha acts in particular the great semikhoshunn law and Khalkha Jirum. Group six of the sources involves Chinese Law for Mongolia approved after Khalkha and South Mongolia were included in the Qing dynasty. On the basis of detailed analysis and comparison, the author matches the sources and their separate norms, which forms a conclusion that the process of the development of Mongolian law differed from the one of neighbor states and even after the loss of sovereignty, public relations on the territory of Mongolian lands were ruled by special normative acts.



## Keywords

Mongolian State, Mongolian Law, sources of law, Yassa, Khalkha Jirum of 1709, Laws of Chinese Foreign Relations of 1789 and 1815.

Citation: Dudin P.N. (2016) The Genesis of Mongolian Law and its Interaction with Chinese Law (13th — early 20th Centuries). *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 21–36 (in Russian). DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.21.36



## References

- Dmitriev S.V., Kuz'min S.L. (2014) Imperiya Tsin kak Kitay: anatomiya istoricheskogo mifa [Qing Dynasty and China: Anatomy of Historical Myth]. *Vostok (Oriens)*, no 1, pp. 5–17.
- Dylykov S.D. (1981) *Ikhh Tsaaz («Velikoe ulozhenie»)*. *Pamyatnik mongol'skogo feodal'nogo prava XVII veka* [Ikhh Tsaaz (Great Law) Monument of Mongolian Feudal Law of 17<sup>th</sup> century]. Moscow: Vostochnaya literatura, 148 p. (in Russian)
- Escarra J. (1926) *Chinese Law and Comparative Jurisprudence*. R.: La Librairie Française Publications, 91 p.
- Golstunskiy K.F. (1880) *Mongolo-oyratskie zakony 1640 goda. Dopolnit'nye ukazy Galdan-khun-taydzhiya i zakony, sostavlennyye dlya volzhskikh kalmykov pri kalmytskom khane Donduk-Dashi* [Mongolian Oirat Laws of 1640. Additional Decrees of Galdan-khun-taydzhiya and the Decrees made for Volgian Kalmyks under Khan Donduk-Dashi]. Saint Petersburg: Imperatorskaya Akademia Nauk, 160 p. (in Russian)
- Gurlyand Ya.I. (1904) *Stepnoe zakonodatel'stvo s drevneyshikh vremen po 17-oe stoletie. Kazan'* [Steppe Law from Ancient Times to 17<sup>th</sup> century]. Kazan: Tipo-litografiya Imperatorskogo universiteta, 112 p. (in Russian)
- Leontovich F.I. (1879) *K istorii prava russkikh inorodtsev. Drevniy mongolo-kalmytskiy ili oyratskiy ustav vzyskaniy (Tsaadzhin-Bichik)* [On the History of Law of Russian Foreigners. Ancient Mongolian and Kalmyk or Oirat Law of Punishments (Tsaadzhin-bichik)]. Odessa: Ul'rikh, 290 p. (in Russian)
- Lipovtsev S. (ed.) (1828) *Ulozhenie kitayskoy palaty vneshnikh snosheniy* [Law of Chinese Chamber of Foreign Relations]. Saint Petersburg, 241 p. (in Russian)
- Pallas P.S. (1776) *Sammlungen historischer Nachrichten uber die mongolischen Voelkerschaft*. Bd 1. Saint Petersburg, 232 p.
- Pochekaev R. Yu. (2014) Pravo imperii Yuan': dualizm istochnikov i problema «natsional'noy prinadlezhnosti» [Law of Yuan Dynasty: Duality of sources and Problem of National Identity] *Obshchestvo i gosudarstvo v Kitae*. T. XLIV, no 1, pp. 104–123 (in Russian)
- Ryazanovskiy V.A. (1931) *Mongol'skoe pravo (preimushchestvenno obychnoe)*. *Istoricheskiy ocherk* [Mongolian Law (Primarily Common) Historical Essay]. Kharbin: Chinarev, 348 p. (in Russian)
- Sun Tsun'e. (2010) *Kharakteristika pravovoy sistemy psevdorezhima v Mentszyane. Fakul'tet politiki i prava Pedagogicheskogo universiteta Baotou*. In: *shan: akademicheskiy zhurnal (sotsial'nye nauki)*, no 23 (5) (宋从越, 伪蒙疆政权立法的特点, 包头师范学院, 政治与法律学院, 内蒙古, 包头, 阴山学刊 (社会科学版), 2010年05期23 (5)).
- Vladimirtsov B. Ya. (1934) *Obshchestvennyy stroy mongolov. Mongol'skiy kochevoy feodalizm* [Social System of Mongols]. Leningrad: Izdatel'stvo Akademii Nauk SSSR, 236 p. (in Russian)

Zhamtsarano Ts.Zh., Dylykov S.D. (1965) *Khalkha Dzhirum. Pamyatnik mongol'skogo feodal'nogo prava XVIII veka* [Khalkha Jirum. Monument of Mongolian Feudal Law of 18th century]. Moscow: Akademia Nauk SSSR, 340 p. (in Russian)

Zhamtsarano Ts., Turunov A. (1920) Obozrenie pamyatnikov pisanogo prava mongol'skikh plemen [Review of the Monuments of Written Law of Mongolian Tribes]. *Sbornik trudov Gosudarstvennogo Irkutskogo universiteta* [Collection of Papers of Irkutsk State University]. Issue 6. Irkutsk, 13 p.

Zlatkin I.Ya. (1964) *Istoriya Dzhungarskogo khanstva (1635–1758)* [History of Dzungar Khanate (1635–1758)]. Moscow: Nauka, 482 p. (in Russian)



# Проблемы классификации субинститутов права

---



**И.В. Орехов**

аспирант кафедры теории и истории государства и права Иркутского института Всероссийского государственного университета юстиции. Адрес: 664011, Российская Федерация, Иркутск, ул. Некрасова, 4. E-mail: oreh9@mail.ru

---



## Аннотация

Предметом исследования является правовая категория субинститута права. Автор формулирует дефиницию субинститута права, обращаясь непосредственно к сути научной классификации вообще и, в частности, в праве. Приводится аргументация объективной необходимости научных исследований в этой области, которые смогут принести как теоретическую, так и практическую пользу. Работа над классификациями позволит более детально и с разных сторон взглянуть на правовую категорию субинститута. Это, в свою очередь, будет способствовать точной разработке понятия и признаков субинститута, а в дальнейшем — окончательному признанию субинститутов в качестве неотъемлемой составляющей системы права Российской Федерации. Исследование представляется актуальным, поскольку в отечественной правовой науке разработки данной проблематики отсутствуют. Статья призвана способствовать началу научной дискуссии по этому вопросу, которая жизненно необходима для установления четкого понимания в этой сфере. Затем в исследовании рассматриваются возможные варианты классификаций данной правовой категории. Предлагаются различные критерии для поиска видов субинститутов права в российской системе права. Приведенные классификации подкрепляются практическими примерами. В заключении подводятся итоги проделанной научной работы. Проанализированные классификации являются лишь первым шагом к выработке четко обоснованной научной позиции по данной проблематике. Предстоит еще сложная и кропотливая работа для того, чтобы вывести окончательный перечень возможных классификаций субинститутов права. В связи с динамичностью развития современных общественных отношений и, как следствие, системы права, регулирующей их, не стоит затягивать по времени научную дискуссию в этой области. Теория должна помогать практической деятельности, а, как мы можем видеть, субинституты права уже действуют в российской системе права. Однако недостаточная теоретическая проработанность этой правовой категории (в частности, в области классификаций) может усложнить их функционирование на практике, либо привести к сбоям работы системы права, чего, конечно, нельзя допустить.

---



## Ключевые слова

субинститут права, российская система права, внутренняя организация права, понятие субинститута, классификация, виды субинститутов права.

---

Библиографическое описание: Орехов И.В. Проблемы классификации субинститутов права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 1. С. 37–47.

JEL: K00; УДК: 34.01

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.37.47

В отечественной юридической науке отсутствуют исследования данной проблематики. В настоящее время требуется теоретически обосновать необходимость признания субинститутов права как неотъемлемой части российской системы права. К примеру, как отмечает Н.В. Ростовцева, для обеспечения действенного механизма защиты прав

ребенка на современном этапе требуется более четкое законодательное регулирование отношений с участием несовершеннолетних<sup>1</sup>. В решении этой и других задач может помочь правовая категория под названием «субинститут права». Отличным действующим примером такого регулирования может служить субинститут уголовной ответственности несовершеннолетних, который успешно функционирует в рамках уголовного права Российской Федерации. Как мы видим, исходя из существующей научной дискуссии, объективно существующие категории правовой действительности на сегодняшний день признаются не всеми отечественными учеными. Необходимы серьезные теоретические исследования в данной области. Первым этапом признания субинститутов будет выработка четкой дефиниции, определение их признаков. Затем необходимо исследовать классификации, что будет являться следующим шагом на пути к теоретическому признанию этой правовой категории.

Для начала остановимся на дефиниции категории «субинститут права». В предыдущих исследованиях автор определил субинститут права как четко выраженную совокупность правовых норм внутри крупного правового института, регулиющую особенности, специфику видовых общественных отношений<sup>2</sup>. Поскольку субинституты являются одним из элементов системы права Российской Федерации, для более глубокого понимания их особенностей необходимо разработать различные классификации. Деление субинститутов права по видам в зависимости от различных критериев позволит лучше продемонстрировать и понять особенности их возникновения и функционирования.

Классификации субинститутов права — это явление, относительно новое в отечественной правовой науке. Отсутствие фундаментальных исследований данной проблематики среди российских ученых усложняет достижение цели работы. Однако есть возможность сделать некоторые выводы и определить критерии классификаций. Возможно, это исследование будет способствовать началу дискуссии в научной среде по вопросам разграничения субинститутов права на виды. Для наиболее качественной классификации требуется высокая точность в выборе критерия и границ разграничения. Это весьма важно, поскольку неточная классификация не добавит знаний для продуктивной разработки, а лишь усложнит и запутает ситуацию. Соблюдение вышеуказанных требований позволит избежать затруднительных ситуаций при отнесении того или иного субинститута права к определенному виду. Точная классификация помогает в дальнейшей теоретической разработке, позволяя более детально и конкретно останавливаться на признаках определенных субинститутов права. Способствует классификация и упрощению использования субинститутов на практике, что тоже является весьма важным.

Если говорить строго, классификация — это подразделение объектов на виды в зависимости от важности, содержания общественных отношений<sup>3</sup>. По мнению В.Н. Синюкова, классификация — это распределение объектов права по классам (типам) в зависимости от тех или иных критериев. В этом плане классификация (типология) — важный способ научного познания, позволяющий под дополнительным углом зрения раскрыть как внутренние (структурные) взаимосвязи права, так и его отношения с более широким социальным контекстом, что открывает новые возможности в изучении юриди-

<sup>1</sup> Ростовцева Н.В. Защита прав несовершеннолетних при совершении сделок с недвижимым имуществом // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 3. С. 60–71.

<sup>2</sup> Орехов И.В. Взаимодействие субинститута права с другими элементами системы права Российской Федерации / Вопросы современной юриспруденции. Сборник статей по материалам международной конференции. Новосибирск, 2015. С. 68–73.

<sup>3</sup> Прохоров Л.А., Прохорова М.Л. Уголовное право: Учебник. М.: Юристъ, 1999. 480 с.

ческих явлений<sup>4</sup>. Эти определения содержат понятие классификации применительно к правовой среде и не позволяют полностью понять суть этого явления.

Приведем несколько общенаучных дефиниций. По мнению К.Я. Авербуха, классификация — это распределение предметов какого-либо рода на взаимосвязанные классы согласно наиболее существенным признакам, присущим предметам данного рода и отличающим их от предметов других родов, при этом каждый класс занимает в получившейся системе определенное постоянное место и, в свою очередь, делится на подклассы<sup>5</sup>. А.В. Сусперанская дает следующее определение научной классификации: «Это упорядоченный способ ассоциации и диссоциации, а также умственной организации идей, которые представлены в мозгу человека в виде понятий. Сумма всех индивидуальных объектов, обладающих определенными свойствами, называется классом. Характеристики отдельных типичных объектов помогают понять сущность класса в целом и, классифицируя понятия, объединять их в системы»<sup>6</sup>. В связи с этим мы можем сделать вывод, что классификация субинститутов права позволит лучше понять не только типологию субинститутов, но и их функциональную роль в системе российского права. Именно через классификационную схему раскрывается и наглядно демонстрируется логико-понятийная структура предметной области во всем многообразии ее связей и отношений<sup>7</sup>. Таким образом, точная классификация субинститутов права позволит облегчить дальнейшее изучение их видов. Разбивка субинститутов по классам будет способствовать более точной и детальной проработке их в отдельности, что положительно скажется на всей правовой категории в целом. Научная классификация позволит провести перепись субинститутов в российской системе права, поскольку отнесение их к тому или иному классу по определенному критерию будет выявлять субинституты в российской правовой действительности.

В первую очередь необходимо разделить субинституты права в зависимости от отрасли права, в которой они функционируют. Назовем это «отраслевой классификацией субинститутов». Каждый субинститут, функционирующий в рамках определенной отрасли, может быть отнесен к соответствующей отрасли в рамках данной классификации. Количество видов здесь ограничено наличием общепризнанных отраслей права в Российской Федерации. В исследовании стоит сделать акцент на бесспорных отраслях, поскольку в российской науке проходят ожесточенные споры о самостоятельности некоторых отраслей права (транспортное, арбитражно-процессуальное, информационное, аграрное, медицинское, спортивное и т.д.), признаваемой далеко не всеми отечественными правоведами. Например, Л.Б. Ситдикова пишет, что в настоящее время стала довольно активно складываться теория медицинского права<sup>8</sup>. И.Ф. Сюбарева придерживается мнения о необходимости выделения образовательного права в качестве комплексной отрасли права, так как содержание отношений, складывающихся в сфере образования, дают все необходимые и достаточные основания для выделения образовательного права как уже вполне сложившейся правовой отрасли, имеющей комплексный

<sup>4</sup> Синюков В.Н. Теория государства и права: Курс лекций. М.: Юристъ, 2001. 776 с.

<sup>5</sup> Авербух К.Я. Общая теория термина. Иваново, 2004. 252 с.

<sup>6</sup> Сусперанская А.В. Общая терминология: вопросы теории. М.: Наука, 1989. 246 с.

<sup>7</sup> Литовченко В.И. Классификация и систематизация терминов // Вестник Сибирского аэрокосмического университета. 2006. № 3. С. 156–159.

<sup>8</sup> Ситдикова Л.Б. Медицинское право как самостоятельная отрасль права: перспективы развития // Вестник Московского городского педагогического университета. Юридические науки. 2015. № 1. С. 80–88.

характер<sup>9</sup>. С другой стороны, А.Ю. Головина пишет, что нельзя считать информационное право отдельной отраслью российского права<sup>10</sup>. В.В. Сараев формулирует мысль, что спортивное право — это уже специализированная комплексная отрасль права. Она представляет собой связанную внутренним единством систему правовых и корпоративных норм, которыми закрепляются основные принципы, формы и порядок физкультурно-спортивной деятельности, включающей органический комплекс общественных отношений<sup>11</sup>.

Вопрос о количественном и качественном составе отраслей российского права заслуживает отдельных серьезных научных исследований, но не является предметом данной работы. Следовательно, углубляться в дискуссию по этому вопросу мы не будем. Она уже давно стала «визитной карточкой» советской, а потом и российской правовой науки. Мы можем предложить классификацию, и выделить субинституты права, исходя из качественного и количественного состава отраслей российского права. Следует отметить, что «разными учеными предлагаются совершенно различные перечни отраслей права»<sup>12</sup>. Следовательно, приводить конкретный перечень мы не станем, чтобы не разворачивать научную дискуссию не по непосредственной теме исследования. Таким образом, мы выделяем критерий, а примеры можно приводить, лишь исходя из позиции того или иного автора.

Однако существует позиция, согласно которой нельзя выделить самостоятельные виды общественных отношений. Так, например, известный американский социолог И. Уоллерстайн утверждает, что нет реальных институтов, которые являются только экономическими, политическими или юридическими. На деле система производства, например, — это совокупность социальных отношений, регулируемых политически и юридически на основе системы ценностей<sup>13</sup>. Возможно, здесь правильнее говорить не об отраслевой классификации, а о таком критерии, как предмет правового регулирования. Такое уточнение позволяет избежать дискуссии о количестве отраслей в российской системе права. Существование тех или иных общественных отношений, требующих правовой регламентации, более объективно. И если о количестве выделяемых отраслей права ведется постоянная дискуссия, то в сфере выделения общественных отношений она куда более сдержана, конструктивна и аргументирована. Ведь одной из главных целей всей системы права является упорядочение и регламентация общественных отношений. Зачастую общественные отношения появляются раньше, чем происходит их правовая регламентация. Бывают, конечно, исключения, когда законодатель предусматривает появление новых общественных отношений и заранее регламентирует их. Но такое положение дел является скорее исключением, чем правилом. То, что общественные отношения опережают в развитии систему права, логично и закономерно.

Вторым критерием можно взять метод правового регулирования, хотя в современной юридической действительности эта классификация будет слегка условной.

<sup>9</sup> *Сюбарева И.Ф.* Образовательное право как новая отрасль права // Вестник Калининградского филиала Санкт-Петербургского университета МВД России. 2008. № 1. С. 190–194.

<sup>10</sup> *Головина А.Ю.* Информационное право: отрасль права или отрасль законодательства? // Lex Russica. 2007. № 6. С. 1189–1192.

<sup>11</sup> *Сараев В.В.* Спортивное право как комплексная отрасль права // Научный вестник Омской академии МВД России. 2005. № 2. С. 47–49.

<sup>12</sup> *Головина А.А.* Критерии образования самостоятельных отраслей в системе российского права: Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2012. 34 с.

<sup>13</sup> *Wallerstein I.* Historical Systems as Complex Systems // European Journal of Operational Research. 1987. Vol. 30. № 2. P. 203–207.

Н.А. Пьянов пишет, что метод государственного регулирования — это совокупность приемов, способов и средств, которые используются государством для регулирующего воздействия на общественные отношения<sup>14</sup>. Однако понятие правового регулирования шире понятия государственного регулирования. Это связано с тем, что, во-первых, правовое регулирование возникает задолго до появления государства и государственного регулирования, и, во-вторых, в обществе кроме государственного правового регулирования может существовать негосударственное правовое регулирование<sup>15</sup>. В связи с этим под методом правового регулирования будем понимать совокупность приемов, способов и средств, используемых для правового регулирующего воздействия на общественные отношения. На количество этих методов в отечественной науке существуют разные точки зрения. Некоторые ученые, например, И.Л. Честнов, пишут, что право не является формальной системой в логическом смысле, что видно на примере долгих и бесплодных дебатов о предмете и методе регулирования как объективных основах для отраслевого деления системы права и системы законодательства<sup>16</sup>.

Не вдаваясь в дискуссию, необходимо обозначить следующие моменты. Императивный и диспозитивный методы правового регулирования рассматриваются в качестве первичных постольку, поскольку они, как принято считать, представляют собой выделенные логическим путем простейшие приемы регулирования, определяющие главное в правовом статусе субъектов, в их исходных юридических позициях<sup>17</sup>. Как отмечает Н.А. Пьянов, императивный и диспозитивный методы — это не первичные, не исходные методы, а два основных вида (или типа) методов государственного регулирования, охватывающие методы, соответственно, публично-правовых и частноправовых отраслей<sup>18</sup>. В современной науке большинство ученых поддерживает выделение двух указанных основных методов правового регулирования. Однако существует много общественных отношений и элементов российской системы права, которые не используют ни один из методов в чистом виде. Следует отметить, что о возможности использования лишь одного из методов в чистом виде также нет единого мнения в отечественной научной среде (но это предмет отдельного исследования). Принято считать, что используется совокупность методов, т.е. некоторые черты и одного, и другого основных методов, или, как говорят некоторые ученые, появляется отраслевой метод правового регулирования. В соответствии с этим критерием мы можем выделить:

- императивные субинституты, действующие в рамках публично-правовых отраслей, использующих императивный метод правового регулирования (пример — субинститут преступлений против собственности);
- диспозитивные субинституты, функционирующие в рамках частноправовых отраслей, использующих диспозитивный метод правового регулирования (пример — субинститут торгов);

<sup>14</sup> Пьянов Н.А. Методы государственного регулирования: понятие, состав, виды // Сибирский юридический вестник. 2012. № 1. С. 24–28.

<sup>15</sup> Пьянов Н.А. Еще раз о государственно-правовом и государственном регулировании // Сибирский юридический вестник. 2010. № 4. С. 10–14.

<sup>16</sup> Честнов И.Л. Критерии выделения общностей права // Известия РГПУ им. А.И. Герцена. 2006. № 21. С. 168–173.

<sup>17</sup> Маврин С.П. О роли метода правового регулирования в структурировании и развитии позитивного права // Известия вузов. Правоведение. 2003. № 1. С. 205–216.

<sup>18</sup> Пьянов Н.А. Методы государственного регулирования: понятие, состав, виды // Сибирский юридический вестник. 2012. № 1. С. 24–28.

- смешанные субинституты, которые будут включать в себя черты и свойства как императивности, так и диспозитивности (пример — субинститут оплаты труда работников государственных и муниципальных учреждений).

Следует отметить, что скорее всего большинство субинститутов должно быть отнесены к смешанной группе, поскольку на практике чаще встречаются субинституты, включающие в себя и императивные, и диспозитивные нормы. Однако поскольку категория субинститута недостаточно исследована отечественной наукой, оставим возможность для существования субинститутов, использующих лишь один из методов в чистом виде, до тех пор, пока не появится однозначного научного доказательства невозможности такого существования.

Третьим возможным критерием предлагается считать те особенности общественных отношений, которые регулируется субинститутом права. С точки зрения формального состава чаще всего в структуру (состав) правоотношения включаются четыре элемента: субъект, объект, субъективное право, юридическая обязанность<sup>19</sup>. Последние два элемента составляют юридическое содержание правоотношения. В правовой науке в отношении содержания правоотношений анализируются субъективные права и юридические обязанности, находящиеся в неразрывном единстве<sup>20</sup>. Соответственно, здесь возможно выделить:

- субинституты, регулирующие особенности субъектного состава правоотношений (пример — субинститут заключения и расторжения брака между гражданином Российской Федерации и иностранным гражданином);
- субинституты, регулирующие особенности объекта правоотношений (пример — субинститут постоянной ренты);
- субинституты, регулирующие особенности юридического содержания правоотношения (пример — субинститут воинской службы по контракту).

Приведенное разграничение не является бесспорным. Под вопрос может ставиться сама идея классификации исходя из отдельных частей правоотношения. Однако научная дискуссия по этому вопросу будет способствовать более точному его разрешению.

Еще одну классификацию можно выделить исходя из структуры самого субинститута права, поскольку структура самой правовой категории может быть разной по объему. Мы можем иметь дело как с компактными образованиями, так и с более объемными:

- субинституты, состоящие из одной нормы права (пример — субинститут лицензионного договора);
- субинституты, состоящие из нескольких нормативных предписаний. (пример — субинститут авторского права).

Здесь возникает вопрос о том, может ли субинститут (как объединение норм права) включать в себя всего лишь одну такую норму. Для начала, следует допустить возможность такого существования, но, в ходе дальнейшей исследовательской работы необходимо окончательно установить и проверить истинное положение дел по этому вопросу.

Еще одним критерием разграничения субинститутов права может служить внешнее выражение и закрепление. Здесь уже речь идет не только о теоретической значимости, но и непосредственно о роли субинститутов на практике, а именно, в системе право-

<sup>19</sup> Сырых В.М. Теория права о понятии и составе правоотношений // Право и образование. 2002. № 5. С. 27–36.

<sup>20</sup> Кожевников В.В. К проблеме понятия, содержания и формы правоотношений // Вестник Новосибирского государственного университета. Право. 2015. № 1. С. 5–16.



творчества. Благодаря различной юридической технике и сосредоточению субинститутов мы можем разделить их на:

- субинституты, сосредоточенные в рамках одного нормативного правового акта (пример — субинститут уголовной ответственности несовершеннолетних);
- субинституты, рассредоточенные на несколько нормативных правовых актов (пример — субинститут государственной регистрации недвижимости).

Следующие виды субинститутов права можно выделить исходя из юридической силы источников, в которых они находят внешнее выражение и закрепление:

- субинституты, сосредоточенные в законах (пример — субинститут преступлений против интересов службы в коммерческих и иных организациях);
- субинституты, сосредоточенные в подзаконных нормативно-правовых актах (пример — субинститут порядка и условий командирования федеральных государственных гражданских служащих, закрепленный в указе Президента Российской Федерации);
- субинституты обычного права (пример — субинститут заключения брака у народов Северного Кавказа, поскольку он существенно дополняет нормы позитивного права, а в некоторых моментах даже противоречит им).

Следующую классификацию возможно выделить исходя из характера отрасли права, регулирующей общественные отношения. Этот критерий позволяет выделить такие группы:

- субинституты отраслевого характера, они сосредоточены в одной плоскостной сфере родовых общественных отношений (пример — субинститут постоянной ренты, который целиком лежит в плоскости гражданского права);
- субинституты межотраслевого (комплексного) характера (пример — субинститут совместной собственности супругов, который находится на стыке гражданского, семейного и конституционного права).

Здесь можно отметить, что появление субинститутов скорее тяготеет к межотраслевой направленности. Возможно, это вызвано современными реалиями общественных отношений. Субинституты отраслевого характера не столь широко представлены в отечественной системе права.

Еще одним критерием классификации может выступить функциональная направленность субинститутов:

- охранительные субинституты (пример — субинститут преступлений против интересов службы в коммерческих и иных организациях);
- регулятивные субинституты (пример — субинститут воинской службы по контракту);
- смешанные субинституты, которые содержат в себе как охранительные, так и регулятивные нормы (субинститут приватизации муниципального имущества, включающий в себя регулятивные и охранительные нормы).

Необходимо заметить, что эти виды находят выражение исходя из функции всего позитивного права, а не только субинститутов. В связи с этим функции субинститутов могут рассматриваться как частный случай функций позитивного права.

Следующую классификацию можно обозначить в зависимости от времени действия субинститутов. Предлагается выделять:

- постоянно действующие субинституты (пример — субинститут розничной купли-продажи);
- временные субинституты (пример — субинститут поддержки олимпийцев при подготовке к Олимпийским играм 2014 года);
- чрезвычайные субинституты (пример — субинститут мер и временных ограничений, применяемых при введении чрезвычайного положения).

Конечно, массовая доля чрезвычайных субинститутов в отечественной системе права очень мала. Но это объясняется несвойственностью их появления и функционирования в нормальном состоянии общества и государства. Возможно, чрезвычайные субинституты следует рассматривать как частный случай временных. Однако целесообразно их выделение в отдельную группу, так как для их функционирования необходимы особые условия, серьезно отличающиеся от таковых для других временных субинститутов.

В зависимости от характера состава регулируемых отношений, субинституты мы можем разделить на:

- материальные субинституты (пример — субинститут пожизненного содержания с иждивением);
- процессуальные субинституты (пример — субинститут рассмотрения дел об оспаривании нормативных правовых актов Судом по интеллектуальным правам. Он существует в рамках арбитражно-процессуального права).

Еще одним критерием можно сделать территориальное действие субинститутов, в связи с этим возможно выделить:

- международные субинституты (пример — субинститут трудового договора в сфере профессионального спорта). Следует заметить, что тогда субинститут не будет элементом российской системы права, а будет входить в состав международного права;
- субинституты федерального действия (пример — субинститут контрактации);
- региональные субинституты (пример — субинститут мер социальной поддержки отдельных категорий граждан Иркутской области);
- субинституты местного/локального действия (пример — субинститут распространения наружной рекламы на территории города Иркутска).

Заметим, что данная классификация целесообразна лишь в рамках федеративного государства. Поскольку речь идет о субинститутах права в системе права Российской Федерации, то приведение такой классификации объективно необходимо.

В зависимости от сферы регулируемых общественных отношений субинститутами права представляется возможным выделить:

- публично-правовые субинституты (субинститут административной ответственности юридических лиц);
- частноправовые субинституты (субинститут постоянной ренты, функционирующий в рамках гражданского права).

Еще одним критерием классификации может служить способ реагирования норм права, образующих субинститут. В связи с этим можно выделить:

- поощрительные субинституты (пример — субинститут гарантий и компенсаций работникам, занятым на работах с вредными или опасными условиями труда);
- карательные субинституты (пример — субинститут дополнительных наказаний в уголовном праве).

Данная классификация является условной, но все же имеющей право на существование. Возможно, ее стоит соединить с функциональной (охранительной и регулятивной) классификацией, однако в настоящем исследовании необходимо разделить эти критерии, во всяком случае, до окончания научной дискуссии по данному вопросу.

Как отмечает Р.А. Познер, экономический прогресс в стране возможен и при неразвитом праве и без права вообще<sup>21</sup>. Но для построения правового государства и обеспечения прав и свобод каждого человека и гражданина необходимо четкое и налаженное

<sup>21</sup> Познер Р. Создание правовой основы для экономического развития // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 1. С. 4–16.

функционирование системы права в государстве. Для этого необходимы фундаментальные и непрерывные теоретические разработки в этой области, а так же в области внутреннего строения системы права, закономерностей и особенностей функционирования ее элементов. Один из наиболее актуальных на сегодняшний день вопросов — признание субинститута права неотъемлемой частью российской правовой действительности. Одним из аспектов исследования правовой категории является выделение критериев отграничения различных ее видов, что позволяет более глубоко и детально изучать особенности схожих элементов. Это может облегчить и ускорить теоретические исследования в данной области. Несмотря на большое количество вариантов классификаций, этот перечень не может являться исчерпывающим. В данной статье автором были рассмотрены возможные классификации субинститутов права. Ввиду отсутствия серьезных научных разработок в этой сфере, возможно, эта работа послужит началу дискуссии по данной проблематике. Одной из целей данного исследования является привлечения взгляда ученых к этим, мягко говоря, не проработанным разделам отечественной юридической науки. Это лишь первая попытка разобраться с положением дел в области субинститутов права в общем, и, в частности, с их классификаций. Дальнейшее рассмотрение и изучение этого вопроса будет способствовать научному прогрессу не только в области классификаций, но и более глубокому пониманию субинститутов права как отдельной категории российской системы права. Исследование появления и развития новых элементов системы права позволит лучше изучить ее изнутри, поможет дать более глубокое понимание законов и принципов ее построения и функционирования.



## Библиография

- Авербух К.Я. Общая теория термина. Иваново: Изд-во Ивановского ун-та, 2004. 252 с.
- Головина А.Ю. Информационное право: отрасль права или отрасль законодательства? // Lex Russica. 2007. № 6. С. 1189–1192.
- Кожевников В.В. К проблеме понятия, содержания и формы правоотношений // Вестник Новосибирского государственного ун-та. Право. 2015. № 1. С. 5–16.
- Литовченко В.И. Классификация и систематизация терминов // Вестник Сибирского государственного аэрокосмического ун-та им. М.Ф. Решетнева. 2006. № 3. С. 156–159.
- Маврин С.П. О роли метода правового регулирования в структурировании и развитии позитивного права // Известия вузов. Правоведение. 2003. № 1. С. 205–216.
- Познер Р. Создание правовой основы для экономического развития // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 1. С. 4–16.
- Пьянов Н.А. Методы государственного регулирования: понятие, состав, виды // Сибирский юридический вестник. 2012. № 1. С. 24–28.
- Ростовцева Н.В. Защита прав несовершеннолетних при совершении сделок с недвижимым имуществом // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 3. С. 60–71.
- Сараев В.В. Спортивное право как комплексная отрасль права // Научный вестник Омской академии МВД России. 2005. № 2. С. 47–49.
- Синюков В.Н. Теория государства и права: Курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. 2-е изд. М.: Юрист, 2001. 776 с.
- Ситдикова Л.Б. Медицинское право как самостоятельная отрасль права: перспективы развития // Вестник Московского городского педагогического ун-та. Серия: юридические науки. 2015. № 1. С. 80–88.
- Сусперанская А.В. Общая терминология: вопросы теории. М.: Наука, 1989. 246 с.
- Сюбарева И.Ф. Образовательное право как новая отрасль права // Вестник Калининградского филиала Санкт-Петербургского ун-та МВД. 2008. № 1. С. 190–194.

Честнов И.Л. Критерии выделения общностей права // Известия РГПУ им. А.И. Герцена. 2006. № 21. С. 168–173.

Wallerstein I. Historical Systems as Complex Systems // European Journal of Operational Research. 1987. Vol. 30. N 2. P. 203–207.

---

## Issues of Classifying Subinstitutes of Law



**Ivan Orekhov**

Postgraduate Student, Department of Theory and History of State and Law. Irkutsk Institute, All-Russian State University of Justice. Address: 4 Nekrasova Str., Irkutsk, 664011, Russian Federation. E-mail: oreh9@mail.ru



### Abstract

The subject matter of the research is the legal category of subinstitutes of law. The author formulates the definition of the substitute of law addressing the essence of scientific classification in general and in law in particular. Reasons are given as to the objective necessity in carrying out scientific research in this area as they may contribute to theoretical and practical aspects. Classifying will let consider the legal category of subinstitutes from different angles in detail. In turn, it will promote to refining the concept and attributes of substitute and further the ultimate recognition of substitute as an integral part of Russian legal system. The research is seen relevant as Russian legal science lacks the background for the problem. The paper calls for embarking an academic discussion on this issue as it is vital to set up its clear interpretation. Further, the research studies versions of classifications for the legal category in question. Various criteria are proposed to search for the types of subinstitutes of law in Russian legal system. The classifications are supported with practical examples. The conclusion presents the summation of the carried out research. The classifications are the first step in developing a clear scientific attitude on this problem. Further, challenging and accurate research is required to set up the final list of possible classifications in question. Due to the dynamic development of public relations and hence legal system, the discussion mentioned cannot be postponed. Theory should assist practice and as we see subinstitutes of law are part of Russian legal system. However, an insufficient theoretical study of the legal category, in particular in classifying, may hinder its functioning in practice or even cause breakdowns in legal system, which is inadmissible.



### Keywords

subinstitute of law, Russian legal system, internal organization of law, concept of substitute, classification, forms of subinstitutes.

Citation: Orekhov I. (2016) Issues in Classifying Subinstitutes of Law. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 37–47 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.37.47



### References

Averbukh K. Ya. (2004) *Obshchaya teoriya termina* [General Theory of Term]. Ivanovo: Izdatelstvo Ivanovskogo universiteta, 252 p. (in Russian)

Chestnov I.L. (2006) Kriterii vydeleniya obschnostey prava [Criteria for Identifying Legal Commonalities]. *Izvestia Rossiyskogo gosudarstvennogo pedagogicheskogo universiteta*, no 21, pp. 168-173.

Golovina A.Yu. (2007) Informatsionnoe pravo: otrasl' prava ili otrasl' zakonodatel'stva? [Information Law: Branch of Law or Branch of Legislation?]. *Lex Russica*, no 6, pp. 1189–1192.

Kozhevnikov V.V. (2015) K probleme ponyatiya, soderzhaniya i formy pravootnosheniy [On the Issues of Concept, Content and Form of Legal Relations]. *Vestnik Novosibirskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo*, no 1, pp. 5–16.

- Litovchenko V.I. (2006) Klassifikatsiya i sistematizatsiya terminov [Classifying and Systematizing Terms]. *Vestnik Sibirskogo gosudarstvennogo aerokosmicheskogo universiteta*, no 3, pp. 156–159.
- Mavrin S.P. (2003) O roli metoda pravovogo regulirovaniya v strukturirovanii i razvitiu pozitivnogo prava [On the Role of Method in Legal Regulation in Structuring and Developing Positive Law]. *Izvestia vuzov. Pravovedenie*, no 1, pp. 205–216.
- Pozner R. (2014) Sozdanie pravovoy osnovy dlya ekonomicheskogo razvitiya [Legal Basis for Economic Development]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 4–16.
- P'yanov N.A. (2012) Metody gosudarstvennogo regulirovaniya: ponyatie, sostav, vidy [Methods of State Regulation: Concept, Content, Types]. *Sibirskiy yuridicheskiy vestnik*, no 1, pp. 24–28.
- Rostovtseva N.V. (2010) Zashchita prav nesovershennoletnikh pri sovershenii sdelok s nedvizhimym imushchestvom [Protecting Rights of Minors in Real Estate Transactions]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 60–71.
- Saraev V.V. (2005) Sportivnoe pravo kak kompleksnaya otrasl' prava [Sports Law as a Complex Branch of Law]. *Nauchnyy vestnik Omskoy akademii MVD Rossii*, no 2, pp. 47–49.
- Sinyukov V.N. (2001) *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of State and Law]. Moscow: Yurist, 776 p. (in Russian)
- Sitdikova L.B. (2015) Meditsinskoe pravo kak samostoyatel'naya otrasl' prava: perspektivy razvitiya [Medical Law as a Separate Branch of Law: Perspectives]. *Vestnik Moskovskogo gorodskogo pedagogicheskogo universiteta: yuridicheskie nauki*, no 1, pp. 80–88.
- Susperanskaya A.V. (1989) *Obshchaya terminologiya* [General Terminology]. Moscow: Nauka, 246 p. (in Russian)
- Syubareva I.F. (2008) Obrazovatel'noe pravo kak novaya otrasl' prava [Educational Law as a New Branch of Law]. *Vestnik Kaliningradskogo filiala Sankt-Peterburgskogo universiteta MVD Rossii*, no 1, pp. 190–194.
- Wallerstein I. (1987) Historical Systems as Complex Systems. *European Journal of Operational Research*. Vol. 30, no 2, pp. 203–207.

# Судебный конституционализм и российское избирательное право на современном этапе



**Н.А. Тарабан**

аспирант кафедры «Теория государства и права» факультета «Экономика, управление и право» ФГБОУ ВПО «Ростовский государственный университет путей сообщения». Адрес: 344038, Российская Федерация, Ростов-на-Дону, пл. Ростовского Стрелкового Полка Народного Ополчения, 2. E-mail: nick-nt@mail.ru



## Аннотация

В статье рассматривается роль конституционного правосудия в формировании основных норм и институтов избирательного права Российской Федерации. Конституция Российской Федерации, как фундамент отечественной правовой системы, закладывает ключевые основы народовластия в России (ст. 3). В целях реализации конституционных основ формирования важнейших властных институтов федеральный законодатель принимает законы, связанные с порядком и формами осуществления избирательного процесса. Вместе с этим, учитывая высокую политическую ангажированность данной сферы общественных отношений, избирательное законодательство не отличается высокой стабильностью. При этом на Конституционном Суде Российской Федерации лежит проводящая роль верховенства и прямого действия Конституции Российской Федерации. Несмотря на то, что Конституционный Суд Российской Федерации не является непосредственным юрисдикционным органом по разрешению избирательных споров, он оказывает существенное влияние на избирательный процесс путем корректировки «правил игры» на электоральном поле, конституционной оценки существующих норм избирательного права. Объектом авторского исследования служат акты конституционного правосудия, принятые за 2013–2015 гг., и связанные с проверкой конституционности законов о выборах в России. Предметом исследования выступает уяснение роли конституционного правосудия в дальнейшем развитии электорального права. Анализ решений Конституционного Суда Российской Федерации позволяет выявить наиболее острые проблемы электоральной политики и наиболее спорные и неоднозначные стороны избирательного законодательства на современном этапе. К числу таким проблем относятся вопросы ограничения избирательных прав граждан в связи с судимостью, взаимосвязь и коллизии в толковании избирательных стандартов Конституционным Судом Российской Федерации и Европейским Судом по правам человека, необходимость института досрочного голосования в российской избирательной практике, порядок исчисления срока полномочий Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации и возможности переноса срока парламентских выборов, проблема конституционности назначения «сити-менеджеров» в крупных городах вместо прямых выборов глав муниципальных администраций. Конституционная юстиция, охраняя свободу от субъективных политических пристрастий, призвана обеспечить верховенство Конституции Российской Федерации в условиях электоральной борьбы и объективно разрешать конституционно-политические противоречия и антагонизмы.



## Ключевые слова

Конституция Российской Федерации, Конституционный Суд Российской Федерации, избирательное право, судебный конституционализм, конституционное правосудие, Постановление, правовая позиция.

Библиографическое описание: Тарабан Н.А. Судебный конституционализм и российское избирательное право на современном этапе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 1. С. 48–57.

JEL: K1; УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.48.57



Конституция Российской Федерации (далее — Конституция РФ), будучи принятой всенародным голосованием 12 декабря 1993 г., играет роль общественного договора между государственной властью и населением страны. Являясь ключевым стержнем российской правовой системы, именно Конституция РФ закладывает фундамент института выборов как высшей формы реализации народовластия. Закрепляя основы политической системы Российской Федерации, Конституция играет роль «политического кодекса» страны, формируя матрицу всей национальной избирательной системы. Основные фундаментальные принципы избирательного права, в том числе и в области местного самоуправления находят свое выражение в ст. 3, 32 (ч. 2) Конституции РФ, закреплен также принцип представительной демократии в местном самоуправлении (ст. 130). Конституция РФ устанавливает общие правовые начала избирательной системы, создавая предпосылки и условия для развития этих начал в системе федерального и регионального законодательства, а также в местном (муниципальном) избирательном нормотворчестве.

Конституционное правосудие как средство разрешения избирательных споров стало объектом множества научных исследований, включая труды судей Конституционного Суда Российской Федерации (далее — КС РФ) Н.С. Бондаря, В.Д. Зорькина, Г.А. Гаджиева, Н.В. Витрука, В.О. Лучина. Наибольший вклад в развитие учения о судебном конституционализме в электоральной плоскости внес Н.С. Бондарь<sup>1</sup>.

Конституционное правосудие в России играет проводящую роль верховенства Конституции РФ и ее прямого действия (часть первая ст. 15) во всех сферах правоотношений. Избирательный процесс как формат наделения властными полномочиями высших должностных лиц и представительных органов не становится в этом плане исключением. КС РФ, хотя и не является непосредственным юрисдикционным органом по разрешению избирательных споров, оказывает существенное влияние на избирательный процесс путем корректировки «правил игры» на электоральном поле, конституционной оценки существующих норм избирательного права. Нельзя обойти вниманием и то, что само избирательное право, ввиду высокой политизированности последнего, не отличается стабильностью. На протяжении действия Конституции РФ законодательство о выборах и референдумах неоднократно подвергалось кардинальным изменениям.

Вопросы его соответствия как Конституции РФ, так и международным стандартам демократических выборов обсуждаются после каждых выборов всех уровней. КС РФ, сохраняя свою удаленность от политической борьбы, в ходе своей деятельности призван непосредственно влиять на процесс законотворчества в области избирательного права на федеральном и региональном уровнях правового регулирования избирательного процесса<sup>2</sup>. Как высший орган конституционной юстиции КС РФ имеет возможность непосредственно влиять на становление и развитие правовой системы России.

Правовая природа судебного конституционализма в избирательном праве лежит во взаимосвязи положений ст. 32 и 46 Конституции РФ. В частности, ч. 2 ст. 32 предусма-

<sup>1</sup> См., напр.: Бондарь Н.С. Конституционное правосудие, как средство решения избирательных споров / Избирательное законодательство и выборы в регионах: теория и практика. М.: Велби, 2005. С. 43–58; Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М.: Норма, 2011. 544 с.; Бондарь Н.С., Джагарян А.А. Институт выборов губернаторов и его эволюция в зеркале конституционного правосудия / Эволюция региональных и муниципальных избирательных систем. Ростов н/Д.: Печатная лавка, 2015. С. 19–44.

<sup>2</sup> Берлявский Л.Г., Тарабан Н.А. Нормы и институты избирательного права в решениях Конституционного Суда РФ // Государственная власть и местное самоуправление. 2012. № 8. С. 18–21.

тривает право граждан Российской Федерации избирать и быть избранными в органы государственной власти и органы местного самоуправления, а также участвовать в референдуме. Статья 46 гарантирует каждому судебную защиту любых нарушенных субъективных прав. При этом нарушение субъективных избирательных прав может допускаться как различными субъектами избирательного процесса и иными лицами, так и органами различных ветвей государственной власти, включая законодательную, в случае принятия ею закона (нормативного акта), нарушающего конституционные права и свободы гражданина — участника избирательных правоотношений.

При этом представляется недостаточно обоснованным рассматривать полномочия КС РФ только как органа по рассмотрению индивидуальных и коллективных жалоб на нарушение конституционных прав. КС РФ наделен такими правами, как толкование Конституции РФ, разрешение споров о компетенции между высшими органами государственной власти. Кроме того, КС РФ формулирует правовые позиции в определениях «с позитивным содержанием». В мотивировочных частях своих решений Суд дает разъяснения по порядку применения оспариваемого нормативно-правового акта, чтобы исключить нарушение конституционных прав граждан вследствие его неправильно применения, истолковывает конституционно-правовой смысл оспариваемых законоположений, исключая другое их истолкование в правоприменительной практике.

При этом большинство исследователей склоняется к тому, что правовая позиция представляет собой интерпретацию судом конституционно-правовых принципов и норм, служащих правовым основанием для принятия итоговых решений. В большинстве случаев правовые позиции излагаются в мотивировочных частях решений. Как справедливо отмечает Г.А. Гаджиев, правовая позиция КС РФ представляет собой обнаруженный на примере исследования конституционности оспариваемой нормы принцип решения группы аналогичных дел, в отличие от итогового решения, где делается вывод по конкретному предмету конституционно-правового исследования по конкретному делу<sup>3</sup>. По мнению Н.В. Витрука, правовые позиции КС РФ имеют такую же юридическую силу, как и сами его решения, поэтому вторым характерным свойством правовых позиций является их официальный, общеобязательный характер. Они приравниваются к юридической силе самой Конституции РФ<sup>4</sup>. С точки зрения Л.В. Лазарева, они имеют скорее юридически ориентирующий и координирующий смысл<sup>5</sup>.

Несмотря на чуждый России с ее романо-германской правовой системой феномен прецедентного права, решения КС РФ занимают все большую нишу в системе источников права<sup>6</sup>. Актам конституционного правосудия свойственен ряд признаков, присущих нормативным актам:

- 1) они имеют такую же сферу действия во времени, в пространстве и по кругу лиц, как решения нормотворческого органа;
- 2) они рассчитаны на многократность применения, т.е. действуют постоянно и подлежат обязательному применению к неограниченному числу лиц;
- 3) они оказывают воздействие на правовую систему в целом.

<sup>3</sup> Гаджиев Г.А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 1999. № 3. С. 81–85.

<sup>4</sup> Витрук Н.В. Конституционное правосудие в России (1991–2001). М.: Городец, 2001. С. 3.

<sup>5</sup> Лазарев Л.В. Правовые позиции Конституционного Суда России. М.: Формула права, 2006. С. 47; Лазарев Л.В., Кряжков В.А. Конституционная юстиция в Российской Федерации. М.: БЕК, 1998. С. 248.

<sup>6</sup> Тарабан Н.А. Правовая природа судебного прецедента в России и его место в национальной правовой системе // Мировой судья. 2014. № 11. С. 29–33.

Вместе с тем решения органов конституционной юстиции, безусловно, не являются нормативными актами. Между ними существуют глубокие различия. Если законодатель устанавливает общеобязательные правила поведения, то КС РФ их выявляет путем интерпретации нормативных актов. Органы конституционного правосудия обладают государственно-властными полномочиями особого рода, имеющими общеобязательный характер, в том числе для законодателя. Суд осуществляет функцию по урегулированию, снятию противоречий в правовой и социальной действительности<sup>7</sup>. Его постановления уточняют содержание проверяемых нормативных актов, преодолевают коллизии между нормами права, выявляют системные связи, существенно воздействуя на правовое регулирование<sup>8</sup>. Не случайно В.Д. Зорькин относит решения КС РФ к источникам права, признавая за ними прецедентный характер<sup>9</sup>.

Акты конституционного правосудия затрагивают как вопросы конституционности норм избирательного законодательства, так и принципы избирательного права, способствуя утверждению в отечественной избирательной практике фундаментальных конституционных принципов, общечеловеческих ценностей конституционализма и демократии, верховенства права и приоритета личностных прав. Вклад КС РФ в выявление, формулирование и наполнение содержанием принципов избирательного права, регламентирующих избирательный процесс, трудно переоценить<sup>10</sup>. За первые два десятка лет своего существования КС РФ удалось рассмотреть ключевые положения федерального и регионального электорального законодательства, выработать ряд концептуальных правовых позиций, которые учитывались при реформировании избирательного законодательства. Однако и в настоящее время остается открытым ряд вопросов конституционности избирательных норм и институтов<sup>11</sup>.

Наибольшая дискуссия в настоящее время связана с конституционностью нормативных положений пп. «а» п. 3.2 ст. 4 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» от 12.06.2002 г. № 67-ФЗ (далее — Федеральный закон № 67-ФЗ), предусматривающих ограничение пассивного избирательного права лиц, имевших судимость за совершение тяжких и особо тяжких преступлений. Так, в Постановлении КС РФ от 10.10.2013 № 20-П нашла свое признание на предмет соответствия Основному закону страны идея законодателя о возможном ограничении права быть избранным граждан, отбывших наказание в виде лишения свободы за совершение тяжких и особо тяжких преступлений. По мнению КС РФ, такое ограничение избирательного права следует рассматривать не как продолжение уголовного наказания, а как общеправовое последствие, связанное с судимостью лица. Таким образом, ограничение пассивного избирательного права может применяться ко всем лицам, ранее отбывавшим наказание в виде лишения свободы, назначенное за совершение тяжких и особо тяжких преступлений, без специального указания на это в приговоре суда.

<sup>7</sup> Морocco Н.А. О правовой природе решений Конституционного Суда Российской Федерации // Российский судья. 2006. № 6. С. 4.

<sup>8</sup> Гаврюсов Ю.В. О некоторых взглядах на правовую природу решений органов конституционной юстиции // Конституционное и муниципальное право. 2010. № 7. С. 51–55.

<sup>9</sup> Зорькин В.Д. Россия и Конституция в XXI веке. М., 2007. С. 116–117.

<sup>10</sup> Норкина Е.В. Роль постановлений Конституционного Суда РФ в развитии избирательных прав граждан и права на участие в референдуме. Самара, 2002. С. 91–96.

<sup>11</sup> Подробнее см.: Берлявский Л.Г., Тарабан Н.А. Нормы и институты избирательного права в решениях Конституционного Суда РФ // Государственная власть и местное самоуправление. 2012. № 8. С. 18–21.

С другой стороны, КС РФ пришел к выводу, что бессрочное и недифференцированное ограничение пассивного избирательного права в отношении граждан Российской Федерации, ранее осужденных к лишению свободы за совершение тяжких и (или) особо тяжких преступлений, не соответствует Конституции РФ, поскольку устанавливает бессрочный и абсолютный запрет на участие в политической жизни страны, даже если такие лица твердо встали на путь исправления и доказали это на протяжении длительного времени. Усмотрев в данном случае нарушение ст. 3, 15, 17, 19, 32 и 55 Конституции РФ, КС РФ предложил федеральному законодателю внести в избирательное законодательство ряд корректирующих изменений<sup>12</sup>.

Во исполнение указанного Постановления Федеральным законом от 21.02.2014 г. № 19-ФЗ ст. 4 Федерального закона № 67-ФЗ была дополнена пп. «а.1» и «а.2», в соответствии с которыми установлены сроки, в течение которых устанавливается ограничение пассивного избирательного права для лиц, имевших судимость за совершение преступлений, отнесенных к категории тяжких и особо тяжких. Такой срок установлен в 10 лет после погашения (снятия) судимости за совершение тяжких преступлений, и в 15 лет после погашения (снятия) судимости за совершение особо тяжких преступлений.

В 2015 г. данная проблема дважды становилась предметом рассмотрения КС РФ (определения от 09.06.2015 № 1216-О и от 29.09.2015 № 2100-О) по жалобам граждан. В обоих случаях КС РФ поддержал ранее высказанную правовую позицию о конституционно-правовом, а не уголовно-правовом характере запрета быть избранным в отношении лица, ранее осужденного за совершение тяжкого и особо тяжкого преступления. Правовая демократия, как отметил КС РФ, нуждается в эффективных правовых механизмах, способных охранять ее от злоупотреблений и криминализации публичной власти, легитимность которой во многом основывается на доверии общества<sup>13</sup>.

Вместе с этим позиция КС РФ, выраженная в вышеуказанных актах и основанная на приоритете Конституции РФ, вступила в противоречие с позицией Европейского Суда по правам человека (далее — ЕСПЧ), выраженной в Постановлении от 04.07.2013 по делу «Анчугов и Гладков против Российской Федерации»<sup>14</sup>. Данное обстоятельство заставило Центральную избирательную комиссию РФ вновь обратиться в КС РФ с запросом о толковании ч. 3 ст. 32 Конституции РФ. Следует отметить, что исходя из положений ч. 5 ст. 125 Конституции РФ, ЦИК России не входит в число субъектов, наделенных правом обращения в КС РФ с таким запросом, что послужило препятствием для рассмотрения данного запроса по существу.

КС РФ в Определении от 06.10.2015 № 2055-О<sup>15</sup>, с одной стороны, отказал ЦИК России в принятии запроса о толковании Конституции РФ ввиду несоответствия его

<sup>12</sup> Постановление КС РФ от 10.10.2013 № 20-П «По делу о проверке конституционности подпункта «а» пункта 3.2 статьи 4 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», части первой статьи 10 и части шестой статьи 86 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Г.Б. Егорова, А.Л. Казакова, И.Ю. Кравцова, А.В. Куприянова, А.С. Латыпова и В.Ю. Синькова» // [www.ksrf.ru](http://www.ksrf.ru) (дата обращения: 29.01.2016)

<sup>13</sup> Определение КС РФ от 09.06.2015 № 1216-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Синькова Виктора Юрьевича на нарушение его конституционных прав подпунктом «а1» пункта 32 статьи 4 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // [www.ksrf.ru](http://www.ksrf.ru) (дата обращения: 29.01.2016).

<sup>14</sup> Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2014. № 2.

<sup>15</sup> Определение КС РФ от 06.10.2015 № 2055-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Центральной избирательной комиссии Российской Федерации о толковании положения части 3 статьи 32 Конституции Российской Федерации» // [www.ksrf.ru](http://www.ksrf.ru) (дата обращения: 29.01.2016).

критерию допустимости; с другой, Суд обратил внимание на необходимость руководствоваться правовой позицией, выраженной в Постановлении от 14.07.2015 № 21-П. В указанном Постановлении КС РФ привел в качестве «характерного примера наиболее очевидного расхождения с положениями Конституции Российской Федерации» именно вышеназванное Постановление ЕСПЧ от 04.07.2013 по делу «Анчугов и Гладков против России». По мнению ЕСПЧ, наличие в российском законодательстве ограничения избирательного права лиц, осужденных по приговору суда, является нарушением ст. 3 «Право на свободные выборы» Протокола № 1 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. Однако такое суждение прямо противоречит ч. 3 ст. 32 Конституции РФ, согласно которой не имеют права избирать и быть избранными граждане, содержащиеся в местах лишения свободы по приговору суда<sup>16</sup>. Возникшая коллизия приводила либо к нарушению ч. 1 ст. 15, ч. 3 ст. 32 и ст. 79 Конституции РФ, либо к необходимости принятия новой Конституции (ст. 135). При этом следует исходить из буквального толкования ч. 4 ст. 15 Конституции РФ о приоритете норм международного права над национальным законом, но не над самой Конституцией РФ.

Другими важными решениями КС РФ стало Постановление от 15.04.2014 № 11-П, возвратившее в российскую избирательную практику институт досрочного голосования, призванного обеспечить реализацию всеми гражданами активного избирательного права, а также Постановление от 01.07.2015 № 18-П, связанное с переносом парламентских выборов с декабря на сентябрь 2016 г. Не менее важным является Постановление КС РФ от 01.12.2015 № 30-П, которым разрешен вопрос конституционности назначения глав муниципальных образований (глав местных администраций).

Так, Постановлением КС РФ от 15.04.2014 № 11-П, вынесенным по запросу Законодательного Собрания Владимирской области, п. 1 ст. 65 Закона № 67-ФЗ, связанной с регулированием порядка досрочного голосования, признан не соответствующим Конституции РФ (в частности статьям 3, 19, 32 и 55). КС РФ признал дискриминационным подход законодателя, связанный с лишением возможности принять участие в выборах гражданина, который в день голосования будет исполнять трудовые, государственные или общественные обязанности, а равно намерен выехать в отпуск.

В рамках реализации данного Постановления в избирательное законодательство были внесены соответствующие изменения. Их важным достоинством стало предоставление возможности проголосовать досрочно должностным лицам, непосредственно осуществляющим избирательный процесс, в частности, членам избирательных комиссий в единый день голосования (13.09.2015). Тем не менее данное Постановление опубликовано с особыми мнениями двух судей КС РФ — С.М. Казанцева и Ю.М. Данилова, указывавших на особые конституционно-значимые цели, предшествующей отмене института досрочного голосования ввиду его непрозрачности и неодобрения большинством политических сил (КПРФ, ЛДПР), а также предыдущим Президентом РФ Д.А. Медведевым<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Постановление от 14.07.2015 № 21-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» // [www.ksrf.ru](http://www.ksrf.ru) (дата обращения: 29.01.2016).

<sup>17</sup> Постановление КС РФ от 15.04.2015 № 11-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 65 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие



Второе наиболее важное Постановление КС РФ связано с предстоящими выборами депутатов Государственной Думы Российской Федерации седьмого созыва. Так, 01.07.2015 г. КС РФ рассмотрел дело о толковании ст. 96 и 99 Конституции РФ по запросу Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации. Основанием к рассмотрению данного дела явилась неопределенность в понимании указанных конституционных положений относительно допустимости переноса очередных выборов депутатов Государственной Думы на более раннюю дату. Так, полномочия Государственной Думы Российской Федерации шестого созыва должны истечь в декабре 2016 г., а очередные парламентские выборы предполагалось провести в сентябре того же года. Соответственно, это приводит к сокращению на три месяца срока полномочий Государственной Думы текущего созыва.

В Постановлении № 18-П от 01.07.2015 КС РФ признал допустимым перенесение федеральным законодателем даты очередных парламентских выборов на более ранний срок. По мнению КС РФ, незначительное сокращение срока полномочий Государственной Думы на несколько месяцев в целях проведения очередных парламентских выборов в единый день голосования (в сентябре 2016 г.) не противоречит Конституции РФ (ст. 96 и 99)<sup>18</sup>.

В Постановлении от 01.12.2015 № 30-П<sup>19</sup> КС РФ установил, что местное самоуправление является обязательной на всей территории Российской Федерации формой публично-территориальной самоорганизации населения и одновременно — неотъемлемой частью единого механизма управления делами федеративного государства. Органы местного самоуправления на началах взаимодействия и согласованного функционирования с федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации участвуют в конституционно установленных пределах, в решении вытекающих из Конституции РФ задач. В связи с этим Суд признал не противоречащими Конституции РФ положения, связанные с определением субъектами Российской Федерации как альтернативных, так и безальтернативных (единственных) вариантов порядка формирования муниципальных властей, в том числе путем назначения глав муниципальных администраций городских округов (так называемых «сити-менеджеров») по трудовому договору по результатам конкурсного отбора.

В настоящей статье рассмотрены основные акты конституционного правосудия, принятые за последние годы деятельности КС РФ и связанные с развитием норм и институтов современного избирательного права. Остается констатировать, что за два предшествующих десятилетия своей деятельности КС РФ принимал активное участие в осуществлении конституционного нормоконтроля в сфере избирательного законодательства. Однако на современном этапе актуальность судебного конституционализма в электоральной сфере сохраняется.

---

в референдуме граждан Российской Федерации» в связи с запросом Законодательного Собрания Владимирской области // [www.ksrf.ru](http://www.ksrf.ru) (дата обращения: 29.01.2016).

<sup>18</sup> Постановление КС РФ от 01.07.2015 № 18-П «По делу о толковании статей 96 (часть 1) и 99 (части 1, 2 и 4) Конституции Российской Федерации» // [www.ksrf.ru](http://www.ksrf.ru) (дата обращения: 29.01.2016).

<sup>19</sup> Постановление КС РФ от 01.12.2015 № 30-П «По делу о проверке конституционности частей 4, 5 и 5.1 статьи 35, частей 2 и 3.1 статьи 36 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и части 1.1 статьи 3 Закона Иркутской области «Об отдельных вопросах формирования органов местного самоуправления муниципальных образований Иркутской области» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» // [www.ksrf.ru](http://www.ksrf.ru) (дата обращения: 29.01.2016).



Конституционная юстиция, свободная от политической ангажированности, призвана обеспечить верховенство права, прежде всего Конституции РФ над конъюнктурными интересами субъектов политической жизни. Таким образом, роль судебного конституционализма в эволюции российского избирательного права трудно переоценить.



### Библиография

Берлявский Л.Г., Тарабан Н.А. Роль решений Конституционного Суда Российской Федерации в развитии институтов избирательного законодательства // Юридический вестник РГЭУ. 2011. № 3 (59). С. 3–11.

Берлявский Л.Г., Тарабан Н.А. Нормы и институты избирательного права в решениях Конституционного Суда РФ // Государственная власть и местное самоуправление. 2012. № 8. С. 18–21.

Бондарь Н.С. Конституционное правосудие как средство решения избирательных споров / Избирательное законодательство и выборы в регионах: теория и практика / под ред. Юсова С.В. М.: Велби, 2005. С. 43–58.

Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М.: Норма, 2011. 544 с.

Бондарь Н.С., Джагарян А.А. Институт выборов губернаторов и его эволюция в зеркале конституционного правосудия // Эволюция региональных и муниципальных избирательных систем. Ростов н/Д.: Печатная лавка, 2015. С. 19–44.

Витрук Н.В. Конституционное правосудие в России (1991–2001). М.: Городец, 2001. 266 с.

Гаврюсов Ю.В. О некоторых взглядах на правовую природу решений органов конституционной юстиции // Конституционное и муниципальное право. 2010. № 7. С. 51–55.

Гаджиев Г.А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 1999. № 3. С. 81–85.

Джагарян Н.В. Конституционное правосудие как фактор формирования и развития конституционно-правовой концепции представительной демократии // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 2. С. 49–53.

Зорькин В.Д. Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки. М.: Норма, 2007. С. 116–117.

Лазарев Л.В. Правовые позиции Конституционного Суда России. М.: Формула права, 2006. 305 с.

Морокко Н.А. О правовой природе решений Конституционного Суда Российской Федерации // Российский судья. 2006. № 6. С. 4–10.

Норкина Е. В. Роль постановлений Конституционного Суда РФ в развитии избирательных прав граждан и права на участие в референдуме. Самара: Самарская государственная экономическая академия, Институт права, 2002. 230 с.

Тарабан Н.А. Правовая природа судебного прецедента в России и его место в национальной правовой системе // Мировой судья. 2014. № 11. С. 29–33.

Шургина Е.С. Новый этап реформирования местного самоуправления: будут ли обращения в Конституционный Суд? // Журнал конституционного правосудия. 2015. № 1. С. 25–31.

---

## Judicial Constitutionalism and Russian Electoral Law



### Nikolai Taraban

Postgraduate Student, Department of State and Law Theory, Faculty of Economics, Management and Law, Rostov State University of Communications. Address: 2 Ploschad' Rostovskogo Strelkovogo Polka Narodnogo Opolcheniya, Rostov 344038, Russian Federation. E-mail: nick-nt@mail.ru



## Abstract

The paper presents the role of constitutional judgement in shaping the major rules and institutes of election law in Russia. Russian Federation Constitution as a groundwork of the Russian legal system keeps the key concepts of democracy in Russia (Art. 3). To implement the constitutional basis of the pivotal authority institutions, federal legislator creates laws on the order and forms of election process mechanism. However, with a high-profile feature of the area of public relations, election law is not stable. The Constitutional Court of Russian Federation executes the function of supreme guarantor of its Constitution. Despite the Constitutional Court is not the instant body to solve electoral disputes, it renders a significant influence on the election process by correcting rules of the game on the electoral field, assessing in terms of constitution the existing rules of election law. The object matter of the research is the acts of constitutional judgement between 2013 and 2015 and related to determining constitutional laws on elections in Russia. The subject matter is the interpretation of the role of constitutional justice in context of the development of electoral law. The analysis of the rulings of the Constitutional Court enables to identify the acute issues of electoral politics and the most controversial and ambiguous aspects of the current election legislation. Some of the issues relate to the limitation of election rights of people due to criminal record, connection and collision in the interpretation of the election standards in the Constitutional Court and the European Court on Human Rights, necessity in the institution of early voting in Russian electoral practice, and counting the terms of tenure in the State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation and the possibility to change date of parliamentary elections, constitutional assessment as to the appointment of so called city managers in large cities instead of direct election. Constitutional justice keeping the freedom from subjective political preferences bears the responsibility to ensure the Rule of law of the Russian Federation Constitution in the conditions of election campaigns and solve fairly constitutional and political contradictions and antagonisms.



## Keywords

Russian Federation, Constitution, Constitutional Court, electoral law, judicial constitutionalism, constitutional justice, decree, legal position.

Citation: Taraban N.A. (2016) Judiciary Constitutionalism and Russian Electoral Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 48–57 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.48.57



## References

Berlyavskiy L.G., Taraban N.A. (2011) Rol' resheniy Konstitutsionnogo Suda Rossiyskoy Federatsii v razvitiy institutov izbrate'l'nogo zakonodatel'stva [Role of the Constitutional Court in the Development of the Institutions of Election Legislation]. *Yuridichesky vestnik RGEU*, no 3 (59), pp. 3–11.

Berlyavskiy L.G., Taraban N.A. (2012) Normy i instituty izbrate'l'nogo prava v resheniyakh Konstitutsionnogo Suda RF [Norms and Institutes of Election Law and Rulings of Constitutional Court of Russia]. *Gosudarstvennaya vlast' i mestnoe samoupravlenie*, no 8, pp. 18–21.

Bondar' N.S. (2005) Konstitutsionnoe pravosudie kak sredstvo resheniya izbrate'l'nykh sporov [Constitutional Justice as a Means of Resolving Electoral Disputes]. *Izbrate'l'noe zakonodatel'stvo i vybory v regionakh: teoriya i praktika* [Electoral Legislation and Elections in Regions: Theory and Practice]. Yusov S.V. (ed.). Moscow: Velbi, pp. 43–58.

Bondar' N.S. (2011) *Sudebnyy konstitutsionalizm v Rossii v svete konstitutsionnogo pravosudiya* [Judicial Constitutionalism in Russia in Context of Constitutional Justice]. Moscow: Norma, 544 p. (in Russian)

Bondar' N.S., Dzhagaryan A.A. (2015) Institut vyborov gubernatorov i ego evolyutsiya v zerkale konstitutsionnogo pravosudiya [Institute of Election of Governors and its Evolution in Constitutional Justice]. *Evolutsiya regional'nykh i munitsipal'nykh izbrate'l'nykh sistem*. Rostov: Pechatnaya lavka, pp. 19–44.

Gavryusov Yu.V. (2010) O nekotorykh vzglyadakh na pravovuyu prirodu resheniy organov konstitutsionnoy yustitsii [Attitudes to the Legal Nature of the Rulings of Constitutional Justice]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*, no 7, pp. 51–55.

- Gadzhiev G.A. (1999) Pravovye pozitsii Konstitutsionnogo Suda Rossiyskoy Federatsii kak istochnik konstitutsionnogo prava [Legal Position of the Constitutional Court of Russia as a Source of Constitutional Law]. *Konstitutsionnoe pravo: Vostochnoevropeyskoe obozrenie*, no 3, pp. 81–85.
- Dzhagaryan N.V. (2015) Konstitutsionnoe pravosudie kak faktor formirovaniya i razvitiya konstitutsionno-pravovoy kontseptsii predstavitel'noy demokratii [Constitutional Justice as a Factor of Formation and Development of Constitutional Law Concept of Representative Democracy]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*, no 2, pp. 49–53.
- Lazarev L.V. (2006) *Pravovye pozitsii Konstitutsionnogo Suda Rossii* [Legal Positions of the Constitutional Court of the Russian Federation]. Moscow: Formula prava, 305 p. (in Russian)
- Morokko N.A. (2006) *O pravovoy prirode resheniy Konstitutsionnogo Suda Rossiyskoy Federatsii* [On Legal Nature of the Constitutional Court Rulings]. *Rossiyskiy sud'ya*, no 6, pp. 4–10.
- Norkina E.V. (2002) *Rol' postanovleniy Konstitutsionnogo Suda RF v razvitiy izbiratel'nykh prav grazhdan i prava na uchastie v referendum* [Role of the Rulings of the Constitutional Court in the Development of Rights to Participate in Election and Referendum in Russia]. Samara: Samarskaya gosudarstvennaya ekonomicheskaya akademiya, 230 p. (in Russian)
- Taraban N.A. (2014) Pravovaya priroda sudebnogo pretsedenta v Rossii i ego mesto v natsional'noy pravovoy sisteme [Legal Nature of Case Precedent in Russia and its Place in National Legal System]. *Mirovoy sud'ya*, no 11, pp. 29–33.
- Shugrina E.S. (2015) Novyy etap reformirovaniya mestnogo samoupravleniya: budut li obrashcheniya v Konstitutsionnyy Sud? [New Stage of Reforming Local Self-Government: Awaiting Enquiries in the Constitutional Court]. *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya*, no 1, pp. 25–31.
- Vitruk N.V. (2001) *Konstitutsionnoe pravosudie v Rossii (1991–2001)* [Constitutional Justice in Russia (1991–2001)]. Moscow: Gorodets, 266 p. (in Russian)
- Zor'kin V.D. (2007) Rossiya i Konstitutsiya v XXI veke [Russia and Constitution in 21<sup>st</sup> Century]. Moscow: Norma, pp. 116–117 (in Russian)

# Охрана труда: о новой концепции института трудового права России

---

 **А.Я. Петров**

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

---

## **Аннотация**

В науке трудового права не разработана в должной мере доктрина института охраны труда (нормы и подинституты). Кроме того, отсутствует концептуальная правовая модель института безопасности и гигиены труда. Автором предпринята попытка восполнить этот пробел в юридической науке. Методологической основой статьи является учение о праве как фундаментальном регуляторе общественных отношений, доктринальная концепция института «охрана труда» (безопасность и гигиена труда) в трудовом праве России. Впервые в науке трудового права анализируется институт «охраны», безопасности и гигиены труда не только с позиции современных теоретических подходов, но и проекта Федерального закона «О безопасности и гигиены труда». В статье сделаны выводы, что институт «охрана труда» изначально (с КЗоТ РСФСР 1918 г.) не соответствовал концептуальной идее, смыслу и своему назначению — содействовать сохранению жизни и здоровья работника. В настоящее время вряд ли обосновано включение института «Охрана труда» в раздел X Кодекса. Очевидно, что нормы об обеспечении жизни и здоровья работников необходимо предусмотреть в Трудовом кодексе РФ в разделе IV, т.е. после института трудового договора — центрального в трудовом праве России. Есть смысл привести положения раздела X Трудового кодекса РФ в соответствие со ст. 37 Конституции Российской Федерации и ст. 2 Кодекса. Также представляется исключительно важным: 1) дать новое название разделу X Трудового кодекса РФ, а именно: «Безопасность и гигиена труда»; 2) в ст. 209 Кодекса определить понятия «безопасность труда» и «гигиена труда»; 3) предусмотреть в разделе X ТК отдельные главы, регламентирующие безопасность и гигиену труда. Разделу X Трудового кодекса «Безопасность и гигиена труда» необходимо придать качественно другое содержание. В связи с этим все правовые доктрины (советские и российские) об институте «охрана труда», очевидно, придется пересмотреть.

---

## **Аннотация**

Трудовой кодекс, проект Федерального закона «О безопасности и гигиене труда», институт «охрана труда», безопасность, гигиена труда, здоровье и жизнь работника, расследование производственного травматизма и профессиональных заболеваний.

---

Библиографическое описание: Петров А.Я. Охрана труда: о новой концепции института трудового права России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 1. С. 58–71.

JEL: K 31; УДК: 349.2

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.58.71

Охрана труда является самостоятельным институтом отрасли российского трудового права, ибо он обладает всеми необходимыми для него конститутивными признаками, а именно:

- регулирует определенные (однородные) общественные отношения, связанные с обеспечением жизни и здоровья работников;
- правовые нормы обладают устойчивостью и обособлены от других институтов отрасли трудового права.

В науке трудового права сформулировано понятие охраны труда как института трудового права и как комплексного правового образования. В частности, отмечается, что основной юридической гарантией данного права граждан являются нормы и институты трудового, административного, гражданского, финансового законодательства, направленные на реализацию и защиту рассматриваемого права. Они образуют комплексное правовое формирование по охране труда, представляющее собой вторичное правовое образование, которое обладает целостностью и относительной самостоятельностью и поэтому требует кодификации в специальном законе об охране труда. При этом в понятие института «охрана труда» в трудовом праве включаются некоторые нормы институтов «рабочее время» и «время отдыха», имеющие двойственный характер.

Институт «охрана труда» в трудовом праве можно рассматривать в двух смыслах в зависимости от того, что включать в этот институт:

- только нормы, непосредственно направленные на защиту работающих от воздействия вредных и опасных производственных факторов, которые могут вызвать травмы или профессиональное заболевание;
- в том числе нормы, охраняющие работающих от возможного снижения работоспособности.

В первом случае имеется в виду самое узкое понятие охраны труда, а во втором случае оно шире, но не в смысле имеющегося в литературе широкого понятия, охватывающего все нормы трудового права. Будет правильным с теоретической и практической точек зрения рассматривать этот институт во втором, более широком смысле, так как общество заинтересовано не только в устранении опасных и вредных производственных факторов, но и в сохранении работоспособности граждан на определенном уровне<sup>1</sup>.

Ученые-юристы рассматривают понятие института охраны труда и как обособленного в рамках отрасли трудового права структурированного единства закономерно расположенных и взаимосвязанных общим предметом правового регулирования норм, направленных на обеспечение безопасных и здоровых условий труда у работодателей всех организационно-правовых форм и форм собственности<sup>2</sup>. Однако в науке трудового права не сложилось единого мнения по вопросу, какие правовые нормы и статьи включаются в институт охраны труда.

Так, некоторые исследователи к институту охраны труда относят нормы по технике безопасности и производственной санитарии, в том числе нормы, распространяющиеся на определенные категории работников (женщин, подростков); по осуществлению профилактических мероприятий, нейтрализующих вредное воздействие производственных факторов и предупреждающих производственный травматизм (нормы, предусматривающие проведение обучения и инструктажей по технике безопасности и производственной санитарии, обеспечение индивидуальными средствами защиты, лечебно-профилактическим питанием и т.п.); по организации охраны труда, включая нормы о порядке расследо-

<sup>1</sup> См.: Голощапов С.А. Правовые проблемы охраны труда в СССР: Автореф. дис... д-ра юрид.наук. М. 1983. С. 12–16. Эта позиция поддержана и современными исследователями. См., напр.: Михайлов А.В. Правовое регулирование охраны труда: Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 13.

<sup>2</sup> Неверова А.С. Сравнительно-правовое исследование законодательства об охране труда Российской Федерации и Соединенных Штатов Америки: Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 5.

вания и учета несчастных случаев на производстве, нормы, регулирующие деятельность органов надзора и контроля за соблюдением правил и норм по охране труда<sup>3</sup>.

Другие в институт охраны труда включают и нормы о сокращенном рабочем времени; об обеспечении нормального режима труда; о предоставлении дополнительных отпусков и повышенной оплаты труда за работу с опасными и вредными условиями труда или в особых климатических условиях, а также нормы о переводе на более легкую работу<sup>4</sup>.

Третьи исследователи утверждают, что охрана труда является институтом, представляющим собой совокупность норм, объединенных одной целью: защиты здоровья работников от воздействия опасных и вредных факторов непосредственно в процессе труда<sup>5</sup>.

