

# Право

## ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

### 4/2014



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

#### Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

#### Редакционный совет

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

#### Редакционная коллегия

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

#### Главный редактор

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

#### Адрес редакции

119017 Москва, ул. Малая Ордынка, 17, офис 212  
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: [ld.hse@mail.ru](mailto:ld.hse@mail.ru)  
[www.hse.ru](http://www.hse.ru)

© НИУ ВШЭ, 2014

### Правовая мысль: история и современность

- О.В. Танимов**  
Развитие юридических фикций в эпоху Нового времени 4
- Ю.В. Ерохина**  
Синергетическая парадигма исследования международно-правовой сферы 19
- Р.Р. Хаснутдинов**  
Структура системы юридической ответственности 30
- Л.Р. Сюкияйнен**  
Шариатские суды: современная практика и перспективы в России 45
- М.В. Антонов**  
Портреты ученых-юристов. Г. Д. Гурвич: проект социологии права 63

### Российское право: состояние, перспективы, комментарии

- О.М. Олейник**  
Требование платежа по банковской гарантии: тенденции российской и международной судебной практики 75
- А.И. Бутовецкий**  
Новые положения ГК РФ о некоммерческих организациях 90
- М.А. Клочков**  
Незаконное лишение возможности работника трудиться. Актуальные проблемы правоприменения 101
- Л.К. Терещенко**  
Разрешения в телекоммуникационной сфере 112
- Л.В. Терентьева**  
Разрешение арбитражными центрами доменных споров по процедуре UDRP 124
- А.А. Энгельгардт**  
Компьютерная информация как предмет преступления, предусмотренного статьей 273 УК РФ 136

### Право в современном мире

- W. Krawietz**  
One World? One Law? One Global Legal System? Modern Law and Socio-Legal Communities 146
- I.A. Makarova**  
Comparative Study of BRICS Decisions Regarding the Main Guidelines of International Financial and Economic Infrastructure Reform 152
- T. Alexeeva**  
Constitutional Status of the President of the Federative Republic of Brazil as Head of State — a Member of the BRICS 160
- D.V. Nefedov**  
Russia's Modern Banking Law 171
- П.Н. Дудин**  
Государственная гражданская служба в Мэнцзяне и ее правовое регулирование 179

- Дискуссионный клуб** 193

- Рецензии** 208

# 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:

17 Malaya Ordynka Str.,  
Moscow, P.O. 119017, Russian  
Federation  
Tel.: +7 (495) 220-99-87  
<http://law-journal.hse.ru>  
e-mail: [lawjournal@hse.ru](mailto:lawjournal@hse.ru)

# 3/2014



ISSUED QUARTERLY

### Legal Thought: History and Modernity

- O.V. Tanimov**  
Development of Legal Fiction in Modern Age 4
- Y. V. Erokhina**  
Synergetic Paradigm of International Law Studies 19
- R.R. Khasnutdinov**  
Structure of the Legal Liability System 30
- L. R. Syukiyaynen**  
Shariat Courts: Modern Practice and Perspectives in Russia 45
- M. V. Antonov**  
Portraits of Legal Scholars. Georges Gurvitch: A Project of Sociology of Law 63

### Russian Law: Condition, Perspectives, Commentaries

- O.M. Oleynik**  
Demanding Payment under Bank Guarantee: Trends in Russian  
and International Judicial Practice 75
- A. I. Butovetskiy**  
Новые положения ГК РФ о некоммерческих организациях  
Reform of the Civil Legislation on Non-Profit Organizations 90
- M.A. Klochkov**  
Illegal Deprivation of Work for Employee. Topical Problems of Enforcement 101
- L.K. Tereschenko**  
Licenses in Telecommunication 112
- L.V. Terentyeva**  
Resolution of Domain Disputes under UDPR 124
- A.A. Engelgardt**  
Computer Information as a Crime under article 273 of the RF Criminal Code 136

### Law in the Modern World

- W. Krawietz**  
One World? One Law? One Global Legal System? Modern Law and  
Socio- Legal Communities 146
- I.A. Makarova**  
Comparative Study of BRICS Decisions Regarding the Main Guidelines  
of International Financial and Economic Infrastructure Reform 152

- T. Alexeeva**  
Constitutional Status of the President of the Federative Republic of Brazil  
as Head of State — a Member of the BRICS 160

- D.V. Nefedov**  
Russia's Modern Banking Law 171

- P.N. Dudin**  
Civil Service in Mengjiang and its Legal Regulation 179

- Discussion Club** 193

- Book Review** 208

---

# 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.

# Развитие юридических фикций в эпоху Нового времени



**О.В. Танимов**

доцент, докторант Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина. Адрес: 125993, Российская Федерация, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9. E-mail: tanimov@mail.ru



## Аннотация

Статья посвящена исследованию проблем, связанных с развитием в эпоху Нового времени уникального феномена в праве — юридической фикции, применяющейся в тех случаях, когда иные нормы не в состоянии регулировать общественные отношения с целью устранения пробелов и неопределенностей. Фикции рассматриваются в контексте теории олицетворения юридического лица. Суть фикции заключается в условном утверждении несуществующего положения как существующего и наоборот. Эта тема с древних времен постоянно привлекала пристальное внимание как теоретиков, так и практиков в области права. Фикции применялись в римском праве, в Средние века. Исключительно большое значение юридическим фикциям придавал Ф.К. Савиньи — виднейший представитель исторической школы права. Он рассматривал совокупность фикций не только как отдельный инструмент в регулировании общественных отношений, но и как стройную научную теорию. В Новое время она получила название «теория юридического лица». В связи с этим особое внимание уделяется рассмотрению именно сущности юридических лиц как фиктивных субъектов права в Новое время. В статье анализируются идеи и выводы ученого, которые были им сформулированы в процессе исследовательской работы по этой проблеме. Отмечается, что научное наследие Ф.К. Савиньи позволяет современным теоретикам и практикам увидеть положительное влияние теории фикций на развитие законодательства, качество судебной практики, развитие юридического образования, а также ощутить большую роль, многогранность и необходимость феномена фикции в теории права. Также в статье рассмотрены и противоположные взгляды на теорию фикций представителей различных школ права: германистов, романистов и других, которые, не соглашаясь с теорией юридической фикции Савиньи, тем или иным образом в своих доводах признавали, что юридическое лицо — это не вполне реальный субъект права. Рассмотрена в том числе и позиция русских цивилистов по отношению к фикции. Всесторонний анализ научных воззрений на феномен фикции в праве позволил построить видение процесса развития юридических фикций в эпоху Нового времени.



## Ключевые слова

юридические фикции, Новое время, Ф.К. Савиньи, право, юридическое лицо, теория фикций, историческая школа права, олицетворение, германисты, романисты, цивилисты

Библиографическое описание: Танимов О.В. Развитие юридических фикций в эпоху Нового времени // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 4. С 4–18.

Новое время — это эпоха появления законодательства и развитой правовой науки, которая способствовала эффективности законодательства. Эпоха Нового времени

знаменательна в плане изучения фикций не только видными правоведами, но и учеными-фольклористами, так как эволюция юридических фикций объективно привязана к эволюции источников: мифов, обычаев, религии, законодательства<sup>1</sup>. Развитые страны в этот период переходят к письменным (более интеллектуальным) источникам — законодательным. В процессе формирования законодательства ученые-правоведы помогают повысить эффективность формирующихся новых источников права. Одним из правоведов, посвятивших себя этой цели, а также изучению сущности фикций в праве, был известный юрист Ф.К. Савиньи.

**Теория юридических фикций Ф.К. Савиньи (1779–1861).** Фридрих Карл фон Савиньи — виднейший представитель исторической школы права, которая зародилась в самом конце XVIII в. в Германии и сделалась в первой половине XIX в. весьма влиятельной в изучении права<sup>2</sup>. Всесторонней оценки деятельности Савиньи как философа, политика и ученого мы до сих пор не имеем, хотя о нем написано много трактатов<sup>3</sup>. Следует отметить также, что правовое учение представителя исторической школы и теории юридических фикций по-прежнему остается недостаточно изученным правовой наукой.

Ф.К. Савиньи одним из первых высказал мысль, что юридическое лицо представляет собой не что иное, как созданный посредством простой фикции субъект права, фактически не существующее образование. Условность в данном случае заключается в том, что речь идет не о конкретной законодательной норме, правовом обычае или обычкновении, а о доктрине, которая существовала наряду с другими теоретическими концепциями, поддерживающими иной взгляд на природу юридического лица (такими, как теории «социальных связей» или «особого вида социальной реальности»)<sup>4</sup>. Один из главных создателей Германского гражданского уложения Б. Виндшейд (1817–1892)<sup>5</sup> и Ф.К. Савиньи считали, что юридическое лицо — это искусственный субъект, созданный законом лишь для условной привязки к нему субъективных прав и обязанностей, которые в действительности либо принадлежат его участникам — конкретным физическим лицам, либо остаются бессубъектными.

Основной научной теории Савиньи о юридических лицах стала теория олицетворения или теория фикции, господствовавшая в Средние века при поддержке католической церкви. Позднее учение Савиньи получило в науке название «теория олицетворения», но это название, на наш взгляд, не совсем правильное, так как не указывает на саму сущность теории — на то, что допускаемая этой теорией личность — вымышленная, в действительности не существующая, т.е. «фингированное существо».

В одном из первых определений понятия юридического лица, данном папой Иннокентием IV в 1245 г., говорится, что юридическое лицо существует лишь в понятии, оно не одарено телом, а значит, не обладает волей. Именно к этому положению околонуучного характера обращается Савиньи в своей теории фикций. Учение Савиньи состояло

<sup>1</sup> См. подр.: Танимов О.В. Фикция как регулятор отношений в христианстве // Административное и муниципальное право. 2011. № 12. С. 87–91.

<sup>2</sup> См.: История политических и правовых учений: учеб. для вузов / под ред. В.С. Нерсисянца. М.: Норма-Инфра, 1999. С. 412.

<sup>3</sup> См., напр.: Новгородцев П.И. Историческая школа юристов. М.: Унив. типогр., 1896; Муромцев С.А. Образование права по учениям немецкой юриспруденции. М.: Типогр. Мамонтова, 1886; Савиньи Ф.К. Обязательственное право / пер. на рус. Фукса и Мандро. М.: Типогр. А.В. Кудрявцевой, 1876 (в предисловии изложена подробная биография Савиньи) и др.

<sup>4</sup> История политических и правовых учений... С. 412.

<sup>5</sup> Подробнее о Б. Виндшейде см.: Энциклопедический словарь Брокгауза и Эфрона: Биографии: в 12 т. Т. 3 / отв. ред. В.М. Караев, М.М. Хитров. М., 1993. С. 350–351.

в следующем. Первоначальное понятие лица или юридического субъекта совпадает с понятием человека: каждый отдельный человек и только отдельный человек правоспособен. Савиньи прав в том, что понятие лица как абстракции от человека сначала было применено к нему как к живому существу и позднее распространилось на другие юридические субъекты. Лишь благодаря праву понятие лица может испытать двоякую модификацию, ограничительную и распространительную: во-первых, многим людям может быть вполне или отчасти отказано в правоспособности; во-вторых, правоспособность может быть переносима на нечто такое, что не есть отдельный человек, следовательно, искусственным образом может быть создано юридическое лицо. Юридическое лицо — это искусственный, фиктивный субъект, допускаемый только для юридических целей, и искусственная способность этого субъекта распространяется только на отношения частного права. Как простая фикция, юридическое лицо не может иметь сознания и воли и, следовательно, недееспособно; этот недостаток дееспособности восполняется представительством, как при опеке и попечительстве над малолетними и безумными. Савиньи полагал, что каждое отдельное юридическое лицо должно получать свое бытие от государственной власти, отстаивая таким образом разрешительный порядок образования юридических лиц.

Название «юридическое лицо» Савиньи предпочитает всем другим названиям, ранее употреблявшимся, в особенности названию «моральное лицо»<sup>6</sup>, которое нередко использовалось в отношении данного субъекта. Несмотря на то что всякое вообще юридическое лицо есть нечто искусственное, Савиньи различает между ними такие, которым нужно приписать естественные или необходимые существования (например, общины), и такие, существование которых есть искусственное и произвольное (институты и вольные союзы). Затем, смотря по тому, обладают ли юридические лица видимыми проявлениями или имеют идеальное существование, основывающееся на общей, достигаемой ими цели, Савиньи различает корпорации и институты, хотя и допускает возможность перехода одного вида юридических лиц в другой. Наконец, последнее различие между юридическими лицами устанавливается тем, имеют ли они развитое и сложное устройство или скудное и простое. Однако вне этих противоположностей Савиньи ставит величайшее и важнейшее из всех юридических лиц — фиск, т.е. само государство, мыслимое как субъект частноправовых отношений, но не в смысле корпорации всех граждан государства.

В своей теории фикций Савиньи обращался к положениям, выдвинутым Иннокентием IV и имевшим околонуточный характер. Кроме того, Савиньи представлял сущность юридического лица в олицетворении путем фикции и обосновывал свой взгляд на источниках римского права. Прежде всего он рассматривал вопрос, что первоначально явилось материалом для юридического лица в римском праве. На эту проблему существовали разные мнения: одни утверждали, что государство (*civitas romana*) есть древнейший и первоначальный юридический субъект, по примеру которого образовались все другие союзные формации как юридические лица; другие утверждали, что понятие юридического лица как субъекта гражданских прав, равноправного с физическими лицами, развилось в применении к муниципиям, а с последних было перенесено на все другие корпорации и, наконец, на само государство<sup>7</sup>.

Юридическое олицетворение, т.е. приравнивание союза людей к частному лицу в сфере гражданского оборота, нашло свое применение прежде всего к зависимым общинам (муниципиям), «ибо, — говорит Савиньи, — эти последние, подобно естественным лицам, имели потребность в имуществе и случай к его приобретению, а с другой стороны, состояли в такой зависимости, в силу которой они могли быть привлечены к суду...

<sup>6</sup> См.: *Шершеневич Г.Ф.* Курс гражданского права (по изд. 1907 г.). Тула: Автограф, 2001. С. 115–116.

<sup>7</sup> См.: *Муромцев С.А.* Гражданское право Древнего Рима. СПб.: 6/и, 1883. С. 610, 645–646.

не римская республика и не ее имущество послужили первым поводом к признанию юридической личности и к развитию ее права; но установленное ради подвластных городов понятие юридического лица стало применяться и в таких случаях, для которых оно, пожалуй, не было изобретено»<sup>8</sup>.

Рассматривая понятие юридических лиц по римскому праву, необходимо затронуть еще один спорный вопрос относительно сущности лежачего наследства. В древнейшем римском праве правовое положение лежачего наследства понималось очень примитивно: непринятое наследственное имущество рассматривалось как бесхозяйное. В классическом римском праве лежачее наследство перестало быть бесхозяйным имуществом — до принятия наследником это имущество как бы числилось за умершим<sup>9</sup>. Трудно отрицать, что классическая юриспруденция при олицетворении лежачего наследства прибегала к помощи фикции, т.е. лицо, не существующее в действительности, мыслилось как существующее, причем большинство средневековых юристов признавали юридическую личность лежачего наследства (например, Бартоло да Сассоферрато). Савиньи отказывал в личности лежачему наследству, находя, что, хотя римляне прибегали к фикции продолжения личности умершего наследодателя и в этом смысле сравнивали лежачее наследство с юридическими лицами как фиктивными.

Теория олицетворения была воспринята законодательством и в то же время подверглась критике со стороны юристов. Критикуемая теория фикций тем не менее породила ряд других доктрин, так или иначе использующих для объяснения понятия юридического лица данную категорию. К их числу относится идея олицетворения имущества (К. Белау), суть которой заключается в том, что имущество, служащее определенной цели, для пользы людей, играет посредством действий представителей роль лица. Соответственно, к этой теории применима та же критика, что и к основной теории фикций.

Некоторые ученые при исследовании данной проблемы предлагают обходиться без понятия лица, субъекта (А. Бринц и др.)<sup>10</sup>. Есть права, относящиеся к цели; субъектами права могут быть животные (например, при наследовании). Юридическое лицо, с точки зрения этих ученых, есть длящееся состояние управления имуществом, отделенным от всех других имуществ. Критика данной теории сводится к тому, что субъективное право невозможно без субъекта, которым может быть только человек, ибо объективное право регулирует отношения между людьми, а не отношения между не-людьми или между лицами и не-лицами. Кроме того, представители этой теории также не обходятся без применения фикций.

Некоторыми учеными проблема юридического лица решалась путем отрицания самого юридического лица. Например, Р. Иеринг и его последователи (в России, в частности, Н.М. Коркунов)<sup>11</sup>, исходя из того, что носителем права может быть только человек, полагали, что юридическое лицо — это не более чем способ существования правовых отношений лиц, входящих в его состав (дестинаторов права). В ответ Е.Н. Трубецкой резонно возражал, что в числе юридических лиц есть такие, которые существуют независимо от воли лиц, входящих в их состав. Кроме того, члены юридического лица постоянно меняются, а его суть остается. Даже если бы все наличные члены этого лица умерли, юридическое лицо существовало бы и сохраняло свои права<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву (по изд. 1892 и 1900 г.). М.: Статут, 2000. С. 40–41.

<sup>9</sup> См.: Там же. С. 235.

<sup>10</sup> См.: Герваген Л.Л. Развитие учения о юридическом лице. СПб., 1888. С. 54.

<sup>11</sup> См.: Иеринг Р. Юридическая техника. СПб.: б/и, 1905; Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1914.

<sup>12</sup> См. подр.: Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1998.

Особое место в доктринах юридического лица занимает концепция его существования как реального субъекта реальных общественных отношений. Основатель органической теории юридического лица О. Гирке утверждал, что юридическое лицо — это особый телесно-духовный организм, союзная личность. Существует одно юридическое целое, коллективность, организованная, мыслящая и желающая через свои органы. Указанная теория была подвергнута критике. Ее оппоненты выдвигали различные обвинения, например, что эта теория вместо теории фикции Савиньи ставит «другую, еще более искусственную и отдающую средневековой схоластикой фикцию реального существования тех самых совокупных лиц и имуществ, в которых единство воли во многих есть не что иное, чем сумма единичных волей». Были обвинения и в «биологизации юридического лица»<sup>13</sup>.

Сила теории Савиньи состоит в его чисто научных работах, отличающихся необыкновенной ясностью изложения, богатством материалов и знаний, законченностью и полнотой частных выводов. Величайшая заслуга Савиньи с позиций настоящего исследования состоит в том, что он впервые сформулировал и научно обосновал теорию юридической фикции и утвердил ее применительно к гражданскому праву. Причина, по которой торжество этой идеи в юриспруденции соединилось с именем Савиньи, заключается в том, что он воспользовался ею для разрешения важного практического вопроса своего времени и таким образом реализовал указанную идею, наглядно показав ее ценность. По мнению С.А. Муромцева, сторонника теории Савиньи, «все совершенное юриспруденцией после толчка, сообщенного ей Савиньи, есть не более как дальнейшее развитие основных, руководящих им идей»<sup>14</sup>. Неслучайно крупнейший русский правовед П.И. Новгородцев отмечал, что Ф. К. фон Савиньи по справедливости считается наиболее ярким представителем исторической школы права<sup>15</sup>. На создание теории фикции оказали влияние взгляды Савиньи на право в целом<sup>16</sup>. В частности, его труды («Система современного римского права», «Обязательственное право», «Право владения», «О признании нашего времени к законодательству и правоведению») стали основой для развития исторической школы права.

Категория юридического лица была введена в научный и практический оборот для того, чтобы, во-первых, подчеркнуть личный характер образования, которое не является человеческим индивидом; во-вторых, оттенить особенности юридической личности коллективного образования (союза) по сравнению с другим субъектом права — человеческой личностью. Реально в сущностной основе юридического лица лежат не фиктивные, а настоящие, истинные потребности людей, но субъекты, которым даются права для охраны этих интересов, — существа нереальные. Это искусственно созданные самой жизнью или законодателем субъекты. Даже краткий анализ существующих концепций юридического лица приводит к выводу о том, большинство из них развивает теорию фикций. Более того, представители любой (даже противоположной) теории также не обходятся без применения фикций. Подвергшаяся влиянию других концепций и несколько измененная, данная теория продолжает использоваться законодателем.

Как показывает практика, теория юридического лица продолжает развиваться под влиянием потребностей общества в регулировании различного рода отношений. В последнее время часто возникает вопрос об определении национальности юридического лица, что является важным с позиций как национального, так и международного

<sup>13</sup> См.: Гражданское право: в 2 т.: учеб. / под ред. Е.А. Суханова. М.: Норма-Инфра, 1993. Т. 1. С. 335.

<sup>14</sup> Муромцев С.А. Очерки общей теории гражданского права. М.: б/и, 1877. Ч. 1. С. 207.

<sup>15</sup> См.: Новгородцев П.И. Историческая школа юристов. СПб.: Лань, 1999. С. 7.

<sup>16</sup> См.: Там же. С. 73–85; История политических и правовых учений... С. 351–355.



права<sup>17</sup>. Применение фикции как юридико-технического приема позволяет праву осуществлять функцию эффективного регулятора общественных отношений. Существующие в современной доктрине четыре основополагающих признака юридического лица, каждый из которых необходим, а все в совокупности — достаточны, чтобы организация могла быть признана субъектом права (организационное единство, наличие обособленного имущества, самостоятельная имущественная ответственность, выступление в гражданском обороте от своего имени), соответствуют теории фикций.

Глава исторической школы права немецкий юрист Ф.К. Савиньи оставил заметный след в развитии правовой теории. Научное наследие истинного ученого Ф.К. Савиньи позволяет современным теоретикам и практикам увидеть положительное влияние теории фикций как на развитие законодательства, качество судебной практики, так и на развитие юридического образования, а также ощутить большую роль, многогранность и необходимость феномена фикции в теории права.

**Понятие фикции по теории германистов.** Существовая и развиваясь в течение нескольких столетий, теория фикций практически не подвергалась критике. Однако со второй половины XIX в. отдельные ученые высказывались против этой теории, исходя при этом из различных принципов. Первыми выступили германисты (К. Безелер, И. Блунчли). На основе изучения германского права они пришли к убеждению, что корпорация не может быть фиктивным лицом, так как она есть действительное, реальное, живое лицо, а не искусственный продукт мышления. Германисты считали, что нельзя произвольно ограничивать существование корпорации областью только частного права, ибо некоторые виды корпораций могут принимать участие в публичной жизни с самостоятельными правами.

Однако против этой теории было много возражений. Германисты, основываясь на немецком национальном праве, утверждали, что юридическое лицо — это вовсе не фикция, а действительный, реально существующий субъект права, как и физическое лицо, а не только уподобляемый ему. Некоторые последователи этой теории признавали за юридическими лицами такое же реальное существование, как и за физическими<sup>18</sup>.

Наиболее корректной представляется теория, впервые в XIX столетии выдвинутая Безелером и получившая дальнейшее развитие главным образом в трудах О. Гирке; из числа романистов к ней примкнул Ф. Регельсбергер<sup>19</sup>. Согласно этой теории ошибка остальных исследований и римских юристов состоит в том, что они считают возможными субъектами прав только отдельных людей; поэтому они должны прибегать или к ничему не объясняющей фикции, или к признанию бессубъектных прав во всех тех случаях, когда права принадлежат не отдельным людям. Между тем их основная посылка не верна. Субъектом права как сферы могущества, предназначенной обеспечивать удовлетворение человеческих интересов, может быть, конечно, только существо, способное иметь волю и разделять человеческие интересы. Но таким существом является не только отдельный человек. В обществе с развитием культуры возникают особые *социальные организмы*. Эти организмы так же преследуют человеческие *цели* и разделяют человеческие *интересы*, как отдельные люди. Их отличие от последних сводится к тому, что достижение целей, которые они преследуют, и удовлетворение интересов, которым они служат, являются обычно непосильными и недостижимыми не только для отдель-

<sup>17</sup> См. подр.: *Монастырская Ю.И.* Значение критерия контроля при определении национальности юридического лица // Журнал российского права. 2011. № 4. С. 114–121.

<sup>18</sup> См.: *Яворская Ю.В.* Юридические лица: законодательные новации теории и судебной практики в современной России // Российский судья. 2010. № 3. С. 2.

<sup>19</sup> Профессор Геттингенского университета, один из выдающихся юристов Германии XIX в.

ного человека, но даже для группы конкретных лиц, существование которой зависит от смены ее членов, и члены которой являются собственниками имущества, служащего для достижения цели.

С другой стороны, эти отдельные организмы, как и отдельные лица, имеют *свою собственную волю*. От отдельных людей они отличаются тем, что органами, вырабатывающими волю социального организма, являются отдельные люди. Несмотря на это, общая воля социального организма есть нечто отличное от воли отдельных лиц, входящих в состав социального организма. Одним словом, эти организмы так же реально существуют, как и отдельные люди. Они неуловимы для внешних чувств, но это не служит доказательством, что они только фикции и реально не существуют: существует не только то, что доступно внешним чувствам<sup>20</sup>.

Известный знаток истории и литературы о юридических лицах О. Гирке (1841–1921), германист и в этом качестве — противник теории фикции, пришел в своих изысканиях о существе юридических лиц по римскому праву к выводу, что римская юриспруденция знала понятие лица только как лица индивидуального, следовательно, только в области *jus privata*; всякие же союзные образования включало *jus publicum*. Для того чтобы сделать возможным для них гражданский оборот с его гражданскими, для частных лиц формами, римская юриспруденция должна была неминуемо прийти к фикции, т.е. к воззрению, что на самом деле действительного, реального лица как субъекта гражданского права в этих союзных образованиях нет и что это лицо искусственно создается путем фикции, придумывается, мыслится или представляется, следовательно, существует только в мышлении, а не в реальном мире. Таким образом, в римском праве рядом с действительным лицом появилось фингированное, которое велением государства создается из ничего и в силу такого же веления может превратиться в ничто; наделяется правоспособностью в области имущественного права и разнообразными привилегиями, но остается неспособным к воле и действию<sup>21</sup>. Хотя римское право не ставило целью использование фикций для конструирования юридического лица, более того, в латинском языке даже не было термина для его обозначения (при разработанной сущности), но зародыш теории фикции можно наблюдать уже в тот период.

Хотелось бы отметить высказывание И.А. Маньковского, изучавшего взгляды германистов на теорию юридических лиц и сделавшего вывод, что теория фикции наиболее убедительна. В связи с этим для уяснения сущности категории «юридическое лицо», причин, вызвавших ее появление в праве, а также необходимости применения данной категории в современных условиях хозяйствования следует опираться именно на теории фикции, исходить из того, что юридическое лицо как объект материального мира не существует и является искусственным (идеальным) субъектом права, воплощенным в правовых нормах, т.е. вызвано к жизни при помощи приемов юридической техники<sup>22</sup>.

**Взгляды романистов на фикцию.** Вслед за германистами выступили другие противники теории олицетворения, отправной точкой для которых послужил принцип, что если в юридических лицах реального субъекта нет, то его не нужно и придумывать, ибо и фикция не может создать лицо там, где его нет на самом деле. Значение фикций было с особенной обстоятельностью рассмотрено Г. Демелиусом. По его мнению, фикция — это только орудие юридической терминологии и представляет собою лишь осо-

<sup>20</sup> См.: Хвостов В.М. Система римского права: учеб. М.: Спарк, 1996. С. 119.

<sup>21</sup> Об органической теории юридического лица О. Гирке см.: Мозолин В.П. Современная доктрина и гражданское законодательство. М.: Юстицинформ, 2008.

<sup>22</sup> См.: Маньковский И.А. Теории сущности юридического лица: история развития и современные научные подходы // Российский юридический журнал. 2010. № 4. С. 117–126.

бую форму выражения для юридического отождествления различных отношений. Сила юридической фикции состоит не в том, чтобы дать бытие тому, чего нет на самом деле, а в том, чтобы допускать последствия, как будто небывшее случилось или случившееся не произошло.