В определенной мере позитивной является точка зрения, что институт охраны труда включает:

1) трудовые нормы, непосредственно содержащиеся в институте охраны труда (нормы, регламентирующие общие положения об охране труда, требования охраны труда, организацию охраны труда, обеспечение прав работников на охрану труда, порядок расследования и учет несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний);

2) трудовые нормы об охране труда отдельных категорий работников, в отдельных отраслях, в случаях особых рисков и смежные с различными институтами трудового права (о трудовом договоре, рабочем времени и времени отдыха, оплате и нормировании труда, гарантиях и компенсациях, профессиональной подготовке и дополнительном профессиональном образовании, защите трудовых прав и свобод);

3) нормы об охране труда межотраслевого характера (о возмещении вреда при несчастных случаях на производстве и профессиональных заболеваниях; о контроле (надзоре) за охраной труда; об ответственности за нарушения охраны труда; о финансировании охраны труда; о межгосударственном сотрудничестве в сфере охраны труда)<sup>6</sup>.

Представляют интерес и такие теоретические подходы, согласно которым охрана труда является институтом отрасли, но содержащиеся в трудовом праве нормы не во всем совершенны, имеются некоторые пробелы. Это проявляется, в частности, в неопределенности некоторых терминов в сфере охраны труда, в отсутствии учета морально-психологической составляющей при формировании благоприятных условий труда, в неполном соответствии норм по охране труда общим нормам законодательства об охране здоровья. В связи с этим целесообразно выделить такие тенденции государственной политики в области охраны труда, как-то:

1) расширение участия трудящихся в обеспечении безопасности и гигиены труда;

2) введение механизма экономической заинтересованности работодателей в снижении количества несчастных случаев и профессиональной заболеваемости в организации;

3) создание благоприятного психологического климата в коллективе<sup>7</sup>.

Несколько расширительной представляется точка зрения, что в ходе классификации норм, регулирующих охрану труда, следует указать на важное как теоретическое, так и практическое значение деления правового института охраны труда на подинституты:

<sup>3</sup> См., напр.: Голощапов С.А. Правовые вопросы охраны труда в СССР. М., 1982. С. 41.

<sup>4</sup> См., напр.: Муцинова Н.А. Охрана труда на промышленных предприятиях. М., 1973. С. 74.

<sup>5</sup> См., напр.: Михайлов А.В. Указ. соч. С. 3.

<sup>6</sup> См.: Неверова А.С. Указ. соч. С. 7.

<sup>7</sup> См.: Губенко М.И. Правовое регулирование охраны труда, надзорно-контрольной деятельности за соблюдением законодательства о труде и охране труда: Автореф. дис... канд. юрид. наук. Пермь, 2003.



- государственные нормативные требования охраны труда;
- обязанности работодателя в сфере охраны труда;
- обязанности работника в области охраны труда;
- государственное управление охраной труда;
- нормы, регулирующие деятельность служб и комитетов (комиссий) по охране труда в организации;
- нормы, обеспечивающие права работников на охрану труда;
- нормы, устанавливающие правила расследования несчастных случаев и профессиональных заболеваний;
- нормы, регулирующие ответственность за нарушение законодательства об охране труда;
- и нормы, определяющие органы, осуществляющие надзор и контроль в сфере охраны труда<sup>8</sup>.

Обычно в институт охраны труда включают следующие нормы:

- о правилах и инструкциях по охране труда;
- регулирующие организацию охраны труда;
- о компенсациях для лиц, работающих во вредных и (или) опасных условиях труда;
- устанавливающие порядок расследования и учета несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний;
- об охране труда женщин, работников, не достигших возраста 18 лет и лиц с пониженной трудоспособностью<sup>9</sup>.

Нельзя не подчеркнуть весьма важный аспект: институт «охрана труда» изначально (с КЗоТ РСФСР (1918 г.)) не соответствовал концептуальной идее, смыслу и своему назначению — содействовать сохранению жизни и здоровья работника. Кроме того, он закреплял, по сути, различие между названием института и его содержанием. Современный институт «охрана труда» в трудовом праве России имеет определенную структуру и содержание. В Трудовом кодексе Российской Федерации (далее — ТК РФ) он предусмотрен в разделе X и включает в себя:

- общие положения (глава 33) — основные понятия и основные направления государственной политики в области охраны труда<sup>10</sup>;
- требования охраны труда (глава 34) — государственные требования охраны труда, обязанности работодателя по обеспечению безопасных условий и охраны труда, медицинские осмотры некоторых категорий работников, обязанности работника в области охраны труда, соответствие производственных объектов и продукции государственным нормативным требованиям охраны труда;
- организация охраны труда (глава 35) — государственное управление охраной труда, государственная экспертиза условий труда, служба охраны труда в организации, комитеты (комиссии) по охране труда;

<sup>8</sup> См.: Сайдахмедов С.И. Правовое регулирование охраны труда в трудовом праве Республики Узбекистан и Российской Федерации: Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2009.

<sup>9</sup> В сравнительно-правовом аспекте интересна глава X «Охрана труда» КЗоТ РСФСР 1971 г. (ст. 139–159).

<sup>10</sup> Представляется спорным суждение о необходимости принятия Федерального закона «О государственной политике в области охраны труда», устанавливающего понятие, цели и принципы государственной политики в области охраны труда, субъектов ее осуществления и их полномочия, систему основных направлений государственной политики в области охраны труда и механизм их реализации, включая порядок их финансирования. См.: Неверова А.С. Указ. соч. С. 25.

- обеспечение прав работников на охрану труда (глава 36) — право работников на труд в условиях, отвечающих требованиям охраны труда; гарантии права работников на труд в условиях, соответствующих требованиям охраны труда; обеспечение работников средствами индивидуальной защиты; выдача молока и лечебно-профилактического питания; санитарно-бытовое и лечебно-профилактическое обслуживание работников; дополнительные гарантии охраны труда отдельным категориям работников; обучение и профессиональная подготовка в области охраны труда; финансирование мероприятий по улучшению условий и охраны труда; несчастные случаи, подлежащие расследованию и учету; обязанности работодателя при несчастном случае; порядок извещения о несчастных случаях; порядок формирования комиссий по расследованию несчастных случаев; сроки расследования несчастных случаев; порядок проведения расследования несчастных случаев; проведение расследования несчастных случаев государственными инспекторами труда; порядок оформления материалов расследования несчастных случаев; порядок регистрации и учета несчастных случаев на производстве; рассмотрение разногласий по вопросам расследования оформления и учета несчастных случаев.

Можно предположить, что соответствующие главы раздела X ТК РФ (за исключением главы 33 «Общие положения») являются основными подразделениями (подинститутами) института охраны труда. При этом нетрудно заметить определенные различия в подходах к содержанию и структуре института охраны труда в науке трудового права и в ТК РФ.

Следует обратить внимание, прежде всего, на расположение института охраны труда в ТК РФ. В принципиальном смысле система трудового права обусловлена динамикой развития и значением ее институтов. В связи с этим вряд ли обосновано включение института «Охрана труда» в раздел X ТК РФ. Очевидно, что нормы об обеспечении жизни и здоровья работников (с таким более точным названием) необходимо предусмотреть в разделе IV ТК РФ, т.е. после института трудового договора — центрального в трудовом праве России. Соответственно, раздел IV «Рабочее время» будет закреплен в разделе V, а «Время отдыха» — в разделе VI ТК РФ и т.д.

С учетом фундаментальной ст. 1 ТК РФ, определяющей предмет трудового права, не совсем правильно закреплены в разделе X нормы, относящиеся к другим отраслям права. Так, в ст. 210 ТК РФ предусмотрены основные направления государственной политики в области охраны труда, содержащие преимущественно нормы административного права, а именно:

- принятие и реализация федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации, законов и иных нормативных правовых актов ее субъектов в области охраны труда, а также федеральных целевых, ведомственных целевых и территориальных целевых программ улучшения условий и охраны труда;
- государственное управление охраной труда;
- координация деятельности в области охраны труда, охраны окружающей природной среды и других видов экономической и социальной деятельности;
- распространение передового отечественного и зарубежного опыта работы по улучшению условий и охраны труда;
- участие государства в финансировании мероприятий по охране труда;
- подготовка специалистов по охране труда;
- организация государственной статистической отчетности об условиях труда, а также о производственном травматизме, профессиональной заболеваемости и об их материальных последствиях;
- обеспечение функционирования единой информационной системы охраны труда.

К такой отрасли российского права, как финансовое, следовало бы отнести положение ст. 210 ТК РФ о эффективной налоговой политике, стимулирующей создание безопасных условий труда, разработку и внедрение безопасной техники и технологий, производство средств индивидуальной и коллективной защиты работников. В большей мере к международному праву и международным отношениям можно было бы отнести положение ст. 210 ТК РФ о международном сотрудничестве в области охраны труда.

Федеральный законодатель, очевидно, не учел то принципиальное различие, которое существует между институтом охраны труда в отрасли трудового права и комплексным институтом охраны труда в российском праве. Федеральный закон от 17 июля 1999 г. «Об основах охраны труда в Российской Федерации» (утратил силу) был образцом комплексного правового регулирования охраны труда и закономерно включал в себя нормы других отраслей права. В ТК РФ, к сожалению, автоматически были перенесены нормы об основных направлениях государственной политики в области охраны труда из указанного федерального закона.

Аналогично ст. 216 ТК РФ предусматривает нормы административного права. Так, в ней закреплено, что государственное управление охраной труда осуществляется Правительством Российской Федерации непосредственно или по его поручению федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере труда, а также другими федеральными органами исполнительной власти в пределах их полномочий. Федеральные органы исполнительной власти, которым предоставлено право осуществлять отдельные функции по нормативно-правовому регулированию, специальные разрешительные, надзорные и контрольные функции в области охраны труда, обязаны согласовывать принимаемые ими решения в области охраны труда, а также координировать свою деятельность с федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по нормативно-правовому регулированию в сфере труда.

Государственное управление охраной труда на территориях субъектов Российской Федерации осуществляются федеральными органами исполнительной власти и органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации в области охраны труда в пределах их полномочий. Отдельные полномочия по государственному управлению охраной труда могут быть переданы органам местного самоуправления в порядке и на условиях, которые определяются федеральными законами и законами субъектов.

В целях государственного управления охраной труда Правительство Российской Федерации, уполномоченные федеральные органы исполнительной власти:

- обеспечивают разработку нормативных правовых актов, определяющих основы государственного управления охраной труда;
- разрабатывают федеральные целевые программы улучшения условий и охраны труда и обеспечивают контроль за их выполнением;
- устанавливают порядок организации и проведения обучения по охране труда работников, в том числе руководителей организаций, а также работодателей — индивидуальных предпринимателей, проверки знания ими требований охраны труда, а также порядок организации и проведения обучения оказанию первой помощи пострадавшим на производстве, инструктажа по охране труда, стажировки на рабочем месте;
- устанавливают порядок осуществления государственной экспертизы условий труда, порядок проведения специальной оценки условий труда;
- разрабатывают меры экономического стимулирования деятельности работодателей по обеспечению безопасных условий труда;

- обеспечивают взаимодействие федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, объединений работодателей, профессиональных союзов и их объединений по вопросам реализации государственной политики в области охраны труда;
- координируют научно-исследовательские работы в области охраны труда и обеспечивают распространение передового отечественного и зарубежного опыта работы по улучшению условий и охраны труда;
- исполняют иные полномочия в сфере государственного управления охраной труда в соответствии с законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации.

В целях государственного управления охраной труда органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации в области охраны труда:

- обеспечивают реализацию на территории субъекта государственной политики в области охраны труда и федеральных целевых программ улучшения условий и охраны труда;
- разрабатывают и утверждают территориальные целевые программы улучшения условий и охраны труда и обеспечивают контроль за их выполнением;
- координируют проведение на территории субъекта в установленном порядке обучения охране труда работников, в том числе руководителей организаций, а также работодателей — индивидуальных предпринимателей, проверки знания ими требований охраны труда, а также проведение обучения оказанию первой помощи пострадавшим на производстве;
- осуществляют на территории субъекта Российской Федерации в установленном порядке государственную экспертизу условий труда;
- организуют сбор и обработку информации о состоянии условий и охраны труда у работодателей, осуществляющих деятельность на территории субъекта федерации;
- исполняют иные полномочия в сфере государственного управления охраной труда, не отнесенные к полномочиям федеральных органов исполнительной власти, в соответствии с законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации.

К административному праву относятся также нормы ч. 4 и 5 ст. 225 ТК РФ, согласно которым государство содействует организации обучения по охране труда в организациях, осуществляющих образовательную деятельность. Государство обеспечивает подготовку специалистов в области охраны труда.

После существенной корректировки ст. 225 ТК РФ «Обучение в области охраны труда» целесообразно было бы исключить из главы 36 раздела X «Охрана труда» и предусмотреть в разделе IX ТК РФ «Подготовка и дополнительное профессиональное образование работников».

Статья 228 ТК РФ предусматривает некоторые положения о финансировании мероприятий по улучшению условий и охраны труда, которые по отраслевой принадлежности относятся к финансовому праву. Например, финансирование мероприятий по улучшению условий и охраны труда осуществляются за счет средств федерального бюджета, бюджетов субъектов федерации, местных бюджетов, внебюджетных источников в порядке, установленном федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации, нормативными правовыми актами органов местного самоуправления. В отраслях экономики, в субъектах федерации, на территориях могут

создаваться фонды охраны труда в соответствии с законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации, нормативными правовыми актами органов местного самоуправления.

В связи с этим представляется логичным и обоснованным сохранить в ст. 228 ТК РФ лишь ныне действующую третью часть в качестве первой, а именно: «Финансирование мероприятий по улучшению условий и охраны труда работодателями (за исключением государственных унитарных предприятий и федеральных учреждений) осуществляется в размере не менее 0,2% суммы затрат на производство продукции (работ, услуг)». Четвертую часть данной статьи нужно сформулировать в качестве второй следующим образом: «Работодатель вправе создавать фонд безопасности и гигиены труда. Работник не несет расходов на финансирование мероприятий по улучшению условий и охраны труда».

Нельзя не отметить существенные пробелы в разделе X ТК РФ. Так, по необъяснимым причинам отсутствуют нормы о расследовании и учете профессиональных заболеваний вопреки тому, что ст. 210 ТК РФ признает одним из основных направлений государственной политики в области охраны труда расследование и учет несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний. Усиливает этот аргумент и другое основное направление государственной политики в области охраны труда — защита законных интересов работников, пострадавших от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний, а также членов их семей на основе обязательного социального страхования работников от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний.

В ТК РФ нет статьи (тем более отдельной главы), регулирующей отношения по предупреждению производственного травматизма и профессиональных заболеваний работников. Кроме того, полагаю, что федеральному законодателю целесообразно было бы предусмотреть специальную статью в разделе X ТК РФ, которая бы регламентировала отношения по прогнозированию производственного травматизма и профессиональных заболеваний.

Представляется обоснованным исключить из института «охраны труда» нормы о расследовании и учете несчастных случаев на производстве. Практика, в том числе судебная, свидетельствует о наличии в данном контексте вины работодателя (представителей) и /или работника и не только на производстве, но и в непромышленной сфере (здравоохранение, образование, культура и т.д.). Поэтому в ст. 227–231 ТК РФ необходимо закрепить нормы о расследовании и учете случаев производственного травматизма на работе.

Несомненно, есть смысл привести положения раздела X ТК РФ в соответствие со ст. 37 Конституции Российской Федерации и ст. 2 ТК РФ. Согласно ст. 37 Конституции России, каждый имеет право на труд в условиях, отвечающих требованиям безопасности и гигиены. В ст. 2 ТК РФ закрепляется норма об обеспечении права каждого работника на справедливые условия труда, в том числе на условия труда, отвечающие требованиям безопасности и гигиены. Однако в ст. 209–210 ТК РФ даже не упоминается термин «гигиена труда». Представляется очень важным:

- 1) дать новое название разделу X ТК РФ, а именно — «Безопасность и гигиена труда»;
- 2) в ст. 209 ТК РФ определить понятия «безопасность труда» и «гигиена труда»;
- 3) предусмотреть в разделе X ТК РФ отдельные главы, регламентирующие безопасность и гигиену труда.

Наряду с существенными пробелами раздел X ТК РФ закрепляет и отдельные положения, которые непосредственно не относятся к институту охраны труда. Так, в соответствии со ст. 209 ТК РФ, рабочее место — место, где работник должен находиться или куда ему необходимо прибыть в связи с его работой и которое прямо или косвенно находится под контролем работодателя. Но известно, что категория «рабочее место» является значимой в теории трудового права и, особенно, на практике, при решении вопроса о переводе и/или перемещении работников.

Близко к этому и определение понятия производственной деятельности. Под ней понимается совокупность действий работников с применением средств труда, необходимых для превращения ресурсов в готовую продукцию, включающую в себя производство и переработку различных видов сырья, строительство, оказание различных видов услуг. Это определение не только научно несостоятельно (непонятно, как можно включать в экономическую категорию «превращение ресурсов в готовую продукцию» категорию «оказание различных видов услуг»), но главное, не относится непосредственно к охране труда (ст. 209 ТК РФ). Кроме того, необходимо учесть, что название главы 34 ТК РФ «Требования охраны труда» не совсем соответствует ее содержанию, так как в ней нет нормы, предусматривающей правила и инструкции по охране, безопасности, гигиене труда и другие стандарты<sup>11</sup>.

Нелогично включение в данную главу ст. 212, закрепляющей обязанности работодателя по обеспечению безопасных условий и охраны труда, ст. 213 «Медицинские осмотры некоторых категорий работников», ст. 214 «Обязанности работника в области охраны труда». Целесообразнее как с теоретической, так и практической точек зрения «права и обязанности сторон трудового договора» выделить в отдельную главу раздела X ТК РФ.

Кроме того, было бы целесообразным исключить из главы 11 ТК РФ ст. 69, в соответствии с которой обязательно предварительному медицинскому осмотру при заключении трудового договора подлежат лица, не достигшие 18 лет, а также иные лица в случаях, предусмотренных Кодексом и иными федеральными законами, ибо она дублирует базисную ст. 213 и ст. 266 ТК РФ. Однако самое существенное заключается в следующем: назначение ст. 69 ТК РФ — это охрана труда отдельных категорий работников, и поэтому она в принципиальном смысле не уместна в институте трудового договора.

Введение Федеральным законом от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ ст. 216-1 «Государственная экспертиза условий труда» в раздел X ТК РФ вряд ли обоснованно и правильно. Согласно ст. 216-1 ТК РФ государственная экспертиза условий труда осуществляется федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным на проведение федерального государственного надзора за соблюдением трудового законодательства и

<sup>11</sup> Постановление Правительства Российской Федерации от 23 мая 2000 г. № 399 «О нормативных правовых актах, содержащих государственные нормативные требования охраны труда» предусматривает, что в России действует система нормативных правовых актов, а именно:

1. Межотраслевые правила по охране труда (ПОТРМ), межотраслевые типовые инструкции по охране труда (ТИРМ).
2. Отраслевые правила по охране труда (ПОТРО), типовые инструкции по охране труда.
3. Правила безопасности (ПБ), правила устройства и безопасной эксплуатации (ПУБЭ), инструкции по безопасности (ИБ).
4. Государственные стандарты системы стандартов безопасности труда (ГОСТРССБТ).
5. Строительные нормы и правила (СНиП), своды правил по проектированию и строительству (СП).
6. Государственные санитарно-эпидемиологические правила и нормативы (санитарные правила (СП), гигиенические нормативы (ГН), санитарные правила и нормы (СанПин), санитарные нормы (СН)).



иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, и органами исполнительной власти субъектов РФ в области охраны труда в порядке, установленном уполномоченным Правительством Российской Федерации федеральным органом исполнительной власти. Государственная экспертиза условий труда осуществляется в целях оценки:

- качества проведения специальной оценки условий труда;
- правильности предоставления работникам гарантий и компенсаций за работу с вредными и (или) опасными условиями труда;
- фактических условий труда работников.

Анализ главы 57 ТК РФ позволяет также утверждать, что государственная экспертиза условий труда осуществляется в порядке, предусмотренном для государственного надзора и контроля за соблюдением трудового законодательства (включая законодательство об охране труда) и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, т.е. рассматриваемая категория должна быть отнесена не к трудовым, а к иным, непосредственно связанным с ними отношениям (ст. 1 ТК РФ).

Итак, ст. 216-1 ТК РФ следовало бы исключить из главы 35 «Организация охраны труда» и предусмотреть в главе 57 ТК РФ «Государственный контроль (надзор) и ведомственный контроль за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права». Таким образом, данное положение будет исключено из института «охрана труда» (безопасность и гигиена труда) и закреплено в институте защиты трудовых прав и свобод (раздел XIII ТК РФ). Как следствие, глава 35 ТК РФ будет содержать только ст. 217–218. Предпочтительнее назвать эту главу «Службы и комитеты по безопасности и гигиене труда».

Нормы института «охрана труда» содержатся не только в различных законах, но и во множестве подзаконных нормативных правовых актов, которые нередко не согласованы между собой или основаны на утратившем силу Федеральном законе «Об основах охраны труда в Российской Федерации». Вместе с тем существуют нормы трудового права, которые содействуют охране труда, но не могут рассматриваться в качестве элемента института «охрана труда». Так, ст. 89 ТК РФ закрепляет, что работники имеют право на доступ к медицинской документации, отражающей состояние их здоровья, с помощью медицинского работника по их выбору.

В соответствии со ст. 92 ТК РФ сокращенная продолжительность рабочего времени устанавливается для работников, рабочие места которых по результатам специальной оценки условий труда отнесены к вредным условиям труда 3 или 4 степени или опасным условиям труда, — не более 36 часов в неделю. Продолжительность рабочего времени конкретного работника устанавливается трудовым договором на основании отраслевого (межотраслевого) соглашения и коллективного договора с учетом результатов специальной оценки условий труда.

Статья 94 ТК РФ предусматривает продолжительность ежедневной работы (смены), которая не может превышать:

- для инвалидов — в соответствии с медицинским заключением, выданным в порядке, установленном федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации;
- для работников, занятых на работах с вредными и (или) опасными условиями труда, где установлена сокращенная продолжительность рабочего времени, максимально допустимая продолжительность ежедневной работы (смены) не может превышать: при 36-часовой рабочей неделе — 8 часов; при 30-часовой рабочей неделе и менее — 6 часов.

Отраслевым (межотраслевым) соглашением и коллективным договором, а также при наличии письменного согласия работника, оформленного путем заключения отдельного соглашения к трудовому договору, может быть предусмотрено увеличение максимально допустимой продолжительности ежедневной работы (смены) по сравнению с продолжительностью ежедневной работы (смены), установленной ч. 2 ст. 94 ТК РФ для работников, занятых на работах с вредными и (или) опасными условиями труда, при условии соблюдения предельной еженедельной продолжительности рабочего времени, установленной в соответствии с ч. 1–3 ст. 92 ТК РФ:

- при 36-часовой рабочей неделе — до 12 часов;
- при 30-часовой рабочей неделе и менее — до 8 часов<sup>12</sup>.

В большей мере это относится к ст. 147 ТК РФ, предусматривающей оплату труда работников, занятых на работах с вредными и (или) опасными условиями труда в повышенном размере. Минимальный размер повышения оплаты труда работникам, занятым на работах с вредными и (или) опасными условиями труда, составляет 4% тарифной ставки (оклада), установленной для различных видов работ с нормальными условиями труда<sup>13</sup>. Нормы, устанавливающие сокращенное рабочее время и повышенную заработную плату, следует отнести к соответствующим институтам, трудового права (рабочее время и заработная плата) поскольку они, прежде всего, выражают меру труда и вознаграждения за труд.

В качестве концептуальной модели института «охрана труда», а точнее, института безопасности и гигиены труда, может быть проект Федерального закона «О безопасности и гигиене труда»<sup>14</sup>. Он в принципе соответствует ст. 37 Конституции России о праве каждого на труд в условиях, отвечающих требованиям безопасности и гигиене<sup>15</sup>, Конвенции МОТ № 187 «Об основах, содействующих безопасности и гигиене труда» (2006 г.), Конвенции МОТ № 155 «О безопасности и гигиене труда» (1981 г.), а также Сеульской декларации по безопасности и гигиене труда (2008 г.).

Очевидно, нуждается в совершенствовании название и структура соответствующего раздела ТК РФ. Можно предложить следующий вариант:

Раздел X. Безопасность и гигиена труда.

Глава 33. Общие положения (включая нормы о предупреждении производственного травматизма и профессиональных заболеваний).

Глава 34. Права и обязанности работников.

Глава 35. Права и обязанности работодателей.

Глава 35-1. Службы и комитеты по безопасности и гигиене труда.

Глава 36. Расследование и учет несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний.

<sup>12</sup> Положение об увеличении максимально допустимой продолжительности ежедневной работы смены является спорным и вряд ли научно обоснованным.

<sup>13</sup> Норма о повышенной оплате труда указанных категорий работников с позиции концепции обеспечения жизни и здоровья работников выглядит недостаточно продуманной, ибо недопустимо стимулировать работу во вредных и /или опасных условиях заработной платой.

<sup>14</sup> Проект Федерального закона «О безопасности и гигиене труда» подготовлен рабочей группой Министерства труда и социальной защиты.

<sup>15</sup> Ср.: Глава VI. Безопасность и гигиена труда Трудового закона Китайской Народной Республики.



## Библиография

- Гусов К.Н., Лютов Н.Л. Международное трудовое право. Учебник. М.: Проспект, 2013. 588 с.
- Жворонков Р.Н. Правовое регулирование труда и социального обеспечения инвалидов в Российской Федерации: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. М., 2014. 54 с.
- Кайтмазова А.В. Правовое регулирование труда лиц, занятых на работах с вредными и (или) опасными условиями труда, и проблемы его совершенствования: Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2008. 24 с.
- Кашлакова А.С. Понятие охраны труда по российскому трудовому праву. Автореф. дис... канд. юрид. наук. Барнаул, 2012. 25 с.
- Киселев И.Я. Сравнительное трудовое право. Учебник. М.: Проспект, 2005. 360 с.
- Красных Г.И. Охрана труда в Российской Федерации: система административно-правового регулирования и проблемы обеспечения: Автореф. дис... канд. юрид. наук. Воронеж, 2008. 23 с.
- Лютов Н.Л. Эффективность норм международного трудового права Автореф. дис... д-ра юрид. наук. М., 2013. 55 с.
- Михайлов А.В. Правовое регулирование охраны труда в Российской Федерации: Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2013. 25 с.
- Неверова А.С. Сравнительно-правовое исследование законодательства об охране труда Российской Федерации и Соединенных Штатов Америки. Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2014. 27 с.
- Неверова А.С. Понятие и структура института охраны труда // Вестник Львовского государственного университета. 2013. № 58.
- Пашин Н.П., Осипов О.П. Охрана труда, здоровья и окружающей среды в российском законодательстве и конвенциях МОТ: терминологический словарь-справочник. М.: Альфа Пресс, 2009. 250 с.
- Петров А.Я. Гарантии и компенсации: актуальные вопросы трудового права. М.: ЭкООнис, 2014. 420 с.
- Правовое регулирование охраны труда: учебное пособие / под общ. ред. С.Т. Папаева. М.: Альфа Пресс, 2013. 160 с.
- Сайдахмедов С.И. Правовое регулирование охраны труда в трудовом праве Республики Узбекистан и Российской Федерации: Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2009. 24 с.
- Созанова М.В. Предупреждение несчастных случаев на производстве и ответственность работодателя при их наступлении: Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2005. 25 с.

---

## Labour Protection: A New Concept of Russian Labour Law



**Alexey Ya. Petrov**

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



### Abstract

The labour law theory lacks a properly developed doctrine of the institute of legal protection (norms and substitutes). Besides, there is no conceptual legal model for the institute of security and hygiene of labour. The author attempts to complete the blank in legal science. The methodology of the paper is a legal theory as a fundamental regulator of public relations, doctrinal concept of the institute of labour protection (safety and hygiene of labour) in Russian labour law. This is the first attempt in Russian labour law to examine the institute of protection and hygiene of labour not only in terms of the current approaches but also the draft of the federal law *On Security and Hygiene*. The paper concludes that

the institute of protection of law did not initially (in 1918) met the conceptual idea, content and purpose to promote to saving life and health of employee. Currently, it is not justified to include the institute of Protection of Labour in part X of the Code. It is evident that the norms of ensuring life and health of employees require revision in RF Labour Code part IV, i.e. following the institute of Labour agreement — the central concept in Russian labour law. It is paramount: 1) to give a new title to part X of RF Labour Code, i.e. Security and Hygiene of Labour; 2) Art. 209 the Code determines the concept of labour security and hygiene of labour; 3) to arrange in chapter X of RF Labour Code to regulate security and hygiene of labour. Chapter X of RF Labour Code *Security and Hygiene of Labour* requires a brand new content. Hence, all the legal doctrines — both Soviet and Russian — on the institute of labour protection await revision.



## Keywords

Russian Federation Labour Code, Federal law draft On Security and Hygiene of Labour, Institute of Protection of Law, security, hygiene of labour, health and life of employee, investigation of occupational injuries and professional illnesses.

Citation: Petrov A.Ya. (2016) Labour Protection: A New Concept of Institute of Labour Law in Russia. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 58–71 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.58.71



## References

- Gusov K.N., Lyutov N.L. (2013) *Mezhdunarodnoe trudovoe pravo. Uchebnik* [International Labour Law. Textbook]. Moscow: Prospekt, 588 p. (in Russian)
- Kaytmazova A.V. (2008) *Pravovoe regulirovanie truda lits, zanyatykh na rabotakh s vrednymi i (ili) opasnymi usloviyami truda, i problemy ego sovershenstvovaniya: Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk* [Legal Regulation of Labour for People Employed at Hazardous Plants and Issues of Improvement (Summary of Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Moscow, 24 p.
- Kashlakova A.S. (2012) *Ponyatie okhrany truda po rossiyskomu trudovomu pravu. (Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk)* [Labour Protection under Russian Labour Law (Summary of Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Barnaul, 25 p.
- Kisilev I.Ya. (2005) *Sravnitel'noe trudovoe pravo. Uchebnik* [Comparative Labour Law. Textbook]. Moscow: Prospekt, 360 p. (in Russian)
- Krasnykh G.I. (2008) *Okhrana truda v Rossiyskoy Federatsii: sistema administrativno-pravovogo regulirovaniya i problemy obespecheniya: Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk* [Labour Protection in RF: System of Administrative and Legal Regulation and the Problems of Guarantee (Summary of Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Voronezh, 23 p.
- Lyutov N.L. (2013) *Effektivnost' norm mezhdunarodnogo trudovogo prava: Avtoref. diss. Doktor Jurid. Nauk* [Efficiency of Norms in International Labour Law (Summary of Doctor of Juridical Sciences Dissertation)]. Moscow, 55 p.
- Mikhaylov A.V. (2013) *Pravovoe regulirovanie okhrany truda v Rossiyskoy Federatsii: Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk* [Legal Regulation of Labour Protection in RF (Summary of Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Moscow, 25 p.
- Neverova A.S. (2014) *Sravnitel'no-pravovoe issledovanie zakonodatel'stva ob okhrane truda v Rossiyskom Federatsii i Soedinennykh Shtatov Ameriki: Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk* [Comparative Law Research of Legislation in the RF and USA (Summary of Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Moscow, 27 p.
- Neverova A.S. (2013) *Ponyatie i struktura instituta okhrany truda* [Concept and Structure of Labour Protection]. *Vestnik L'vovskogo gosudarstvennogo universiteta*, no 58.
- Pashin N.P., Osipov O.P. (2009) *Okhrana truda, zdorov'ya i okruzhayushchey sredy v rossiyskom zakonodatel'stve i konventsiyakh MOT: terminol. slov. — sprav* [Protection of Labour, Health and environment under Russian Legislation and ILO Conventions. Dictionary of Terms]. Moscow: Al'fa Press, 250 p. (in Russian)

Petrov A.Ya. (2014) *Garantii i kompensatsii: aktual'nye voprosy trudovogo prava* [Guarantee and Compensations: Topical Issues of Labour Law]. Moscow: EkOOnis, 420 p. (in Russian)

Papaev S.T. (ed.) (2013) *Pravovoe regulirovanie okhrany truda* [Legal Regulation of Labour Protection]. Moscow: Alfa Press, 160 p.

Saydakhmedov S.I. (2009) *Pravovoe regulirovanie okhrany truda v trudovom prave Respubliki Uzbekistan i Rossiyskoy Federatsii: Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk* [Legal Regulation of Labour Protection in Labour Law of Republic of Uzbekistan and RF (Summary of Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Moscow, 24 p.

Sozanova M.V. (2005) *Preduprezhdenie neschastnykh sluchaev na proizvodstve i otvetstvennost' rabotodatelya pri ikh nastupenii: Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk* [Averting Incidents at Plants (Summary of Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Moscow, 25 p.

Zhavoronkov R.N. (2014) *Pravovoe regulirovanie truda i sotsial'nogo obespecheniya invalidov v Rossiyskoy Federatsii: Avtoref. diss. Doktor. Jurid. Nauk* [Legal Regulation of Law and Social Security of the Disabled in the RF (Summary of Doctor of Juridical Sciences Dissertation)]. Moscow, 54 p.

# Оспаривание условий трудового договора в деле о банкротстве

---



**О.С. Беседина**

аспирантка кафедры трудового права и права социального обеспечения Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: besedos7@mail.ru

---



## Аннотация

Недавние изменения гражданского законодательства наглядно демонстрируют тенденцию к усилению влияния гражданского законодательства в сфере исключительного ведения трудового права. Так, приобретает все большую популярность судебная практика, в которой отдельные условия трудовых договоров с руководителями организаций на основании федеральных законов «Об обществах с ограниченной ответственностью» и «Об акционерных обществах» признаются крупными сделками и сделками с заинтересованностью. При этом введение в ст. 53 Гражданского кодекса Российской Федерации пункта 4, устанавливающего, что отношения между юридическим лицом и лицами, входящими в состав его органов, регулируются настоящим Кодексом и принятыми в соответствии с ним законами о юридических лицах, дало повод некоторым цивилистам считать такую практику законной и обоснованной. Тем не менее глава 43 Трудового кодекса Российской Федерации, посвященная особенностям правового регулирования труда руководителя организации и членов коллегиального исполнительного органа организации, осталась неизменной. Нормы последней, в свою очередь, равно как и Трудового кодекса Российской Федерации в целом, не предусматривают способов оспаривания трудовых договоров ввиду заинтересованности, а также несоблюдения правил заключения крупной сделки. В статье отмечается противоречивость судебной практики об оспаривании трудовых договоров с руководителем. Другим примером экспансии гражданского права является оспаривание условий трудового договора в рамках производства по делу о банкротстве. Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» допускает возможность применения к положениям трудового договора норм о недействительности сделки по основаниям, предусмотренным этим законом и гражданским законодательством. В статье обосновывается приоритет по отношению к законодательству о банкротстве положений трудового законодательства, не допускающих признания трудовых договоров недействительными и взыскания заработной платы с работников. Решать проблему предлагается путем изменений законодательства. В частности, возможность признания трудового договора недействительным и его правовые последствия должны быть урегулированы непосредственно в Трудовом кодексе Российской Федерации.

---



## Ключевые слова

трудоустройство, работник, банкротство, гражданское право, оспаривание сделок в деле о банкротстве, недействительная сделка.

---

Библиографическое описание: Беседина О.С. Оспаривание условий трудового договора в деле о банкротстве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 1. С. 72–80.

JEL: K31; УДК: 349.2

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.72.80

В условиях нестабильной экономической ситуации в России и в мире вопросы, связанные с неплатежеспособностью работодателей, приобретают особую актуальность. В связи с этим предлагаем в настоящей статье обратить внимание на некоторые про-



блемные аспекты правового регулирования труда в условиях банкротства работодателя, вызванные, среди прочего, усилением влияния гражданского права в сфере трудовых отношений.

В соответствии со ст. 5 Трудового кодекса Российской Федерации<sup>1</sup> (далее — ТК РФ) регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений в соответствии с Конституцией Российской Федерации, федеральными конституционными законами осуществляется трудовым законодательством (включая законодательство об охране труда), состоящим из настоящего Кодекса, иных федеральных законов и законов субъектов Российской Федерации, содержащих нормы трудового права; иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права: указами Президента Российской Федерации; постановлениями Правительства Российской Федерации и нормативными правовыми актами федеральных органов исполнительной власти; нормативными правовыми актами органов исполнительной власти субъектов федерации и органов местного самоуправления. Трудовые отношения и иные непосредственно связанные с ними отношения регулируются также коллективными договорами, соглашениями и локальными нормативными актами, содержащими нормы трудового права.

Иными словами, отношения, входящие в предмет трудового права, могут регулироваться только трудовым законодательством и другими актами, содержащими нормы трудового права.

В последнее время гражданское законодательство имеет устойчивую тенденцию к расширению сферы действия за счет отдельных норм (институты) трудового права. Один из нашумевших примеров этого — признание отдельных условий трудовых договоров к трудовым договорам с руководителями организаций крупными сделками и сделками с заинтересованностью. Арбитражные суды практически повсеместно признают трудовые договоры с единоличными исполнительными органами юридического лица недействительными как совершенные с нарушением положений гражданского законодательства о заинтересованности и крупных сделках<sup>2</sup>. До 1 сентября 2014 г. ст. 274 ТК РФ, устанавливающая исключительное ведение трудового законодательства в регулировании трудовых отношений с руководителем, позволяла сделать однозначный вывод о невозможности применения положений гражданского законодательства к этим отношениям. Вместе с тем Федеральным законом от 05.05.2014 г. № 99-ФЗ в ст. 53

<sup>1</sup> Трудовой кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 30.12.2001 г. № 197-ФЗ (ред. от 13.07.2015).

<sup>2</sup> См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда от 04.09.2012 № 17255/09 по делу № А73-8147/2009; Постановление ФАС Московского округа от 02.08.2012 по делу № А40-126346/44-22-386; Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 24 июля 2014 г. по делу № А65-31525/2012; Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 17.04.2008 по делу № А11-2685/2007-К1-10/129; Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 17.04.2008 по делу № А11-2685/2007-К1-10/129. Ранее некоторые арбитражные суды указывали, что условие трудового договора о выплате компенсации не может быть квалифицировано как сделка, поскольку трудовой договор не является гражданско-правовой сделкой и применение к нему по аналогии норм гражданского права не допускается. См.: Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 24 ноября 2014 г. по делу № А03-6802/2012; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 05.05.2010 по делу № А56-41721/2007; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 16.07.2009 по делу № А56-31445/2007 // СПС КонсультантПлюс. Аналогичного подхода придерживались и суды общей юрисдикции, которые также отмечали, что признание трудового договора недействительным нормами ТК РФ не предусмотрено. См.: Определение Верховного Суда Российской Федерации от 14.09.2012 № 45-КГ12-6; Определение Московского городского суда от 17.08.2010 по делу № 33-24421 // СПС КонсультантПлюс.

Гражданского кодекса Российской Федерации<sup>3</sup> (далее — ГК РФ) введен пункт 4, устанавливающий, что отношения между юридическим лицом и лицами, входящими в состав его органов, регулируются настоящим Кодексом и принятыми в соответствии с ним законами о юридических лицах. Эти изменения, безусловно, породили новый виток научной дискуссии по вопросу возможности применения к трудовым договорам с руководителем гражданского законодательства или даже возможности применения трудового законодательства к гражданско-правовым договорам.

После внесения изменений в ст. 53 ГК РФ снова встали вопросы — нужно ли переоформлять трудовые договоры с руководителями организаций в гражданско-правовые договоры, что делать с действующими трудовыми договорами, какой договор нужно заключать, какие условия обязательны для включения в него, каков правовой статус лица, осуществляющего функции единоличного исполнительного органа, и т.д. Так, например, в ст. 2 ГК РФ указано: «Гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием, исходя из того, что предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке...». Значит ли это, что отныне руководители должны обладать статусом предпринимателя без образования юридического лица? Ответ на этот вопрос в законодательстве России в настоящий момент отсутствует.

Некоторым цивилистам п. 4 ст. 53 ГК РФ дал основание думать, что внутренние отношения юридического лица и лиц, входящих в состав его органов (вероятно, в том числе и единоличного исполнительного органа) отданы на откуп федеральным законам о юридических лицах<sup>4</sup>. На первый взгляд при буквальном толковании данной нормы кажется, что отношения между лицами, входящими в состав органа управления юридического лица, регулируются гражданским законодательством и выводятся из сферы действия трудового права. Вместе с тем до сих пор не внесены изменения в специальные федеральные законы, среди которых Федеральный закон от 08.02.1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (ред. от 29.06.2015)<sup>5</sup> и Федеральный закон от 26.12.1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»<sup>6</sup> (далее — Закон № 208-ФЗ).

Так, в соответствии п. 3 ст. 69 Закона № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» на отношения между обществом и единоличным исполнительным органом общества (директором, генеральным директором) и (или) членами коллегиального исполнительного органа общества (правления, дирекции) действие законодательства России о труде распространяется в части, не противоречащей положениям настоящего закона. На фоне этого не внесены изменения и в главу 43 ТК РФ. Иначе говоря, поскольку специальные законы о юридических лицах действуют в прежней редакции, между руководителем организации и работодателем, как и прежде, существует трудовое правоотношение.

<sup>3</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая): Федеральный закон от 26.01.1996 № 14-ФЗ (ред. от 13.07.2015) // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410; Российская газета. 2015. 16 июля.

<sup>4</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации. Юридические лица: постатейный комментарий к главе 4 / Е.В. Бадулина, К.П. Беляев, А.С. Васильев и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2014 (авторы комментария к ст. 53 Гонгалло Б.М., Крашенинников П.В.) // СПС КонсультантПлюс.

<sup>5</sup> СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785; Российская газета. 2015. 8 июля.

<sup>6</sup> СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1; Российская газета. 2015. 8 июля.

Невзирая на п. 4 ст. 53 ГК РФ, Пленум Верховного Суда Российской Федерации в Постановлении от 02.06.2015 № 21<sup>7</sup> разъяснил, что правовое регулирование труда руководителя организации осуществляется ТК РФ, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации, нормативными правовыми актами органов местного самоуправления, учредительными документами организации, локальными нормативными актами, трудовым договором (ч. 1 ст. 273, ст. 274 ТК РФ). При этом положения главы 43 ТК РФ распространяются на руководителей организаций (директоров, генеральных директоров и др., временные единоличные исполнительные органы хозяйственных обществ и др.) независимо от их организационно-правовых форм и форм собственности. Принимая во внимание важность названного Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации, а также обязательность данных в нем разъяснений для нижестоящих судов, все же отметим, что отнюдь не правоприменитель, а только законодатель может разрешить непримиримые противоречия между гражданским и трудовым законодательством путем внесения соответствующих изменений.

Другим примером экспансии гражданского права при регулировании трудовых отношений является оспаривание соглашений или приказов об увеличении размера заработной платы, о выплате премий или об осуществлении иных выплат в соответствии с трудовым законодательством России и оспаривание таких выплат по основаниям, предусмотренным Федеральным законом от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве).

В соответствии со ст. 61.1. Закона о банкротстве сделки, совершенные должником или другими лицами за счет должника, могут быть признаны недействительными в соответствии с ГК РФ, а также по основаниям и в порядке, которые указаны в настоящем законе. При этом заявление об оспаривании сделки должника подается в арбитражный суд, рассматривающий дело о банкротстве должника, и подлежит рассмотрению в деле о банкротстве должника (ч. 1 ст. 61.8 Закона о банкротстве).

Частью третьей ст. 61.1. Закона о банкротстве в ред. от 22.12.2014 г. № 432-ФЗ установлено, что правила главы III.1 могут применяться к оспариванию действий, направленных на исполнение обязательств и обязанностей, возникающих в соответствии с гражданским, трудовым, семейным законодательством и т.д., в том числе к оспариванию соглашений или приказов об увеличении размера заработной платы, о выплате премий или об осуществлении иных выплат в соответствии с трудовым законодательством Российской Федерации и к оспариванию самих таких выплат. Одновременно этим же Федеральным законом в ТК РФ введена ст. 349.4, посвященная особенностям регулирования труда отдельных категорий работников кредитных организаций. Законодатель прямо оговаривает обстоятельства, при которых условия трудового договора, изменяющие размер оплаты труда, прекращают свое действие. Иными словами, законодатель счет недостаточными нормы исключительно гражданского законодательства и дополнительно продублировал их в трудовом законодательстве.

Воспроизведенные нормы позволяют сделать следующие выводы:

Во-первых, законодатель впервые предусмотрел возможность в гражданско-правовом порядке (в арбитражном суде) оспорить действия, направленные на исполнение

<sup>7</sup> О некоторых вопросах, возникших у судов при применении законодательства, регулирующего труд руководителя организации и членов коллегиального исполнительного органа организации, см.: Постановление Пленума Верховного Суда от 02.06.2015 № 21 // Российская газета. 2015. 10 июня.

обязательств и обязанностей, возникающих в соответствии с трудовым законодательством. При этом сам трудовой договор по смыслу этой нормы не утрачивает юридической силы. Соответственно, речь идет о признании недействительным трудового договора в части, что не отменяет его действия полностью. С учетом ранее приведенных доводов можно говорить также, что условия об увеличении заработной платы, установлении дополнительных бонусов являются гражданско-правовыми, что входит в противоречие с доктринальными положениями трудового права, отрицающими возможность признания недействительным трудового договора.

Во-вторых, соглашения или приказы об увеличении размера заработной платы, о выплате премий или об осуществлении иных выплат в соответствии с трудовым законодательством могут оспариваться по основаниям, предусмотренным Законом о банкротстве, а также ГК РФ. Одновременно могут быть оспорены и сами такие выплаты, что представляется сомнительным.

В-третьих, законодатель отошел от принципа незыблемости юридической силы трудового договора в отношении ключевых работников кредитных организаций, введя понятие «прекращение действия трудового договора». Законодательная новелла, вероятно, обусловлена публично-правовым интересом, в том числе стремлением защитить права вкладчиков от действий недобросовестного руководства банка.

Очевидно, что первый и второй выводы вступают в прямое противоречие с нормами ТК РФ, не предусматривающего механизма оспаривания соглашений об изменении условий трудового договора (используя терминологию ТК РФ) по гражданско-правовым основаниям.

В правоприменительной практике получило большое распространение признание условий трудовых договоров недействительными сделками по основаниям, установленным Законом о банкротстве. Так, в одном из дел Высший Арбитражный Суд Российской Федерации вслед за нижестоящими арбитражными судами пришел к выводу о необоснованном установлении и начислении работнику заработной платы в повышенном размере и наличии установленных в п. 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве оснований для признания недействительными оспариваемых условий трудового договора по признаку неравноценного встречного исполнения обязательств другой стороной<sup>8</sup>. В другом деле суды установили, что работнику, являющемуся по отношению к должнику заинтересованным лицом, был определен несоразмерно высокий размер заработной платы; выплата ему единовременной компенсации в период банкротства привела к уменьшению конкурсной массы должника; в результате совершения оспариваемых действий причинен вред имущественным правам кредиторов должника<sup>9</sup>.

Что касается возврата в конкурсную массу полученного по недействительной сделке, то согласно п. 1 ст. 61.6 Закона о банкротстве все, что было передано должником или иным лицом за счет должника или в счет исполнения обязательств перед должником, а также изъято у должника по сделке, признанной недействительной в соответствии с главой III.1 «Оспаривание сделок должника» данного Закона, подлежит возврату в

---

<sup>8</sup> Определение Высшего Арбитражного Суда от 21 марта 2014 г. № ВАС-10413/13 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>9</sup> Определение Высшего Арбитражного Суда от 28 ноября 2013 г. № ВАС-16854/13. См. также судебную практику: Определение Высшего Арбитражного Суда от 5 сентября 2013 г. № ВАС-15174/12; Определение Высшего Арбитражного Суда от 26 июня 2013 г. № ВАС-393/13; Определение Высшего Арбитражного Суда от 28 декабря 2012 г. № ВАС-4967/12; Определение Высшего Арбитражного Суда от 29 октября 2012 г. № ВАС-13270/12 // СПС КонсультантПлюс.

конкурсную массу. На наш взгляд, такие положения Закона в отдельных случаях могут вступать в противоречие со ст. 1109 ГК РФ, в силу которой не подлежат возврату в качестве неосновательного обогащения заработная плата и приравненные к ней платежи, предоставленные гражданину в качестве средства к существованию, при отсутствии недобросовестности с его стороны и счетной ошибки.

Для обоснования данного тезиса обратимся к основаниям признания сделки недействительной, установленным Законом о банкротстве.

1. Сделка совершена при неравноценном встречном исполнении.

Так, согласно ч.1 ст. 61.2 Закона о банкротстве сделка, совершенная должником в течение одного года до принятия заявления о признании банкротом или после принятия указанного заявления, может быть признана арбитражным судом недействительной при неравноценном встречном исполнении обязательств другой стороной сделки. О неравноценном встречном исполнении может свидетельствовать существенное отличие цены сделки и (или) иных условий, при которых в сравнимых обстоятельствах совершаются аналогичные сделки, в худшую для должника сторону;

2. Сделка совершена должником в целях причинения вреда имущественным правам кредиторов.

Такая сделка может быть признана арбитражным судом недействительной, если она была совершена в течение трех лет до принятия заявления о признании должника банкротом или после принятия указанного заявления. Юридически значимым обстоятельством здесь является знание другой стороны сделки о цели должника к моменту совершения сделки (ч. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве);

3. Сделка влечет или может повлечь за собой оказание предпочтения одному из кредиторов перед другими кредиторами в отношении удовлетворения требований.

В этом случае сделка, совершенная должником в отношении отдельного кредитора или иного лица, может быть признана арбитражным судом недействительной (ч.1 ст. 61.3 Закона о банкротстве).

Проанализировав данные основания признания сделок недействительными, можно констатировать, что элемент недобросовестности работника входит в предмет доказывания по делу только во втором случае, когда судом должно быть установлено, знал ли работник о цели причинения вреда имущественным правам кредиторов. В остальных случаях обстоятельство недобросовестности работника судом не исследуется и не устанавливается. Иными словами, законодатель предусмотрел возможность возврата заработной платы работника в конкурсную массу должника в отсутствие недобросовестности работника, и, как следствие, в нарушение ст. 1109 ГК РФ.

Подводя итог, отметим порочность безусловного подхода законодателя и правоприменителя к распространению гражданского законодательства на трудовые правоотношения. Такой подход опровергает фундаментальные положения действующего законодательства, а также многолетние теоретические исследования.

Очевидно, возможность признания трудового договора недействительной сделкой в рамках дела о банкротстве преследует благую цель. Так, получила распространение практика вывода активов предприятия накануне его банкротства. Механизм оспаривания сделок призван вернуть незаконно выведенные активы предприятия и справедливо удовлетворить требования кредиторов. Осознавая это, невозможно признать справедливым и обоснованным действующий в Законе о банкротстве механизм оспаривания трудового договора и соглашения об изменении условий трудового договора, хотя бы ввиду незыблемости права работника на достойное вознаграждение за труд,

провозглашенного и Конституцией Российской Федерации, и многочисленными международными договорами.

Считаем, что механизм оспаривания трудового договора и соглашения об изменении условий трудового договора должен быть закреплен непосредственно в ТК РФ, что позволит избежать, с одной стороны, негативных последствий злоупотребления правом работником и работодателем, с другой стороны, ошибочности распространения гражданского законодательства на трудовые правоотношения<sup>10</sup>.



## Библиография

Аурова А.А. Оспаривание сделок должника согласно нормам законодательства о несостоятельности (банкротстве) // СПС КонсультантПлюс.

Барышников П.С. Процессуальная интервенция арбитражных судов и сужение предмета трудового права как ее последствие // СПС КонсультантПлюс.

Бондаренко Э.Н. Юридические факты в трудовом правоотношении: монография. Барнаул: Издательство Алтайского университета, 2005. 224 с.

Васильева Ю.В., Жукова Т.М. Особенности правового положения работников в деле о банкротстве // СПС КонсультантПлюс.

Гаранин М.Ю. Проблемы оспаривания трудовых договоров в процедуре банкротства // СПС КонсультантПлюс.

Гражданский кодекс Российской Федерации. Юридические лица: постатейный комментарий к главе 4 / Е.В. Бадулина, К.П. Беляев, А.С. Васильев и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2014 // СПС КонсультантПлюс.

Кашлакова А.С. Работник как кредитор // Кадровик. 2012. № 11. С. 8–14.

Козлова Н.В., Киселев А.В. Как подрезать стропы «золотого парашюта», не нарушая трудовых прав работника? // СПС КонсультантПлюс.

Коршунова Т.Ю. Особенности регулирования труда руководителя организации и судебная практика / Комментарий судебной практики. Выпуск 12. М.: Юридическая литература, 2006. С. 91–100.

Кузнецова В.В. Отдельные вопросы правовой квалификации договора с руководителем организации // СПС КонсультантПлюс.

Перова Н.В. К вопросу о действительности трудового договора в современном трудовом праве России. М.: Юридическая книга, 2010 // СПС КонсультантПлюс.

Права работника в случае несостоятельности (банкротства) работодателя: монография / О.С. Беседина, Н.И. Дивеева, А.В. Должиков и др. Под ред. А.Н. Мельникова. Барнаул: Азбука, 2013. 168 с.

Прасолова И.А. Права представителя работника в деле о банкротстве // Кадровик. 2012. № 3. С. 15–18.

Суханова М.Г. Проблема противоречивости трудового законодательства и законодательства о банкротстве РФ в актах судебной практики // СПС КонсультантПлюс.

Уракова Е.В. Недействительный трудовой договор: ошибочные аналогии // СПС КонсультантПлюс.

---

<sup>10</sup> В теории трудового права вопрос правовой оценки неправомерного договора (договора с недостатками, дефектного трудового договора) неоднократно затрагивался. См.: Бондаренко Э.Н. Юридические факты в трудовом правоотношении. Барнаул, 2005. С. 62; Перова Н.В. К вопросу о действительности трудового договора в современном трудовом праве России. М., 2010 // СПС КонсультантПлюс; Уракова Е.В. Недействительный трудовой договор: ошибочные аналогии // Трудовое право в России и за рубежом. 2011. № 3 // СПС КонсультантПлюс.



## Challenging Conditions of Labour Contract in Bankruptcy



**Olga Besedina**

Postgraduate Student, Department of Labour Law and Social Welfare Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: besedos7@mail.ru



### Abstract

The recent amendments to the civil law show an evident trend of strengthening the influence of civil law in the exclusive jurisdiction of labour law. Increasingly, judicial practice resorts to some conditions of labour contracts with the principals of a company based on the federal laws On Limited Liability Companies and On Public Companies to rule major transactions and related party transactions valid. At that, recent Article 53 of the Russian Federation Civil Code in point 4 stipulates that the relations between a legal person and the persons belonging to it are subject to the code and other laws on legal persons, which provided grounds to some civil law experts consider such practice legal and justified. However, Chapter 43 of the Civil Code on the features of legal regulation of the labour of the head of a company and the members of collective executive body of the company remained unchanged. In turn, the rules of the latter as well as of the Civil Code in general do not provide for the ways of challenging employment contracts due to interest and violating the rules of entering into a major transaction. The paper stresses the contradictory nature of the case practice on challenging labour contracts with the principal. Another example of interpreting civil law is challenging the conditions of labour contract within bankruptcy cases. The Federal Law On Insolvency (Bankruptcy) makes it possible to apply to labour contract the rules on invalid transaction under the law and civil legislation. The paper shows the priority as to bankruptcy law the provisions of legal legislation which do not consider labour contract invalid and hence do not require charging salary from the employees. The issue is proposed to be solved by amending the legislation. In particular, rendering an employment contract invalid and its legal consequences should be specified in the Labour Code.



### Keywords

labour contract, employee, bankruptcy, transaction, challenging transactions in bankruptcy, invalid transaction, civil law.

Citation: Besedina O.S. (2016) Challenging Conditions of Labour Contract in Bankruptcy. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 72–80 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.72.80



### References

- Ayurova A.A. (2010) Osparivanie sdelok dolzhnika soglasno normam zakonodatel'stva o nesoyatelnosti (bankrotstve) [Challenging Transactions under Law on Insolvency (Bankruptcy)]. SPS Konsul'tantPlyus.
- Baryshnikov P.S. (2007) Protsessual'naya interventsiya arbitrazhnykh sudov i suzhenie predmeta trudovogo prava kak ee posledstvie [Procedural Intervention of Arbitration Courts and Limited Subject of Labour Law as Consequence]. SPS Konsul'tantPlyus.
- Bondarenko E.N. (2005) *Yuridicheskie fakty v trudovom pravootnoshenii: Monografiya* [Legal Facts in Labour Relations. Monograph]. Barnaul: Altaiskiy universitet, 224 p. (in Russian)
- Garanin M.Yu. (2009) Problemy osparivaniya trudovykh dogovorov v protsedure bankrotstva [Issues of Challenging Employment Contracts under Bankruptcy]. SPS Konsul'tantPlyus.
- Kashlakova A.S. (2012) Rabotnik kak kreditor [Employer as Creditor]. *Kadrovik*, no 11, pp. 8–14.
- Kozlova N.V., Kiselev A.V. (2013) Kak podrezat' stropy «zolotogo parashyuta», ne narushaya trudovye prava rabotnika? [How to Cut the Gold Parachute without Violating Rights of Employee]. SPS Konsul'tantPlyus.

Korshunova T.Yu. (2006) Osobennosti regulirovaniya truda rukovoditelya organizatsii i sudebnaya praktika [Regulating Labour of Principals and Case Practice]. *Kommentariy sudebnoy praktiki*. Vypusk 12. Moscow: Yuridicheskaya literatura, pp. 91–100.

Krashennnikov P.V. (ed.) (2014) *Grazhdanskiy kodeks Rossiyskoy Federatsii. Yuridicheskie litsa: postateynyy kommentariy k glave 4* [Russian Federation Civil Code. Legal Persons: Commentaries to Chapter 4]. Moscow: Statut. SPS Konsul'tantPlyus.

Kuznetsova V.V. (2012) Otdel'nye voprosy pravovoy kvalifikatsii dogovora s rukovoditelem organizatsii [Special Issues of Legal Qualification of Agreement with Principal]. SPS Konsul'tantPlyus.

Mel'nikov A.N. (ed.) (2013) *Prava rabotnika v sluchae nesostoyatel'nosti (bankrotstva) rabotodateliy* [Rights of Employees under Insolvency (Bankruptcy) of the Employers]. Barnaul: Azbuka Press, 168 p. (in Russian)

Perova N.V. (2010) *K voprosu o deystvitel'nosti trudovogo dogovora v sovremennom trudovom prave Rossii* [On Invalid Employment Contract in Modern Russian Labour Law]. Moscow: Yuridicheskaya kniga. SPS Konsul'tantPlyus.

Prasolova I.A. (2012) Prava predstavitelya rabotnika v dele o bankrotstve [Rights of Employees in Bankruptcy]. *Kadrovik*, no 3, pp. 15–18.

Sukhanova M.G. (2011) Problema protivorechivosti trudovogo zakonodatel'stva i zakonodatel'stva o bankrotstve Rossii v aktakh sudebnoy praktiki [Issue of Controversial Labour Law and Bankruptcy Law in Case Practice]. SPS Konsul'tantPlyus.

Urakova E.V. (2011) Nedeystvitel'nyy trudovoy dogovor: oshibochnye analogii [Invalid Employment Contract: Erroneous Analogies]. SPS Konsul'tantPlyus.

Vasil'eva Yu.V., Zhukova T.M. (2010) Osobennosti pravovogo polozheniya rabotnikov v dele o bankrotstve [Legal Status of Employees under Bankruptcy]. SPS Konsul'tantPlyus.

# Причинная связь в сложных ситуациях: уголовно-правовая наука и судебная практика<sup>1</sup>



**Г.А. Есаков**

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



## Аннотация

Статья посвящена необычным случаям причинной связи в уголовном праве. Автор начинает анализ с критического обзора общих теорий, видя их недостаток в отсутствии решения специфических вопросов, таких как множественность причин, состояние потерпевшего, вмешательство третьих лиц. Наука наполнена отрывочно и асистемно решаемыми казусами, покоящимися на многостраничных обзорах философско-правовых концепций. Остается, с одной стороны, не вызывающая доверия разногласия мнений, не сведенных и не могущих быть сведенными к сколько-нибудь обозримому пространству, и, с другой, неясность в решении сложных вопросов. Все такие случаи разделены автором на три группы, названные соответственно: «кумулятивная причинность», «атипичная причинность» и «привходящая причинность». Применительно к каждой группе сформулированы общие правила привлечения к ответственности, основанные преимущественно на правиле *conditio sine qua non* и идее ограничения ответственности. Автор также раскрывает взаимодействие между различными типами причинности, например, трансформацию «кумулятивной причинности» в «привходящую причинность». Обзор судебной практики позволяет сформулировать четкие правила привлечения к ответственности, освобожденные от отягченных философских и теоретических построений. При этом автором допускаются альтернативные подходы, варьирующиеся от строгой приверженности объективистским соображениям (ограничивающим причинность и вменение) до оценки причинности через упречность поведения человека. В качестве подтверждения некоторых положений широко используются практика стран общего и континентального права. Предлагается общее правило, согласно которому деяние является причиной результата в уголовно-правовом смысле постольку, поскольку оно предшествует ему во времени; без него именно такой результат не наступил бы, и оно является последним во времени осознанным человеческим деянием перед результатом. При этом данное правило ограничивается в его применении с допущением возможных изъятий и уточнений. Автор также призывает не пытаться в будущем разработать общую теорию причинности, применимую ко всем массиву уголовного права. Вместо этого следует ожидать разработки специальных норм, востребованных на практике.



## Ключевые слова

причинность, *conditio sine qua non*, теория эквивалентности, привходящая причинность, разрыв причинности, вменение результата.

Библиографическое описание: Есаков Г.А. Причинная связь в сложных ситуациях: уголовно-правовая наука и судебная практика // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 1. С. 81–102.

JEL: K14; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.81.102

<sup>1</sup> Автор выражает признательность доктору права П.В. Головненкову (Потсдамский университет) за пояснения относительно немецкой практики.

Одним из общепризнанных аксиоматических положений уголовного права является требование установления причинной связи как обязательного признака некоторых составов преступлений. При всей простоте и очевидности этого положения за ним скрывается теоретический массив, который в самом первом приближении необозрим. В этой области уголовного права делаются попытки наложить философские концепции на сугубо уголовно-правовые построения, судебная практика пестрит спорными и неоднозначными примерами. И если более 100 лет назад Н.Д. Сергеевский отмечал, что «литература... создала из учения о причинной связи одно из самых осложненных и запутанных учений общей части уголовного права»<sup>2</sup>, то сейчас ситуация несколько не улучшилась, так как количество теорий лишь увеличилось, все более и более запутывая и теоретиков, и практиков.

Представляя, возможно, интерес с точки зрения научной полемики, те или иные взгляды на проблему причинной связи никогда не должны служить самим себе, а быть пригодными в реальной жизни, отраженной в судебной практике. Последняя нуждается не в многостраничных опусах, а в понятных и применимых правилах; иное грозит размежеванием практики и теории, когда обе будут идти непересекающимися путями. Конечно, построение рабочих правил невозможно на пустом месте, но они *должны быть разработаны*, чего, к сожалению, почти не наблюдается в науке, пестрящей отрывочно и асистемно решаемыми казусами, покоящимися на многостраничных обзорах философско-правовых концепций. В сухом остатке по прочтении литературы и у студента, и у правоприменителя остается, с одной стороны, не вызывающая доверия разноголосица мнений, не сведенных и не могущих быть сведенными к сколько-нибудь обозримому пространству, и, с другой, неясность в решении сложных вопросов. Соответственно, в теории «в объемном, количественном выражении философские рассуждения преобладают над уголовно-правовой аргументацией, и... постоянно предпринимаются попытки обоснования преступности деяния аргументами, восходящими не к уголовному закону, а к вышедшим из научного оборота философским или — чаще — псевдофилософским суждениям»<sup>3</sup>, тогда как практика «бредет наощупь», предлагая противоречивые решения.

Не претендуя на полноту охвата вопроса, попытаемся обозначить три проблемные ситуации и возможные пути их разрешения с учетом исторического и зарубежного опыта. Это, в свою очередь, возможно, позволит сформулировать более общие правила<sup>4</sup>.

1. «Кумулятивная причинность». Название этой ситуации происходит от латинского *titulo*, что означает «складывать...; сгребать, сметать...; нагромождать, накапливать...»<sup>5</sup>. Она, в первом приближении, предполагает объединение усилий двух и более лиц, каждого из которых в отдельности было бы (предположительно или в действительности) недостаточно для наступления преступного результата.

(а) Наиболее простым примером кумулятивной причинности выступает *совместное и одновременное* причинение преступного результата лицами, действующими в соучастии: А и Б совместно избивают В, отчего В умирает. А и Б оба виновны в убийстве

<sup>2</sup> Сергеевский Н.Д. Русское уголовное право. Пособие к лекциям. Часть общая. Издание 7-е. СПб., 1908. С. 283.

<sup>3</sup> Уголовное право: учебник. В 3 т. Т. 1: Общая часть / под ред. А.Э. Жалинского. М., 2011. С. 403.

<sup>4</sup> В настоящей статье мы ограничимся, как общее правило, только умышленными преступлениями. Специфика причинной связи в неосторожных преступлениях, в особенности связанных с техникой, требует отдельного рассмотрения, и не следует исключать возможности создания специальных правил, приложимых только к неосторожным преступлениям. За пределами нашего исследования останутся также межотраслевые проблемы причинной связи. Например, экспертная практика в уголовном процессе с ее претензией на «монополию» в установлении «прямой» и «случайной» причинной связей не вполне согласуется с уголовно-правовыми конструкциями. Далее, гражданско-правовое конструирование причинности не должно с необходимостью совпадать с уголовно-правовым.

<sup>5</sup> Дворецкий И. Х. Латинско-русский словарь. М., 2005. С. 213.

(п. «ж» ч. 2 ст. 105 УК РФ), поскольку, как разъясняется в п. 10 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 января 1999 г. № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)», «убийство признается совершенным группой лиц, когда два или более лица, действуя совместно с умыслом, направленным на совершение убийства, непосредственно участвовали в процессе лишения жизни потерпевшего, применяя к нему насилие, причем необязательно, чтобы повреждения, повлекшие смерть, были причинены каждым из них...». Выяснение того, чей удар был смертельным, были ли действия каждого в отдельности достаточны для причинения смерти или нет, представляется излишним, поскольку действия А и Б рассматриваются в единстве и в этом единстве выступают в качестве причины смерти В, как *conditio sine qua non* его смерти. Как отмечено в одном из решений Верховного Суда, «при наличии предварительного сговора на убийство и совместного участия виновных в процессе лишения жизни, и М., и П. оба правильно признаны соисполнителями группового, по предварительному сговору, убийства, независимо от того, от чьих из них действий либо от совокупности их действий наступила смерть Р.»<sup>6</sup>. В равной мере нет необходимости вдаваться в подсчет количества ударов и т.п. («несмотря на то, что Т. нанес Е. меньшее количество ударов, он, как правильно установлено судом, своими действиями также способствовал наступлению смерти потерпевшего, нанося удары по голове, в лицо»)<sup>7</sup>.

Если результат причинен несколькими лицами, действующими *независимо* друг от друга, и при этом установить, чей вклад в причинение результата оказался решающим, невозможно, действия всех являются причиной наступления результата<sup>8</sup>.

В немецкой литературе иллюстрацией кумулятивной причинности обычно служит случай отравления: А и Б независимо друг от друга подсыпают В яд, причем лишь объединенные две дозы яда способны причинить смерть<sup>9</sup>. Оба подлежат ответственности на основе правила *sine qua non*<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> См.: определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда России от 30 сентября 2004 г. № 59-О04-16 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>7</sup> См.: определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда от 14 января 2010 г. № 58-Д09-18 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>8</sup> При этом результат должен быть причинен именно несколькими лицами. Например, А и Б независимо друг от друга одновременно стреляют в В, оба попадают и тот умирает; и либо оба выстрела необходимы для наступления смерти, либо установить, чей выстрел оказался смертельным, не представляется возможным; А и Б подлежат уголовной ответственности за оконченное убийство (ст. 105 УК РФ). Напротив, если только один попадает в цель или удается установить, чей выстрел оказался смертельным, только «удачливый» стрелок подлежит ответственности за оконченное убийство, а менее «удачливый» — за покушение на убийство. В случае, если только один попадает в цель, но установить, чей это был выстрел, не представляется возможным, оба подлежат ответственности за покушение на убийство. Вменение именно покушения оправдано тем, что для обоих это будет минимально доказанный состав преступления; вменение состава оконченного убийства невозможно, так как имеются неустранимые сомнения в том, кто в действительности причинил смерть.

<sup>9</sup> Существует более сложный для разрешения пример *альтернативной причинности*, когда А и Б *независимо* подсыпают В яд, однако при этом каждой дозы в отдельности достаточно для причинения смерти. Установить, чья доза привела к смерти, не представляется возможным, однако оба виновны в убийстве, так как, если можно так выразиться, смерть причинена «дважды». Немецкий Федеральный Верховный суд столкнулся со схожим казусом в деле пьяного адвоката из Гамбурга в 1993 г., убившего своего доверителя двумя выстрелами (каждый из которых мог привести к смерти) с разрывом в несколько минут (см.: *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*. Band 39. S. 195). Обвиняемый был осужден за покушение на убийство соотнositельно с первым выстрелом (§ 212, 23 StGB) и за причинение смерти по неосторожности соотнositельно со вторым (§ 222 StGB). Вышестоящая инстанция сочла такую квалификацию неверной; со ссылкой на доктрину суд предложил рассматривать обе причины как равнозначные с точки зрения наступившего последствия в уголовно-правовом смысле и расценивать содеянное как оконченное убийство (§ 212 StGB).

<sup>10</sup> См.: Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М., 2004. С. 155–156.

Эта ситуация, которую можно именовать «одновременной кумулятивной причинностью», в современном мире встречается также в случаях принятия решения путем голосования, следствием которого стало совершение преступления, например, в сфере экономической деятельности. В такой ситуации члены совета директоров или иного коллегиального органа управления юридического лица (А, Б, В и др.) могут утверждать о недостаточности или, наоборот, ненужности их голоса в отдельности для совершения преступления. Тем не менее голосование, рассматриваемое как единое деяние, выступает в качестве *conditio sine qua non* наступившего результата. Именно к такому выводу пришел немецкий Федеральный Верховный суд в 1990 г. в деле *Ledersprayfall*, в котором несколько управляющих приняли совместное решение в ходе ведения бизнеса, следствием чего стало причинение телесных повреждений потребителям. Хотя каждый утверждал, что он являлся лишним при принятии решения, поскольку для его принятия было достаточно других голосов, суд рассмотрел их действия как единое целое<sup>11</sup>.

В более сложном примере тайного голосования с разделившимися голосами, когда решение, следствием которого стало совершение преступления, принято большинством голосов, причинная связь также наличествует. Однако если достоверно установить, кто голосовал «за» принятие решения, не удастся, то и уголовное преследование будет невозможно за неустановлением лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого<sup>12</sup>.

(б) «Последовательная кумулятивная причинность» имеет место тогда, когда Б, действуя вслед за А, однако связано с ним<sup>13</sup>, совершает действия, которые только в сово-

<sup>11</sup> См.: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. Band 37. S. 106.

<sup>12</sup> Кажущееся противоречие с ранее приводившимся примером (А и Б независимо друг от друга стреляют в В, только один попадает в цель, но установить, чей это был выстрел, не представляется возможным; оба подлежат ответственности за покушение на убийство) устраняется тем, что в казусе стрелков оба совершают как минимум покушение на убийство; при голосовании же те, кто голосует против, общественно опасного деяния не совершают, и остаются неустранимые сомнения в том, кто при тайном голосовании голосовал «за», а кто — «против».

<sup>13</sup> При несвязанности действий имеет место привходящая причинность, и с учетом предлагаемого применительно к привходящей причинности правила разграничение связанных и нет действий будет иметь принципиальное значение для решения вопроса о наличии причинной связи. Границы такой «связанности» могут быть предметом дискуссии. Например, очевидно, что связанность имеет место при совершении преступления в соучастии; все остальные случаи могут обсуждаться лишь *ad hoc* с возможной выработкой общих правил. Интересно в связи с этим дело Б.А., осужденного за халатность (несмотря на неосторожный характер преступления, его факты в части установления причинной связи вполне пригодны для наших целей). Согласно материалам дела, Б.А., готовясь к сдаче дежурному по отделу внутренних дел Ж. своего табельного пистолета «ПМ», снаряженного 8 патронами, оставил указанный пистолет на столе в помещении дежурной части. В свою очередь, дежурный по ОВД Ж. в нарушение должностных инструкций стал осуществлять прием оружия непосредственно в помещении дежурной части. При этом, грубо нарушая правила сдачи оружия и требования безопасности, Ж. в целях проверки отсутствия патрона в патроннике взял пистолет Б.А., передернул затворный механизм, дослав патрон в патронник, и сразу же после этого, держа пистолет направленным стволом в сторону камеры содержания задержанных, нажал на спусковой крючок, в результате чего произошел выстрел. В результате действий Ж. находящемуся в камере для содержания задержанных лиц К.В. было причинено слепое пулевое огнестрельное ранение головы, повлекшее смерть потерпевшего. Президиум Московского городского суда признал осуждение Б.А. неправильным. Немного путаная мотивировка решения указывает, что Б.А., положив свой пистолет на стол в дежурной части ОВД, где находился только офицер милиции Ж., обязанный по должности обеспечивать соблюдение мер безопасности при обращении с оружием, не мог и не должен был предвидеть, что последний в нарушение всех правил и предписаний приведет указанный пистолет в боевое положение и здесь же произведет из него выстрел в направлении камеры



купности с действиями А причиняют преступный результат, тогда как ни действия А, ни действия Б в отдельности были бы недостаточны для этого.

В зарубежной литературе, в частности, в немецкой, последовательная кумулятивная причинность анализируется через «казус сковородки» (*Bratpfannenfall*)<sup>14</sup>. По обстоятельствам дела обвиняемая Ш. ударила за завтраком сковородкой отца, терроризировавшего семью; тот упал на пол. Когда он зашевелился, ее мать, М., нанесла ему еще один удар сковородой, после чего он скончался. Федеральный Верховный суд предложил нижестоящим судам определить автора смертельного удара. В литературе решение суда воспринято критически; одно из мнений сводится к тому, что обе женщины причинно связаны с результатом. Обосновывается это тем, что причинность в связи с действиями дочери не прервана, поскольку мать абсолютно новой (независимой от изначальной) причинной связи не создала, а как раз наоборот, использовала созданную дочерью ситуацию, так сказать, «зацепилась» за ее действия — без действий дочери не было бы действий матери. Поэтому причинная связь здесь не прервана, и влияние действий дочери продолжалось до наступления смерти отца. Даже если бы было доказано, что действия матери ускорили летальный исход, причинная связь прервана не была бы<sup>15</sup>.

В интересном шотландском казусе в течение 2,5 мин. двое обвиняемых последовательно, но независимо друг от друга нанесли потерпевшему несколько сильных ударов ногой в голову; эксперты затруднились с ответом на вопрос, какой именно удар был смертельным, отметив лишь, что в отдельности удары были бы недостаточны для наступления смерти. Высокий Суд юстициариев согласился с осуждением за тяжкое убийство (*murder*), отметив, что оба своими действиями способствовали наступлению смерти потерпевшего, т.е. являлись ее причиной<sup>16</sup>.

Прилагая к анализируемой ситуации, которая с точки зрения времени должна рассматриваться как единое деяние, правило *sine qua non*, можно сделать вывод, что и действия А, и действия Б должны считаться причиной наступающего результата.

2. «Атипичная причинность» имеет место, когда наступлению преступного результата способствуют иные обстоятельства, присущие только данному объекту или обстоятельствам обстановки посягательства, в отсутствие которых преступный результат не наступил бы. Наиболее часто атипичная причинность имеет место в связи с так называемыми «особыми свойствами» организма потерпевшего. Например, несчастье «ста-

---

административно задержанных. При таких обстоятельствах Президиум пришел к выводу об отсутствии вины Б.А. в преступной халатности, а также причинно-следственной связи между его действиями и наступившими последствиями (см.: Справка Московского городского суда от 4 апреля 2008 г. «О результатах обобщения работы надзорной инстанции Московского городского суда по уголовным делам за первое полугодие 2006 года» // СПС КонсультантПлюс). В зависимости от того, признаем ли мы действия Б.А. и Ж. связанными, можно говорить о последовательной кумулятивной причинности или о приводящей причинности. Поскольку, как установил суд, Б.А. сдал пистолет, находящийся на предохранителе, патрон в патроннике отсутствовал, каких-либо посторонних лиц в этот момент в дежурной части не было, и опасности несанкционированного использования оружия другими лицами не существовало, а Ж. по своей инициативе взял пистолет, переделернул затвор, направил ствол пистолета в сторону камеры задержанных, после чего произвел выстрел, которым смертельно ранил потерпевшего К.В., то предпочтительным видится решение в пользу отсутствия связанности действий. Ситуация уже переводится в рамки приводящей причинности и разрыва причинной связи между действиями Б.А. и смертью К.В.