Одной из интересных теорий, выдвинутых романистами, была теория «целевого имущества» А. Бринца<sup>23</sup>. Он доказывал, что права и обязанности могут принадлежать как конкретному человеку (субъекту), так и служить лишь определенной цели (объекту). Во втором случае субъект права вообще не требуется, так как его роль выполняет обособленное с этой целью имущество (в том числе отвечающее за долги, сделанные для достижения соответствующей цели). По традиции оно наделяется свойствами субъекта права, хотя на самом деле в этом нет необходимости, а потому не нужно и само понятие юридического лица. Во французской литературе весьма близкие по сути взгляды высказывались М. Планиолем. Он считал, что юридическое лицо — это коллективное имущество, которое в качестве субъекта права является юридической фикцией, созданной для упрощения его использования<sup>24</sup>.

Г. Лассон, не разделявший взгляды германистов, анализировал юридические лица с точки зрения философии права. По его мнению, право делает абстракцию и видит в человеке только лицо, которое не есть адекватное представление человеческого существа в его целостности. Нельзя сказать, чтобы корпорация имела сознательную волю и сама ставила себе цели, но она существует как воля, цель, за которую нельзя не признать объективного внешнего существования. Этой действительности бессознательные воля, цель, тенденция достигают тем, что приобретают для себя физическую мощь людей, которые становятся служебными по отношению к ней орудиями, и именно поэтому корпорация делается лицом<sup>25</sup>.

Оригинальную точку зрения на сущность юридических лиц имел Р. Иеринг. Его мнение о юридическом лице связано с взглядами ученого на право вообще как в субъективном, так и в объективном смысле. Он отвергает фиктивные лица, но точно так же отвергает и бессубъектное имущество: нет права без субъекта, и субъектом этим могут быть действительные лица, а не фиктивные — таковы его юридические догмы. Юридическое лицо как таковое неспособно к пользованию, не имеет интересов и целей, не может иметь и прав. Не юридическое лицо как таковое, а отдельные члены суть истинные юридические субъекты. Юридическое лицо есть не что иное, как обращенная вовне форма, в которой обнаруживаются и благодаря которой делаются возможными отношения его к внешнему миру; для внутренних отношений эта форма не имеет значения, так как тут мы имеем дело с индивидуальными правами. Лежачему наследству Иеринг отказывает в юридической личности.

Таким образом, суть фикции, как справедливо отметил Р. Иеринг, заключается «в приравнивании одного к другому для применения к новым отношениям старого права»<sup>26</sup>. Подобное понимание фикции, по его мнению, допустимо только в части фикций исторических (например, фикций преторского права, которые образовывались в ходе правоприменения и изначально в право заложены не были). Но оно неприменимо к фикциям, которые были заложены в право изначально (например, признание гражданина умершим и т.д.), так как относительно этих фикций нельзя сказать, что они своей целью имеют применение старого права к новым отношениям потому, что они сами

<sup>23</sup> См. подр.: *Brinz A. Lehrbuch der Pandekten*. 2. Aufl. Erlangen, 1873.

<sup>24</sup> См.: *Planiol M. Traite elementaire de droit civil*. Т. I. Paris, 1925.

<sup>25</sup> См.: *Lasson A. Prinzip und Zukunft des Volkerrechts*. Berlin: Verlag von Wilhelm Hertz, 1871.

<sup>26</sup> *Иеринг Р. Юридическая техника*. СПб.: б/и, 1905. С. 93–94.

есть право. Фикции преторского права имели своей целью обход закона, поскольку преторы не могли отменять или изменять закон. Изначальные фикции, уже содержащиеся в правовых актах того времени, сами являли собой закон.

Против фикции высказались и другие романисты в своих трудах. Так, Ф. Зродловский<sup>27</sup>, определив сначала существо юридического лица отрицательно (т.е. что оно есть лицо без человеческой индивидуальности), далее развивает мысль, что положительное определение этого существа берется из опыта, который учит, что имеются жизненные силы, цели и явления, не включающие в себя жизненный круг определенного индивида, но, переходя за границы индивида, принадлежат к жизненному кругу, охватывающему множество индивидов. Такой союзный жизненный круг называется корпорацией<sup>28</sup>.

О. Штоббе говорил, что лица, обыкновенно называемые в противоположность физическим идеальными, мистическими или моральными, «не суть фикции, не суть создания положительного права, но право признает лишь наличность субъекта — лица, имеющего волеспособность и имущественную правоспособность подобную же, но более ограниченную по сравнению с человеком». «Такого рода не телесные, не физические лица, — продолжает Штоббе, — принадлежат как публичному, так и частному праву; без сомнения, государство, политические общины, церковные общины возникли не благодаря фикциям, не фикции обязаны своим существованием, не суть создания права, но суть действительные юридические субъекты, — существа, обладающие волею и могущие приобретать права»<sup>29</sup>.

Г. Дербург определяет юридические лица как имеющие самостоятельную правоспособность организации, принадлежащие человеческим обществам, или иначе, общественные организации, — о юридических лицах нельзя сказать, чтобы они были чем-то телесным, но нельзя сказать и того, чтобы они были чем-то нереальным, — они суть представления, но это еще не значит, что они — фикция<sup>30</sup>.

Не соглашаясь с теорией юридической фикции Савиньи, его оппоненты тем или иным образом в своих доводах признают, что юридическое лицо — это не вполне реальный субъект права.

Теория Савиньи вызывала упреки в формальности и поверхностности. Но эти упреки легко отразить простым замечанием — данная теория к тому именно и стремится, чтобы быть чисто формальной и строго юридической. Кроме того, как отмечает Р.В. Енгибарян, «формализм имеет не негативное, а подчеркнуто позитивное значение»<sup>31</sup>, с чем, как представляется, следует согласиться.

**Определение фикции в трудах русских цивилистов.** Теорию фикции поддерживали и русские цивилисты — А.М. Гуляев, Д.И. Мейер<sup>32</sup>, Г.Ф. Шершеневич и др. Учение о фикциях строилось на основе изучения римского права. Прежде всего, ученые искали

<sup>27</sup> См. подр.: Бартошек М. Римское право: понятие, термины, определения. М.: Юридическая литература, 1989. С. 367.

<sup>28</sup> Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. М.: Статут, 2000. С. 132.

<sup>29</sup> См.: Там же.

<sup>30</sup> См.: Суворов Н.С. Указ. соч. С. 132–133.

<sup>31</sup> Енгибарян Р.В., Краснов Ю.К. Теория государства и права: учеб. пособие. М.: Юрист, 1999. С. 34.

<sup>32</sup> В юриспруденции фикция, наверное, впервые предметом специального научного исследования стала в монографии Д.И. Мейера «О юридическом вымысле и предположениях, о скрытых и притворных действиях», где она называется вымыслом права и определяется как «вымышленное существование факта, о котором известно, что он вовсе не существует или существует в другом виде». См.: Мейер Д.И. О юридических вымыслах и предположениях, о скрытых и притворных действиях. Казань: Казанский ун-т, 1854. С. 22.

причины появления фикций в праве, их необходимость. Этот процесс обуславливался тем, что исследователи частного права Древнего Рима XIX в. оставили нам заслуживающие внимания суждения о фикциях. Так, С.А. Муромцев писал: «Фикция имеет своим предметом конструкцию юридических отношений; она приравнивает одно отношение к другому и разрушение первоначального значения одного из них, хотя могло быть результатом фикции, однако не составляет ни ее цели, ни необходимого следствия»<sup>33</sup>.

Показательно, что в качестве фиктивного образования рассматривал юридическое лицо и Г.Ф. Шершеневич, который считал юридические фикции не мнимыми понятиями, а научными приемами познания, а юридическое лицо — «искусственным субъектом» оборота, созданным для достижения определенной цели<sup>34</sup>. По этому поводу Д.И. Мейер писал: «Как ни естественно кажется признание юридической личности, все же юридическое лицо есть субъект права только по исключению и поэтому всегда нуждается в признании со стороны общественной власти»<sup>35</sup>. Аналогичных по существу взглядов придерживался и А.М. Гуляев<sup>36</sup>.

По законному предписанию при известных обстоятельствах факт, который в действительности не наступил, принимается за наступивший для того, чтобы к случаю, в котором имеет место фикция, получило применение то юридическое последствие, которое законы собственно и определили только на случай, когда вымышленное событие имело место. Принятие не-случившегося или не-имеющегося в наличии за наличное необходимо, чтобы без вреда для юридической последовательности применять старое право к новым отношениям. Фикция есть юридическое принятие факта (положительного или отрицательного) в противоречии с действительностью с целью создать искусственным путем историческое или догматическое основание для известных юридических правил, которые требуются с точки зрения справедливости или пользы, но не могут быть обоснованы средствами доселе действующего права. Суть фикции в применении известного юридического качества для данного фактического состава, лишенного этой квалификации. Сущность фикций вообще и юридических в частности состоит в уподоблении или, вернее, в приравнивании того, что фактически существует, к тому, чего в действительности нет в данном случае, но что бывает и юридически нормировано уже ранее.

Вот что по этому поводу писал профессор римского права Казанского университета Г.Ф. Дормидонтов: «Легальная фикция вводится законодательной властью и не имеет целью обход закона, так как она сама закон. Эта фикция вписывается раз и навсегда... Судебная фикция, напротив, имеет целью непременно обход закона или расширение его действия и применяется судом или вообще учреждением (CORPS), имеющим авторитет, но не законодательной властью»<sup>37</sup>.

Ученые, давая понятие юридической фикции, определяли ее в основном как прием распространения старого права, имея в виду именно фикции преторского права (Г. Демелиус называет их судебными фикциями). В этом отношении они были правы, так как анализировали римское право не по мере его создания, а весь массив сразу, рассматривали фикции только с точки зрения их принадлежности одной правовой системе, одной территории, одному виду государственного и общественного устройства. С.А. Муром-

<sup>33</sup> Муромцев С. О консерватизме римской юриспруденции. М.: Типогр. Мамонтова, 1885. С. 87.

<sup>34</sup> См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права... С. 89–91.

<sup>35</sup> Мейер Д.И. Русское гражданское право, чтения. СПб.: Типогр. Н. Тиблена и К°, 1864. С. 99.

<sup>36</sup> См. подр.: Гуляев А.М. Русское гражданское право. СПб.: Типогр. М.М. Стасюлевича, 1913. С. 74, 75.

<sup>37</sup> Дормидонтов Г.Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань: Типогр. Императорского ун-та, 1905. С. 105.

цев относил фикции к аналогиям и так описывал механизм их действия: «Известный признак, отличающий одно отношение от другого, все равно — заключался ли он в присутствии или отсутствии какого-либо свойства, воображался несуществующим, через что оба отношения оказывались вполне сходными и способными к подведению под действие одной и той же юридической нормы»<sup>38</sup>.

Размышляя о широком распространении фикций именно в римском праве, некоторые исследователи высказывали мнение, что это явление историческое, преходящее, обусловленное несовершенством логического мышления. В частности, С.А. Муромцев писал, что все фикции имеют «исключительно историческое значение» и что «несовершенный логический прием, вызванный известными историческими условиями, не должен распространяться далее границ, установленных для него историей».

Ближе к истине были авторы, которые считали фикции необходимым праву явлением. Г.Ф. Дормидонтов называл фикцию «средством, служащим целям юридической экономики» и говорил, что «они вызваны на свет необходимостью удовлетворять вновь нарождавшимся потребностям имевшимися в распоряжении средствами, дабы избегнуть по возможности ломки установившихся понятий и сохранить традиционное учение формально неприкосновенным, не мешая через то полному практическому осуществлению нового. Служа практической цели, фикции являются средством, с помощью которого эта цель достигается легче, а потому с помощью фикций возможен прогресс в развитии права даже там, где наука не чувствует себя достаточно сильной. Цель же создания фикций — создание новых норм для материального регулирования частных правоотношений, а также удовлетворение известным требованиям нравственным, политическим, вообще целесообразности и общего блага»<sup>39</sup>.

К подобным суждениям авторов XIX в. позже добавились аргументы более позднего времени о неизбежности фикций в праве как отношений диалектических противоречий, которые, по сути, являются способами развития правовых систем.

Какое же содержание вкладывалось в понятие юридической фикции? Проанализируем отдельные высказывания ученых-юристов XIX в. по этому поводу. «Слово фикция на юридическом языке обозначает предположение какого-либо факта или качества, предположение, противоречащее нередко действительности, но рассчитанное на то, чтобы произвести известные юридические последствия. Fingere — выдумывать, притворяться, воображать известный факт, который в действительности не существовал» (Г.Ф. Дормидонтов)<sup>40</sup>. «Часто право предписывает признавать существующее обстоятельство за несуществующее и, наоборот, несуществующее за существующее; такой прием называют фикцией (юридическим вымыслом)» (Ю. Барон)<sup>41</sup>. «Фикция юридическая связывает два факта между собой, объявляя то, что должно быть, придавая предположению авторитет и силу. Она предназначена скорее представлять (замещать) истинное, а не обнаруживать его в действительности» (Г.С. Мэн)<sup>42</sup>.

Разные авторы подразумевали в фикции более глубокое, другие — несколько поверхностное содержание; придавали ей объемный или узкий смысл. Несмотря на это, смысл всех рассуждений сводился к объявлению несуществующего существующим и

<sup>38</sup> Муромцев С. О консерватизме римской юриспруденции. С. 97.

<sup>39</sup> Дормидонтов Г.Ф. Указ. соч. С. 33, 84.

<sup>40</sup> Там же. С. 5.

<sup>41</sup> Барон Ю. Система римского гражданского права. СПб.: Склад издания в книжном магазине Н.К. Мартынова, 1909. С. 104.

<sup>42</sup> Мэн Г.С. Древнее право, его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям. СПб.: Д.Е. Кожанчиков, 1873. С. 2.

наоборот. Позиции этих же авторов в отношении вопроса, чем было обусловлено существование фикций в римском праве, также представляет интерес.

Д.И. Мейер связывал существование фикций с формализмом римской юриспруденции, римского права. Он так объяснял происхождение вымысла в римском праве: «Формализм требовал буквального применения конкретного закона, жизнь требовала его обобщения, которого, однако, нельзя было совершить через замену того закона изложением кроющегося в нем общего юридического начала, — на то ни пришло время, ни созрело достаточно право. Та же сила, что создала закон в конкретном виде, как определение конкретного случая с чувственными, осязательными признаками, указала на прием распространения этого закона на другие случаи — сила воображения. Закон велит: такой-то случай есть случай однородный, но с иными признаками, и потому под закон не подходящий, и закон велит думать, что нет этих иных признаков и случай есть тот, что предусмотрен законом, и потому под него подходящий. Другими словами, власть прибегает к вымыслу, не жертвуя формализмом, она удовлетворяет условиям жизни»<sup>43</sup>. Римские юристы с помощью фикций достигали одной цели — применения юридической истины ко всем случаям, по сущности своей под нее подходящим.

С.А. Муромцев связывал существование фикций с консерватизмом римской юриспруденции, с нежеланием изменения римского права и как стремление сохранить старое: «Консерватизм составлял свойство, характеризовавшее римскую юриспруденцию в продолжение весьма долгого периода ее деятельности и служил важною образующей причиною в истории юридических норм Рима. Когда в жизни возникало новое отношение, хотя и родственное со старым, но не вполне тождественное с ним, тогда понятие, закованное в известную формулу, не оказывалось способным растянуться; родство отношений могло чувствоваться, но не сознаваться. В силу чувства не отказывали вновь народившемуся отношению в защите...», его либо «насильно вдвигали в старую рамку или же наоборот — отрицали всякое сходство нового отношения со старым, образовывали новые институты и понятия, отодвигая их в новую, совершенно независимую от старой систему. Фикция послужила здесь средством примирения консерватизма юридического мышления с потребностями правовой жизни; при ее помощи защиту теоретически получал только старый институт, тогда как на практике защищалось новое отношение...»<sup>44</sup>.

«Потребности правовой жизни» обусловили необходимость использования фикций в русском праве. Том X Свода Законов Российской империи содержал нормы, допускавшие применение юридической фикции<sup>45</sup>. При этом отрицательно оценивались фиктивные действия участников частного оборота. Например, праву Российской империи было известно понятие симуляции, отдельные виды которой запрещались законом<sup>46</sup>.

Юридическая наука сформировала несколько точек зрения в отношении фикций: фикция как прием законодательной техники является неизбежной, так как отражает внутренние свойства, присущие правовым нормам; фикция — это антипод закона и ее сущность состоит в отчуждении закона от интересов общества. Это характерные варианты фикции, сформированные предшествующей философско-правовой мыслью.

*В Новое время не существовало ни одной школы права, которая не проявила бы научного интереса к фикции как правовой категории, поскольку стало явным ее значение для юридической науки и практики.*

<sup>43</sup> Мейер Д.И. О юридических вымыслах и предположениях... С. 10.

<sup>44</sup> Муромцев С.А. О консерватизме римской юриспруденции. С. 5, 12, 81.

<sup>45</sup> См.: Гражданские законы (Свод Законов, том X, часть I) с разъяснениями их по решениям Правительствующего Сената. СПб.: Типогр. Ю.А. Бокрама, 1870.

<sup>46</sup> См.: *Синайский В.И.* Русское гражданское право. М.: Статут, 2002. С. 148.



## Библиография

- Барон Ю. Система римского гражданского права. СПб.: Склад издания в книжном магазине Н.К. Мартынова, 1909.
- Бартошек М. Римское право: понятие, термины, определения. М.: Юридическая литература, 1989.
- Гражданские законы (Свод Законов, том X, часть I) с разъяснениями их по решениям Правительствующего Сената. СПб.: Типогр. Юлия Андр. Бокрама, 1870.
- Гражданское право: в 2 т.: учеб. / под ред. Е.А. Суханова. М.: Норма-Инфра, 1993. Т. 1.
- Гуляев А.М. Русское гражданское право. СПб.: Типогр. М.М. Стасюлевича, 1913.
- Дормидонтов Г.Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань: Типогр. Императорского ун-та, 1905.
- Енгибарян Р.В., Тадевосян Э.В. Конституционное право. М.: Юристъ, 2000.
- Енгибарян Р.В., Краснов Ю.К. Теория государства и права. М.: Юристъ, 1999.
- Иеринг Р. Юридическая техника. СПб.: б/и, 1905.
- История политических и правовых учений / под ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма-Инфра, 1999.
- Маньковский И.А. Теории сущности юридического лица: история развития и современные научные подходы // Российский юридический журнал. 2010. № 4. С. 117–126.
- Мейер Д.И. О юридических вымыслах и предположениях, о скрытых и притворных действиях. М.: ЦентрЮрИнфоР, 2003.
- Мейер Д.И. О юридических вымыслах и предположениях. О скрытых и противоречивых действиях. Казань: Казанский ун-т, 1854.
- Мейер Д.И. Русское гражданское право, чтения. СПб.: Типогр. Н. Тиблена и К°, 1864.
- Мозолин В.П. Современная доктрина и гражданское законодательство. М.: Юстицинформ, 2008.
- Монастырский Ю.И. Значение критерия контроля при определении национальности юридического лица // Журнал российского права. 2011. № 4. С. 114–121.
- Муромцев С. О консерватизме римской юриспруденции. М.: Типогр. Мамонтова, 1885.
- Муромцев С.А. Образование права по учениям немецкой юриспруденции. М.: Типогр. Мамонтова, 1886.
- Муромцев С.А. Гражданское право древнего Рима. СПб.: б/и, 1883.
- Муромцев С.А. Очерки общей теории гражданского права. М.: б/и, 1877. Ч. 1.
- Мэн Г.С. Древнее право, его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям. СПб.: Д.Е. Кожанчиков, 1873.
- Новгородцев П.И. Историческая школа юристов. М.: Унив. типогр., 1896.
- Новгородцев П.И. Историческая школа юристов. СПб.: Лань, 1999.
- Савиньи Ф.К. Обязательственное право. М.: Типогр. А.В. Кудрявцевой, 1876.
- Синайский В.И. Русское гражданское право. М.: Статут, 2002.
- Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. М.: Статут, 2000.
- Танимов О.В., Крапивина О.Н., Малкина М.И. Теория фикций К.Ф. Савиньи // Вестник Мордовского университета. 2002. № 1–2. С. 54–58.
- Танимов О.В. Фикция как регулятор отношений в христианстве // Административное и муниципальное право. 2011. № 12. С. 87–91.
- Хвостов В.М. Система римского права. М.: Спарк, 1996.
- Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула: Автограф, 2001.
- Яворская Ю.В. Юридические лица: законодательные новации теории и судебной практики в современной России // Российский судья. 2010. № 3. С. 11–16.
-



## Development of Legal Fiction in Modern Age



**Oleg V. Tanimov**

Doctoral Student, the Kutafin Moscow State Law Academy, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow, 123995, Russian Federation. E-mail: tanimov@mail.ru



### Abstract

The paper is devoted to research of the problems related to the development in Modern Age a unique legal phenomenon, i.e. legal fiction which was applied when other norms failed to regulate public relations to eliminate drawbacks and ambiguity. The nature of fiction is in an ad hoc statement to be recognized as valid and vice versa. This area has been drawing attention of both legal academics and practicing lawyers since ancient times. Fictions applied in Ancient Roman law, in the Middle Ages. A special significance of legal fictions was noted by C.F. Savigny, an outstanding representative of the Historical School of Law, as he studied the set of fictions both as a special tool to regulate public relations and a consistent legal theory. In Modern Age, it was dubbed *the theory of a legal person*. The paper analyzes the ideas and conclusions of the scholar who has allowed modern researchers and practicing lawyers to see the positive influence of the theory of fictions both on the development of legislation, legal practice, legal education and experience a pivotal role and diversity and the relevance of the phenomenon of fiction in the theory of law. Besides, the article has studied contrasting views of the theory of fictions by the representatives of different legal schools: Germanists, Romanists etc., who though having opposed Savigny's theory of legal fiction recognized somehow in their opinions the fact that the legal person is an illusory subject of law. The paper is also studying the attitudes of Russian civilists to the fiction. The complex analysis of scientific views of the phenomenon of fiction in law has let make up the idea of the process of the development of legal fiction in the epoch of Modern Age.



### Keywords

Legal fictions, Modern Age, Savigny, law, legal person, fiction theory, historical school of law, personification, Germanists, Romanists, Civilists.

Citation: Tanimov O. (2014) Development of Legal Fiction in Modern Age. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 4–18. (in Russian)



### References

- Baron Yu. (1909) *Sistema rimskogo grazhdanskogo prava* [System of Roman Civil Law]. Saint Petersburg: Izdanie N.K. Martynova, 305 p.
- Bartoshek M. (1989) *Rimskoe pravo: ponyatie, terminy, opredeleniya* [Roman Law: Concept, Terms, definitions]. Moscow, Yuridicheskaya literature, 448 p.
- Dormidontov G.F. (1905) *Klassifikatsiya yavleniy yuridicheskogo byta, otnosimyykh k sluchayam primeneniya fiktsiy* [Classification of the concepts of Law Related to Applying Fiction]. Kazan', Tipografiya Imperatorskogo Universiteta.
- (1870) *Grazhdanskie zakony (Svod Zakonov, tom X, chast' I) s raz'yasneniyami ikh po resheniyam Pravitel'stvuyushchego Senata* [Civil Laws (Laws. Vol. X)]. Saint Petersburg, Tipografiya Yu. A. Bokrama.
- Engibaryan R.V., Tadevosyan E.V. (2000) *Konstitutsionnoe pravo: Uchebnik* [Constitutional Law. Textbook]. Moscow, Yurist, 492 p.
- Engibaryan R.V., Krasnov Yu.K. (1999) *Teoriya gosudarstva i prava: Uchebnoe posobie* [Theory of State and Law. Manual]. Moscow, Yurist, 576 p.
- Gulyaev A.M. (1913) *Russkoe grazhdanskoe pravo* [Russian Civil Law]. Saint Petersburg, Tipografiya M.M. Stasyulevitcha.
- Iering R. (1905) *Yuridicheskaya tekhnika* [Legal Technique]. Saint Petersburg.
- Khvostov V.M. (1996) *Sistema rimskogo prava. Uchebnik* [System of Roman Law. Textbook]. Moscow, Spark, 522 p.

- Nersesyants V.S. (ed.) (1999) *Istoriya politicheskikh i pravovykh ucheniy: Uchebnyk dlya vuzov* [History of Political and Legal Theories]. Moscow, Norma-Infra, 944 p.
- Man'kovskiy I.A. (2010) *Teorii sushchnosti yuridicheskogo litsa: istoriya razvitiya i sovremennye nauchnye podkhody* [Theories of Natural Person: Development and Modern Scientific Approaches]. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 4, pp. 117–126.
- Men G.S. (1873) *Drevnee pravo, ego svyaz' s drevney istoriey obshchestva i ego otnoshenie k noveyshim ideyam* [Ancient Law, its association with Ancient History and the attitude to New Ideas]. Saint Petersburg, D.E. Kozhachnikov, 320 p.
- Meyer D.I. (1854) *O yuridicheskikh vymyslakh i predpolozheniyakh. O skrytykh i protivorechivyykh deystviyakh* [On Legal Fictions and suggestions, on hidden Sham Actions]. Kazan', Kazanskiy Universitet, 127 p.
- Meyer D.I. (1864) *Russkoe grazhdanskoe pravo, chteniya* [Russian Civil Law]. Saint Petersburg, N. Tiblen and C, 789 p.
- Meyer D.I. (2003) *O yuridicheskikh vymyslakh i predpolozheniyakh, o skrytykh i pritivnykh deystviyakh* [On Legal Fictions and suggestions, on hidden Sham Actions] Moscow, YurInfoR,
- Mozolin V.P. (2008) *Sovremennaya doktrina i grazhdanskoe zakonodatel'stvo* [Modern Doctrine of Civil Legislation]. Moscow, Yustitsinform, 127 p.
- Monastyrskaya Yu.I. (2011) *Znachenie kriteriya kontrolya pri opredelenii natsional'nosti yuridicheskogo litsa* [Meaning of the Control Criterion determining the nationality of a legal Person]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 4, pp. 114–121.
- Muromtsev S.A. (1883) *Grazhdanskoe pravo drevnego Rima* [Civil Law of Ancient Rome]. Saint Petersburg.
- Muromtsev S. (1885) *O konservatizme rimskoy yurisprudentsii*. [On Conservative Roman Jurisprudence]. Moscow, Tipografiya Mamontova.
- Muromtsev S.A. (1886) *Obrazovanie prava po ucheniyam nem. Yurisprudentsii* [Law on German Legal Theories]. Moscow, Tipografiya Mamontova.
- Muromtsev S.A. (1877) *Ocherki obshchey teorii grazhdanskogo prava* [Essays on General Theory of Civil Law]. Moscow, 321 p.
- Novgorodtsev P.I. (1896) *Istoricheskaya shkola yuristov* [Historical School of Jurists]. Moscow, Universitetskaya Tipografiya.
- Novgorodtsev P.I. (1999) *Istoricheskaya shkola yuristov* [Historical School of Jurists]. Saint Petersburg: Lan', 192 p.
- Savin'i F.K. (1876) *Obyazatel'stvennoe pravo* [Law of Obligations]. Moscow, Tipografiya A.V. Kudryavtsevov.
- Shershenevich G.F. (2001) *Kurs grazhdanskogo prava* [Course of Civil Law]. Tula, Avtograf, 720 p.
- Sinayskiy V.I. (2002) *Russkoe grazhdanskoe pravo* [Russian Civil Law]. Moscow, Statut, 638 p.
- Sukhanov E.A. (ed.) (1993) *Grazhdanskoe pravo: V 2-kh tt. Uchebnyk* [Civil Law: in Two Volumes. Vol. 1. Textbook]. Moscow, NORMA-INFRA, 236 p.
- Suvorov N.S. (2000) *Ob yuridicheskikh litsakh po rimskomu pravu* [On Legal Entities under Roman Law]. Moscow, Statut, 299 p.
- Tanimov O.V., Krapivina O.N., Malkina M.I. (2002) *Teoriya fiktsiy K.F. Savin'i* [F. C. Savigny's Fiction Theory]. *Vestnik Mordovskogo universiteta (Nauchno-publitsisticheskiy zhurnal)*. Saransk, no 1–2, pp. 54–58.
- Tanimov O.V. (2011) *Fiktsiya kak regul'yator otnosheniy v khristianstve* [Fiction as an Index of Relations in Christianity]. *Administrativnoe i munitsipal'noe pravo*, no 12, pp. 87–91.
- Yavorskaya Yu.V. (2010) *Yuridicheskie litsa: zakonodatel'nye novatsii teorii i sudebnoy praktiki v sovremennoy Rossii* [Legal Persons. Legislative Novations in Judicial Practice in Modern Russia]. *Rossiyskiy sud'ya*, no 3, pp. 11–16.