<sup>14</sup> См.: *Neue Juristische Wochenschrift*. 1966. S. 1823.

<sup>15</sup> См.: *Wessels/Beulke*. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*. 39. Aufl. Heidelberg, 2009. Rn. 165. См. подробнее также: *Жалинский А. Э.* Указ. соч. С. 156.

<sup>16</sup> См.: *Johnston and Wolard v HM Advocate*, 2009 SLT 535.

рушки с молоточком» в примере, приводимом А. В. Наумовым, выразилось в том, что ее постоялец имел аномалию черепа и умер от легкого удара по голове<sup>17</sup>.

Еще П. Фейербах писал, что «особенное телосложение поврежденного лица» не влияет на признание деяния причиной смерти<sup>18</sup>, поскольку оно остается деянием *sine qua non* по отношению к последней. При этом опасения о произвольном вменении результата следует считать беспочвенными, поскольку признание причинной связи еще не означает вывода о наличии вины. Соответственно, виновный, наставляющий на потерпевшего оружие с целью убить его, не может нести ответственность за убийство (определенно вменяемо только приготовление к убийству и дебатировано покушение), если последний умер на месте от испуга<sup>19</sup>, поскольку такое развитие причинной связи не входило в содержание его умысла. Не может нести никакой уголовной ответственности также старик, молящийся о смерти своего соседа, который, услышав это, умирает от страха<sup>20</sup>: в содержание его умысла входит «замолить» врага до смерти, а не причинить ему смерть через испуг. Однако если виновный рассчитывает именно на «особые свойства» организма потерпевшего, в том числе его чрезвычайную мнительность и суеверность, то сколь бы маловероятным не было развитие причинной связи, наличествуют и она, и признаки субъективной стороны состава преступления.

Сложный для правоприменителя вопрос в ситуации с атипичной причинностью будет заключаться в том, что в действительности являлось причиной последствия: совершенное деяние или, допустим, заболевание потерпевшего? В деле Г. (осужденного (следуя действующему уголовному закону) по п. «а» ч. 4 ст. 131 УК РФ) приговор был отменен Верховным Судом СССР со ссылкой на неисследованность вопроса, что являлось причиной смерти, т.е. изнасилование, вызвавшее осложнения имевшихся болезней, и как следствие смерть, или сами по себе сердечно-сосудистые заболевания<sup>21</sup>. В другом примере, приводимом в литературе, также нет причинной связи: «У пожилого мужчины, получившего удар по лицу пряжкой от ремня, образовалась небольшая ушибленная рана в области левой брови. Войдя в дом, он присел на стул и тут же упал на пол. Вскрытие выявило гипертоническую болезнь и резко выраженный универсальный атеросклероз сосудов. Смерть наступила от острого расстройства сердечной деятельности»<sup>22</sup>.

Во французском праве «особые свойства» организма потерпевшего не влияют на причинную связь<sup>23</sup>. В практике стран общего права последовательно считается, что особое состояние потерпевшего не устраняет причинной связи, поскольку согласно широко известному принципу, «обвиняемый должен относиться к потерпевшему в том виде, в каком он есть на самом деле» («правило тонкого черепа»)<sup>24</sup>. В известном казусе (1936)

<sup>17</sup> См.: Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций. В 2 т. Т. 1: Общая часть. М., 2004. С. 200.

<sup>18</sup> Уголовное право. Сочинение доктора Павла Анзельма Фейербаха. Книга вторая, содержащая положительную или особенную часть уголовного права... СПб., 1811. С. 49.

<sup>19</sup> См.: Шаргородский М.Д. Преступления против жизни и здоровья / Шаргородский М.Д. Избранные работы по уголовному праву / сост. Б. В. Волженкин. СПб., 2003. С. 113–114.

<sup>20</sup> См.: Там же.

<sup>21</sup> См.: Бюллетень Верховного Суда СССР. 1969. № 5. С. 34–35.

<sup>22</sup> Грицаенко П.П. О причинной связи между повреждением и смертью // Российский юридический журнал. 2010. № 1. С. 167.

<sup>23</sup> См.: Pradel J. Droit pénal. Tome 1. Introduction générale. Droit pénal général. Paris, 1996. P. 441.

<sup>24</sup> См., например: Ferguson P.R., McDiarmid C. Scots Criminal Law. A Critical Analysis. Dundee, 2009. P. 165–166; Burchell J., Milton J. Principles of Criminal Law. 3<sup>rd</sup> ed. Lansdowne, 2005. P. 219–220. При этом

единственный удар, нанесенный в челюсть, привел к смерти потерпевшего, больного гемофилией. Верховный суд Миссури счел, что болезнь не исключает причинной связи между нанесенным ударом и наступившей смертью<sup>25</sup>. Схожий принцип применяется тогда, когда потерпевший смертельно болен, однако, в реальности его жизнь укорачивается ввиду отягчения течения болезни действиями виновного, «поскольку раненое лицо умирает не просто *ex visitatione Dei*, но наступление его смерти ускоряется полученным повреждением...»<sup>26</sup>.

3. Наиболее сложной для разрешения является проблема «привходящей причинности», когда между поведением лица и наступающим преступным результатом «вклиниваются» силы природы или действия третьих лиц (в том числе потерпевшего), в отсутствие которых таковой результат не наступил бы. Попытаемся описать возможные варианты.

(а) Вмешательство сил природы именуется в зарубежной литературе «Божественным Провидением». В этом случае вслед за действиями А наступает событие X, без которого преступный результат не последовал бы: например, А связывает Б и оставляет его привязанным к дереву на пару часов, не обратив внимания на расположенный рядом муравейник. Укусы муравьев вызывают у Б аллергическую реакцию и шоковое состояние, оканчивающееся смертельным исходом.

В судебной практике стран общего права разрешение вопроса о причинности в этом случае увязывается с предвидением обвиняемого. Классические примеры, приводимые Э.Эшуортом, сводятся к двум ситуациям нападения на потерпевшего: в одном случае он попадает в больницу и умирает, заболев там скарлатиной (причинность исключается) (казус из Кентукки 1880 г.); в другом (новозеландский казус 1986 г.) беспомощный потерпевший оставляется на берегу моря, где вследствие прилива тонет (причинность не исключается, поскольку естественно происходящее событие было разумно предвидимо)<sup>27</sup>.

Представляется, что причинная связь не устраняется вмешательством сил природы, сколь бы неожиданным оно ни было; в таком случае поведение обвиняемого остается последним человеческим действием перед наступлением результата и вполне удовлетворяет правилу *sine qua non*. Во всяком случае, судебная практика не испытывает сложностей в констатации причинной связи между деянием и наступающим результатом, если между ними проявляются еще и силы природы, осознаваемые обвиняемым: «В судебном заседании было установлено, что В. сначала, наряду с П., наносил удары потер-

---

«особые свойства» организма потерпевшего суды рассматривают не только в физическом, но и в ментальном плане. Так, в ярком примере «особых жизненных установок, способствовавших наступлению преступного результата», обвиняемый нанес погибшей четыре ножевых ранения, одно из которых повредило ее легкое. Жизнь потерпевшей была бы, безусловно, спасена, если бы она согласилась на переливание крови, однако, будучи Свидетельницей Иеговы, женщина по религиозным соображениям отказалась от операции, что вызвало ее гибель. Обвиняемый был осужден за тяжкое убийство, и английский Апелляционный Суд согласился с этим, указав: «...Те, кто применяют насилие к другим людям, должны относиться к своим потерпевшим в том виде, в каком они есть на самом деле. Это, по нашему мнению, означает человека в целом, а не только физическое тело... Вопрос для решения заключается в том, что причинило смерть. Ответ – ранение. Факт, что потерпевшая отказалась предотвратить наступление такого исхода, не разрывает причинной связи между действием и смертью» (см.: *Reg v Blaue*, 61 Cr App R 271, 274 (1975)).

<sup>25</sup> См.: *State v Frazier*, 339 Mo 966 (1936).

<sup>26</sup> *Turner J.W.C. Russell on Crime. A Treatise on Felonies and Misdemeanours*. 10<sup>th</sup> ed. Vol. I. L., 1950. P. 471.

<sup>27</sup> См.: *Ashworth A. Principles of Criminal Law*. 4<sup>th</sup> ed. Oxford, 2003. P. 127–128.

певшему по голове и телу, затем совместно нанесли удары ножом по шее потерпевшего, после чего также совместно срезали с него одежду, оставив Т., которому в ходе избияния причинили черепно-мозговую травму, обнаженным в холодное время года на земле»<sup>28</sup>. Как видно из приведенной цитаты, вслед за избиянием в действие вступили силы природы, на которые рассчитывали обвиняемые, однако это не помешало признать именно их действия причиной смерти. Нет оснований менять вывод о наличии причинной связи и в том случае, если вмешательство сил природы было непредвиденным (например, пострадавший, попав в больницу с легким ранением, заболевает там воспалением легких и умирает); другое дело, что для наступления уголовной ответственности будет необходимо доказать еще и субъективные признаки состава преступления.

Отрицая причинную связь в этих случаях, можно прийти к сомнительному выводу об отсутствии состава преступления в тех случаях, когда виновный рассчитывает на силы природы в своих действиях (оставляет раненого на морозе, в лесу и т.п.). Ставить же решение вопроса о причинности в зависимость от их предвидения субъектом, означает смешивать субъективную и объективную стороны состава преступления.

(б) Вмешательство третьих лиц в цепь причинности представляет самый сложный для разрешения вопрос; в практике он встречается наиболее часто и, как следствие, накопилось множество противоречивых решений. С тем, чтобы обозначить возможные подходы, все случаи такого вмешательства следует разделить на осознанное и нет и отдельно рассмотреть неудачное медицинское вмешательство как привходящую причину.

(б1) Под *осознанным вмешательством третьих субъектов*, в том числе самого потерпевшего, мы понимаем их сознательно совершаемые действия; в принципе, они должны укладываться в формулу умысла, описанную в ст. 25 УК РФ. При этом вовсе не обязательно, чтобы такие лица были осведомлены о предшествующем поведении иного субъекта; наоборот, в большинстве случаев это не имеет места.

Обращаясь в самом первом приближении к ответу на вопрос о сохранении причинной связи в этих случаях, необходимо отметить, что уголовное законодательство и судебная практика как будто положительно отвечают на него. В частности, на протяжении последних десятилетий в практике прочно укоренилось правило, согласно которому ответственность за изнасилование, повлекшее по неосторожности смерть потерпевшей (п. «а» ч. 4 ст. 131 УК РФ), наступает, в том числе в случаях, когда потерпевшая, вынужденная спастись от насилия, гибнет в результате собственных неосмотрительных действий; равным образом «иным тяжким последствием» изнасилования (п. «б» ч. 3 ст. 131 УК РФ) может быть признано, например, самоубийство потерпевшей<sup>29</sup>. В деле Ф. (и решение по этому делу фактически следует более ранним решениям<sup>30</sup>) было признано обоснованным осуждение за покушение на изнасилование, повлекшее по неосторожности смерть, в ситуации, когда потерпевшая, осознавая неотвратимость группового изнасилования и пытаясь спастись, влезла на окно декоративной решетки, но упала на асфальт и разбилась насмерть<sup>31</sup>.

Конструкция ст. 224 УК РФ (схожие соображения применимы и к ст. 225 УК РФ) предполагает установление уголовной ответственности за последствия, наступившие как следствие использования огнестрельного оружия другим лицом.

<sup>28</sup> См.: определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда от 6 ноября 2008 г. № 4-О08-112 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>29</sup> П. 17 постановления Пленума Верховного Суда от 15 июня 2004 г. № 11 «О судебной практике по делам о преступлениях, предусмотренных статьями 131 и 132 Уголовного кодекса Российской Федерации».

<sup>30</sup> См., например: Бюллетень Верховного Суда России. 1993. № 6. С. 5.

<sup>31</sup> Бюллетень Верховного Суда. 1998. № 8. С. 5.

В п. «б» ч. 3 ст. 230 УК РФ установлена ответственность за склонение к потреблению наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, повлекшее по неосторожности смерть потерпевшего. При этом очевидно, что решение о потреблении указанных средств или веществ, собственно и влекущее те или иные последствия (наступление смерти вследствие, например, «передозировки», самоубийства, тяжелого заболевания и т.п.<sup>32</sup>), принимается человеком, действующим по своей воле.

Один из достаточно старых примеров поведения потерпевшего, способствовавшего наступлению результата, связан с перевозкой в кузове самосвала людей, один из которых в ходе движения выпрыгнул из машины, попал под колесо и был раздавлен<sup>33</sup>.

Пожалуй, исключительный случай, когда самостоятельные преступные действия третьих лиц были признаны не разрывающими причинной связи между исходным поведением обвиняемого и наступившими последствиями, встретился в 2011 г. в практике Московского городского суда<sup>34</sup>. Осужденным по п. «в» ч. 3 ст. 286 УК РФ в качестве тяжких последствий превышения должностных полномочий был вменен ущерб, последовавший в результате хищения незаконно арестованного ими имущества неустановленными третьими лицами.

Итак, суды иногда признают установленной причинную связь между поведением обвиняемого и наступившими последствиями даже несмотря на то, что между первым и вторыми находились действия самостоятельных субъектов права. Основание такого подхода усмотреть легко: обвиняемый, запуская в действие «цепь причинности», несмотря на привходящие действия третьих лиц, должен быть, в конечном счете, порицаем за наступившие последствия, поскольку по отношению к ним может быть установлена его вина в форме неосторожности. Однако если следовать классической логике состава преступления, вина и причинная связь — это разные признаки состава, и наличие одного из них не означает с неизбежностью установление второго.

В теории уголовного права отсутствует однозначное решение поставленной проблемы. В дореволюционной доктрине вопрос об ответственности увязывался в основном с предвидением и виной. Н.Д. Сергеевский, к примеру, полагал, что «весь вопрос сводится... к определению того, как может и должно относиться сознание одного человека к будущим действиям другого...»<sup>35</sup>. Соответственно, он выделял ситуации: а) действия бессознательные, приравниваемые к действиям сил неодушевленной природы (причинная связь сохраняется при условии расчета исходно действующим на эти действия (он их предусматривал или мог предусмотреть)); б) действия сознательные, но которые не могут быть поставлены в вину (в широком смысле слова, т.е. как в умышленную, так и в неосторожную) их совершившему (аналогично первой ситуации); в) наконец, действия, могущие быть поставленными в вину их совершившему. В последней ситуации только расчет исходно действующего на эти действия, его действительное их предвидение сохраняет причинную связь<sup>36</sup>. Используя примеры с изнасилованием и превышением

<sup>32</sup> П. 28 постановления Пленума Верховного Суда от 15 июня 2006 г. № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» // Бюллетень Верховного Суда. 2006. № 8.

<sup>33</sup> Приводится по: *Наумов А.В.* Указ соч. С. 202. Суд, правда, не признал причинной связи в этом случае, но сам пример и постановка вопроса показательны.

<sup>34</sup> Определение судебной коллегии по уголовным делам от 15 июня 2011 г. по делу № 22-7050/2011 // <http://www.mos-gorsud.ru/> (дата обращения: 20.10.2015).

<sup>35</sup> *Сергеевский Н.Д.* О значении причинной связи в уголовном праве / Сергеевский Н.Д. Избранные труды / отв. ред. А. И. Чучаев. М., 2008. С. 351.

<sup>36</sup> См.: Там же. С. 351–361.

должностных полномочий, можно заключить, что по Н.Д. Сергеевскому в этих казусах причинная связь прерывается ввиду отсутствия соответствующего предвидения.

По мнению Н.С. Таганцева, «при присоединении деятельности других лиц необходимо различать: а) присоединение деятельности, не вменяемой в уголовную вину ее учинившему, и б) присоединение деятельности, за которую уголовно отвечает ее виновник»<sup>37</sup>. В ситуации (а) причинная связь не устраняется, и уголовная ответственность зависит исключительно от вины исходно действующего. Напротив, в ситуации (б) «как скоро привходящее лицо действовало умышленно, т.е. сознательно и волимо направляло свою деятельность на воспроизведение преступного результата, который благодаря этой деятельности и был осуществлен, то такая самостоятельная деятельность получает характер самостоятельно привступающей силы и, следовательно, прекращает причинную связь первоначально действовавшего с результатом»<sup>38</sup>. Если же привходящее лицо действовало неосторожно, то «как скоро неосторожность была вызвана или обусловлена первоначальной деятельностью», причинная связь не устраняется; «и, наоборот, связь исчезает, как скоро неосторожное действие имело самостоятельный источник»<sup>39</sup>. Используя примеры с изнасилованием и превышением должностных полномочий, можно прийти к выводу, что по Н.С. Таганцеву в первом казусе причинная связь сохраняется, тогда как во втором — нет.

В советской науке дискуссия со временем ослабла, и, как общее правило, было сформулировано положение, что умышленные привходящие действия третьих лиц разрывают цепь причинности. Так, по А.Н. Трайнину, к которому присоединяется М.Д. Шаргородский<sup>40</sup>, «во всех случаях... где между деятельностью лица и результатом вступает посредствующая самостоятельная деятельность психически здоровых людей, причинная связь в условном смысле также прерывается»<sup>41</sup>. В.Н. Кудрявцев был более категоричен и отрицал причинную связь как в случае умышленных, так и в случае неосторожных привходящих действий: «...Лицо, создавшее своими действиями (бездействием) реальную опасность наступления преступных последствий, несет за них уголовную ответственность, если даже в причинную цепочку между действием (бездействием) и последствием вмешались силы природы, технические средства или действия невиновных лиц. Однако вмешательство *независимых виновных лиц* исключает ответственность первого лица за преступный результат»<sup>42</sup>. Исключение из этого правила, по его мнению, связано с особыми составами преступления в уголовном законе, т.е. преступлениями повышенной (расширенной) ответственности, когда в законе признаки поведения первого лица четко определены. В этих случаях «присоединение независимых сил или действий других лиц не исключает ответственности первого лица тогда, когда на первом лице лежала специальная *обязанность* по предотвращению вредного результата»<sup>43</sup>. В равной мере сохраняется причинная связь и тогда, когда в цепочку вмешались виновные, в том числе преступные действия третьих лиц при условии, что предотвращение преступлений яв-

<sup>37</sup> Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть общая. Т. 1. Тула, 2001. С. 526.

<sup>38</sup> Там же. С. 527.

<sup>39</sup> Там же. С. 527–528.

<sup>40</sup> См.: Шаргородский М.Д. Указ. соч. С. 111.

<sup>41</sup> Трайнин А.Н. Уголовное право. Общая часть. М., 1929. С. 332.

<sup>42</sup> Кудрявцев В.Н. Причинная связь в уголовном праве / Кудрявцев В.Н. Избранные труды по социальным наукам. В 3 т. Т. 1. М., 2002. С. 510.

<sup>43</sup> Там же. С. 513.



лялось обязанностью такого лица (например, ст. 225 УК РФ)<sup>44</sup>. В современной доктрине прямо противоположной точки зрения придерживается В.Б. Малинин, полагающий, что «причинная связь не исключается... если между первоначальным действием и наступившим результатом вклиниваются другие силы: силы природы или деятельность других лиц, в том числе самого потерпевшего и т.п.»<sup>45</sup>.

Таким образом, в вопросе о приводящих осознанных действиях третьих лиц в настоящее время наблюдается определенный «разрыв» между теорией уголовного права, с одной стороны, и судебной практикой и законодателем, с другой. Представители первой в большинстве своем отрицают причинную связь в случае осознанного вмешательства третьих лиц, тогда как суды склонны ее признавать.

В связи с этим можно обратиться к зарубежному опыту. В судебной практике стран общего права считается, что осознанное поведение третьих лиц ставит преграду на пути дальнейшего (т.е. направленного в прошлое) исследования цепи причинности, или, используя латинскую максиму, *novus actus interveniens*: «В общем и целом, волимое поведение обвиняемого обычно будет рассматриваться как причина... если оно являлось последним человеческим поведением перед результатом»<sup>46</sup>. Таким образом, согласно классическому принципу *novus actus interveniens*, если третье лицо или потерпевший сделал осознанное решение поступить неким образом, осознавая возможные последствия, это, безусловно, является разрывом в цепи причинности. Еще в 1838 г. было решено, что если обвиняемый, являвшийся инженером паровой машины, остановил ее на время и покинул свой пост, однако, в его отсутствие посторонний запустил машину, так что погиб человек, первый не может нести ответственности за простое убийство, так как смерть должна быть причинена действием обвиняемого, а не последующим действием третьей стороны<sup>47</sup>.

Вместе с тем, интересно отметить, что в начале 2000-х гг. английские суды попытались ограничительно истолковать правило *novus actus interveniens* в связи со случаями склонения к потреблению наркотических средств, вызвавшими гибель потерпевшего. Апелляционная практика придерживалась точки зрения, что осознанное поведение третьих лиц (в том числе потерпевшего) не будет являться *novus actus interveniens*, если оно было обычным при данных обстоятельствах и разумно предвидимым, или же если это третье лицо действовало совместно с обвиняемым (например, самостоятельно употребляло наркотические средства, приготовленные виновным)<sup>48</sup>. Подобный подход вызывал возражения в теории уголовного права, где продолжала отстаиваться точка зрения, согласно которой «свободное, обдуманное и осознаваемое действие третьей стороны может разрывать цепь причинности даже тогда, когда поведение не только является предвидимым, но и было предвидимо»<sup>49</sup>.

В итоге в 2007 г. Палата лордов поддержала теоретические соображения и отвергла сформулированное апелляционной практикой ограничение; по мнению лордов, если

<sup>44</sup> См.: Там же. С. 513–514.

<sup>45</sup> Малинин В.Б. Причинная связь в уголовном праве. СПб., 2000. С. 183.

<sup>46</sup> Ashworth A. Op. cit. P. 127.

<sup>47</sup> См.: *Reg v Hilton*, 2 Lew CC 214, 168 Eng Rep 1132 (1838).

<sup>48</sup> См.: *Reg v Finlay*, [2003] EWCA Crim 3868; *Reg v Kennedy (No 2)*, [2005] 1 WLR 2159.

<sup>49</sup> Reed A. Involuntary Manslaughter and Assisting Drug-Abuse Injection // Journal of Criminal Law. 2003. Vol. 67, № 5. P. 438. Критический обзор сложившихся к середине 2000-х гг. судебных и теоретических позиций см.: Jones T.H. Causation, Homicide and the Supply of Drugs // Legal Studies. 2006. Vol. 26, № 2. P. 139–154.

потерпевший сделал осознанное решение поступить неким образом, осознавая возможные последствия, это, безусловно, является *novus actus interveniens*<sup>50</sup>. В решении Палаты лордов были с одобрением процитированы слова одного из видных сторонников правила *novus actus interveniens* Г. Уильямса: «Я могу обосновать причины, по которым вы должны что-то сделать; я могу настаивать, чтобы вы сделали что-то, говоря вам, что вы получите деньги за это, что это ваша обязанность так поступить. Мои попытки, возможно, сделают намного более вероятным то, что вы совершите это. Но они не станут причиной того, что вы совершите это, в том смысле, в каком поставить чайник с водой на кухонную плиту является причиной кипячения воды. Ваш добровольный акт рассматривается... как зачинающий новую длящуюся “цепь причинности”, не соотносимо с тем, что было до того»<sup>51</sup>.

При этом решение 2007 г. довольно проблематично согласовать с практикой судов, рассматривающей в ряде случаев осознанное поведение потерпевшего как не устраняющее причинной связи между поведением обвиняемого и наступившими последствиями. В известном английском казусе (1972) пострадавшая выпрыгнула из движущегося автомобиля после того, как обвиняемый начал домогаться ее. Апелляционный Суд решил, что поступок потерпевшей не разрывает причинной связи между действиями обвиняемого и последовавшим вследствие выпрыгивания из машины вреда ее здоровью, поскольку для этого поступок должен быть настолько «глупым», что его не предвидел бы ни один разумный человек, совершая свои действия<sup>52</sup>. Истоки этого правила прослеживаются к XIX в., и его с одобрением цитировал К. Кенни: «Если вследствие небрежности машиниста создается опасность крушения, и какой-либо пассажир, считая крушение неизбежным, выскочит из поезда и в результате погибнет, то ответственность машиниста за простое убийство этого пассажира будет зависеть от того, выскочил ли бы при этих условиях человек со средним самообладанием или это сделал бы лишь человек, отличающийся необычной боязливостью»<sup>53</sup>. В современной доктрине данное изъятие обуславливается двумя условиями: во-первых, поведение потерпевшего должно иметь место как реакция на действия обвиняемого; во-вторых, оно должно быть разумно предвидимым<sup>54</sup>.

В американском прецеденте (1932) потерпевшая после того, как ее попытались изнасиловать и сильно избили при этом, приняла яд. Суд решил, что ответственность обвиняемых за тяжкое убийство не исключается, поскольку по сути действия потерпевшей не являлись добровольными, так как она находилась в полной власти насильников<sup>55</sup>. Самый парадоксальный пример нам удалось найти в южноафриканской практике (1953), когда потерпевшая, которой нанесли легкую рану в голову, не последовала совету своего хозяина (не поехала в госпиталь) и замотала рану грязными тряпками, вследствие чего через несколько дней скончалась от столбняка. Суд решил, что поведение потерпевшей

<sup>50</sup> См.: *Reg v Kennedy (No 2)*, [2008] 1 AC 269. К прямо противоположным выводам пришел шотландский Высокий Суд юстициариев в аналогичном деле, сочтя, что, хотя взрослый возраст и обдуманное поведение потерпевшего могут иногда влиять на разрыв причинной связи, однако, само по себе «обдуманное решение потерпевшего... с необходимостью не разрывает цепь причинности» (см.: *MacAngus v HM Advocate*, 2009 SLT 137, 151).

<sup>51</sup> *Williams G. Finis for Novus Actus? // The Cambridge Law Journal*. 1989. Vol. 48. № 3. P. 392.

<sup>52</sup> См.: *Reg v Roberts*, 56 Cr App R 95, 97 (1971).

<sup>53</sup> Кенни К. Основы уголовного права. М., 1949. С. 141.

<sup>54</sup> См.: *Simester A.P., Sullivan G.R. Criminal Law. Theory and Doctrine*. Oxford; Portland, 2003. P. 101.

<sup>55</sup> См.: *Stephenson v State*, 205 Ind 141 (1932).

являлось вполне обычным, принимая во внимание ее бедность и сельский образ жизни, и как следствие признал причинную связь имевшей место<sup>56</sup>. В схожем французском деле (1927) свободно бегавшая собака покусала потерпевшего, который пренебрег соображениями гигиены и умер от столбняка. Хозяин собаки был осужден за неумышленное лишение жизни<sup>57</sup>.

Достаточно спорным является решение вопроса об осознанных привходящих действиях третьих лиц в немецком праве. Теория причинности здесь ограничивается так называемой «теорией объективной вменимости», которая, впрочем, является дискуссионной в ее наполнении. Господствующая позиция сводится к тому, что вменение первому действующему преступного результата возможно, если привходящие действия настолько связаны с изначально созданной опасностью, что они имеют в ней обоснование или, иными словами, «цепляются» за его исходные действия, обусловлены ими, предсказуемы<sup>58</sup>. Напротив, если привходящий субъект создает абсолютно новую опасность, единственно и самостоятельно повлекшую соответствующий результат, то причинная связь устраняется. Критерием «новой» причинности выступает, например, особая мотивация третьего лица, дополнительная опасность, создаваемая последним, или отсутствие значимой связи между ним и исходно действующим. В большинстве случаев вопрос об ответственности решается *ad hoc*<sup>59</sup>.

Суммируя возможные решения, можно прийти к следующим выводам. Представляется необходимым зафиксировать четкое правило, согласно которому *осознанные привходящие действия третьего лица, в том числе потерпевшего, исключают причинную связь*<sup>60</sup>. Это означает, что постольку, поскольку каждый человек является самостоятель-

<sup>56</sup> Приводится по: Burchell J., Milton J. Op. cit. P. 213–214.

<sup>57</sup> Приводится по: Pradel J. Op. cit. P. 441.

<sup>58</sup> Приводимое далее российское дело Беловых как раз и является таким примером: происходи события в Германии, оба несли бы ответственность за оконченное убийство, поскольку действия Белова были обусловлены действиями Беловой.

<sup>59</sup> См. общий обзор теории объективной вменимости: Жалинский А.Э. Указ. соч. С. 150–155.

<sup>60</sup> Это лишь общее правило, и из него могут быть сделаны изъятия, обоснованные, к примеру, В.Н. Кудрявцевым, которые требуют дальнейшего анализа. В частности, такое изъятие необходимо для особых составов преступления в уголовном законе, т.е. преступлений повышенной (расширенной) ответственности, по словам В.Н. Кудрявцева, связанных со специальной обязанностью по предотвращению вредного результата (см.: Кудрявцев В. Н. Указ. соч. С. 513). Например, в составе преступления, предусмотренном ст. 224 УК РФ, необходимо либо признать, что законодатель *de iure* фиксирует исключение из общего правила, либо переформулировать описание состава преступления со схемы «хранение → использование (1-е последствие) → тяжкие последствия (2-е последствие)» на, к примеру, «хранение → использование (одно последствие) + тяжкие последствия как следствие использования (обстановка совершения преступления)». Примером «нащупывания» судебной практикой таких изъятий может служить уголовное дело в отношении Б.В., осужденной по ч. 3 ст. 219 УК РФ.

Согласно обстоятельствам дела, Б.В., являясь заведующей общежитием и учебным корпусом, была обязана следить за обеспечением общежития необходимым оборудованием и средствами противопожарной защиты, контролировать выполнение правил противопожарной защиты; вести книгу записей санитарного пожарного надзора, устранять отмеченные недостатки; организовывать выполнение хозяйственных работ и обеспечивать надлежащее состояние противопожарной защиты; осуществлять контроль за соблюдением персоналом правил пожарной безопасности. Допущенные ею нарушения привели к тому, что двери эвакуационных выходов были закрыты на замок, и в ходе пожара погибло несколько человек, которые не смогли спастись. При этом источником пожара стал умышленный поджог со стороны неустановленных следствием лиц, что, на первый взгляд, прерывает причинную связь. Однако по справедливому замечанию суда, «пожарная безопасность, контроль за соблюдением которой... должна была осуществлять Б.В., представляет собой, прежде всего, состояние защищенно-

ным субъектом права, несущим полную ответственность за свои действия, осознанный им выбор опасного варианта поведения из доступных ему (употребление наркотических средств, попытка спастись бегством при изнасиловании<sup>61</sup>, кража имущества и т.п.) прерывает причинную связь между действием лица, поставившего его в соответствующие условия или ранее действовавшего, и наступившим последствием<sup>62</sup>.

Примером (хотя и небесспорным) прерванной причинной связи может служить дело Беловых, в котором через некоторое время после того, как Белова нанесла удар ножом в шею с целью убийства Н., ее муж, Белов, ударил Н. ножом в грудь, отчего наступила смерть потерпевшего<sup>63</sup>. Действия Белова прервали причинную связь между действиями Беловой и гибелью Н., став самостоятельной новой причиной смерти последнего. Квалификация действий Беловой как покушения на убийство, а Белова — как убийства, поэтому является верной. Однако если следовать кассационному представлению в этом деле, в котором утверждалось о совместности их действий, тогда бы имела место одно-временная кумулятивная причинность.

Корректным примером разрешения ситуации с прерванной причинной связью является дело К.О.А., обвинявшегося по ч. 2 ст. 143 УК РФ. Являясь лицом, на котором лежали обязанности по обеспечению и соблюдению правил техники безопасности или иных правил охраны труда, он нарушил п. 2.3.3.2. Межотраслевых правил по охране труда на автомобильном транспорте, направив водителей С. и Ф. на грузовом автомобиле в рейс по маршруту, часть которого проходила по льду Зейского водохранилища, зная при этом, что на акватории водохранилища нет санкционированных переправ, открытых для эксплуатации. В ходе движения машина провалилась под лед, вследствие чего С. и Ф. погибли. Однако в судебном заседании было установлено, что К.О.А. запрещал водителям движение на автомобиле по льду Зейского водохранилища в ночное время и был уверен, что работники выполняют его требования. Вместе с тем С. и Ф. самостоятельно выехали на лед в ночное время, отклонились от маршрута движения, что и привело к затоплению машины. Кассационная инстанция, оставляя оправдательный приговор без изменения, указала, что в деле отсутствует причинно-следственная связь: К.О.А. действительно на-

---

сти личности, включающей в себя не только обеспечение предупреждения пожаров, но и обеспечение безопасности людей в случае пожара, в первую очередь путем своевременной и беспрепятственной их эвакуации, которого были лишены Г.О., П.К. и Р.П. в результате преступной небрежности со стороны Б.В., выразившейся в том, что она, допуская указанные выше нарушения, не предвидела наступления тяжких последствий, хотя при надлежащем исполнении своих обязанностей могла и должна была их предвидеть. При указанных обстоятельствах суд пришел к правильному выводу, что причина пожара в виде умышленного поджога не может свидетельствовать об отсутствии в действиях Б.В. состава преступления, и обоснованно отверг доводы стороны защиты о том, что единственной причиной смерти потерпевших послужил умышленный поджог, последствий которого Б.В. не могла предвидеть» (см.: определение Судебной коллегии по уголовным делам Санкт-Петербургского городского суда от 9 августа 2011 г. № 22-4761/11 // СПС КонсультантПлюс). В данном деле специальная обязанность по предотвращению вредного результата распространяется в том числе и на случаи действий третьих лиц по причинению такого результата, и решение вопроса о причинной связи представляется обоснованным.

<sup>61</sup> Как бы это цинично ни звучало, но, очевидно, неосмотрительной попытке спастись при изнасиловании, могущей кончиться гибелью, можно предпочесть вариант подвергнуться насилию.

<sup>62</sup> Поэтому в широко обсуждавшемся в середине XX в. казусе, когда А, желая избавиться от Б, посылает его на курорт (вариант: в горы), в надежде, что последний утонет (сломает себе шею), и это событие действительно происходит, причинная связь отсутствует, потому что действия Б, поехавшего на курорт (в горы), были свободными осознанными действиями.

<sup>63</sup> См.: определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда от 7 сентября 2006 г. № 1-О06-21 // СПС КонсультантПлюс.

рушил Межотраслевые правила охраны труда на автомобильном транспорте (п. 2.3.3.2.), направив водителей Ф. и С. на грузовом автомобиле в командировку по маршруту, часть которого проходила по льду Зейского водохранилища при отсутствии разрешенных в установленном порядке и открытых для движения автомобильных переправ через это водохранилище. Однако причинно-следственная связь между этими нарушениями и наступившими вредными последствиями отсутствует, поскольку к гибели водителей привело не само по себе нарушение лицом, отвечающим за безопасность труда водителей правил, а грубая небрежность водителей, выразившаяся в нарушении известных им правил безопасности и требований проведенного с ними инструктажа, в том числе запрещающих выезжать на лед Зейского водохранилища в ночное время и отклоняться от разрешенного начальником участка маршрута<sup>64</sup>. Иными словами, осознанные действия потерпевших исключают причинную связь в этой ситуации.

Однако мыслимы и иные решения вопроса. Так, можно пересмотреть теорию причинной связи и субъективной стороны состава преступления на предмет их сосуществования в этих сложных случаях, констатируя причинную связь в тех случаях осознанных привходящих действий третьих лиц, которые могли быть предвидимы как *реально возможные следствия* исходного поведения (тогда в случаях употребления наркотических средств, попытки спастись бегством при изнасиловании причинную связь можно констатировать, а в случае с кражей имущества и неосмотрительным поведением на транспорте — вряд ли). При таком подходе умысел и неосторожность, возникающие, в том числе и из «предвидения реально возможных следствий» (в данной ситуации), оправдывают вменение «необычного» (если рассматривать его со стороны) результата; «непредвидение реально возможных следствий», в свою очередь, такое вменение исключает.

Можно (следуя, в том числе зарубежному опыту) избрать путь исключений, и, принимая во внимание необходимость особой защиты потерпевших в опасных ситуациях (сексуальные преступления, употребление наркотических средств и т.п.), рассматривать их действия как не влияющие на причинную связь. Они являются вынужденными (в случае с сексуальным насилием) или несвободными в смысле отсутствия полной информированности о возможных следствиях (в случае с наркотическими средствами). Однако этот подход чреват неопределенностью в своем охвате и чрезмерной оценочностью (насколько действия являлись вынужденными<sup>65</sup>? исходя из каких стандартов оценивать реакцию конкретного потерпевшего? где границы этого исключения?<sup>66</sup>).

Наконец, вариантом решения может стать формулирование частных правил отнесения действий к «связанным» в описанных выше ситуациях, что позволит рассматривать их как случаи последовательной кумулятивной причинности.

(62) *Неосознанное вмешательство третьих субъектов* предполагает, во-первых, действия невиновные. В таких случаях исходно действующий «управляет» поведением

<sup>64</sup> См.: определение Судебной коллегии по уголовным делам Амурского областного суда от 22 декабря 2011 г. № 22-2412/11 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>65</sup> Например, в деле Ю. и др. попытка одной из потерпевших спастись от изнасилования имела место тогда, когда они находились одни в комнате, без виновных; можно ли здесь утверждать об обоснованности реакции? (см.: Бюллетень Верховного Суда России. 1993. № 6. С. 5).

<sup>66</sup> Например, в деле Ф., закричавшего на проникших на конюшню мальчиков, после чего те побежали, один из них споткнулся и сломал ногу (приводится по: Кудрявцев В. Н. Указ. соч. С. 505). Исходя из общего правила, причинная связь между действиями Ф. и вредом здоровью исключается вследствие осознанного поведения потерпевшего; однако не являлись ли действия мальчика вынужденными?



лица, не отдающего вследствие различных причин себе полного отчета в том, что происходит (невменяемый, малолетний, лицо, не понимающее ситуации, например, по незнанию дающее яд другому, и т.п.)<sup>67</sup>. Например, А просит Б принести ему некую вещь из дома В, якобы принадлежащую ему; Б соглашается и тем самым совершает кражу. Или А размещает эмиссионные ценные бумаги, выпуск которых не прошел государственной регистрации, которые приобретает Б, не зная об этом и в итоге претерпевая крупный ущерб. В этих случаях нельзя сказать, что Б действует и причиняет результат в уголовно-правовом смысле; он лишь орудие, механизм в руках А, и его действия не прерывают причинной связи, запущенной А<sup>68</sup>. По справедливому замечанию английских авторов, такое неосознанное вмешательство (по незнанию или ошибке) по сути равнозначно действию сил природы<sup>69</sup>.

Неосознанное вмешательство может, во-вторых, иметь место при неосторожных действиях третьего лица. Используя пример Н.С. Таганцева, если «кто-либо умышленно уговорил близорукого стрелять в лежащего под кустом человека, уверив его, что это заяц, тот выстрелил и убил наповал»<sup>70</sup>, то стреляющий подлежит привлечению к уголовной ответственности по ст. 109 УК РФ за причинение смерти по неосторожности, а уговаривающий — по ст. 105 УК РФ за убийство путем посредственного исполнения. Причинная связь между действием уговаривающего и наступающим результатом не исключается в силу того, что неосторожное действие третьего лица не достигает той степени автономности и самостоятельности, которая присуща умышленным действиям, прерывающим цепь причинности<sup>71</sup>.

Изложенное подтверждается и теорией уголовного права. В трактовке Н.С. Таганцева, «присоединение деятельности, не вменяемой в уголовную вину ее учинившему»<sup>72</sup>, не устраняет причинной связи; однако применительно к неосторожности ответственность зависит от источника неосторожности: «Как скоро неосторожность была вызвана или обусловлена первоначальной деятельностью [причинная связь не устраняется]; и, наоборот, связь исчезает, как скоро неосторожное действие имело самостоятельный источник»<sup>73</sup>.

В описанных вариантах исходно действующий рассчитывает на вмешательство третьих лиц. По-иному следует решать поставленную проблему в случае неожиданного вмешательства. Например, используя известный казус, виновный с умыслом на при-

<sup>67</sup> Иными словами, имеет место ситуация посредственного исполнения (ч. 2 ст. 33 УК РФ).

<sup>68</sup> См. подробнее: Кудрявцев В.Н. Указ. соч. С. 508–509.

<sup>69</sup> См.: *Simester A. P., Sullivan G. R.* Op. cit. P. 93.

<sup>70</sup> Таганцев Н. С. Указ. соч. С. 577.

<sup>71</sup> Спорным в науке уголовного права является разрешение ситуаций с приводящими причинами в неосторожных преступлениях. Например, А с силой толкает В на проезжую часть, тот вследствие удара головой о твердую поверхность некоторое время остается неподвижным и его насмерть давит автомобиль под управлением Б, превысившего скорость и не сумевшего избежать наезда. Оставляя в стороне возможные частные варианты, квалификация действий Б по ч. 3 ст. 264 УК РФ не вызывает сомнений; а вот привлечение А к уголовной ответственности по ч. 1 ст. 118 УК РФ или, гипотетически, даже по ч. 1 ст. 109 УК РФ, будет зависеть от ответа на вопрос о сохранении причинной связи между его действием и наступившими последствиями. Исходя из сказанного ранее о прерывании причинной связи в случае с осознанным вмешательством третьих лиц, можно предположить, что цепь причинной связи, имеющая уголовно-правовое значение, должна быть продлена и за неосторожные действия. Однако повторим, что вопрос о причинной связи в неосторожных преступлениях требует отдельного анализа.

<sup>72</sup> Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 526. Аналогичную позицию см.: Шаргородский М.Д. Указ. соч. С. 109.

<sup>73</sup> Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 527–528.



чинение смерти причиняет потерпевшему вред здоровью, и при попытке доставить последнего в больницу тот погибает в дорожно-транспортном происшествии<sup>74</sup>. Здесь хотя и наступает результат, желаемый виновным, и можно говорить о причинной связи, однако, имеет место субъективная ошибка: сознанием исходно действующего не охватывалось такое развитие причинной связи. Это меняет квалификацию содеянного на покушение на убийство.

Неосознанное вмешательство третьих лиц не исключает причинности и в зарубежной судебной практике. Так, причинная связь, безусловно, имеет место тогда, когда поведение третьего лица не может быть охарактеризовано как «волимое» в самом широком смысле этого слова (вследствие малолетия, психического заболевания, отсутствия *mens rea*, принуждения и т.п. причин). Классический пример здесь восходит к 1840 г., когда мать ребенка, чтобы умертвить его, дала няне бутылочку с ядом, сказав при этом, что в ней находится лекарство. Няня не дала ребенку «лекарство», однако это без ее ведома сделал ее собственный ребенок пяти лет от роду. В напутствии присяжным председательствующий судья указал, что дача яда невиновно действующим лицом не исключает ответственности матери ребенка. Приговаривая обвиняемую к повешению, судья отметил, что и по его мнению, и по мнению остальных судей сессии «дача яда ребенком... являлась при данных обстоятельствах как вопрос права настолько же дачей яда, совершенной обвиняемой, как будто обвиняемая в действительности дала его собственной рукой»<sup>75</sup>.

(63) Вмешательство *медиков* в цепь причинности представляет одну из самых сложных проблемных ситуаций; в причинении результата здесь сталкиваются сразу несколько причин, действие многих из которых к тому же в современных условиях все еще описывается в вероятностных терминах.

Как отмечает Д. Ормерод, неразвитость судебной медицины вплоть до XX в. вела к тому, что независимо от характера медицинского вмешательства и его искусности наступающие последствия всегда считались результатом действий обвиняемого<sup>76</sup>. Поэтому П. Фейербах указывал, что «могло ли смертоносное последствие сего повреждения приостановлено быть помощью искусства, или неисцелимо было и смертельно» не влияет на ответственность причинившего его<sup>77</sup>. Аналогичным образом Н.С. Таганцев отмечал, что «нанесение раны, имевшей смертельный исход, сохраняет характер причинной связи между действием лица, нанесшего рану, и смертью, хотя бы и было доказано, что при своевременной и хорошей врачебной помощи смертельный исход мог бы быть предотвращен...»<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> См.: Шаргородский М.Д. Указ. соч. С. 119.

<sup>75</sup> *Reg v Michael*, 9 Car & P 356, 358, 173 Eng Rep 867 (1840). Более того, суды в странах общего права идут иногда дальше; в частности, имел место случай, когда состояние необходимости, в котором действовало третье лицо, также было сочтено не исключающим причинной связи. В деле 1983 г. обвиняемый использовал свою беременную подружку в качестве своеобразного «щита» при перестрелке с полицией; полицейские были вынуждены открыть ответный огонь, и девушка была убита. Апелляционный Суд согласился с осуждением обвиняемого за простое убийство (*manslaughter*), указав, что, во-первых, акт самозащиты не может рассматриваться как добровольное действие третьей стороны, будучи вызван поведением обвиняемого, и что, во-вторых, действие во исполнение обязанности по предотвращению преступления также не может рассматриваться как добровольное действие (см.: *Reg v Pagett*, 76 Cr App R 279 (1983)).

<sup>76</sup> См.: Ormerod D. Smith and Hogan Criminal Law. 12<sup>th</sup> ed. Oxford, 2008. P. 84.

<sup>77</sup> Уголовное право. Сочинение доктора Павла Анзельма Фейербаха. С. 49–50.

<sup>78</sup> Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 524.

В настоящее время теоретические подходы можно скорректировать, взяв в качестве основы известное дело З., осужденного в 1961 г. (следуя действующему уголовному закону) по ч. 4 ст. 111 УК РФ. В этом деле Верховный Суд СССР вполне обоснованно сформулировал правило, которое является основным при разрешении поставленного вопроса: причинная связь между деянием и последствием не исчезает даже в том случае, когда последствие, которое должно было наступить как результат деяния, не было устранено медицинским вмешательством, хотя могло быть устранено<sup>79</sup>. За деянием в таком случае сохраняется значение причины, поскольку к нему в полной мере применимо правило *sine qua non*. Причинная связь между действием врача и наступившим последствием отсутствует постольку, поскольку результат наступил бы и без его вмешательства. Соответственно, когда последствие как результат данного деяния было невозможно, и наступило оно только вследствие неудачного медицинского вмешательства, причинная связь отсутствует.

Сложнее всего разрешить промежуточную ситуацию, в которой результат без медицинского вмешательства наступил бы, однако будь оно качественным, его бы не последовало: применяя правило *sine qua non*, выявляется причинная связь между действиями врачей и наступившим результатом. Однако до тех пор, пока действия медиков остаются невиновными или неосторожными, причинная связь, как было показано ранее в пункте (62), может и должна быть прослежена дальше, к умышленно или неосторожно действующему исходному субъекту<sup>80</sup>.

Схожие подходы наблюдаются и за рубежом. Так, в странах общего права суды стремятся проводить разграничительную линию между действиями обвиняемого, остающимся действенной причиной наступившего результата, несмотря на неудачное медицинское вмешательство, и действиями, становящимися лишь исходным звеном в цепи причинности, в которой юридическую значимость приобретают уже действия врачей. Тем не менее, суды весьма осторожны в отнесении тех или иных случаев ко второй из отмеченных групп<sup>81</sup>. Во Франции (1982) Кассационный суд решил, что промедление хирурга в проведении операции, в результате которой жизнь потерпевшего была бы спасена, устраняет причинную связь между исходным действием (пулевым ранением) и наступившей смертью; при этом врач, в свою очередь, был осужден за неумышленное причинение смерти<sup>82</sup>.

\* \* \*

В подавляющем большинстве случаев вопрос о причинной связи не вызывает сложностей. Если А с пары метров выстрелил в голову Б, то действия А, несомненно, являются *причиной смерти Б в уголовно-правовом смысле*; если А вынес из квартиры Б все ценное

<sup>79</sup> См.: Бюллетень Верховного Суда СССР. 1961. № 2. С. 33–34. Принципиальный момент в этом деле заключается в том, что смертельный исход мог быть *предположительно* предотвращен медицинским вмешательством. См. также, например: определение Судебной коллегии по уголовным делам Ленинградского областного суда от 1 сентября 2010 г. № 22-1562/2010 (причинная связь наличествует, поскольку «даже экстренно выполненная хирургическая операция потерпевшей по удалению субдуральной гематомы (кровоизлияния под твердую мозговую оболочку) не могла гарантировать наступление благоприятного исхода»).

<sup>80</sup> Это не бесспорное решение, и в науке встречаются иные точки зрения. См., напр.: Курс уголовного права. Общая часть: учебник. Т. 1: Учение о преступлении / под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. М., 2002. С. 247–248.

<sup>81</sup> См. подробнее: Ormerod D. Op. cit. P. 84–87.

<sup>82</sup> Приводится по: Pradel J. Op. cit. P. 441.

имущество, то действия А являются *причиной* материального ущерба, понесенного Б. Можно, конечно, усложнить цепочку доказывания рассуждениями о причинах и условиях, необходимости и случайности, т.п. противоречивыми и дебатлируемыми философско-правовыми построениями, однако нужно ли это? Причинная связь в этих и подобных им случаях не требует напряжения усилий по ее установлению, будь то правило *sine qua non*, или правило адекватной причины, или правило необходимого причинения — результат будет одинаков. Лишь сложные случаи требуют расширенного обоснования и объяснения, и поскольку уголовно-правовая теория существует не ради себя, а ради реальной действительности, постольку она должна сформулировать применимые и понятные правила, не загромождая уголовное право не несущими целевой нагрузки построениями<sup>83</sup>.

Универсальное правило для всех обрисованных ситуаций вряд ли можно выработать<sup>84</sup>, однако, его основа, на наш взгляд, просматривается достаточно отчетливо в виде общего правила, которое в неявном виде, отрывочно, но уже давно сформулировано и в теории уголовного права, и в судебной практике: *деяние является причиной результата в уголовно-правовом смысле постольку, поскольку (1) оно предшествует ему во времени, (2) без него именно такой результат не наступил бы, и оно является (3) последним во времени (4) осознанным (5) человеческим деянием перед результатом.*

Условия (1) и (5) очевидны, и их критический и детальный разбор не имеет смысла.

Условие (2) отражает правило *sine qua non*, которым, несмотря на всю его критику (в большинстве своем надуманную), имплицитно пользуется судебная практика в России<sup>85</sup>, и которое фактически общепризнано в зарубежных уголовно-правовых системах. Результат, наступивший бы независимо от анализируемого деяния, требует дальнейшего продвижения вглубь времени по цепи причинности; в равной мере с выявлением причины дальнейшее продвижение по цепи причинности не имеет смысла<sup>86</sup>.

Условие (3) прослеживается почти во всех разобранных ранее ситуациях. Оно превращает *фактическую* причину события в *юридическую*: используя пример П. Эртмана (с «легкой руки» А.А. Пионтковского ставший краеугольным камнем критики правила *sine qua non*<sup>87</sup>), я, гуляя с собакой, остаюсь фактической, но не юридической причиной гибели гуляющего. При этом временной фактор не следует понимать механистически

<sup>83</sup> Эхом этих слов может послужить цитата из одного шотландского судебного решения: «Право всегда должно было искать некий компромисс в доктрине причинности. Проблема эта скорее практическая, чем интеллектуальная. Легко и привычно запутать ее в сетях тонкостей, но установка права заключается в том, что целесообразность и здравый смысл требуют провести так или иначе границу для практических целей, и в проведении такой границы суду следует руководствоваться скорее практическим опытом разумного человека, чем теоретическими спекуляциями философа» (см.: *Blaikie v British Transport Commission*, 1961 SC 44, 49).

<sup>84</sup> Это признается и в зарубежной литературе (см., например: *Simester A.P., Sullivan G.R.* Op. cit. P. 102–103).

<sup>85</sup> Например: «При этом несовершение необходимого действия либо совершение запрещаемого действия должно быть обязательным условием наступившего последствия, то есть таким условием, устранение которого (или отсутствие которого) предупреждает последствие» (см.: определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 3 марта 2015 г. № 13-УД15-1 // СПС КонсультантПлюс).

<sup>86</sup> Исключением являются случаи соучастия, когда анализ причинности должен быть остановлен, строго говоря, на исполнителе; ответственность иных соучастников в этой ситуации «акцессорна» от ответственности исполнителя, и причинная связь если и может быть прослежена, то между действиями первых и последнего. Однако это *особое изъятие*, регулируемое *отдельными нормами уголовного права*. Ср.: Шаргородский М.Д. Указ. соч. С. 111; *Williams G.* Op. cit. P. 397–398.

<sup>87</sup> См.: Курс советского уголовного права. Часть общая. В 6 т. Т. II: Преступление. М., 1970. С. 172.

(или абсолютизировать его), поскольку случаи альтернативой и последовательной ку-мулятивной причинности соответствуют временному условию, лишь если лежащие в основе их действия могут рассматриваться хронологически как единые.

Условие (4), как было показано ранее, в самом общем виде разрешает проблемные ситуации приводящих причин.

Это лишь общее «рабочее» правило, и оно, конечно, ограничивается изъятиями и уточнениями, часть из которых была раскрыта выше и которые требуют отдельного обоснования. Кроме того, деяние, о котором говорится, что оно есть причина результа-та, еще не предопределяет ответственности его совершившего, поскольку вопрос о вине требует отдельного решения. Последний тезис отвечает также на критику в адрес пра-вила *sine qua non* о чрезмерном расширении «объективных рамок ответственности»<sup>88</sup>: эти объективные рамки еще не предопределяют ответственности, так как могут отсут-ствовать признаки субъективной стороны состава преступления.

Предвидя возможные упреки в игнорировании философских воззрений, прими-тивизации причинной связи, отметим еще раз, что право остается правом, а филосо-фия — философией<sup>89</sup>. Проблемы детерминизма, необходимости и случайности, причин и условий и т.п. принадлежат не уголовному праву<sup>90</sup>; последнее оперирует более просты-ми представлениями, для которых как раз и подходит правило *sine qua non*. Все обозна-ченное *может* и *должно* обсуждаться, но лишь постольку, поскольку итогом являются реально работающие и ясные в своем применении правила.

<sup>88</sup> Полный курс уголовного права / под ред. А. И. Коробеева. В 5 т. Т. I: Преступление и наказание. СПб., 2008. С. 375.

<sup>89</sup> Вряд ли можно согласиться с широко распространенными утверждениями, согласно которым «проблема причинной связи носит... философский характер. Не существует какого-то особого юри-дического или уголовно-правового представления о причинной связи» (см.: Полный курс уголовного права / под ред. А. И. Коробеева. Т. I: Преступление и наказание. С. 370). Авторы, начинающие анализ причинной связи с подобных утверждений, в итоге проводят в лучшем случае обзор существующих позиций с туманным изложением неких, впрочем, малоприменимых, общих правил.

С сожалением приходится констатировать, что именно такой подход присущ большинству значи-мых общих работ по уголовному праву, вышедших в последнее время (см., напр.: Курс уголовного права. Общая часть: учебник. Т. 1: Учение о преступлении. С. 241–256; Уголовное право России. Общая часть: учебник / под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. СПб., 2006. С. 421–435; Российское уголовное право. Общая и Особенная части: учебник. В 3 т. Т. 1: Общая часть / под ред. Н.А. Лопашенко. М., 2014. С. 218–229). Между тем, по меткому замечанию А.Э. Жалинского, «философские взгляды на причинность в структуре объективной стороны не могут аргументировать признания лица уголовно ответственным» (см.: Уголовное право: учебник. Т. 1: Общая часть / под ред. А. Э. Жалинского. С. 405).

Достаточно взвешенный критический анализ с обобщением основных сложившихся в науке точек зрения дан в работе А.А. Музыки и С.Р. Багирова (см.: *Музыка А.А., Багиров С.Р. Причинная связь: уголовно-правовой очерк. Хмельницкий, 2009*). Следует согласиться с мнением указанных авторов, что в современной науке наблюдается тенденция в сторону создания «частных» теорий причинности, свя-занных с отдельными группами преступлений. По нашему мнению, это связано с бесплодностью до сих пор предпринимающихся и потому отчасти наивных попыток «снять противоречия между фило-софией вопроса о причинности и уголовно-правовыми представлениями о ней... выработать учение о причинной связи, равно применимое к разным формам и видам преступных деяний (преступлениям с материальными и формальными составами и др.)» (см.: *Соктоев З.Б. Теории «адекватной» причинности и «необходимого причинения» в уголовном праве // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. 2012. № 3. С. 64*).

<sup>90</sup> Поскольку иначе последнему пришлось бы задаваться излишними вопросами, что является, к примеру, причиной смерти: воспламенившийся в заряде порох или металл пули, или слабость челове-ческого организма, «не переваривающего» металл, и т.п.



## Библиография

- Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М.: Проспект, 2004. 560 с.
- Кудрявцев В.Н. Избранные труды по социальным наукам. Т.1. М.: Наука, 2002. 566 с.
- Музыка А.А., Багиров С.Р. Причинная связь: уголовно-правовой очерк. Хмельницкий: Хмельницкий университет управления, 2009. 112 с.
- Полный курс уголовного права / под ред. А.И.Коробеева. В 5 тт. Т.1. Преступление и наказание. СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. 1131 с.
- Российское уголовное право: учебник / под ред. Н.А.Лопашенко. В 3-х тт. Т.1. Общая часть. 2-е изд. М.: Юрлитинформ, 2014. 719 с.
- Уголовное право: учебник. В 3-х тт. Т.1. Общая часть / под ред. А.Э. Жалинского. М.: Городец, 2011. 864 с.
- Уголовное право России: учебник. Общая часть / под ред. Н.М.Кропачева и др. СПб.: Издательский дом СПбГУ, 2006. 1064 с.
- Ashworth A. Principles of Criminal Law. 4<sup>th</sup> ed. Oxford: University Press, 2003. 512 p.
- Burchell J., Milton J. Principles of Criminal Law. 3<sup>rd</sup> ed. Lansdowne: Juta, 2005. 1047 p.
- Ferguson P.R., McDiarmid C. Scots Criminal Law. A Critical Analysis. Dundee: Dundee University Press, 2009. 440 p.
- Ormerod D. Smith and Hogan Criminal Law. 12<sup>th</sup> ed. Oxford: University Press, 2008. 1142 p.
- Pradel J. Droit pénal. Tome 1. Introduction générale. Droit pénal général. Onzième édition. Paris: Cujas, 1996. 872 p.
- Simester A.P., Sullivan G.R. Criminal Law. Theory and Doctrine. Oxford: Hart Publishing, 2003. 697 p.
- Turner J.W. C. Russell on Crime. A Treatise on Felonies and Misdemeanours. 10<sup>th</sup> ed. Vol. I. London: Stevens, 1950. 941 p.
- Wessels/Beulke. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau. 39 Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. 390 p.

---

## Causation in Non-Ordinary Situations: Case Law and Criminal Law Theory



**Gennady A. Esakov**

Professor, Head of the Department of Criminal Law and Criminalistics, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: gesakov@hse.ru



### Abstract

The article is devoted to non-ordinary cases of causation in criminal law. The author starts with the critical review of general theories and blames them for their ineffectiveness in dealing with specific cases connected with the multiplicity of causes, victim's condition, intervention of other actors. All these cases are divided into three groups, namely 'aggregate causality', 'atypical causality' and 'intervening causality'. With regard to each group there are formulated general rules of imputation of liability based primarily on idea of *conditio sine qua non* and limitation of liability. The author reveals the interaction between different modes of causation i.e. transformation of 'aggregate causality' into 'intervening causality'. Review of case law allows to formulate clear rules of imputation of liability distilled from philosophical and theoretical overburdened constructs. With regard to various specific types of non-ordinary causation, there are proposed as possible different approaches based either on strict adherence to objective view on causation and limitation of liability as a consequence or on more flexible approach allowing imputation of liability in morally and socially blameworthy cases. Theory and practice of common law and continental law systems are also widely used as a supporting basis for some propositions. The article concludes with proposed general rule. However, this general rule may be subjected to further

clarifications and exemptions. The author also urges not to try to elaborate in future the general theory of causation applicable to the whole body of criminal law. Instead it is expected development of special rules much needed in real practice.



## Keywords

causation, *conditio sine qua non*, equivalence theory, intervening cause, break of causation, imputation of consequence.

Citation: Esakov G.A. (2016) Causation in Non-Ordinary Situations: Case Law and Criminal Law Theory. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 81–102 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.81.102



## References

Ashworth A. (2003) *Principles of Criminal Law*. 4<sup>th</sup> ed. Oxford: OUP, 512 p.

Burchell J., Milton J. (2005) *Principles of Criminal Law*. 3<sup>rd</sup> ed. Lansdowne: Juta, 1047 p.

Ferguson P.R., McDiarmid C. (2009) *Scots Criminal Law. A Critical Analysis*. Dundee: Dundee University Press, 440 p.

Kudryavtsev V.N. (2002) *Izbrannye trudy po sotsial'nyim naukam. V 3 t. T. 1.* [Selected Works on Social Sciences. In 3 vols. Vol. 1]. Moscow: Nauka, 566 p. (in Russian)

Korobeev A.I. (ed.) (2008) *Polnyy kurs ugolovnogo prava* [Complete Course of Criminal Law]. *Prestuplenie i nakazanie* [Crime and Punishment]. Saint Petersburg: Yuridicheskiy tsentr Press, 1131 p. (in Russian)

Kropachev N.M., Volzhenkin B.V., Orekhov V.V. (eds.) (2006) *Ugolovnoe pravo Rossii. Obshchaya chast': uchebnik* [Russian Criminal Law. General Part. Textbook. Saint Petersburg: Izdatel'skiy dom SPbGU, 1064 p. (in Russian)

Lopashenko N.A. (2014) *Rossiyskoe ugolovnoe pravo. Obshchaya i Osobennaya chast': uchebnik*. [Russian Criminal Law]. T. 1. *Obshchaya chast'* [Vol. 1. General Part]. Moscow: Yurlitinform, 719 p. (in Russian)

Muzyka A.A., Bagirov S.R. (2009) *Prichinnaya svyaz': ugolovno-pravovoy ocherk* [Causality: Criminal Law Essay]. Khmel'nitskiy: Khmel'nitskiy universitet upravleniya, 112 p. (in Russian)

Ormerod D. (2008) *Smith and Hogan's Criminal Law*. 12<sup>th</sup> ed. Oxford: OUP, 1142 p.

Pradel J. (1996) *Droit pénal. Introduction générale. Droit pénal général*. Onzième éd. Paris: Cujas, 872 p.

Simester A.P., Sullivan G.R. (2003) *Criminal Law. Theory and Doctrine*. Oxford: Hart Publishing, 697 p.

Turner J.W. (1950) *Russell on Crime. A Treatise on Felonies and Misdemeanours*. 10<sup>th</sup> ed. Vol. I. London: Stevens, 941 p.

Wessels/Beulke (2009). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*. 39. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 390 p.

Zhalinskiy A.E. (ed.) (2011) *Ugolovnoe pravo: uchebnik. T. 1: Obshchaya chast'*. [Criminal Law: Textbook. Vol. 1. General Part]. Moscow: Gorodets, 864 p. (in Russian)

Zhalinskiy A.E. (2004) *Sovremennoe nemetskoe ugolovnoe pravo* [Contemporary German Law]. Moscow: Prospekt, 560 p. (in Russian)



# Неклассическая экстерриториальность уголовного закона (в контексте Федерального закона от 05.05.2014 г. № 91-ФЗ)



**К.А. Цай**

аспирант кафедры уголовного права и криминалистики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: D503.ts@mail.ru



## **Аннотация**

Статья посвящена рассмотрению проблемы расширения российской уголовно-правовой юрисдикции посредством принятия Федерального закона от 05.05.2014 г. № 91-ФЗ «О применении положений Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации на территориях Республики Крым и города федерального значения Севастополя». В рамках указанного нормативного правового акта законодатель отказался от традиционного дифференцированного закрепления правил действия уголовного закона во времени и пространстве, объединив их в тексте единой коллизионной нормы. В истории уголовного права нашей страны, равно как и в современной законодательной практике зарубежных государств, отсутствуют аналоги приведенного решения, что в совокупности с некорректной юридико-технической регламентацией привело к двоякому толкованию коллизионной нормы ст. 2 указанного Федерального закона. Судебная практика применяет рассматриваемое предписание исключительно в контексте обратной силы уголовного закона, каких-либо упоминаний о территориальном юрисдикционном аспекте судебные решения не содержат. Такое толкование видится не совсем точным в связи с невозможностью применения к правоотношениям, относящимся к предмету Закона, правил ст. 11 и 12 УК РФ. Другими словами, действие УК РФ в отрыве от рассматриваемого Федерального закона не распространяется на деяния, совершенные на территориях Республики Крым и города Севастополя до 18.03.2014 г. В связи с этим более приемлемым является основанное на анализе классических структур нормативных предписаний, устанавливающих пределы действия уголовного закона, доктринальное понимание нормы ст. 2 как дуалистической пространственно-темпоральной коллизионной нормы. Автор подвергает критике законодательную регламентацию ст. 2 в связи с недостатками ее юридической техники, существенными внутренними концептуальными противоречиями, несогласованностью избранного законодателем дуалистического подхода с классическими постулатами российской уголовно-правовой юрисдикционной теории. На основании анализа отечественной доктрины, российского и зарубежного законодательства, а также судебной практики выработана авторская модель ст. 2 Федерального закона № 91-ФЗ.



## **Ключевые слова**

пределы действия уголовного закона, действие уголовного закона во времени и пространстве, коллизионная норма уголовного закона, обратная сила уголовного закона, толкование уголовно-правовых норм, юридическая техника.

Библиографическое описание: Цай К.А. Неклассическая экстерриториальность уголовного закона в контексте Федерального закона от 05.05.2014 г. № 91-ФЗ // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 1. С. 103–111.

JEL: K14; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.103.111

**Новый подход в регламентации пределов действия уголовного закона**<sup>1</sup>. На сегодняшний день законодательная практика большинства государств мира идет по пути дифференцированного закрепления временных и пространственных пределов действия уголовного закона<sup>2</sup>; опосредующие их коллизионные предписания традиционно располагаются в разных статьях нормативных актов и практически не пересекаются между собой<sup>3</sup>. В нашей стране такой подход был впервые изложен О. Гореглядом в фундаментальном труде «Опыт начертания российского уголовного права»<sup>4</sup>, который лег в основу всего дальнейшего учения о действии уголовного закона в пространстве и во времени, а также определил магистральное направление законодательного конструирования пределов действия российского уголовного законодательства на многие годы вперед. Несмотря на неоднократное, а подчас кардинальное изменение научных взглядов на изучаемые институты, линия дифференцированного рассмотрения и позиционирования пространственных и темпоральных границ действия уголовного закона последовательно выдерживалась доктриной и законодателем на всем протяжении истории развития данного учения<sup>5</sup>.

Однако не имевшее прецедентов в новейшей истории присоединение к нашей стране новых территорий знаменовало пересмотр устоявшейся традиции. В принятом в рамках интеграционного процесса Федеральном законе от 05.05.2014 г. № 91-ФЗ «О применении положений Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации на территориях Республики Крым и города федерального значения Севастополя» (далее — Федеральный закон № 91-ФЗ) вопросы пространства и времени рассматриваются весьма нетипичным способом.

Ст. 2 Федерального закона № 91-ФЗ устанавливает: «Преступность и наказуемость деяний, совершенных на территории Республики Крым и города Севастополя до 18.03.2014 г. определяется на основании уголовного законодательства Российской Федерации. Поворот к худшему при этом не допускается». Видно, что при регламентации коллизионных предписаний<sup>6</sup> изучаемого нормативного акта законодатель отошел от классических ша-

<sup>1</sup> Все нормативные правовые акты и судебные решения, упоминаемые в настоящей статье, приводятся согласно данным СПС КонсультантПлюс по состоянию на 24.10.2015 г.

<sup>2</sup> Под пределами уголовного закона следует понимать границы распространения его юридической силы. Можно выделить два основных типа уголовно-правовых пределов: 1) пределы действия уголовного закона (пространственные и временные); 2) пределы применения уголовного закона/предметные пределы уголовного закона (вопросы соотношения уголовно-правовых предписаний с предписаниями иных отраслей права, в том числе криминализация и декриминализация). Подробнее о пределах действия уголовного закона см., например: *Пудовочкин Ю.Е.* Учение об уголовном законе: лекции. М.: Юрлитинформ, 2014. С. 165–169. Подробнее о пределах применения уголовного закона см., напр.: *Погосова З.М., Редчиц М.А., Гегамова А.Н.* Принципы криминализации в англо-американской доктрине / Уголовное право и современность: сборник статей. Вып. 5 / отв. ред. Г.А. Есаков. М.: Проспект, 2014. С. 335–357.

<sup>3</sup> Об этом см., например: *Додонов В.Н.* Сравнительное уголовное право. Общая часть: Монография. М., 2010. С. 118–132.

<sup>4</sup> *Горегляд О.* Опыт начертания российского уголовного права. Ч. 1. О преступлениях и наказаниях вообще. СПб., 1815. 224 с.

<sup>5</sup> Исторический обзор см., например: *Блум М.И.* Действие советского уголовного закона во времени и пространстве. Дис. ... д-ра юрид. наук. Рига, 1975. 390 с.

<sup>6</sup> В теории права под коллизионными нормами понимается «разновидность специализированных правовых норм, принимаемых с целью устранения коллизий, возникающих между юридическими предписаниями». См., например: *Поляков О.А.* Юридические коллизии в сфере деятельности органов внутренних дел по обеспечению и защите прав граждан: Авт. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. 22 с. Данная разновидность правовых предписаний является чрезвычайно важной для российского закона, что подтверждается п. «п» ст. 71 Конституции России, в соответствии с которым федеральное коллизи-

блонев, создав норму, содержащую в себе указание как на время («совершенных ... до 18.03.2014 г.»), так и на пространство действия уголовного закона («совершенных на территории ...»). Такое решение не имеет аналогов и истории нашей страны и в современной законодательной практике других государств<sup>7</sup>, что вызвало характерные трудности в определении правовой природы данной нормы и предмета ее регулирования.

На сегодняшний день сложились две основные позиции на этот счет.

1. Ст. 2 Федерального закона № 91-ФЗ определяет специальные правила действия уголовного закона во времени, которые распространяются только на территории Республики Крым и города Севастополя (позиция судебной практики);

2. Ст. 2 данного Федерального закона устанавливает специальные границы временных и пространственных пределов действия уголовного закона одновременно (позиция доктрины).

**Изучение практики применения** ст. 2 приводит к выводу, что она толкуется судами как специальное правило действия российского уголовного закона во времени. Каких-либо упоминаний об экстерриториальном характере преступлений, совершенных на территории Республики Крым и города Севастополя до 18.03.2014 г., а равно о том, что ст. 2 рассматриваемого Закона определяет пространственные пределы действия уголовного закона, судебные решения не содержат<sup>8</sup>.

Такая позиция, очевидно, основанная на грамматическом толковании<sup>9</sup> ст. 2, упускает из виду немаловажный факт: основная часть преступлений, совершенных на террито-

---

онное право отнесено к предмету исключительного ведения Российской Федерации. Нормы, закрепляющие пределы действия уголовного закона, являются подвидом коллизионных норм в общей теории права и представляют собой односторонние, максимально обобщенные нормативные предписания, определяющие границы действия национального уголовного закона в пространстве и по кругу лиц посредством отнесения к предмету его регулирования группы преступных посягательств, выделенной и обособленной на основании одного или нескольких формальных критериев.

<sup>7</sup> Однако следует оговориться, что в современном мировом сообществе наблюдается устойчивая тенденция к изменению классических подходов к регламентации действия уголовного закона в пространстве, в частности, она выражается в расширении экстерриториальных границ уголовного закона. См. об этом: *Есаков Г.А.* Экстерриториальное действие уголовного закона: современные мировые тенденции // Закон. 2015. № 8. С. 82–89.

<sup>8</sup> Одна из первых и, вероятно, всего, определяющих позиций по этому вопросу содержалась в Апелляционном определении Верховного Суда Российской Федерации от 18.12.2014 г. по делу № АПЛ14-542, в котором Суд не согласился с доводами жалобы адвоката, считавшего, что рассмотрение уголовного дела его подзащитного неподсудно ни одному из судов России, а подсудимый подлежит передаче для уголовного преследования Украине. При этом, мотивируя свое решение, Верховный Суд не основывался на положениях ст. 2, несмотря на то, что в апелляционной жалобе фактически оспаривалась территориальная уголовно-правовая юрисдикция России. Более определенное суждение по поставленному вопросу сформулировано в апелляционном постановлении Севастопольского городского суда по делу № 22К-174/2015, которым было отменено постановление Нахимовского городского суда об оставлении без удовлетворения жалобы С.А.В. на постановление о возбуждении в отношении него уголовного дела. Сославшись на ст. 2 Федерального закона № 91-ФЗ, суд апелляционной инстанции указал: «По состоянию на сентябрь 2012 года, С.А.В. являлся гражданином Украины, работал в прокуратуре Украины, события, вменяемые С.А.В., имели место на территории Украины. При этом в указанный период времени уголовная ответственность регулировалась Уголовным кодексом Украины, которым не была предусмотрена ответственность за деяния, вменяемые С.А.В. обжалуемым постановлением... В соответствии с ч. 1 ст. 10 УК РФ, уголовный закон, устанавливающий преступность деяния, усиливающий наказание или иным образом ухудшающий положение лица, обратной силы не имеет» (курсив наш — К.Ц.).

<sup>9</sup> Понятие грамматического толкования, его этапов и правил см., например: *Волосюк Е.А.* Грамматическое толкование норм Уголовного кодекса Российской Федерации. М.: Юрлитинформ, 2015.

риях Республики Крым и города Севастополя до 14.03.2014 г., не подпадает под общие юрисдикционные правила ст. 11 и 12 УК РФ. Соответственно, в отсутствие специального указания распространение обратной силы уголовного закона на данную группу преступлений невозможно<sup>10</sup>.

В связи с этим более приемлемой видится **доктринальная позиция**, которая заключается в том, что «Федеральный закон от 5 мая 2014 г. № 91-ФЗ — это пример закона, содержащего, главным образом, специализированные, оперативные предписания, *распространяющие экстерриториальное действие российского уголовного и уголовно-процессуального законодательства* (до 18 марта 2014 г. указанные территории не входили в состав Российской Федерации) в рамках обратной силы его действия»<sup>11</sup> (курсив наш. — К.Ц.).

Мы полагаем, что точка зрения о дуалистической природе коллизионной нормы ст. 2 рассматриваемого Федерального закона может быть доказана исходя из двух основных постулатов:

1) необходимости специального правила, расширяющего экстерриториальную юрисдикцию российского уголовного закона;

2) особенностей структуры коллизионной нормы ст. 2.

Существует мнение, согласно которому грамматическое толкование нормативного акта в системной связи только его собственных элементов в ряде случаев не достигает поставленной цели<sup>12</sup>. Мы полагаем, что для уяснения подлинного смысла законодательного предписания необходимо обращаться к «**классической структуре нормативного предписания**», т.е. к набору юридико-технических приемов, который применяется законодателем для регламентации определенных типов нормативных предписаний и выражается в применении стандартизированной структуры нормы, использовании идентичных лексических приемов и оборотов, оперировании схожим терминологическим аппаратом и др.

На наш взгляд, изучение классических структур нормативных предписаний позволит выявить некоторые типичные варианты нормативных конструкций в их соотношении с особенностями применения, телеологией<sup>13</sup>, правовой природой и сущностью норм, в которых они используются. Соответствие конструкции конкретного предписания той или иной «классической» структуре позволит с достаточной точностью предположить, что сущностные и смысловые характеристики данных явлений также являются идентичными.

В мировой законодательной практике сложились относительно устойчивые **классические структуры пространственных и временных пределов действия уголовного**

<sup>10</sup> На эту проблему еще до принятия анализируемого Закона в порядке теоретического моделирования обращали внимание в своей статье А.Г. Волеводз и Е.А. Копылова. Ученые справедливо полагали, что будет затруднительным распространить правила экстерриториального действия уголовного закона на группу преступлений, совершенных на территории Республики Крым и города Севастополя до 18.03.2014 г., поскольку эти преступления в большинстве своем не подпадают под правила ст. 12 УК РФ. См.: *Волеводз А.Г., Копылова Е.А.* К вопросу о введении в действие УК и УПК РФ в Республике Крым и городе Севастополе: проблемы, применимый опыт и пути решения // Библиотека криминалиста. 2014. № 3. С. 331.

<sup>11</sup> *Маркунцов С.А.* Некоторые соображения о новом элементе российского уголовного законодательства и источнике отечественного уголовного права // Российская юстиция. 2014. № 7. С. 46–50.

<sup>12</sup> См., например: *Тарасов Н.Н.* Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург, 2001.

<sup>13</sup> Под телеологией здесь и далее мы понимаем науку о полагании смысла. См.: *Пивов В.М.* Философия смысла, или Телеология. М., 2013. С. 45–47.

**закона.** Классическая структура правила территориального действия уголовного закона выглядит следующим образом: «Уголовный закон государства N распространяет свое действие на все уголовно-правовые деликты, совершенные на территории государства N, а равно на территориях, приравненных к таковой». Основными элементами «территориальной» коллизийной нормы (т.е. нормы, определяющей действие уголовного закона в пространстве по признаку территории)<sup>14</sup> являются:

1. Объем нормы. Как правило, содержит указание на деяния, совершенные в пределах государственной территории или квазитерритории.

2. Привязка нормы. Как правило, содержит указание на закон государства принадлежности нормы.

Классическая структура правила действия уголовного закона во времени выглядит следующим образом: «Уголовный закон распространяется на деяния, совершенные в период его действия, если в самом законе или ином нормативном акте не указано иное». Представляется, что основными элементами данной нормы являются:

1. *Объем нормы.* Как правило, содержит указание на деяния, совершенные в период действия этого закона, либо на которые была распространена обратная сила.

2. *Привязка нормы.* Как правило, содержит указание на закон, имеющий юридическую силу в момент совершения деяния или распространяющий на него свое ретро-спективное действие (обратную силу).

Сравнение приведенных моделей со структурой коллизийной нормы ст. 2 анализируемого Федерального закона демонстрирует идентичность юридико-технических приемов, использованных при построении последней, что непосредственно указывает на схожесть телеологических, смысловых и сущностных элементов сравниваемых категорий. Можно сделать вывод, что правовая природа рассматриваемой нормы включает в себя два разных коллизийных предписания, определяющих различные типы пределов действия уголовного закона. При этом, поскольку основные элементы (объем и привязка) темпоральной и территориальной коллизийных норм в рамках ст. 2 текстуально совпадают, данная статья в зависимости от обстоятельств применения может пониматься либо как темпоральное коллизийное предписание, либо как принцип действия уголовного закона в пространстве (но только не в обоих смыслах одновременно!).

**Недостатки дуалистической регламентации пределов действия уголовного закона.** На наш взгляд, примененный законодателем вариант регламентации ст. 2 нельзя назвать удачным в силу следующих обстоятельств.

<sup>14</sup> Общая структура коллизийной нормы уголовного закона не отличается от структуры аналогичного правового предписания в международном частном праве и содержит: 1) объем нормы, который определяет группу правоотношений, являющуюся предметом данной нормы. В уголовном праве присутствует широкий спектр объемов, которые охватывают различные группы преступных посягательств, выделенных по определенному признаку. Современные уголовные законы государств мира содержат четыре основных (территориальное правоотношение; правоотношение экстерриториального подчинения; правоотношение нарушенной защиты; космополитическое правоотношение) и несколько дополнительных типов объемов (правоотношение исключенного субъекта; правоотношение специальных миссий военнослужащих и др.); 2) привязку нормы, которая определяет, право какого государства должно быть применено к данному конкретному уголовно-правовому отношению. Мировая законодательная практика поддерживает две разновидности отсылок: к национальному праву (чаще всего — к уголовному кодексу государства принадлежности нормы) или праву национальных обязательств (используется сравнительно редко, в основном, при регламентации привлечения к уголовной ответственности дипломатических работников). Про общую структуру коллизийной нормы см., например: Тихомиров Ю.А. Коллизийное право. М., 2000. С. 49–66.

1. *Недостатки юридической техники.* Толкование ст. 2 в системе с иными положениями анализируемого нормативного акта неизбежно приводит к выводу о наличии **внутренней нормативной коллизии**. Так, ст. 10 того же закона устанавливает: «Действие настоящего Федерального закона распространяется на *правоотношения, связанные с деяниями*, совершенными на территориях Республики Крым и города Севастополя до 18.03.2014 г.» (курсив наш. — К.Ц.). Ст. 2 этого же закона относит к сфере действия УК РФ только *деяния*, совершенные на указанных территориях до указанной даты.

Коль скоро «деяние» и «правоотношения» являются разными правовыми категориями, а правоотношения возникают после порождающего их юридического факта (в данном случае — деяния)<sup>15</sup>, выходит, что рассматриваемый Федеральный закон относит к ведению УК РФ явления, не включенные в его собственный предмет. Это вынуждает правоприменителя толковать ст. 10 расширительно, тем самым заполняя пробел, образовавшийся в законодательстве (УК РФ не распространяется на деяния, отнесенные к его ведению рассматриваемым Федеральным законом).

2. *Несогласованность с основополагающими постулатами классической доктрины пределов действия уголовно-правовых норм.* Наиболее существенным концептуальным недостатком ст. 2 следует назвать распространение действия УК РФ во времени за пределы российской уголовно-правовой юрисдикции.

Известно, что обратная сила уголовного закона предполагает распространение новых правовых предписаний на отношения, урегулированные уже утратившим силу законом, *но только в рамках одной правовой системы*<sup>16</sup>. Рассматриваемая норма определяет обратную силу УК РФ таким образом, что кодекс приобретает юридическую обязательность в отношении преступлений, совершенных на территории Республики Украины (на территории, входившей в состав Украины на момент совершения преступления). Получается, что правило обратной силы ст. 2 Закона как бы отменяет действовавший ранее украинский закон и расширяет территориальные границы действия УК РФ без использования пространственной коллизионной нормы, которая, в свою очередь, применяется только в части преступлений, совершенных после 18.03.2014 г.<sup>17</sup> Как видится, приведенное «темпоральное юрисдикционное расширение» несколько выходит за пределы изначальной сущности правил действия уголовного закона во времени.

3. *Внутренние концептуальные противоречия идеи дуализма пространственных и временных пределов действия уголовного закона.* Последний недостаток напрямую связан с предыдущим. Временные пределы, как было указано ранее, устанавливаются в рамках одной правовой системы в целях определения границ юридической силы между «старым» и ныне действующим нормативными актами. Территориальные же правила определяет

<sup>15</sup> См., напр.: *Петрова О.Г.* Понятие объекта уголовно-правового отношения // Вестник Нижегородского университета. 2013. № 3 (2) С. 160.

<sup>16</sup> В научной литературе обратная сила уголовного закона определяется как «тип темпорального действия закона, характеризующийся распространением обязательности положений уголовного закона на деяния, предшествовавшие моменту его введения в действие, и порожденные ими правоотношения». См.: *Ерасов А.М.* Обратная сила уголовного закона: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 15.

<sup>17</sup> Аналогичную ситуацию описывала в своем труде З.А. Незнамова, которая полагала, что проблема соотношения правовых режимов нескольких разных государств при изменении их взаимных границ относится к разновидности территориальных коллизий и должна решаться посредством ограниченного (ко времени до присоединения) применения норм иностранного закона на присоединенной к государству территории. См.: *Незнамова З.А.* Коллизии в уголовном праве: монография. Екатеринбург, 1994. С. 171–172.



юрисдикционные рамки государственного правового режима, позиционируя его в международном правовом поле в соотношении с уголовно-правовыми суверенитетами других государств и их правовыми системами. Другими словами, категория времени имеет исключительно внутреннее значение, тогда как пространство телеологически направлено на гармонизацию межгосударственных отношений. На наш взгляд, текстуальное взаимоинтегрирование разнонаправленных и концептуально различающихся правовых категорий, как это имеет место в ст. 2, является как минимум спорным решением.

**Рекомендации по совершенствованию закона**<sup>18</sup>. Исследование показало, что ст. 2 Федерального закона № 91-ФЗ, объединив в себе два равнозначных коллизионных предписания, исказила их сущность, смысл и содержание, породила обильную почву для двоякого толкования и существенно затруднила выявление истинной воли законодателя. Решение указанной проблемы мы видим в «классическом» дифференцированном закреплении пределов действия уголовного закона с использованием устоявшихся конструкций, присущих территориальной и темпоральной коллизионным нормам. Ниже приводится один из возможных вариантов такой регламентации:

Статья 2.

1. Преступность и наказуемость деяний, совершенных на территориях Республики Крым и города Севастополя до 18 марта 2014 года, определяется уголовным законодательством Российской Федерации, действовавшим во время совершения этого деяния. При этом установление преступности деяния, усиление наказания, а равно иное ухудшение положения лица не допускается.

2. Лицо, совершившее преступление на территориях Республики Крым и города Севастополя до 18 марта 2014 года, подлежит уголовной ответственности по уголовному закону Российской Федерации в соответствии с правилами, закрепленными в ст. 11 УК РФ.

Статья 10.

Действие настоящего Федерального закона распространяется на деяния, совершенные на территориях Республики Крым и города Севастополя до 18 марта 2014 года, а также на связанные с этими деяниями правоотношения.

Мы полагаем, что предложенный вариант позволит избежать рассмотренных в настоящей статье проблем и, возможно, послужит более определенному и недвусмысленному выражению законодательной воли.



### Библиография

Артеменко Н., Шимбарева Н. Назначение наказания по уголовному законодательству России и Украины: сравнительный анализ и практические рекомендации // Уголовное право. 2014. № 4. С. 4–10.

Блум М.И. Действие советского уголовного закона во времени и пространстве. Дис. ... д-ра юрид. наук. Рига, 1975. 390 с.

Волеводз А.Г., Копылова Е.А. К вопросу о введении в действие УК и УПК РФ в Республике Крым и городе Севастополе: проблемы, применимый опыт и пути решения // Библиотека криминалиста. 2014. № 3. С. 327–347.

<sup>18</sup> В данном случае мы предлагаем вариант закрепления того пути решения проблемы, который был избран законодателем, и не высказываем своего мнения об иных возможных способах. Обоснование законодательного подхода см., например: Артеменко Н., Шимбарева Н. Назначение наказания по уголовному законодательству России и Украины: сравнительный анализ и практические рекомендации // Уголовное право. 2014. №4. С. 4–10. Описание иных путей см., напр.: Волеводз А.Г. Копылова Е.А. Указ. соч. С. 327–347.

- Волосюк Е.А. Грамматическое толкование норм Уголовного кодекса Российской Федерации. М.: Юрлитинформ, 2015. 184 с.
- Горегляд О. Опыт начертания российского уголовного права. Ч. 1. О преступлениях и наказаниях вообще. СПб.: Тип. И. Иоаннесова, 1815. 224 с.
- Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право. Общая часть: монография. М.: Юрлитинформ, 2010. 448 с.
- Ерасов А.М. Обратная сила уголовного закона: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. 23 с.
- Есаков Г.А. Экстерриториальное действие уголовного закона: современные мировые тенденции // Закон. 2015. № 8. С. 82–89.
- Маркунцов С.А. Некоторые соображения о новом элементе российского уголовного законодательства и источнике отечественного уголовного права // Российская юстиция. 2014. № 7. С. 46–50.
- Незнамова З.А. Коллизии в уголовном праве: монография. Екатеринбург: Cricket, 1994. 284 с.
- Петрова О.Г. Понятие объекта уголовно-правового отношения // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. 2013. № 3 (2) С. 160–162.
- Погосова З.М., Редчиц М.А., Гегамова А.Н. Принципы криминализации в англо-американской доктрине / Уголовное право и современность: сборник научных статей. Вып. 5. Отв. ред. Г.А. Есаков. М.: Проспект, 2014. С. 335–357.
- Пудовочкин Ю.Е. Учение об уголовном законе: лекции. М.: Юрлитинформ, 2014. 272 с.
- Тилле А.А. Время, пространство, закон. Действие советского закона в пространстве. М.: Юридическая литература, 1965. 203 с.
- Тихомиров Ю.А. Коллизионное право: учебное и научно-практическое пособие. М.: Юринформ-центр, 2000. 394 с.
- 

## Non-Classical Extraterritoriality of Criminal Law (in Context of the Federal Law of May 5, 2014 № 91-FZ)



**Kyrill Tsay**

Postgraduate Student, Department of Criminal Law and Criminalistics, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: D503.ts@mail.ru



### Abstract

The paper studies the issue of widening Russian criminal law jurisdiction based on the Federal Law of May 5, 2014 № 91-FZ under the title On Applying the Provisions of Criminal Law of the Russian Federation and the Criminal Procedure Code of the Russian Federation on the territories of the Republic of Crimea and the City of Federal Status Sebastopol. Within the normative legal act, legislators rejected the traditional way of the differentiated fixture of the principles of criminal law in time and space by unifying them in the text of the conflict-of-law rule. Historically, both in Russian and foreign criminal law, the analogues of such a decision, which aggravated with incorrect legal mechanics regulation, has caused an ambiguous interpretation of the conflict-of-law rule produced by Article 2 of the Federal Law mentioned. Judicial practice applies the prescription in question only in terms of retrospective criminal law. Judicial opinions lack any traces of the aspect of territorial jurisdiction. This interpretation is seen incorrect due to the impossibility to apply it to the legal relations connected with the Federal Law mentioned and with rules Articles 11 and 12 of the Russian Federation Criminal Code. Hence, without the Federal Law mentioned, the Criminal Code of Russian Federation is not applied to the deeds committed on the territories of the Republic of Crimea and the City of Sebastopol before March 18<sup>th</sup>, 2014. Thus, the doctrinal interpretation of norm of Article 2 of Federal Law № 91-FZ as a dualistic time and space conflict-of-law rule is seen more realistic as it is based on the analysis of classical patterns of normative prescriptions. The author criticizes the legislative regulation in Article 2 of the Federal Law mentioned due to the lack of legal mechanics, material inner conceptual contradictions, inconsistency between the dualistic approach and the classical postulates of the Russian legal theory of criminal law. On the basis

of analysis of Russian and foreign legislation as well as judicial practice, the author proposes his own version of Article 2 for the Federal Law № 91-FZ.



## Keywords

limits of criminal law jurisdiction, criminal law in time and space, conflict of law rule in criminal law, retrospective criminal law, interpretation of criminal law rules, legal mechanics.

Citation: Tsay K.A. (2016) Non-Classic Extraterritoriality of Criminal Law (in Context of the Federal Law of May 5, 2014, № 91-FZ). *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 103–111 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.103.111



## References

Artemenko N., Shimbareva N. (2014) Naznachenie nakazaniya po ugovornomu zakonodatel'stvu Rossii i Ukrainy: sravnitel'nyy analiz i prakticheskie rekomendatsii [Punishment in the Criminal Law of Russia and Ukraine: Comparison and Recommendations]. *Ugolovnoe pravo*, no 4, pp. 4–10.

Blum M.I. (1975) *Deystvie sovetskogo ugovornogo zakona vo vremeni i prostranstve*. (Diss. Doktor. Jurid. Nauk). [Soviet Criminal Law in Time and Space (Doctor of Juridical Sciences Dissertation)]. Riga, 390 p.

Dodonov V.N. (2010) *Sravnitel'noe ugovornoe pravo. Obshchaya chast': Monografiya* [Comparative Criminal Law. General Part: Monograph]. Moscow: Yurлитinform, 448 p. (in Russian)

Erasov A.M. (2004) Obratnaya sila ugovornogo zakona: (Avtoref. diss. ...kand. jurid. nauk) [Retrospective Features of Criminal Law (Summary of Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Moscow, 23 p.

Esakov G.A. (2015) Eksterritorial'noe deystvie ugovornogo zakona: sovremennyye mirovyye tendentsii [Extraterritorial Force of Criminal Law: Contemporary International Trends]. *Zakon*, no 8, p. 82–89.

Goreglyad O. (1815) *Opyt nachertaniya rossiyskogo ugovornogo prava. Ch. 1. O prestupleniyakh i nakazaniyakh vobshche* [Experience of Writing Russian Criminal Law. Part 1. On Crimes and Punishments in General]. Saint Petersburg: Ioannesov, 224 p. (in Russian)

Markuntsov S.A. (2014) Nekotorye soobrazheniya o novom elemente rossiyskogo ugovornogo zakonodatel'stva i istochnike otechestvennogo ugovornogo prava [Ideas on New Component of Criminal Law and Source of Russian Criminal Law]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 7, pp. 46–50.

Neznamova Z.A. (1994) *Kollizii v ugovornom prave: monografiya* [Conflict of Law in Criminal Legislation: Monograph]. Ekaterinburg: Cricket, 284 p. (in Russian)

Petrova O.G. (2013) Ponyatie ob'ekta ugovorno-pravovogo otnosheniya [Concept of Object in Criminal Law]. *Vestnik Nizhegorodskogo universiteta*, no 3, pp. 160–162.

Pogosova Z.M., Redchits M.A., Gegamova A.N. (2014) Printsipy kriminalizatsii v anglo-amerikanskoj doktrine [Principles of Criminalization in Anglo-American Doctrine]. *Ugolovnoe pravo i sovremennost': sbornik nauchnykh statey* [Criminal Law and Modernity: Collection of Papers]. G.A. Esakov (ed.). Moscow: Prospekt, pp. 335–357.

Pudovochkin Yu.E. (2014) *Uchenie ob ugovornom zakone: lektsii* [Criminal Law Theory: Lectures]. Moscow: Yurлитinform, 272 p. (in Russian)

Tille A.A. (1965) *Vremya, prostranstvo, zakon. Deystvie sovetskogo zakona v prostranstve* [Time, Space, Law. Operation of Law]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 203 p. (in Russian)

Tikhomirov Yu.A. (2000) *Kollizionnoe pravo: Uchebnoe i nauchno-prakticheskoe posobie* [Conflict of Laws. Manual]. Moscow: Yurinformtsentr, 394 p. (in Russian)

Volevodz A.G., Kopylova E.A. (2014) K voprosu o vvedenii v deystvie UK i UPK RF v Respublike Krym i gorode Sevastopole: problemy, primenimyy opyt i puti resheniya [On Enacting Russian Federation Criminal Law in Republic of Crimea and City of Sebastopol: Issues, Applicable Experience and Ways to Solution]. *Biblioteka kriminalista*, no 3, pp. 327–347.

Volosyuk E.A. (2015) *Grammaticheskoe tolkovanie norm Ugolovnogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii* [Grammatical Interpretation of the Rules in Russian Federation Criminal Code]. Moscow: Yurлитinform, 184 p. (in Russian)

# Бесплатная юридическая помощь по делам об административных правонарушениях

---



**О.В. Чумакова**

директор юридической клиники, доцент кафедры административного и финансового права Всероссийского государственного университета юстиции, кандидат юридических наук. Адрес: 117638, Российская Федерация, Москва, ул. Азовская, 2/1. E-mail: Chumakova-ov@yandex.ru

---



## Аннотация

Независимо от вида юридической ответственности право на получение юридической помощи является общим и должно распространять свое действие на производство по делам об административных правонарушениях. У гражданина должна быть реальная возможность получить юридическую помощь независимо от его материального положения. Чаще всего граждане не могут воспользоваться помощью защитника из-за нехватки денежных средств на оплату его услуг. Автор предлагает внести изменения в ст. 25.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и в Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 324-ФЗ «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации». Обязанность по финансированию мероприятий, связанных с оказанием бесплатной юридической помощи по делам об административных правонарушениях, ответственность за совершение которых предусмотрена нормами КоАП РФ, следует возложить на Российскую Федерацию, а по тем делам, где административная ответственность установлена законами субъектов Российской Федерации, — на соответствующие субъекты Российской Федерации. Автор считает, что важная роль в обеспечении конституционного права гражданина на получение квалифицированной юридической помощи отведена судье. По мнению автора, следует предусмотреть в КоАП РФ обязательность участия защитника в производстве по делам об административных правонарушениях. Осознавая серьезность указанной проблемы, законодателю следует проработать действенный механизм возмещения расходов на оплату юридической помощи путем взыскания денежных средств с того государственного или муниципального органа (должностного лица), который инициировал производство по делу об административном правонарушении, в последующем прекращенное в связи с отсутствием события или состава административного правонарушения. По мнению автора, отсутствие в КоАП РФ норм, предоставляющих судье право назначать защитника по делу об административном правонарушении, делает невозможным реализацию общих принципов правосудия, провозглашенных в международно-правовых актах, и лишает граждан возможности реализовать свое конституционное право на получение квалифицированной юридической помощи. Важнейшей задачей российского законодателя в таких условиях является дальнейшее дополнение и детализация положений гл. 25 КоАП РФ путем включения в нее норм, определяющих случаи обязательного участия защитника в производстве по делам об административном правонарушении и процедуру привлечения его к участию в деле.

---



## Ключевые слова

бесплатная юридическая помощь, производство по делам об административных правонарушениях, расходы, доступность юридической помощи, Кодекс об административных правонарушениях, международно-правовые стандарты в области бесплатной юридической помощи.

---

Библиографическое описание: Чумакова О.В. Бесплатная юридическая помощь по делам об административных правонарушениях // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 1. С. 112–120.

JEL: K19 ; УДК:342

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.112.120

Конституция Российской Федерации гарантирует каждому право на получение квалифицированной юридической помощи. В тех случаях, когда это прямо предусмотрено законом, юридическая помощь оказывается бесплатно. Независимо от вида юридической ответственности право на получение юридической помощи является общим, соответственно, должно распространять свое действие и на производство по делам об административных правонарушениях. У гражданина должна быть реальная возможность получить юридическую помощь независимо от его материального положения. Как показывают результаты различных опросов, далеко не все лица, привлекаемые к административной ответственности, могут на практике воспользоваться закрепленным за ними правом на юридическую помощь. Опрос адвокатов городов Москвы, Иванова и Рязани показал, что «юридической помощи гражданам и иным лицам по делам об административных правонарушениях не оказывали. Такие случаи в их практике были единичны. Подобной же информацией от своих коллег они не располагают»<sup>1</sup>.

Довольно показательным мнением Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации: «...в определенных обстоятельствах административное судопроизводство — последний оплот следственной формы правосудия — может вообще превратиться в некое подобие репрессивного механизма «конвейерного» типа. В нем по-прежнему ощущается обвинительный уклон судей, вызванный отсутствием в заседании представителя обвинения. Никуда не исчезло и процессуальное неравенство сторон, когда не только показания, но и мнение не участвующей в процессе стороны обвинения учитывается в качестве доказательств по делу. В итоге одного субъективного «желания» правоохранительных органов зачастую оказывается достаточно для привлечения человека к административной ответственности»<sup>2</sup>.

Чаще всего граждане не могут воспользоваться помощью защитника из-за нехватки денежных средств на оплату его услуг. Такую ситуацию нельзя признать нормальной. Подобное положение дел можно исправить, ликвидируя нормативные и административные препоны на пути реализации права на получение юридической помощи. По нашему мнению, одним из самых серьезных пробелов в реализации права на юридическую помощь в производстве по делам об административных правонарушениях является ее финансовая недоступность.

Юридическая помощь может быть признана финансово доступной, если лицо, в отношении которого начато производство по делу об административном правонарушении, может оплатить юридическую помощь из собственных финансовых средств. Доходы населения со средним и высоким уровнем достатка позволяют обеспечить юридическую помощь более высокого качества, например, обратиться к специалисту в той или иной области права, или к адвокату с большим опытом ведения дел подобного рода. Уровень дохода выше среднего позволяет гражданину получить юридическую помощь от лиц, находящихся за пределами своего населенного пункта. В то же время доходы большей части граждан страны зачастую не обеспечивают их потребности в юридической помощи. Так, Федеральный закон от 03 декабря 2012 г. № 227-ФЗ «О потребительской корзине в целом по Российской Федерации» предусматривает, что расходы на все услуги составляют 50% от общей величины расходов на услуги в месяц. В указанные 50% должны укладываться среди прочих и расходы на медицинскую, юридическую и

<sup>1</sup> См.: Поникаров В.А., Смирнов Д.А. Адвокатская практика в административно-юрисдикционной деятельности правоохранительных органов России // Российский судья. 2007. № 2. С. 12–14.

<sup>2</sup> Доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации от 3 марта 2011 г. // СПС КонсультантПлюс.

иные виды помощи (услуг)<sup>3</sup>. Для сравнения: в п. 2. Закона Москвы от 19.06.2013 г. № 32 «О потребительской корзине в городе Москве» устанавливаются следующие соотношения стоимости непродовольственных товаров и услуг со стоимостью продуктов питания (в процентах)<sup>4</sup>:

Наименование	Трудоспособное Население	Пенсионеры	Дети
Услуги	127	75	75

Для реализации права социально незащищенных слоев населения на юридическую помощь государство предусмотрело случаи и порядок оказания бесплатной юридической помощи в административном судопроизводстве<sup>5</sup>. Автор согласен с мнением тех авторов, которые считают, что данное положение указывает на «возможность в перспективе появления иных оснований для оказания бесплатной юридической помощи в этом виде судопроизводства»<sup>6</sup>. Такая возможность должна быть подкреплена организационными и финансовыми гарантиями. Только тогда она будет реализована на практике, так как одного закрепления ее в законе или ином нормативном акте недостаточно для фактической реализации.

Нормы Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (далее — КоАП РФ) в настоящее время, впрочем, как и нормы Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 324-ФЗ «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» (далее — ФЗ «О бесплатной юридической помощи»)<sup>7</sup>, закрепляющие право на защитника, не предусматривают оказания бесплатной юридической помощи, равно и обязательного участия в деле защитника. Как пишут Н.А. Морозова и В.Ю. Панченко, «во многих ситуациях необходимость бесплатной юридической помощи объясняется публичными интересами, интересами правосудия, которые могут пострадать при отсутствии квалифицированной правовой поддержки лица, привлекаемого к административной ответственности»<sup>8</sup>. По мнению автора, следует предусмотреть в КоАП РФ обязательность участия защитника в производстве по делам об административных правонарушениях, как это сделано, к примеру, в уголовном процессе. Данная мера позволит в полном объеме реализовать принцип равенства граждан перед законом и их конституционное право на получение квалифицированной юридической помощи, что в свою очередь «будет способствовать укреплению и соблюдению принципов законности

<sup>3</sup> Федеральный закон от 03.12.2012 г. № 227-ФЗ «О потребительской корзине в целом по Российской Федерации» // <http://www.pravo.gov.ru>

<sup>4</sup> Закон Москвы от 19.06.2013 г. № 32 «О потребительской корзине в городе Москве» // <http://www.duma.mos.ru>

<sup>5</sup> Ч. 3 ст. 3 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 324-ФЗ «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» (ред. от 28.11.2015 г.). В данном виде документ опубликован не был. Первоначальный текст документа см.: СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6725.

<sup>6</sup> Баранов М.Л. и др. Научно-практический комментарий к Федеральному закону от 21 ноября 2011 г. № 324-ФЗ «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» (постатейный) / под ред. Ю.А. Дмитриева. М., 2012 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>7</sup> Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 324-ФЗ «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» (ред. от 28.11.2015 г.).

<sup>8</sup> Морозова Н.А., Панченко В.Ю. Финансовая доступность юридической помощи по делам об административных правонарушениях // Российский судья. 2013. № 5. С. 40–42.



в сфере административно-юрисдикционного процесса»<sup>9</sup>. О необходимости бесплатной юридической помощи отдельным категориям лиц неоднократно говорилось в научной литературе<sup>10</sup>. Мы согласны с мнением авторов, которые отмечают проблемы, связанные с реализацией уже имеющихся в законодательстве положений<sup>11</sup>.

Автор разделяет озабоченность коллег, считающих, что «огромное количество рассматриваемых органами административной юрисдикции дел об административных правонарушениях, обеспечение для лица, привлекаемого к ответственности, бесплатного участия защитника во всех делах вряд ли возможно»<sup>12</sup>. По нашему мнению, бесплатная юридическая помощь по делам об административных правонарушениях должна оказываться только физическим лицам. Исходя из самой сути предпринимательской деятельности («самостоятельной, осуществляемой на свой риск деятельности, направленной на систематическое получение прибыли»<sup>13</sup>) не может быть и речи о бесплатной юридической помощи юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям в случае привлечения их к административной ответственности за правонарушения, совершенные в связи с осуществлением ими предпринимательской деятельности.

Одним из основных принципов оказания бесплатной юридической помощи является принцип социальной справедливости и социальной ориентированности при оказании бесплатной юридической помощи<sup>14</sup>. Для того, чтобы этот принцип нашел применение на практике, необходимо предоставить право на бесплатную юридическую помощь социально незащищенным категориям граждан, но с некоторыми поправками на специфику дел об административных правонарушениях. Данные категории граждан перечислены в ФЗ «О бесплатной юридической помощи»<sup>15</sup>, кроме того, перечень лиц, имеющих право получать такую помощь, был значительно расширен законодательством субъектов Российской Федерации о бесплатной юридической помощи<sup>16</sup>. К примеру, граждане, имеющие трех и более несовершеннолетних детей, по вопросам, связанным с обеспечением и защитой прав и законных интересов таких детей, могут обращаться за бесплатной юридической помощью в Ивановской, Иркутской, Липецкой, Свердловской, Смоленской, Волгоградской, Тульской, Нижегородской, Пензенской, Калининградской, Челябинской и Ульяновской областях, в Ненецком и Чукотском автономных округах, в Ханты-Мансийском автономном округе — Югра, в республиках Дагестан,

<sup>9</sup> См.: Черкасский П.А. Получение юридической помощи лицом, привлекаемым к административной ответственности // Адвокат. 2008. № 7. С. 29–32.

<sup>10</sup> См., напр.: Биткова Л.А. Административно-правовая защита несовершеннолетних: понятие и содержание // Вопросы ювенальной юстиции. 2012. № 1. С. 18–20; Козак Д. Суд в современном мире: проблемы и перспективы // Российская юстиция. 2001. № 9. С. 3–6; Полякова Н.А. Некоторые вопросы оказания бесплатной юридической помощи в Финляндии и в России // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 15. С. 38–40 и др.

<sup>11</sup> См., например: Колоколов Н. Внепроцессуальный порядок // ЭЖ-Юрист. 2004. № 4 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>12</sup> Морозова Н.А., Панченко В.Ю. Указ. соч.

<sup>13</sup> Ст. 2 ГК РФ.

<sup>14</sup> См.: ч. 2 ст. 5 Федерального закона «О бесплатной юридической помощи».

<sup>15</sup> Там же. Ст. 20.

<sup>16</sup> См. напр.: Закон от 2 ноября 2012 г. № 144-З «О бесплатной юридической помощи в Нижегородской области»; Закон Московской области от 27.07.2013 г. № 97/2013-ОЗ «О бесплатной юридической помощи в Московской области»; Закон Ульяновской области от 03.10.2012 № 131-ЗО «О бесплатной юридической помощи на территории Ульяновской области».

Калмыкия, Карелия и Хакасия, в Хабаровском крае, Чукотском автономном округе, Еврейской автономной области. Граждане, оказавшиеся в трудной жизненной ситуации в связи с утратой ими единственного жилого помещения вследствие паводка, пожара, взрыва либо разрушения по иной причине, могут рассчитывать на правовую поддержку в Калужской, Липецкой и Магаданской областях, в республиках Дагестан, Калмыкия, Хакасия и Саха (Якутия), в Ханты-Мансийском автономном округе — Югра.

Некоторые авторы предлагают «определить категории дел, виды правонарушений, в случае привлечения к ответственности за совершение которых в обязательном порядке должна обеспечиваться бесплатная юридическая помощь»<sup>17</sup>. Данные авторы предлагают к таким категориям отнести дела, связанные с потреблением и незаконным оборотом наркотических, психотропных средств (ст. 6.8 и 6.9 КоАП РФ); нарушением режима пребывания (проживания) в России иностранным гражданином (ст. 18.8 КоАП РФ); дела, в качестве наказания по результатам которых может быть применен административный арест или выдворение за пределы России<sup>18</sup>. Не вызывает сомнения обязательность участия защитника по этим категориям дел об административных правонарушениях, но по нашему мнению, такая детализация с перечислением составов административных правонарушений будет сложна для восприятия даже квалифицированными юристами, не говоря уж о простых гражданах. Логичным представляется сочетание обоих названных критериев, как это предусмотрено в ФЗ «О бесплатной юридической помощи».

Автор предлагает внести изменения в ст. 25.5 КоАП РФ и в ФЗ «О бесплатной юридической помощи». Обязанность по финансированию мероприятий, связанных с оказанием бесплатной юридической помощи по делам об административных правонарушениях, ответственность за совершение которых предусмотрена нормами КоАП РФ, следует возложить на Российскую Федерацию, а по тем делам, где административная ответственность установлена законами субъектов Российской Федерации, — на соответствующие субъекты. Таким образом при оплате труда защитника по делу об административном правонарушении будет соблюден общий порядок финансового обеспечения государственных гарантий прав граждан на получение бесплатной юридической помощи в случае ее оказания участниками государственной системы бесплатной юридической помощи, имеющийся в законодательстве Российской Федерации. По нашему мнению, эти расходы должны быть включены в издержки по делу об административном правонарушении, соответственно следует дополнить ст. 24.7 КоАП РФ.

Также автор считает, что следует учесть сложность процессуального законодательства. Как показывает правоприменительная практика, гражданам бывает довольно трудно возместить расходы на оплату услуг представителя. На основании судебной практики можно сделать вывод, что оплата услуг представителя может составлять значительную часть судебных расходов. «В то же время в судах Российской Федерации сложилась следующая ситуация: восстанавливать свои нарушенные права либо защищаться от несправедливых исков и решений административных органов гражданам приходится в основном за свой счет, а не за счет неправомерной стороны»<sup>19</sup>.

Осознавая серьезность указанной проблемы, законодателю следует проработать действенный механизм возмещения расходов на оплату юридической помощи путем взыскания денежных средств с того государственного или муниципального органа

<sup>17</sup> См.: Морозова Н.А., Панченко В.Ю. Указ. соч; Полякова Н.А. Указ. соч. и др.

<sup>18</sup> См.: Морозова Н.А., Панченко В.Ю. Указ. соч.

<sup>19</sup> См.: Строкін В.А. Недоступное правосудие // URL: [http://advokpalata-21.ru/nedostupnoe\\_pravosudie](http://advokpalata-21.ru/nedostupnoe_pravosudie) (дата обращения: 21.10.2015)

(должностного лица), который инициировал производство по делу об административном правонарушении, в последующем прекращенное в связи с отсутствием события или состава административного правонарушения.

Гражданам, привлекаемым к административной ответственности, должно быть обеспечено конституционное право на получение квалифицированной юридической помощи. На наш взгляд, немаловажная роль в этом отводится судье. Анализируя положения, характеризующие процессуальные действия судьи на начальном этапе рассмотрения дел об административных правонарушениях, можно увидеть сходство с его действиями в подготовительной части судебного заседания по гражданским делам. В этом нет ничего удивительного, поскольку во многом моделью производства по делам об административных правонарушениях послужил гражданский процесс, и они оба призваны реализовать конституционные принципы осуществления правосудия.

В некоторых случаях выбор защитника осуществляется лицом, в отношении которого ведется производство по делу, еще до начала рассмотрения дела (допустим, если совершено административное правонарушение, за которое может быть назначено наказание в виде административного ареста, и соответствующее лицо задерживается до момента рассмотрения дела). Однако нередко в подготовительной части судебного заседания по ходатайству лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, судье приходится решать вопрос, связанный с реализацией его права на защиту.

В таких ситуациях важная роль в обеспечении конституционного права гражданина на получение квалифицированной юридической помощи отведена судье. Именно судья обязан выяснить, имеется ли у лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, ходатайство об участии защитника в рассмотрении дела. Если такое ходатайство подано, судья вправе удовлетворить его и отложить рассмотрение дела, предоставив данному лицу возможность реализовать свое право на защиту. При этом лицу, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, необходимо будет позаботиться о своем защитнике, обратившись за юридической помощью к адвокату, либо к иному лицу, уполномоченному на оказание такой помощи, поскольку оказание бесплатной юридической помощи по назначению в КоАП РФ не предусмотрено. В этом заключается одно из наиболее серьезных несовершенств КоАП РФ, ибо лицо, привлекаемое к административной ответственности, фактически лишается права иметь назначенного ему защитника бесплатно, хотя его законный интерес нередко того требует.

Российское законодательство, регулирующее порядок рассмотрения дел об административных правонарушениях, не соответствует международно-правовым стандартам бесплатной юридической помощи. Часть 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод гласит: «Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дел»<sup>20</sup>. Конечно, ч. 3 ст. 6 Конвенции устанавливает гарантии предоставления бесплатного защитника только обвиняемым по уголовным делам. Однако Европейский суд по правам человека (далее — ЕСПЧ) расширил толкование данной статьи, добавив к уголовной сфере большинство административных правонарушений. ЕСПЧ возложил на государства ответственность за со-

<sup>20</sup> Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Рим, 04.11.1950 г., с изм. от 13.05.2004 г.) (вместе с протоколами № 1 (Париж, 20.03.1952 г.), № 4 (Страсбург, 16.09.1963 г.), № 7 (Страсбург, 22.11.1984 г.)).

блюдение принципа обеспечения права на юридическую защиту. С этой точки зрения лицу, привлекаемому к административной ответственности, должно быть обеспечено право на бесплатную юридическую помощь по назначению, например, когда у него нет средств для оплаты услуг адвоката или иного лица.

В практике ЕСПЧ неоднократно акцентировалось внимание на том, что государство обязано принять меры к обеспечению права на реальную защиту, а не на формальное назначение защитника. Более того, в одном из решений ЕСПЧ указал, что если назначенный защитник допустил очевидное упущение, которое привело к лишению его защитного доступа к правосудию, то суд должен предоставить ему другого защитника.

Может, для кого-то такой подход к вопросу о бесплатной юридической помощи по делам об административных правонарушениях выглядит непривычно, поскольку он слишком отличается от правоприменительной практики, сложившейся в нашей стране. Тем не менее, подобный подход основан на требованиях европейских стандартов. С учетом того, что Российская Федерация признала эти стандарты, их следует учитывать. По мнению автора, отсутствие в КоАП РФ норм, предоставляющих судье право назначать защитника по делу об административном правонарушении, делает невозможным реализацию общих принципов правосудия, провозглашенных в международно-правовых актах. Кроме того, КоАП РФ лишает граждан возможности реализовать свое конституционное право на получение квалифицированной юридической помощи. По нашему мнению, данный вопрос должен быть разрешен законодательным путем в самом скором времени. Однако еще до того, как соответствующие изменения будут внесены в КоАП РФ, необходимо серьезно переосмыслить складывающуюся судебную практику. Следует внедрить в нее международные стандарты оказания бесплатной юридической помощи. Ситуация, при которой в КоАП РФ отсутствуют нормы, предоставляющие судье право назначать защитника по делу об административном правонарушении, абсолютно не способствует реализации общих принципов правосудия, провозглашенных в международно-правовых актах, к которым Россия присоединилась.

Исходя из вышесказанного, важнейшей задачей российского законодателя является дальнейшее дополнение и детализация положений гл. 25 КоАП РФ путем включения в нее норм, определяющих случаи обязательного участия защитника в производстве по делам об административном правонарушении и процедуру привлечения его к участию в деле. До тех пор, пока КоАП РФ не начнет регулировать эти вопросы, практика ЕСПЧ будет идти вразрез с российской правоприменительной практикой. Отсутствие в КоАП РФ упоминания об обязательном участии защитника в производстве по делам об административном правонарушении нередко лишает граждан на защиту их прав и законных интересов. К примеру, лишение специального права на управление транспортным средством может навредить гражданину не меньше, чем привлечение его к уголовной ответственности, особенно если его профессиональная деятельность напрямую связана с управлением транспортным средством. Человек в этом случае фактически лишается источника средств к существованию. Все это свидетельствует о том, что необходимо предусмотреть в КоАП РФ случаи пользования услугами защитника на безвозмездной основе.



## Библиография

Баранов М.Л., Гошуляк В.В., Грудцына Л.Ю. и др. Научно-практический комментарий к Федеральному закону от 21 ноября 2011 г. № 324-ФЗ «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» (постатейный) / под ред. Ю.А. Дмитриева. М., 2012 // СПС КонсультантПлюс.

Биткова Л.А. Административно-правовая защита несовершеннолетних: понятие и содержание // Вопросы ювенальной юстиции. 2012. № 1. С. 18–20.

- Козак Д. Суд в современном мире: проблемы и перспективы // Российская юстиция. 2001. № 9. С. 3–6.
- Колоколов Н. Внепроцессуальный порядок // ЭЖ-Юрист. 2004. № 4 // СПС КонсультантПлюс.
- Комментарий к Федеральному закону от 24 июня 1999 г. № 120-ФЗ «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних» (постатейный). М., 2013 // СПС КонсультантПлюс.
- Кручинин Ю.С., Арапов В.В. Вопросы реализации государственной системы бесплатной юридической помощи в Российской Федерации // Адвокат. 2012. № 12. С. 5–12.
- Морозова Н.А., Панченко В.Ю. Финансовая доступность юридической помощи по делам об административных правонарушениях // Российский судья. 2013. № 5. С. 40–42.
- Панкова О.В. Правонарушения в области дорожного движения: судебная практика применения КоАП РФ. М., 2014 // СПС КонсультантПлюс.
- Петиякин С.Г. Доступность бесплатной квалифицированной юридической помощи // Юрист. 2014. № 4. С. 9–11.
- Полякова Н.А. Некоторые вопросы оказания бесплатной юридической помощи в Финляндии и в России // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 150. С. 38–40.
- Поникаров В.А., Смирнов Д.А. Адвокатская практика в административно-юрисдикционной деятельности правоохранительных органов России // Российский судья. 2007. № 2. С. 12–14.
- Поспелов Б.И. К вопросу об обязательном участии защитника по делу об административном правонарушении // Административное право и процесс. 2012. № 2. С. 43–46.
- Строкин В.А. Недоступное правосудие // URL: [http://advokpalata-21.ru/nedostupnoe\\_pravosudie](http://advokpalata-21.ru/nedostupnoe_pravosudie) (дата обращения: 21.10.2015).
- Черкасский П.А. Получение юридической помощи лицом, привлекаемым к административной ответственности // Адвокат. 2008. № 7. стр. 29-32.
- Яшина О.Н. Сравнительно-правовой анализ законодательных актов, принятых субъектами Российской Федерации и регулирующих оказание бесплатной юридической помощи на их территориях // Адвокат. 2013. № 4. С. 35–40.

---

## Free Legal Aid and Administrative Violations Cases



**Olga Chumakova**

Director, Legal Clinic, Associate Professor, Department of Administrative and Financial Law, All-Russia State University of Justice, Candidate of Juridical Sciences. Address: 2/1 Azovskaya Str., Moscow, 117638, Russian Federation. E-mail: [Chumakova-ov@yandex.ru](mailto:Chumakova-ov@yandex.ru)



### Abstract

Irrespective of the type of legal liability, the right to legal aid is common and should cover administrative violations cases. Citizens should have a real opportunity to resort to legal aid irrespective of their material status. Increasingly, citizens cannot take advantage of the aid of defender due to the lack of funds to pay fee. The author proposes to amend Art. 25.2 of the Russian Federation Administrative Violations Code and the Federal Law of November 21, 2011 No 324-FZ On Free Legal Aid in the Russian Federation. The responsibility on financing measures targeting rendering free legal aid as to the cases of administrative violations under the Russian Federation Administrative Violations Code should be taken by the RF, and as to the cases where administrative liability is regulated by the laws of the RF Constituent territories, such assistance should be ensured by the RF Constituent territories. The author states that an important role in ensuring constitutional right to obtain qualified legal aid is given to judge. In the author's opinion, the Administrative Violations Code should provide the mandatory involvement of a defendant in the proceedings on administrative violations. As the issue presented requires serious examination, legislators should develop an efficient tool of compensating expenses on paying for legal aid by claiming funds from the state or municipal body (official) which initiated the proceeding if the case terminated due to the absence of act or corpus delicti. In the author's opinion, the absence of norms in the Administrative Violations Code makes the implementation of the common

principles of justice void and deprives citizens of resorting to the constitutional right of obtaining qualified legal aid. A pivotal task of Russian legislators under such circumstances is adding provisions to Art 25 of the Russian Federation Administrative Violations Code to determine the cases of obligatory participation of defender in administrative proceedings and involvement in court hearings.



## Keywords

free legal aid, administrative violations cases, expenses, availability of legal aid, Administrative Violations Code, international standards of free legal aid.

Citation: Chumakova O.V. (2016) Free Legal Aid and Administrative Violations Cases. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 112–120 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.112.120



## References

Baranov M.L. et al. (2012) *Nauchno-prakticheskiy kommentariy k Federal'nomu zakonu ot 21 noyabrya 2011 «O besplatnoy yuridicheskoy pomoshchi v Rossiyskoy Federatsii» (postateynnyy)* [Commentary to the Federal Law of November 21, 2011 On Free Legal Aid in the Russian Federation]. SPS Konsul'tantPlyus.

Bevzyuk E.A. et al. (2013) *Kommentariy k Federal'nomu zakonu ot 24 iyunya 1999 «Ob osnovakh sistemy profilaktiki beznadzornosti i pravonarusheniy nesovershennoletnikh» (postateynnyy)* [Commentary to the Federal Law of June 24, 1999 On Preventing Neglect and Juvenile Crime]. SPS Konsul'tantPlyus.

Bitkova L.A. (2012) Administrativno-pravovaya zashchita nesovershennoletnikh: ponyatie i sodержanie [Administrative Law Justice of Minors: Concept and Content]. *Voprosy yuvenal'noy yustitsii*, no 1, pp. 18–20.

Cherkasskiy P.A. (2008) Poluchenie yuridicheskoy pomoshchi litsam, privilekaemym k administrativnoy otvetstvennosti [Legal Aid to People Brought to Administrative Liability]. *Advokat*, no 7, pp. 29–32.

Kozak D. (2001) Sud v sovremennom mire: problemy i perspektivy [Court in Modern World: Problems and Perspectives]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 9, pp. 3–6.

Kolokolov N. (2004) Vneprotsessual'nyy poryadok [Extrajudicial Order] *EZh-Yurist*, no 4. SPS Consultant Plyus.

Kruchinin Yu.S., Arapov V.V. (2012) Voprosy realizatsii gosudarstvennoy sistemy besplatnoy yuridicheskoy pomoshchi v Rossiyskoy Federatsii [Implementing State System of Free Legal Aid in the RF]. *Advokat*, no 12, pp. 5–12.

Morozova N.A., Panchenko V.Yu. (2013) Finansovaya dostupnost' yuridicheskoy pomoshchi po delam ob administrativnykh pravonarusheniyyakh [Financial Availability of Legal Aid in Cases of Administrative Violations]. *Rossiyskiy sud'ya*, no 5, pp. 40–42.

Pankova O.V. (2014) *Pravonarusheniya v oblasti dorozhnogo dvizheniya: sudebnaya praktika primeneniya KoAP RF* [Traffic Violations: Case Practice of Applying RF Administrative Code]. SPS Konsul'tantPlyus.

Petikan S.G. (2014) Dostupnost' besplatnoy kvalifitsirovannoy yuridicheskoy pomoshchi [Availability of Free Legal Aid]. *Yurist*, no 4, pp. 9–11.

Polyakova N.A. (2008) Nekotorye voprosy okazaniya besplatnoy yuridicheskoy pomoshchi v Finlyandii i v Rossii [Free Legal Aid in Finland and in Russia]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*, no 15, pp. 38–40.

Ponikarov V.A., Smirnov D.A. (2007) Advokatskaya praktika v administrativno-yurisdiktsionnoy deyatel'nosti pravookhranitel'nykh organov Rossii [Involvement of Bar in Administrative and Jurisdictional Activity of Law Enforcement Agencies]. *Rossiyskiy sud'ya*, no 2, pp. 12–14.

Strokin V.A. (2011) Nedostupnoe pravosudie [Unavailable Justice]. Available at: URL: [http://advokpalata-21.ru/nedostupnoe\\_pravosudie](http://advokpalata-21.ru/nedostupnoe_pravosudie) (accessed: October 21, 2012)

Yashina O.N. (2013) *Sravnitel'no-pravovoy analiz zakonodatel'nykh aktov, prinyatykh sub'ektami Rossiyskoy Federatsii i reguliruyushchikh okazanie besplatnoy yuridicheskoy pomoshchi na ikh territoriyakh* [Comparative Law Analysis of Legislative Norms Approved in RF Constituencies on Legal Aid on their Territories]. *Advokat*, no 4, pp. 35–40.



# Особенности прокурорского надзора за исполнением законов о рекламе в границах национальных парков (на примере Национального парка «Лосиный остров»)

---



**С.В. Сорокин**

аспирант Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, заместитель межрайонного природоохранного прокурора Московской области. Адрес: 141021, Российская Федерация, Московская область, Мытищи, ул. Юбилейная, 24. E-mail: blackni@yandex.ru

---



## Аннотация

Концепция Всеобъемлющей системы международной безопасности, не ограничиваясь вопросами безопасности в военной сфере, выделяет еще экономическое и экологическое направления развития международного правопорядка. По мнению ряда ученых, причины экологических проблем лежат в экономике. В этих условиях особую актуальность имеет вопрос о хозяйственной (рекламной) деятельности в границах особо охраняемых природных территорий. Специфика настоящей статьи заключается в исследовании нетипичного соотношения таких различных по своему существу понятий, как реклама и особо охраняемые природные территории, в контексте прокурорского надзора за исполнением законов в указанных сферах. Реклама — это информация, распространяемая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Национальный парк — это территория, где в целях охраны окружающей среды ограничена деятельность человека. В отличие от заповедников, где деятельность человека практически полностью запрещена (запрещены охота, туризм и т.п.), на территорию национальных парков допускаются туристы, в ограниченных масштабах здесь допускается хозяйственная деятельность. Результаты надзорной практики межрайонной природоохранной прокуратуры Московской области показали обеспокоенность граждан и организаций вопросом о законности установления рекламных конструкций на территории Национального парка «Лосиный остров», граничащей с Московской кольцевой автомобильной дорогой. Предметом проверок прокуратуры было наличие у дирекции Национального парка права заключать договоры на установку и эксплуатацию рекламных конструкций. Подробный анализ действующего законодательства о рекламе и особо охраняемых природных территориях дает возможность сделать выводы относительно возможности размещения рекламных конструкций на территории национальных парков при соблюдении определенных условий. Размещение рекламных конструкций также способствует пропаганде бережного отношения к окружающей среде, так как на подавляющем большинстве рекламных конструкций размещены сведения о Национальном парке «Лосиный остров» с разъяснениями положений природоохранного законодательства. Выводы статьи подтверждаются судебной практикой арбитражных судов различных уровней.

---



## Ключевые слова

прокурорский надзор, реклама, охрана природы, законодательство, особо охраняемые природные территории, Национальный парк «Лосиный остров».

---

Библиографическое описание: Сорокин С.В. Особенности прокурорского надзора за исполнением законов о рекламе в границах национальных парков (на примере Национального парка «Лосиный остров») // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 1. С. 121–129.

JEL: K1; УДК: 34

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.121.129

В теории и практике международных отношений отмечается эволюция понятия «безопасность», которое с 80-х годов XX в. все в большей мере не столько отождествляется с национальной военной безопасностью, сколько связывается с множеством причин, угрожающих безопасности, и с взаимозависимостью государств. Данное явление нашло отражение в концепции Всеобъемлющей системы международной безопасности (далее — ВСМБ)<sup>1</sup>. Концепция ВСМБ не ограничивается вопросами безопасности в военной сфере, включая иные основные направления развития международного правопорядка, среди которых в качестве приоритетных выделяются политические, экономические, экологические и гуманитарные.

Экологическая безопасность важна для обеспечения безопасности в военной, политической, экономической и гуманитарной областях. В отечественной юридической литературе понятие «экологическая безопасность» определяется по-разному:

- устойчивое состояние глобального характера, которое представляет собой сложное политико-правовое единство, систему отдельных, но взаимосвязанных элементов<sup>2</sup>;
- безопасность жизненно важных для человечества экологических компонентов нашей планеты и поддержание надлежащего природного равновесия между ними<sup>3</sup>;
- комплекс правовых, организационных и материальных гарантий защиты окружающей среды каждого государства от вредоносного воздействия, источники которого расположены за пределами данного государства<sup>4</sup>;
- сложная взаимосвязанная и взаимозависимая система международных экологических норм, направленных на обеспечение безопасности всех жизненно важных для человечества экологических компонентов планеты, а также сохранение и поддержание существующего естественного природного баланса<sup>5</sup>;
- состояние защищенности окружающей среды и жизненно важных интересов личности, общества и государства от возможного негативного воздействия хозяйственной и иной деятельности, чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, их последствий, а также гарантированность экологических прав и законных интересов физических и юридических лиц<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Всеобъемлющая система международной безопасности и международное право / В.С. Верещетин (отв. ред.) и др. М., 1987. 125 с.; *Малинин С.А.* Концепция всеобъемлющей системы международной безопасности и международное право // *Правоведение*. 1987. № 4. С. 16–25.

<sup>2</sup> *Тимошенко А.С.* Экологическая безопасность и международное право // *Советский ежегодник международного права*. 1988. М., 1989. С. 23–38.

<sup>3</sup> *Нестеренко Е.А.* Принципы международного права окружающей среды / *Международное право* / под ред. Ю.М. Колосова, В.И. Кузнецова. М., 1998. С. 581.

<sup>4</sup> *Шишко А.А.* Взаимосвязь международного права и внутреннего права в области охраны окружающей среды / *Реализация международно-правовых норм во внутреннем праве*. Киев, 1992. С. 116–162.

<sup>5</sup> *Кукушкина А.В.* Экологическая безопасность, разоружение и военная деятельность государств: международно-правовые аспекты. М., 2008. 176 с.

<sup>6</sup> *Велиева Д.С.* Экологическая безопасность в России: конституционно-правовое исследование / под ред. В.Т. Кабышева. Саратов, 2011. 204 с.

В самом общем виде экологическую безопасность можно определить как состояние защищенности жизненно важных интересов личности, общества, природы и государства от реальных или потенциальных угроз, создаваемых антропогенным или естественным воздействием на окружающую среду<sup>7</sup>.

Безусловно и то, что в эпицентре всех мировых процессов находится государство, роль которого значительна, хотя и весьма подвижна. «Государственное управление несет основную публичную нагрузку, обеспечивая устойчивое развитие экономической и социальной сфер и растущие в обществе потребности в ресурсах. От него во многом зависят реальные гарантии прав и законных интересов граждан, частных лиц и юридических лиц — в широком смысле, а также безопасность страны. Государственное управление призвано своевременно и правильно отвечать на вызовы внутри и вне страны»<sup>8</sup>.

Информация определяет экономический, научный, культурный, образовательный и иные потенциалы общественного развития наравне с материальным производством, поэтому государство заинтересовано в обеспечении информационной безопасности как защите национальных интересов. В Доктрине информационной безопасности Российской Федерации указывается, что «совершенствование правовых механизмов регулирования общественных отношений, возникающих в информационной сфере, является приоритетным направлением государственной политики в области обеспечения информационной безопасности Российской Федерации»<sup>9</sup>.

В ст. 58 Конституции России предусмотрена обязанность каждого сохранять природу и окружающую среду, бережно относиться к природным богатствам. Одновременно каждому гарантируется право на благоприятную окружающую среду, достоверную информацию о ее состоянии (ст. 42). Согласно ст. 1 Федерального закона от 10.01.2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» (далее — Федеральный закон № 7-ФЗ), негативное воздействие на окружающую среду — это воздействие хозяйственной и иной деятельности, последствия которой приводят к негативным изменениям качества окружающей среды.

В настоящей статье кратко рассмотрен вопрос прокурорского надзора за исполнением законов о рекламе на территории национальных парков (на примере Национального парка «Лоосиный остров»). Специфика разрабатываемого вопроса заключается в нетипичном соотношении таких разных по своему существу понятий, как реклама и особо охраняемые природные территории, опосредованное влияние информационных технологий на окружающую среду.

Рассматривая рекламу как составной элемент экономики, необходимо учитывать установленный Федеральным законом № 7-ФЗ принцип презумпции экологической опасности планируемой хозяйственной и иной деятельности. Более того, причины экологических проблем, как утверждает А.К. Голиченков<sup>10</sup>, лежат в экономике, что предопределяет необходимость увязывания требований экологической безопасности, весьма капиталоемкие и потому невыгодные производителю, с объективными экономическими законами.

<sup>7</sup> Международное экологическое право: учебник / Т.Г. Авдеева, А.И. Алиев, Р.Р. Амиров и др.; отв. ред. Р.М. Валеев. М., 2012. 639 с.

<sup>8</sup> См.: Тихомиров Ю.А. Сравнительно-правовой анализ институтов государственного управления / Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта. М., 2011. С. 13–19.

<sup>9</sup> Доктрина информационной безопасности Российской Федерации, утв. Президентом Российской Федерации от 09.09.2000 № Пр-1895.

<sup>10</sup> Голиченков А.К. Экономический механизм природопользования: опыт функционирования и правового обеспечения // Хозяйство и право. 1991. № 4. С. 97–105.

Профессор С.А. Боголюбов однозначно определил, что «становление рыночных отношений отражается на осуществлении охраны окружающей среды, что актуализирует задачу определения ее соотношения с бизнесом, предпринимательством и государством. Известное взаимодействие и одновременное противоборство экономики и экологии, имеющих один фонетический корень, отражается на целях и уровне правового регулирования экономического механизма охраны окружающей среды, признанным направлением единой государственной экологической политики»<sup>11</sup>. Одновременно «государство в экономической сфере призвано повседневно поддерживать режим благоприятствования для участников предпринимательской деятельности в сфере свободного рынка, неприкосновенность собственности, свободу договора, состояние свободной конкуренции, пресекать злоупотребления экономической свободой, устранять неблагоприятные последствия таких нарушений»<sup>12</sup>. При этом, как справедливо отметили Н.Д. Бут и С.В. Бажанов, «свобода экономической деятельности представляет собой способность конкретного физического (юридического) лица в условиях рыночных отношений самостоятельно вести бизнес с учетом объективно обусловленных общественных интересов... Однако подобная независимость (в отсутствие ограничений) олицетворяет свободу лишь условно, предполагая наличие в социуме определенных, в том числе правовых, механизмов, устанавливающих ее пределы»<sup>13</sup>.

Понятие рекламы раскрыто в ст. 3 Федерального закона № 38-ФЗ от 13.03.2006 г. «О рекламе» (далее — Федеральный закон № 38-ФЗ) и определено как информация, распространяемая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Точную характеристику понятия «национальный парк» дала О.Л. Дубовик в комментарии к Федеральному закону от 14.03.1995 г. № 33-ФЗ «Об особо охраняемых природных территориях» (далее — Федеральный закон № 33-ФЗ). Национальный парк — территория, где в целях охраны окружающей среды ограничена деятельность человека. В отличие от заповедников, где деятельность человека (охота, туризм и т.п.) практически полностью запрещена, на территорию национальных парков допускаются туристы, в ограниченных масштабах допускается хозяйственная деятельность<sup>14</sup>.

Исходя из вышеизложенного, реклама (за исключением социальной рекламы) преследует исключительно экономические цели, а создание национальных парков направлено на сохранение природного многообразия.

Земельный кодекс Российской Федерации (далее — ЗК РФ) регулирует правовой режим земель особо охраняемых территорий и объектов. Так, в соответствии со ст. 94 ЗК РФ к землям особо охраняемых территорий относятся земли, которые имеют особое природоохранное, научное, историко-культурное, эстетическое, рекреационное, оздоровительное и иное ценное значение, которые изъяты в соответствии с постановлениями федеральных органов государственной власти, органов государственной власти

<sup>11</sup> См.: Государство и бизнес в системе правовых координат / отв. ред. А.В. Габов. М., 2014. С. 302.

<sup>12</sup> Алексеев С.С. Философия права. М.: Норма, 1999. С. 319–320.

<sup>13</sup> Бут Н.Д., Бажанов С.В. Обеспечение прокурором баланса частного и публичного интересов при осуществлении надзора за исполнением законов в сфере экономики // Российская юстиция. 2014. № 12. С. 43–46.

<sup>14</sup> Комментарий к Федеральному закону от 14.03.1995 г. № 33-ФЗ «Об особо охраняемых природных территориях» (постатейный) / отв. ред. О.Л. Дубовик. М., 2015 // СПС КонсультантПлюс.

субъектов Российской Федерации или решениями органов местного самоуправления полностью или частично изъяты из хозяйственного использования и оборота и для которых установлен особый правовой режим.

С учетом особенностей режима особо охраняемых природных территорий законодатель определил такую форму их организации, как национальные парки (ст. 2 Федерального закона № 33-ФЗ). В настоящее время на территории России находятся 39 национальных парков<sup>15</sup>. Государственный природный национальный парк «Лосиный остров» создан постановлением Совета Министров РСФСР от 24.08.1983 г. № 401. Этот Национальный парк расположен на территории Москвы, Балашихинского, Мытищинского, Пушкинского, Щелковского районов и городского округа Королев Московской области, т.е. на территории двух субъектов федерации, что в значительной степени усложняет правовое регулирование в его границах.

В надзорной практике межрайонной природоохранной прокуратуры Московской области в 2014–2015 гг. неоднократно возникали вопросы законности установки рекламных конструкций на территории национального парка «Лосиный остров», граничащей с Московской кольцевой автомобильной дорогой (далее — МКАД). Вопросы надзора органов прокуратуры за исполнением законодательства в сфере экологии в контексте ст. 21 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» нераздельно связаны с законностью использования объектов окружающей среды хозяйствующими субъектами. Именно объекты окружающей среды (в том числе земля, вода, леса, воздух) являются тем экологическим и экономическим капиталом, без которого немислимы создание благоприятных условий жизни человека, обеспечение комфортной среды его обитания, экономическая безопасность государства<sup>16</sup>.

В ходе проверок по поступившим обращениям работниками прокуратуры не только проанализировано действующее законодательство и опрошены сотрудники Национального парка, но и осуществлены проверки с выездом на места, которые позволили сделать следующие выводы.

В соответствии с ч. 5 ст. 19 Федерального закона № 38-ФЗ установка и эксплуатация рекламной конструкции осуществляется ее владельцем по договору с собственником земельного участка, здания или иного недвижимого имущества, к которому присоединяется рекламная конструкция, либо с лицом, уполномоченным собственником такого имущества, в том числе с арендатором. Согласно ч. 5.1 ст. 19 Федерального закона № 38-ФЗ, заключение договора на установку и эксплуатацию рекламной конструкции на земельном участке, здании или ином недвижимом имуществе, находящемся в государственной или муниципальной собственности, осуществляется на основе торгов (в форме аукциона или конкурса), проводимых органами государственной власти, органами местного самоуправления или уполномоченными ими организациями в соответствии с законодательством России.

Территория Национального парка «Лосиный остров» является федеральной собственностью. Постановлением Правительства Российской Федерации от 05.06.2008 № 432 «О Федеральном агентстве по управлению государственным имуществом» определено, что в отношении земельных участков, являющихся федеральной собственностью, полномочия собственника осуществляет Росимущество.

<sup>15</sup> URL: <http://www.mnr.gov.ru> (дата обращения: 12.10.2015)

<sup>16</sup> Буренина О.В. Организация деятельности природоохранных прокуратур: история и современность // Правовая инициатива. 2013. № 10. С. 1.

Основным вопросом, являвшимся предметом проверок прокуратуры, было наличие права у дирекции Национального парка заключать договоры на установку и эксплуатацию рекламных конструкций. Так, согласно Положению о Федеральном государственном учреждении «Национальный парк «Лосиный остров», утвержденному приказом Министерства природных ресурсов и экологии Российской Федерации от 30.06.2010 № 232, земля, водные объекты, недра, растительный и животный мир, находящиеся на территории Национального парка, предоставляются учреждению в пользование (владение) на правах, предусмотренных федеральным законодательством. В соответствии с п. 3 ст. 95 ЗК РФ в пределах земель национального парка изменение целевого назначения земельных участков или прекращение прав на землю для нужд, противоречащих их целевому назначению, не допускается.

Дифференцированный режим охраны национальных парков предполагает выделение функциональных зон, в каждой из которых устанавливается различный объем режимных ограничений в зависимости от целей их выделения. В этом смысле национальные парки ближе к концепции биосферных резерватов, чем государственные природные заповедники<sup>17</sup>. Так, в соответствии с п. 10 Положения о Национальном парке «Лосиный остров»<sup>18</sup> на территории Национального парка установлен дифференцированный режим особой охраны и выделены заповедная зона, особо охраняемая зона, рекреационная зона, зона охраны объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) народов России, зона хозяйственного назначения, направленная на обеспечение функционирования ФГБУ «Национальный парк «Лосиный остров»» и жизнедеятельности граждан, проживающих в пределах территории парка.

Наличие дифференцированного режима охраны национальных парков способствует выделению зон, в которых возможна установка рекламных конструкций. Федеральным законом № 33-ФЗ определено, что вопросы социально-экономической деятельности хозяйствующих субъектов, находящихся на территории Национального парка «Лосиный остров» и его охранной зоны, согласуются с Министерством природных ресурсов и экологии России. Таким образом, при условии, что договорные отношения заключены по итогам торгов, не будут связаны с передачей прав на земельный участок, согласованы с Министерством природных ресурсов и экологии и Федеральным агентством по управлению государственным имуществом, размещение рекламных конструкций на территории национального парка действующим законодательством допускается.

В юридической литературе<sup>19</sup> и в буквальном толковании норм права определены общие требования законодательства к рекламе: добросовестность, достоверность, требования, обязательные при рекламировании товаров (ч. 4–11 ст. 5 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе»), защита прав и интересов несовершеннолетних при осуществлении рекламной деятельности. В связи с этим в ходе проверок была дана оценка содержанию размещаемой информации.

Установлено, что размещение рекламных конструкций способствует пропаганде бережного отношения к окружающей среде, так как на подавляющем большинстве рекламных конструкций размещены сведения о Национальном парке «Лосиный остров» с разъяснениями положений Федерального закона № 33-ФЗ. Анализ судебной практики

<sup>17</sup> См.: Комментарий к Федеральному закону от 14.03.1995 № 33-ФЗ «Об особо охраняемых природных территориях».

<sup>18</sup> Утв. приказом Министерства природных ресурсов и экологии Российской Федерации от 26.03.2012 № 82.

<sup>19</sup> Малышева М.Ф., Попов А.В. Правовое регулирование рекламной деятельности. М., 2012. С. 40.



арбитражных судов показал, что судьи занимают аналогичную правовую позицию при вынесении решений по схожим вопросам<sup>20</sup>.

Следует также отметить, что возможность установки рекламных конструкций не отменяет необходимости возмещения вреда, причиненного организацией почвенному покрову и растительности в результате их монтажа. Указанный расчет производится по Методическим рекомендациям по организации охраны государственных природных заповедников и национальных парков, утвержденных приказом Федеральной службы по надзору в сфере природопользования от 14.06.2007 № 165 «О совершенствовании работы государственных инспекций по охране заповедников и национальных парков, находящихся в ведении Федеральной службы по надзору в сфере природопользования».

Приведенный краткий анализ нормативной базы и результатов правоприменительной практики межрайонной природоохранной прокуратуры Московской области наглядно демонстрирует, что при соблюдении отдельных ограничений размещение рекламных конструкций на территории Национального парка «Лосиный остров» не только не противоречит требованиям действующего законодательства, но и способствует пропаганде бережного отношения к окружающей среде.



## Библиография

Алексеев С.С. Философия права. М.: Норма, 1998. 336 с.

Буренина О.В. Организация деятельности природоохранной прокуратуры: история и современность // Правовая инициатива. 2013. № 10. С. 1–7.

Бут Н.Д., Бажанов С.В. Обеспечение прокурором баланса частного и публичного интересов при осуществлении надзора за исполнением законов в сфере экономики // Российская юстиция. 2014. № 12. С. 43–46.

Велиева Д.С. Экологическая безопасность в России: конституционно-правовое исследование / под ред. В.Т. Кабышева. Саратов: Поволжская академия государственной службы им. П.А. Столыпина, 2011. 204 с.

Всеобъемлющая система международной безопасности и международное право / В.С. Верещетин (отв. ред.) и др. М.: Институт государства и права АН СССР, 1987. 125 с.

Голиченков А.К. Экономический механизм природопользования: опыт функционирования и правового обеспечения // Хозяйство и право. 1991. № 4. С. 97–105.

Государство и бизнес в системе правовых координат: монография / отв. ред. А.В. Габов. М.: ИНФРА-М, 2014. С. 302.

Комментарий к Федеральному закону от 14.03.1995 г. № 33-ФЗ «Об особо охраняемых природных территориях» / под ред. О.Л. Дубовик. М., 2015 // СПС КонсультантПлюс.

Кукушкина А.В. Экологическая безопасность, разоружение и военная деятельность государств: международно-правовые аспекты. М.: ЛКИ, 2008. 176 с.

Малышева М.Ф., Попов А.В. Правовое регулирование рекламной деятельности: учебно-практическое пособие. М.: Дашков и К, 2012. 160 с.

Международное экологическое право: учебник / отв. ред. Р.М. Валеев. М.: Статут, 2012. 639 с.

Нестеренко Е.А. Принципы международного права окружающей среды / Международное право / под ред. Ю.М. Колосова, В.И. Кузнецова. М.: Международные отношения, 1998. 581 с.

<sup>20</sup> Решения Арбитражного суда города Москвы по делам № А40-175264/14, А40-17232/14 // <http://www.msk.arbitr.ru> (дата обращения: 12.10.2015); Решение Арбитражного суда Московской области по делу № А41-27960/14 // <http://www.asmo.arbitr.ru> (дата обращения: 12.10.2015); Решение Девятого апелляционного арбитражного суда по делу № А40-44376/2014 // <http://www.9aas.arbitr.ru> (дата обращения: 12.10.2015); Решение Арбитражного суда Московского округа по делу № А40-44376/14 // <http://www.fasmo.arbitr.ru> (дата обращения: 12.10.2015)

Тимошенко А.С. Экологическая безопасность и международное право // Советский ежегодник международного права. 1988. М.: Наука, 1989. С. 23–38.

Тихомиров Ю.А. Сравнительно-правовой анализ институтов государственного управления // Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта. М.: Статут, 2011. С. 13–19.

Шишко А.А. Взаимосвязь международного права и внутреннего права в области охраны окружающей среды / Реализация международно-правовых норм во внутреннем праве. Киев: Наукова думка, 1992. С. 116–162.

## Specifics of the Prosecutor Office Supervision over Implementation of Laws on Advertising in National Parks: Case Study of National Park Losiny Ostrov



**Sergei V. Sorokin**

Postgraduate Student, Academy of Russian Federation General Prosecutor, Deputy of Interregional General Prosecutor on Nature Protection, Moscow Region. Address: 24 Yubileynaya Str., Mytishchi, Moscow Region, 141021, Russian Federation. E-mail: blackni@yandex.ru



### Abstract

The concept of the comprehensive system of international security is not reduced to the problems of military security and includes another economic and environmental trend of international law and order. Many scientists see the causes of environmental problems in economy. Hence, one issue is getting acute, i.e. of performing economic (advertising) activity on the territory of protected natural site. The specific of the paper is in the research of a non-standard balance of different concepts advertising and natural sites under special protection in context of prosecutor's supervision. Advertising is information spread by any means, in any form by any means addressed to a wide range of public and aiming to attract attention to the object of advertising, building up and maintaining interest to it and promotion on the market. National park is a territory where for protection purposes human activity is limited. Unlike natural reserves, where the activity of man is practically forbidden (hunting, tourism etc.), tourists and limited economic activity are admitted on the territory of national parks. The results of supervision practice of the Interregional Nature Protection Prosecutor's Office in the Moscow region have shown the concern of citizens and companies with the issue of legality of advertising constructions on the territory of the National Park Losiny Ostrov bordering Moscow Automobile Ring Road. The subject matter of the prosecutor's investigation was the installation and operation of advertising constructions. Detailed analysis of the current legislation on advertising and nature sites under special protection provides grounds to conclude on the possibilities of installing advertising constructions on the territory of nature parks in case of observing certain conditions. Installed advertising constructions may promote the idea of careful attitude to environment as the majority of advertising constructions provide information on the National Park Losiny Ostrov. The conclusions of the paper are confirmed with the case practice of arbitration courts at various levels.



### Keywords

prosecutor office supervision, advertising, nature protection, legislation, specially protected natural sites, Losiny Ostrov National Park.

Citation: Sorokin S.V. (2016) Specifics of the Prosecutor Office Supervision over Implementing Laws on Advertising at Territories of National Parks: Case of National Park Losinyi Ostrov. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 121–129 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.121.129



### References

Alekseev S.S. (1998) *Filosofiya prava* [Philosophy of Law]. Moscow: Norma, 336 p. (in Russian)

Burenina O.V. (2013) Organizatsiya deyatelnosti prirodookhrannykh prokuratur: istoriya i sovremennost' [Activity of Nature Protection Prosecutor's Offices: Past and Present] *Pravovaya initsiativa*, no 10, pp. 1–7.

- But N.D., Bazhanov S.V. (2014) Obespechenie prokurorom balansa chastnogo i publicnogo interesov pri osushchestvlenii nadzora za ispolneniem zakonov v sfere ekonomiki [Ensuring Balance Private and Public Law in Prosecutor Supervising Laws in Economic Sphere]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 12, pp. 43–46.
- Dubovik O.L. (ed.) (2015) *Kommentariy k Federal'nomu zakonu ot 14.03.1995 № 33-FZ «Ob osobo okhranyaemykh prirodnykh territoriyakh» (postateynyy)* [Commentary to Federal Law of 14.03.1995 № 33-FZ On Special Natural Territories] // SPS Konsul'tant Plyus.
- Gabov A.V. (ed.) (2014) *Gosudarstvo i biznes v sisteme pravovykh koordinat: Monografiya* [State and Business in the System of Legal Coordinates: Monograph]. Moscow: INFRA-M, p. 302.
- Golichenkov A.K. (1991) Ekonomicheskiy mekhanizm prirodopol'zovaniya: opyt funktsionirovaniya i pravovogo obespecheniya [Economic Mechanism of Environmental Management: Case of Functioning and Legal Security]. *Khozyaystvo i pravo*, no 4, pp. 97–105.
- Kukushkina A.V. (2008) *Ekologicheskaya bezopasnost', razoruzhenie i voennaya deyatel'nost' gosudarstv: mezhdunarodno-pravovye aspekty* [Environmental Security, Disarmament and Military Activity of States: International Law Aspects]. Moscow: LKI, 176 p. (in Russian)
- Malysheva M.F., Popov A.V. (2012) *Pravovoe regulirovanie reklamnoy deyatel'nosti: uchebno-prakticheskoe posobie* [Legal Regulation of Advertising. Manual]. Moscow: Dashkov i Co, 160 p. (in Russian)
- Nesterenko E.A. (1998) Printsipy mezhdunarodnogo prava okruzhayushchey sredy [Principles of International Law of Environment]. *Mezhdunarodnoe pravo* [International Law] Yu.M. Kolosov, V.I. Kuznetsov (eds.). Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 581 p. (in Russian)
- Shishko A.A. (1992) Vzaimosvyaz mezhdunarodnogo prava i vnutrennego prava v oblasti okhrany okruzhayushchey sredy [Interaction of International Law and Inner Law in Environmental Protection]. Kiev: Naukova Dumka, pp. 116–162 (in Russian)
- Timoshenko A.S. (1988) *Ekologicheskaya bezopasnost' i mezhdunarodnoe pravo. Sovetskiy ezhegodnik mezhdunarodnogo prava* [Soviet Year Book of International Law]. Moscow: Nauka, pp. 23–38.
- Tikhomirov Yu.A. (2011) *Sravnitel'no-pravovoy analiz institutov gosudarstvennogo upravleniya. Administrativnye protsedury i kontrol' v svete evropeyskogo opyta* [Comparative Law Analysis of the Institutions of State Administration. Administrative Procedures and Supervision in Context of European Experience]. Moscow: Statut, pp. 13–19.
- Valeev R.M. (ed.) (2012) *Mezhdunarodnoe ekologicheskoe pravo* [International Environmental Law]. Moscow: Statut, 639 p. (in Russian)
- Velieva D.S. (2011) *Ekologicheskaya bezopasnost' v Rossii: konstitutsionno-pravovoe issledovanie* [Environmental Security in Russia: Constitutional Law Research]. Saratov: Akademiya gosudarstvennoy sluzhby, 204 p. (in Russian)
- Vereshchetin V.S. (ed.) (1987) *Vseob'emlyushchaya sistema mezhdunarodnoy bezopasnosti i mezhdunarodnoe pravo* [Comprehensive System of International Security]. Moscow: Akademiya Nauk SSSR, 125 p. (in Russian)

# Временный ввоз в таможенном законодательстве ЕАЭС: таможенная процедура и ее налоговые последствия<sup>1</sup>



**А.Н. Козырин**

профессор, заведующий кафедрой финансового, налогового и таможенного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: kozyrine@mail.ru



## Аннотация

Временный допуск — активно используемая в международной торговле таможенная процедура. Без нее трудно представить организацию современных ярмарок и выставок, международных транспортных операций, развитие международных научных и культурных обменов, международных спортивных контактов и туристических обменов. В статье рассмотрено понятие временного ввоза в таможенном праве, проведено разграничение между временным ввозом как внешнеторговой операцией, связанной с различными таможенными процедурами — временным допуском товара, переработкой товара на таможенной территории, помещением товара на таможенный или свободный склад и др., и конкретной таможенной процедурой временного ввоза (допуска; temporary admission), в соответствии с которой предусмотрено временное использование в течение установленного срока иностранных товаров на таможенной территории таможенного союза с условным освобождением от ввозных таможенных пошлин и налогов, а также без применения мер нетарифного регулирования с последующим помещением таких товаров под таможенную процедуру реэкспорта. Проанализирована система нормативно-правового регулирования таможенной процедуры временного допуска, представленная тремя уровнями: международно-правовым (Киотская и Стамбульская конвенции, Конвенция о карнете АТА), наднациональным (Решения Евразийской экономической комиссии) и национальным (законодательством Российской Федерации о таможенном деле). Выявлены основные условия помещения товаров под таможенную процедуру временного допуска (возможность идентификации временно ввозимых товаров, отсутствие таких товаров в списке запрещенных к помещению под таможенную процедуру временного допуска), ограничения пользования и распоряжения временно ввезенными товарами (совершение операций по сохранности товаров, текущему ремонту, а также иных операций, не нарушающих принципа неизменности состояния товара; возможность передачи товаров третьим лицам с разрешения таможенных органов, а в отдельных случаях — и без такого разрешения). Рассмотрены положения таможенного законодательства о сроке временного допуска, о возможностях приостановления таможенной процедуры и ее завершения. В статье проанализированы налоговые правила, применяемые в отношении временно ввозимых товаров, две налоговые модели временного допуска (полного и частичного освобождения), условия налогового освобождения, способы единовременной и периодической уплаты таможенных пошлин и налогов, сроки уплаты таможенных платежей, административная и судебная практика по этим вопросам и т.д.