# Синергетическая парадигма исследования международно-правовой сферы

---

---



**Ю.В. Ерохина**

доцент кафедры теории права и сравнительного правоведения Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: Российская Федерация, 101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20. E-mail: yerohina@hse.ru

---



## Аннотация

Актуальность темы обусловлена необходимостью понимания происходящих в правовой науке изменений, суть которых заключается в том, что наше восприятие реальности основывается на научных парадигмах. Мир представляется как место, полное противоречий и беспорядка, и мы ищем такие рамки, которые наполнят его смыслом. Многие исследователи широко используют понятия и методы синергетики, которая в американской научной литературе чаще всего носит название теории хаоса. С помощью синергетики представляется возможным изучение определенной стороны, связи правового явления. Поэтому данный подход применяется не в любом исследовании, а лишь там, где возникает необходимость в изучении определенных сторон, свойств явления. Синергетическая парадигма позволяет выявить такие новые черты правовых системных образований, как открытость, самоорганизованность, нелинейность развития социально-юридических явлений. В условиях усиления гармонизации российской и международной правовых систем учитываются трансформации, происходящие в сфере международных отношений. Знание правовой энтропии даст возможность не только объяснить многие особенности самоорганизации, дезорганизации и самоуправления правовых системных образований, но и выработать подходы, методики, позволяющие активно воздействовать на выбор альтернативных путей их развития. Законы теории хаоса могут помочь при изучении динамики современных цивилизационных процессов. При этом сложность внешней среды означает число факторов, влияющих на функционирование различных социальных организмов. Сложность включает также изменчивость самих этих факторов. Уже сегодня трудно назвать страну, которая в той или иной степени не зависела бы от мировой информационной, финансовой, экономической, технологической систем. Подобная ситуация влияет на экономику, политические решения и систему правового регулирования. Одновременно встает проблема о правомерности применения характеристик «неупорядоченность», «неопределенность», «дезорганизация» к праву, которое в инструментальном аспекте как раз и выступает в качестве средства, обеспечивающего упорядоченность общественных отношений, вносящего в них определенность. Подобная постановка вопроса вполне обоснована, поскольку в современной юридической науке их однозначного решения нет.

---



## Ключевые слова

правовая система, международное право, национальное право, синергетическая парадигма, синергетика, управляемый хаос, правовая энтропия, правовая неэнтропия, мировой порядок

---

---

Библиографическое описание: Синергетическая парадигма исследования международно-правовой сферы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 4. С 19–29.

При анализе таких дискуссионных проблем, как глобализация, социальный постмодернизм, новый мировой порядок, хозяйственная трансформация мира, интенсивное развитие информационной экономики, системный терроризм весьма полезными представляются выводы общей теории систем, относящиеся к признакам системы. Возможность такого обращения подтверждается мнением одного из основателей общей теории систем Л. Берталанфи, справедливо полагающего, что «понятие системы является достаточно абстрактным и общим для того, чтобы применять его к явлениям любого типа»<sup>1</sup>. В юридической науке, например, термин «правовая система» употребляется достаточно широко, причем в каждом конкретном случае он наполняется различным содержанием.

К сложным открытым системам относятся не только те государственно-правовые явления, которые современная теория государства и права характеризует как системы (например, правовая система, включающая в себя, наряду с другими компонентами, систему права и систему законодательства и являющаяся наиболее наглядным примером сложной и открытой системы), но и те явления, которые могут быть рассмотрены в качестве компонентов (подсистем) более сложных (не обязательно государственно-правовых) объединений, чья жизнь также протекает по законам саморегуляции. Например, политическая, правовая, экономическая системы являются элементами общества в целом (как совокупности всех имеющихся связей). Любая система существует в определенной среде и для этой среды.

Социальные, политические, экономические изменения в международной сфере порождают семантические конструкции, структура звеньев которых в каждом отдельном случае может быть понятна, но общий смысл остается не ясным, а механизм действия озадачивает. Право, выступая специфической формой опосредования складывающихся в нем различных материальных и идеологических отношений, будучи встроенным в различные уровни социального бытия, изменяется вместе с ним, переходит в новое качественное состояние. Последнее отличается возрастанием в процессе функционирования правовых систем различного уровня проявлений стихийности, неопределенности, случайности, вероятности или, говоря иначе, усилением в них энтропийных процессов.

Категория «энтропия»<sup>2</sup> применяется для описания состояния именно систем. Следовательно, в процессе исследования внимание должно быть сконцентрировано на системных характеристиках правовых явлений. Право, вся правовая реальность под определенным углом зрения может быть рассмотрена в качестве мегасистемы, элементами которой выступают системы различного порядка и уровня сложности. С позиции системного подхода особенностью правовой реальности является то, что элементы этой мегасистемы разнородны. Это и социальные системы, выступающие в качестве разновидностей материальных систем, и системы абстрактные, т.е. системы идеального порядка, представляющие собой продукт человеческого мышления. Так, механизм правового регулирования включает в себя нормы права и принципы права (абстрактные системы), правоотношения, применение и реализацию права (социальные системы), а также правосознание, которое, являясь социальной системой, вместе с тем не является материальной.

---

<sup>1</sup> Берталанфи Л. Общая теория систем: критический обзор // Исследования по общей теории систем. М.: Прогресс, 1969. С. 61.

<sup>2</sup> Более подробно автор рассматривает категорию «правовая энтропия» в своей монографии. См.: Павлова Ю.В. Правовая энтропия. Владимир: ВЮИ ФСИН России, 2005.

Право, а следовательно, и правовые системы существуют не изолированно, но в тесной взаимосвязи с другими социальными системами и системными образованиями. В силу этого они испытывают воздействия со стороны иных системных образований, существующих в обществе (экономических, политических, социальных), и в свою очередь оказывают воздействие на них.

Отказ от понимания правового развития как жестко и однозначно детерминированного процесса привел к необходимости изменения подходов к пониманию роли энтропии в праве. Данные исследований информационных процессов, а также экономических, политических и социальных систем свидетельствуют о том, что энтропия присутствует в любой открытой системе<sup>3</sup>.

Энтропия является необходимой категорией регулирования. Она порождает негэнтропию. От тенденции к дезорганизации до тенденции к повышению организации — один шаг, который лежит через категорию энтропии. В то же время энтропия и негэнтропия взаимосвязаны и взаимообусловлены, но это обстоятельство не мешает им выступать в роли взаимопротивоположных тенденций правовой системы.

Таким образом, каждая правовая система может быть рассмотрена как элемент системы более высокого порядка, в то время как ее элементы могут выступать в качестве систем более низкого порядка. Иерархичность, многоуровневость характеризуют строение, морфологию правовой системы и ее поведение; отдельные уровни системы обуславливают определенные аспекты ее поведения, а целостное функционирование оказывается результатом взаимодействия всех ее сторон, уровней.

Можно утверждать, что правовые системы относятся к числу самоорганизующихся, т.е. способных усовершенствовать свой порядок, изменяя организацию. Правовая система по принципу экономии внутренних ресурсов стремится к равновесному состоянию с максимальным уровнем дезорганизации, допустимым внешними разрушающими воздействиями, которым она вынуждена противостоять. Следовательно, чем сильнее внешние воздействия, тем теснее должны быть взаимосвязаны элементы системы и тем выше ее уровень самоорганизации.

Под влиянием внешних антиэнтропийных воздействий в процессе самоорганизации структурные связи внутри правовой системы общества увеличивают свою дальность и жесткость, порождая тем самым потоки отрицательной энтропии для своих элементов (подсистем). Последние в свою очередь либо увеличивают степень собственной организации, либо разрушаются, способствуя росту энтропии. Оказывать влияние на факторы, обуславливающие протекание энтропийных процессов в правовых системах, возможно только лишь при условии познания закономерностей этих процессов, их особенностей.

Изменения, происходящие в мире, ускоряются, и правила, которые хорошо работали в прошлом, часто становятся тормозом в дальнейшем развитии. Известный футуролог Джоэл Артур Баркер задался вопросом: можем ли мы хоть частично предугадывать будущее, чтобы оно не застало нас врасплох?<sup>4</sup> Оказывается, это возможно, если воспользоваться научной концепцией смены парадигм. Однако парадигматическое знание

---

<sup>3</sup> См.: Ахиезер А.С. Россия: критика исторического опыта (Социокультурная динамика России): словарь: в 2 т. Т. 2. Новосибирск: Сибирский хронограф, 1998; Ильин В.В., Панарин А.С. Философия политики. М.: Изд-во МГУ, 1994; Хакен Г. Тайны природы. Синергетика: наука о взаимодействии. М.: Ижевск: Ин-т компьютер. исслед., 2003.

<sup>4</sup> См.: Баркер Дж. Парадигмы мышления. Как увидеть новое и преуспеть в меняющемся мире. М.: Альпина Бизнес Букс, 2007.

не выполняет непосредственно объяснительной функции, а является условием и предпосылкой определенного вида теоретической деятельности по объяснению и систематизации эмпирического материала<sup>5</sup>.

Стратегическое мышление покоится на научных парадигмах, которые обращаются к математике — языку наук. Синергетика является междисциплинарной парадигмой, поскольку принципы, управляющие процессами самоорганизации, представляются одними и теми же, безотносительно природы систем, и для их описания возможно использование общего математического аппарата. Если искать предельно краткую характеристику синергетики как научной парадигмы, то такая характеристика включила бы всего три основных компонента: самоорганизацию, открытые системы, нелинейность. Синергетика изучает механизмы самоорганизации определенного класса систем (открытых и нелинейных) самой различной природы, начиная с физики и кончая социологией.

Дело в том, что в настоящее время математические модели нелинейных открытых систем играют конструктивную роль не только в той области, для понимания которой они были созданы. Они становятся поставщиками новых неожиданных выводов общеметодологического и философского характера. Поэтому истина математических систем превращает метафору в наши стратегические концепции.

Идея использования парадигмы «динамического хаоса» при анализе трансформирующегося общества привлекла внимание многих исследователей. Интерпретация хаоса как системной структуризации нелинейных изменений и бифуркаций позволяет выявлять парадоксы социального развития. Этот подход требует не только формализованного представления, но и адекватного методологического обеспечения.

Основополагающим пунктом идеи рождения порядка из хаоса у И. Пригожина и И. Стенгерс выступает закон сохранения энергии в природе, который и создает воспроизводство нового порядка, новой системной устойчивости, обеспеченной фундаментальной инвариантностью<sup>6</sup>. Следовательно, порядок в природе имеет фундаментальное значение и не является островком в море хаоса. Убывание энергии в одном месте и возникшая в связи с этим неустойчивость вызовут прибавление энергии в другом месте и повышение устойчивости, т.е. новый порядок. В обществе же закон сохранения энергии не действует, из чего следует, что хаос может занимать большее место и поэтому сдерживается усилиями людей. Вероятность хаоса в обществе очень высока, и ответом на эту постоянную угрозу является деятельность стремящегося к самосохранению человечества. Именно поэтому здесь порядок прерывается очагами (например, различными войнами) или потоками хаоса, а не наоборот.

Русский философ Николай Бердяев в письме «О войне» писал: «Жизнь в этом мире есть борьба. Борьба — дитя греховного раздора, она происходит от неполноты. Но через борьбу преодолевается этот раздор и происходит наполнение жизни. Война — одна из благородных, хотя и ужасных форм борьбы. Война — антиномична по своей природе, она есть осуществленное противоречие. Во имя жизни ведется война и служит она полноте жизни. И война сеет смерть. Цель войны — мир и объединение. Войны были могущественным средством объединения человечества. Народы братались в кровавых распрах и в столкновениях. С древних времен через войны объединялись человеческие

---

<sup>5</sup> См.: Кун Т. Структура научных революций. М.: АСТ, 2009.

<sup>6</sup> См.: Пригожин И., Стенгерс И. Порядок из хаоса. Новый диалог человека с природой. М.: Прогресс, 1986.

общества в большие исторические тела, в огромные империи; через войны разливались народы по поверхности земли и этим путем уготовлялись единое человечество и единая всемирная история! И война же была выражением самого кровавого раздора в человечестве, взаимной ненависти народов и жажды истребления. Война есть тьма и свет, ненависть и любовь, животный эгоизм и высшее самопожертвование. Война не может быть только добром или только злом, в ней есть и великое добро и великое зло»<sup>7</sup>. Хаос может изменить метод, с помощью которого мы рассматриваем весь спектр человеческих взаимодействий и в котором война занимает лишь особую часть.

Превосходным примером хаотической системы является международная среда. Современное международное право представляет собой совокупность огромного числа правовых норм (договорных и обычных) различной степени общности и признания. Будучи связанными между собой основными принципами международного права, эти нормы, несмотря на их многообразие по существу и разнообразию по форме, образуют систему международного права. В своей основе принципы права имеют объективно-субъективную природу.

Объективное их начало заключается в том, что каждой исторической эпохе присущи свои принципы права, которые в данный период отражают существенные закономерности развития, потребности соответствующего общества и государства. Субъективное начало состоит в том, что, истолковывая, осмысливая (анализируя) нормы права, люди признают его принципы, которые ими же создаются и реализуются либо отменяются. Следовательно, право и его принципы — это элементы не материального бытия, а общественного сознания, идеологические явления.

Развитие международного права всегда было тесно связано с международными договорами. Так, международные договоры пронизывают всю систему современного международного права, выступая как мощное средство изменения не только обычных, но и прежних договорных и особенно создания важнейших новых норм международного права почти во всех его отраслях. Например, с 1500 г. до н.э. по 1860 г. н.э. «навечно» было заключено около 8000 мирных договоров, которые в среднем соблюдались и действовали не более двух лет. «Парадоксальным на первый взгляд может показаться, что современное международное право есть в основном право договорное, а сам международный договор до последнего времени строился и покоился на международно-правовом обычае»<sup>8</sup>.