<sup>1</sup> Статья написана в рамках научного проекта № 15-01-0088 «Налоговая составляющая таможенных процедур в Таможенном союзе ЕвразЭС», выполненного при поддержке Программы Научного фонда НИУ ВШЭ в 2015–2016 гг., и при финансовой поддержке Правительства России в рамках «Дорожной карты» Программы 5/100 НИУ ВШЭ.



## Ключевые слова

таможенное законодательство ЕАЭС, Таможенный кодекс Таможенного союза, таможенное регулирование в Российской Федерации, таможенная процедура временного допуска, временно ввезенные товары, налоговые модели временного допуска.

Библиографическое описание: Козырин А.Н. Временный ввоз в таможенном законодательстве ЕАЭС: таможенная процедура и ее налоговые последствия // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. №1. С. 130–148.

JEL: K1; УДК: 34

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.130.148

Таможенная процедура временного ввоза давно используется в таможенном законодательстве и внешнеторговой практике. Ее применение позволяет снять многие административные барьеры и экономические препятствия на пути развития экономических, культурных и гуманитарных связей с зарубежными странами. Под таможенную процедуру временного ввоза обычно помещаются экспонаты и образцы, ввозимые для демонстрации на выставках и ярмарках; товары, ввозимые для образовательных, культурных, научных и спортивных целей; контейнеры, упаковки и образцы, ввозимые в связи с осуществлением внешнеторговых операций; различного рода профессиональное оборудование, используемое для промышленного производства и строительных работ; транспортные средства туристов и т.д. В статье рассмотрены не только особенности применения таможенного режима временного ввоза по таможенному законодательству, формируемому в рамках Евразийского экономического сообщества (далее — ЕАЭС), но и налоговые последствия помещения товаров под таможенную процедуру временного ввоза, которые объясняют востребованность этой таможенной процедуры во внешнеторговой практике.

**Временный ввоз как таможенная процедура.** Временный ввоз (допуск) представляет собой таможенную процедуру, при которой допускается временное использование в течение установленного срока иностранных товаров на таможенной территории таможенного союза с условным освобождением от уплаты ввозных таможенных пошлин и налогов, а также без применения мер нетарифного регулирования с последующим помещением таких товаров под таможенную процедуру реэкспорта. Из определения таможенной процедуры временного ввоза, содержащегося в Таможенном кодексе Таможенного союза ЕАЭС (далее — ТК ТС), выводятся ее основные характеристики (ст. 277):

- таможенная процедура применяется в отношении только иностранных товаров;
- таможенная процедура имеет срочный характер; срок, в течение которого она может быть применена, установлен таможенным законодательством;
- состояние товара, помещенного под таможенную процедуру временного ввоза, должно быть стабильным; товар, находящийся под этой таможенной процедурой, может использоваться, но не перерабатываться;
- до истечения срока действия таможенной процедуры временного ввоза она завершается по общему правилу путем помещения товара под таможенную процедуру реэкспорта;
- к товарам, помещенным под таможенную процедуру временного ввоза, не применяются меры нетарифного регулирования;
- предполагается условное (полное или частичное) освобождение товаров, помещенных под указанную таможенную процедуру, от уплаты ввозных таможенных пошлин и налогов.

Определение таможенной процедуры временного ввоза, содержащееся в ТК ТС, в целом соответствует международно-правовым стандартам — определениям временно-го ввоза, содержащимся в Международной конвенции об упрощении и гармонизации таможенных процедур (1973 г. в ред. 1999 г.; далее — Киотская конвенция) и Стамбульской конвенции о временном ввозе (1990 г.; далее — Стамбульская конвенция).

В Киотской конвенции под временным допуском понимается таможенная процедура, под которой определенные товары могут быть доставлены на таможенную территорию с условным освобождением, полным или частичным, от уплаты импортных пошлин и налогов. В определении указывается, что такие товары должны импортироваться для определенной цели и предназначаться для реэкспорта в течение установленного срока, не претерпев никаких изменений, за исключением обычного износа в результате их использования (глава I специального приложения G).

Область применения таможенной процедуры временного допуска устанавливается в Киотской конвенции путем закрепления ряда стандартов и рекомендаций по практическому поведению. Временный допуск не ограничивается только товарами, ввозимыми непосредственно из-за рубежа, он может предоставляться также тем товарам, которые уже помещены под иную таможенную процедуру. В отношении временно допущенных товаров разрешается проведение только таких операций, которые необходимы для обеспечения сохранности таких товаров во время их нахождения на таможенной территории. Таможенную процедуру временного допуска рекомендуется предоставлять независимо от страны происхождения товаров, страны, из которой они прибыли, или страны назначения.

В ст. 1 Стамбульской конвенции, заключенной под эгидой Совета таможенного сотрудничества (ныне — Всемирная таможенная организация) специально для регулирования временного ввоза, временный ввоз определен как таможенный режим, позволяющий ввозить на таможенную территорию с условным освобождением от уплаты ввозных пошлин и сборов и без применения запрещений или ограничений на импорт экономического характера некоторые товары (включая транспортные средства), ввозимые с определенной целью и вывозимые в определенный срок без изменений, за исключением естественного износа в результате их использования. В определении, данном в Стамбульской конвенции, содержится важное уточнение к требованию стабильности товара, помещенного под таможенную процедуру временного ввоза: такой товар может быть изменен только на величину его естественного износа, образовавшегося вследствие использования товара.

В отличие от многих таможенных процедур, предусмотренных действующим таможенным законодательством и появившихся в таможенном праве в постсоветский период, таможенный режим временного ввоза использовался еще в советском таможенном законодательстве. В Таможенном кодексе Союза ССР, утвержденном Постановлением ЦИК СССР и СНК СССР 19 декабря 1928 г.<sup>2</sup> содержалось (ст. 97) понятие «предметы иностранного происхождения, ввозимые временно по особым разрешениям Главного Таможенного Управления под условием обратного вывоза их из пределов СССР в течение назначенного в каждом отдельном случае срока, который не может превышать одного года». Такие товары освобождались от уплаты таможенной пошлины. Такое же понятие временно ввозимых предметов использовалось в Таможенном кодексе СССР 1964 г.<sup>3</sup> (ст. 89). В Та-

<sup>2</sup> СЗ СССР. 1929. № 1. Ст. 2.

<sup>3</sup> Ведомости Верховного Совета СССР. 1964. № 20. Ст. 242.



моженном кодексе СССР 1991 г.<sup>4</sup> временный ввоз уже рассматривался как один из таможенных режимов (ст. 25 «Пропуск в целях временного ввоза или временного вывоза»).

В действующем таможенном законодательстве ЕАЭС как равнозначные используются два варианта названия этой таможенной процедуры — «временный ввоз» и «временный допуск». Название «временный ввоз» традиционно использовалось в советском и российском таможенном законодательстве. Термин же «временный допуск» точнее отражает аутентичное понятие на английском (*temporary admission*) или французском языке (*admission temporaire*) и позволяет различать понятия «временный ввоз» и «таможенная процедура временного ввоза»<sup>5</sup>. Первое понятие используется для обозначения самого факта ввоза товара на таможенную территорию на определенный срок, предполагающего его обратный вывоз. Второе понятие обозначает конкретную таможенную процедуру, под которую помещаются временно ввозимые товары. Различать факт временного ввоза и одноименную таможенную процедуру важно уже хотя бы потому, что временно ввозимые на таможенную территорию товары могут помещаться декларантом под различные таможенные процедуры, отличающиеся целями использования перемещаемых товаров, сроками временного нахождения на таможенной территории и иными условиями и требованиями, — под таможенные процедуры временного ввоза, таможенного склада, свободного склада, таможенного транзита, переработки на таможенной территории и др.

Отметим также, что в некоторых таможенных конвенциях в официальном названии этой таможенной процедуры отражается ее налоговая сущность, предусматривающая освобождение временно ввозимого товара от уплаты таможенных пошлин и налогов с ввозимых товаров — «временный беспошлинный ввоз» (например, Таможенная конвенция о карнете АТА<sup>6</sup> для временного ввоза товаров 1961 г.; далее — Конвенция АТА).

**Нормативно-правовое регулирование.** Особенностью нормативно-правового регулирования таможенной процедуры временного ввоза является то, что основные параметры этой процедуры установлены на международно-правовом уровне: в Киотской и Стамбульской конвенциях, Конвенции АТА и др. В Киотской конвенции временному допуску посвящено приложение G, в котором сформулированы стандарты и рекомендации, касающиеся области применения таможенной процедуры, формальностей, предшествующих предоставлению разрешения на временный допуск, меры по идентификации временно ввозимых товаров, срок реэкспорта, передача прав на временный допуск, завершение таможенной процедуры и ее налоговые последствия.

Стамбульская конвенция представляет собой результат проведенной Всемирной таможенной организацией систематизации международно-правовых норм, регулирующих временный ввоз. В ней регулируются вопросы использования документов временного ввоза, особенности временного ввоза товаров отдельных видов товаров и т.д. Российская Федерация присоединилась в 1995 г.<sup>7</sup> к:

<sup>4</sup> Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1991. № 17. Ст. 484.

<sup>5</sup> Руководствуясь этими соображениями, в данной статье используется второй вариант легального названия таможенной процедуры — «временный допуск».

<sup>6</sup> АТА (Admission Temporaire — Temporary Admission) — аббревиатура французского и английского переводов словосочетания «временный допуск».

<sup>7</sup> Постановление Правительства России от 2 ноября 1995 г. № 1084 «О присоединении Российской Федерации к Таможенной конвенции о карнете АТА для временного ввоза товаров от 6 декабря 1961 г. и Конвенции о временном ввозе от 26 июня 1990 г. с принятием ряда приложений» // СЗ РФ. 1995. № 45. Ст. 4339.

- приложению А «О документах временного ввоза (карнеты АТА и карнеты СРД)»,
- приложению В.1 «О товарах для демонстрации или использования на выставках, ярмарках, конференциях или подобных мероприятиях»,
- приложению В.2 «О профессиональном оборудовании»,
- приложению В.3 «О контейнерах, поддонах, упаковках, образцах и других товарах, ввезенных в связи с коммерческой операцией»,
- приложению В.5 «О товарах, ввезенных для образовательных, научных или культурных целей».

В 2013 г. Российская Федерация присоединилась с оговорками<sup>8</sup> к приложению В.6 «Приложение, касающееся личных вещей путешественников и грузов, ввезенных в спортивных целях».

В Конвенции АТА урегулированы вопросы, связанные с применением карнета АТА при использовании процедуры временного ввоза товаров, а также с гарантиями по выплате таможенных пошлин и любых других сумм, подлежащих уплате в случае невыполнения условий временного ввоза в отношении товаров, ввезенных по карнетам АТА. Российская Федерация присоединилась к Конвенции АТА в 1995 г.<sup>9</sup>

В таможенном законодательстве Таможенного союза ЕАЭС нормативно-правовые основы таможенной процедуры заложены в главе 37 ТК ТС, в которой определены условия помещения товаров под таможенную процедуру временного ввоза, ограничения по пользованию и распоряжению временно ввезенными товарами, срок временного ввоза, порядок завершения и приостановления действия таможенной процедуры временного ввоза и т. д. Особо выделим нормы ТК ТС, регулирующие полное и частичное условное освобождение от уплаты таможенных пошлин и налогов, а также возникновение и прекращение обязанности по уплате ввозных таможенных пошлин, налогов и срок их уплаты в отношении товаров, помещаемых под таможенную процедуру временного ввоза.

В случаях, установленных ТК ТС, нормотворческими полномочиями может наделяться наднациональный регулятор — Евразийская экономическая комиссия (далее — ЕЭК). Решения ЕЭК могут быть направлены одновременно на несколько таможенных процедур, включая временный ввоз, а могут касаться исключительно временного ввоза. Решением от 20 сентября 2010 г. № 375 «О некоторых вопросах применения таможенных процедур»<sup>10</sup> утверждены, помимо прочего:

«Порядок приостановления и возобновления действия таможенной процедуры временного ввоза (допуска) в случае помещения временно ввезенных товаров под таможенные процедуры переработки на таможенной территории, таможенного склада или специальную таможенную процедуру»;

«Перечень, категорий товаров, в отношении которых устанавливаются более продолжительные, чем установленные Таможенным кодексом Таможенного союза, предельные сроки временного ввоза»;

«Перечень, категорий товаров, в отношении которых устанавливаются более короткие, чем установленные Таможенным кодексом Таможенного союза, предельные сроки временного ввоза».

<sup>8</sup> Постановление Правительства России от 25 января 2013 г. № 36 «О принятии Российской Федерацией Приложения В.6 к Конвенции о временном ввозе» // СЗ РФ. 2013. № 5. Ст. 380.

<sup>9</sup> Постановление Правительства России от 2 ноября 1995 г. № 1084 «О присоединении Российской Федерации к Таможенной конвенции о карнете АТА для временного ввоза товаров от 6 декабря 1961 г. и Конвенции о временном ввозе от 26 июня 1990 г. с принятием ряда приложений» // СЗ РФ. 1995. № 45. Ст. 4339.

<sup>10</sup> // <http://www.tsouz.ru> (дата обращения: 21.09.2010)

Примером акта наднационального регулирования, посвященного непосредственно таможенной процедуре временного ввоза, является Решение от 18 июня 2010 г. № 331 «Об утверждении перечня товаров, временно ввозимых с полным условным освобождением от уплаты таможенных пошлин, налогов, а также об условиях такого освобождения, включая его предельные сроки»<sup>11</sup>. Наднациональный регулятор может устанавливать особые правила применения таможенной процедуры временного ввоза в отношении отдельных товаров и транспортных средств<sup>12</sup>.

Вопросы, не урегулированные на уровне ЕАЭС, могут передаваться на уровень национального законодательства государств-членов ЕАЭС. Применительно к России Федеральным законом от 27 ноября 2010 г. № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации» (далее — Федеральный закон № 311-ФЗ) определены особенности пользования и распоряжения временно ввезенными товарами (ст. 275–277), временного ввоза научных или коммерческих образцов (ст. 279), установлена процедура продления срока временного ввоза (ст. 278).

**Условия помещения товаров под таможенную процедуру временного допуска.** Одним из таких условий является возможность *идентификации* товаров, помещаемых под таможенную процедуру временного допуска. Понятие и процедуры идентификации товаров, транспортных средств, помещений и других мест определены в ст. 109 ТК ТС. В ней, в частности, закреплено, что товары, находящиеся под таможенным контролем, транспортные средства, помещения, емкости и другие места, где находятся или могут находиться товары, подлежащие таможенному контролю, могут *идентифицироваться* таможенными органами.

Идентификация необходима для того, чтобы при таможенном декларировании товаров с целью завершения таможенной процедуры временного допуска таможенные органы были уверены в том, что им предъявляют именно те товары, которые ввозились на территорию Таможенного союза под таможенной процедурой временного допуска.

Идентификация производится путем наложения пломб, печатей, нанесения цифровой, буквенной и иной маркировки, идентификационных знаков, проставления штампов, отбора проб и образцов, подробного описания товаров, составления чертежей, изготовления масштабных изображений, фотографий, иллюстраций, использования товаросопроводительной и иной документации, а также другими способами. В качестве средств идентификации для таможенных целей могут признаваться пломбы, печати или иные средства идентификации, примененные таможенными органами иностранных государств, а также отправителями товаров или перевозчиками.

Требования к изготовлению средств идентификации, а также порядок их применения устанавливаются законодательством государств-членов Таможенного союза. В ст. 170 Федерального закона № 311-ФЗ правом установления порядка применения средств идентификации товаров, находящихся под таможенным контролем, а также транспортных средств, помещений, емкостей и других мест, где находятся или могут находиться товары, подлежащие таможенному контролю, наделена Федеральная таможенная служба.

Сами средства идентификации могут изменяться, удаляться или уничтожаться только таможенными органами или с их разрешения, за исключением случаев, если суще-

<sup>11</sup> <http://www.tsouz.ru> (дата обращения: 28.07.2010)

<sup>12</sup> Например: Решение от 16 июля 2010 г. № 328 «О применении тарифных льгот, полного освобождения от таможенных пошлин, налогов, а также продлении сроков временного ввоза и применении отдельных таможенных процедур при ввозе гражданских пассажирских самолетов» // <http://www.tsouz.ru> (дата обращения: 19.07.2010)

стует реальная угроза уничтожения, безвозвратной утраты или существенной порчи перемещаемых товаров. Таможенному органу незамедлительно сообщается об изменении, удалении или уничтожении средств идентификации и направляются доказательства существования такой угрозы.

Еще одно условие помещения под таможенную процедуру временного допуска связано с видом помещаемого товара: такой товар не должен находиться в списке товаров, *запрещенных* к помещению под таможенную процедуру временного допуска. ТК ТС (ст. 278) определил товары, помещение которых под таможенную процедуру временного допуска не допускается:

1) пищевые продукты, напитки (включая алкогольные), табак и табачные изделия, сырье и полуфабрикаты, расходные материалы и образцы (за исключением их ввоза в единичных экземплярах в рекламных и демонстрационных целях или в качестве выставочных экспонатов либо промышленных образцов);

2) отходы, в том числе промышленные;

3) товары, запрещенные к ввозу на таможенную территорию Таможенного союза.

При этом таможенное законодательство допускает помещение под процедуру временного допуска иностранные товары, ранее помещенные под иные таможенные процедуры (таможенный склад, переработка под таможенным контролем и т.д.), при соблюдении всех предусмотренных требований и условий.

**Ограничения по пользованию и распоряжению временно ввезенными товарами.**

Товары, помещенные под таможенную процедуру временного допуска (временно ввезенные товары), продолжают оставаться товарами, находящимися под таможенным контролем. Таможенные органы контролируют, среди прочего, соблюдение ограничений по пользованию и распоряжению временно ввезенными товарами. Установление таких ограничений в отношении временно ввезенных товаров представляет собой одну из существенных характеристик таможенной процедуры временного допуска.

Как уже отмечалось, таможенная процедура временного допуска предполагает стабильность временно ввозимого товара. В Стамбульской конвенции о временном ввозе закрепляется в качестве требования к временно ввозимым товарам сохранение их в неизменном состоянии, за исключением естественного износа в результате их использования.

В соответствии с международно-правовыми стандартами временного допуска в ТК ТС (ст. 279) закреплён принцип неизменности состояния временно ввозимого товара: товары, помещенные под таможенную процедуру временного допуска, должны оставаться в неизменном состоянии, кроме изменений вследствие естественного износа или естественной убыли при нормальных условиях перевозки (транспортировки), хранения и (или) использования (эксплуатации).

Таможенное законодательство допускает совершение ряда действий (операций) с временно ввозимыми товарами, не нарушающих принципа неизменности состояния товара. Речь идет, во-первых, об операциях, необходимых для обеспечения сохранности таких товаров, во-вторых, об испытаниях, исследованиях, тестировании, проверках, проведении опытов или экспериментов с временно ввезенными товарами.

Операции, необходимые для обеспечения сохранности временно ввезенных товаров, могут включать ремонтные операции (за исключением капитального ремонта и модернизации), техническое обслуживание, а также иные операции, необходимые для поддержания товаров в нормальном состоянии, при условии обеспечения идентификации товаров таможенным органом при их реэкспорте.

По общему правилу, временно ввезенные товары должны находиться в фактическом владении и пользовании декларанта. Декларант может передать временно ввезенные товары во владение и пользование иному лицу только в следующих целях:

- технического обслуживания таких товаров;
- их ремонта (за исключением капитального ремонта и модернизации);
- хранения;
- транспортировки;
- в иных целях, определенных законодательством и (или) международными договорами государств — членов Таможенного союза.

В перечисленных случаях декларант передает временно ввезенные товары во владение и пользование иному лицу без разрешения таможенного органа.

Кроме того, Федеральным законом № 311-ФЗ (ст. 276) установлено, что передача декларантом временно ввезенных товаров во владение и пользование иному лицу без разрешения таможенного органа допускается в случае временного ввоза многооборотной (возвратной) тары, предназначенной для упаковки и защиты товаров, предполагаемых к реализации и обороту, если в соответствии с внешнеторговым контрактом данная или аналогичная (того же типа и приблизительно равной стоимости) тара подлежит возврату. В этой же статье содержится норма, наделяющая Правительство Российской Федерации полномочиями по расширению списка случаев, когда передача декларантом временно ввезенных товаров во владение и пользование иному лицу осуществляется без разрешения таможенного органа. Во всех других случаях передача временно ввезенных товаров во владение и пользование иному лицу (не декларанту) возможна только с разрешения таможенного органа.

Для получения такого разрешения декларант должен подать в таможенный орган, в котором производилось помещение товаров под таможенную процедуру временного допуска, письменное заявление с указанием причин передачи временно ввезенных товаров другому лицу и сведения об этом лице. В соответствии со ст. 276 Федерального закона № 311-ФЗ, если стоимость временно ввезенных товаров превышает 500 000 руб., то в заявлении указывается также место нахождения таких товаров.

Соответствующее разрешение таможенный орган выдает только в том случае, если лицо, которому передаются временно ввезенные товары, берет на себя обязательства по дальнейшему соблюдению требований и условий временного ввоза, установленных таможенным законодательством Таможенного союза и законодательством Российской Федерации о таможенном деле. Такое лицо пользуется правами и несет обязанности по использованию таможенной процедуры временного ввоза со дня принятия таможенным органом решения о передаче временно ввезенных товаров (ст. 277 Федерального закона № 311-ФЗ).

Передача временно ввезенных товаров во владение и пользование иным лицам не освобождает декларанта от соблюдения требований и условий, установленных для таможенной процедуры временного допуска.

Таможенные органы сохраняют возможность осуществлять таможенный контроль за временно ввезенными товарами. В тех случаях, когда передача временно возимых товаров иным лицам осуществляется с разрешения таможенного органа, гарантией непрерывности и эффективности таможенного контроля выступает процедура выдачи таможенным органом разрешения на передачу временно ввезенных товаров. Если передача товаров может осуществляться в соответствии с таможенным законодательством без такого разрешения, то гарантией непрерывности и эффективности таможенного

контроля выступает норма ст. 276 Федерального закона № 311-ФЗ, в соответствии с которой таможенный орган вправе запрашивать документы и сведения о фактическом месте нахождения временно ввезенных товаров. В случае передачи таких товаров иному лицу таможенный орган имеет право запрашивать сведения о таком лице, а также устанавливать срок их представления, который должен быть достаточным для представления запрашиваемых документов и сведений.

**Срок временного допуска** установлен в ТК ТС (ст. 280) и не может превышать двух лет со дня помещения товаров под таможенную процедуру. Конкретный срок временного допуска товаров устанавливается таможенным органом на основании заявления декларанта исходя из целей и обстоятельств такого ввоза.

Для отдельных категорий товаров в зависимости от целей их ввоза могут устанавливаться более короткие или более продолжительные сроки временного ввоза. Соответствующими полномочиями наделена Евразийская экономическая комиссия. Она реализовала их, приняв Решение Комиссии Таможенного союза от 20 сентября 2010 г. № 375 «О некоторых вопросах применения таможенных процедур»<sup>13</sup>, которым были утверждены:

«Перечень категорий товаров, в отношении которых устанавливаются более продолжительные, чем установленные Таможенным кодексом Таможенного союза, предельные сроки временного ввоза»;

«Перечень категорий товаров, в отношении которых устанавливаются более короткие, чем установленные Таможенным кодексом Таможенного союза, предельные сроки временного ввоза».

На срок более двух лет на таможенную территорию Таможенного союза могут временно ввозиться следующие товары, в отношении которых предоставлено полное условное освобождение от уплаты ввозных таможенных пошлин и налогов, в частности:

- морские, рефрижераторные и рыболовные суда, морские паромы — на срок действия договоров тайм-чартера<sup>14</sup> или бербоут-чартера<sup>15</sup>;
- двигатели, запасные части и оборудование, предназначенные для технического обслуживания или ремонта самолетов гражданской авиации, — на срок до 8 лет;
- культурные ценности старше 100 лет — на срок до 8 лет;
- гражданские пассажирские и грузовые самолеты (с определенными ограничениями по весу) — на срок до 3 лет.

Товары, относящиеся к основным производственным фондам, к которым применяется условное *частичное* освобождение от уплаты таможенных пошлин и налогов, могут временно ввозиться на срок до 34 месяцев при условии, что они не являются собственностью лица государства-члена Таможенного союза, использующего эти товары на таможенной территории Таможенного союза.

В «Перечень категорий товаров, в отношении которых устанавливаются более короткие, чем установленные Таможенным кодексом Таможенного союза, предельные сроки временного ввоза» на данный момент включена только одна категория товаров — гражданские пассажирские самолеты с количеством пассажирских мест не более чем на 19 человек, с оговоркой, что в отношении таких товаров предоставлено полное условное освобождение от уплаты ввозных таможенных пошлин и налогов. В этом случае мак-

<sup>13</sup> <http://www.tsouz.ru> (дата обращения: 21.09.2010)

<sup>14</sup> Тайм-чартер (*Time charter*) — договор фрахтования судна с экипажем на время.

<sup>15</sup> Бербоут-чартер (*Bareboat charter*) — договор фрахтования судна без экипажа.



симальный срок временного допуска на таможенную территорию ТС составляет 30 календарных дней, при условии, что общая продолжительность нахождения самолета на таможенной территории Таможенного союза в соответствии с таможенной процедурой временного допуска не должна превышать 180 календарных дней в течение одного календарного года.

Таможенное законодательство ЕАЭС устанавливает возможность продления конкретного срока временного ввоза, который был указан при помещении товара под таможенную процедуру временного допуска. При этом оговаривается (п. 1 ст. 280 ТК ТС), что такое продление возможно только в пределах установленного максимального срока. Например, если декларант первоначально поместил пассажирский самолет под таможенную процедуру временного допуска на один год, он может обратиться с заявлением о продлении срока временного ввоза до максимально установленного для этой категории товара — до трех лет.

Течение срока временного ввоза может быть приостановлено путем подачи заявления о приостановлении таможенной процедуры временного допуска и помещения временно ввезенных товаров под таможенные процедуры таможенного склада, переработки на таможенной территории и др. Не приостанавливает и не продлевает срока временного ввоза передача временно ввезенных товаров во владение и пользование иным лицам (ст. 279 ТК ТС). При неоднократном помещении товаров под таможенную процедуру временного допуска общий срок временного ввоза не может превышать максимально установленного срока. Это правило действует даже в тех случаях, когда декларантами этой таможенной процедуры выступают разные лица (например, одно и то же транспортное средство, периодически пересекающее таможенную границу, декларируют разные перевозчики).

**Приостановление действия таможенной процедуры временного допуска.** Действие таможенной процедуры временного допуска до истечения срока временного ввоза может быть приостановлено в случае помещения временно ввезенных товаров под таможенную процедуру таможенного склада либо иную таможенную процедуру, определенную решением Евразийской экономической комиссии. В Решении Комиссии Таможенного союза от 20 сентября 2010 г. № 375 «О некоторых вопросах применения таможенных процедур» в качестве таких таможенных процедур, помимо процедуры таможенного склада, определены: процедура переработки на таможенной территории и специальная таможенная процедура. При этом помещение временно ввезенных товаров под таможенную процедуру переработки на таможенной территории возможно в этом случае только для целей совершения операций по их ремонту и техническому обслуживанию, за исключением капитального ремонта и модернизации.

В этом же акте установлен порядок приостановления и возобновления действия таможенной процедуры временного допуска. Для приостановления таможенной процедуры подается заявление в произвольной письменной форме, в котором содержится:

- информация о наименовании товаров, помещенных под таможенную процедуру временного ввоза;
- обоснование необходимости приостановления таможенной процедуры;
- срок приостановления.

Приостановление действия таможенной процедуры временного допуска приостанавливает течение срока временного ввоза товаров. Срок временного ввоза товаров приостанавливается со дня выпуска временно ввезенных товаров в соответствии с таможенными процедурами переработки на таможенной территории, таможенного скла-

да или специальной таможенной процедурой на срок помещения таких товаров под указанные таможенные процедуры.

Для возобновления действия таможенной процедуры временного допуска декларант подает заявление. Если в течение срока приостановления действия таможенной процедуры временного допуска, декларант такого заявления не подал, то со дня, следующего за днем истечения срока приостановления, действие таможенной процедуры временного допуска возобновляется автоматически. Действие таможенной процедуры временного допуска возобновляется со дня, следующего за днем принятия таможенным органом решения о возобновлении действия таможенной процедуры, а если в заявлении указан день возобновления действия таможенной процедуры — с указанного дня.

**Завершение действия таможенной процедуры временного допуска.** Действие таможенной процедуры временного допуска завершается до истечения срока временного ввоза помещением временно ввезенных товаров под таможенную процедуру реэкспорта. Допускается также завершение рассматриваемой таможенной процедуры через помещение временно ввезенных товаров под иную таможенную процедуру (например, выпуск для внутреннего потребления, отказ в пользу государства, уничтожение), с оговоркой, что завершение таможенной процедуры осуществляется до истечения срока временного хранения. Временно ввезенные товары могут помещаться под таможенную процедуру реэкспорта либо под иную таможенную процедуру одной или несколькими партиями.

Не допускается завершение таможенной процедуры временного допуска через помещение временно ввезенного товара под таможенную процедуру таможенного транзита (ст. 281 ТК ТС).

**Налоговая составляющая таможенной процедуры.** Международный стандарт в отношении налогообложения временно ввезенных товаров установлен в Киотской конвенции: «Товары, временно допущенные, подлежат полному условному освобождению от импортных пошлин и налогов, за исключением тех случаев, когда в национальном законодательстве указывается, что такое освобождение может быть только частичным».

В соответствии с этой международно-правовой нормой выделяются две налоговые модели таможенной процедуры временного допуска. Первая предусматривает полное условное освобождение от уплаты таможенных пошлин и налогов, а вторая — частичное условное освобождение. В обоих случаях освобождение от уплаты таможенных пошлин и налогов является *условным*, поскольку оно имеет место только при полном выполнении условий, предусмотренных в таможенном законодательстве.

Параметры *полного освобождения* (перечень товаров, временно ввозимых с полным освобождением от уплаты таможенных пошлин и налогов, условия такого освобождения, его предельные сроки) определяются в соответствии с международными договорами государств-членов Таможенного союза и решениями Евразийской экономической комиссии. Действующим источником права по этим вопросам является Решение Комиссии Таможенного союза от 18 июня 2010 г. № 331 «Об утверждении перечня товаров, временно ввозимых с полным условным освобождением от уплаты таможенных пошлин, налогов, а также об условиях такого освобождения, включая его предельные сроки»<sup>16</sup>.

Перечень товаров, временно ввозимых с полным условным освобождением от уплаты таможенных пошлин и налогов, включает пять основных разделов:

- 1) контейнеры и иная многооборотная тара (поддоны и т. д.);
- 2) товары, временно ввозимые в целях оказания содействия внешнеэкономической деятельности и международному сотрудничеству (товары для демонстрации на выставках и ярмарках, рекламные материалы, рекламные фильмы и т. п.);

<sup>16</sup> <http://www.tsouz.ru> (дата обращения: 28.07.2010)

3) товары, временно ввозимые для целей применения в сфере науки, культуры, кинематографии, спорта и туризма;

4) товары, ввозимые для оказания международной помощи (товары, предназначенные для предупреждения или ликвидации последствий чрезвычайных ситуаций природного или техногенного характера и т.д.);

5) «иные товары», к которым отнесены, например, двигатели и запасные части для технического обслуживания или ремонта самолетов гражданской авиации, гражданские пассажирские самолеты (с оговорками), плавучие буровые платформы для геологоразведочных работ, товары для обеспечения социально-бытовых условий жизни экипажей иностранных морских судов, профессиональное кинематографическое оборудование, оборудование прессы, радио или телевидения.

Полное условное освобождение от уплаты таможенных пошлин и налогов в отношении товаров, указанных в Перечне, предоставляется, если срок временного ввоза не превышает одного года. Предоставление полного освобождения на больший срок возможно, только если это предусмотрено непосредственно в упомянутом решении наднационального регулятора. Так, например, полное освобождение от уплаты таможенных пошлин и налогов предоставляется на весь срок временного ввоза (даже если он превышает один год) в отношении культурных ценностей старше 100 лет; товаров, предназначенных для предупреждения или ликвидации последствий чрезвычайных ситуаций; двигателей и запасных частей для технического обслуживания или ремонта самолетов гражданской авиации. В случае продления срока временного ввоза товаров, указанных в упомянутом Перечне, свыше одного года применяется уже не полное, а частичное освобождение от уплаты таможенных пошлин и налогов.

Кроме максимального срока временного ввоза, в Перечне определены также условия, при соблюдении которых предоставляется полное освобождение от таможенных пошлин и налогов. Так, например, полное налоговое освобождение получают: гражданские пассажирские самолеты (не более чем на 19 человек) если их использование не имеет целью извлечение доходов; плавучие буровые платформы для геологоразведочных работ при условии, что они остаются в собственности иностранных лиц и передаются лицам государств-членов Таможенного союза по договорам аренды или финансовой аренды.

В ТК ТС (ст. 282) предусмотрено, что временно ввезенные товары с полным условным освобождением от уплаты таможенных пошлин и налогов используются в пределах территории того государства-члена Таможенного союза, таможенным органом которого данные товары помещены под таможенную процедуру временного допуска. Евразийская экономическая комиссия в своих решениях может предусмотреть иные пространственные пределы использования товаров, временно ввезенных с полным налоговым освобождением (например, на всей таможенной территории Таможенного союза).

Последствием несоблюдения декларантом условий освобождения товара, помещенного под таможенную процедуру временного допуска, от уплаты таможенных платежей является возникновение обязанности по их уплате. Так, в Постановлении ФАС Центрального округа от 26 февраля 2014 г. по делу № А23-2683/2013 указано, что достаточным основанием возникновения у декларанта обязанности по уплате таможенных платежей является несоблюдение им условий освобождения помещенного под таможенную процедуру временного ввоза товара.

В соответствии со ст. 283 ТК ТС в случае нарушения условий, при которых товары помещались под таможенную процедуру временного допуска с полным условным ос-

вобождением от уплаты таможенных пошлин и налогов, причитающиеся таможенные платежи подлежат уплате в день регистрации таможенной декларации, в соответствии с которой товары были помещены под таможенную процедуру временного допуска.

*Частичное условное освобождение* от уплаты таможенных пошлин и налогов применяется к временно ввезенным товарам:

- 1) в отношении которых не предоставлено полное налоговое освобождение;
- 2) по которым не были соблюдены условия полного налогового освобождения.

При частичном налоговом освобождении за каждый календарный месяц (включая неполный) нахождения товаров на таможенной территории Таможенного союза уплачивается 3% суммы ввозных таможенных пошлин и налогов, которая подлежала бы уплате, если бы товары были помещены под таможенную процедуру выпуска для внутреннего потребления в день регистрации таможенной декларации, поданной для помещения таких товаров под таможенную процедуру временного допуска. Таким образом, для расчета величины платежей при частичном налоговом освобождении временно ввезенных товаров используется юридическая фикция — моделируется ситуация, при которой товары помещаются под таможенную процедуру выпуска для внутреннего потребления, определяются причитающаяся к уплате в этом случае величина налоговых платежей, которая и будет использоваться в качестве объекта для расчета трехпроцентного периодического платежа за временно ввезенные товары.

Налоговый платеж при частичном освобождении может уплачиваться по выбору декларанта одновременно или периодически. Заплатить *единовременно* всю причитающуюся сумму таможенных пошлин и налогов за весь установленный срок действия таможенной процедуры временного допуска можно при помещении товаров под эту таможенную процедуру. В случае выбора *периодических платежей* они должны быть уплачены не реже раза в три месяца. Конкретная периодичность уплаты причитающихся сумм определяется декларантом по согласованию с таможенным органом

При этом таможенное законодательство устанавливает максимальный предел для суммы таможенных пошлин и налогов, взимаемых при временном ввозе с частичным налоговым освобождением. В соответствии со ст. 282 ТК ТС она не должна превышать сумму ввозных таможенных пошлин и налогов, которая подлежала бы уплате, если бы товары были помещены под таможенную процедуру выпуска для внутреннего потребления в день регистрации таможенной декларации, поданной для помещения таких товаров под таможенную процедуру временного ввоза допуска (без учета льгот по уплате таможенных платежей).

Если действие таможенной процедуры временного допуска завершается до истечения срока временного ввоза через помещение временно ввезенных товаров под таможенную процедуру реэкспорта или иную таможенную процедуру (кроме таможенного транзита), суммы таможенных пошлин и налогов, уплаченные при частичном условном освобождении, не возвращаются и не подлежат зачету. Они становятся доходом федерального бюджета.

Обязанность по уплате ввозных таможенных пошлин и налогов в отношении товаров, помещаемых под таможенную процедуру временного допуска, возникает у декларанта с момента регистрации таможенной декларации.

Прекращается эта обязанность в одном из двух случаев:

а) при завершении таможенной процедуры временного допуска до истечения срока временного ввоза помещением временно ввезенных товаров под таможенную процедуру реэкспорта или иную таможенную процедуру, кроме таможенного транзита (за

исключением случая, когда во время действия этой процедуры наступил срок уплаты ввозных таможенных пошлин и налогов);

б) в случае уплаты или взыскания таможенных пошлин и налогов в установленных размерах, а также в иных случаях, предусмотренных в ст. 80 ТК ТС (уничтожение иностранных товаров вследствие аварии или действия непреодолимой силы, обращение товаров в собственность государства-члена Таможенного союза и т.д.).

Федеральная таможенная служба разъясняет<sup>17</sup>, что при применении частичного условного освобождения от уплаты ввозных таможенных пошлин и налогов период уплаты таких таможенных платежей завершается в календарном месяце, в котором совершен выпуск товаров в соответствии с таможенной процедурой реэкспорта. В случае частичного налогового освобождения временно ввезенных товаров особое значение для определения налоговой обязанности имеют сроки уплаты ввозных таможенных пошлин и налогов. От этого зависят расчет пени за просрочку уплаты таможенных платежей, курс иностранной валюты для пересчета валют и т.д.

Срок уплаты таможенных платежей устанавливаются в таможенном законодательстве в соответствии с принципом обеспечения фискального интереса государства, на территории которого регистрируется таможенная декларация о помещении товара под таможенный режим временного допуска.

При одноразовом платеже сумма таможенных пошлин и налогов за установленный срок временного ввоза должна быть уплачена до выпуска товаров в соответствии с таможенной процедурой временного допуска. В случае периодических платежей уплата первой части суммы ввозных таможенных пошлин и налогов происходит до выпуска товаров в соответствии с таможенной процедурой временного допуска, а последующие платежи осуществляются до начала периода, за который они уплачиваются.

Если декларант помещает товары под таможенную процедуру временного допуска с использованием налоговых льгот, сопряженных с ограничениями по пользованию или распоряжению этими товарами, а впоследствии отказывается от использования таких льгот, то причитающиеся таможенные платежи должны быть уплачены до внесения в таможенную декларацию соответствующих корректировок об отказе использования налоговых льгот.

Если декларант, не отказываясь от налоговых льгот, совершил действия с товарами в нарушение ограничений по пользованию или распоряжению этими товарами, установленных в связи с использованием налоговых льгот, причитающиеся таможенные платежи должны быть уплачены в первый день совершения таких действий, нарушивших условия предоставления налоговых льгот. Если этот день установить невозможно, то таким днем считается день регистрации таможенной декларации, в соответствии с которой товары помещены под таможенную процедуру временного ввоза допуска.

В таможенном законодательстве (ст. 283 ТК ТС) содержатся также нормы, устанавливающие срок уплаты таможенных платежей в наиболее типичных для таможенной процедуры временного доступа конфликтных ситуациях.

При передаче временно ввезенных товаров иным лицам без разрешения таможенных органов сроком уплаты причитающихся таможенных платежей считается день передачи товаров, а если этот день не установлен — день регистрации таможенной декларации, поданной для помещения товаров под таможенную процедуру временного допуска. В случае

<sup>17</sup> Письмо Федеральной таможенной службы России от 28 июня 2011 г. № 01-11/30320 «О применении положений ТК ТС при частичном условном освобождении товаров от уплаты таможенных пошлин, налогов» // Таможенные ведомости. 2011. № 9.

утраты временно ввезенных товаров<sup>18</sup> таким сроком становится день, когда такие товары были утрачены. Если установить этот день невозможно, то, как и в предыдущем случае, сроком уплаты будет признаваться день регистрации таможенной декларации, поданной для помещения товаров под таможенную процедуру временного допуска.

Наконец, в случае незавершения действия таможенной процедуры временного допуска до истечения срока временного ввоза помещением временно ввезенных товаров под таможенную процедуру реэкспорта или иную таможенную процедуру (кроме таможенного транзита) сроком уплаты причитающихся таможенных платежей считается день истечения срока временного ввоза товаров.

В перечисленных случаях ввозные таможенные пошлины и налоги подлежат уплате в размерах, соответствующих суммам ввозных таможенных пошлин и налогов, которые подлежали бы уплате при помещении таких товаров под таможенную процедуру выпуска для внутреннего потребления, без учета тарифных преференций и льгот по уплате таможенных пошлин и налогов. Исчисляются такие таможенные платежи на день регистрации таможенной декларации, в соответствии с которой товары помещены под таможенную процедуру временного допуска. При этом полученная таким образом сумма должна быть уменьшена на сумму таможенных пошлин и налогов, уплаченных при частичном налоговом освобождении временно ввезенных товаров.

В соответствии с формирующейся по этому вопросу судебной практикой<sup>19</sup> обязанность уплатить таможенные платежи, рассчитанные по таким правилам, не является видом юридической ответственности за таможенное правонарушение, имеет публично-правовой характер, возникает в силу самого факта перемещения товара через таможенную границу и не зависит от вины лица, ответственного за уплату таможенных платежей.

При определении фискальной компоненты таможенной процедуры временного допуска важно оценить налоговые последствия изменения этой процедуры на таможенную процедуру выпуска для внутреннего потребления.

Таможенным законодательством устанавливается (ст. 284), что при помещении временно ввезенных товаров под таможенную процедуру выпуска для внутреннего потребления:

- во-первых, ставки ввозных таможенных пошлин, налогов, а также курсы валют, определяются на день регистрации таможенной декларации, поданной для помещения товаров под таможенную процедуру временного допуска;
- во-вторых, из суммы причитающихся к уплате таможенных пошлин и налогов вычитаются таможенные платежи, которые были уплачены за время нахождения товара под таможенной процедурой временного допуска с частичным налоговым освобождением;
- в-третьих, уплачиваются проценты за предоставленную отсрочку уплаты налога за период, в течение которого применялось полное или частичное освобождение от уплаты таможенных пошлин и налогов при нахождении товаров под таможенной процедурой временного допуска.

<sup>18</sup> Данная норма не применяется к случаям уничтожения или безвозвратной утраты временно ввезенных товаров вследствие аварии или действия непреодолимой силы либо естественной убыли при нормальных условиях транспортировки и хранения. В этих случаях следует руководствоваться положениями ст. 80 ТК ТС, в соответствии с которыми перечисленные обстоятельства приводят к прекращению обязанности по уплате таможенных пошлин и налогов.

<sup>19</sup> См., например: Апелляционное определение Московского городского суда от 2 апреля 2014 г. № 33-10398 // СПС КонсультантПлюс.



Проценты исчисляются в порядке, установленном законодательством о таможенном деле государств-членов Таможенного союза (в Российской Федерации такой порядок установлен ст. 120 Федерального закона № 311-ФЗ). При этом Евразийская экономическая комиссия наделяется правом (ст. 284 ТК ТС) определять случаи, когда в отношении отдельных категорий временно ввозимых товаров проценты за предоставленный налоговый кредит не будут уплачиваться. Соответствующие полномочия были реализованы в отношении отдельных типов гражданских пассажирских самолетов<sup>20</sup> и транспортных средств<sup>21</sup>.

Таможенная процедура временного допуска — одна из самых сложных в плане регулирования налоговых отношений, возникающих после помещения под нее временно ввезенных товаров. Особые налоговые правила сопровождают временно ввезенные товары практически на всех этапах этой таможенной процедуры.

Так, при замене налогообязанного лица вследствие передачи временно ввезенных товаров во владение и пользование третьим лицам устанавливается ответственность за уплату таможенных пошлин и налогов. Если передача временно ввезенных товаров во владение и пользование третьих лиц происходит без разрешения таможенного органа (ст. 276 Федерального закона № 311-ФЗ), лица, которым декларантом переданы во владение и пользование временно ввезенные товары, несут солидарную с декларантом обязанность по уплате таможенных платежей в полном объеме.

При передаче декларантом временно ввезенных товаров во владение и пользование иному лицу с разрешения таможенного органа (ст. 277) это лицо берет на себя обязательства по дальнейшему соблюдению требований и условий временного ввоза, включая требования по уплате таможенных платежей, а сам декларант, передающий временно ввезенные товары, должен уплатить таможенные пошлины и налоги за период, когда он использовал товары в соответствии с таможенной процедурой временного допуска, если за этот период наступили события, влекущие за собой обязанность уплаты таможенных платежей.

В случае приостановления действия таможенной процедуры временного допуска приостанавливается не только течение срока временного ввоза товаров, но и уплата таможенных пошлин и налогов за этот период<sup>22</sup>. При принятии решения о продлении срока временного ввоза товаров, временно ввезенных с предоставлением полного условного освобождения от таможенных платежей, происходит смена «налогового режима»: после окончания срока полного условного налогового освобождения такие товары остаются временно ввезенными, но уже с частичным условным освобождением от уплаты таможенных пошлин и налогов<sup>23</sup>.

**Выводы.** Таможенная процедура временного допуска выделяется среди остальных процедур, применение которых предусмотрено таможенным законодательством Тамо-

---

<sup>20</sup> Решение Комиссии Таможенного союза от 16 июля 2010 г. № 328 «О применении тарифных льгот, полного освобождения от таможенных пошлин, налогов, а также продлении сроков временного ввоза и применении отдельных таможенных процедур при ввозе гражданских пассажирских самолетов» // <http://www.tsouz.ru> (дата обращения: 19.07.2010)

<sup>21</sup> Решение Комиссии Таможенного союза от 14 октября 2010 г. № 476 «О сроках полного условного освобождения временно ввезенных транспортных средств, используемых для международных перевозок, и об особенностях их помещения под таможенную процедуру выпуска для внутреннего потребления» // <http://www.tsouz.ru> (дата обращения: 06.12.2010)

<sup>22</sup> Решение Комиссии Таможенного союза от 20 сентября 2010 г. № 375 «О некоторых вопросах применения таможенных процедур».

<sup>23</sup> Там же.

женного союза ЕАЭС, значительной степенью регулирования нормами международного таможенного права. В Киотской и Стамбульской конвенциях определены основные принципы временного допуска. В Конвенции АТА разработан механизм финансовых гарантий внешнеторговых поставок временно ввезенных товаров, который обеспечивает особую «привлекательность» этой таможенной процедуры в современной практике международной торговли.

Таможенное законодательство ЕАЭС, восприняв международно-правовые стандарты таможенной процедуры временного допуска, устанавливает механизм применения таможенной процедуры на единой таможенной территории Таможенного союза. В этом механизме значительными нормотворческими полномочиями наделены наднациональный регулятор ЕАЭС (Евразийская экономическая комиссия) и законодательства о таможенном деле государств-членов ЕАЭС.

Вместе с тем временный допуск представляет собой одну из самых «сложных» процедур с точки зрения особенностей применения налоговых правил. Наличие двух налоговых моделей таможенной процедуры временного допуска (с полным и частичным налоговым освобождением), установление многочисленных условий и требований, связанных с предоставлением налоговых льгот временно ввозимым товарам, значительно увеличивают нагрузку на таможенные органы при осуществлении таможенного контроля, а также обуславливают необходимость организации взаимодействия таможенных и налоговых органов.

В этом направлении Евразийской экономической комиссии и государствам-членам ЕАЭС предстоит решить актуальные задачи по сопряжению налоговой схемы таможенной процедуры временного допуска с налоговыми законодательствами государств-членов ЕАЭС и по организации эффективного взаимодействия таможенных и налоговых органов при осуществлении контроля за временно ввезенными товарами.



## Библиография

- Гражданин и таможня: порядок перемещения товаров и транспортных средств через таможенную границу / под ред. А.Н. Козырина. М.: Библиотечка Российской газеты, 2013. 192 с.
- Истомин С.И. Выбор таможенного режима и таможенный контроль // Закон. 2008. № 2. С. 136–140.
- Истомин С.И. О временном вывозе товаров с единой таможенной территории Таможенного союза // Таможенное дело. 2011. № 1. С. 15–18.
- Каширкина А.А., Морозов А.Н. Международно-правовые модели Европейского союза и Таможенного союза: сравнительный анализ / отв. ред. А.Я. Капустин. М.: Контракт, 2012. 368 с.
- Кирилловых А.А. Правовое регулирование продвижения продукции на ярмарках и выставках // Законодательство и экономика. 2012. № 8. С. 37–52.
- Кожанков А.Ю. Международная конвенция об упрощении и гармонизации таможенных процедур — международный стандарт таможенного регулирования. Принципы и содержание // Международное публичное и частное право. 2010. № 6. С. 24–28.
- Козырин А.Н. Организационно-правовые основы таможенного регулирования в Таможенном союзе ЕврАзЭС // Реформы и право. 2012. № 1. С. 3–15.
- Козырин А.Н. Таможенные режимы. М.: Статут, 2000. 247 с.
- Малиновская В.М. Борьба с контрабандой и иными таможенными правонарушениями: комментарий к Конвенции Найроби // Реформы и право. 2010. № 4. С. 43–48.
- Наднациональное и национальное регулирование в Таможенном союзе ЕврАзЭС: на примере таможенной пошлины / под ред. А.Н. Козырина. М.: Институт публично-правовых исследований, 2014. 233 с.

Петрик А.С. Особенности перемещения культурных ценностей через таможенную границу Таможенного союза в государствах-членах Таможенного союза в рамках ЕврАзЭС // Реформы и право. 2014. № 4. С. 12–19.

Таможенный кодекс Таможенного союза: научно-практический комментарий / под ред. А.Н. Козырина. М.: Библиотечка Российской газеты, 2011. 656 с.

Трошкина Т.Н. Финансово-правовые инструменты в системе государственного регулирования внешнеторговой деятельности // Реформы и право. 2014. № 4. С. 52–61.

Фролов В.А. Юридические конструкции реализации запретов и ограничений при ввозе или вывозе через таможенную границу Таможенного союза // Административное и муниципальное право. 2014. № 11. С. 1154–1159.

Чермянинов Д.В. Таможенные процедуры: понятие, назначение, перспективы // Российская юстиция. 2012. № 10. С. 27–30.

Шоренков Р.Н. Правовое регулирование таможенных процедур временного ввоза (допуска) и временного вывоза в Таможенном союзе ЕврАзЭС // Реформы и право. 2011. № 2. С. 24–32.

---

## Temporary Admittance in the Legislation of the Eurasian Economic Community: Customs Procedures and Tax Consequences



**Alexander N. Kozyrin**

Professor, Head, Department of Financial, Tax and Customary Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russia. E-mail: kozyrine@mail.ru



### Abstract

Temporary admittance is a common in international trade customs procedure. It is an integral part of modern trade fairs, international transport operations, international academic and cultural exchanges, international sports contracts and tourist exchanges. The paper features temporary export in customs law, differentiates between temporary export in customs law as a foreign trade operation involving various customs procedures: temporary admittance of a product, product processing on customs territory, storing products at the customs or vacant warehouse etc., and the specific customs procedure of temporary export (admission) under which temporary use is provided for a set period as to foreign goods at the customs territory of the customs union. The paper examines the system of legal regulation for the customs procedure of temporary admission represented by three levels: international law (Kyoto and Istanbul Conventions, Convention on ATA carnet), supranational (Decisions of the Eurasian Economic Commission) and national (customs legislation of the Russian Federation). The main conditions are specified for the products subject to the customs procedure, temporary admittance (identifying temporarily imported goods, absence of such products in the list of the goods forbidden the customs procedure of temporary admittance), limitations in the use and disposition of temporarily imported goods (operation to save goods, to maintain and other operations not violating the principle of immutability principle for goods; etc.). Some provisions of the customs legislation have been studied, in particular on the period of temporary admittance, possible termination of the customs procedure and its completing. The paper analyzes tax rules applied to temporarily exported goods, two tax models of temporary admittance (of complete and partial clearance), conditions of obtaining tax exemption, ways of non-recurring and periodical payment of tax duties and taxes, terms of customs payments, administrative and judicial practice on these issues; etc.



### Keywords

EEU tax legislation, Customs Union Tax Code, Russian Federation customs regulation, customs temporary admittance, temporarily exported goods, tax models of temporary admittance.

Citation: Kozyrin A.N. (2016) Temporary Admittance in the Legislation of the Eurasian Economic Community: Customs Procedures and Tax Consequences. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 130–148 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.130.148



## References

Chermyaninov D.V. (2012) Tamozhennye protsedury: ponyatie, naznacheniye, perspektivy [Customs Procedures: Concept, Objective, Perspectives]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 10, pp. 27–30.

Frolov V.A. (2014) Yuridicheskie konstruksii realizatsii zapretov i ogranicheniy pri vvoze ili vyvoze cherez tamozhennuyu granitsu Tamozhennogo soyuza [Legal Models to Implement Bans and Limitations in Customs Union]. *Administrativnoe i munitsipal'noe pravo*, no 11, pp. 1154–1159.

Istomin S.I. (2008) Vybor tamozhennogo rezhima i tamozhennyy kontrol' [Choosing Customs Regime and Customs Control]. *Zakon*, no 2, pp. 136–140.

Istomin S.I. (2011) O vremennom vyvoze tovarov s edinoy tamozhennoy territorii Tamozhennogo soyuza [On Temporary Exports from Customs Union]. *Tamozhennoe delo*, no 1, pp. 15–18.

Kashirkina A.A., Morozov A.N. (2012) *Mezhdunarodno-pravovye modeli Evropeyskogo soyuza i Tamozhennogo soyuza: sravnitel'nyy analiz: monografiya* [International Legal Models of European Union and Customs Union: Comparison. Monograph]. Moscow: Kontrakt, 368 p. (in Russian)

Kirilloykh A.A. (2012) Pravovoe regulirovaniye prodvizheniya produktsii na yarmarkakh i vystavkakh [Legal Regulation and Promoting Goods at Fairs and Exhibitions]. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, no 8, pp. 37–52.

Kozhankov A.Yu. (2010) Mezhdunarodnaya konventsiya ob uproshchenii i garmonizatsii tamozhennykh protsedur — mezhdunarodnyy standart tamozhennogo regulirovaniya. Printsipy i soderzhanie [International Convention on the simplification and harmonization of Customs procedures — International Standard of Customs regulation. Principles and Content]. *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo*, no 6, pp. 24–28.

Kozyrin A.N. (ed.) (2013) *Grazhdanin i tamozhnya: poryadok peremeshcheniya tovarov i transportnykh sredstv cherez tamozhennuyu granitsu* [Citizen and Customs: Transferring Goods and Vehicles through Customs]. Moscow: Bibliotekha Rossiyskoy gazety, 192 p. (in Russian)

Kozyrin A.N. (2012) Organizatsionno-pravovye osnovy tamozhennogo regulirovaniya v Tamozhennom soyuze EvrAzES [Organisational and Legal Fundamentals of Customs Regulation in Eurasian Economic Community Customs Union]. *Reformy i pravo*, no 1, pp. 3–15.

Kozyrin A.N. (2000) *Tamozhennye rezhimy* [Customs Regimes]. Moscow: Statut, 247 p. (in Russian)

Kozyrin A.N. (ed.) (2014) *Nadnatsional'noe i natsional'noe regulirovaniye v Tamozhennom soyuze EvrAzES: na primere tamozhennoy poshliny* [Supranational and National Regulation in Eurasian Economic Community Customs Union. Case of Customs Duty]. Moscow: Institut publichno-pravovykh issledovaniy, 233 p. (in Russian)

Kozyrin A.N. (ed.) (2011) *Tamozhennyy kodeks Tamozhennogo soyuza: nauchno-prakticheskiy kommentariy* [Customs Code of the Customs Union. Commentary]. Moscow: Bibliotekha Rossiyskoy gazety, 656 p. (in Russian)

Malinovskaya V.M. (2010) Bor'ba s kontrabandoy i inymi tamozhennymi pravonarusheniyami: kommentariy k Konventsii Nayrobi [Combating Trafficking and other Customs Violations: Commentaries to Nairobi Convention]. *Reformy i pravo*, no 4, pp. 43–48.

Petrik A.S. (2014) Osobennosti peremeshcheniya kul'turnykh tsennostey cherez tamozhennuyu granitsu Tamozhennogo soyuza v gosudarstvakh — chlenakh Tamozhennogo soyuza v ramkakh EvrAzES [Specifics of Transferring Cultural Values through Eurasian Economic Community Customs Union]. *Reformy i pravo*, no 4, pp. 12–19.

Shorenkov R.N. (2011) Pravovoe regulirovaniye tamozhennykh protsedur vremennogo vvoza (dopuska) i vremennogo vyvoza v Tamozhennom soyuze EvrAzES [Legal Regulation of Customs Procedures for Temporary Import (Admission) and Temporary Export in Eurasian Economic Community Customs Union]. *Reformy i pravo*, no 2, pp. 24–32.

Troshkina T.N. (2014) Finansovo-pravovye instrumenty v sisteme gosudarstvennogo regulirovaniya vneshnetorgovoy deyatel'nosti [Financial and Legal Instruments in the System of State Regulation of Foreign Trade]. *Reformy i pravo*, no 4, pp. 52–61.

# Миграция на море: международно-правовые и организационные проблемы

---



## Ю.С. Ромашев

профессор кафедры международного публичного и частного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000 Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: romashev\_us@mail.ru



## Н.В. Остроухов

профессор кафедры международного права факультета права Российского университета дружбы народов, доктор юридических наук. Адрес: 117198 Российская Федерация, Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6. E-mail: ostroukhov\_nv@gov.ru

---



## Аннотация

Возрастающая миграция населения является одной из наиболее актуальных современных международных проблем. Государства прилагают большие усилия в противодействии нелегальной миграции, оказании помощи лицам, ищущим убежища. Наиболее сложно эта задача решается на море. В статье раскрывается содержание международного сотрудничества, показывается роль международного права в этой области. Анализируются особенности борьбы с нелегальной миграцией в пределах различных морских пространств — во внутренних водах, территориальном море и в открытом море. Уделено внимание вопросам международного сотрудничества по оказанию помощи беженцам и иным мигрантам, терпящим бедствие или оказавшимся в опасности на море. Показаны международно-правовые и организационные проблемы, стоящие перед мировым сообществом, предлагаются отдельные пути их решения. По мнению авторов, деятельность государств в отношении мигрантов должна осуществляться в соответствии с их правовым статусом и ситуацией, в которой они находятся. В любом случае статус мигрантов следует определять не в море, а на берегу. В ситуации, если каким-либо лицам грозит гибель, то помощь необходимо оказывать всем нуждающимся вне зависимости от правового статуса спасаемых лиц. В отношении организаторов нелегальной миграции непременно должны применяться меры уголовной и иной ответственности, предусмотренные законодательством государств и их международными обязательствами. Необходимо, чтобы нормы международного права, рекомендации международных организаций и международных органов, занимающихся проблемами миграции, были реализованы на национальном уровне путем совершенствования соответствующих законов. Также важны разработка и совершенствование подзаконных нормативных правовых актов, непосредственно посвященных вопросам противодействия нелегальной миграции на море, мерам, предпринимаемым в отношении беженцев и иных лиц, ищущих убежище, при их нахождении на судах, терпящих бедствие. При этом следует разрешить проблему отношения государств к мигрантам, находящимся на плавучих средствах, не соответствующих требованиям безопасности мореплавания, т.е. потенциально находящихся в опасности.

---



## Ключевые слова

международное право, миграция, борьба с нелегальной миграцией, международное правоохранительное право, международное уголовное право, международное морское право, беженцы, права человека, борьба с преступностью.

---

Библиографическое описание: Ромашев Ю.С., Остроухов Н.В. Миграция на море: международно-правовые и организационные аспекты // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 1. С. 149–165.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.149.165

Одной из наиболее острых проблем в мире является миграция населения одних стран в другие. Потоки мигрантов движутся практически по всем континентам и океанам. Они покидают страну проживания по самым различным причинам. Они спасаются от вооруженных конфликтов и их последствий. Мигранты вынуждены переходить границу, когда обстановка в том или ином государстве дестабилизирована, отсутствуют действенные органы власти, осуществляется насилие и террор, преследования по признаку расы, вероисповедания, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или за политические убеждения. Различный уровень экономического развития стран также провоцирует миграцию. Мигранты в поисках лучшей жизни, больших экономических возможностей или с целью применения своего личного потенциала покидают родину и, подвергая себя опасности, целыми семьями преодолевают значительные расстояния. Вместе с тем большие потоки иностранных мигрантов, хлынувшие в ряд стран, могут нарушить их стабильность, привести к снижению уровня жизни коренного населения. Правительства вынуждены тратить значительные средства на трудоустройство, питание, медицинского обслуживание мигрантов.

Государства предпринимают большие усилия по противодействию нелегальной миграции. В силу суверенитета они имеют неотъемлемое право обеспечивать свои национальные интересы и не допускать на свою территорию иностранцев, за исключением случаев, непосредственно предусмотренных международным правом. Этот вопрос становится актуальным и в рамках борьбы с международным терроризмом, когда вместе с мигрантами на территорию иностранных государств просачиваются террористы и иные экстремистские силы. Нередко мигранты, которые не могут найти работу на новом месте, становятся источником преступности. Имеют место случаи, когда они объединяются в преступные группировки, торгуют оружием, наркотиками, занимаются другой незаконной деятельностью. Кроме того, нелегальная миграция тесно связана с торговлей людьми. Многочисленные трагические эпизоды в Средиземном море, унесшие сотни человеческих жизней, во многом стали следствием эксплуатации и дезинформации со стороны транснациональных преступных организаций, которые ради наживы содействуют незаконному провозу мигрантов опасными для их жизни способами.

Миграционные потоки населения оказывают большое влияние как на внутригосударственные отношения, так и на международную безопасность в целом<sup>1</sup>. Проблема внешней миграции особенно обострилась в настоящее время в Европе, и это самый крупный миграционный кризис в регионе со времен Второй мировой войны. По оценкам ООН, общая численность граждан третьих стран, обратившихся за убежищем в страны ЕС, в 2015–2016 гг. может превысить 1,2 млн. человек. Например, в Италию через Средиземное море массово эмигрируют выходцы из Ливии, Нигерии, Мали и Гамбии. В Венгрию различными путями проникают жители Косова, Афганистана, Пакистана и Ирака. Наиболее трудная ситуация в европейских государствах сложилась в связи с потоком мигрантов из Сирии. По данным ООН, с 2011 г. эту страну покинули 4 млн. жителей.

<sup>1</sup> Пиджаков А.Ю., Иранпур З.Ф. К 60-летию Конвенции 1951 г. «О статусе беженцев» // Российский ежегодник международного права. 2011. М.: Россия-Нева, 2012. С. 249.



Правовой статус мигрантов, перемещающихся из одной страны в другую, различен. Их можно подразделить на следующие основные категории: законные мигранты, т.е., лица, которые с разрешения иностранного государства и в соответствии с его законодательством и международными договорами находятся на его территории; нелегальные мигранты — антиподы законных мигрантов. Разновидностью законных мигрантов являются беженцы, под которыми понимаются лица, которые покинули свою страну или место обычного местожительства и не могут пользоваться ее защитой из-за опасений стать жертвой преследований по признаку расы, вероисповедания, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политическим убеждениям<sup>2</sup>.

Правовой статус и правовые последствия в отношении указанных категорий лиц, при их пребывании на территории иностранного государства, могут быть различными. Законные мигранты находятся под защитой иностранных государств, причем беженцы освобождаются от ответственности за незаконное, в формальном понимании, пересечение их границ. В свою очередь, в отношении нелегальных мигрантов государства могут принимать различные принудительные меры: в частности, они могут быть задержаны, арестованы, привлечены к ответственности в соответствии с национальным законодательством, высланы. Единственное, чего не допускает европейское международное право — коллективную высылку иностранцев. Каждый подобный случай должен рассматриваться в судебном порядке<sup>3</sup>.

Противодействие миграции, угрожающей жизненно-важным интересам государств, находится в поле их зрения. Ими предпринимаются активные усилия не только на внутригосударственном, но и на международном уровнях. С этой целью тратятся значительные ресурсы, привлекаются силы различных государственных структур — ведомств иностранных дел, правоохранительных органов, спецслужб и даже вооруженных сил. Государства предпринимают меры по укреплению своих пограничных, таможенных, миграционных служб, совершенствуют национальную законодательную базу. Главную роль в этом вопросе играют предупредительные меры, которые должны быть направлены на ликвидацию экономической отсталости отдельных стран, недопущение дестабилизации обстановки в них, нередко приводящей к массовому исходу населения. Подобная обстановка сложилась в Европе после вмешательства США и ряда других стран-членов НАТО в дела Ливии, Сирии и Ирака.

Маршруты миграции населения из одних государств в другие пролегают в пределах сухопутной, воздушной и водной территорий. Широкое распространение получила миграция морским путем. На этой арене разыгрываются наиболее трагические события, когда плавучие средства, которые используют мигранты, терпят бедствие и гибнут целые семьи. По данным Международной морской организации (далее — ИМО) число мигрантов, прибывших в Европу через Средиземное море, составило на сентябрь 2015 г. 47000 человек, зафиксировано 2800 смертей<sup>4</sup>. При этом организованные преступные группировки, как правило, не заботятся об условиях доставки мигрантов морем. Их основной целью является извлечение максимальной выгоды. Суда находятся в плохом техническом и санитарном состоянии, часто не приспособлены для перевозки большого количества пассажиров.

<sup>2</sup> См.: ст. 1 Конвенции ООН о статусе беженцев (Женева, 28 июля 1951 г.).

<sup>3</sup> См.: ст. 4 Протокола № 4 и ст. 1 Протокола № 7 к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950 г.).

<sup>4</sup> URL: <http://www.imo.org/en/MediaCentre/HofTopics/seamigration/Pages/default.aspx> (дата обращения: 08.10.2015)

Анализ международного сотрудничества в отношении миграции на море позволяет выделить следующие его основные направления: противодействие нелегальной миграции в пределах морских пространств; оказание помощи беженцам и иным мигрантам, терпящим бедствие или оказавшимся в опасности в пределах морских пространств.

1. *Противодействие нелегальной миграции в пределах морских пространств.* Противодействие нелегальной миграции, которая угрожает жизненно важным интересам государств, осуществляется как на международном, так и национальном уровнях. В этом процессе активно участвуют государства, международные межправительственные организации, другие действующие лица на международной арене. При этом основными целями государств и их международного сотрудничества является обеспечение их безопасности от угрозы нелегальной миграции и иных угроз, связанных с этим негативным явлением. Мировым сообществом принимается самый широкий комплекс мер в этой области — от экономических, политических и правовых до войсковых, оперативно-розыскных, технических и др.

Международное сотрудничество в противодействии нелегальной миграции в пределах морских пространств может иметь самые различные формы: совершенствование нормативной правовой базы (заключение международных договоров, принятие резолюций международных организаций, внутригосударственных нормативно-правовых актов); обмен информацией; осуществление совместных оперативно-розыскных мероприятий, а также мероприятий по выявлению, предупреждению, пресечению и раскрытию преступлений; оказание на взаимной основе помощи при расследовании уголовных дел, а также другие формы сотрудничества, которые могут осуществлять заинтересованные стороны. Эти формы являются общими для борьбы с преступностью в целом. Однако такое сотрудничество имеет специфическое содержание. Вместе с тем, как подчеркивает Совет Безопасности ООН (далее — СБ ООН) в резолюции № 2240, принятой на 7531-м заседании 9 октября 2015 г., «решение проблем международной миграции возможно на основе международного, регионального и двустороннего сотрудничества и диалога и всеобъемлющего и сбалансированного подхода, характеризующегося признанием роли и обязанностей стран происхождения, транзита и назначения в деле поощрения уважения и защиты прав человека всех мигрантов, а также отказа от подходов, способных усугубить их уязвимость»<sup>5</sup>.

Большая роль в этом процессе отводится международному праву. В целом можно утверждать, что международное право стоит на защите мигрантов легальных и нелегальных как жертв тех или иных неблагоприятных условий, сложившихся в государствах. Основные усилия мирового сообщества направлены на борьбу с организаторами нелегальной миграции, которые используют существующие проблемы в государствах для извлечения прибыли. Однако это не исключает право государств препятствовать, не нарушая основных прав и свобод человека, незаконному проникновению на свою территорию не имеющих права на убежище иностранных лиц, нахождению в их пределах с нарушением установленных правил. Ввиду этого деятельность государств в данной сфере на международной арене условно называют борьбой с нелегальной миграцией или противодействием этому явлению.

Заметим, что термин «противодействие» включает в себя более широкий комплекс вопросов, чем термин «борьба», а именно: предупреждение нелегальной миграции, непосредственно борьбу с нею, устранение неблагоприятных последствий нелегальной миграции. Нередко термины «противодействие» и «борьба» с той или иной преступной

<sup>5</sup> Док.ООН,S/RES/2240 (2015), 09.10.2015. С.2.

деятельностью рассматривают как синонимы. Однако эти термины не применимы к ситуации, когда в отношении лиц, проникших на территорию государства, или пытающихся это сделать, имеются достаточные основания полагать, что в стране постоянного проживания они будут подвергнуты преследованиям политического характера, или же существуют объективные обстоятельства, угрожающие их жизни. Вместе с тем, в любом случае указанные лица в юридическом отношении будут считаться нелегальными мигрантами, пока не будет установлен иной их правовой статус.

Противодействие нелегальной миграции на море является наиболее сложной задачей для государств и их органов власти. Это обусловлено особыми физико-географическими условиями, различным правовым статусом и режимом морских пространств, большими затратами при проведении операций по перехвату потоков нелегальных мигрантов на море. Большой опыт в этом вопросе накоплен в США. В пресечении нелегальной миграции из Гаити, Южной Америки и Азии неоднократно принимали участие корабли Береговой охраны и ВМС<sup>6</sup>. В последнее время интенсивно действуют в борьбе с нелегальной миграцией в Средиземном море военно-морские силы и морские правоохранительные органы стран Европейского союза (далее — ЕС). Решением Совета ЕС от 18 мая 2015 г. создано Средиземноморское военно-морское соединение ЕС, которое направлено на принятие действенных мер на международном уровне с учетом как уже очевидных аспектов незаконного провоза мигрантов и торговли людьми с целью их перевозки в Европу, так и тех, которые проявятся в будущем. Также можно отметить роль Европейского агентства по управлению оперативным сотрудничеством на внешней границе государств-членов ЕС (ФРОНТЕКС) и Миссии ЕС по приграничной помощи Ливии в поддержке ливийского правительства.

Следует заметить, что в пределах своей сухопутной территории государствами осуществляется основной комплекс мер по недопущению нелегальной миграции на море. Такие меры направлены на предотвращение попадания нелегальных мигрантов на суда и их дальнейшего выезда за пределы территории государств, а также на недопущение проникновения нелегальных мигрантов с прибывающих судов на берег. Эти меры осуществляются в рамках борьбы как с преступлениями, совершаемыми отдельными лицами, так и с организованной преступностью, которая нередко носит транснациональный характер, и проводятся как в пределах сухопутной территории порта, так и его акватории, являющейся внутренними (морскими) водами прибрежного государства. В случае попадания нелегальных мигрантов на борт морских судов и их выхода за пределы портов возникает потребность в пресечении нелегальной миграции в территориальном море, прилегающей зоне и открытом море, задержании этих лиц и впринятии дальнейших мер в соответствии с законодательством прибрежных государств и международным правом.

Различный правовой статус морских пространств и их правовой режим требуют строгого учета их особенностей и использования возможностей, которые предоставляет международное право в противодействии нелегальной миграции. Мировое сообщество все чаще обращается к проблеме нелегальной миграции на море. К числу наиболее важных международных договоров, посвященных, в том числе предотвращению и пресечению нелегальной миграции с использованием морских транспортных средств, относят Женевскую конвенцию об открытом море 1958 г., Конвенцию ООН по морскому праву 1982 г., Конвенцию по облегчению международного морского судоход-

<sup>6</sup> Правовая основа обеспечения национальной безопасности Российской Федерации: Монография / Ю.И. Авдеев, С.В. Аленкин, В.В. Алешин и др.; под ред. А.В. Опалева. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2004. С. 437.

ства 1965 г. В 1957 г. был подготовлен проект международной конвенции «О перевозке безбилетных пассажиров», который, к сожалению, признания в мире не нашел. В борьбе с нелегальной миграцией большое значение имеет Протокол против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, дополняющий Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности (2000). СБ ООН в резолюции № 2240 указывает на важность этого Протокола, а также Протокола о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющего Конвенцию против транснациональной организованной преступности, как на главные международно-правовые документы по борьбе с торговлей людьми. При этом подчеркивается, что хотя преступление незаконного провоза мигрантов в некоторых случаях может иметь общие признаки с преступлением торговли людьми, государствам-членам необходимо признать, что речь идет об отдельных преступлениях (описанных в Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности и протоколах к ней), борьба с которыми требует разных правовых, оперативных и программных подходов<sup>7</sup>.

Необходимо отметить, что СБ ООН ранее не уделял внимания проблеме предотвращения нелегальной миграции на море. Но ситуация с большим потоком нелегальной миграции в Европу из Ливии вынудила принять данную резолюцию. В этом документе главный орган ООН выразил обеспокоенность в связи с тем, что это явление может дестабилизировать обстановку во всем Средиземноморье, по этой причине принял ряд экстраординарных правовых и организационных мер, расширяющих возможности государств в указанном регионе. Настоящая резолюция, по мнению СБ ООН, призвана поставить заслон деятельности организованных преступных сообществ, занимающихся незаконным провозом мигрантов и торговлей людьми, предотвратить гибель людей и не должна вести к нарушению прав человека, отдельных лиц или препятствовать поиску ими защиты в соответствии с международным правом прав человека и международным правом беженцев.

Общее международное право не исключает мер по пресечению нелегальной миграции, осуществляемой в пределах внутренних вод прибрежного государства, в силу их полного и исключительного суверенитета над этими водами. Вместе с тем указанные выше международные договоры регламентируют как общие, так и специальные вопросы противодействия нелегальной миграции в пределах различных морских пространств.

Конвенция ООН по морскому праву 1982 г.<sup>8</sup> (далее — Конвенция 1982 г.) составляет фундамент международного правопорядка на море в целом<sup>9</sup>. Вместе с тем Конвенция содержит положения о борьбе с нелегальной миграцией в пределах территориального моря, прилегающей зоны и открытого моря. Согласно ее ст. 19 проход иностранного судна считается нарушающим мир, добрый порядок или безопасность прибрежного государства, если в территориальном море оно осуществляет, в том числе посадку или высадку любого лица, вопреки иммиграционным законам и правилам прибрежного государства. В соответствии со ст. 21 Конвенции 1982 г. прибрежное государство может принимать в соответствии с ее положениями и другими нормами международного права законы и правила, относящиеся к мирному проходу через территориальное море, в том числе в отношении предотвращения нарушения иммиграционных законов и пра-

<sup>7</sup> Док.ООН,S/RES/2240 (2015), 09.10.2015. С. 1.

<sup>8</sup> См.: СЗ РФ. 1997. № 48. Ст. 5493.

<sup>9</sup> Колодкин А.Л., Гуцуляк В.Н., Боброва Ю.В. Мировой океан. Международно-правовой режим. Основные проблемы. М.: Статут, 2007. С. 10.

вил прибрежного государства. Кроме того, ст. 25 Конвенции гласит, что прибрежное государство может принимать в своем территориальном море меры, необходимые для недопущения прохода, не являющегося мирным.

В прилежащей зоне, согласно Конвенции 1982 г., прибрежное государство имеет право устанавливать свою законодательную юрисдикцию (*legislative jurisdiction*) и осуществлять ее в рамках исполнительной юрисдикции<sup>10</sup> в вопросах борьбы с нелегальной миграцией. Данная Конвенция определила правовой режим в этом вопросе, который охватывает типовые ситуации, когда иностранное судно с нелегальными мигрантами следует через прилежащую зону: в воды прибрежного государства; после выхода из вод прибрежного государства; с целью пересечь территориальное море прибрежного государства; без захода в территориальное море прибрежного государства. Меры, осуществляемые государствами в рамках этих ситуаций, весьма различны, что необходимо учитывать в практике противодействия нелегальной миграции. Они должны осуществляться с учетом маршрута следования судна, а также информации о возможности наличия на судне нелегальных мигрантов.

Если рассмотреть первую ситуацию, в которой иностранное судно с нелегальными мигрантами следует через прилежащую зону в воды прибрежного государства, то следует отметить, что согласно Конвенции 1982 г. в зоне, прилежащей к его территориальному морю и называемой прилежащей зоной, прибрежное государство может осуществлять контроль, необходимый для предотвращения нарушений иммиграционных законов и правил в пределах его территории или территориального моря. Аналогичное положение содержится и в Женевской конвенции об открытом море 1958 г. Таким образом, если иностранное судно следует во внутренние воды (например, в порт) или чтобы стать на рейде или у портового сооружения за пределами внутренних вод прибрежного государства, то это государство в своей прилежащей зоне имеет право осуществить административные меры с целью предотвращения проникновения нелегальных мигрантов на свою территорию. Это не подразумевает никакой ответственности лиц, которые участвуют в перевозке нелегальных мигрантов, и самих нелегальных мигрантов, находящихся в этот момент на иностранном судне, если иное не предусмотрено другими международными договорами между заинтересованными сторонами. Конвенция 1982 г. не предусматривает никаких указаний на этот счет. По нашему мнению, такие предупредительные меры могут включать в себя остановку и осмотр данного судна в интересах обнаружения нелегальных мигрантов.

К сожалению, в настоящее время можно говорить только о подразумеваемых в рамках предусмотренных Конвенцией 1982 г. мерах контроля в рассматриваемой ситуации. Эти меры соответствуют общей правоохранительной практике государств и могут заключаться в следующем.

Прибрежное государство, имеющее разумные основания подозревать, что на иностранном судне, следующем в его воды (за исключением случая прохода через территориальное море с целью пересечь его — *прим. авторов*), находятся нелегальные мигранты, может в соответствии с международным правом предложить этому судну остановиться для осмотра. Сам осмотр судна, как предполагается, может осуществляться в соответствии с типовой процедурой осмотра судна с правоохранительными целями. Как показывает практика, по результатам осмотра может быть составлен протокол об осмотре. В нем капитан судна, при необходимости, отмечает любое возражение или

<sup>10</sup> Черниченко С.В. Контуры международного права. Общие вопросы. М.: Научная книга, 2014. С. 256–261.

заявление. Копия подобного рода протоколов обычно направляется капитану судна и государству флага.

При обнаружении доказательств участия осматриваемого судна в незаконном ввозе мигрантов или если капитан иностранного судна отказывается допустить высадку и осмотр, то, по нашему мнению, судну может быть отказано в доступе в воды прибрежного государства. О факте участия судна в перевозке нелегальных мигрантов прибрежное государство, например, может по дипломатическим каналам уведомить государство флага и другие заинтересованные государства и международные организации.

Следует заметить, что международное право содержит лишь общие указания по данному вопросу. Целесообразно, чтобы механизм остановки иностранного судна и его осмотра в прилежащей зоне, дальнейшие в отношении этого судна действия все же нашли отражение в международном праве и законодательстве прибрежных государств. Выработка международных стандартов по данному вопросу и их закрепление в национальном законодательстве будут способствовать единообразию правоохранительной практики, позволят избежать осложнений в отношениях между государствами.

Следующей ситуацией, на которой следовало бы остановиться, это случай, когда иностранное судно с нелегальными мигрантами следует через прилежащую зону после выхода из вод прибрежного государства. Конвенция 1982 г. предусматривает, что прилежащая зона устанавливается в том числе для наказания за нарушение иммиграционных правил, совершенных в пределах территории или территориального моря прибрежного государства. Поэтому, если иностранное судно выходит из вод прибрежного государства в прилежащую зону, то при прохождении им этой зоны возможно применение юрисдикции прибрежного государства за совершение иммиграционных правонарушений на территории прибрежного государства.

Спектр мер, которые прибрежное государство может осуществить в отношении этого судна в рамках предусмотренных Конвенцией 1982 г., будет шире, чем в вышерассмотренном случае. Наряду с остановкой и осмотром судна государство может принять меры по его задержанию, конвоированию судна в ближайший свой порт для проведения необходимого разбирательства, а также привлечения капитана, экипажа судна и нелегальных мигрантов, если последние будут обнаружены на судне, к предусмотренной национальным законодательством ответственности. Возможность осуществления таких мер отмечал в своих работах С.В. Молодцов<sup>11</sup>.

Из принципа свободы судоходства вытекает принцип исключительной юрисдикции государства над судами своего флага в открытом море<sup>12</sup>. Следуя этому принципу в данном пространстве компетентные органы государств могут вмешиваться в деятельность иностранных судов, участвующих в незаконной перевозке нелегальных мигрантов, при преследовании «по горячим следам». Конвенция 1982 г. предусматривают возможность такого преследования за пределами прилежащей зоны, если компетентные власти прибрежного государства имеют достаточные основания полагать, что это судно нарушило законы и правила этого государства. Согласно Конвенции 1982 г., преследование может продолжаться за пределами этой зоны только при условии, если оно не прерывается. Не требуется, чтобы в то время, когда находящееся в прилежащей зоне иностранное судно правонарушитель получает приказ остановиться, отдающее этот приказ судно также

<sup>11</sup> См., например: Молодцов С.В. Международное морское право. М.: Международные отношения, 1987. С. 111.

<sup>12</sup> Мировой океан и международное право: Открытое море. Международные проливы. Архипелажные воды. М.: Наука, 1988. С. 30.



находилось бы в ее пределах. Если иностранное судно находится в прилегающей зоне, преследование может начаться только в связи с нарушением прав, для защиты которых установлена эта зона.

Однако в ситуации, когда судно следует задержать в ходе преследования по горячим следам и конвоировать в порт прибрежного государства, может возникнуть вопрос о степени заинтересованности такого государства в возвращении нелегальных мигрантов, находящихся на судне, если они являются гражданами другого государства. Как показывает практика, прибрежное государство не заинтересовано в этом, прежде всего, из-за больших затрат на возвращение нелегальных мигрантов и экономического ущерба, наносимого судовладельцу. Так, по данным Комитета по упрощению формальностей ИМО, Япония и Гонконг всегда категорически отказывают капитанам судов в их запросах о высадке нелегальных мигрантов. Отказ производится вне зависимости от наличия документов у нелегальных мигрантов<sup>13</sup>. В то же время следует отметить, что существует предусмотренная международным правом общая обязанность государств сотрудничать в борьбе с нелегальной миграцией.

Вмешательство иностранной стороны в открытом море возможно еще в рамках согласия государства флага судна, в том числе и договорным путем. В остальных случаях самостоятельные действия государств в отношении иностранных судов в открытом море недопустимы.

Указанный подход нашел отражение в Протоколе против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, дополняющем Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности, принятом резолюцией 55/25 Генеральной Ассамблеи ООН от 15 ноября 2000 г. (далее — Протокол 2000 г.)<sup>14</sup>. В этом документе целый раздел посвящен проблеме пресечения незаконной перевозки мигрантов по морю, определяемой как «ввоз мигрантов по морю». Так, государство-участник Протокола, имеющее разумные основания подозревать, что судно, которое либо несет его флаг или заявляет, что оно зарегистрировано в этом государстве, либо не имеет национальности, либо, хотя и несет иностранный флаг или отказывается показать флаг, имеет в действительности национальность этого государства, участвует в незаконном ввозе мигрантов по морю, может запросить помощь других участников этого Протокола в пресечении использования данного судна с этой целью. Государства, к которым обращен такой запрос, оказывают возможную помощь в пределах имеющихся средств. Данное положение применимо как к морской территории запрашивающего государства, так и открытому морю.

Отдельно в Протоколе 2000 г. обозначена ситуация, которая может сложиться только в пределах открытого моря. Согласно положениям этого документа, какое-либо государство, имеющее разумные основания подозревать, что судно, осуществляющее свободу судоходства в соответствии с международным правом и несущее флаг другого государства-участника или имеющее знаки его регистрации в таком государстве, участвует в незаконном ввозе мигрантов по морю, может уведомить об этом государство флага, запросить подтверждение регистрации и, в случае подтверждения, просить разрешения у него принять надлежащие меры в отношении данного судна.

В свою очередь, государство флага должно незамедлительно дать ответ на такой запрос для определения, имеет ли судно, заявляющее о его регистрации в этом государстве или несущее его флаг, право на это. Также оно должно дать ответ на запрос о разрешении осуществить необходимые меры на борту осматриваемого судна: высад-

<sup>13</sup> См.: 003A FAL 28/INF.14. August 14, 2000. IMO Facilitation Committee.

<sup>14</sup> СЗРФ. 2004. № 40. Ст. 3883.

ку на данное судно, производство его осмотра, а в случае обнаружения доказательств участия судна в незаконном ввозе мигрантов по морю — принятие надлежащих мер в отношении этого судна, а также лиц и груза на его борту. Свое разрешение государство флага может сопроводить необходимыми условиями, которые должны быть согласованы между ним и запрашивающим государством. Эти условия, в частности, могут охватывать вопросы ответственности и определения пределов мер, которые должны быть предприняты на борту судна. Дополнительные меры без прямого разрешения государства флага не должны предприниматься на судне за исключением тех, которые необходимы для устранения непосредственной угрозы для жизни людей, или которые вытекают из соответствующих двусторонних или многосторонних соглашений. В конечном итоге государство, осуществившее на судне вышеуказанные меры, незамедлительно информирует государство флага об их результатах.

Хотелось бы отметить и такую ситуацию, предусмотренную в Протоколе 2000 г., когда его участник, имеющий разумные основания подозревать, что судно занимается незаконным ввозом мигрантов по морю и не имеет национальности или может быть приравнено к такому судну, имеет без разрешения какого-либо государства право произвести высадку на судно и его осмотр. Если обнаружены доказательства, подтверждающие это подозрение, такое государство принимает надлежащие меры согласно соответствующим положениям внутреннего и международного права. Таким образом, это положение Протокола расширяет перечень мер по осуществлению юрисдикции в открытом море, предусмотренный ст. 110 Конвенции 1982 г.<sup>15</sup>

Оценивая сложность ситуации, вызванной потоком нелегальных мигрантов в Средиземном море, СБ ООН, действуя на основании главы VII Устава ООН, расширил резолюцией № 2240 полномочия государств-членов этой международной организации, которые действуют самостоятельно или через региональные организации в борьбе с незаконным провозом мигрантов и торговлей людьми. Он предоставил им возможность досматривать, как это установлено международным правом, в открытом море у побережья Ливии любые суда без флага, если имеются разумные основания полагать, что такие суда, включая надувные лодки, плоты и шлюпки, использовались, используются или в скором времени будут использоваться организованными преступными сообществами для незаконного провоза мигрантов или торговли людьми из Ливии. Неизменным осталось условие, что суда, которые имеют национальность и занимаются указанной преступной деятельностью, могут досматриваться в открытом море у побережья Ливии только с согласия государства флага.

В этих исключительных и конкретных обстоятельствах, на период в один год с даты принятия этой резолюции, в целях спасения жизни оказавшихся в опасности мигрантов или жертв торговли людьми, СБ ООН предоставил данные полномочия указанным субъектам. При этом должно выполняться условие, что страны прилагают добросовестные усилия по получению согласия соответствующего государства флага до осуществления действий по осмотру судна. Предположительно, это обусловлено тем, что сложно оперативно получить соответствующие сведения и разрешения у государства флага. В этот период СБ ООН уполномочил государства задерживать досмотренные таким образом суда, использование которых для незаконного провоза мигрантов или торговли людьми из Ливии будет подтверждено. В отношении судов могут быть приняты меры по их отчуждению, в соответствии с применимыми нормами международного права при должном учете интересов любых третьих сторон, которые действовали добросо-

---

<sup>15</sup> Док. ООН, S/RES/2240 (2015), 09.10.2015. С. 5.

вестно. При этом государства должны постоянно информировать имеющие к этому отношение государства флага о мерах, принятых в отношении их судов. СБ ООН призвал государства флага, которые получают соответствующие запросы, рассматривать их и отвечать на них оперативно и своевременно, решать иные вопросы сотрудничества в данном вопросе. Вместе с тем в резолюции подчеркнуто, что такие чрезвычайные меры распространяются лишь на ситуацию, связанную с незаконным провозом мигрантов и торговлей людьми в открытом море у побережья Ливии.

В данном документе особо обращено внимание на то, что со всеми мигрантами, включая тех, кто ищет убежища, следует обращаться гуманно, при полном уважении их достоинства и их прав. Все государства настоятельно призываются в связи с этим выполнять свои обязанности по международному праву, включая применимые нормы международного права прав человека и международного права беженцев. СБ ООН призывает все государства, обладающие соответствующей юрисдикцией по международному праву и национальному законодательству, расследовать действия и преследовать в судебном порядке лиц, ответственных за акты незаконного провоза мигрантов и торговли людьми на море.

Возвращаясь к Протоколу 2000 г., заметим, что в нем определен довольно широкий круг общих мер сотрудничества в данной сфере, которые могут осуществляться в отношении нелегальной миграции на море. В частности, его участники, прежде всего те государства, которые имеют общие границы или находятся на маршрутах, по которым осуществляется незаконный ввоз мигрантов, обмениваются, согласно их внутренним правовым и административным системам, соответствующей информацией. К обмениваемой информации можно отнести: перечень пунктов отправления и назначения, а также маршрутов, перевозчиков и транспортных средств, которые используются какой-либо организованной преступной группой, участвующей в нелегальной миграции; данные об организациях или организованных преступных группах, используемых ими методами; возможные средства и методы сокрытия и транспортировки людей и другая значимая для борьбы с нелегальной миграцией информация<sup>16</sup>.

*2. Оказание помощи беженцам и иным мигрантам, терпящим бедствие или оказавшимся в опасности в пределах морских пространств.*

Море — это пространство, через которое наряду с нелегальными мигрантами в другие государства устремляются и беженцы. Нередко плавсредства с находящимися на них людьми переполнены, и им грозит гибель. Вместе с тем, капитан, став участником такой ситуации или приняв сигнал о бедствии, обязан оказать помощь терпящим бедствие независимо от их гражданства, статуса или обстоятельств, в которых они оказались. Это давняя морская традиция, а также обязанность капитанов судов. Неоказание помощи лицам, оказавшимся в опасности на море, является преступным на международном и внутригосударственном уровнях. Борьбе с такими преступлениями посвящены Брюссельская конвенция для объединения некоторых правил оказания помощи и спасания на море (1910 г.), Международная конвенция для объединения некоторых правил относительно столкновения судов (1910 г.), Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море (1949 г.), Международная конвенция по охране человеческой жизни на море (1974 г.), Международная конвенция по поиску и спасанию на море (1979 г.), Конвенция ООН по морскому праву (1982 г.), Международная конвенция о спасании (1989 г.).

<sup>16</sup> См.: Ромашев Ю.С., Шарафутдинова Д.К. Учет особенностей международно-правового режима морских пространств в борьбе с нелегальной миграцией // Миграционное право. 2007. № 4. С. 24–29.

Если обобщить обязанности капитана судна согласно этим международным договорам, то можно выделить следующие положения:

- оказание помощи лицам, терпящим бедствие на море и которым угрожает гибель;
- оказание помощи любым лицам, даже враждебным, независимо от их национальной принадлежности или статуса или обстоятельств, при которых они были обнаружены;
- оказание помощи без серьезной опасности для своего судна, своего экипажа, своих пассажиров;
- следование полным ходом для оказания помощи терпящим бедствие, сообщив об этом, если возможно, им или поисково-спасательной службе;
- оказание первой медицинской или другой помощи спасенным и доставка их в безопасное место.

Вместе с тем в этих международных договорах определено, что помощь оказывается лицам, терпящим бедствие, но нет конкретных норм, что помощь должна оказываться мигрантам, находящимся на переполненных плавсредствах, которые исправны, но потенциально существует угроза их жизни. Такую опасность на море довольно сложно выявить.

Особенности оказания помощи беженцам, лицам, ищущим убежище, и иным мигрантам, терпящим бедствие на море, международное право не предусматривает. Пытаясь решить эту проблему, ИМО, Международная палата судоходства и Управление Верховного комиссара ООН по делам беженцев разработали в 2015 г. Руководство по принципам и практикам, применяемым к беженцам и мигрантам (далее — Руководство)<sup>17</sup>. Следует обратить внимание, что разработанные в ИМО нормы и правила обращены к администрациям и правительствам, но непосредственными исполнителями большинства требований являются судовладельцы, операторы судов и сами мореплаватели<sup>18</sup>. Поэтому Руководство предназначено как для собственников судов, правительственных органов, страховых компаний и других заинтересованных сторон, так и для капитанов судов, имеющих отношение к ситуациям спасания на море. В нем представлены руководящие указания в отношении соответствующих правовых положений, практических процедур по обеспечению скорейшей высадки спасенных мигрантов, а также мер по удовлетворению их конкретных потребностей, в особенности в случае беженцев и лиц, ищущих убежище<sup>19</sup>. Хотя Руководство носит рекомендательный характер, оно базируется на существующих международных договорах и направлено на установление единообразного подхода при осуществлении поиска и спасания мигрантов, беженцев и лиц, ищущих убежище.

В частности, данный документ устанавливает, что капитаны, принявшие на борт терпящих бедствие на море лиц, должны обращаться с ними гуманным образом в пределах возможностей, имеющихся на судне. При этом, учитывая, что среди спасенных могут быть беженцы и лица, ищущие убежище, необходимо приложить усилия к тому, чтобы, если осуществляется высадка куда-либо спасенных лиц, то это не должно приводить к их возвращению в место, где они подвергаются риску преследования или плохого

<sup>17</sup> URL:[http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/seamigration/Documents / Rescue at Sea Guide RUSSIAN.pdf](http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/seamigration/Documents/Rescue%20at%20Sea%20Guide%20RUSSIAN.pdf) (дата обращения: 06.10.2015)

<sup>18</sup> Мишальченко Ю.В., Васильев В.Я. Международные обязательства государств в сфере действий Международной морской организации и их практическая реализация в эпоху глобализации на примере Российской Федерации / Международное морское право. Статьи памяти А.Л. Колодкина = International Law of the Sea. Essays in Memory of A.L. Kolodkin / Сост. Р.А. Колодкин, С.М. Пунжин. М.: Статут, 2014. С. 382.

<sup>19</sup> Руководство является обновленной версией ранее опубликованного руководства 2006 г.

обращения. Вместе с тем, Руководство определяет, что если спасенные лица стремятся довести до капитана сведения, что они являются лицами, ищущими убежище, или беженцами или что они опасаются преследования или плохого обращения в случае высадки в конкретном месте, капитан должен проинформировать их, что не имеет полномочий выслушивать и рассматривать подобные заявления или определять их статус. Не допускаются такие процедуры, как отбор спасенных или оценка их статуса, которые выходят за рамки оказания помощи терпящим бедствие, с тем, чтобы не было препятствий при оказании такой помощи или необоснованной задержки высадки. Подобные процедуры ни при каких обстоятельствах не должны проводиться на море. Заметим, что «лицо, ищущее убежище» — это человек, который ищет международной защиты и в отношении которого еще не принято окончательное решение по его заявлению о предоставлении убежища. Не каждое лицо, ищущее убежище, может быть признано беженцем. Определение понятия «беженец» содержится в Конвенции о статусе беженцев 1951 г. и Протоколе, касающемся статуса беженцев 1967 г.

Конвенция о статусе беженцев с отдельными оговорками запрещает высылку беженцев и, надо полагать, лиц, ищущих убежище, или их возвращение каким-либо образом на территорию страны, где их жизни или свободе угрожает опасность вследствие их расы, религии, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений. Это относится не только к той стране, откуда человек бежал, но и к любой другой территории, где таким лицам будет угрожать такая опасность. Спасенные лица, которые не соответствуют международно-правовым критериям определения «беженец», установленным этим и другими документами, но которые опасаются применения пыток или других серьезных нарушений прав человека или которые покинули территорию вооруженного конфликта, также могут быть защищены от возвращения в определенное место («выдворения») на основании других международных или региональных документов по правам человека или по праву беженцев (праву убежища). В частности, это вытекает из смысла положений Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г., Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 г., Конвенцией Организации африканского единства о специальных аспектах проблемы прав беженцев в Африке 1969 г. запрещается возвращение лиц на территорию, где их жизни, физической неприкосновенности или свободе будет угрожать опасность вследствие преследования, внешней агрессии, оккупации, иностранного господства или событий, приводящих к серьезным нарушениям общественного порядка.

Руководство призывает, чтобы правительства координировали свои действия и сотрудничали друг с другом, чтобы капитаны оказывающих помощь судов, когда они принимают на борт лиц, терпящих бедствие на море, освобождались от указанных выше сложностей, с минимальным дальнейшим отклонением судна от запланированного рейса. Капитаны должны обеспечить, насколько это практически возможно, скорейшую высадку спасенных лиц. Хотя, на наш взгляд, на практике будут возникать серьезные сложности из-за нежелания прибрежных государств принимать беженцев.

В нескольких конвенциях определены обязанности их участников по организации связи и координации действий в своем районе ответственности при спасении лиц, терпящих бедствие вблизи их берегов. Такого рода положения содержатся, в частности, в Международной конвенции по охране человеческой жизни на море (1974). Важную роль в данном вопросе призваны решать спасательно-координационные центры прибрежных государств.

Как указано в Руководстве по обращению со спасенными на море<sup>20</sup>, правительство, ответственное за район, где спасенные были подняты из воды, является также ответственным за предоставление безопасного места или обеспечение того, чтобы оно предоставлялось. При этом под безопасным местом понимается место, в котором операция по спасанию считается завершенной и где жизни спасенных больше ничто не угрожает, могут быть удовлетворены основные человеческие потребности (такие как пища, укрытие и медицинская помощь), и могут быть приняты меры для перевозки спасенных к следующему или окончательному месту назначения. Оказывающее помощь судно также может служить в качестве временного безопасного места. Ответственность с такого судна снимается, как только могут быть осуществлены какие-либо альтернативные меры<sup>21</sup>.

Таким образом, деятельность государств в отношении мигрантов должна осуществляться в соответствии с их правовым статусом и конкретной ситуацией, в которой они находятся. В отношении беженцев и иных лиц, ищущих убежище, — это недопустимые попадания их в страну, где их жизнь подвергается опасности или они преследуются по политическим и иным противоправным мотивам. В любом случае, данный статус должен определяться не на борту оказывающего им помощь судна, а на берегу. В отношении иных мигрантов возможно осуществление государствами правоохранительных действий, предусмотренных их национальным законодательством и международным правом в зависимости от места их осуществления. В ситуации, если каким-либо лицам грозит гибель на море, то дифференциация в зависимости от правового статуса спасаемых лиц неуместна, так как помощь оказывается всем нуждающимся. В отношении организаторов нелегальной миграции непременно должны применяться меры уголовной и иной ответственности, предусмотренные законодательством государств, в том числе в соответствии с их международными обязательствами.

Для повышения эффективности правового регулирования в рассматриваемой области необходимо, чтобы нормы международного права, рекомендации ИМО, других международных организаций и международных органов, занимающихся проблемами миграции, были реализованы на национальном уровне, путем совершенствования законов, в том числе в области функционирования морского транспорта. Также необходима разработка и совершенствование подзаконных нормативных правовых актов, непосредственно посвященных вопросам противодействия нелегальной миграции на море, мерам, предпринимаемым в отношении беженцев и иных ищущих убежище лиц при их нахождении на терпящих бедствие судах. При этом следует разрешить проблему отношения государств, их кораблей, судов и спасательных служб к мигрантам, находящимся на плавучих средствах, не соответствующих требованиям к безопасности мореплавания, т.е. потенциально находящимся в опасности. В настоящее время ответственность капитана морского судна наступает лишь при неоказании им помощи лицам, терпящим бедствие на море<sup>22</sup>.



### Библиография

Воронина Н.А. Международная защита прав беженцев: региональные проблемы и решения / Российский ежегодник международного права. 2011. М.: Россия-Нева, 2012. С. 256–265.

<sup>20</sup> Резолюция ИМО MSC.167(78).

<sup>21</sup> URL: [http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/seamigration/Documents/Rescue at Sea Guide RUSSIAN.pdf](http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/seamigration/Documents/Rescue%20at%20Sea%20Guide%20RUSSIAN.pdf) (дата обращения: 06.10.2015)

<sup>22</sup> См.: ст. 270 (Неоказание капитаном судна помощи терпящим бедствие) Уголовного кодекса Российской Федерации от 13 июля 1996 г. № 63-ФЗ.



Колодкин А.Л., Гуцуляк В.Н., Боброва Ю.В. Мировой океан. Международно-правовой режим. Основные проблемы. М.: Статут, 2007. 637 с.

Мировой океан и международное право. Основы современного правопорядка в Мировом океане. М.: Наука, 1986. 296 с.

Мировой океан и международное право. Открытое море. Международные проливы. Архипелажные воды. М.: Наука, 1988. 232 с.

Мишальченко Ю.В., Васильев В.Я. Международные обязательства государств в сфере действий Международной морской организации и их практическая реализация в эпоху глобализации на примере Российской Федерации / Международное морское право. Статьи памяти А.Л. Колодкина = International Law of the Sea. Essays in Memory of A.L. Kolodkin / Сост. Р.А. Колодкин, С.М. Пунжин. М.: Статут, 2014. 414 с.

Молодцов С.В. Международное морское право. М.: Международные отношения, 1987. 287 с.

Пиджаков А.Ю., Иранпур З.Ф. К 60-летию Конвенции 1951 г. «О статусе беженцев» / Российский ежегодник международного права. 2011. М.: Россия-Нева, 2012. С. 249–255.

Правовая основа обеспечения национальной безопасности Российской Федерации: Монография / Ю.И. Авдеев, С.В. Аленкин, В.В. Алешин и др.; под ред. проф. А.В. Опалева. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2004. 511 с.

Ромашев Ю.С., Шарафутдинова Д.К. Учет особенностей международно-правового режима морских пространств в борьбе с нелегальной миграцией // Миграционное право. 2007. № 4. С. 24–29.

Словарь международного морского права / отв. ред. Ю.Г. Барсегов. М.: Международные отношения, 1985. 256 с.

Современное международное морское право / отв. ред. М.И. Лазарев. М.: Наука, 1978. 304 с.

Современное международное морское право. Режим вод и дна Мирового океана. М.: Наука, 1974. 308 с.

Черниченко С.В. Контуры международного права. Общие вопросы. М.: Научная книга, 2014. 592 с.

Черниченко С.В. Теория международного права. В 2-х томах. Том2: Старые и новые теоретические проблемы. М.: НИМП, 1999. 531 с.

International Law: A Russian Introduction. Utrecht: Eleven International Publishing, 2009, 720 p.

---

## **Migration by Sea: International Legal and Organizational Issues**



**Yuri S. Romashev**

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



**Nikolai V. Ostroukhov**

Professor, Department of International Law, Faculty of Law, Russian University of Peoples' Friendship, Doctor of Juridical Sciences. Address: 6 Miklukho-Maklaya Str., Moscow, 117198, Russian Federation. E-mail: ostroukhov\_nv@gov.ru



### **Abstract**

The increasing migration of population in the world is one of the urgent international problems. States make efforts to counter the illegal migration and to help people seeking asylum. This problem is the most challenging to tackle in the sea. The article reveals the contents of international cooperation and the role of international law in this field. The specific features of tackling illegal migration are analyzed within the various marine spaces: in inland waters, in the territorial sea and in the open sea. The issues of international cooperation on suffering refugees and other migrants in danger on the sea have been studied as well. International legal and organizational issues facing the world community are introduced and their separate

solutions are offered. In the authors' opinion, the activities of states regarding migrants should be carried out in compliance with their legal status and particular situation. In any case, the migrants' status must be defined not on the sea but on the shore. If some people are in danger, they must be helped notwithstanding the legal status of the persons being rescued. Measures of criminal liability and other measures according to the legislation of states and international commitments must be applied to illegal migration organizers. It is important that the rules of international law, international organizations and international bodies recommendations that deal with the problems of migration should be carried out at the national level by means of upgrading related laws. It is also important to work out and to upgrade the subordinate regulatory legal acts concerning the questions of illegal sea migration counteraction, measures taken towards refugees and other asylum seekers, being present on board of the ships in distress. Accordingly, the issue is to be solved as to the attitude of states towards the migrants on board of the watercraft that do not comply with the seafaring security requirements that means that they are potentially in danger.



## Keywords

international law, migration, combating illegal migration, international law enforcement law, international criminal law, international law of the sea, refugees, human rights, combating crime.

Citation: Romashev Yu. S., Ostroukhov N.V. (2016) Migration by Sea: International Legal and Organizational Issues. *Pravo. Zhurnal Vyssey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 149–165 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.149.165



## References

Barsegov Yu.G. (ed.) (1985) *Slovar' mezhdunarodnogo morskogo prava* [Dictionary of International Maritime Law]. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 256 p. (in Russian)

Chernichenko S.V. (2014) *Kontury mezhdunarodnogo prava. Obshchie voprosy* [Outline of International Law. General Issues]. Moscow: Nauchnaya kniga, 592 p.

Chernichenko S.V. (1999) *Teoriya mezhdunarodnogo prava. V 2-kh tomakh. Tom 2: Starye i novye teoreticheskie problemy* [Theory of International Law. In 2 vols. Vol. 2. Old and New Theoretical Problems]. Moscow: NIMP, 531 p.

International Law. A Russian Introduction (2009). Utrecht: Eleven International Publishing, 720 p.

Kolodkin A.L., Gutsulyak V.N., Bobrova Yu.V. (2007) *Mirovoy Okean Mezhdunarodno-pravovoy rezhim. Osnovnye Problemy* [World Ocean. The International Legal Regime. Main Issues]. Moscow: Statut, 637 p. (in Russian)

Lazarev M.I. (ed.) (1978) *Sovremennoe mezhdunarodnoe morskoe pravo* [Contemporary International Law of the Sea]. Moscow: Nauka, 304 p. (in Russian)

*Mirovoy okean i mezhdunarodnoe pravo* (1986) *Osnovy sovremennogo pravoporyadka v Mirovom okeane* [Oceans and International Law. Foundations of Modern Rule of Law in the Oceans]. Moscow: Nauka, 296 p. (in Russian)

*Mirovoy ocean i mezhdunarodnoe pravo. Otkrytoe more. Mezhdunarodnye prolivy. Arkhipelazhnye vody* (1988) [Oceans and International Law. Open Sea. International Straits. Archipelagic Waters]. Moscow: Nauka, 232 p. (in Russian)

Mishal'chenko Yu.V., Vasil'ev V.Ya. (2014) *Mezhdunarodnye obyazatel'stva gosudarstv v sfere deystviy Mezhdunarodnoy morskoy organizatsii i ikh prakticheskaya realizatsiya v epokhu globalizatsii na primere Rossiyskoy Federatsii* [States' International Obligations within International Maritime Organization and their Implementation in the Era of Globalization. Case of the Russian Federation]. *Mezhdunarodnoe morskoe pravo. Stat'i pamyati A.L. Kolodkina* [International Law of the Sea. Essays in Memory of A.L. Kolodkin] / Kolodkin R.A., Punzhin S.M., eds. Moscow: Statut, 414 p. (in Russian)

Molodtsov S.V. (1987) *Mezhdunarodnoe morskoe pravo* [International Maritime Law]. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 287 p. (in Russian)

Opalev A.V. (ed.) (2004) *Pravovaya osnova obespecheniya natsional'noy bezopasnosti Rossiyskoy Federatsii: Monografiya* [Legal Basis for National Security of Russia: Monograph]. Moscow: YUNITI-DANA, 511 p. (in Russian)

Pidzhakov A.Yu., Iranpur Z.F. (2012) K 60-letiyu Konventsii 1951 g. «O statuse bezhentshev» [60th Anniversary of 1951 Convention “On Status of Refugees”]. *Rossiyskiy ezhegodnik mezhdunarodnogo prava* [Russian Yearbook of International Law]. Moscow: Rossiya-Neva, pp. 249–255 (in Russian)

Romashev Yu.S., Sharafutdinova D.K. (2007) Uchet osobennostey mezhdunarodno-pravovogo rezhima morskikh prostranstv v bor'be s nelegal'noy migratsiyey [Features of International Legal Regime of Sea Spaces in Combating Illegal Migration]. *Migratsionnoe pravo*, no 4, pp. 24–29.

Sovremennoe mezhdunarodnoe morskoe pravo (1974) Rezhim vod i dna Mirovogo okeana [Contemporary International Law of Sea. Mode of Waters and Ocean Floor]. Moscow: Nauka, 308 p. (in Russian)

Voronina N.A. (2011) Mezhdunarodnaya zashchita prav bezhentshev: regional'nye problemy i resheniya [The International Protection of Refugees: Regional Issues and Solutions]. *Rossiyskiy ezhegodnik mezhdunarodnogo prava* [Russian Yearbook of International Law]. Moscow: Rossiya-Neva, pp. 256–265.

# Понятие и признаки коррупции в международных правовых актах

---

 **Н.П. Бухарина**

ассистентка кафедры деликтологии и криминологии Юридического института Сибирского федерального университета. Адрес: 660075, Российская Федерация, Красноярск, ул. Маерчака, 6. E-mail: nbukharina4@gmail.com

---

## **Аннотация**

Коррупцией как проблемой человеческого общества и его дальнейшего прогресса озабочены как универсальные, так и региональные международные организации — Организация Объединенных Наций, Совет Европы, Содружество Независимых Государств и др. Начиная со второй половины XX века был принят ряд антикоррупционных резолюций, государства заключили ряд соответствующих конвенций, в которых обозначены основные подходы к пониманию коррупции. Вместе с тем изучение положений международных правовых актов показывает, что международное сообщество не выработало универсального определения понятия коррупции. В статье на основе анализа легальных дефиниций понятия коррупции, перечней коррупционных деяний во взаимосвязи с положениями наиболее значимых международных правовых актов, заложивших основы понимания коррупции, предпринята попытка определить перечень и содержание существенных признаков этого социально-правового явления. В качестве значимых признаков коррупции автором выделены: общественная вредность (опасность), сфера существования, предмет коррупции, субъекты, использование субъектом коррупции служебных (должностных) полномочий или положения, публичного статуса, влияния в связи с занимаемой должностью, цели и мотивы субъекта коррупции. Содержание указанных признаков обусловлено узким либо широким подходом к пониманию данного социально-правового явления. Закрепление такого признака коррупции, как общественная вредность (опасность), характерно для международных документов Совета Европы и Содружества Независимых Государств. Среди правовых актов Организации Объединенных Наций указанный признак коррупции содержится только в Конвенции ООН против коррупции 2003 г. В качестве сферы существования коррупции в рассмотренных международных правовых актах закрепляется как частный, так и публичный сектор. Предметом коррупции выступают различные выгоды и преимущества имущественного и неимущественного характера. Автором выявлены тенденции к переходу от узкой к более широкой трактовке коррупции через включение помимо «подкупа-продажности» различных злоупотреблений служебным положением в корыстных целях либо по мотиву иной личной заинтересованности, а также к расширению перечня субъектов коррупции.

---

## **Ключевые слова**

признаки коррупции, общественная вредность (опасность), сфера коррупции, предмет коррупции, субъекты коррупции, конвенции, ООН, Совет Европы, СНГ.

---

Библиографическое описание: Бухарина Н.П. Понятие и признаки коррупции в международных правовых актах // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 1. С. 166–176.

JEL: K 19; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.166.176

Для современного международного права характерно использование двух способов дефинирования коррупции<sup>1</sup>: в ряде антикоррупционных актов универсальных и регио-

<sup>1</sup> См.: *Бозуш Г.И.* Понятие коррупции в международном праве и российском законодательстве // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2004. № 2. С. 79.

нальных международных организаций содержится описательное определение понятия «коррупция», однако наиболее распространенным способом на сегодняшний день является перечневый, который основан на закреплении в дефиниции коррупционных по своей природе деяний. Установление объема и содержания понятия коррупции невозможно без глубокого научного изучения закрепленных в международных документах признаков этого социально-правового явления. Анализ легальных дефиниций понятия коррупции, а также перечней коррупционных деяний, подлежащих криминализации во взаимосвязи с содержанием международных антикоррупционных актов, позволяет выделить следующие существенные признаки коррупции:

- общественная вредность (опасность);
- сфера существования;
- предмет;
- субъекты;
- использование субъектом коррупции служебных (должностных) полномочий или положения, публичного статуса, влияния в связи с занимаемой должностью;
- цели и мотивы субъекта коррупции.

Необходимо отметить, что указанные признаки имеют различное содержание, которое обусловлено узким либо широким подходом к пониманию коррупции<sup>2</sup>, закрепленным в том или ином международном документе. Рассмотрим наиболее значимые международные акты, заложившие основы понимания коррупции с позиций узкого подхода.

По мнению некоторых исследователей, непрямая дефиниция, закрепленная в Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности 2000 г., содержит в себе «...всю совокупность родовых признаков...»<sup>3</sup> коррупции. С подобным утверждением можно согласиться, говоря о коррупции исключительно в узкой ее трактовке. Так, сферой существования коррупции, согласно положениям Конвенции, является только публичный сектор. Субъектами может быть довольно широкий круг лиц: не только физические и юридические лица, но и публичные должностные лица, а также иностранные публичные должностные лица и международные гражданские служащие. Под публичным должностным лицом, согласно ч. 4 ст. 8 Конвенции, понимают «лицо, предоставляющее какую-либо публичную услугу, как это определяется во внутреннем законодательстве Государства-участника, в котором данное лицо выполняет такие функции, и как это применяется в уголовном законодательстве этого Государства-участника».

Предметом коррупции по смыслу ст. 8 Конвенции могут выступать любые выгоды, обозначенные в международном документе единым термином «какое-либо неправомерное преимущество»<sup>4</sup>. В объем понятия коррупции включаются в качестве окончательных составов преступлений как обещание, предложение дачи взятки, так и вымогательство взятки, а также соучастие в указанных преступлениях.

<sup>2</sup> См.: Бухарина Н.П. Основные подходы к пониманию коррупции в международных правовых актах // Юридическая мысль. 2015. № 2 (88). С. 72–77.

<sup>3</sup> См.: Едкова Т.А. Обсуждение доктрины запретов в административном праве // Журнал российского права. 2013. № 8. С. 137–144; Сухарев А.С. Административно-правовые средства и методы противодействия коррупции в сфере государственного администрирования // Административное право и процесс. 2014. № 1. С. 50–54.

<sup>4</sup> Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности: резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 15.11.2000 г. № A/RES/55/25 // URL: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/orgcrime.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/orgcrime.shtml) (дата обращения: 17.05.2014)

Таким образом, Конвенция ООН не содержит универсального определения коррупции. Анализ содержания конвенционных признаков этого негативного социально-правового явления позволяет говорить, что в рассматриваемом международном документе понятие коррупции ограничивается исключительно взяточничеством. Вместе с тем положения Конвенции позволяют широко трактовать предмет и субъектный состав коррупционных отношений.

В Декларации ООН о борьбе с коррупцией и взяточничеством в международных коммерческих операциях 1996 г.<sup>5</sup> понятия «коррупция» и «взяточничество», на наш взгляд, отождествляются. Вместе с тем некоторые авторы<sup>6</sup> полагают, что в данном международном документе указанные понятия не идентичны. Едва ли можно согласиться с подобным суждением. Анализ содержания Декларации показывает, что термины «взяточничество» и «коррупция» употребляются преимущественно через запятые, т.е. как синонимы. Кроме того, в пп. «b» п. 8, п. 9 и п. 12 содержится исключительно термин «взяточничество», употребляемый, исходя из смысла указанных норм, в качестве синонима коррупции. Все это позволяет говорить о тождестве понятий «коррупция» и «взяточничество» в Декларации ООН. Содержание понятия «взяточничество», «коррупция» раскрывается в Декларации через характеристику форм подкупа: активного (пп. «a» п. 3) и пассивного (пп. «b» п. 3). Субъектом активного подкупа может выступать любое физическое либо юридическое лицо, субъектом пассивного — «государственное должностное лицо или избранный представитель какого-либо государства». Понятием подкупа по смыслу пп. «a», «b» п. 2 Декларации охватывается как совершение должностным лицом или избранным представителем какого-либо государства действий, входящих в его служебные обязанности, так и неисполнение указанными лицами своих служебных обязанностей «в связи с той или иной международной коммерческой операцией».

Предметом подкупа могут являться не только денежные средства, подарки, но и иные выгоды, характер которых в международном акте не конкретизирован. Необходимо отметить, что важным свойством предмета коррупции является неправомерность указанных выгод. Сферой существования коррупции, согласно положениям Декларации, выступает как публичный, так и частный сектор. Помимо подкупа в объем понятия коррупции также включены в качестве оконченных составов преступлений предложение и обещание передачи предмета подкупа, вымогательство и согласие на его получение, а также совершение указанных преступлений в соучастии (пп. «a», «b» ст. 3).

Таким образом, в Декларации ООН понятие коррупции раскрывается через характеристику форм подкупа. Вместе с тем субъектный состав коррупции, предмет и сфера ее существования могут быть истолкованы достаточно широко.

На уровне Совета Европы Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию 1999 г. раскрывает содержание такого признака коррупции, как общественная опасность (вредность), которая заключается в том, что «коррупция угрожает верховенству закона, демократии и правам человека, подрывает принципы надлежащего государственного управления, равенства и социальной справедливости, препятствует конкуренции, за-

<sup>5</sup> Декларация ООН о борьбе с коррупцией и взяточничеством в международных коммерческих операциях: резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 16.12.1996 г. № A/RES/51/191 // URL: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/declarations/bribery.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/bribery.shtml) (дата обращения: 17.05.2014)

<sup>6</sup> См.: *Маршакова Н.Н.* Понятие коррупции в международно-правовых актах // *Российская юстиция.* 2010. № 11. С. 67–71; *Сердюк Л.В.* К вопросу о понятии коррупции и мерах ее предупреждения // *Российская юстиция.* 2011. № 2. С. 41–43.



трудняет экономическое развитие и угрожает стабильности демократических институтов и моральным устоям общества»<sup>7</sup>.

Сферой существования коррупции являются публичный и частный секторы. Предметом коррупции может выступать «какое-либо неправомерное преимущество», которое может иметь материальный либо нематериальный характер<sup>8</sup>, а также вознаграждение (ст. 12)<sup>9</sup>.

Субъектный состав коррупции целесообразно раскрыть через анализ перечня деяний, подлежащих криминализации. Так, субъектами активного подкупа в публичном и частном секторах могут выступать как физические, так и юридические лица. Субъектами пассивного подкупа в публичном секторе — иностранное либо национальное публичное должностное лицо («...«должностное лицо», «публичный служащий», «мэр», «министр» или «судья»..., в том числе прокурор и лицо, занимающее какую-либо судебную должность»), иное лицо, осуществляющее функции, соответствующие функциям, выполняемым должностными лицами или агентами в смысле ст. 9 Конвенции, а также члены национальных публичных собраний, осуществляющих законодательные или административные полномочия, члены парламентских собраний международных или наднациональных организаций. Субъектами пассивного подкупа в частном секторе признаются лица, которые руководят предприятиями частного сектора или работают в них в том или ином качестве.

Признаком коррупции также является использование субъектом действительного либо предполагаемого влияния (ст. 12), совершение действий (бездействий), обусловленных предметом подкупа, при осуществлении его функций (ст. 2, 3) либо в нарушение его обязанностей (ст. 7, 8).

В **объем** понятия коррупции, согласно положениям рассматриваемого международного документа, включаются не только различные формы подкупа-продажности<sup>10</sup>, отмывание доходов от коррупционных преступлений, действия (бездействия) с целью совершения, сокрытия или представления в ложном свете коррупционных правонарушений, но и соучастие в указанных деяниях.

Таким образом, изучение содержания признаков коррупции, закрепленных в Конвенции, позволяет установить, что указанное понятие в целом характеризуется через различные формы подкупа-продажности<sup>11</sup>. Анализ ст. 12 Конвенции показывает, что под «злоупотреблением влиянием в корыстных целях» фактически подразумевается

<sup>7</sup> Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (Страсбург, 27.01.1999 г.) // Бюллетень международных договоров. 2009. № 9. С. 15–29 // URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=121544> (дата обращения: 09.05.2015)

<sup>8</sup> См.: *Николенко Т.А.* Конвенционные положения о противодействии коррупции в российском уголовном законодательстве // *Законность.* 2011. № 3. С. 24–28.

<sup>9</sup> См.: *Аснис А.Я.* К вопросу о ратификации Конвенции Совета Европы «Об уголовной ответственности за коррупцию» и ее реализации в УК РФ // *Адвокат.* 2005. № 4. С. 37–41.

<sup>10</sup> См.: *Карпович О.Г.* Борьба с коррупцией в рамках Совета Европы // *Внешнеторговое право.* 2011. № 2. С. 16–21.

<sup>11</sup> См.: *Корчагин А.Г., Иванов А.М.* Сравнительное исследование коррупционных и служебных преступлений. Владивосток, 2001. С. 113; *Коррупция в мире и международная стратегия борьбы с ней / отв. ред. В.А. Номоконов.* Владивосток, 2004. С. 95; *Шевелевич А.А.* Административно-правовые основы противодействия коррупции в системе государственной службы: Дис. ...канд. юрид. наук. М., 2008. С. 95–96.

особая разновидность подкупа-продажности<sup>12</sup> — «торговля влиянием». Иная юридическая природа характерна лишь для деяний, предусмотренных ст. 13 и 14 Конвенции<sup>13</sup>.

Конвенция о гражданско-правовой ответственности за коррупцию 1999 г. закрепляет определение понятия коррупции исключительно для целей Конвенции<sup>14</sup>. В Преамбуле раскрывается содержание такого признака коррупции как общественная вредность (опасность) — «способность коррупции создавать серьезную угрозу верховенству закона, демократии и правам человека, равенству и социальной справедливости, затруднять экономическое развитие и ставить под угрозу надлежащее и справедливое функционирование рыночной экономики». Анализ ст. 2, 5, 8–10 Конвенции показывает, что сферой существования коррупции признаются публичный и частный секторы.

«Рамочное» определение коррупции, закрепленное в ст. 2 Конвенции, дает лишь общие представления о ее предмете и субъектах. Предметом коррупции может выступать взятка, а также любое другое ненадлежащее преимущество, характер которого нормативным актом не определен. Субъектами коррупции — любое лицо, уполномоченное на выполнение обязанности или поведения (субъект пассивного подкупа), а также лицо, заинтересованное в искажении нормального выполнения такой обязанности или поведения (субъект активного подкупа). В объем понятия коррупции, согласно ст. 2 Конвенции, включается «просьба, предложение, дача или принятие ... взятки или любого другого ненадлежащего преимущества или обещания такового...», а равно совершение указанных действий через посредника.

Анализ закрепленных в конвенционном определении признаков коррупции, а также перечня деяний, включенных в объем этого понятия, позволяет сделать вывод, что под коррупцией понимается исключительно подкуп-продажность.

Модельный закон о борьбе с коррупцией СНГ 1999 г. закрепляет в качестве признака коррупции общественную вредность (опасность), которая заключается, прежде всего, в ее способности причинить вред либо поставить под угрозу причинения такого вреда права и свободы граждан, а также безопасность государства<sup>15</sup>. Сферой существования коррупции признается публичный сектор<sup>16</sup>.

Согласно ст. 2 и 3 Модельного закона субъектами коррупции являются, с одной стороны, государственные должностные лица, судьи, а также приравненные к ним иные лица (депутаты парламента; лица, избранные в органы местного самоуправления; граждане, зарегистрированные в качестве кандидатов в президенты и вице-президенты государства, в депутаты парламента, а также в члены выборных органов местного самоуправления; служащие, постоянно или временно работающие в органах местного

<sup>12</sup> См.: *Кудашкин А.В.* Антикоррупционные международные стандарты. Роль международных институтов в противодействии коррупции / Правовые проблемы противодействия коррупции: материалы Международной научной конференции. Москва, 2 ноября 2011 г. / отв. ред. Л.В. Андриченко, О.О. Журавлева. М., 2012. С. 55.

<sup>13</sup> См.: Коррупция в мире и международная стратегия борьбы с ней. С. 95.

<sup>14</sup> Конвенция о гражданско-правовой ответственности за коррупцию (ETS N 174) (Страсбург, 04.11.1999 г.) // URL: <http://base.consultant.ru/cons/CGI/online.cgi?req=doc;base=INT;n=7783> (дата обращения: 09.05.2015)

<sup>15</sup> Модельный закон о борьбе с коррупцией: принят в Санкт-Петербурге 3.04.1999 Постановлением 13-4 на 13-ом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ // Межпарламентская Ассамблея государств-участников Содружества Независимых Государств. Информационный бюллетень. 1999. № 21. С. 70–84 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>16</sup> См.: *Марьина Е.В.* Коррупционные преступления: отраслевое и межотраслевое согласование норм: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2010. С. 44.

самоуправления, оплата труда которых производится из средств государственного бюджета, внебюджетных фондов, создаваемых государственными органами или органами местного самоуправления), с другой, — любое физическое либо юридическое лицо.

Признаком коррупции, согласно положениям Модельного закона, также выступает использование субъектом должностных полномочий и связанных с ними возможностей. Вместе с тем, содержание вышеуказанного признака в международном документе не раскрывается. Анализ ст. 2, 13 Модельного закона позволяет согласиться с точкой зрения ученых<sup>17</sup>, согласно которой предметом коррупции выступают исключительно имущественные блага и преимущества.

В объем понятия коррупции, согласно ч.1 и 2 ст. 2 Модельного закона, включаются подкуп и продажность государственных должностных лиц, а также лиц, приравненных к ним, лично или через посредника и другие коррупционные правонарушения, связанные с противоправным получением благ и преимуществ либо создающие условия для коррупции, ответственность за которые, и соответственно, перечень которых устанавливается национальным законодательством.

Таким образом, анализ показывает, что наиболее узкая трактовка понятия коррупции среди рассмотренных международных правовых актов как с точки зрения сферы существования, предмета и субъектов коррупции, так и объема указанного понятия характерна для Модельного закона СНГ.

Среди международных правовых актов, закрепляющих широкий подход к пониманию коррупции необходимо отметить Конвенцию Организации Объединенных Наций против коррупции 2003 г. Конвенция не содержит унифицированного определения понятия коррупции. Вместе с тем исследователи отмечают, что понятие коррупции может быть раскрыто через анализ закрепленного в этом международном документе перечня коррупционных деяний, подлежащих криминализации, и иных положений Конвенции<sup>18</sup>.

В Преамбуле Конвенции ООН раскрывается один из важнейших признаков коррупции — общественная опасность (вредность), т.е. способность причинить вред либо поставить под угрозу причинения такого вреда демократические институты и ценности, этические ценности и справедливость, устойчивое развитие общества и правопорядок<sup>19</sup>.

Сферой существования коррупции являются как публичный, так и частный сектор. Предметом коррупции выступает имущественная выгода в виде денежных средств, ценных бумаг и иного имущества (ст. 17, 20, 22), а также какое-либо «неправомерное преимущество» (ст. 15, 16, 18, 19, 21), под которым можно понимать как материальные, так и нематериальные выгоды<sup>20</sup>. Исследователи отмечают, что «это могут быть, например, помощь в избирательной компании, «решение» кадровых вопросов...»<sup>21</sup> и др. Анализ

<sup>17</sup> См.: *Марьина Е.В.* Указ. соч.; *Жиганова А.А.* Международно-правовое сотрудничество государств по борьбе с коррупцией: Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2013. С. 89.

<sup>18</sup> См.: *Шевелевич А.А.* Указ. соч. С. 34; *Камынин И.Д.* Конвенция ООН «Против коррупции» — новые контуры международного сотрудничества // Проблемы борьбы с проявлениями криминального рынка / отв. ред. В.А. Номоконов. Владивосток, 2005. С. 112.

<sup>19</sup> Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции: резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 31.10. 2003г. № A/RES/58/4 // URL: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/corruption.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/corruption.shtml) (дата обращения: 17.05.2014)

<sup>20</sup> См.: *Москалева М.Н.* О Руководстве для законодательных органов по осуществлению Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции / Совершенствование борьбы с организованной преступностью, коррупцией и экстремизмом / под. ред. А.И. Долговой. М., 2008. С. 202–223.

<sup>21</sup> *Номоконов В.А.* Новое антикоррупционное законодательство и перспективы борьбы с преступностью / Новая криминальная ситуация: оценка и реагирование / под. ред. А.И. Долговой. М., 2009. С. 66.

показывает, что свойством предмета коррупции является неправомерность указанных преимуществ.

Субъектами коррупции признаются национальные физические и юридические лица, иностранные публичные должностные лица, должностные лица публичных международных организаций, а также лица, руководящие работой организации частного сектора или работающие в любом качестве в такой организации. Необходимо отметить, что анализируемая Конвенция по сравнению с иными правовыми актами ООН расширяет понятие должностного лица за счет включения в его содержание признака «выполнения какой-либо публичной функции или оказания какой-либо публичной услуги» (п. «а» ст. 2), что позволяет относить к должностным лицам довольно широкий круг субъектов<sup>22</sup>.

Также в числе признаков коррупции Конвенция закрепляет использование субъектом действительного либо предполагаемого влияния (ст. 18), содержание которого в рассматриваемом международном документе не раскрывается, служебного положения (ст. 17, 19, 22) или служебных полномочий (ст. 19), под которыми фактически понимаются функции публичного должностного лица (ст. 19). Анализ положений Конвенции позволяет выделить такие признаки коррупции, как цели и мотивы субъектов. Исследователями, как правило, признается наличие только корыстной цели<sup>23</sup>. Вместе с тем из содержания ст. 15, 16, 18, 19, 21 следует, что субъект коррупции может действовать также по мотиву иной личной заинтересованности.

Согласно ст. 15–25 Конвенции понятием коррупции охватывается широкий перечень правонарушений. С учетом существования общемировой тенденции к «деперсонализации взаимодействия»<sup>24</sup> между корруптером и коррупционером разработчики Конвенции включили в **объем** понятия коррупции совершение подлежащих криминализации деяний в соучастии, а также предварительную преступную деятельность субъектов коррупции.

Таким образом, согласно положениям Конвенции ООН против коррупции, под коррупцией понимается не только подкуп-продажность, но и злоупотребление служебным положением в корыстных целях либо по мотиву иной личной заинтересованности.

Модельный закон СНГ «Основы законодательства об антикоррупционной политике» 2003 г. содержит нормативное определение понятия коррупции, под которой понимается «подкуп... любое незаконное использование лицом своего публичного статуса, сопряженное с получением выгоды (имущества, услуг или льгот и/или преимуществ, в том числе неимущественного характера) как для себя, так и для своих близких вопреки законным интересам общества и государства, либо незаконное предоставление такой выгоды указанному лицу»<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> См.: *Щедрин Н.В.* Определение коррупции в Федеральном законе // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. 2009. № 3. С. 33; *Камынин И.Д.* Указ. соч. С. 111.

<sup>23</sup> *Богуш Г.И.* Указ. соч. С. 83.

<sup>24</sup> См.: *Хабриева Т.Я.* Правовые механизмы имплементации международных антикоррупционных конвенций в национальное законодательство / Правовые проблемы противодействия коррупции. С. 21.

<sup>25</sup> Основы законодательства об антикоррупционной политике: Модельный закон принят в Санкт-Петербурге 15.11.2003 г. Постановлением 22-15 на 22-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ // Межпарламентская Ассамблея государств-участников Содружества Независимых Государств. Информационный бюллетень. 2004. № 33. С. 225–260 // СПС КонсультантПлюс.

Модельный закон 2003 г., так же, как и Закон 1999 г., закрепляет признак общественной вредности (опасности) коррупции. Вместе с тем этот признак имеет в рассматриваемом международном документе более широкое содержание. Так, под общественной вредностью (опасностью) коррупции понимается ее способность причинить вред либо поставить под угрозу причинения такого вреда: национальную безопасность, функционирование публичной власти на основе права и закона, верховенство закона, демократию и права человека, равенство и социальную справедливость, а также, отмечается в международном акте, коррупция затрудняет экономическое развитие и угрожает основам рыночной экономики. Понимание общественной вредности (опасности) коррупции и классификация субъектов, заложенные в Модельном законе 2003 г., позволяют сделать вывод, что сферой существования коррупции являются как публичный, так и частный сектор. Предметом коррупции выступают выгоды имущественного и неимущественного характера.

В ст. 9 Модельного закона 2003 г. дается классификация субъектов коррупции в зависимости от того, какой вид коррупционного правонарушения был совершен. В соответствии с п. 6 ст. 9 перечень субъектов коррупции является исчерпывающим. Признаком коррупции также является незаконное использование субъектом коррупции публичного статуса, под которым понимаются постоянное, временное либо по специальному полномочию выполнение должностных или служебных обязанностей, а также управленческих функций. Анализ ст. 2, п. 5 ст. 9 Модельного закона показывает: для субъекта коррупции также характерны корыстная цель либо мотив иной личной заинтересованности.

Согласно ст. 8 Модельного закона 2003 г. объем понятия коррупции составляет широкий перечень коррупционных правонарушений, в который включаются гражданско-правовые деликты, дисциплинарные проступки, административные правонарушения, а также преступления (подкуп, иные коррупционные преступления и преступления, связанные с коррупционными).

Понятие коррупции раскрывается в международных правовых актах сквозь призму узкого либо широкого подходов к пониманию этого социально-правового явления. Системный анализ легальных дефиниций понятия коррупции, перечней коррупционных деяний, а также положений международных антикоррупционных документов позволяет говорить, что содержание и объем понятия коррупции могут быть установлены через характеристику обозначенных в настоящей работе существенных признаков этого явления. Обобщая содержание указанных признаков, можно заключить, что на международном уровне до 2003 г. приоритетным выступало, как правило, определение коррупции через характеристику различных форм подкупа-продажности. При этом сферой существования коррупции признавались как частный, так и публичный секторы. Предметом коррупции наряду с имущественными выгодами выступали также выгоды неимущественного характера. Субъектный состав коррупционных отношений был широким.

Принятие и введение в действие Конвенции ООН против коррупции 2003 г. способствовали складыванию широкого подхода к пониманию коррупции через включение в объем этого понятия не только подкупа-продажности, но и различных злоупотреблений служебным положением в корыстных целях либо по мотиву иной личной заинтересованности. Также необходимо отметить расширение перечня субъектов коррупции. Содержание таких существенных признаков, как сфера существования и предмет коррупции, с принятием Конвенции 2003 г. заметно не изменилось.



## Библиография

- Аснис А.Я. К вопросу о ратификации Конвенции Совета Европы «Об уголовной ответственности за коррупцию» и ее реализации в УК РФ // Адвокат. 2005. № 4. С. 37–41.
- Богуш Г.И. Понятие коррупции в международном праве и российском законодательстве // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2004. № 2. С. 76–85.
- Едкова Т.А. Обсуждение доктрины запретов в административном праве // Журнал российского права. 2013. № 8. С. 137–144.
- Жиганова А.А. Международно-правовое сотрудничество государств по борьбе с коррупцией: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2013. 177 с.
- Камынин И.Д. Конвенция ООН «Против коррупции» — новые контуры международного сотрудничества / Проблемы борьбы с проявлениями криминального рынка / отв. ред. В.А. Номоконов. Владивосток: Изд-во Дальневосточного университета, 2005. 312 с.
- Карпович О.Г. Борьба с коррупцией в рамках Совета Европы // Внешнеторговое право. 2011. № 2. С. 16–21.
- Корчагин А.Г., Иванов А.М. Сравнительное исследование коррупционных и служебных преступлений. Владивосток: Изд-во Дальневосточного университета, 2001. 228 с.
- Кудашкин А.В. Антикоррупционные международные стандарты. Роль международных институтов в противодействии коррупции / Правовые проблемы противодействия коррупции: материалы Международной научной конференции. Москва. 2 ноября 2011 г. / отв. ред. Л.В. Андриченко, О.О. Журавлева. М.: Юриспруденция, 2012. 280 с.
- Маршаква Н.Н. Понятие коррупции в международно-правовых актах // Российская юстиция. 2010. № 11. С. 67–71.
- Москалева М.Н. О Руководстве для законодательных органов по осуществлению Конвенции ООН против коррупции / Совершенствование борьбы с организованной преступностью, коррупцией и экстремизмом / под. ред. А.И. Долговой. М.: Российская криминологическая ассоциация, 2008. 320 с.
- Николенко Т.А. Конвенционные положения о противодействии коррупции в российском уголовном законодательстве // Законность. 2011. № 3. С. 24–28.
- Номоконов В.А. Новое антикоррупционное законодательство и перспективы борьбы с преступностью / Новая криминальная ситуация: оценка и реагирование / под. ред. А.И. Долговой. М.: Российская криминологическая ассоциация, 2009. 356 с.
- Сердюк Л.В. К вопросу о понятии коррупции и мерах ее предупреждения // Российская юстиция. 2011. № 2. С. 41–43.
- Сухарев А.С. Административно-правовые средства и методы противодействия коррупции в сфере государственного администрирования // Административное право и процесс. 2014. № 1. С. 50–54.
- Щедрин Н.В. Определение коррупции в Федеральном законе // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. 2009. № 3. С. 31–36.

---

## Concept and Indications of Corruption in Acts of International Law



**Nadezhda Bukharina**

Assistant, Department of Delictology and Criminology, Institute of Law, Siberian Federal University.  
Address: 6 Maerchaka Str., Krasnoyarsk, 660075, Russian Federation. E-mail: nbukharina4@gmail.com



### Abstract

Corruption as a global challenge has been a concern for academia and international organizations — the United Nations, European Council, Commonwealth of Independent States, etc. Beginning with



the second half of the 20<sup>th</sup> century, special anticorruption resolutions were adopted, states concluded conventions specifying the major approaches to the concept of corruption. The study of the provisions of international legal acts shows that international community has not developed a single definition for corruption. On the basis of legal definitions of corruption, lists of corruption acts in context of the provisions of the most significant international legal acts which created the basis of interpreting corruption, an attempt has been made to draw up a list and content of the material signs of the social and legal phenomenon. As significant signs of corruption, the author identifies the common hazard, sphere of existence, object matter of corruption, subjects, corruption of service (official) powers and administrative status. The specified signs are conditioned with a narrow or wide approach to understanding this social law phenomenon. Settling this sign of corruption as a common hazard is typical of the international documents of the Council of Europe and Commonwealth of Independent States. As to the UN documents, this sign is stipulated only in the United Nations Convention against Corruption (2003). As the domain of corruption, international acts stipulate private and public sector. The subject matter of corruption is various benefits of property and non-property nature. The author shows the trend of transition from narrow to a wider interpretation of corruption by including besides bribery and graft various abuses of official position for lucrative purposes or due to personal interest as well as widening the list of the subjects of corruption.



### Keywords

indications of corruption, public hazard (danger), domain of corruption, object, subject of corruption, conventions, United Nations, European Council, CIS.

Citation: Bukharina N.P. (2016) Concept and Indications of Corruption in Acts of International Law. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 166–176 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.166.176



### References

Asnis A.Ya. (2005) K voprosu o ratifikatsii Konventsii Soveta Evropy «Ob ugolovnoy otvetstvennosti za korruptsiyu» i ee realizatsii v UK RF [On Ratifying Criminal Law Convention on Corruption and its Implementation in Russian Federation Criminal Code]. *Advokat*, no 4, pp. 37–41.

Bogush G.I. (2004) Ponyatie korruptsii v mezhdunarodnom prave i rossiyskom zakonodatel'stve [Corruption under International and Russian Law]. *Vestnik Moskovskogo universiteta. Seriya Pravo*, no 2, pp. 76–85.

Edkova T.A. (2013) Obsuzhdenie doktriny zapretov v administrativnom prave [Discussing Prohibition Doctrine in Administrative Law]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 8, pp. 137–144.

Kamynin I.D. (2005) Konventsiya OON «Protiv korruptsii» — novye kontury mezhdunarodnogo sotrudnichestva [United Nations Convention against Corruption — New Horizons of Cooperation]. *Problemy bor'by s proyavleniyami kriminal'nogo rynka* [Issues of Combating Criminal Market. Nomokonov V.A. (ed.)]. Vladivostok: Dal'nevostochnyi universitet, 312 p.

Karpovich O.G. (2011) Bor'ba s korruptsией v ramkakh Soveta Evropy [On Combating Corruption within the Framework of the Council of Europe]. *Vneshnetorgovoe pravo*, no 2, pp. 16–21.

Korchagin A.G., Ivanov A.M. (2001) *Sravnitel'noe issledovanie korruptsiionnykh i sluzhebnykh prestupleniy* [Comparative Research of Corruption and Business Crime]. Vladivostok: Dal'nevostochnyi universitet, 228 p. (in Russian)

Kudashkin A.V. (2012) Antikorruptsiionnye mezhdunarodnye standarty. Rol' mezhdunarodnykh institutov v protivodeystvii korruptsii [Anticorruption International Standards. Role of International Institutes in Counteracting Corruption]. *Pravovye problemy protivodeystviya korruptsii. Materialy mezhdunarodnoy konferentsii*. [Legal Issues of Counteracting Corruption. Proceedings of International Conference. Moscow, November 2, 2011]. Andrichenko L.V., Zhuravleva O.O. (eds). Moscow: Yurisprudentsiya, 280 p.

Marshakova N.N. (2010) Ponyatie korruptsii v mezhdunarodno-pravovykh aktakh [Concept of Corruption in International Legal Acts]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 11, pp. 67–71.

Moskaleva M.N. (2008) O Rukovodstve dlya zakonodatel'nykh organov po osushchestvleniyu Konventsii Organizatsii Ob'edinennykh Natsiy protiv korruptsii [On Guidelines for Legislative Bodies on Implementing UN Convention against Corruption]. *Sovershenstvovanie bor'by s organizovannoy*

*prestupnost'yu, korruptsiei i ekstremizmom* [Improving Fight against Organized Crime and Extremism. Dolgova A.I. (ed.)]. Moscow: Rossiyskaya kriminologicheskaya assotsiatsiya, 320 p.

Nikolenko T.A. (2011) Konventionnyye polozheniya o protivodeystvii korruptsii v rossiyskom ugovnom zakonodatel'stve [Conventional Provisions on Combating Corruption in Russian Criminal Law]. *Zakonost'*, no 3, p. 24–28.

Nomokonov V.A. (2009) Novoe antikorrupsionnoe zakonodatel'stvo i perspektivy bor'by s prestupnost'yu [New Anticorruption Law and Perspectives of Combating Corruption]. *Novaya kriminal'naya situatsiya: otsenka i reagirovanie* [New Criminal Situation: Assessment and Feedback. Dolgova A.I. (ed.)]. Moscow: Rossiyskaya kriminologicheskaya assotsiatsiya, 356 p.

Serdyuk L.V. (2011) K voprosu o ponyatii korruptsii i merakh ee preduprezhdeniya [On Corruption and Preventive Measures]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 2, pp. 41–43.

Shchedrin N.V. (2009) Opredelenie korruptsii v Federal'nom zakone [Defining Corruption in the Federal Law]. *Kriminologicheskii zhurnal Baykal'skogo gosudarstvennogo universiteta ekonomiki i prava*, no 3, pp. 31–36.

Sukharev A.S. (2014) Administrativno-pravovyye sredstva i metody protivodeystviya korruptsii v sfere gosudarstvennogo administrirovaniya [Administrative Law Measures of Combating Corruption in State Administering]. *Administrativnoe pravo i protsess*, no 1, pp. 50–54.

Zhiganova A.A. (2013) *Mezhdunarodno-pravovoe sotrudnichestvo gosudarstv po bor'be s korruptsiei: Diss. ...kand. jurid. nauk* [International Law Cooperation in Combating Corruption (Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Saint Petersburg, 177 p.

# Международно-правовые основы саморегулирования в киберпространстве

---

 **О.В. Кирилюк**

аспирантка кафедры международного права Института международных отношений Киевского национального университета имени Т. Шевченко. Адрес: 04119, Украина, Киев, ул. Мельникова, 36/1. E-mail: olga\_kyryliuk@ukr.net

---

## Аннотация

В статье рассматривается концепция саморегулирования в киберпространстве и обосновываются ее преимущества перед государственной моделью регулирования. Анализируются международно-правовые документы, в которых так или иначе упоминается важность сохранения открытой и универсальной природы Интернета, а также поощряются различные формы сотрудничества государства с заинтересованными сторонами в вопросах разработки соответствующих стандартов, норм, правил и стратегий. Дается авторское определение саморегулирования в киберпространстве и перечисляются преимущества этого способа нормотворчества. Кроме того, статья содержит ссылки на последние доклады международных организаций и работы ученых, подтверждающие эффективность и возрастающую роль саморегулирования в киберпространстве. Автор делает акцент на том, что концепция саморегулирования не является чем-то новым, хотя прежде и не получала должного научного обоснования в теории международного права. В статье также затрагиваются такие традиционные для международного права концепции, как суверенитет и территориальная юрисдикция. Именно эти концепции, по мнению автора, значительно снижают адаптируемость государств к изменяющимся реалиям технически ориентированного мира. Фрагментация регулирования киберпространства может привести к распаду глобальной сети на отдельные, подконтрольные разным национальным законам локальные сети, которые не будут иметь ничего общего с существующей моделью Интернета. Крайне важно в ходе переговоров между разными заинтересованными сторонами делать акцент на соответствии регуляторных предписаний самой правовой природе Интернета и интересам непосредственных пользователей. Появление нового международно-правового феномена должно сопровождаться разработкой качественно нового массива нормативно-правовых норм и стандартов. Не может существовать единственных предписаний для всех сфер взаимодействия субъектов международного права. Тем более нельзя наложить управленческие модели предыдущих столетий на онлайн-пространство, обладающее совершенно другими характеристиками. Именно поэтому саморегулирование предлагается автором в качестве формы правотворчества в информационной сфере, способной динамично реагировать на изменения в правоотношениях, возникающих в киберпространстве.

---

## Ключевые слова

саморегулирование, киберпространство, Интернет, многосторонняя модель управления, нормотворчество, государственное регулирование, динамичность, информационно-коммуникационные технологии (ИКТ).

---

Библиографическое описание: Кирилюк О.В. Международно-правовые основы саморегулирования в киберпространстве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 1. С. 177–188.

В 2013 г. в американском журнале «Нью-Йоркер» вышла статья Дж. Пекера, в которой автор провел чрезвычайно актуальную аналогию между государством и онлайн-платформами. Он обратил внимание на то, что «технологии разрушили иерархические структуры. Возрастающие объемы данных предоставляют все больше возможностей. Государство — это отнюдь не торговый автомат, распределяющий услуги по произвольному желанию бюрократов. Наоборот, современное государство должно представлять собой платформу наподобие *Facebook*, *Twitter* и *iPhone*, где граждане обладают возможностью создавать собственные приложения, взаимодействовать друг с другом и самостоятельно принимать решения»<sup>1</sup>.

При разработке стратегий развития Интернета его необходимо рассматривать в динамике. Статичная модель регулирования правоотношений в информационном пространстве является совершенно непригодной как на универсальном, так и на региональном уровнях. Проведенный анализ доказывает, что регулирование информационных правоотношений будет наиболее эффективным при непосредственном участии всех заинтересованных сторон в разработке стандартов, норм и принципов их взаимодействия между собой. При этом следует разграничить сферы применения международного права, национального права и саморегулирования, которые в совокупности сформируют эффективный регуляторный механизм.

До сих пор все старания государств прийти к общему соглашению даже по поводу основ функционирования киберпространства были всего лишь попыткой «договориться о необходимости договориться». Такая тавтология не случайна. Имитация переговоров и крайняя жесткость национальных подходов отдельных государств к регулированию Интернета приводят к его фрагментации, что не соответствует правовой природе глобальной Сети. Нежелание признавать за другими участниками международных информационных отношений право быть субъектами правотворчества не отменяет того факта, что на практике регулирование в данной сфере уже давно и эффективно осуществляется непосредственно самими участниками. Все попытки государств обосновать ужесточение и централизацию контроля над киберпространством до сих пор не имели успеха.

В научной литературе было предложено три подхода к регулированию информационного пространства. Согласно традиционному статистическому подходу основные функции регулирования Интернета и информационно-коммуникационных технологий (далее — ИКТ) выполняются государством. Второй подход, также известный как *laissez faire*, рассматривает Интернет и деятельность в сфере ИКТ в качестве нового социального пространства, в рамках которого традиционные нормы неприменимы и где на практике преобладают саморегулирование и самоуправление. В соответствии с последним, так называемым интернационалистским подходом глобальная и взаимосвязанная природа Интернета, а также появление информационного общества требуют регулирования посредством международного права<sup>2</sup>.

На деле все приведенные подходы не являются взаимоисключающими, наоборот, при их грамотном использовании они могут гармонично дополнять друг друга. Таким образом, регулирование всех вопросов, связанных с функционированием инфраструктуры, следует отнести к ведению государств. Такое решение выглядит вполне обоснованно.

<sup>1</sup> Packer G. Change the World // *New Yorker*. May 27, 2013 // <http://www.newyorker.com/magazine/2013/05/27/change-the-world> (дата обращения: 27.01.2016)

<sup>2</sup> Mayer-Schönberger V. The Shape of Governance: Analyzing the World of Internet Regulation // *Virginia Journal of International Law*. Vol. 43. 2002–2003. P. 605–673.