Активно формируется также международно-правовая парадигма, закрепляющая в общественном сознании и пространстве международных отношений «новый обычай» в качестве специфической нормы своеобразного протоправа. Его характерными чертами являются нечеткость законодательной базы, превалирование властной политической инициативы над юридически закрепленными полномочиями и сложившимися формами поведения государств на международной арене (важность этого фактора усиливается значением прецедента в англосаксонской правовой культуре), неформальный характер ряда влиятельных международных организаций, анонимность и принципиальная непубличность значительной части принимаемых решений и т.п.

Английский государственный деятель и философ Томас Гоббс, исходя из своей концепции о войне всех против всех, утверждал, что международный договор утрачивает обязывающую силу, коль скоро с обеих сторон, заключивших договор, возникает

<sup>7</sup> Бердяев Н. Философия неравенства. 2-е испр. изд. Париж: YMCA-PRESS, 1970. С. 190.

<sup>8</sup> Талалаев А. Н. Право международных договоров: в 2 т. Т. 1: Общие вопросы / отв. ред. Л.Н. Шестаков. М.: Зерцало, 2011. С. 4.

страх<sup>9</sup>. Нидерландский философ Бенедикт Спиноза вообще сомневался в возможности обеспечить добросовестное выполнение государствами международных обязательств и допускал самое широкое применение *clausula rebus sic stantibus* («клаузула о неизменности обст оятельств») в договорных отношениях<sup>10</sup>. Следуя в своей трактовке естественного права за Т. Гоббсом и Б. Спинозой, немецкий философ Г. Гегель утверждал, что в обществе все время происходит смена состояний верности трактатам и отказа от них, в чем заключается диалектика развития международных отношений. В то же время соблюдение трактатов он считал принципом международного права<sup>11</sup>.

Здесь уместным будет вспомнить Сан-Стефанский мирный договор, подписанный 19 февраля (3 марта) 1878 г. По справедливому замечанию Н. Н. Рутыча, «день подписания этого договора считается первым днем независимости Болгарии... Тогда же полную независимость получили и расширили свои границы Румыния, Сербия, Черногория. Россия же в Европе удовлетворилась лишь возвращением южного угла Бессарабии, уступленного после Севастопольской обороны по Парижскому мирному договору 1856 года»<sup>12</sup>.

Однако затем по инициативе министра иностранных дел Австро-Венгрии графа Дьюлы Андраши-старшего Сан-Стефанский договор был пересмотрен. В результате на Берлинском конгрессе (13 июля 1878 г.) Болгария была разделена на три части: Фракию и Македонию, которые вернулись в состав Турции, вассальное Болгарское княжество, из южной забалканской части Болгарии была создана искусственная автономная провинция Османской империи под названием Восточная Румелия. Зато Англия оккупировала Кипр, Австрия — Боснию и Герцеговину.

Новацией последнего времени, в контексте господства норм международного права над национальным законодательством, является планомерно выстраиваемая практика судебного преследования со стороны международных и иностранных органов правосудия отставных и даже действующих глав государств, а также иных лиц, занимающих высокие государственные посты. Кроме того, множатся попытки национальных судебных органов принимать решения, обязательные для исполнения иностранными государствами и международными организациями.

Человечество начало развиваться, опираясь на «парадигму силы». Однако бурное развитие происходило с использованием «парадигмы энергии», которая содержала в себе в явном виде «парадигму информации», но смены энергетической парадигмы на парадигму информационную до конца еще не произошло. Можно считать, что в 1948 г., когда американский инженер и математик Клод Шеннон предложил миру формулу информационной энтропии, человечество вступило в «информационную фазу» своего развития, хотя осознание фундаментальности информационных представлений о мире еще впереди.

Для большинства систем характерно наличие в них процессов передачи информации и управления. К наиболее сложным относятся целенаправленные системы, поведе-

<sup>9</sup> См.: Гоббс Т. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского // Гоббс Т. Соч.: в 2 т. Т. 2. М.: Мысль, 1991.

<sup>10</sup> Спиноза Б. Богословско-политический трактат // [http://www.civisbook.ru/files/File/Spinoza\\_B-P\\_tr.pdf](http://www.civisbook.ru/files/File/Spinoza_B-P_tr.pdf) (дата обращения: 5 августа 2014 г.).

<sup>11</sup> См.: Гегель Г.В.Ф. Философия права. М.: Мысль, 1990.

<sup>12</sup> Рутыч Н. К столетию Сан-Стефанского мирного договора («Посев» № 4/1978) // Россия в эпоху реформ / сост.: В. Желягин, Н. Рутыч. Франкфурт-на-Майне: Посев, 1981. С. 78.



ние которых подчинено достижению определенной цели, и самоорганизующиеся, способные в процессе функционирования менять свою структуру.

Настоящая ценность теории хаоса находится на высшем уровне — в сфере национальной стратегии. Надеяться на хаос социальных процессов как источник креативного разнообразия нельзя, так как из хаоса в обществе не всегда рождается порядок. Кроме того, порядок может родиться без нас, после нас, совсем не такой, какой мы хотим. Отсюда появляется идея управляемого хаоса, который сочетает неустойчивость и избирательную разрушительность с творением новых желательных процессов. Эта методика отчасти применялась во время проведения «цветных» революций. В этих условиях стабильность начинает пониматься не как статичная, а как динамичная категория, определяющее свойство которой — опережение негативного развития событий, их превентивное регулирование. Так, если проанализировать типологический ряд конфликтов последнего времени, то обращает на себя внимание следующее обстоятельство: ни один из них так до конца и не был урегулирован, но, тем не менее, количество подобных ситуаций растет. Следует только помнить, что без внутреннего недовольства властью, без депривации населения, его игнорирования данная методика не сможет сработать, однако может быть использована для частных целей, например для провозглашения чрезвычайного положения в целях удержания власти, что опасно и грозит победой хаоса над любыми целями, т.е. сценарий-проект управляемого хаоса может локально применяться, но последствия его применения могут быть ужасающими. Риск настолько велик, что нет цены, ради которой стоит играть с огнем<sup>13</sup>.

Для синергетики свойственно стремление выявить один главный фактор, который оказывает основное влияние на процесс движения к порядку и которому подчинены все остальные переменные. Данный фактор условно именуется «параметр порядка». Однако его действие во многом непредсказуемо, и это не позволяет непосредственно управлять развитием системы, т.е. переводить ее в иное, заранее определенное состояние.

В основу организации управляемого хаоса положена перестройка массового сознания и мировоззрения посредством жесткого воздействия современных средств манипуляций всей духовной сферой человека с применением информационных и социально-культурных технологий. Это мировая информационно-психологическая война. В ходе ее были разрушена культура солидарности, широко внедрен культ денег и социал-дарвинистских стереотипов в представления о человеке и обществе. Способность широких масс населения к сопротивлению, самоорганизации и развитию была резко снижена.

Технологии управляемого хаоса есть новый неконтролируемый в настоящее время международными организациями вид оружия массового поражения для установления мирового порядка в интересах стороны, его применяющей, инструмент в миропроектной борьбе. Еще в 1912 г. отечественный политический деятель и государствовед Ф.Ф. Кокошкин отмечал, что «наряду с государством существуют и другие союзы, внутри которых зарождаются особые правопорядки, отличные от государственного. Такие союзы могут существовать в пределах одного государства, охватывая часть его населения, но и могут распространяться на территорию нескольких государств, принимая, таким образом, интернациональный характер. Союзы эти могут стоять в различных отношениях к государству. Право некоторых из них государство признает и включает в систему своего собственного права (как, например, русское государство — право пра-

<sup>13</sup> См.: Федотова В. Управляемый хаос // URL: <http://spkurdyumov.ru/what/upravlyaemyj-haos/> (дата обращения: 5 августа 2014 г.).

вославленной церкви). Но есть и такие союзы, права которых стоят совершенно отдельно от государственного правопорядка, а иногда даже находятся в прямом противоречии с ним (непризнанные и запрещенные религиозные секты, тайные общества, живущие в пределах культурного государства некультурные племена, католическая церковь во Франции). Наконец, существует союз, который стоит над государствами и в состав которого они входят в качестве членов, подчиняясь вместе с тем и его праву (международный союз и международное право)<sup>14</sup>. Например, в современных реалиях к ним относятся Европейский союз, НАТО и т.д.

Анализ последствий воздействия данного рода технологий позволяет выделить две основные задачи организаторов их использования.

Во-первых, задача сокращения численности населения, не представляющего интерес для организаторов нового мирового порядка. «Человек, поскольку он существует в массе, не есть он сам. Во мне, поскольку я в массе, есть что-то, что не есть я сам. Дело в том, что масса низводит единичное, отдельное до уровня атома, заставляет его отказаться от своеобразия своего существования; фикция похожести господствует над всеми. Я желаю иметь то, что есть у другого, и хотел бы быть в состоянии сделать то, что может сделать другой»<sup>15</sup>.

Люди с одинаковым стандартом поведения в одинаковой ситуации примут одинаковое решение. Значит, кто формирует ситуацию и стандарты, тот формирует поведение. Фактически это и есть неограниченная власть. Завоевание мира происходит в два этапа. Первый шаг: разрушение традиционного сознания, слом вертикальных связей поколений, хранящих традиционное понимание мира. Второй шаг: на расчищенной «поляне» насаждается единый рационально-потребительский тип сознания. Общество превращается в стадо, стремящееся к одной цели — увеличить потребление.

В наш век, когда стремительно растет число средств массовой информации, человек со всех сторон слышит призывы следовать такому-то политическому курсу, путешествовать таким-то образом, покупать такие-то товары и т.д. Все это мотивируется тем, что якобы соответствует «зову истории», «духу эпохи» и т.д. и т.п.

В этих условиях люди должны владеть методом анализа высказываний предложений для того, чтобы отличать те предложения, которые несут в себе смысл, от бессмысленных и отбрасывать эти последние. Отбросить их необходимо не просто из пуританских соображений — чтобы навести чистоту и порядок в языке; необходимость устранения этих бессмысленных предложений диктуется тем, что, невзирая на свою когнитивную, познавательную бессмысленность, они могут благодаря своему высокопарному стилю будоражить человеческие чувства; толкать людей, не умеющих анализировать смысл высказываний, на необдуманные поступки. Неспособность к анализу языка может, таким образом, привести к трагическим результатам.

Во-вторых, задача ослабления или разрушения национальных государств, с захватом управления этими государствами со стороны транснациональных корпораций, транснациональных преступных синдикатов, наднациональных органов и организаций, подконтрольных инициаторам запуска технологий управляемого хаоса. При решении этой задачи имело место совмещение «мягких форм» технологий управляемого хаоса с варварскими военными агрессиями (например, Ливия, неудавшаяся попытка в

<sup>14</sup> Кокошкин Ф. Ф. Лекции по общему государственному праву / под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. М.: Зерцало, 2004. С. 126–127.

<sup>15</sup> Бегашвили А. Ф. Неопозитивизм и экзистенциализм. Тбилиси: Мецниереба, 1975. С. 20.

Сирии, Украина). Как следствие, эти процессы должны вести к концентрации контроля над финансовыми, военными и информационными ресурсами мирового сообщества со стороны организаторов управляемого хаоса.

При достижении максимальной жесткости связей система приобретает свойства самоорганизованной критичности, известной в теории катастроф. В этом состоянии система максимально чувствительна ко всем внешним и внутренним воздействиям — флуктуациям. Даже самые незначительные события могут вызвать в такой системе цепную реакцию и привести к разрушению сформировавшейся структуры, после чего начинается новый цикл самоорганизации. При этом в ее обновленной структуре теряется информация о прошлом состоянии, что и делает процесс эволюции необратимым. Такой переход системы в синергетике называется бифуркацией.

Таким образом, одна из тонкостей синергетического анализа состоит в том, что процессы, являющиеся управленческими для одной из систем, одновременно выступают как элементы самоорганизации системы более высокого порядка. Чем крупнее и сложнее системный объект, тем выше в нем удельный вес самоорганизации. В связи с этим при изучении системных объектов в международно-правовой сфере в целом синергетика может дать более ощутимый эффект, чем при исследовании ее отдельных подсистем.

Проявления правовой энтропии обоснованно связывают с наличием в правовой реальности элементов неорганизованности, вернее, дезорганизации. Причем в данном случае речь идет не о полной дезорганизации тех или иных подсистемных образований, из которых состоит правовое системное образование, а лишь об элементах дезорганизации, поскольку полная дезорганизация есть распад системы, прекращение ее функционирования.

Наиболее наглядно энтропия проявляется в функционировании интегрированных системных образований, сочетающих в своей структуре подсистемы материального (социальные — система субъектов определенной юридической деятельности) и идеального порядков (абстрактные системы, представляющие собой систему правовых норм, регулирующих ту или иную разновидность юридической деятельности).



## Библиография

- Баркер Дж. Парадигмы мышления. Как увидеть новое и преуспеть в меняющемся мире. М.: Альпина Бизнес Букс, 2007.
- Гобозов И.А. Революция или управляемый хаос? // *Философия и общество*. 2012. № 1. С. 5–25.
- Кортунов С.В. Россия в мировой политике после кризиса. М.: Красная звезда, 2011.
- Кун Т. Структура научных революций. М.: АСТ, 2009.
- Магницкий Н. А. Теория динамического хаоса. М.: ЛЕНАНД, 2011.
- Павлова Ю.В. Правовая энтропия. Владимир: ВЮИ ФСИН России, 2005.
- Теория хаоса в банке / под ред. д-ра экон. наук, проф. С.Е. Метелева. Омск: Изд-во Омского ун-та (фил.) РГТЭУ, 2011.
- Федотова В. Управляемый хаос // <http://spkurdyumov.ru/what/upravlyaemyj-haos/>.
- Хакен Г. Тайны природы. Синергетика: наука о взаимодействии. М.; Ижевск: Ин-т компьютер. исслед., 2003.
- Чернавский Д.С. Синергетика и информация: динамическая теория хаоса. М.: Либроком, 2013.