ванным, поскольку инфраструктура всегда имеет физические характеристики и территориальную привязку. Все, что касается основ взаимодействия заинтересованных сторон в вопросах обеспечения прав человека онлайн, управления Интернетом, преодоления цифрового разрыва, использования ИКТ в целях развития и поддержания кибермира, должно быть предметом международных договоренностей. Кроме того, на уровне юридически обязательного документа следует закрепить основные принципы организации и функционирования киберпространства, что позволит избежать применения государствами ограничительных практик. Большинство практических вопросов следует отнести к подведомственности технических сообществ и пользовательских организаций.

В. Крету отмечает, что одной из самых серьезных проблем является нивелирование значения обратной связи при разработке правительствами соответствующих стратегий и принятии решений. Возникают существенные расхождения в том, что действительно нужно гражданам и как правительства реагируют на эти потребности. Автор утверждает, что привлечение заинтересованных сторон к процессу разработки услуг и государственной политики повышает качество таких услуг и эффективность принимаемых решений. Инновации, связанные с развитием ИКТ, способствуют переходу от репрезентативной демократии к той ее форме, что предусматривает непосредственное участие каждого<sup>3</sup>.

В свою очередь Л. Гиббонс отдает предпочтение саморегулированию, поскольку именно эта форма регулирования Интернета в наибольшей степени отображает природу киберпространства и соответствует прагматическим потребностям реального мира<sup>4</sup>.

В целях данной статьи под саморегулированием следует понимать деятельность частных компаний, организаций, технических сообществ и объединений пользователей по разработке и принятию соответствующих стандартов, норм и правил поведения и взаимодействия в киберпространстве, их добровольному соблюдению и независимому контролю над их исполнением, а также возможностью применения санкций за их нарушение. Концепция саморегулирования не является новой для международного права. Во многих отраслях существуют кодексы поведения и этические стандарты, которые часто оказываются эффективными даже при отсутствии механизмов их принудительного исполнения. Острота вопроса именно в информационной сфере объясняется чрезвычайной важностью киберпространства, его возрастающими возможностями и желанием государства сохранить за собой первичность в разработке норм и правил поведения, несмотря на изменяющиеся реалии технически ориентированного мира. Не следует при этом путать саморегулирование с попытками государства урегулировать и сделать подконтрольными саморегулируемые механизмы. Саморегулирование прекращается в тот момент, когда государство тем или иным способом оказывается вовлеченным в принятие решений или оказывает давление на их принятие.

Саморегулирование доказало свою эффективность при противодействии распространению незаконного контента и угрозам безопасности детей в Интернете. Саморе-

<sup>3</sup> Crețu V. Co-creating Public Policies or Ways to Bring Citizens into the Process // European Public Sector Information Platform Topic Report. No. 2016/01. January 2016 // <http://www.epsiplatform.eu/sites/default/files/Cocreating%20Public%20Policies%20or%20Ways%20to%20Bring%20Citizens%20into%20the%20Process.pdf> (дата обращения: 27.01.2016)

<sup>4</sup> Gibbons L.J. No Regulation, Government Regulation, or Self-Regulation: Social Enforcement or Social Contracting for Governance in Cyberspace // Cornell Journal of Law and Public Policy. 1997. Vol. 6. Issue 3 // <http://scholarship.law.cornell.edu/cjlp/vol6/iss3/1> (дата обращения: 27.01.2016)

гулируемые организации оперативно реагируют на любые нотификации о подобных нарушениях. Это связано в первую очередь с тем, что частные компании, руководствуясь мотивами сохранения своей репутации на рынке ИКТ, не хотят ассоциироваться с какими-либо злоупотреблениями в этой сфере. Применительно к государству говорить о подобных репутационных рисках не приходится. При этом следует понимать, что кодексы поведения и так называемый «нетикет» являются обязательными, прежде всего, для провайдеров Интернет-услуг и контента. Интересный анализ особенностей и форм саморегулирования в Интернете содержится в обзоре, подготовленном Программой сравнительного медиа-права и политики Оксфордского университета<sup>5</sup>.

Саморегулирование позволяет опробовать те или иные методы регулирования и в случае их неэффективности перейти к другим, более совершенным моделям. Среди успешных примеров саморегулирования следует упомянуть Целевую инженерную группу Интернета (IETF), Консорциум Всемирной паутины (W3C) и Корпорацию Интернета по распределению адресов и номеров (ICANN). Саморегулирование так или иначе представляет собой форму коллективного нормотворчества, что при любом раскладе способствует большей открытости и конкуренции, чем при централизованном государственном управлении киберпространством.

Государственное регулирование не должно быть «улицей с односторонним движением», где государственным органам принадлежит исключительное право регулирования поведения субъектов информационных правоотношений. Последние должны, напротив, получить возможность участвовать в процессах нормотворчества и продвигать собственные инициативы. От жесткости нормативных предписаний, обеспеченных возможностью государственного принуждения, не зависит эффективность их соблюдения<sup>6</sup>.

Необходимость сотрудничества всех заинтересованных сторон в процессе разработки массива норм, регулирующих информационные отношения, признана в ряде международных документов. Так, раздел 1 Приложения к Рекомендации Комитета министров Совета Европы о саморегулировании в отношении киберконтента (2001 г.) посвящен саморегулируемым организациям. На государства налагается обязательство содействовать созданию организаций, представляющих интересы Интернет-субъектов, например, Интернет- и контент-провайдеров, пользователей. При этом приветствуется создание такими организациями регуляторных механизмов в рамках своих полномочий<sup>7</sup>. В 2003 г. Комитет министров Совета Европы принимает Декларацию о свободе общения в Интернете, в которой одним из принципов онлайн-коммуникации признает саморегулирование и совместное регулирование контента, распространяемого с помощью Интернета<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Internet Self-Regulation: An Overview // <http://www.law.unisofia.bg/Kat/T/IP/T/PM/DocLib/Internet%20SelfRegulation%20An%20Overview.htm> (дата обращения: 27.01.2016)

<sup>6</sup> Schulz W., Held Th. Regulated Self-regulation as a Form of Modern Governance / Commissioned by the Federal Commissioner for Culture and Media Affairs. 2002. P. A-10 // [https://www.hansbredowinstitut.de/webfm\\_send/53](https://www.hansbredowinstitut.de/webfm_send/53) (дата обращения: 27.01.2016).

<sup>7</sup> Recommendation Rec (2001) 8 of the Committee of Ministers to Member States on Self-regulation Concerning Cyber Content (Self-regulation and User Protection against Illegal or Harmful Content on New Communications and Information Services), 2001 // [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2001\)8&Language=lanEnglish&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FD864&BackColorLogged=FD864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2001)8&Language=lanEnglish&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FD864&BackColorLogged=FD864) (дата обращения: 27.01.2016)

<sup>8</sup> Declaration on Freedom of Communication on the Internet, 2003 // <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=37031> (дата обращения: 27.01.2016)



Декларация принципов управления Интернетом, принятая Советом Европы в 2011 г., содержит ссылки на документы Всемирного саммита по информационному обществу (ВСИС) — Женевскую декларацию принципов 2003 г.<sup>9</sup> и Тунисское обязательство 2005 г.<sup>10</sup>, тем самым признавая важность сотрудничества государств, частного сектора и гражданского общества в вопросах согласования принципов, норм и правил управления Интернетом. В документе перечислены десять базовых принципов управления Интернетом, среди которых:

- права человека, демократия и верховенство права;
- многосторонняя модель управления;
- ответственность государств;
- привлечение Интернет-пользователей к процессу принятия решений;
- универсальность Интернета;
- целостность Интернета;
- децентрализованное управление;
- соблюдение сетевой архитектуры;
- сетевая открытость;
- культурное и языковое разнообразие.

В Декларации, в частности, делается акцент на важности привлечения всех заинтересованных сторон (государств, частного сектора, гражданского общества, технических сообществ, пользователей) к переговорам и принятию решений касательно любых вопросов функционирования Интернета<sup>11</sup>.

В том же 2011 г. Комитет министров Совета Европы принял Рекомендацию «О защите и продвижении универсального характера, целостности и открытости Интернета», согласно которой вопрос о стабильности и устойчивости Интернета неразрывно связан с трансграничными взаимосвязями и независимостью его инфраструктуры, а также с его децентрализованным и распределенным характером. Действия, предпринимаемые в одном государстве, могут влиять на право пользователей на доступ к информации в Интернете в другой стране. Кроме того, в тексте документа содержится непосредственное указание на обязательство государств добросовестно сотрудничать друг с другом и с соответствующими заинтересованными участниками на всех этапах разработки и осуществления государственной политики, связанной с Интернетом, чтобы избежать какого-либо негативного трансграничного воздействия на доступ к Интернету и его использование<sup>12</sup>.

Согласно Модельному закону СНГ «Об основах регулирования Интернета» 2011 г. подготовка нормативных правовых актов, направленных на регулирование правоотношений, связанных с использованием Интернета, осуществляется при участии само-

<sup>9</sup> Geneva Declaration of Principles. Building the Information Society: a Global Challenge in the New Millennium, WSIS, 2003 // [http://www.itu.int/dms\\_pub/itu-s/md/03/wsis/doc/S03-WSIS-DOC-0004!!PDF-E.pdf](http://www.itu.int/dms_pub/itu-s/md/03/wsis/doc/S03-WSIS-DOC-0004!!PDF-E.pdf) (дата обращения: 27.01.2016)

<sup>10</sup> Tunis Agenda For The Information Society, WSIS, 2005 // <http://www.itu.int/net/wsis/docs2/tunis/off/6rev1.pdf> (дата обращения: 27.01.2016)

<sup>11</sup> Declaration by the Committee of Ministers on Internet Governance Principles, 2011 // <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1835773> (дата обращения: 27.01.2016)

<sup>12</sup> Рекомендация CM/Rec (2011) 8 Комитета Министров государствам-членам о защите и продвижении универсального характера, целостности и открытости Интернета, 2011 // [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/translations/russian/CM%20Rec\(2011\)8%20on%20openness%20of%20Internet\\_russian.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/translations/russian/CM%20Rec(2011)8%20on%20openness%20of%20Internet_russian.pdf) (дата обращения: 27.01.2016)

регулируемых организаций пользователей и операторов услуг Интернета в качестве экспертов (специалистов). Государство и саморегулируемые организации совместно участвуют в разработке проектов международных норм, регулирующих технологические и организационные аспекты развития Интернета. Таким образом, участниками процесса регулирования Интернета являются государство, операторы услуг Интернета, саморегулируемые организации<sup>13</sup>.

Сфера государственного регулирования законом Интернета должна быть ограничена и не допускать вторжения закона в сферу, где действуют нормы и правила, принятые саморегулируемыми организациями, т.е. самим Интернет-сообществом. Закон не должен регулировать сферу, которая регулируется правилами самого Интернета. Чем больше собственных правил регулирования Интернета, тем меньше будет регулирования со стороны закона<sup>14</sup>.

Целью применения именно «мягкого права» является желание не навредить возможностям Интернета, создавать условия для его свободного и динамичного развития, для того, чтобы все большее количество людей могло пользоваться объемом знаний, которые предоставляет Интернет. При этом главной опасностью признается создание границ в Интернете, ограничение возможности населения тех или иных государств пользоваться всей находящейся в нем информацией и знаниями<sup>15</sup>.

Очень точно преимущества и недостатки саморегулирования онлайн-среды описывает Дж. Макнами, перу которого принадлежит целая глава, вошедшая в общий Путеводитель ОБСЕ по саморегулированию сетевых СМИ. В частности, он отмечает, что чем более внутренним является процесс саморегулирования, тем более соразмерным и уважительным по отношению к основополагающим правам он будет. В качестве примера автор приводит внутрисекторальные кодексы саморегулирования, которые могут существенно отличаться в контексте применяемой политики конфиденциальности. Последняя, будучи направлена на регулирование деятельности самих компаний, позволяет пользователям сделать информированный выбор между разными провайдерами. Макнами утверждает, что не следует относить к сфере саморегулирования случаи, когда компании соглашаются удалить возможно незаконные веб-сайты, тем самым регулируя уже не свою деятельность, а деятельность Интернет-пользователей. Таким образом, необходимо проводить четкое разграничение между саморегулированием и «поддержанием правопорядка частными силами», когда компании применяют в своей деятельности политически мотивированные стратегии<sup>16</sup>.

К. Шваб, основатель и исполнительный директор Всемирного экономического форума, справедливо отмечает, что продолжающееся взаимопроникновение физического, цифрового и биологического миров неуклонно будет оказывать все большее влияние на правительства, вынуждая их менять ныне общепринятый подход к принятию решений. Будет прослеживаться четкая тенденция к децентрализации государственного

<sup>13</sup> Модельный закон «Об основах регулирования Интернета». Межпарламентская Ассамблея государств-участников Содружества Независимых Государств. Приложение к постановлению МПА СНГ от 16.05.2011 г. № 36-9 // [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/997\\_o14](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/997_o14) (дата обращения: 27.01.2016)

<sup>14</sup> Меллер К., Рихтер А. Правовые аспекты Интернета. Путеводитель по саморегулированию сетевых СМИ. 2013 // <http://www.osce.org/ru/fom/99561?download=true>. (дата обращения: 27.01.2016)

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Макнами Дж. Саморегулирование контента Интернет-отраслью / Путеводитель по саморегулированию сетевых СМИ. 2013 // <http://www.osce.org/ru/fom/99561?download=true> (дата обращения: 27.01.2016)

управления в связи с появлением новых источников конкуренции и перераспределения властных полномочий, что стало возможным благодаря новым технологиям.

Далее этот автор утверждает, что способность государств приспосабливаться к изменяющейся среде будет в значительной степени определять их выживание. В особенности это касается регуляторной политики. Действующие системы принятия решений на уровне государств сформировались во времена второй индустриальной революции (начавшейся, согласно автору, одновременно с началом использования электричества в массовом производстве), когда у регуляторных органов было достаточно времени для изучения специфических вопросов и принятия соответствующих нормативных предписаний. Сам процесс такого правотворчества был по своей сути линейным и механическим и следовал строго нисходящему принципу. Но такой подход более не является оправданным<sup>17</sup>.

Быстрое развитие технологий продемонстрировало неспособность законодателей оперативно реагировать на потребности общества в информационную эру. На данный момент гибкость и динамизм являются ключевыми характеристиками регулятора, способного безошибочно определить целесообразность и действенность нормативных предписаний. Именно поэтому так важно стремиться к установлению паритета в регуляторной среде между различными заинтересованными сторонами. Государствам следует прислушиваться к мнению гражданского общества и частного сектора, если их конечной и действительной целью является принятие правовых норм, соответствующих потребностям информационного общества.

У. Дрейк, В. Серф и В. Кляйнвехтер, авторы исследования, посвященного вопросам фрагментации Интернета, выделяют десять видов фрагментации, применяемой государствами. К ним относятся, в частности:

- фильтрация и блокировка сайтов, социальных сетей и других ресурсов, содержащих нежелательный контент;
- атаки на информационные ресурсы, содержащие нежелательный контент;
- цифровой протекционизм, приводящий к блокированию доступа пользователей и использования ими основных платформ и инструментов электронной торговли;
- централизация и прекращение международной взаимозависимости;
- атаки на государственные сети и ключевые ресурсы;
- локальная обработка данных и/или хранение;
- изменение архитектуры или маршрутизации с целью удержания потоков информации внутри территории государства;
- запрет трансграничной передачи некоторых видов данных;
- стратегии, направленные на создание «национальных сегментов Интернета» или «киберсуверенитета»;
- международные инициативы, направленные на узаконивание ограничительных практик<sup>18</sup>.

Третий раздел данного исследования полностью посвящен вопросам фрагментации Интернет-пространства со стороны государств. Упоминается, что в истории разви-

<sup>17</sup> Schwab K. The Fourth Industrial Revolution: What it Means, How to Respond // World Economic Forum. January 14, 2016 // <http://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond> (дата обращения: 27.01.2016)

<sup>18</sup> Drake W.J., Cerf V.G., Kleinwächter W. Internet Fragmentation: An Overview // World Economic Forum. January 2016 // [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_FII\\_Internet\\_Fragmentation\\_An\\_Overview\\_2016.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_FII_Internet_Fragmentation_An_Overview_2016.pdf) (дата обращения: 27.01.2016)

тия Интернета предпринимались различные попытки его сегментации и территориализации. В качестве примера либерального подхода к регулированию Интернет-пространства приводится опыт Федеральной комиссии США по вопросам коммуникации, которая изначально провела различие между видами телекоммуникационных и информационных услуг, классифицируя Интернет как приложение, не подпадающее под регулирование. Согласно общепринятому мнению, ограничение государственного вмешательства послужило главной причиной быстрого роста Интернета в США. Усилия федерального правительства, нацеленные на избежание чрезмерного регулирования Интернета, следует рассматривать в качестве истории успеха и стремления к приумножению достигнутых результатов<sup>19</sup>.

Как отмечает Президент ICANN Ф. Шехаде, неспособность регулировать Интернет на основании принципов равноправия и транспарентности неизбежно приведет к его фрагментации, что, вероятно, приведет к возникновению трансграничных тарифов и правил, после чего Интернет уже никогда не будет таким, как прежде<sup>20</sup>.

Д. Голдберг обращает внимание, что саморегулирование традиционно применялось в Интернет-секторе для обеспечения компаний возможностью эффективного управления их сетями в мире динамичного развития технологий, что предусматривает гибкий подход к защите компьютерных сетей и клиентов от таких проблем, как, например, спамы. Сегодня принуждение Интернет-посредников к принятию мер по надзору и санкций по отношению к клиентам внедряется под лозунгом саморегулирования, хотя на самом деле при этом приставка «само» не отражает своего истинного значения, поскольку объектом регулирования являются клиенты, а не сами провайдеры, и, по сути, этот процесс является ничем иным, как надзором<sup>21</sup>.

А.А. Щербович рассматривает саморегулирование в Интернете в контексте защиты свободы слова и права доступа к информации. Автор приходит к выводу, что основной гарантией конституционной свободы слова в рамках отношений в Сети общего пользования (Интернете) следует считать сохранение решающей роли сетевых сообществ в выработке ограничений свободы слова, т.е. внутрисетевое саморегулирование. С учетом роли сетевых сообществ в правоотношениях отдельные формы саморегулирования Интернета можно признать наиболее эффективными.

Кроме того, отмечается, что в силу всемирного характера сети Интернет, не имеющей «центра» и не контролируемой конкретным государством, необходимо учитывать три уровня ее функционирования и регулирования: международный, национальный (государственный) и уровень сетевых сообществ. Только сочетание регулирования на всех трех уровнях позволит реализовать свободу слова и право доступа к информации в Интернете<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> *Werbach K.* Digital Tornado: The Internet and Telecommunication Policy / Federal Communications Commission // OPP Working Paper Series. No. 29. March 1997 // [https://transition.fcc.gov/Bureaus/OPP/working\\_papers/oppwp29.pdf](https://transition.fcc.gov/Bureaus/OPP/working_papers/oppwp29.pdf) (дата обращения: 27.01.2016)

<sup>20</sup> *Chehadé F.* If We Fragment The Internet, It Will Not Be The Internet As We Know It // The Huffington Post. January 24, 2014 // [http://www.huffingtonpost.com/2014/01/24/fadi-chehadedavos\\_n\\_4635949.html](http://www.huffingtonpost.com/2014/01/24/fadi-chehadedavos_n_4635949.html) (дата обращения: 27.01.2016)

<sup>21</sup> *Голдберг Д.* Интернет: развивающаяся политика, принципы, законы и саморегулирование на международном и национальном уровне / Плюрализм и управление Интернетом. 13-я центральноазиатская конференция СМИ. 2011 // <http://www.osce.org/ru/fom/92328?download=true> (дата обращения: 27.01.2016)

<sup>22</sup> *Щербович А.А.* Конституционные гарантии свободы слова и права доступа к информации в сети интернет: Дис... канд. юрид. наук. М., 2013 // <http://www.hse.ru/data/2013/09/18/1286237051/dis%20jerbovi.pdf> (дата обращения: 27.01.2016)

Саморегулирование является значительно более гибким и динамичным по сравнению с государственным регулированием. Кроме того, пользователи склонны доверять тем сообществам, к которым они чувствуют принадлежность. Следовательно, выгоды, получаемые каждым отдельным пользователем от членства в том или ином Интернет-сообществе, напрямую зависят от его лояльности к правилам, действующим внутри сообщества. Получается, что пользователь куда охотнее подчинится провайдеру онлайн-услуг, который так же, как и он, заинтересован в открытости и доступности Интернета, но с опаской воспримет правительственные инициативы, которые даже под самыми благоприятными лозунгами часто содержат ограничительные меры. Государство заинтересовано в удержании контроля над киберпространством, что легче всего осуществлять, следуя древнему принципу «разделяй и властвуй». Именно так и поступают государства с Интернетом, пытаясь разделить его на сегменты, каждый из которых будет находиться под суверенитетом и юрисдикцией одного из них. Но такой подход вступает в открытое противоречие с общепризнанными на международном уровне принципами универсальности, открытости и свободы киберпространства.

Саморегулирование создает наиболее благоприятные условия для превращения Интернета в общее достояние человечества. Саморегулируемым организациям и сообществам чужды традиционно ассоциирующиеся с государством концепции территориальности и суверенитета и поэтому они более беспристрастны при разработке соответствующих правил и норм.

Вероятно, самым весомым аргументом в пользу саморегулирования киберпространства будут многочисленные примеры эффективности этой модели. С самого начала существования Интернета технические сообщества самостоятельно справлялись с возрастающими вызовами регулированию и упорядочиванию отношений в информационной сфере. Государство не проявляло ощутимого интереса к киберпространству, пока не стали очевидными выгоды от его использования. Поэтому главный вопрос сводится к тому, стоит ли сегодня позволять государству установить контроль над свободным, открытым и саморегулируемым киберпространством, которое многие годы успешно развивалось именно в силу отсутствия политизации вопросов касательно его функционирования. Секторальное деление Интернета и подконтрольность каждого отдельного сегмента определенной государственной юрисдикции может стать «точкой невозврата» в истории развития киберпространства. Ни одно государство не способно самостоятельно регулировать процессы и правоотношения в киберпространстве, точно так же, как не могут этого сделать сами Интернет-провайдеры и пользователи. Именно поэтому следует применять многостороннюю модель не только в аспекте управления Интернетом, но и в том, что касается нормотворчества в вопросах киберпространства.



## Библиография

Голдберг Д. Интернет: развивающаяся политика, принципы, законы и саморегулирование на международном и национальном уровне / Плюрализм и управление Интернетом. 13-я Центральноазиатская конференция СМИ. Вена: ОБСЕ, 2012 // <http://www.osce.org/ru/fom/92328?download=true> (дата обращения: 27.01.2016)

Даниленко С.І. Регулювання й саморегулювання Інтернету в світі: стійкі тенденції утвердження громадянського права на комунікацію / Актуальні проблеми міжнародних відносин. Київ: ІМВ КНУ, 2011. Т. 1. № 103 // <http://journals.iir.kiev.ua/index.php/apmv/article/view/475/442> (дата обращения: 27.01.2016)

Макнами Дж. Саморегулирование контента интернет-отраслью / Путеводитель по саморегулированию сетевых СМИ. Вена, 2013 // <http://www.osce.org/ru/fom/99561?download=true> (дата обращения: 27.01.2016)

Меллер К., Рихтер А. Правовые аспекты Интернета / Путеводитель по саморегулированию сетевых СМИ. Вена, 2013 // <http://www.osce.org/ru/fom/99561?download=true> (дата обращения: 27.01.2016)

Пазюк А.В. Сучасна роль та майбутнє міжнародного права в регулюванні Інтернету / Український часопис міжнародного права. Київ, 2013. № 3. С. 5–9 // <http://jusintergentes.com.ua/archives/2013/2013-3.pdf> (дата обращения: 27.01.2016)

Щербович А.А. Конституционные гарантии свободы слова и права доступа к информации в сети интернет: Дис... канд. юрид. наук. М., 2013 // <http://www.hse.ru/data/2013/09/18/1286237051/dis%20jerbovi.pdf> (дата обращения: 27.01.2016)

Chehadé F. If We Fragment The Internet, It Will Not Be The Internet As We Know It // The Huffington Post. January 24, 2014 // [http://www.huffingtonpost.com/2014/01/24/fadi-chehadedavos\\_n\\_4635949.html](http://www.huffingtonpost.com/2014/01/24/fadi-chehadedavos_n_4635949.html) (дата обращения: 27.01.2016).

Crețu V. Co-creating Public Policies or Ways to Bring Citizens into the Process // European Public Sector Information Platform Topic Report. No. 2016/01. Jan. 2016//<http://www.epsiplatform.eu/sites/default/files/Cocreating%20Public%20Policies%20or%20Ways%20to%20Bring%20Citizens%20into%20the%20Process.pdf> (дата обращения: 27.01.2016)

Drake W.J., Cerf V.G., Kleinwächter W. Internet Fragmentation: An Overview // World Economic Forum. January 2016 // [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_FII\\_Internet\\_Fragmentation\\_An\\_Overview\\_2016.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_FII_Internet_Fragmentation_An_Overview_2016.pdf) (дата обращения: 27.01.2016)

Gibbons L.J. No Regulation, Government Regulation, or Self-Regulation: Social Enforcement or Social Contracting for Governance in Cyberspace // Cornell Journal of Law and Public Policy. 1997. Vol. 6. Issue 3 // <http://scholarship.law.cornell.edu/cjlp/vol6/iss3/1> (дата обращения: 27.01.2016)

Mayer-Schönberger V. The Shape of Governance: Analyzing the World of Internet Regulation // Virginia Journal of International Law. 2002–2003. Vol. 43. P. 605–673.

Packer G. Change the World // New Yorker. May 27, 2013 // <http://www.newyorker.com/magazine/2013/05/27/change-the-world> (дата обращения: 27.01.2016)

Schulz W., Held T. Regulated Self-Regulation as a Form of Modern Government: An Analysis of Case Studies from Media and Telecommunications Law. Luton: University of Luton Press, 2004. 102 p. // [https://www.hansbredowinstitut.de/webfm\\_send/53](https://www.hansbredowinstitut.de/webfm_send/53) (дата обращения: 27.01.2016)

Schwab K. The Fourth Industrial Revolution: What it Means, How to Respond // World Economic Forum. January 14, 2016 // <http://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond> (дата обращения: 27.01.2016)

Werbach K. Digital Tornado: The Internet and Telecommunication Policy / Federal Communications Commission. OPP Working Paper Series No. 29. 1997 // [https://transition.fcc.gov/Bureaus/OPP/working\\_papers/oppwp29.pdf](https://transition.fcc.gov/Bureaus/OPP/working_papers/oppwp29.pdf) (дата обращения: 27.01.2016)

---

## International Law Basis for Self-Regulation in Cyberspace



**Olga Kyryliuk**

Postgraduate Student, Department of International Law, Institute of International Relations, Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine. Address: 36/1 Melnikova Str., Kyiv, Ukraine, 04119. E-mail: [olga\\_kyryliuk@ukr.net](mailto:olga_kyryliuk@ukr.net)



### Abstract

The paper features the concept of self-regulation in cyberspace and justifies its advantages over the state regulation model. The paper also examines international law documents mentioning the necessity to keep the open and universal nature of the Internet and encourages various forms of cooperation



between state and the parties interested in developing standards, norms, rules and strategies in this field. Own definition of self-regulation in cyberspace has been formulated, with the advantages of such lawmaking. Besides, the paper contains references to recent reports of international organizations and works of scholars confirming the efficiency and a growing role of self-regulation in cyberspace. The author stresses that the concept of self-regulation is not brand-new though not having deserved appropriate academic attention in the international law theory. The paper touches upon traditional for international law concepts of sovereignty and territorial jurisdiction. These are the conceptions which in the opinion of the author decrease significantly the flexibility of states in terms of the changing environment of the technology oriented world. Fragmented regulation of cyberspace may cause the division of the global net into separate nets administered by different national laws of a local net, which differs significantly from the existing model of the Internet. It is crucial to stress the consistency of regulatory prescriptions with the interests of immediate users. The emergence of the new phenomenon in international law should be accompanied with the development of the brand new bulk of legal norms and standards. Uniform prescriptions for all the spheres of interaction of international law subjects cannot exist. Moreover, it is impossible to impose administration models of the past centuries on the on-line space possessing absolutely different features. Hence, self-regulation is presented in the paper as a form of lawmaking in information sphere capable of responding changes in legal relations in cyberspace.



### Keywords

self-regulation, cyberspace, Internet, multi-sided model of management, law-making, state regulation, dynamism, ICT.

Citation: Kyryliuk O.V. (2016) *International Law Basis for Self-Regulation in Cyberspace*. *Pravo. Zhurnal of Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 177–188 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.189.200



### References

Chehadé F. (2014) If We Fragment The Internet, It Will Not Be The Internet As We Know It. *The Huffington Post*. Available at: URL: [http://www.huffingtonpost.com/2014/01/24/fadi-chehadedavos\\_n\\_4635949.html](http://www.huffingtonpost.com/2014/01/24/fadi-chehadedavos_n_4635949.html): (accessed: January 27, 2016)

Crețu V. (2016) Co-creating Public Policies or Ways to Bring Citizens into the Process. *European Public Sector Information Platform Topic Report*, no. 1. Available at: URL: <http://www.epsiplatform.eu/sites/default/files/Cocreating%20Public%20Policies%20or%20Ways%20to%20Bring%20Citizens%20into%20the%20Process.pdf> (accessed: January 27, 2016)

Danilenko S.I. (2011) Regulyuvannya y samoregulyuvannya Internetu v sviti: stiyki tendentsii utverdzhennya gromadyans'kogo prava na komunikatsiyu. *Aktual'ni problemi mizhnarodnikh vidnosin*. Kyev, IMV KNU, vol. 1, no 103. Available at: URL: <http://journals.iir.kiev.ua/index.php/apmv/article/view/475/442> (accessed: January 27, 2016)

Drake W.J., Cerf V.G., Kleinwächter W. (2016) Internet Fragmentation: An Overview. *World Economic Forum*. Available at: URL: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_FII\\_Internet\\_Fragmentation\\_An\\_Overview\\_2016.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_FII_Internet_Fragmentation_An_Overview_2016.pdf) (accessed: January 27, 2016)

Gibbons L.J. (1997) No Regulation, Government Regulation, or Self-Regulation: Social Enforcement or Social Contracting for Governance in Cyberspace. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 6, issue 3. Available at: URL: <http://scholarship.law.cornell.edu/cjlp/vol6/iss3/1> (accessed: January 27, 2016)

Goldberg D. (2012) Internet: razvivayushchayasya politika, printsipy, zakony i samoregulirovanie na mezhdunarodnom i natsional'nom urovne [The Internet: Evolving Policy, Principles, Law and Self-Regulation at the International and National Levels]. *Pluralism and Internet Governance. The 13th annual Central Asia Media Conference*, Vienna. Available at: URL: <http://www.osce.org/ru/fom/92328?download=true> (accessed: January 27, 2016)

Mayer-Schönberger V. (2002–2003) Shape of Governance: Analyzing the World of Internet Regulation. *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, pp. 605–673.

McNamee J. (2013) Samoregulirovanie kontenta internet-otrasl'yu [Self-Regulation of Content by the Online Industry]. *Putevoditel' po samoregulirovaniyu setevykh SMI* [The Online Media Self-Regulation Guidebook — OSCE]. Available at: URL: <http://www.osce.org/ru/fom/99561?download=true> (accessed: January 27, 2016)

- Möller Ch., Richter A. (2013) Pravovye aspekty Interneta [Legal Questions and implications]. *Putevoditel' po samoregulirovaniyu setevykh SMI* [The Online Media Self-Regulation Guidebook — OSCE]. Available at: URL: <http://www.osce.org/ru/fom/99561?download=true> (accessed: January 27, 2016)
- Packer G. (2013) Change the World. *New Yorker*. Available at: URL: <http://www.newyorker.com/magazine/2013/05/27/change-the-world> (accessed: January 27, 2016)
- Pazyuk A.V. (2013) Suchasna rol' ta maybutne mizhnarodnogo prava v regulyuvanni Internetu. *Ukrains'kiy chasopis mizhnarodnogo prava*, no 3, pp. 5–9. Available at: URL: <http://jusintergentes.com.ua/archives/2013/2013-3.pdf> (accessed: January 27, 2016)
- Shcherbovich A.A. (2013) *Konstitutsionnye garantii svobody slova i prava dostupa k informatsii v seti internet*. Diss. kand. jurid. nauk [Constitutional Guarantees of Freedom of Speech and Rights to Access Information in Internet (Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Available at: URL: <http://www.hse.ru/data/2013/09/18/1286237051/dis%20jerbovi.pdf> (accessed: January 27, 2016)
- Schulz W., Held Th. (2004) *Regulated Self-regulation as a Form of Modern Government: An Analysis of Case Studies from Media and Telecommunications Law*. Luton: University of Luton Press, 102 p. Available at: URL: [https://www.hansbredowinstitut.de/webfm\\_send/53](https://www.hansbredowinstitut.de/webfm_send/53) (accessed: January 27, 2016).
- Schwab K. (2016) The Fourth Industrial Revolution: What it Means, How to Respond. *World Economic Forum*. Available at: URL: <http://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond> (accessed: January 27, 2016)
- Werbach K. (1997) Digital Tornado: The Internet and Telecommunication Policy. *Federal Communications Commission. OPP Working Paper Series*, no 29. Available at: URL: [https://transition.fcc.gov/Bureaus/OPP/working\\_papers/oppwp29.pdf](https://transition.fcc.gov/Bureaus/OPP/working_papers/oppwp29.pdf) (accessed: January 27, 2016)

# Challenges to Labour Law

---

---



**Wolfgang Däubler**

Professor, Labour Law, Civil Law and Economic Law Department, University of Bremen. Address: Bibliothekstraße 1, 28359 Bremen, Federal Republic of Germany. E- mail: daeubler@uni-bremen.de.

---



## Abstract

The article deals with three main challenges to labour law referring especially to the German experience. The world-wide market induced enterprises to relocate their production and to reduce labour costs at home. In Germany, a quite indirect way of exercising pressure on the workers was developed; counter-measures were rare and did not really change the situation. TTIP and CETA will worsen the situation because national sovereignty in social and environmental questions will fade away. The second challenge comes from inequality existing among workers as well as in society as a whole. There is a scission between very wealthy people on one side and people becoming poorer and poorer on the other side. Labour law has not yet developed the instruments to realize more equality among workers but some ideas are discussed. The third challenge is the digitalisation of many activities; they are no more bound to certain places or certain times of the day. The “freedom” to work at any moment and at any place entails very long working hours, work at night and work on Sundays. Legal rules on working time lose more and more their importance. A solution can be the right of workers’ representatives to discuss the tasks given to individual workers, but other means are examined in the article, too. The internet makes crowdworking possible — a new form of work which is currently not covered by labour law.

---



## Keywords

globalisation, inequality, digitalisation, crowdworking, excessive working time, scission among workers, self-employed persons.

---

Citation: Däubler W. (2016) Challenges to Labour Law. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 189–203 (in English).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.201.215

## 1. Introduction

My subject is quite a broad one. I may be permitted to concentrate on a discussion which has started in my country. It may sometimes happen that social phenomena are less recognized in one country whereas they are at the centre of scientific interest in another. In other cases, the point of departure may be the same, but the way of dealing with problems can be very different. So I have to beg your pardon if I describe a topic which may be quite new for some of us, but may be rather well-known to other people. My German style of dealing with problems and theories is often linked to examples; to develop new categories — typical e.g. for a French approach — will remain our task for the future when we have completely understood the reality.

In Germany we see three challenges to labour law.

- The first one is globalization in the sense that markets for products and for investments are becoming more and more open; the last obstacles to international commerce being taken down.

- The second one is inequality which exists among workers as well as in society as a whole.
- The third one is the growing digitalisation of work which questions the separation between workplace and private life.

I will deal with these three points adding some reflexions about possible reactions of workers, their unions and their networks.

## 2. Globalisation

To be exposed to world-wide competition is nothing new for German enterprises. It may be sufficient to remember that during the 1970s large parts of the German textile industry were transferred to low-wage-countries<sup>1</sup>. But the situation changed after 1990. Low-wage-countries were quite nearby in Eastern Europe right on the doorstep. What was even more important was the change in power-relations. Before 1990, social policy was determined largely by political reasons. To treat the working class badly would have meant running the risk that sections of it would develop sympathy for the system in the East. Now this “danger” has disappeared; the market has been given free rein.

### 2.1. Loss of Workplaces

Workplaces were lost and still are. In some fields, the same tasks can be fulfilled at lower costs in other countries. The difference in wages may be so high that even lower productivity does not matter. A manager of a German firm once told me: “A German engineer works as much as five Indian engineers. But the money I have to pay to him would be sufficient to pay ten Indian engineers”. What is the practical effect of such a “theory”? Workers and their unions can at least be threatened by the relocation of the plant or a part of it. In some cases the production will be effectively transferred to another country. The difference in wages is, however, only one factor in decision-making process. What is the infrastructure like in the foreign country? Are there enough qualified people available? Are there any problems with public safety? Is there a reliable administration or will it only do its job on the basis of bribes? Are there “tariffs” one has to pay for a licence or permission? In some less complicated cases production is transferred to another country in order to serve the local market therefore reducing growth at home.

### 2.2. Intensification of Work

Today, the typical case sees no more relocation of plants. In my example, the message given to the engineers is: “You are good but be better”. International competition puts pressure on workers to perform. Counter-pressure is dangerous because workers never know whether the next task in the group of enterprises will be given to an Indian or Chinese subsidiary.

### 2.3. Reducing Labour Costs

Nowadays in Germany, labour costs can no longer be reduced by just putting away collective agreements. That would disturb the social partnership existing between employers and unions and would not even be welcomed by the employers who do not want state intervention

---

<sup>1</sup> The article is based on a speech delivered on September 25, 2015 in Venice. See: *Fröbel F., Heinrichs J., Kreye O.* Die neue internationale Arbeitsteilung. Reinbek, 1977.

in such a field. There is a more sophisticated way; it was based on the so-called Hartz-Reforms in 2003 and 2004<sup>2</sup>. Two points need to be stressed upon.

Temporary agency work was “liberalised”. A work assignment with another employer was permitted without any time limit. In this way, an employer could replace employees with temporary agency workers if there was a vacancy in his plant. Unlike in France, temporary agency workers earn 30% to 40% less than normal workers; so it may be profitable to increase the number of them. Indeed, after 2003 there was an increase from about 200,000 people to 850,000 people in 2007<sup>3</sup>. The law provided for equal pay and equal treatment but these principles could (and can) be sidestepped by collective agreements. The unions collaborated in concluding agreements which fixed the traditional conditions of temporary agency workers. The existence of low-paid workers put pressure on the whole working class being threatened by the employment of more and more temporary agency workers.

The second point is the reduction of the “social network”. Before 2003, an unemployed person received unemployment benefits for one to two years depending on their age and years of service. When this time was over and no new job was found the person concerned received “unemployment aid” without any time limit; it was 50% of the former income after deductions and 57% if the person had to take care of a child. The person was not obliged to sell his or her assets like an apartment and a car or to give back a life insurance policy to the insurance company. All this was abolished by the so-called Hartz legislation. Former income no longer played any role. Everybody received 345 Euros a month (plus rent for a modest apartment and costs for heating); with few exceptions, assets including life insurance had to be sold before getting any money. This was a horrible come down for most of the people concerned. Workers with jobs were quite anxious about finding themselves in a similar situation.

In the years between 2000 and 2008 the effective net wages went down by 0.8% because the inflation rate was higher than the average wage increases<sup>4</sup>. The lowest 20% of wage earners lost 2.5%<sup>5</sup>, while the highest 10% were even better off. It took until 2014, before the average real wages were higher than in 2000<sup>6</sup>.

## 2.4. Counter-Measures?

International labour law does not offer any solution to these problems. There is no ILO convention on the relocation of enterprises. The OECD Guidelines on multinational enterprises<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> Hartz was a member of the board of Volkswagen responsible for human resources and chairman of a Government’s commission for the reform of the labour market. Some years later, he lost his job for corruption and was condemned to one year of prison (the sentence being suspended).

<sup>3</sup> See: Bundesagentur für Arbeit. *Der Arbeitsmarkt in Deutschland — Zeitarbeit — Aktuelle Entwicklungen*. Nürnberg, 2015. P. 6 available at: // <http://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Branchen-Berufe/generische-Publikationen/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung.pdf> (accessed: 10.01.2016)

<sup>4</sup> See: European Union publication. Available at: <http://www.eu-info.de/deutsche-europapolitik/umfragen-statistiken-deutschland/reallohn/> (accessed: 12.11.2015) . Germany was the only country in Europe with a decrease of real wages in the period between 2000 and 2008.

<sup>5</sup> *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. Available at: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/lohnunterschiede-in-deutschland-gehen-weiter-auseinander-13490563/reallohnentwicklung-in-13490600.html> (accessed: 12.11.2015)

<sup>6</sup> *Der Spiegel*. Available at: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/service/realloehne-in-deutschland-liegen-hoher-als-im-jahr-2000-a-1019175.html> (accessed: 5.01.2016)

<sup>7</sup> Available at: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48808708.pdf> (accessed: 5.01.2016)

prohibit using a possible relocation as a threat during negotiations with workers' representatives about other subjects, but relocation as such is not restricted, and the "guidelines" contain no binding rules but rather only lead to a mediation process with a competent national body. Intensification of work and fostering a sector of low-paid workers are not subjects dealt with at ILO Conventions.

National law may offer some more help. Can the right to strike be useful in such cases? According to the German courts, a strike is legal only if it is led by a union and if it aims at the conclusion of a collective agreement. The essential question is, whether the relocation of a plant may be regulated by collective agreement. Must such a decision be considered as a management prerogative? The Federal Labour Court found a diplomatic solution<sup>8</sup>. It stated that unions and employers are allowed to conclude collective agreements about the consequences a relocation of the plant may have on the situation of the workers. In the concrete case, the union had claimed to extend the periods of notice to three years; in addition the employer should pay the costs to the workers in regards to getting a new professional qualification. Those who did not take this opportunity should receive a severance pay which amounted to two monthly salaries for each year of service. Such demands were considered to be legal — even if their realization would make the relocation economically unreasonable. By increasing demands, the union can begin negotiations about the relocation of the plant as such.

As to the intensification of work, labour law is not well-prepared. The law about working time only contains notions like on-call duty and standby service which describe a kind of "reduced" work. If the normal standard is exceeded, we cannot find any category like "uninterrupted work" or "heavy work". The only exception can be found in collective agreements which provide an additional payment for dangerous or especially unpleasant work. This problem will reappear in the context of digitalisation; it shall, therefore, be dealt with later.

The Hartz legislation was challenged in the Constitutional Court because Parliament had not paid sufficient attention to the situations of the persons concerned. The deputies had, e.g., neglected the need to spend money on further education, which was especially severe because children got (depending on their age) 60% or 80% of the sum given to adults. A child talented in music or a special kind of sport would have no chance to develop his or her skills. The Constitutional Court declared the law to be unconstitutional<sup>9</sup>, a decision which brought some improvements afterwards but which could not change the political impact the legislation had on the working class.

## 2.5. Foreign Owners of German Enterprises

In open markets, enterprises may be bought by foreign investors. If this takes place, labour law can no more be applied in the same way as before, i.e. in relation to a national employer: if the real decision-makers are in the U.S. or in Japan, collective bargaining in the traditional sense is no longer possible. If the other side of the bargaining table has no mandate, negotiations become a pure formality. There is only the alternative, to accept the proposals coming from overseas or to go on strike. In most cases, the second solution cannot be practiced for different reasons. Under these circumstances, unions can only appeal to the foreign managers to improve the human relations in the enterprise. Such a kind of appeal brings acceptable solutions in a few cases but as a rule has no effect. As first experiences show, only Chinese investors

---

<sup>8</sup> BAG (= Bundesarbeitsgericht = Federal Labour Court) 24. 4. 2007 — 1 AZR 252/06 — NZA (= Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht). 2007, p. 987.

<sup>9</sup> BVerfG 9. 2. 2010 — 1 BvL 1/09. Neue Juristische Wochenschrift. 2010, p. 505 et seq.



take a different attitude. They accept German rules on collective bargaining and codetermination. They are interested in the special qualifications and working attitude of the German workforce. Workers are often considered by them to be the most valuable part of the enterprise, which can greatly help to develop the Chinese parent company<sup>10</sup>.

## 2.6. TTIP and CETA

The planned “Transatlantic Trade and Investment Partnership” (TTIP) between the EU and the US and the “Comprehensive Economic and Trade Agreement” (CETA) between the EU and Canada bring a new dimension into the globalised market. Free commerce is intensified once more, bringing additional competition (and more pressure to perform) to the workers. But the “Free Market” ideology is so strong, that even unions and left-wing parties accept it as such. The criticism concentrates, however, on two other important points. The unified market will put social and environmental standards at risk; Europe will be forced to follow the example of the United States in order to remain competitive. The second point is even more embarrassing. The nation state will be liable and obliged to pay damages if “legitimate expectations” of investors are not met. There is the current example of the Swedish company Vattenfall asking for 4 billion Euros in damages because Germany decided to renounce nuclear power plants in the future<sup>11</sup>. Whether “legitimate expectations” have been met or not, will be decided by arbitration courts in an in transparent procedure. The EU Commission has presented a paper to be used in the negotiations with the United States which wants to install international courts, but the problem remains that the nation state loses a lot of its legislative power. Would it not be too dangerous to increase the minimum wage by 30% because investors could not foresee it? What about enlarging the fields in which codetermination of works councils takes place? Would a better protection against dismissal still be possible? If there even a small risk that Germany would be obliged to pay billions of Euros as damages to foreign investors, the Parliament would renounce such a kind of legislation. National sovereignty in social and environmental questions will fade away.

## 3. Equality — a Lost Value?

Inequality is a consequence of globalisation but it cannot be explained exclusively in this way. In Germany, you can find inequality among workers as well as inequality in society as a whole. What is the current role of labour law in this field and what will its future function be?

### 3.1. Inequality Among Workers

Labour law permits the creation of precarious jobs which cannot guarantee an adequate economic existence for the individual worker and his or her family. Traditionally, fixed-term contracts could be concluded only if there was objective reason (in German: Ein sachlicher Grund) to do it. Replacing worker who is absent for maternity reasons or for educational leave was a typical situation; another one was the probation period. Since 1985, the legislator has admitted fixed-term contracts without objective reason; the idea was to give an incentive to employers to

<sup>10</sup> For more details see: *Däubler W., Müller H. Chinesische Arbeitgeber in Deutschland. AiB (=Arbeitsrecht im Betrieb). 2015, issue 2, p. 33.*

<sup>11</sup> Available at: <http://www.zeit.de/wirtschaft/2014-03/investitionsschutz-klauseln-beispiele/seite-2> (accessed: 5.01.2016). The legal basis is the so-called Energy Charter containing comparable provisions as CETA.

recruit more people. Whether this effect took place was never proven empirically, but the legislator continued in this way. Today, a fixed-term contract without objective reason is possible for a period of two years, which can be split into four parts<sup>12</sup>. The only condition is the absence of a former labour relationship with the same employer, a rule which the Federal Labour Court has restricted to the absence of a labour relationship during the last three years<sup>13</sup>. In 2012, about 8.5% of all workers had a fixed-term contract; twenty years ago the number was much lower<sup>14</sup>. As the workers normally want to keep their jobs, he or she depends completely on the employer who is free to give a new contract or to refuse it. Of course, no discrimination would be allowed, but intelligent employers avoid any suspicion going in this direction. The worker is well advised not to have conflicts with the employer; consulting the works council in a personal matter or joining the union would be seen by many employees as a dangerous behaviour. As for payment and working conditions, the worker is entitled to the same rights as workers with an open-ended contract but you will find only a very small number of judgments dealing with this topic.

Temporary agency workers have already been mentioned. Lower wages and worse working conditions are characteristic of this group of workers. According to a report by the Federal Government, 50% of all these labour relationships end within three months<sup>15</sup>. Their legal position has been improved during the last years but there is still a large gap between regular workers and temporary agency workers.

Part-time workers are no uniform group. Some of them work thirty hours per week and receive a good salary. On the other side is the large group of persons in marginal employment, whose earnings are below the threshold of 451 Euros per month. They are normally not included into the social security system and their income is obviously insufficient for their living<sup>16</sup>. Between the two groups one can find part-timers who are covered by the social security system but who can live only with the support of family or the state.

These three groups of atypical workers are normally seen as a synonym for precarious work. But there are two important additional groups who are in a comparable situation.

Full-time workers with an open-ended contract may work in a small plant with less than eleven workers: They have almost no protection against dismissal, collective agreements do not apply and a works council does not exist<sup>17</sup>. Their legal situation is assimilated to what the rule was before the First World War. The only exceptions are the protection for maternity and for the disabled (and some improvements in the social security system). If such a worker gets a salary near the legal minimum wage he or she can be considered to be in a precarious situation, too.

Self-employed workers make up 12% of the active population<sup>18</sup>. Those without employees make up 7%; from 2000 to 2010 their number increased from 1.8 to 2.5 million persons<sup>19</sup>. In the German system, they are regularly not included in the social security system (exceptions: social

---

<sup>12</sup> Article 14 § 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz (Law on part-time work and fixed-term contracts).

<sup>13</sup> BAG 6. 4. 2011 — 7 AZR 716/09 — DB (= Der Betrieb) 2011, p. 1811.

<sup>14</sup> Available at: // <http://www.sueddeutsche.de/karriere/angaben-der-bundesregierung-zahl-der-befristeten-arbeitsvertraege-in-deutschland-gestiegen-1.1931132> (accessed: 12.11.2015)

<sup>15</sup> Available at: //[http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/aeueg-bericht-12.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/aeueg-bericht-12.pdf?__blob=publicationFile). (accessed: 12.11.2015)

<sup>16</sup> For details see *Däubler W.* Das Arbeitsrecht. 11. Aufl. Frankfurt/Main, 2015. Rn. 1107 et seq.

<sup>17</sup> In theory, a works council could be elected if the plant has at least 5 employees; a collective agreement can be applied, if the employer is a member of the employers' association. These are very rare exceptions.

<sup>18</sup> DIW-Wochenbericht 7/2013. S. 5 (DIW = Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung)

<sup>19</sup> DIW-Wochenbericht 7/2013. S. 3.

security for artists, members of liberal professions like doctors, lawyers, architects etc.). They are not covered by labour law irrespective of their economic situation. If they depend economically on one enterprise or on the administration they are considered to be a person “assimilated to an employee” (in German: Arbeitnehmerähnliche Person). To this group of persons some labour law rules apply. The most important ones are the right to a minimum leave of four weeks and the right to be protected by collective agreements. But all the other important rules are not applicable: no protection against dismissal, no integration into the system of works councils. In practice, collective agreements are concluded only for the collaborators of radio and television in the public sector. For employers, self-employed people are quite appealing because contributions do not have to be paid into the social security system for them.

### 3.2. Inequality in Society

Inequality among workers has repercussions on the whole of society. People who have no sufficient living income but are able to work get the minimum benefit described above<sup>20</sup>. They numbered 4.372 million in 2015<sup>21</sup>. Those not able to work receive “social aid” as welfare recipients; this amounted to 370,000 in 2014.<sup>22</sup>

The group of “working poor” who do not even earn enough money to reach the minimum standard of living for themselves and for their families comprises 1.317 million people. Among them were 218,000 full-time employees<sup>23</sup>. They receive benefits to top up their income to subsistence level<sup>24</sup>. This is a form of combined wages giving an incentive to employers to pay very low salaries in fields where you need no qualification to do a job.

According to the Federal Statistical Office, 14.5% of the population are threatened by “poverty”; the poverty line is drawn at 917 Euros a month<sup>25</sup>. An EU survey has found that 16.1% are in this situation. Both agree that the percentage has grown during the last ten years despite of the economic boom.

The distribution of wealth is even much more unequal. The richest 80,000 people (0.1% of the population), have sixteen times more property than the poorer half of the whole population — approximately 40 million people<sup>26</sup>.

Inequality is not only a problem of justice between individuals. Wilkinson and Pickett<sup>27</sup> have analysed a large quantity of empirical research whose results are quite clear: in developed countries with a high degree of inequality, criminality is high, physical health and life expectancy are low, and drug use is high. On the other hand, countries with a lower degree of inequality have less criminality, a better health situation, higher life expectancy and drugs are less common. This

<sup>20</sup> See Chapter 2.3.

<sup>21</sup> Available at: // <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/1396/umfrage/leistungsempfaenger-von-arbeitslosengeld-ii-jahresdurchschnittswerte/> (accessed: 12.11.2015)

<sup>22</sup> Available at: <http://www.welt.de/wirtschaft/article133730244/Zahl-der-Sozialhilfeempfaenger-steigt-auf-Rekordhoch.html>

<sup>23</sup> Available at: [http://www.sozialpolitik-aktuell.de/tl\\_files/sozialpolitik-aktuell/\\_Politikfelder/Arbeitsmarkt/Dokumente/Beschaefigte-Arbeitslosengeld-II-Bezieher-Vollzeit-Teilzeit.pdf](http://www.sozialpolitik-aktuell.de/tl_files/sozialpolitik-aktuell/_Politikfelder/Arbeitsmarkt/Dokumente/Beschaefigte-Arbeitslosengeld-II-Bezieher-Vollzeit-Teilzeit.pdf) (accessed: 12.11.2015)

<sup>24</sup> In German they are called “Aufstocker”.

<sup>25</sup> Available at: // <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/statistisches-bundesamt-mehr-deutsche-von-armut-bedroht-1.2623426> (accessed: 12.11.2015)

<sup>26</sup> Available at: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/vermoegen-sind-in-deutschland-sehr-ungleich-verteilt-a-1051286.html> (accessed: 12.11.2015)

<sup>27</sup> Wilkinson R., Pickett K. *The Spirit Level. Why Quality is Better for Everyone*. London, 2010.

is not a question of national life style, because the same results can be seen in the United States: states with more inequality, like Texas, have a higher number of criminals, more violence etc.

### 3.3. Impacts on Labour Law

Today, “equal treatment” has become a fundamental feature of labour law.<sup>28</sup> But the “unit” in which equality has to be observed, is the plant or the enterprise. Some labour lawyers may include groups of enterprises but that would be the utmost limit. The problems described here are in no way reached by the labour law principle of equality. Even anti-discrimination law stops at this point. Those who like the details of ECJ- judgments will perhaps remember the Defrenne- case. In Defrenne II<sup>29</sup> the court stated:

“It is impossible not to recognize that the complete implementation of the aim pursued by Article 119, by means of the elimination of all discrimination, direct or indirect, between men and women workers, not only as regards individual undertakings but also entire branches of industry and even of the economic system as a whole, may in certain cases involve the elaboration of criteria whose implementation necessitates the taking of appropriate measures at Community and national level.”

Article 119 (which is today Article 157 of the Treaty) aims at wage equality between men and women throughout the economy. A good principle which has been completely forgotten in the ensuing forty years: who did ever refer to it? On the contrary, the single-source-theory requires that one body is responsible for the discrimination<sup>30</sup>. If a female civil servant and a male public employee do the same job but get different salaries, the equality principle will not apply if the wages of civil servants are fixed by law whereas the salaries of public employees are defined by collective agreement<sup>31</sup>. The only way to extend the field of application of the equality principle is the conclusion of collective agreements for a sector of the economy. But in Germany it would be impossible to find collective agreements for the whole economy which would reduce the gap between different sectors. A “solidarity wage policy” was tried in Sweden some 30 years ago<sup>32</sup>, but no longer has any current impact. Unions are not strong enough to tackle such problems.

## 4. Work in the Digitalised World

### 4.1. The Appearance

The digitalisation of work is a process linked to the use of certain devices like laptops, smartphones and tablet computers combined with access to the internet. If one considers professional *and* private activities, only a small minority does not use the Internet in Germany. In 2014, 78.71% of the population over 14 years old were users, compared to 60.2% in 2007 and

---

<sup>28</sup> See on a comparative basis *Hepple B. Equality at work / Hepple B., Veneziani B. (ed.). The Transformation of Labour Law in Europe. Oxford, 2009, p. 129 et seq.*

<sup>29</sup> Judgment, April 8, 1975. Case 43/75.

<sup>30</sup> ECJ 17 September 2002 — C-320/00 — NZA 2002, 1144.

<sup>31</sup> BAG 3. 4. 2003 — 6 AZR 633/01 — NZA 2003, 1286.

<sup>32</sup> See *Pfromm H.-A. Solidarische Lohnpolitik. Köln, 1978; Schulten T. Solidarische Lohnpolitik in Europa. WSI-Diskussionspapier № 92. Düsseldorf, 2001.*

only 37% in 2001<sup>33</sup>. According to the Federal Statistical Office, the number was smaller in the workplaces; only 64% of workers used a computer and 55% had access to the internet<sup>34</sup>. Mobile use in general increased from 18% in 2011 to 60% in 2013<sup>35</sup>.

A person who carries a smartphone or a tablet computer is always reachable, theoretically around-the-clock. A second change is even more important: the person concerned is able to start working at once. Where he or she stays plays no role: in a hotel room, on the train, in the lounge at the airport. If these possibilities are really used, the boundaries between work and spare time are becoming blurred. The internet removes spatial and systematic barriers<sup>36</sup>. The implications for labour law are considerable.

## 4.2. Working Time Problems

### 4.2.1. The Facts

Working time legislation regulates the duration of work and the work schedule, putting limits upon both of them. If work is done in a factory or in an office, it is quite easy to find out how many hours the person has worked, beginning at eight o'clock in the morning and ending at five o'clock in the evening. The working time law establishes clear limits which can be controlled easily. But how can one control how many hours a person has worked at home, on the train or in the hotel room? Technically, it would be possible to register all activities on a computer with an internet connection. But this would lead to complete supervision of the individual and it would be incomplete because the time spent, e. g., in preparing work with electronic media, will not be included. In practice, this system is normally not used. More and more people just receive a task which has to be fulfilled by a certain date — it is up to the worker to decide when and where he will do his job. We call this form of working in Germany 'trust based working time' ("Vertrauensarbeitszeit").

As far as we know, there are many cases in which the limits for weekly working hours are neglected. Based on the EC-Directive, the average working time per week is forty-eight hours, but this average has to be attained over just six months. In some weeks people are entitled to work sixty hours if in other weeks they reduce their work, so that the average is reached. Obviously, the legislation offers a lot of flexibility, but some limits have to be observed. These limits are no more effective under the new conditions. We have no conclusive information about the real behaviour of workers but there are a lot of indications that some people work eighty to one hundred hours per week. This may depend on the issue of the workload being too big to be completed within forty or forty-eight hours. Another factor may be the worker is highly motivated and considers his work at the computer to be much more important than his private life. Finally, people are not accustomed to making their own schedule. Starting at kindergarten, continuing at school and finally working in an office or a factory, the individual has to follow a schedule fixed by other people. Doing it yourself has to be learned — time management is not a

<sup>33</sup> Available at: <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/36146/umfrage/anzahl-der-internetnutzer-in-deutschland-seit-1997/> (accessed: 12.11.2015)

<sup>34</sup> Statistisches Bundesamt, Unternehmen und Arbeitsstätten. Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien in Unternehmen. Wiesbaden, 2013. S. 10, auch zum Folgenden.

<sup>35</sup> Statistisches Bundesamt. Op. cit. P. 6.

<sup>36</sup> The German expression is "Entgrenzung" which literally means "delimitation". See Däubler W. Entgrenzung der Arbeit — ein Problem des Arbeitsrechts? Soziales Recht. 2014. P. 45 et seq.

natural gift. There is therefore quite high risk that the duration of working time is far from the legal limits; the provisions of the working time act lose their practical importance.

The problem of duration, however, is not the only one. You will find in the law a mandatory rest period (eleven hours in Germany with some exceptions). But what happens if the supervisor asks the employee at nine o'clock in the evening to prepare a power-point presentation for a meeting at half past eight the next morning? The employee will do it and finish his work by eleven o'clock in the evening. Will he then come to office at ten o'clock next morning, thus invoking the legal rule? Of course, not. Nobody would behave in such a way reality is stronger than the law.

What about Sundays and annual leave? People check their e-mails, which is part of their job. Nobody will criticize them if it is done voluntarily. But many people do it because they know that on Monday (or after return from the holidays) they will have so much to do that they will find no time for their e-mails. Is it not a better feeling if you go into the office on Monday morning knowing that you have already done a good portion of your work? It is also possible that the boss phones during the annual leave asking for information or for a "small" task to be completed. What are the legal consequences if there are two or three phone calls in one day?

#### 4.2.2. Possible Solutions

German employers have discovered these problems and are asking for a reform of the working time Act. One group of human resources specialists wants to increase flexibility: twelve hours (instead of ten) per day, and an average of sixty hours per week should be permitted. Control should not be improved but reduced — provisions that now oblige the employer to document if an employee works longer than eight hours a day should be abolished<sup>37</sup>. It will be difficult to realize these demands because the eight-hour day has a high symbolic value for workers. Another demand is to make the mandatory rest period more flexible; eight hours instead of eleven, while the average over six months should be eleven hours.

In my view, the main problem is not the working time Act and its detailed provisions. Why should we modify rules that are less and less observed? The main problem is the quantity and the intensity of work which has to be done by an employee. Are there any labour law provisions that would prohibit giving a worker a task which he can fulfil only by working eighty hours during six weeks? You will find no such provision in the working time Act. The only source is individual labour contract law: the employee has to work according to his individual faculties without endangering his health<sup>38</sup>. Putting aside any extreme cases, a worker will never invoke this rule pretending that his health will be in danger if he fulfils the tasks he was given. What we need are limits established by collective agreements, by codetermination or by labour inspection. If we can no longer really regulate the duration of the work, we have to deal with its quantity.

In some a few sectors of the economy, collective agreements have established rules about the minimum number of persons who have to fulfil a certain task. The most important example is found in the printing sector where certain machines require the presence of at least five or six persons. This is one way to reduce an individual's workload. Recently, the service union has picked up on this idea in a large hospital in Berlin: in intensive care units one nurse per two beds, in normal cares units one nurse per five beds. These demands were underlined by a strike

---

<sup>37</sup> Available at: // [http://www.bvau.de/files/Daten/content/Dokumente/BVAU\\_Eckpunkte%20Arbeitszeit\\_August%202015.pdf](http://www.bvau.de/files/Daten/content/Dokumente/BVAU_Eckpunkte%20Arbeitszeit_August%202015.pdf) (accessed: 12.11.2015)

<sup>38</sup> See *Preis V.* in: Müller-Glöge R., Preis V., Schmidt L. (eds.). *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*. 16 Aufl. München, 2016. § 611. BGB Rn. 641.



which was considered to be legal by the regional labour court<sup>39</sup>. The compromise was that the demand was fulfilled as with the intensive care units; for the normal care units, the number of nurses has to increase considerably. One idea is to transfer such a solution to other fields in which the quantity of work can be evaluated.

Another experience could be useful too. In most German firms, one can presently find time accounts which document the hours an employee has worked. Normally they show time credits, i. e. any additional working hours the employee has performed. In some shop agreements concluded between employer and works council you can find two rules:

If the average time account of a group of ten or twenty workers shows a credit of hours and one employee leaves the firm, he has to be replaced. In this way the employer can no longer “distribute” the work of the person who left to the remaining ones.

If the average time account of a group is higher than e. g. 150 hours, an additional person has to be recruited<sup>40</sup>.

Another idea is to create a right of veto for the works council: If the workload is too heavy the council may intervene and ask for a remedy. In Sweden, the trade union could stop the working process, in Germany one would think about a conciliation procedure involving a conciliation board or a labour court. If it is difficult to “measure” the quantity of work then to recur to a procedure like the intervention of a works council or a union would be the better solution. If no works council has been elected, the labour inspection should intervene.

Another proposal made by a commission of the Parliament is that of so-called unattainability, i.e. the right to be unreachable during certain parts of the week<sup>41</sup>. This means a it is prohibited to contact the employee by phone or by computer e. g. after eight o'clock in the evening, before seven o'clock in the morning and on weekends. Volkswagen blocks access to its servers from a quarter past six in the evening until seven o'clock in the morning and on weekends. This way, nobody can check e-mails or work on the internet for official purposes. The agreement does not apply to managers. Other firms did not follow this example; in some other big enterprises it is up to the teams to decide who will be “unattainable” during the weekend or in the evening<sup>42</sup>.

## 4.3. Crowdfunding

### 4.3.1. Some Facts

A German electricity company sent postcards to its customers asking them to write down the electricity counter reading and send the cards back. The way people wrote the numbers was quite different, so the computer could not read the cards in a reliable way. They decided to give the cards to human beings whose intelligence is even better than that of the computers. At an American platform, they published the task: “get 10, 000 cards and put the numbers into the system”. Many people from the “crowd” (the immense number of internet users) asked for such a contract. Some of them received it, especially those who were already known by the managers

<sup>39</sup> LAG (=Landesarbeitsgericht) Berlin 24.6.2015 — 26 SaGa 1059/15 — AuR 2015, 339.

<sup>40</sup> For details see: *Däubler W. AiB 2016* (in print).

<sup>41</sup> In German: “Recht auf Unerreichbarkeit”. See Enquête-Kommission. Internet und digitale Gesellschaft. Bundestags-Drucksache 17/12505; support the idea *Schwemmlé M., Wedde P. Digitale Arbeit in Deutschland. Potentiale und Problemlagen*. Bonn, 2012. S. 87, 95; Boewe J., Schulten J. *Die Mitbestimmung*. 2014. Heft 4.

<sup>42</sup> For more details see: *Giese J. Abschalten gegen Dauerstress, AiB 2014*, issue 9, p. 64.

of the platform. They did their job better than the computer; those who worked hard and could put many figures into the system earned two dollars an hour.

This is just an example which I remember very well because I am one of the customers. There are a lot of other fields where crowdworking takes place. One can find a lot of unqualified work. Translations are made by machines and have to be improved by native speakers. There are also tasks which require a certain intelligence, e.g. writing an article for a dictionary or describing a commodity offered by a foreign enterprise in a way that is adequate for the public. Some firms like to use a new slogan or a new logo and ask for proposals for these. Normally, only one proposal is accepted; author gets some money, and all the other people have worked for nothing. Some firms like IBM split complicated tasks into small parts which can be managed by unqualified people.

German platform “twago” has about 260,000 “collaborators”; other big platform “clickworker” pretends to have 700,000. In the US there are — of course — bigger platforms like Amazon Mechanical Turk; the Australian firm “Freelancer” pretends to have 14.5 million “partners”. A new estimation states 112 million crowdworkers world-wide<sup>43</sup>. In the US a lawsuit took place in which the crowdworkers demanded the legal minimum wage; unfortunately it ended with a compromise in which the lawyers got more money than the crowdworkers<sup>44</sup>.

Crowdwork offers the possibility to send work to low-wage countries without any important transaction costs; it is much less expensive than the traditional relocation. How many jobs can be replaced by outsourcing tasks in this way is unclear; even if it would only 15% or 20%, it would be a kind of catastrophe for our labour market. Some estimations go up to 47%.

#### 4.3.2. Legal Implications

Under German law the crowdworker is no normal employee. He has to fulfil a pre-defined task and he himself decides in which moment and with which instruments he will do it. There will be only a time limit — that is all. There are no instructions given during the working process — he is a self-employed person<sup>45</sup>. Whether the description of the work in the contract itself would be equivalent to instructions given to an employee and constitute “subordination”, may be considered an open question in Italy. In Germany this step has not been taken until now.

Some crowdworkers depending economically on one platform are considered to be persons “assimilated to employees”<sup>46</sup>. As it was described in the chapter on equality, only some parts of labour law apply to this group of persons.

Civil law takes place if labour law cannot be applied. The rules of the civil code give sound protection against unfair clauses put into contracts by the platforms. But the civil code guarantees no stability and no protection against the dissolution of the contract. As for the clauses, American platforms in particular use conditions which are in fundamental contradiction to European conceptions of acceptable rules laid down, for instance in the EC-directive 93/13/

---

<sup>43</sup> Available at: <http://www.tagesschau.de/inland/crowdworking-101.html> (accessed: 5. 01. 2016)

<sup>44</sup> Otey vs. CrowdFlower. The lawsuit is described by *Cherry W.* Regelungen zu gesetzlichen Mindestlohn im digitalen Zeitalter, in: C. Benner (ed.) Crowdwork — zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit. Frankfurt/Main, 2015. P. 231 et seq.

<sup>45</sup> This is a general view in Germany based on the actual case law of the Federal Labour Court. See: *Hötte I.* Crowdsourcing. Rechtliche Risiken eines neuen Phänomens, *Multimedia und Recht.* 2014, 796; *Klebe T., Neugebauer J.* Crowdsourcing Für eine Handvoll Dollar oder Workers of the Crowd Unite? *AuR* 2014, 5; *Däubler W.* Crowdworker — Schutz auch außerhalb des Arbeitsrechts? in: C. Benner (ed.). *Op. cit.* S. 246.

<sup>46</sup> See 3.1 above.

EEC<sup>47</sup>. For example, the platform reserves the right to refuse the work done by the crowdworker and to pay nothing without giving reasons. If corrections are needed, they have to be done within two or three days; if this delay is not observed, the worker will lose the right to get paid. Another point: as crowdwork is the main source of income for two thirds of the workers it does not seem adequate, to get money only if you are the winner; this is the case if one performs a more sophisticated task like the development of a logo. A “lottery” is not an adequate form of salary. Additionally, even those who don’t become “winners”, have to transfer all their intellectual property rights to the platform. A German court would never accept such a clauses, even if the foreign platform includes a provision that American law applies<sup>48</sup>.

### 4.3.3. Perspectives

Crowdworkers do their job in quite isolated situations — comparable to homeworkers in the past. Experience shows that it is quite difficult to achieve a common action under such circumstances. What can be done to improve the situation for crowdworkers? Better protection will perhaps make this alternative less attractive for employers, which could be useful for workers in traditional jobs, too.

The first step should be that crowdworkers communicate with each other and make their individual problems known to other people. In the US some people have established “turkopticon”, a platform for crowdworkers who have contracts with Amazon Mechanical Turk (AMT). As different firms put their offers on the AMT-platform, there will be “good ones” paying a reasonable price and paying on time, and there will be “bad ones” who pay low sums and do so rather less timeously. Contracts with the “bad ones” can be avoided. In extreme cases there can be a boycott in the sense that nobody will contact a firm having a very bad reputation. Thus, over-exploitation would be made impossible<sup>49</sup>. The German metalworkers’ union (IG Metall) has established a comparable forum over the internet; crowdworkers may contact [www.faircrowdwork.com](http://www.faircrowdwork.com), communicate their experiences and ask for advice. The German service union offers such a service, too<sup>50</sup>. The internet makes it easier for individuals to avoid isolation.

What is the next step? Extend the notion of ‘employee’ to crowdworkers and make labour law applicable? In Germany this will be a task for courts as the legislator will hesitate. But court decisions have to be prepared by a general discussion among lawyers as well as the media: if television shows that crowdworkers really earn only 2 Euros an hour a court will perhaps be inclined to change the situation. The academic discussion has its importance, too. And one should find persons who are willing to defend their rights in court — no easy task if the concerned persons are anxious to get contracts any more.

Labour law as such offers better possibilities to improve the situation of crowdworkers but there is no guarantee that this will happen. How can collective agreements be reached? Or how can minimum standards be reached if the courts do not accept labour law being applied? The pressure of public opinion may be quite important, even more important than the traditional means of a strike which would be difficult to organize. We have to look for examples of how people in a comparative situation managed to reach minimum standards. One can refer to the

<sup>47</sup> OJ 21.4.1993, L 95/29.

<sup>48</sup> As to details about illegal clauses see *Däubler W.* (above note 43).

<sup>49</sup> How turkopticon functions is described at Irani L., Silberman M. Ein Tool, um Arbeiter auf Mechanical Turk sichtbar zu machen. C. Benner (ed.). P. 131 et seq.

<sup>50</sup> Available at: <http://www.ich-bin-mehr-wert.de/support/cloudworking> (accessed: 5.01.2016)

case of 74,000 home-care aids in California who were able to build their own union and get much better conditions<sup>51</sup>. Another example may be the National Day Labour Organizing Network, a new form of union: instead of organizing traditional collective action the organisation gives information to its members about prices in the market and about good and bad employers, with the bad ones risking getting no day workers any more<sup>52</sup>. We can find the same principle in the movement of the “travelling journeymen” (called in German: “Gesellenbewegung”) which has existed in Central Europe since the 13<sup>th</sup> century. Bad employers, i. e. (at that time) craftsmen, were formally “discredited”; no journeyman could conclude a contract with them without being discredited, too<sup>53</sup>. The boycott replaces the strike and other means of collective actions. Its mere existence presents a very important incentive to employers or entrepreneurs to offer fair conditions. Obviously, we have to broaden our horizons in order to find adequate answers.

Today, the framework for discussion about improving the situation of crowdworkers is quite a traditional one: How can we manage to reach a comparable level of protection to that which is currently given to employees in an office? This is important, without any doubt. But would it not be necessary to think about the future in a digitalized society? What does it mean for our lives to be surrounded by the internet of things? Are we just going to accept or copy whatever is developed in Silicon Valley? Or should we have an alternative model of the digitalized society, something like a left-wing utopia? It is not the task of labour lawyers to develop it, but we could and we should offer our contribution.



## References

- Benner C. (Hrsg.) (2015) *Crowdwork–zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit*. Frankfurt/Main: Bund-Verlag, 420 S.
- Boewe J., Schulten J. (2014). Recht auf Abschalten. *Die Mitbestimmung*, issue 4. Available at: [www.boeckler.de](http://www.boeckler.de) (accessed: 5.01.2016)
- Conaghan J., Fischl R., Klare K. (2000). *Labour Law in the Era of Globalisation. Transformative Practices and Possibilities*. Oxford: Oxford University Press, 546 p.
- Däubler W. (Hrsg.) (2011). *Arbeitskampfrecht*. 3. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 1005 S.
- Däubler W. (2014). Entgrenzung der Arbeit, ein Problem des Arbeitsrechts? *Soziales Recht*. S. 45–65.
- Däubler W. (2015). *Das Arbeitsrecht*. 11. Aufl. Frankfurt/Main: Bund-Verlag, 591 p.
- Däubler W., Müller W. (2015) Chinesische Arbeitgeber in Deutschland. *Arbeitsrecht im Betrieb*. Heft 2, S. 33–36.
- Fröbel F., Heinrichs J., Kreye O. (1977). *Die neue internationale Arbeitsteilung*. Reinbek near Hamburg: Rowohlt, 653 S.
- Giese G. (2014) Abschalten gegen Dauerstress. *Arbeitsrecht im Betrieb*. Heft 9, S. 64–66.
- Gorelli-Hernández J. (coord.) (2014). El Derecho a la Negociación Colectiva. Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 567 p.
- Hepple B., Veneziani B. (eds.) (2009). *Transformation of Labour Law in Europe*. Oxford: Hart Publishing, 393 p.
- Hötte D. (2014). Crowdsourcing. Rechtliche Risiken eines neuen Phänomens. *Multimedia und Recht*, pp. 795–798.

<sup>51</sup> More details see at Klare. The Horizons of Transformative Labour and Employment Law, in: *Conaghan/Fischl/Klare*. Labour Law in an Era of Globalization. Transformative Practices & Possibilities. Oxford, 2000. P. 20 et seq.

<sup>52</sup> See <http://ndlon.org>. Details at: Däubler Representation of Workers’ Interests Outside Collective Bargaining, in: Hernández G., coord. El Derecho a la Negociación Colectiva. Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés. Sevilla, 2014. P. 99 et seq.

<sup>53</sup> See Däubler W. (ed.). *Arbeitskampfrecht*. 3. Aufl. Baden-Baden, 2011. § 1 Rn. 5 et seq.

- Klebe T., Neugebauer J. (2014). Crowdsourcing: Für eine Handvoll Dollar oder Workers of the Crowd Unite? *Arbeit und Recht*. S. 4–7.
- Müller-Glöße R., Preis U., Schmidt L. (Hrsg.) (2016). *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*. 16 Aufl. München: Beck-Verlag, 2938 S.
- Pfromm H.-A. (1978). *Solidarische Lohnpolitik*. Köln: Bund-Verlag, 135 S.
- Schulten Th. (2001). Solidarische Lohnpolitik in Europa. WSI- Diskussionspapier (Discussion paper) No. 92. Available at: [www.boeckler.de](http://www.boeckler.de) (accessed: 12.11.2015)
- Schwemmler M., Wedde P. (2012). *Digitale Arbeit in Deutschland. Potentiale und Problemlagen*. Bonn: Friedrich-Ebert-Stiftung, 145 S.
- Wilkinson R., Pickett K. (2010). *The Spirit Level. Why Equality is Better for Everyone*. London: Penguin, 375 p.

# Certain Comparative Notes on Electronic Contract Formation

---

---

 **Lorenzo Sasso**

Associate Professor, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, PhD (LSE). Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: lsasso@hse.ru

---

 **Abstract**

Electronic contracts present trade law scholars with a multitude of issues concerning international private law, arising from the peculiarities of the online environment. However, as in traditional paper contracts, directives, model laws and conventions governing electronic commercial transactions still leave open such an important question as when is an electronic contract concluded. This article focuses on the offer and acceptance requirement using a comparative approach to explore how this issue is addressed in Russia as well as in other civil- and common-law jurisdictions. The paper compares different regulatory approaches taken by the EU and US on the formation of electronic contracts, highlighting their differences and the progress made towards convergence and consumer's protection. The relevant law for each country is discussed in relation to two types of transactions: those concluded between qualified professionals or traders, i.e. so-called Business-to-Business (B2B), and those between qualified professionals and consumers, namely Business-to-Consumer (B2C).

---

 **Keywords**

offer, acceptance, electronic, contract, invitation to treat, conclusion of contract.

---

---

Citation: Sasso L. (2016) Some Comparative Notes on Electronic Contract Formation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 204–219 (in English).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.216.231

## 1. Introduction

Electronic commerce, which is carried out through the Internet, constitutes one of the most significant and innovative aspects of the globalization of the world economy. A global economy with a global market such as that which the internet has been able to generate — i.e. sites such as eBay, TripAdvisor etc. — requires global rules. However, as in other areas of the law, states are struggling to implement common harmonized rules for the market. State regulation reveals an inability to grasp legal innovation and changes in the market economy. The continuous evolution of market economic conditions requires flexible tools to adapt the law to the changes in reality. This flexibility can only be guaranteed by the contract — the *unique* tool of legal innovation. It is only through contracts, supported by the underlying principle of “freedom of contract”, that business parties are able to adapt commercial law to new circumstances, and the electronic contract is a practical example of this<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Galgano F. La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio / Contratto e impresa. Milano, 2010. P. 919 ff.



However, as contracts become more innovative, their enforceability becomes less predictable as a result. The business community has tried to reduce some of the legal uncertainties by standardizing their business practices. As experience grows and innovative business practices become routine, parties to international commercial electronic transactions have standardized the terms of their contracts<sup>2</sup>. Accordingly, intergovernmental organizations such as the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) and The Hague Conference on Private International Law (HCCH), and NGOs such as the International Chamber of Commerce (ICC), driven by market forces, have often struggled to provide operators with appropriate regulation and models through their attempts to codify transnational law in the most comprehensive way. However, as transnational law lacks the detail and exhaustiveness as well as the formal force necessary to replace national laws, these efforts have often been revealed to be inexhaustive in creating uniform regulation. Because domestic national law very often acts as a gap-filler in litigation for international contracts, providing missing terms of parties' agreement or an interpretation of the contract, scholars have even doubted the existence of such a thing as an *international contract*.<sup>3</sup>

Electronic contracts present trade law scholars with a multitude of issues concerning international private law, arising from the peculiarities of the online environment. These include, among others, the role of the Internet service provider, data privacy, identification of the parties, the use of digital signatures and the consequences of input errors in electronic communications<sup>4</sup>. However, as in traditional paper contracts, directives, model laws and conventions governing electronic commercial transactions still leave open the important question related to contract formation: when is an electronic contract concluded? In other words, when does an offer and acceptance in electronic form take effect?<sup>5</sup> Offer and acceptance rules tell us not only

<sup>2</sup> Murray C., Holloway D., Timson-Hunt D. *Smithoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade*. London, 2012. P. 914 para 33–003 ff.; Galgano F., Marrella F. *Diritto del commercio internazionale*. Padova, 2007. P. 452–464.

<sup>3</sup> Cordero-Moss G. *International Commercial Contracts*. Cambridge, 2014. P. 75–77.

<sup>4</sup> Murray C. et al. Op. cit. P. 920-921. Digital signatures as a legal issue of electronic commerce are extensively covered in: UNCITRAL *Promoting confidence in electronic commerce: legal issues on international use of electronic authentication and signature methods*, *passim*. In EU the matter is regulated by the Council Directive 99/93 E-Signature Directive. Art. 5. The Directive recognizes the validity of two kinds of signatures: an electronic signature and an advanced electronic signature. Similarly Russia has Federal Law on electronic signatures containing a list of requirements for the validity of e-signatures (Federal Law of April 6, 2011, No. 63-FZ). In the US the Uniform Electronic Transaction Act (UETA) takes a different approach. It does not distinguish between signatures and defines at section 2(8) an electronic signature as an “electronic sound, symbol, or process attached to or logically associated with a record and executed or adopted by a person with the intent to sign the record”.

<sup>5</sup> The UN Convention on the Use of Electronic Communication in International Contracts 2005. A/RES/60/21 is silent regarding this point. See a comment in: Boss A., Kilian W. *The UN Convention on the Use of Electronic Communication in International Contracts: An In-Depth Guide and Sourcebook*. Austin, 2008. P. 349. In the US, the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws has developed two uniform state acts: the Uniform Computer Information Transaction Act (UCITA) in 2002 and the Uniform Electronic Transaction Act (UETA) in 1999 (amended in 2000 and 2002) plus the Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (E-Sign) in 2000 as a federal statute applying for those states which has not enacted UETA. In the EU, Directive 2000/31/EC of the EU Parliament and the Council of June 8, 2000 on electronic commerce (E-Commerce Directive); Directive 97/7/EC of the EU Parliament and the Council of May 20, 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts (Distance Contracts Directive); Directive 2011/83/EU of the EU Parliament and the Council of October 25, 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC and repealing Council Directive 85/577/EEC and

the precise time that a contract is made and thus from which moment the parties are legally obliged, but also the place (of sale) of the contract<sup>6</sup>.

This article focuses on the offer and acceptance requirement with a dual perspective. In micro-level terms, the paper analyses pertinent Russian law in relation to contract formation, using a comparative approach to explore how this issue is addressed in other civil- and common-law jurisdictions. In macro-level terms, the paper compares different regulatory approaches taken by the EU and US on the formation of electronic contracts, highlighting their differences and the progress made towards convergence. The relevant law for each country is discussed in relation to two types of transactions: those concluded between qualified professionals or traders, i.e. so-called Business-to-Business (B2B), and those between qualified professionals and consumers, namely Business-to-Consumer (B2C). However, the article does not cover other issues relating to contract formation and computer technology such as the validity of electronic signatures and the satisfaction of requirements of form.

## 2. What Constitutes a Contract in Common and Civil Law Systems?

The extensiveness of the notion of contract varies depending on the context. In common law it is more circumscribed than in civil law, where for instance contracts are divided into bilateral contracts (*contrats synallagmatiques*) and unilateral contracts according to the classification introduced by the Napoléon Code<sup>7</sup>. Therefore while the former category includes contracts in which both parties agree to perform or exchange promises to perform, the latter is represented by contracts in which only one party is legally obliged to uphold the terms of the contract, while the other is under no legal obligation. In common law, the notion of contract identifies *only* bilateral contracts — the ‘consideration’ in contract law being an essential element of the contract. In other words, without the exchange of one thing of value for another there is no contract (i.e. deed or act under seal)<sup>8</sup>.

Similarly, in civil law countries the legal enforceability of a contract is based not on *promise* as is the case in common law systems, but rather on *agreement*. For instance, Article 420 of the Civil Code of the Russian Federation (CCRF) defines a contract as “an agreement by two or more parties whereby civil law rights and responsibilities are created, modified or terminated”. This definition encompasses two different types of obligation: promissory and non-promissory

---

Directive 97/7/EC (Unfair Contract Terms Directive) and the Community Framework for Electronic Signatures (E-Signature Directive).

<sup>6</sup> See *Cagnasso O., Cottino G. Contratti commerciali internazionali*. Padova, 2009. P. 56–58, 68–75; *Bianca C. Diritto civile*. T. III. Il contratto. Milano, 2000. P. 306–307; *Ferrari F. La Formazione del contratto / Galgano F. (ed.) / Atlante di Diritto Privato Comparato*. Milano, 2011. P. 69–81; *Bravo F. Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica / G.Alpa. (ed.) / Diritto dell’Informatica*. Milano, 2007. P. 381 ff.; *Ferrari F. A Comparative Overview of Offer and Acceptance Inter Absentes // Boston University International Law Journal*. 1992. Vol. 10, p. 171; *Nolan D. Offer and Acceptance in the Electronic Age / Burrows A. (ed.) / Contract Formation and Parties*. Oxford, 2010. P. 61 ff. See also *Murray A. Entering into Contracts Electronically / L. Edwards (ed.) / Law and the Internet*. Oxford, 2000. P. 28; *Ерпылева Н.Ю. Международное частное право*. М., 2015. С. 287–290; *Мухеева Л.Ю. и др. Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации*. Т. 3. М., 2011.

<sup>7</sup> Art. 1102 du code civil français reads: « Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s’obligent réciproquement les uns envers les autres ». See *Terré F., Simpler P., Lequette Y. Droit civil. Les obligations*. Paris, 2013. Section 64 and section 72; *Malaurie P., Aynes L. Les obligations // LGDJ lextenso*. 2013. P.183 ff.

<sup>8</sup> See *Collins H. The Law of Contracts*. London, 2003. P. 59 ff.

transactions, namely not only those agreements that are formed by the parties' consent — these are only contracts in common law — but also those that have no legal existence until they are delivered, for instance a deposit contract or a lease contract<sup>9</sup>.

If common law is written by judges and strongly characterized by an empirical approach, civil law is a product of codifications conducted by law professors and its peculiarity is its scientific value, that is its ability to classify relevant rules into larger macro categories characterized by a higher level of abstraction<sup>10</sup>. That said, even among civil law countries there is no homogeneity regarding the notion of contract. On one hand, German doctrine reaches the highest level of abstraction by not qualifying as pecuniary the contractual relationship between the parties, but simply requiring — for the contract to exist — the parties to participate by performing. According to German law<sup>11</sup>, all legal acts (*Rechtsgeschäft*) originate simply from the parties' consent (*Willenserklärung*). As a result, even unilateral contracts, which express the parties' consent, are considered to be contracts. On the other hand, Roman-French doctrine characterizes the contractual relationship between parties as pecuniary<sup>12</sup>, and although they accept unilateral contracts, they require more than just the consent between parties for the contract to be concluded<sup>13</sup>. Russian civil law follows the German doctrine in terms of what constitutes a contract, and thus accepts all non-promissory transactions because they are expressions of the parties' intention. Similarly, it recognizes unilateral contracts<sup>14</sup>.

The intention of the parties to comply with each other is always a fundamental requirement of a contract, but not always sufficient as in the case of *real contracts* (*contrats réels*, *Realverträge*) in certain civil law countries. This category of contracts was already known in Roman times. For instance, in Roman law the contract of deposit required the goods to be delivered from one party to the other (a process called *traditio*) in order for the obligation of the recipient — to look after the goods and return them after a certain period — to arise. Other real contracts include pledges, leases, and the loan and transport of goods<sup>15</sup>. While France, Italy, Russia and many other civil law countries recognize these agreements as contracts, common law countries consider them to be bailments<sup>16</sup>. Finally, in Germany, these contracts are included in the macro category of contracts (*negotium iuridicum*), but they are formed and come into effect from the time the parties agree to obligate themselves (*consensual contracts*) rather than when the goods are delivered (*real contracts*).

Under Russian law, online contracts are no different — as far as their conclusion is concerned — from *normal* offline hard-copy contracts, and they are therefore governed by the same provisions of the CCRF<sup>17</sup>. The differences lie in the processing speed, devices and methods in

<sup>9</sup> *Contrat réel* is a contract *qui re contrahuntur*; it is only considered bailment in common law (Ireland, UK and also Croatia), see Ferrari F. Op. cit. P. 72.

<sup>10</sup> Galgano F. Il contratto. Introduzione; *idem*. Contratto e impresa, p. 728 ff.

<sup>11</sup> The situation is similar in other civil law countries like Estonia, Denmark, Slovenia, Hungary, Serbia, Bosnia, Montenegro (see Ferrari F. Op. cit. P. 71).

<sup>12</sup> Art. 1321 of Italian Civil Code states: “Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”.

<sup>13</sup> Although this problem is solved by allowing the parties to phrase a unilateral contract as a promise to perform in order to agree on the consent.

<sup>14</sup> Osakwe C. Modern Russian Contract Law // Loy L.A. Int'l and Comp. L. Rev. 24:113, p. 133.

<sup>15</sup> In French law real contracts are *prêt a usage*, *prêt de consommation* and *gage* to which the French courts added the *don manuel* and the *contrat de transport de marchandises*.

<sup>16</sup> The temporary placement of control over, or possession of personal property by one person, the bailor, into the hands of another, the bailee, for a designated purpose upon which the parties have agreed.

<sup>17</sup> Civil Code of the Russian Federation. Art. 432.

the online environment. According to CCRF Article 432, a contract is deemed concluded if agreement is reached between the parties, in the form required, on all essential terms of the contract<sup>18</sup>. The typical process of formation has three steps: an offeror sends an offer to a specific offeree; the offeree considers the terms of the offer and accepts; the offeror receives the offeree's acceptance. Unless the parties decide otherwise, the contract is concluded at the point when the offeror receives the offeree's acceptance. The acceptance needs to mirror the offer perfectly, otherwise it becomes a counter-offer and needs to be accepted by the other party to form a contract. In addition, of course, the parties must have the legal capacity to make a contract and must observe requirements regarding its form<sup>19</sup>.

Unfortunately, as I will explain below, offer and acceptance rules reflect cultural, economic and political ideas about consensual activity. A common and popular method through which commercial contracts are made electronically is the exchange of electronic mail (e-mail). Nowadays the e-mail account is the digital equivalent of a post-box and it is recognized as a valid form of communication by courts and practitioners. Therefore, an offer sent from the offeror's e-mail account to the offeree's inbox, with the offeree's consequent acceptance sent to the offeror's mailbox, form the contract. Other popular methods of online contracting — especially for B2C sales — are the online transactions and the automated transactions also known as web-wrap, click-wrap or shrink-wrap agreements. These sometimes consist of the vendor displaying products on his website alongside the cost of each product. The customer can search the website, select a product and read the information related to it, fill in an order form that contains all details concerning price and quantity, and place an order by submitting the form, normally by clicking the 'submit', 'buy' or 'I accept' button. Sometimes the process is very similar to what would happen in an actual self-service shop, except that the cashier would be the electronic agent. At other times, however, the website operates like a digital vending machine, including all the terms of the contract and information about the products and thus providing clients with the complete offer. These standardized forms of contract are often used in software licence agreements although their legal validity is somewhat unclear because of their lack of transparency. In fact, the terms and conditions are usually visible only after users have started to install the software, which is the equivalent of a customer having already paid. Even if the use of the programme is deemed acceptance of the contract, in order to solve this problem online sellers have increasingly invested in establishing a certain level of trust with their clients. For instance, a global market platform such as eBay is certified by organizations such as TRUSTe, an established trust mark sales company<sup>20</sup>.

Finally, it is worth noting that in electronic commercial transactions, the offer is generally preceded by a negotiation phase in which the parties bargain for the terms of the contract. While this is generally the case in online contracts between professional traders (B2B), this phase is significantly reduced if not absent in automated transactions (B2C). For this reason, the EU Consumer Rights Directive requires retailers to comply with extensive information requirements "prior to an order being placed by the recipient of the service". In addition, a "cooling off" period (14 days in the UK) is included in the regulation, during which a consumer can cancel a contract without liability, and which can be extended (up to 12 months in the UK) where pre-contractual information is not provided<sup>21</sup>. However, the regulations for contracts between consumers and

---

<sup>18</sup> In Italy see Art. 1326 c.c.

<sup>19</sup> Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М., 2014. С. 153.

<sup>20</sup> Wang F. Law of Electronic Commercial Transactions. London, 2010. P. 36 ff.

<sup>21</sup> Council Directive 2011/83 which had to be implemented before June 13, 2014. In Russia a similar period of two weeks for consumer's protection applies.

traders that are concluded by means of distance communication — online, emails, telephone or post — do not apply to B2B transactions. B2B transactions remain partially covered by the E-Commerce Directive, although this allows the parties to be exempted from any obligation, which mainly concerns the information that must be provided by a service provider<sup>22</sup>.

The regulatory approach to electronic commerce for B2C transactions appears to be quite different in the US, where the Federal Trade Commission has created a “checklist” of basic safeguards for when consumers shop online. However, the Uniform Electronic Transactions Act (UETA) does not specify any information that online merchants are required to give to their clients prior to the formation of contracts. The US approach is targeted to promote self-regulation and economic rationality in this new market, rather than imposing rules that should govern the development and use of electronic commerce. Therefore, the burden of assessing the safety of a website or the reliability of a seller rests on the consumer, following several principles of common sense and prudence. This approach assumes that online sellers compete for reputation in electronic commerce and therefore invest in demonstrating their reliability to clients<sup>23</sup>.

In Russia, the government approved a ruling on the distance selling of goods and services, and a Federal Law governing advertising in Russia. The Advertising Law has imposed a ban on inaccurate advertising containing untrue information, more specifically information that is known to be false, inaccurate or outdated regarding the advantages of the goods advertised over those of other producers or suppliers<sup>24</sup>.

### 3. The Offer in Online Commercial Transactions

Online contracts are typically contracts *inter absentes* where the agreement is formed in subsequent phases. In particular it is useful to highlight two moments that represent the expression of intention of each of the parties: the offer and the acceptance. The offer can be defined as the *offeror's* expression of intention to conclude a contract with a particular person or persons — the *offeree*. This needs to contain all the fundamental elements of the contract. As in other civil law countries, CCRF Article 435 stipulates that an offer must be addressed “to one or several *specific* persons”<sup>25</sup>. However, an offer may still be valid even if it is addressed to an unspecified multitude of persons (*in incertam personam*), for example an offer to the public. With this aim, CCRF Article 437.2 relaxes the requirement for the specificity of addressees by providing that a proposal, in which the respective party's will to make a contract “with anyone who responds” can be discerned, still constitutes a (public) offer with all the same legal effects<sup>26</sup>. To be valid, the offer to the public must contain all the essential elements of a contract<sup>27</sup>. An offer to the public is also familiar in common law countries. In a leading old English case it was said that “an offer can be made to an individual, to a class of persons, or to the whole world”<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> Council Directive 2000/31. Art. 10(1).

<sup>23</sup> *Kierkegaard S.M.* E-Contract Formation: US and EU Perspectives // *Shidler Journal of Law, Commerce and Technology*. 2007, no.3, p. 12 ff.

<sup>24</sup> See Government Resolution No. 612 dated September 2, 2007 and the Federal Law of March 13, 2006. No. 38-FZ.

<sup>25</sup> Emphasis added.

<sup>26</sup> In Italian Civil Code it is Art. 1336.

<sup>27</sup> Cour de Cassation française : « l'offre faite au public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée » (Cass. Civ. 28 novembre 1968).

<sup>28</sup> *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.* (1 Q.B. 256, 268, 1893).

However, if the offer to the public does not contain all the elements of a contract it has to be considered as an invitation to treat<sup>29</sup>.

It is important not to mistake an offer for an invitation to treat, as only the former has the legal force to bind the parties to a contract. An invitation to treat simply results in shifting the role of offeror and offeree, provoking an offer from the other party. For this purpose, CCRF Article 437.1 provides that *advertisement* and “*other proposals addressed to unspecified persons*” are to be treated only as invitations to make offers. It follows from CCRF Article 494.1 that what sets advertisement (a particular product rather than catalogues) apart from a public offer, is the availability of all the essential terms of a retail sale contract in the latter. If, however, products or samples are displayed at their place of sale, this is deemed a public offer even if the price or any other essential terms of sale are not provided — unless the seller has clearly indicated that such products are not intended for sale<sup>29</sup>.

It is therefore rather difficult under Russian law for a retailer to avoid the status of offeror. The Ninth Commercial Court of Appeal explained in one of its resolutions why this is so: the consumer is not in a position to propose the essential terms of a retail contract, such as the price or processing time, to the seller and can only agree to be bound by the terms devised and proposed by the seller<sup>30</sup>.

In addition to the general norms of the CCRF, retail e-commerce in Russia is regulated by a government resolution laying down the rules for what is termed “distance sale of goods”<sup>31</sup>. Importantly, a distance sale takes place only when the customer has selected a product based on its online description, while how the order is placed is not determinative<sup>32</sup>. Because distance selling is regulated by mostly the same norms as any other retail sale contract<sup>33</sup>, the seller must make a contract with anyone who has stated a willingness to purchase a specific product with a description that has been made available by the seller<sup>34</sup>. The essential terms of a distance sale contract include the name, quantity and price of the product, as well as the installment plan should the parties agree on payment in installments<sup>35</sup>. This means that any proposal of a product in an online store that contains the name of the product and its price per unit constitutes a public offer if addressed to a private consumer (as opposed to a business). Reservations to the contrary, often found on retail websites, are therefore void as they contradict the law<sup>36</sup>.

A question with important legal implications is whether products displayed on a website are to be deemed as being displayed “at their place of sale”? If they are, then, as mentioned above<sup>37</sup>,

---

<sup>29</sup> *De Nova G.* Un contratto di consumo via internet / Contratti, p. 113; Tosi E. Il contratto virtuale / Digesto delle discipline privatistiche. Appendice di Aggiornamento. T. I. Torino, 2003. P. 458 ff.; *idem.* La conclusione di contratti “online” / I problemi giuridici di Internet. Milano, P. 34; *Minnecci U., Schiarrone A.* Documento elettronico e contratto informatico / Digesto Diritto Privatistiche Sezione civile. Appendice di Aggiornamento, Torino, 2000. P. 345.

<sup>30</sup> Ninth Commercial Court of Appeal. Resolution of December 10, 2012, No. 09AII-33617/2012-AK

<sup>31</sup> Government Resolution No. 612 of September 2, 2007 On Approval of the Rules for the Distance Selling of Goods. Item 2.

<sup>32</sup> Civil Code of the Russian Federation. Art. 497.2. As *Savelyev* points out (Op. cit. P.156), this means, for example, that where a customer selected a product in a brick-and-mortar store and then placed an order online, a distance sale does not take place.

<sup>33</sup> Civil Code of the Russian Federation. Art. 497.2.

<sup>34</sup> *Savelyev A.* Op.cit. P. 12.

<sup>35</sup> Civil Code of the Russian Federation. Art. 455.3, 494.2, 489.1.

<sup>36</sup> *Savelyev A.* Op. cit. P. 158. Generally, sellers on internet prevent a contract to be formed by introducing a clause in their Terms and Conditions in which they state that provision of the goods or services is conditioned to their availability. By doing it, the contract is not formed if the quantity is not available.

<sup>37</sup> Civil Code of the Russian Federation. Art. 494.2.



this constitutes a public offer *even with no essential terms of sale specified*. Courts and legal doctrine seem to diverge on this issue: while the former have been willing to answer this question in the affirmative, the latter is uncomfortable with the idea of an online website as *a place of sale* for physical products<sup>38</sup>. It would appear reasonable to deem Russian Civil Code Article 494.2 not applicable to e-commerce as it certainly was not drafted with online shopping in mind. As it is precisely the transcendence of the physical categories of space and place that modern telecommunication technology allows, attempts to fit e-commerce into the Procrustean bed of legislation that was not intended to deal with the online environment will not produce meaningful outcomes.

In the EU, online consumer transactions are covered by the EC Directive on Electronic Commerce (EC Directive)<sup>39</sup>, which, however, does not regulate the matter of offer and acceptance, leaving it to the discretion of Member States. Looking at the approaches adopted by EU Member States, a non-harmonized scenario emerges. Similar but not identical approaches to the Russian legal system exist in some civil law countries. For instance, the French and Italian civil codes consider a display of goods at their place of sale an offer, conditional on whether a price is indicated beside each good<sup>40</sup>.

Outside the EU, no Swiss law deals specifically with electronic commerce, and therefore the general norms for contract formation apply<sup>41</sup>. In particular, Article 7 subsection 3 of the Swiss Code of Obligations provides that “the display of goods with the price attached constitutes an offer”. The click of a mouse to confirm the placing of an order therefore forms a contract between the seller (the offeror), and the customer (the offeree)<sup>42</sup>. Finally, it may be inferred from reading the Contract Law of China that, as in the case of Russia, the difference between an invitation to treat and an offer under Chinese law is that the latter is concrete and definite while the former is less specific<sup>43</sup>. Commercial advertisement, which is generally deemed an invitation to treat, becomes an offer if it is concrete and definite and expresses the advertiser’s intent to be bound by acceptance. From this, it is reasonable to infer that under Chinese law the online seller is the offeror, while the customer only accepts.

Common law countries and Germany contrast starkly with Russian practice. In Germany, the display of goods in a store as well as on a website — even when a price is included — is only an invitation to treat. The placing of an online order thus constitutes an offer, which the seller is free to decline<sup>44</sup>. Under English law, a display of goods in a shop, i.e. at “their place of sale”, will

<sup>38</sup> Savelyev A. Op. cit. P. 159.

<sup>39</sup> Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of June 8, 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market.

<sup>40</sup> In Italy it is article 1336 c.c. In France, the Civil Code (CCF) contains a dedicated section on the conclusion of contracts in electronic form. CCF Article 1369-4, -5, -6 are an implementation of the EC Directive Article 10 concerning information that must be provided by the online seller (referred to in the Directive as ‘service provider’). However, while the Directive remains silent on the allocation of the roles of offeror and offeree between the seller and the customer, the CCF explicitly refers to the party providing such information as ‘offeror’ and the person placing an order as the ‘offeree’. Therefore, under French law, it is the online seller who makes an offer and it is the customer who accepts.

<sup>41</sup> Available at: <http://www.kmu.admin.ch/kmu-betreiben/03260/03263/03274/index.html?lang=fr> (accessed: March 4, 2015)

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Art. 14.1, 15 of Contract Law of the People’s Republic of China. Available at: [http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/200712/11/content\\_1383564.htm](http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/200712/11/content_1383564.htm). (accessed: March 4, 2015)

<sup>44</sup> Whincup M. Contract Law and Practice. Deventer, 2006. P. 64.

generally not qualify as an offer but only as an invitation to treat; the transaction is concluded when the seller accepts the customer's offer at the till. The corresponding rule was laid down and applied in a landmark case in England<sup>45</sup>. The traditional common law system approach has been seen as being protective of sellers<sup>46</sup>. In truth, courts are generally allowed to employ a variety of conceptual tools to delay the moment of contract formation in order to grant both parties room for *manoeuvre* during negotiation, and avoid abuse from one of the parties<sup>47</sup>.

In the context of retail e-commerce, the rule means that it is not the seller who makes an offer by providing information about products on a website, but rather the customer who places an online order<sup>48</sup>. The US understandably follows the English model, which in the US is enshrined in a statute. Uniform Commercial Code § 2-206(1)(b) provides that the placing of an order does not constitute acceptance, but instead "invites acceptance" and is therefore itself an offer<sup>49</sup>. In electronic contracts formed through web-wrap, click-wrap or shrink-wrap agreements the offeror has no way of revoking the offer if something goes wrong, for instance if he removes the goods on display.

Instead, when electronic contracts are formed through electronic mail the possibility of revoking an offer still exists, but it can be limited depending on the country's domestic law. In certain civil law countries the possibility of revoking an offer is limited and an offer can only be revoked if the revocation reaches the addressee before or at the same time as the offer comes to the addressee's attention. Once an offer has come to the attention of the addressee, it becomes effective and should be irrevocable. Under Russian civil law, an offer may stipulate a time period for acceptance<sup>50</sup>. If it does, there is a presumption that this offer is irrevocable prior to the expiration of the stipulated time limit. On the contrary, if no time limit is specified, an offer is revocable within a reasonable period of time<sup>51</sup>. Similarly, under the German code the offeror is bound by his offer, in the sense that he cannot effectively withdraw it, either during a period set by himself or during a reasonable period<sup>52</sup>.

In contrast, the Roman French doctrine allows an offer to always be revocable. However, the offeror may owe damages for a wrongful revocation, according to the principle of good faith in negotiations. With this aim, the recently revised Russian civil code enacts the doctrine of good faith and fair dealing in negotiations (as well as in post-contractual relations). Accordingly, a party that disrupts the negotiations will be liable for the losses incurred<sup>53</sup>. Despite all countries acknowledging the principle of good faith in negotiations, their approaches to what

---

<sup>45</sup> See *Pharmaceutical Society of GB v. Boots Cash Chemists* [1953] 1 QB 401; see also *Fisher v. Bell* [1961] 1 QB 394. For a comment on these cases see *McKendrick E. Contract Law*. London, 2009. P. 29.

<sup>46</sup> For example in the case of *Grainger & Son v. Gough* [1896] AC 325 (HL) the judge held that the transmission of price lists did not amount to an offer to supply an unlimited quantity of products described at the price named, as the stock of products from advertisers or merchants could be limited. Decision further approved in *Esso Petroleum Ltd v. Customs and Excise Commissioners* [1976] 1 WLR 1 (HL). In US see *Rosenfeld v. Zerneck* (4 Misc. 3d 193, 776 N.Y.S. 2d 458 (Sup. Ct. Kings Cty. 2004) the Supreme Court of New York State has dismissed the plaintiffs' claim due to the failure of the incorporation of the essential terms in the email.

<sup>47</sup> *Collins H. Law of Contract*. London, 2003. P. 171–172.

<sup>48</sup> *Reed C., Angel J. Computer Law: The Law and Regulation of Information Technology*. Oxford, 2007. P. 106.

<sup>49</sup> UCC § 2-206(1)(b): 'An order or other offer to buy goods for prompt or current shipment shall be construed as inviting acceptance either by a prompt promise to ship or by the prompt or current shipment of conforming or non-conforming goods [...].'

<sup>50</sup> Civil Code of Russian Federation. Art. 440.

<sup>51</sup> *Ibid.* Art. 436.

<sup>52</sup> *Zweigert K., Kötz H. Introduction to Comparative Law*. Oxford, 1998. Part II. P. 356 ff.

<sup>53</sup> Civil Code of the Russian Federation. Art. 434 (1).

should be considered fair dealing diverge. In traditional common law rule, the courts have accorded parties the freedom to negotiate without risk of pre-contractual liability. Accordingly, offers are revocable at the offeror's discretion by giving notice to the offeree of revocation. From the moment the offeree finds out about the revocation the offer no longer exists. As disposed in a notable case<sup>54</sup>, even when the offeror had promised that the offer would remain open for longer, it was revocable. This is a result of the common law doctrine of *consideration*, according to which there is no binding obligation and thus no contract if there is no bargain regarding the terms of an exchange. An irrevocable offer (option) for which the other party has not paid is always revocable. This position has been slightly tempered in US law with the advent of the doctrine of promissory estoppel, according to which the offeror may owe damages for a wrongful revocation<sup>55</sup>.

#### 4. The Moment of Contract Formation

With regard to the conclusion of contracts, EU legal systems are founded on different principles, which reflect the different approaches resulting in the declaration theory, the theory of information or dispatch theory, the postal rule and the theory of reception. According to the declaration theory, a contract is formed when the acceptance of an offer is expressed without unreasonable delay — regardless of whether the acceptance is brought to the mind of the offeror or not<sup>56</sup>. The declaration theory has been criticized as being biased towards the offeree as the contract is deemed to be formed without the offeror being aware of the conclusion. The declaration theory can result in increased uncertainty and confusion for the offeror as the contract is formed exclusively at the wish of the offeree, either to ratify or to refuse if he wants to change his mind<sup>57</sup>.

The information or dispatch theory allows a contract to be formed at the moment the acceptance comes to the notice of the offeror<sup>58</sup>. In this case, the offeror can withdraw the offer at any time before the offeree's acceptance comes to his knowledge. In contrast to the declaration theory, the offeree may suffer under this scenario as it is difficult for him to determine when the acceptance comes to the notice of the offeror. In addition, the contract formation could be delayed considerably without any good reason. Because of this, the principle is often mitigated by a "presumption of consciousness" according to which every acceptance addressed to a specific person is assumed to be known by that person once it arrives at his or her address<sup>59</sup>.

Similarly the reception theory states that a contract is concluded once the acceptance is received by the offeror or at least made available for him — regardless of whether he is aware

<sup>54</sup> *Dickinson v. Dodds* [1876] 2 Ch.D. 463 (Eng. Ct. App.).

<sup>55</sup> A promise that the promisor should expect to be relied on imposes liability for any such reasonable reliance in order to prevent injustice. See Restatement (Second) of Contracts §§ 87(2), 90(1) (1981).

<sup>56</sup> This is the principle followed by Islamic law in determining the time of contract formation inter *absentes*. See *Alzaagy A. The Time of Concluding the Contract in E-Commerce from Islamic Legal Perspective // Cyber Orient*. 2012, no. 6, p. 3 ff. Chile too is moving towards this mechanism.

<sup>57</sup> This effect is mitigated by the rules on revocability of the offer and bona fide in pre-contractual negotiation, see *Ferrari F. Op. cit.* P. 80 f.

<sup>58</sup> This principle applies in Italy, Spain and Holland. See *Ferrari F. Op. cit.* P. 80; *Galgano F. Il negozio giuridico*. Milano, 2002. P. 83 ff. Author mentions that in the Italian Report to the King (n.70) it was written: "We cannot accept that a person can become intentionally contractually bound without being aware of the existence of the contract".

<sup>59</sup> *Ferrari F. Op. cit.* P. 89.

of it or not. This principle seems better at dividing the risks of the contract formation between the parties. Initially, the risk of communicating the acceptance is held by the offeree (as in information theory) and therefore, if the acceptance does not reach the offeror or arrives *late*, no contract is formed<sup>60</sup>. However, if the acceptance reaches the offeror's address, then the risk shifts from the offeree to the offeror even if the offeror is not aware of the offeree's acceptance. This principle of contract formation applies in Russia.

Finally, the postal rule (also called the mailbox rule) is very popular in common law countries. According to this rule the contract is formed at the moment when the offeree sends his declaration of acceptance to the offeror, or to use the words adopted in a leading Scottish case, "a contract is accepted by the posting of a letter declaring its acceptance; the acceptor has done all that is necessary for him to do, and is not answerable for casualties occurring at the post office"<sup>61</sup>. Similarly, and more recently, British courts affirmed the validity (effectiveness) of an e-mailed notice of an arbitration reference regardless of the fact that the recipient's staff assumed the e-mail was 'spam' and ignored it<sup>62</sup>.

Following this rule<sup>63</sup>, not only is the offeree unable to revoke his acceptance once he has sent it, but the offeror cannot revoke his offer after an acceptance has been sent to his address. He can only revoke it if the communication of acceptance is not in the course of being transmitted to him<sup>64</sup>. Therefore in this specific case, it is the offeror and not the offeree who bears the risk of communication. This approach was traditionally favoured by English courts because they perceived that the acceptance rule might result in each side waiting for confirmation of receipt of the last communication *ad infinitum*<sup>65</sup>.

The reason for the adoption of the postal rule among common law legal systems lies in the need to provide certainty in business transactions between the parties, especially when the means of communication are not instantaneous. In this sense, the courts believed that the conduct of business would in general be better served by giving the offeree certainty. However, even in the old days (pre-internet), English courts accepted that the postal rule should not be applied where it would lead to "manifest inconvenience or absurdity"<sup>66</sup>.

As discussed above, electronic contracts can be formed through e-mails, online transactions or automated online transactions (web-wrap, click-wrap or shrink-wrap agreements). Indeed, e-mail messages appear to be the digital equivalent of paper letters, and although they are a much faster medium of communication, they also seem to be fragmented and not *totally* instantaneous when compared to a telephone call or a telex. For instance, they may not reach the offeror's mailbox because of server malfunction or network congestion. For this reason, the application of the postal rule to electronic contracts concluded through e-mails could still make sense. However, despite this, such an application appears highly unlikely in the eyes of a large part of the doc-

---

<sup>60</sup> Or for instance if the offeree writes to an incorrect e-mail address or the e-mail contains a virus.

<sup>61</sup> *Dunlop v. Higgins* 1 H.L. Cas. 381, 1848.

<sup>62</sup> *Bernuth Lines Ltd v. High Seas Shipping Ltd* ("The Eastern Navigator") [2005] EWHC 3020.

<sup>63</sup> See the rule was first established in the case of *Adams v. Lindsell* [1818] 1 B. & Ald. 681.

<sup>64</sup> In US law it is incorporated in the § 64 Restatement (Second).

<sup>65</sup> The intent of providing business certainty is confirmed by another famous case, *Household Fire and Carriage Accident Insurance Co. v. Grant* [1879] 4 Ex D 216, in which the court held that, even if an acceptance is lost or never arrives at its destination, the contract is still concluded, provided that the letter is properly stamped and the loss is not attributable to the offeree's fault.

<sup>66</sup> *Holwell Securities Ltd v. Hughes* [1974] 1 WLR 155, p. 161. See Hill S. Flogging a Dead Horse — The Postal Acceptance Rule and E-mail // *Journal of Contract Law*. 2001. Vol. 17, p.151; Nolan D. Op. cit. P. 67–69.

trine<sup>67</sup>. In fact, if we assume that a fax transmission is considered to be an instantaneous form of communication, e-mails do not seem to be less instantaneous when compared with telex. It goes without saying that for electronic *boilerplate* contracts like web-wrap, click-wrap, shrink-wrap, browse-wrap, which already stand as an offer on the website, like a software licence agreement, this doubt does not even exist. In such cases, the website is practically a “digital vending machine”, which responds to the user action in a predetermined way. By clicking the acceptance box the client expresses agreement with the terms of the contract, and by proceeding to payment, downloading the product and *de facto* using it, the client accepts the offer.<sup>68</sup>

If the postal rule is not applied then the general rule applies. The general rule accepts that a contract is effective at the time when the receipt of acceptance is applied<sup>69</sup>. This position is also supported by the US Restatement (Second) of Contracts, which provides that acceptance given by telephone or another medium of “substantially instantaneous two-way communication” is governed by the principles (receipt rule) applicable to acceptance when the parties are in the presence of each other<sup>70</sup>. A similar approach (the acceptance rule) also exists between parties in civil law countries as China<sup>71</sup>.

The moment when the offeror is deemed to have received an email is not entirely clear. It could be when the e-mail is read by the offeror or, more likely, when it arrives on the server that manages the offeror’s e-mail, or when the e-mail ought reasonably to have come to the offeror’s attention. As far as the formation of B2B electronic contracts for the sale of goods are concerned, a similar principle is contained in Article 15(1) of the Vienna Convention on International Sales of Goods (CISG). The article specifies that “[a]n offer becomes effective when it reaches the offeree”. According to the Advisory Council that moment “[c]orresponds to the point in time when an electronic communication has entered the offeree’s server”. At the same time, Article 18(2) provides that “an acceptance of an offer becomes effective at the moment the indication of assent reaches the offeror”<sup>72</sup>.

The disadvantage of making the effectiveness of an e-mailed acceptance depend on the time that it ought reasonably to have come to the offeror’s attention is that it creates uncertainty. The assent has to reach the offeror within the time specified in the offer or, if no time is specified, within a reasonable time (immediately if the offer is oral, unless the circumstances indicate otherwise). With regard to the interpretation of “within a reasonable time”, some academics agree that “it will be prudent for the offeror to state that an e-mailed acceptance will occur if the e-mail (1) reaches the offeror’s inbox (2) during the offeror’s normal working hours”<sup>73</sup>. However,

<sup>67</sup> Wang F.F. Op. cit. p.56; Nolan D. Op. cit. P.67–69; Riefa C., Hornle J. *The Changing Face of Electronic Consumer Contracts / Law and the Internet*. Oxford, 2009. P. 105; Dickie J. *When and Where are Electronic Contracts Concluded?* // Northern Ireland Law Quarterly. 1998. Vol. 49, p. 332; Dodd J., Hernandez J. *Contracting in Cyberspace* // Computer Law Review and Technology Journal. 1998, no. 1, p. 12.

<sup>68</sup> Nolan D. Op. cit. P. 79.

<sup>69</sup> *Entros v. Miles Far East Corporation Ltd* [1955] 2 Q.B. 327. This is confirmed recently by *Greenery SA v Memphis Biofuels*. September 2, 2008 (Com Ct).

<sup>70</sup> Restatement (Second) of Contracts. § 64 (1979).

<sup>71</sup> Wang F. Op. cit. P. 56–58.

<sup>72</sup> That rule, which appears in the first part of CISG art. 16(1), is tempered by the second part of Art. 16(1): “Until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before he has dispatched an acceptance.”

<sup>73</sup> Andrews N. *Contract Law*. Cambridge, 2011. P. 46; Jalil M.A. *Clarification of Rules of Acceptance in Making Business Contracts* // Journal of Politics and Law. Vol. 4, pp. 109–122. Also see *Schelde Delta Shipping BV v. Astarte Shipping Ltd* (The ‘Pamela’) [1995] 2 Lloyd’s Rep 249 Queen’s Bench: it was held an acceptance that was sent out of business hours by telex would not be effective until the opening of the office on the next business day.

exactly how long depends on whether the means of communicating the offer were fast or slow, as well as on its subject matter<sup>74</sup>. For instance, offers to buy perishable goods, or a commodity whose price fluctuates daily, will lapse quite quickly. Therefore, it is deemed reasonable to apply the theory of “normal working hours” for the acceptance by e-mail communication to be effective, while this period should probably be shortened substantially for faster means of communication such as automated transactions<sup>75</sup>.

In order to minimize uncertainty in online transactions, in the US the UETA — consistent with the UNICITRAL Model Law on Electronic Commerce<sup>76</sup> — determines the time and place of dispatch and receipt of electronic communications. Section 15(b) of the UETA states that “an electronic record is deemed received when it enters an information processing system designated by the recipient for receiving such messages (e.g. home office) and it is in a form capable of being processed by that system”. Accordingly, the time of dispatch is the moment when an offer “leaves an information system under the control of the originator or of the party who sent it on behalf of the originator”. The time of receipt is the time when an electronic communication becomes “capable of being retrieved by the addressee at an electronic address designated by the addressee”<sup>77</sup>.

The UCITA, which is uniform commercial code for software licenses and other computer information transactions, goes even further with detailed provisions to indicate explicitly the application of the general rule to contracting by electronic means. Article 215 of the Act provides for electronic messages to be in effect at the time of receipt regardless of whether any individual is aware of that receipt. Finally, under the section entitled “Offer and Acceptance in General” (203 (4)) it is stated that “if an offer in an electronic message evokes an electronic message accepting the offer, a contract is formed when an electronic acceptance is received”<sup>78</sup>.

In the EU, the EC Directive does not define a time of dispatch or receipt. In order to protect the customer, it requires a business to acknowledge receipt of a consumer’s order by electronic means and that the consumers only receive this acknowledgement when they can access it.<sup>79</sup> The Directive does not expressly determine the moment at which the contract is formed. It focuses on accessibility, but the meaning of “able to access” is ambiguous and rules regarding on-line acceptance will be subject to the national law of each Member State. Although it could be implied from the text of the law that no contract is concluded until the consumer can access the acknowledgement of receipt of a successful transaction, it has been argued that a legal requirement of confirmation is not needed, as there is no general rule that a contract be confirmed, and when the contract is already at hand the confirmation has no legal effect at all<sup>80</sup>. Therefore,

---

<sup>74</sup> According to Russian Civil Code (Art. 441), the duration of a “normally required” time is a question of fact, dependent upon the nature of the contract, commercial practice and other factors.

<sup>75</sup> Wang F. Op. cit. P. 58.

<sup>76</sup> See Art. 15(b) following Art. 15 of UNICITRAL Model law, which reaches similar conclusions with a different wording that the UN Convention on the Use of Electronic Communication in International Contracts (Art. 10 UN Convention).

<sup>77</sup> Art. 10(1) e 10(2) UN Convention.

<sup>78</sup> This constitute a rejection of the “Mailbox Rule” for electronic messages, thereby placing the risk on sending party if receipt does not occur. However since UCITA only relates to contracts in computer information, the mailbox rule is still in place for many electronic contracts in the US meaning that the acceptance is effective when sent (dispatched).

<sup>79</sup> EC Directive 2000/31/EC on Electronic Commerce. Art. 11.

<sup>80</sup> In addition, neither contract law nor the E-commerce Directive imposes any legal consequences if there is a lack of acknowledgement of receipt. So it is reasonable to question the effectiveness of this article regarding consumer protection.



in online transactions, a consumer's action of clicking the 'Submit' or 'Pay' buttons, or sending an e-mail, completes the formation of the contract through acceptance<sup>81</sup>.

## 5. Conclusion

Online contracts are contracts *inter absentes* where parties are not in one another's presence. Such contracts foreground — for the purpose of identifying the moment of transfer of ownership and risk — the problem of defining the time of dispatch and receipt of the electronic communication, especially if, for instance, there are competing acceptances. However, despite efforts to harmonize domestic laws into a uniform rule internationally applicable to online contracts, the question of the exact moment when an online contract is formed remains unresolved. In determining the time of online contract formation, differences mainly depend on the principle adopted by the domestic law of the country and interpretation by the courts that govern the online contract. However, these differences do not seem so vast and, in any case, by reasoning from general principles or by analogy with the rules governing traditional paper contracts, the courts have proved capable of dealing with the issues posed by the challenges of electronic commerce<sup>82</sup>.

With regard to automated transactions and self-service sales online, which nowadays are probably the most widely adopted types of electronic B2C transactions, it has to be pointed out that consent of the parties plays a much more limited role than in paper contracts *inter praesentes*. This complicates everything not only from the proposal point of view — where it is not always clear who is the offeror and who is the offeree, as national laws differ in their approaches to allocating the roles of offeror and offeree in online consumer transactions — but especially from the acceptance point of view. As a result, contract formation has often been completed *per facta concludentia*, that is after the goods have been received or payment has been made.

In completely automated transactions where the website works as a digital vending machine, the products on display are supported by prices and terms of contract, therefore constituting a complete offer. The client accepts the offer by paying for the product, for instance a PC programme, and simultaneously downloading the software licence. However, this is not the case in self-service sales online. Electronic businesses implement self-service models because they are cost-cutting models and, most importantly, they generate demand, which is converted into new customers without the need for market research or trying to persuade clients over the phone to buy new items. Furthermore, through self-service sales the online retailer is most of the time able to defer the moment of contract formation, in order to retain the option of later refusing to fulfil the order. A good example of this is Amazon, which structures the products displayed on its website as an invitation to treat. Once an order is placed, the client receives only an acknowledgement of the receipt of the order, while the real acceptance will arrive only once the item ordered is dispatched to the client. Consumer protection is most needed in such types of electronic transaction. If the Amazon case is taken as an example, it should be noted that when the company uses external third parties to fulfil the clients' demand, these parties are professional retail sellers. However, this is not always the case. For instance TicketBis, which

<sup>81</sup> In the UK this reasoning seems confirmed by the new regulation on electronic commerce (SI 2002/2013, Reg. 15), which gives consumers the right to cancel the contract (implying a contract is already formed) for breaches of the regulation or prevent businesses from enforcing contracts in the event of significant breaches of the rules. See *Collins H. Op. cit.* P. 172.

<sup>82</sup> *Wang F. Op. cit.* Author proposes the acceptance rule as the standard rule for all countries; *Nolan D. Op. cit.* P. 87; *Hill J. Cross-Border Consumer Contracts*. Oxford, 2008. para 1,24 and 1,53.

provides a platform for the event tickets market (buyers and sellers), does not involve professional sellers, increasing the probability of fraud<sup>83</sup>. The website acts as a mediator between the two parties — seller and buyer. When an offer of a ticket is placed and the terms of use accepted, the mediator releases an acknowledgement of the order, which constitutes the acceptance of the mediation contract between the buyer and the website. Therefore, the buyer is charged the price of the ticket and his offer becomes irrevocable even though his contract of sale is not yet formed. In this way the website has bound the buyer and gained time to postpone the formation of the contract between the buyer and the seller — the contract of sale for which the mediation should be provided. By doing this, it retains the right to refuse the order if the seller desists from the sale<sup>84</sup>.

It could be argued such a clause poses a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, considering that the client pays for his ticket immediately with no possibility of withdrawing the offer, while the other party is under no obligation<sup>85</sup>.



## References

- Andrews N. (2011) *Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Boss A., Kilian W. (2008) *UN Convention on the Use of Electronic Communication in International Contracts: An In-Depth Guide and Sourcebook*. Austin: Wolters Kluwer.
- Bianca C. (2000) Il contratto. *Diritto civile*. T. III. Milano: Giuffrè.
- Bravo F. (2007) Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica. Alpa G. (ed.) *Diritto dell'Informatica*. Milano: Giuffrè.
- Cagnasso O., Cottino G. (2009) *Contratti commerciali internazionali*. 2nd ed. Padova: Sedam.
- Collins H. (2003) *Law of Contracts*. 4<sup>th</sup> ed. London: Butterworths.
- Cordero-Moss G. (2014) *International Commercial Contracts*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dickie J. (1998) When and Where are Electronic Contracts Concluded? *Northern Ireland Law Quarterly*. Vol. 29, p. 332.
- Dodd J., Hernandez J. (1998) Contracting in Cyberspace. *Computer Law Review and Technology Journal*. Vol.1, p. 12.
- Ferrari F. (1992) A Comparative Overview of Offer and Acceptance Inter Absentes. *Boston University International Law Journal*. Vol. 10, p. 171.
- Ferrari F. (2011) La Formazione del contratto. *Atlante di Diritto Privato Comparato*. 5th ed. Milano: Zanichelli, pp. 69–81.
- Galgano F. (2010) La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio / *Contratto e impresa*. Milano: Giuffrè, pp.728, 919.
- Galgano F. (2011) *Il contratto*. 2nd ed. Padova: Cedam .
- Galgano F., Marrella F. (2007) *Diritto del commercio internazionale*. 3rd ed. Padova: Cedam.
- Galgano F. (2002) *Il negozio giuridico*. Milano: Giuffrè.
- Hill J. (2008) *Cross-Border Consumer Contracts*. Oxford: Oxford University Press.
- Hill S. (2001) Flogging a Dead Horse – The Postal Acceptance Rule and E-mail. *Journal of Contract Law*. Vol. 17, p. 151.
- Kierkegaard S. (2007) E-Contract Formation: US and EU Perspectives. *Shidler Journal of Law, Commerce and Technology*, Vol. 3, p. 12.

---

<sup>83</sup> It is not surprising to read many clients' complaints on Internet. see available at: <https://ticketbischeats.wordpress.com/2013/03/25/warning-avoid-ticketbis/>; <https://it.trustpilot.com/review/ticketbis.net>; <http://www.complaintsboard.com/complaints/ticketbis-net-fake-tickets-c611343.html>. (accessed: 10.11.2015)

<sup>84</sup> See Art. 3.1 and 3.2. Available at: <http://www.ticketbis.net/information/legal> (accessed: 10.11.2015)

<sup>85</sup> In EU see Reg. 5(1) in Unfair Terms in Consumer Contract Regulation 1999 (SI 1999/2083).

- Malaurie P., Aynes L. (2013) *Les obligations*. LGDJ lextenso. 6<sup>th</sup> ed. p. 183 ff.
- McKendrick E. (2009) *Contract Law*. 8th ed. London: Macmillan, p. 29.
- Mikheeva L.Yu. et al. (2011) *Postateiny kommentarii k grazhdanskomy kodeksu Rossiyskoy Federatsii*.T.3 [Kommentary to Civil Code of Russian Federation. Vol.3]. Moscow: Statut (in Russian)
- Minnecci U., Schiarrone A. (2000) *Documento elettronico e contratto informatico / Digesto Diritto Privato*. Sezione civile. Appendice di Aggiornamento. Torino, p. 345.
- Murray A.D. (2000) *Entering into Contracts Electronically: The Real World*. W.W. Edwards L. (ed.) *Law and the Internet*. 2nd ed. Oxford: Hart.
- Murray C., Holloway D. and Timson-Hunt D. (2012) *Smitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade*. 12<sup>th</sup> ed. London: Sweet and Maxwell, para 33-003 ff.
- Nolan D. (2010) *Offer and Acceptance in the Electronic Age / A. Burrows A. (ed.) Contract Formation and Parties*. Oxford: Oxford University Press.
- Reed C., Angel J. (2007) *Computer Law: The Law and Regulation of Information Technology*. Oxford: Oxford University Press, p. 106.
- Riefa C., Hornle J. (2009) *The Changing Face of Electronic Consumer Contracts / Law and the Internet*. 3<sup>rd</sup>ed. Oxford: Hart.
- Savelyev A.I. (2014) *Elektronnaya kommertsia v Rossii i za rubezhom: pravovoe regulirovanie* [E-Commerce in Russia and Abroad: Legal Regulation]. Moscow: Statut, 193 p. (in Russian)
- Terré F., Simpler P., Lequette Y. (2013) *Droit civil. Les obligations*. 11 ed. Paris: Dalloz.
- Tosi E. (ed.) (1999) *I problemi giuridici di internet*. Milano: Giuffrè, p. 34.
- Tosi E. (2003) *Il contratto virtuale / Digesto delle discipline privatistiche*. Sezione Civile. Appendice di Aggiornamento. T. I. Torino, p. 458.
- Wang F. (2010) *Law of Electronic Commercial Transactions*. London: Routledge.
- Whincup M. (2006) *Contract Law and Practice: The English System with Scottish, Commonwealth and Continental Comparisons*. 5<sup>th</sup> ed. Deventer: Kluwer Law International.
- Yerpylyova N.Yu. (2015) *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo* [International Private Law]. Moscow: NRU HSE, pp. 287–290 (in Russian)
- Zweigert K., Kötz H. (1999) *Introduction to Comparative Law*. 3<sup>rd</sup> ed. Oxford: Clarendon Press.

# Защита жертв войны в новую эпоху

(рецензия на книгу: Русинова В.Н. Права человека в вооруженных конфликтах: проблемы соотношения норм международного гуманитарного права и международного права прав человека. М.: Статут, 2015, 384 с.)



## В.С. Беззубцев

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



## Аннотация

Рецензия содержит взгляд автора на монографию В.Н. Русиновой, посвященную современному правовому регулированию ряда аспектов международного права применительно к вооруженным конфликтам. Дается положительная оценка работы.



## Ключевые слова

отрасли международного права, нормы, права человека, правовая защита, лишение жизни, лишение свободы, акторы.

Библиографическое описание: Беззубцев В.С. Защита жертв войны в новую эпоху // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 1. С. 220–223.

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.232.235

Международное гуманитарное право (далее — МГП) и международное право прав человека являются теми отраслями международного права, в отношении которых отмечается наибольшее количество споров как относительно их корректного наименования, так и по вопросу об их соотношении между собой. Различные подходы к соотношению и порядку применения их норм формулируются и в отечественной, и в зарубежной международно-правовой доктрине. В то же время эта проблема носит не только теоретический, но и сугубо прикладной характер: определение круга источников, подлежащих применению, необходимо для рассмотрения обращений лиц, пострадавших в ходе вооруженных конфликтов, в универсальные и региональные органы по защите прав человека. Потребность в осмыслении соотношения норм и принципов международного гуманитарного права и права прав человека (более «молодой» отрасли международного права) обусловлена объективно — она связана с меняющейся сущностью современного вооруженного конфликта. Война как феномен международных отношений и международного публичного права не ушла в прошлое, но значительно трансформировалась. То, что характеризует войну сегодня (стирание граней между внутренним, международным и интернационализированным вооруженным конфликтом, различий между ком-

батантами и некомпбатантами, между фронтом и тылом, активное участие негосударственных и полугосударственных акторов в боевых действиях), оказывает несомненное влияние и на *jus in bello*, т.е. на корпус норм, призванных гуманизировать войну, дать всем затронутым боевыми действиями защиту от излишних страданий.

Основная часть норм международного гуманитарного права создавалась в расчете на другую эпоху, когда вооруженный конфликт носил гораздо более институционализированный характер. Нормы Женевских конвенций, принятых после Второй мировой войны, нуждаются в адаптации к современным реалиям. В то же время право прав человека, отправной точкой которого можно считать принятие Всеобщей декларации прав человека 1948 г., изначально преследовало цели, не связанные напрямую с защитой жертв вооруженных конфликтов: оно было направлено на то, чтобы закрепить на международном уровне минимальные стандарты обращения государств со своим населением. Потребность в выяснении соотношения этих двух отраслей начала возникать в связи с деятельностью Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ) по рассмотрению дел о нарушениях прав человека в ходе немеждународных вооруженных конфликтов, а также дел террористической направленности. Первой была серия дел, связанных с деятельностью Ирландской республиканской армии; еще более острым вопрос о применимости источников международного гуманитарного права стал после начала производства по «чеченским делам», в которых ответчиком выступала Российская Федерация.

Членами ЕСПЧ являются такие крупные державы, как Россия, Великобритания, Турция, вовлеченные в последние десятилетия в ряд вооруженных конфликтов, и Суду приходилось сталкиваться с заявлениями, связанными почти с каждым из них. В делах такой категории ЕСПЧ, как правило, рассматривает различные аспекты нарушения двух фундаментальных прав человека: права на жизнь и права на свободу. Это и обусловило содержание исследования В.Н. Русиновой: оно сосредоточено на анализе соотношения предписаний международного гуманитарного права и права прав человека относительно правомерности лишения жизни и лишения свободы. Эта книга является первой изданной в Российской Федерации работой монографического уровня по данной теме.

Структурно исследование состоит из двух разделов и шести глав. В первом разделе автор рассматривает теоретические аспекты разграничения международного гуманитарного права и права прав человека и соотношения этих двух отраслей друг с другом. Во втором разделе анализируются практические вопросы разрешения коллизий между предписаниями двух рассматриваемых отраслей в отношении лишения жизни и лишения свободы (интернирования), а также предлагается «интегрированный тест» проверки правомерности лишения жизни в ходе вооруженного конфликта.

Можно приветствовать обращение автора в гл. 1 («Международное гуманитарное право» и «международное право прав человека» как понятия и отрасли международного права) к теории государства и права и рассмотрение сущности разграничения отраслей в теоретическом контексте. Автором сделан справедливый вывод об условном, а подчас и искусственном характере подобного разграничения, основанного на субъективных критериях (относительная обособленность предмета регулирования, отраслевые принципы, достаточный массив нормативного материала и т.д.). Действительно, деление международного права на отрасли всегда относительно, во многом носит умозрительный характер и не может быть использовано международным судебным органом для определения тех источников, нормы которых будут применимы при разрешении того или иного дела. Автор отвергает на этом основании «конкурентную» теорию соотношения рассматриваемых отраслей, суть которой в том, что в конкретном деле применению подлежат либо нормы права прав человека, либо нормы международного гу-

манитарного права как *lex specialis*, если речь идет о ситуации вооруженного конфликта (с. 80). Идея, последовательно отстаиваемая автором на протяжении всего исследования — нормы этих двух отраслей могут применяться одновременно, обеспечивая более высокий уровень правовой защиты участников и жертв вооруженных конфликтов.

Однако сама по себе интеграция этих отраслей либо признание за ними характера формирующейся единой отрасли международного права (позиция, которой придерживается, в частности, В.А. Карташкин) не дает ответа на вопрос о порядке применения конкретных норм для определения правомерности лишения жизни и свободы. В международном праве сформировалось два подхода к этому вопросу: «военный» (*military approach*), используемый в международном гуманитарном праве, и «правоохранительный» (*law enforcement approach*), применяемый в праве прав человека. Военный подход применяется в ситуации вооруженного конфликта и основывается на правомерности лишения жизни комбатантов (и иных лиц, открыто носящих оружие) и лишения свободы военнопленных (комбатантов, выведенных из строя). Правоохранительный подход, применяемый в мирное время, предусматривает существенно более жесткие основания правомерности лишения жизни: оно возможно только в условиях абсолютной необходимости — для целей задержания преступника либо подавления вооруженного мятежа. Лишение свободы в рамках правоохранительного подхода правомерно только на основании решения суда — в частности, содержание предполагаемого преступника под стражей (с. 213).

В условиях современных вооруженных конфликтов эти подходы уже не могут применяться изолированно в силу того, что в конфликты все более активно вовлекаются негосударственные акторы, все более массовыми становятся жертвы среди гражданского населения, все более размытой становится юридическая квалификация самих конфликтов (отграничение массовых беспорядков от боевых действий, военные действия при отсутствии объявленного военного положения и т.д.). Разрешению данных коллизий посвящена вторая глава монографии («Разрешение потенциальных коллизий между нормами международного гуманитарного права и международного права прав человека»). Интерес вызывает предлагаемый автором «интегрированный тест» проверки правомерности лишения жизни в ходе вооруженного конфликта, направленный на то, чтобы установить более высокую планку правовой защиты жертв вооруженных конфликтов путем одновременного применения норм международного гуманитарного права и права прав человека (с. 245). Значительный потенциал данного интегрированного теста видится в решении проблемы различий в правовом регулировании международных и немеждународных конфликтов.

Автор справедливо отмечает, что международные и немеждународные конфликты не отличаются ни по интенсивности, ни по количеству жертв, ни по используемому оружию; они демонстрируют одни и те же проблемы: асимметричность, «приватизацию», массовое нарушение законов и обычаев войны (с. 257). Интегрированный тест представляет собой проверку соблюдения минимальных требований МГП (проведение различия между комбатантами и некомбатантами), дополненных принципами пропорциональности и необходимости (принципы «правоохранительной модели» лишения жизни). При ведении боя данный тест сводится *de facto* к применению минимальных стандартов МГП; нормы права прав человека вовлекаются в пограничных ситуациях — когда зона боевых действий уже занята правительственными войсками, при осуществлении «целенаправленных убийств» (*targeted killing*) и т.д.

Появление и развитие такого подхода представляется вполне объективным — это связано со стиранием граней между внутренним и международным вооруженными конфликтами. В то же время неясно, может ли такая высокая планка правовой защиты быть обеспечена на практике в условиях современных вооруженных конфликтов,



особенно с участием негосударственных акторов, когда даже минимальные стандарты, закрепленные в Женевских конвенциях, все чаще игнорируются. Безусловно, исследование вопросов эффективности норм международного гуманитарного права не входит в круг задач рассматриваемой монографии, однако данная проблема имеет серьезное значение в контексте правовой защиты жертв войны.

Во втором разделе монографии также рассматриваются вопросы, связанные с правомерностью лишения свободы в ходе вооруженных конфликтов. Особого внимания заслуживает анализ условий правомерности интернирования в ходе немеждународных конфликтов — вопрос, имеющий большое прикладное значение и лишь самым общим образом урегулированный в источниках МГП. Автором делается вывод о возможности совместного применения норм международного гуманитарного права и права прав человека, что может служить еще одним примером интеграции норм этих отраслей, которая ведет к упрочению защиты жертв вооруженных конфликтов. Автор справедливо обосновывает необходимость применения норм права прав человека наравне с МГП в отношении интернирования в ходе международного конфликта. В отношении конфликта немеждународного характера гарантии прав интернированных лиц необходимо черпать из норм права прав человека, обращаясь к нормам МГП только при наличии соответствующих пробелов (с. 319).

Вестороннее и глубоко проработанное исследование В.Н. Русиновой обладает несомненной практической значимостью для Российской Федерации. В настоящее время на рассмотрении в ЕСПЧ находятся более 1000 индивидуальных жалоб как против России, так и против Украины, связанных с продолжающимся вооруженным конфликтом в Донбассе, а также два межгосударственных спора между Россией и Грузией, по одному из которых в текущем году ожидается вынесение решения. Это обуславливает самое пристальное внимание, которое должно быть уделено интерпретации Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950 г.) и других источников международного гуманитарного права.

## Protection of War Victims in Modern Era



**Vladimir Bezzubtsev**

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



### **Abstract**

Review of a monograph by Rusinova V.N. Human Rights in Armed Conflicts. Moscow: Statute, 2015, 384 p.



### **Keywords**

international law branches, norms, human rights, legal protection, deprivation of life, imprisonment, actors.

Citation: Bezzubtsev V.S. (2016) Protection of War Victims in Modern Era. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 220–223 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.232.235

## К юбилею Тамары Георгиевны Морщаковой

В марте текущего года отмечает юбилей выпускница юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, заслуженный юрист, заслуженный деятель науки, доктор юридических наук, ординарный профессор Тамара Георгиевна Морщакова.

Ее послужной список начался с работы научным сотрудником в Институте государства и права АН СССР, а позднее — ведущим и главным научным сотрудником ВНИИ советского государственного строительства и законодательства. В 1991 г. Тамара Георгиевна была избрана судьей Конституционного Суда России и продолжительный период времени (с февраля 1995 г. по апрель 2002 г.) являлась заместителем председателя Суда. После ухода в 2002 г. в отставку Тамара Георгиевна остается Советником Конституционного Суда России. В рамках общественной деятельности Тамара Георгиевна является членом Научно-консультативного совета Верховного Суда Российской Федерации, заместителем председателя Совета по совершенствованию правосудия и членом Совета по развитию институтов гражданского общества и правам человека при Президенте России, экспертом ряда правозащитных организаций. В 2013 г. она была избрана комиссаром Международной комиссии юристов. В течение многих лет Тамара Георгиевна преподавала в Российской правовой академии Министерства юстиции РФ и в Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина. В настоящее время она возглавляет сформированную ею кафедру судебной власти Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

Сфера научных и общественных интересов Тамары Георгиевны очень широка, но всегда ее главными ориентирами были проблемы формирования и функционирования независимого российского суда. Она принимала непосредственное участие в разработке концепции судебной реформы и многих законопроектов: проекта Конституции России (в качестве члена рабочей группы Конституционного совещания), законов о статусе судей, об обжаловании в суд действий и решений государственных органов и должностных лиц, о Конституционном Суде России и др.

Т.Г. Морщакова — автор более чем 150 научных трудов, среди которых: главы в коллективных монографиях «Эффективность правосудия и проблемы устранения судебных ошибок» (1975), «Теоретические основы эффективности правосудия» (1979), «Оценка качества судебного разбирательства по уголовным делам» (1988), «Судебная реформа» (1990), «Судебная власть» (2003). Одной из последних изданных по инициативе Т.Г. Морщаковой и под ее редакцией книг является сборник «Стандарты справедливого правосудия. Международные и национальные практики» (2012), представляющий собой фундаментальный труд, подготовленный авторами, успешно сочетающими в себе качества юриста-исследователя и юриста-практика. Т.Г. Морщакова до сих пор посвящает все свои силы и время улучшению системы правосудия в нашей стране, считая, что «когда независимость правосудия не признается, государство будет постоянно находиться в состоянии многостороннего кризиса». По ее совершенно справедливому мнению, отсутствие независимого правосудия уничтожает содержание и смысл права. Очень интересными и совершенно уникальными являются подготовленные при ее непосредственном участии международные коллективные монографии «Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике» (2010 г.) и «Верховенство права как фактор экономики» (2013 г.). Эти книги являют собой синтез строго сформулированных научных положений со стенограммами их открытых обсуждений на круглых столах и комментариями ученых. Целью данных публикаций стало внесение в общество осознания значимости верховенства не закона, а именно права, поскольку лишь движение в этом направлении позволит защитить права человека, создать эффективную экономику, политическую и экономическую конкуренцию.

Огромного уважения достойно мужество Т.Г. Морщаковой, когда она находит в себе силы и отвагу выступить против незаконных решений в самых трудных ситуациях.

Мы бесконечно Вас любим и уважаем как выдающегося ученого, реформатора, прекрасного человека и наставника. Возможность работы с Вами — для нас большая честь и настоящий подарок судьбы.

Высочайший профессионализм, научные и практические достижения обеспечили Вам заслуженный и непререкаемый авторитет в профессиональных сообществах, а Ваша принципиальная и равнодушная позиция по отношению к наиболее актуальным проблемам современности, нетерпимость к несправедливости стали легендой в гражданском обществе, на развитие которого в современный период Вами затрачены огромные усилия. Чувство уважения питается также и историей. Например, Ваши особые мнения по разным делам, рассмотренным Конституционным Судом, настолько ярки и информативны, что люди, читающие их, могут даже ничего больше не знать о Вас. Им и без того понятно: Т.Г. Морщакова — человек убеждений, готовый их отстаивать вне зависимости, разделяются ли они большинством или находятся не «в мейнстриме». Эти убеждения основаны на самых благородных ценностях — защиты «маленького человека» и институциональных условий, при которых такая защита может быть успешной.

Ваша профессиональная деятельность — это действительно бесценный вклад в развитие российской правовой системы и отечественной юриспруденции. Немногие юристы смогли пройти столь яркий профессиональный путь, сохраняя традиции, и в любых, самых трудных обстоятельствах оставаясь верными духу Закона, своим нравственным принципам, идеалам правды и справедливости. Можно быть совершенно уверенным, что Ваша позиция — это позиция истины, честности и профессионализма. Очень редко в нашей жизни встречаются люди, на которых можно ориентироваться, которые могут быть своеобразным индикатором принимаемых решений и совершаемых поступков. Вы как раз такой человек. Вы как камертон, по которому можно настраивать свою профессиональную жизнь, по которому можно оценивать все, что делаешь сам.

Ваш опыт не ограничивается научной и общественными сферами, а востребован и в педагогической деятельности, которая дарит человеку возможность оставить часть себя в других, передавая студентам свою систему ценностей. Студенты и аспиранты ценят не только Ваше высочайшее профессиональное мастерство, принципиальность и ответственность, но и все необыкновенные человеческие качества, которые так восхищают нас, Ваших коллег и учеников — бесконечную доброту, энергию, отзывчивость и любовь к людям.

Невозможно остаться равнодушными к приверженности идеалам справедливости и верховенства Права, которую мы видим в Вашем лице. Вы зажгли и поддерживаете в нас этот благородный огонь, и Ваша энергия не дает ему угаснуть в наше очень сложное время.

Приближающаяся юбилейная цифра не имеет никакого отношения к Т.Г. Морщаковой. Нам кажется, что Вы всегда были и остаетесь принципиальной, энергичной, неутомимой. Вы озарены каким-то непостижимым светом или знанием, благодаря которому все вокруг преобразуется. Рядом с Вами всегда хочется быть лучше, дотянуться до той невысказанной планки, которую определяет Тамара Георгиевна Морщакова.

Желаем Вам крепкого здоровья, благополучия и дальнейших творческих успехов, чтобы все Ваши планы, Тамара Георгиевна, превратились в свершения, чтобы на все хватило сил и времени. Пусть всегда с Вами будет искренняя и всесторонняя поддержка Ваших близких, друзей и коллег.

*С юбилеем, дорогая Тамара Георгиевна!!!  
коллектив факультета права*

**Журнал учрежден** в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

**Главные задачи:**

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

**Основные темы:**

Правовая мысль (история и современность)  
Портреты ученых-юристов  
Российское право: состояние, перспективы, комментарии  
Судебная практика  
Право в современном мире  
Реформа юридического образования  
Научная жизнь  
Дискуссионный клуб  
Рецензии

**Журнал рассчитан** на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

«Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

**Журнал выходит** раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных: Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

## АВТОРАМ

### Требования к оформлению текста статей

**Представленные статьи** должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

**Статья представляется** в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113

Рукописи не возвращаются.

#### **Объем статьи**

Объем статей до 1 усл. п.л., рецензий, обзоров зарубежного законодательства — до 0,5 усл. п.л.

**При наборе текста** необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

#### **Название статьи**

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

#### **Сведения об авторах**

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

#### **Аннотация**

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

**Сведения, содержащиеся в заглавии статьи**, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

**Исторические справки**, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

#### **Ключевые слова**

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

#### **Сноски**

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

#### **Тематическая рубрика**

Обязательно — код международной классификации JEL.

#### **Список литературы**

В конце статьи приводится список литературы. Статьи 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.

**Национальный исследовательский университет  
«Высшая школа экономики»  
XVII Апрельская международная научная конференция  
«Модернизация экономики и общества»**

19–22 апреля 2016 г. в Москве состоится XVII Апрельская Международная научная конференция по проблемам развития экономики и общества, проводимая Национальным исследовательским университетом «Высшая школа экономики» при участии Всемирного банка. Председателем Программного комитета конференции является научный руководитель НИУ ВШЭ профессор Е.Г. Ясин.

На пленарных заседаниях конференции и специальных круглых столах планируются выступления руководителей Правительства Российской Федерации, Администрации Президента Российской Федерации, представителей Всемирного банка, Организации экономического сотрудничества и развития, руководителей крупнейших российских и иностранных компаний, ведущих зарубежных и российских ученых.

**Специальные темы конференции:**

- Диагностика проблем роста;
- Модернизация сверху: потенциал и ограничения;
- Экономическая децентрализация и местное самоуправление;
- Ценности, доверие и кооперация.

Специальным темам конференции будут посвящены пленарные заседания, а также отдельные почетные доклады, секции и круглые столы. После пленарных заседаний и в течение последующих дней будут проводиться сессии с представлением научных докладов и экспертные круглые столы по актуальным проблемам развития экономики.

С основными направлениями секционных заседаний и заседаний круглых столов можно ознакомиться на официальном сайте <http://conf.hse.ru>.

Рабочими языками конференции являются русский и английский. Пленарные и ряд секционных заседаний будут сопровождаться синхронным переводом.

Заявки на выступление в качестве индивидуальных докладчиков на сессиях следует подавать в режиме on-line по адресу: <http://conf.hse.ru/> с **09 сентября 2015 г. до 11 ноября 2015 г.**

Доклады, включенные в Программу конференции, после дополнительного рецензирования и рассмотрения редакциями могут быть приняты к публикации в журналах «Вопросы экономики», «Российский журнал менеджмента», «Экономический журнал ВШЭ», «Журнал Новой экономической ассоциации», «Мир России», «Вопросы образования», «Вопросы государственного и муниципального управления», «Экономическая социология», «Экономическая политика», «Корпоративные финансы» и «ЭКО», которые входят в список ВАК и представители которых приглашены к участию в Программном комитете конференции.



Участникам из стран СНГ и Восточной Европы, приглашенным выступить с докладами, может быть предоставлен грант Представительством Всемирного банка в Москве с целью компенсации расходов по участию в конференции. Заявки на получение гранта должны быть направлены **до 08 февраля 2016 г.** по адресу [interconf@hse.ru](mailto:interconf@hse.ru).

В рамках конференции планируется организовать серию семинаров для докторантов и аспирантов (с возможностью предоставления грантов на проезд и проживание для отобранных докладчиков). Информация об условиях участия в этих семинарах будет доступна на официальном сайте <http://conf.hse.ru/>.

Заявки на участие в конференции без доклада принимаются в режиме online с **12 ноября 2015 г.** до **22 марта 2016 г.** по адресу: <http://conf.hse.ru/>.

Информация о размерах и возможностях оплаты организационных взносов доступна на официальном сайте по адресу <http://conf.hse.ru/>.

С программами и материалами I-XVI международных научных конференций (2000–2015 гг.) можно ознакомиться на сайте: <http://conf.hse.ru/2015/history>.

Оргкомитет конференции

ПОДПИСАТЬСЯ НА ЖУРНАЛ  
**«ПРАВО. ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ  
ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ»**

МОЖНО ВО ВСЕХ  
ПОЧТОВЫХ ОТДЕЛЕНИЯХ

КАТАЛОГ «ГАЗЕТЫ И ЖУРНАЛЫ — 2016»  
АГЕНТСТВА «РОСПЕЧАТЬ»  
**подписной ИНДЕКС — 47097**

Распространяется по России и странам СНГ

Дополнительная информация о подписке на сайте  
Издательского дома корпоративного портала НИУ ВШЭ:

<http://www.hse.ru>

или на сайте журнала <http://law-journal.hse.ru>

По вопросам подписки обращаться по тел.: (499) 611-15-08

**Для заметок**

---

Свидетельство о регистрации средства массовой информации  
«Право. Журнал Высшей школы экономики»  
ПИ № ФС77-59798 от 07 ноября 2014 г.  
выдано Федеральной службой по надзору  
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *Беззубцев В.С.*  
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*  
Художник *А.М. Павлов*  
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*  
Редактор английского текста *А.В. Калашиников*

Подписано в печать 9.03.2016. Формат 70×100/16  
Усл. печ. л. 15,4. Тираж 600 экз.