## Synergetic Paradigm of International Law Studies



**Yuliya V. Erokhina**

Associate Professor, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Legal Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: yerohina@hse.ru



### Abstract

The relevance of the topic is determined by the necessity in realizing current changes in legal science. The essence of the changes is explained by the fact that our perception of reality is based on different scientific paradigms. The world is represented as a place full of contradictions and disorder, and we are looking for a framework that will fill it with sense. Many researchers are widely using concepts and methods of synergetics, which is usually referred to as the theory of chaos in American scientific literature. Synergetics helps to study a certain aspect, connection of a legal phenomenon. Therefore, this approach can be applied not in any research, but only in those requiring studying certain aspects and features of a phenomenon. The synergetic paradigm allows revealing such new characteristics of legal systems as: openness, self-organization, nonlinearity in the development of social and legal phenomena. At the time when the harmonization of the Russian and international legal systems is a priority, the transformations in the sphere of international relations are being taken into account. The knowledge of legal entropy will give a chance not only to explain many features of self-organization, disorganization and self-government of legal systems, but to develop the approaches, techniques allowing influencing the choice of the alternative ways of their development. Laws of the chaos theory can help while studying the dynamics of the modern civilization processes. At the same time, the complexity of the environment means a number of factors, influencing the work of various social organisms. This complexity also includes variability of these factors. Nowadays, hardly any country does not depend on the global informational, financial, economic, technological systems. A similar situation influences economy, political decisions and the system of legal regulation. At the same time there is an issue with the legitimacy of applying characteristics disorder, uncertainty, disorganization to the law, which, as a tool, provides the balance in social relations, adding essential certainty. This question is quite legitimate since there is no current solution in the modern legal science.



### Keywords

Legal system, international law, national law, synergetic paradigm, synergetics, controlled chaos, legal entropy, legal negentropy, world order.

Citation: Erokhina Y. Synergetic Paradigm of International Law Studies. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 19–29. (in Russian)



### References

- Barker J. (2007) *Paradigmy myshleniya. Kak uvidet' novoe i preuspet' v menyayushchemsya mire* [Shifting the Paradigm: Giving Up Old Mental Models]. Moscow, Al'pina Biznes Buks.
- Chernavskiy D.S. (2013) *Sinergetika i informatsiya: dinamicheskaya teoriya khaosa* [Synergetics of Information: Dynamic Chaos Theory]. Moscow, Librokomp.
- Fedotova V. *Upravlyaemyy khaos* [Controlled Chaos]. Available at <http://spkurdyumov.ru/what/upravlyaemyj-haos/> (accessed 12.09.2014)
- Gobozov I.A. (2012) Revolyutsiya ili upravlyaemyy khaos? [Revolution or Controlled Chaos]. *Filosofiya i Obshchestvo*, no 1, pp. 5–25.
- Khaken G. (2003) *Tayny prirody. Sinergetika: nauka o vzaimodeystvii* [Mysteries of Nature. Synergetics; Science on Interaction]. Moscow, Izhevsk: Institut kompyuternykh issledovaniy, 320 p.
- Kortunov S.V. (2011) *Rossiya v mirovoy politike posle krizisa* [Russia in International Politics after the Crisis]. Moscow, Krasnaya Zvezda.
- Kun T. (2009) *Struktura nauchnykh revolyutsiy* [Structure of Scientific Revolutions]. Moscow, AST, 310 p.

Magnitskiy N.A. (2011) *Teoriya dinamicheskogo khaosa* [Theory of Dynamic Chaos]. Moscow, LENAND, 320 p.

Pavlova Yu.V. (2005) *Pravovaya entropiya* [Legal Entropy]. Vladimir, VYul FSIN Rossii, 114 p.

Metlev S.E. (Ed.) (2011) *Teoriya khaosa v banke* [Chaos Theory in Banking]. Omsk, Izdatel'stvo Omskogo universiteta, RGTEU, 173 p.

# Структура системы юридической ответственности

---

 **Р.Р. Хаснудинов**

доцент, заместитель начальника кафедры государственно-правовых дисциплин Самарского юридического института ФСИН России, кандидат юридических наук. Адрес: 443022, Российская Федерация, г. Самара, ул. Рыльская, д. 24В. E-mail: Khasnutdinoff@mail.ru

---

## **Аннотация**

В данной статье автор, опираясь главным образом на системный метод, попытался решить проблему структуры системы юридической ответственности. В результате автору, во-первых, удалось сформулировать понятие структуры функциональной системы в целом и структуры системы юридической ответственности в частности. Структура функциональной системы была представлена как некая архитектура системы, созданная по закономерностям механизма, обеспечивающего системные связи между ее структурными элементами (компонентами) посредством фокусированного полезного результата. Соответствующим образом эта дефиниция была спроектирована на дефиницию структуры системы юридической ответственности. Структура системы юридической ответственности предстала как некая архитектура системы юридической ответственности, созданная по закономерностям механизма, обеспечивающего системные связи между видами юридической ответственности посредством фокусированного полезного результата, формулируемого в соответствии с государственной правовой политикой, например обеспечение уровня правонарушений, соответствующего оптимальному функционированию демократического правового социального государства. Во-вторых, автор выделил специфические особенности структуры функциональной системы, спроектировав их затем на специфические особенности структуры системы юридической ответственности. Основу этих специфических особенностей составляет центральное организующее влияние фокусированного полезного результата как функциональной системы, так и системы юридической ответственности соответственно. В-третьих, исходя из понятия структуры функциональной системы в целом и структуры системы юридической ответственности в частности, а также их специфических особенностей, автор выделил структурные элементы (компоненты) системы юридической ответственности. Отдавая предпочтение отраслевому критерию, в качестве структурных элементов (компонентов) системы юридической ответственности автор выделил следующие виды юридической ответственности: конституционная, уголовная, административная, гражданско-правовая, трудовая, финансовая, семейно-правовая (как формирующийся вид юридической ответственности), уголовно-исполнительная, конституционно-процессуальная (как формирующийся вид юридической ответственности), уголовно-процессуальная, гражданско-процессуальная. Кроме того, обязательным элементом структуры системы юридической ответственности является фокусированный полезный результат, формулируемый в соответствии с государственной правовой политикой, — обеспечение уровня правонарушений, соответствующего оптимальному функционированию демократического правового социального государства.

---

## **Ключевые слова**

структура, система, функциональный элемент, компонент, фокусированный полезный результат, юридическая ответственность, правонарушение

---

Библиографическое описание: Хаснудинов Р.Р. Структура системы юридической ответственности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 4. С 30–44.

Для системного подхода к юридической ответственности в форме теоретической концепции под названием функциональной системы<sup>1</sup> весьма важными являются структурные исследования. Это сложный и многогранный процесс, предполагающий формулирование понятия структуры функциональной системы в целом и структуры системы юридической ответственности в частности, а затем выделение и научное обоснование структурных элементов (компонентов) последней, с учетом специфических особенностей.

На сегодняшний день структура рассматривается как неотъемлемый атрибут всех реально существующих объектов и систем, строение и внутренняя форма организации системы<sup>2</sup>. Тесная связь понятий системы и структуры прослеживается еще у родоначальника общей теории систем А.А. Богданова. Он призывал исследовать систему «с точки зрения как отношений всех ее частей, так и отношений ее как целого со средой». Законы организации систем по А.А. Богданову являются «единными для любых объектов, самые разнородные явления объединяются общими структурными связями и закономерностями»<sup>3</sup>. Связь понятий системы и структуры показана системологами И.В. Блаубергом и Э.Г. Юдиным в ходе описания характерных особенностей системного объекта, фиксированных в системном исследовании<sup>4</sup>.

Современные исследователи систем уже не объясняют очевидную связь понятий системы и структуры, они используют понятие «структура системы». Ю.П. Сурмин, к примеру, под структурой системы предложил понимать «совокупность устойчивых связей между элементами системы, которые обеспечивают целостность системы и тождественность самой себе». На его взгляд, «структура оказывается намного богаче состава, ибо состав отвечает на вопрос: «Из чего состоит система?», а структура обеспечивает ответ на более сложный вопрос: «Как устроена система?». Ссылаясь на дефиницию структуры, сформулированную В.И. Свидерским<sup>5</sup>, Ю.П. Сурмин делает вывод, что термин «структура» является более богатым по сравнению с термином «состав». Термин «структура» обладает способностью не только фиксировать свойства системы, но и объяснять их определенным строением системы. «Система становится системой» лишь в том случае, если ее элементы, имеющие определенную пространственную, временную и целевую организацию, определенным образом взаимосвязываются один с другим»<sup>6</sup>.

К сожалению, дефиниция структуры системы Ю.П. Сурмина состоятельна лишь в условиях понятия системы как комплекса взаимодействующих элементов<sup>7</sup>, т.е. когда взаимодействие взято в его общем виде. Но, как установил автор метода функциональной системы П.К. Анохин, «взаимодействие, взятое в его общем виде, не может сфор-

<sup>1</sup> См.: Хаснутдинов Р.Р. Проблемы методологии системного подхода к юридической ответственности: монография / отв. ред. д-р юрид. наук, проф. Р.Л. Хачатуров. Самара: Самарский юрид. ин-т ФСИН России, 2012. С. 51–55, 89–90.

<sup>2</sup> См.: Философский словарь / под ред. И.Т. Фролова. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Политиздат, 1991. С. 437.

<sup>3</sup> Богданов А.А. Предисловие // Тектология (Всеобщая организационная наука): в 2 кн. Кн. 1 / Отв. ред. Л.И. Абалкин и др. М.: Экономика, 1989. С. 9.

<sup>4</sup> См.: Блауберг И.В., Юдин Э.Г. Становление и сущность системного подхода. М.: Наука, 1973. С. 61, 62.

<sup>5</sup> В.И. Свидерский определял структуру как принцип, способ, закон связи элементов целого, систему отношений элементов в рамках данного целого. См.: Свидерский В.И. О диалектике элементов и структуры в объективном мире и познании. М.: Изд-во соц.-экон. литер., 1962. С. 18.

<sup>6</sup> Сурмин Ю.П. Теория систем и системный анализ. Киев: МАУП, 2003. С. 109.

<sup>7</sup> См. напр.: Bertalanffy L. Problems of Life. N.Y.: Harper&Row, 1960; Садовский В.Н. Основания общей теории систем. М.: Наука, 1974. С. 23, 98; Его же. Методологические проблемы исследования объектов, представляющих собой системы // Социология в СССР. Т. 1. М., 1965. С. 174.

мировать системы из «множества компонентов». Следовательно, и все формулировки понятия системы, основанные только на взаимодействии и на упорядочении компонентов, оказываются сами по себе несостоятельными»<sup>8</sup>. Таким образом, понятие структуры системы, сформулированное Ю.П. Сурминым, теряет научную состоятельность.

То же самое можно сказать и о других дефинициях структуры системы, в основе которых лежит взаимодействие в его общем виде. К примеру, авторы «Философского словаря» формулируют данное понятие как строение и внутреннюю форму организации системы, выступающую «как единство устойчивых взаимосвязей между ее элементами, а также законов данных взаимосвязей»<sup>9</sup>.

Иная картина предстает в условиях понятия функциональной системы, где инструментом, создающим упорядоченное взаимодействие элементов (компонентов) системы, является фокусированный полезный результат. Правда, по словам самого автора функциональной системы П.К. Анохина, «внесение понятия структуры в формулировку системы привносит привкус чего-то жестко структурно детерминированного». Поэтому, абстрагируясь от построения дефиниции структуры функциональной системы, он уделяет особое внимание ее структурному составу, выделяя при этом его характерные особенности<sup>10</sup>.

Тем не менее построение дефиниции структуры функциональной системы является важной частью, задачей данного этапа наших конкретно-научных исследований. Для решения этой задачи мы будем, во-первых, брать в качестве самого общего основания установленные выше ключевые моменты, сформировавшиеся в ходе длительной эволюции представлений о структуре в целом и сформулированные в условиях этих процессов дефиниции структуры и структуры системы в частности; во-вторых, опираться на положения и понятие функциональной системы; в-третьих, учитывать тот логический прием, позволяющий не вводить новое понятие, а уточнить значение уже имеющихся дефиниций<sup>11</sup>; в-четвертых, пытаться исключить те элементарные логические ошибки, представляющие собой нарушения правил определения понятий. Что касается последнего, то А.И. Уемов, например, выделяет три таких ошибки. Наиболее типичной ошибкой он считает «слишком узкое определение. Это имеет место в тех случаях, когда дефиниенс определения не охватывает необходимого множества объектов». «Противоположная ошибка — слишком широкое определение». В нашем случае она будет иметь место тогда, когда дефиниенс определения не дает возможности отличить структуру функциональной системы от структуры иного объекта. Еще одна ошибка, которую выделяет А.И. Уемов, — «круг в определении», имеющий место тогда, когда в дефиниенс определения включаются такие признаки, которые сами могут быть определены лишь с помощью данного понятия<sup>12</sup>.

Следуя этому методологическому посылу, прежде всего мы можем сказать, что структура функциональной системы — это некая архитектура системы с соответствующей четко отработанной внутренней архитектурой<sup>13</sup>. Внутренняя архитектура

<sup>8</sup> См.: Анохин П.К. Очерки по физиологии функциональных систем. М., 1975. С. 30.

<sup>9</sup> См.: Философский словарь. С. 437.

<sup>10</sup> См.: Анохин П.К. Указ. соч. С. 40, 42–43.

<sup>11</sup> См.: Философский словарь. С. 320.

<sup>12</sup> См.: Уемов А.И. Л. Фон Бергаланфи и параметрическая общая теория систем // Системный подход в современной науке. М.: Прогресс-Традиция, 2004. С. 38–39.

<sup>13</sup> Архитектура (лат. *architectura*, от греч. *architekton* — строитель) — здание, сооружение и искусство их создавать. Архитектоника (от греч. *architektonike* — строительное искусство) — художественное выражение закономерностей строения. См.: Советский энциклопедический словарь / гл. ред. А.М. Прохоров. 2-е изд. М.: Сов. энциклопедия, 1982. С. 82.



является одной из специфических особенностей структуры функциональной системы. «Такая внутренняя архитектура, — пишет П.К. Анохин, автор метода функциональной системы, — ...является непосредственным инструментом для практического применения функциональной системы в исследовательской работе... Практически система может стать методологическим принципом исследования и перебросить концептуальный мост от синтетических обобщений к аналитическим деталям только в том случае, если она будет иметь четко очерченную... достоверную и логически оправданную внутреннюю архитектуру... Внутренняя архитектура функциональной системы выражает собой дальнейшее развитие идеи взаимодействия компонентов системы, она раскрывает ее тонкие механизмы, при помощи которых компоненты системы освобождаются от избыточных степеней свободы, чтобы установить взаимосвязь с другими компонентами на основе императивного влияния результата на всю систему»<sup>14</sup>.

Кратко говоря, внутренняя архитектура функциональной системы — это закономерности механизма, создающего упорядоченное взаимодействие элементов (компонентов) системы. Поскольку центральным моментом для функциональной системы является сфокусированный полезный результат<sup>15</sup>, он составляет основу данного механизма, точнее, его закономерностей. Поэтому в создаваемую дефиницию структуры функциональной системы, помимо слов «это некая архитектура системы с соответствующей четко отработанной внутренней архитектурой», с одной стороны, следовало бы включить слова, объясняющие некоторым образом «внутреннюю архитектуру».

Однако, с другой стороны, мы должны руководствоваться сформулированным выше положением, согласно которому следует исключить те элементарные логические ошибки, представляющие собой нарушения правил определения понятий. Включая в создаваемую дефиницию объяснения «внутренней архитектуры», мы тем самым совершаем две такие ошибки — «слишком широкое определение» и «круг в определении», т.е., формулируя понятие структуры функциональной системы, пытаемся объяснить еще и «внутреннюю архитектуру». Поэтому слова «с соответствующей четко отработанной внутренней архитектурой» мы заменим словами «созданную по закономерностям механизма, обеспечивающего системные связи между структурными элементами (компонентами) посредством сфокусированного полезного результата». В результате структуру функциональной системы можно представить как некую архитектуру системы, созданную по закономерностям механизма, обеспечивающего системные связи между ее структурными элементами (компонентами) посредством сфокусированного полезного результата.

Соответствующим образом дефиниция структуры функциональной системы проектируется на дефиницию структуры системы юридической ответственности. Для этого следует к выражению «архитектура системы» добавить выражение «юридическая ответственность»; выражение «ее структурные элементы (компоненты)» заменить на выражение «виды юридической ответственности»; к выражению «сфокусированный полезный результат» добавить выражение «формулируемый в соответствии с государственной правовой политикой, например, обеспечение уровня правонарушений, соответствующего оптимальному функционированию демократического правового социального государства». Отсюда, структура системы юридической ответственности предстает как некая архитектура системы юридической ответственности, созданная по

<sup>14</sup> См.: Анохин П.К. Указ. соч. С. 44–45.

<sup>15</sup> Там же. С. 42.

закономерностям механизма, обеспечивающего системные связи между видами юридической ответственности посредством фокусированного полезного результата, формулируемого в соответствии с государственной правовой политикой, например обеспечение уровня правонарушений, соответствующего оптимальному функционированию демократического правового социального государства.

Теперь мы можем выделить специфические особенности структуры функциональной системы в целом, и структуры системы юридической ответственности, в частности.

В отношении выделения специфических особенностей структуры функциональной системы в целом следует обратиться к П.К. Анохину. Одной из главных таких специфических особенностей он считает ее динамичность. «Структурные образования, — объясняет П.К. Анохин, — составляющие функциональные системы, обладают исключительной мобилизуемостью. Именно это свойство систем и дает им возможность быть пластичными, внезапно менять свою архитектуру в поисках запрограммированного полезного результата». Еще одна специфическая особенность структуры функциональной системы заключается в том, что она «всегда гетерогенна», т.е. «всегда состоит из определенного количества узловых механизмов». Причем каждый из этих механизмов, занимая свое собственное место, является специфическим для всего процесса формирования структуры функциональной системы. Специфической особенностью структуры функциональной системы является и то, что ее структурные элементы (компоненты) не должны пониматься как самостоятельные и независимые образования. Они должны пониматься как элементы (компоненты), «чьи оставшиеся степени свободы подчинены общему плану функционирования системы, направляемому получением» фокусированного полезного результата. Каждый структурный элемент (компонент) «должен быть органическим звеном в весьма обширной кооперации с другими» структурными элементами (компонентами). И еще одной из существенных специфических особенностей структуры функциональной системы является четко отработанная ее внутренняя архитектура, о которой мы говорили выше<sup>16</sup>.

В соответствии с этими специфическими особенностями структуры функциональной системы мы можем выделить и специфические особенности структуры системы юридической ответственности:

- структура системы юридической ответственности динамична. Причем динамическая изменчивость ее структурных элементов (компонентов) продолжается до получения соответствующего фокусированного полезного результата, например, обеспечение уровня правонарушений, соответствующего оптимальному функционированию демократического правового социального государства;
- структура системы юридической ответственности гетерогенна — она состоит из определенного количества специфических для всего процесса формирования данной структуры узловых механизмов;
- структурные элементы (компоненты) системы юридической ответственности подчиняются общему плану функционирования данной системы, направляемому на получение фокусированного полезного результата, формулируемого в соответствии с государственной правовой политикой, например, обеспечение уровня правонарушений, соответствующего оптимальному функционированию демократического правового социального государства;
- структура системы юридической ответственности должна иметь четко отработанную внутреннюю архитектуру.

<sup>16</sup> См.: Анохин П.К. Указ. соч. С. 43, 44–45.

Опираясь на дефиницию структуры функциональной системы в целом и структуры системы юридической ответственности в частности, а также их специфические особенности, мы переходим к следующему этапу наших конкретно-научных исследований — конструированию структуры системы юридической ответственности.

Выделять структурные элементы (компоненты) системы юридической ответственности можно по разным критериям, например, функциональному и целевому, субъективному и субъектному и др. Однако приоритетным среди них признан отраслевой критерий. «В рамках такой классификации на основе отраслевого критерия, — считает Д.А. Липинский, — происходит наиболее крупное, первоначальное деление юридической ответственности. Отраслевой критерий позволяет выявить общие закономерности развития того или иного вида юридической ответственности, определить его юридическую природу, уяснить количество видов юридической ответственности в соответствии с отраслями отечественного права»<sup>17</sup>.

Отдавая предпочтение отраслевому критерию, в качестве структурных элементов (компонентов) системы юридической ответственности мы можем выделить следующие виды юридической ответственности: конституционную, уголовную, административную, гражданско-правовую, трудовую, финансовую, уголовно-процессуальную, уголовно-исполнительную и гражданско-процессуальную ответственность<sup>18</sup>.

В то же время для научного обоснования того или иного вида юридической ответственности как структурного элемента (компонента) системы юридической ответственности необходимо, показать не только состоятельность отраслевого критерия, а еще и соответствие каждого выделенного вида юридической ответственности специфическим особенностям структуры функциональной системы в целом, и системы юридической ответственности, в частности. Следуя этому посылу, мы можем приступить к научному обоснованию такого выделенного структурного элемента (компонента) системы юридической ответственности, как конституционная ответственность, самостоятельность которой убедительно доказывают современные исследования<sup>19</sup>.

Являясь самостоятельным видом юридической ответственности, конституционная ответственность может войти в состав системы юридической ответственности в качестве структурного элемента (компонента), но при условии ее соответствия сформулированным выше специфическим особенностям структуры функциональной системы в целом и системы юридической ответственности в частности. Поскольку основу данных специфических особенностей составило центральное организующее влияние фокусированного полезного результата функциональной системы и системы юридической ответственности соответственно, то главным условием указанного соответствия будет возможность подчинения конституционной ответственности фокусированному полезному результату,

<sup>17</sup> См.: Липинский Д.А. Виды юридической ответственности и особенности их функционирования // Антология юридической ответственности: в 5 т. Т. 1 / отв. ред. и рук. авт. кол. докт. юрид. наук., проф. Р.Л. Хачатуров. Самара: ООО «Изд. Ас. Гард», 2012. С. 227, 228.

<sup>18</sup> См.: Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Общая теория юридической ответственности. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. С. 650–652.

<sup>19</sup> См.: Витрук Н.В. Конституционная ответственность: вопросы теории и практики // Конституционно-правовая ответственность: проблемы России, опыт зарубежных стран. Научное издание / под ред. С.А. Авакьяна. М.: Изд-во МГУ, 2001. С. 33–42; Ситдиков В.Т. Конституционная ответственность: проблемы теории и практики // Юридическая ответственность в публично-правовой и частноправовой сфере: сб. матер. рос. науч.-практ. конф. (20 ноября 2009 г.). Уфа: Академия ВЭГУ, 2010. С. 106–111; Князев С.Д. Конституционная ответственность в муниципальном праве: вопросы теории и практики // Журнал российского права. 2005. № 6. С. 81–88 и др.

формулируемому в соответствии с государственной правовой политикой. Напомним, что в качестве сфокусированного полезного результата системы юридической ответственности, мы сформулировали обеспечение уровня правонарушений, соответствующего оптимальному функционированию демократического правового социального государства.

Если рассматривать содержание конституционной ответственности как это делает Н.В. Витрук, т.е. с позиции двух самостоятельных направлений своего действия, то ее вполне можно подчинить такому сфокусированному полезному результату, как обеспечение уровня правонарушений, соответствующего оптимальному функционированию демократического правового социального государства. Так, по мнению Н.В. Витрука, содержание конституционной ответственности «может иметь два самостоятельных направления своего действия». К первому направлению он относит «восстановление конституционности и конституционного порядка, непосредственная защита нарушенных основных прав, свобод и законных интересов субъектов конституционных правоотношений путем их восстановления либо надлежащей компенсации в случае невозможности восстановления прежнего правового состояния». Вторым направлением является «справедливое возмездие (кара, наказание) для нарушителей конституционных установлений<sup>20</sup>. Такое содержание конституционной ответственности, несомненно, позволяет подчинить ее обеспечению уровня правонарушений, соответствующего оптимальному функционированию демократического правового социального государства. Отсюда, в целом конституционную ответственность можно включить в состав системы юридической ответственности в качестве структурного элемента (компонента).

Аналогичным образом мы можем говорить в отношении других выделенных видов юридической ответственности и представленных нами в виде структурных элементов (компонентов) системы юридической ответственности. Так, вторым видом юридической ответственности, выделенным с учетом отраслевого критерия, является уголовная ответственность, признанная самостоятельным видом юридической ответственности<sup>21</sup>. Если к этому добавить вывод Ю.И. Бытко, что «уголовная ответственность может характеризоваться как определенная реакция государства и его органов на совершение лицом преступления»<sup>22</sup>, то ее вполне возможно подчинить сфокусированному полезному результату, формулируемому в соответствии с государственной правовой политикой. Поэтому уголовную ответственность можно считать структурным элементом (компонентом) системы юридической ответственности.

Административная ответственность — третий вид юридической ответственности, выделенный нами как структурный элемент системы юридической ответственности. Как показывают исследования, административная ответственность, с одной стороны, является самостоятельным видом юридической ответственности<sup>23</sup>, а с другой — в силу своего содержания, точнее, выполняемых функций<sup>24</sup>, может быть подчинена фокуси-

<sup>20</sup> См.: Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности. 2-е изд., испр. и доп. М.: Норма, 2009. С. 171.

<sup>21</sup> См.: Там же. С. 214–215; Липинский Д.А. Указ. соч. С. 247–254, 255.

<sup>22</sup> Бытко Ю.И. Уголовно-правовая ответственность // Уголовное право России: курс лекций: в 6 т. / под ред. Б.Т. Разгильдиева. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2004. Т. 1. Кн. 1. С. 226.

<sup>23</sup> См.: Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности. С. 200.

<sup>24</sup> См.: Аганов А.Б. Административная ответственность. М.: Статут, 2001. С. 12–13; Липинский Д.А. Указ. соч. С. 269, 271, 272, 273, 275, 276, 277; Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности. С. 202.

рованному полезному результату, формулируемому в соответствии с государственной правовой политикой. Это становится основанием для включения ее в состав системы юридической ответственности в качестве структурного элемента (компонента).

Гражданско-правовая ответственность является еще одним видом юридической ответственности, выделенным при помощи отраслевого критерия. Как и в предыдущих случаях, мы можем, ссылаясь на результаты исследований<sup>25</sup>, говорить о ее самостоятельности и возможности подчинения фокусированному полезному результату системы юридической ответственности, формулируемому в соответствии с государственной правовой политикой. Поэтому гражданско-правовую ответственность также можно считать структурным элементом (компонентом) системы юридической ответственности.

В качестве структурного элемента (компонента) системы юридической ответственности можно представить и трудовую ответственность, выделенную с учетом отраслевого критерия. При этом традиционно выделяемую дисциплинарную и материальную ответственность<sup>26</sup> Р.Л. Хачатуров и Д.А. Липинский, к примеру, считают не самостоятельными видами юридической ответственности, а разновидностями трудовой. Исходя из этого, а также из функций, выполняемых дисциплинарной и материальной ответственностью<sup>27</sup>, трудовую ответственность можно, с одной стороны, считать самостоятельным видом юридической ответственности, а с другой — подчинить фокусированному полезному результату системы юридической ответственности, формулируемому в соответствии с государственной правовой политикой. Таким образом, трудовая ответственность становится структурным элементом (компонентом) системы юридической ответственности.

Структурным элементом (компонентом) системы юридической ответственности мы можем считать и финансовую ответственность, также выделенную с учетом отраслевого критерия. Правда, в этой части мы сталкиваемся с противоречивой ситуацией, когда одни исследователи пытаются обосновать самостоятельность данного вида юридической ответственности<sup>28</sup>, а другие, напротив, опровергают эту позицию, считая финансовую ответственность разновидностью административной<sup>29</sup>. Однако это противоречие разрешается, если мы обращаемся к исследованиям Р.Л. Хачатурова и Д.А. Липинского. Признавая, что финансовая ответственность изначально «зародилась в рамках административной, а ее выделение и обособление стало закономерным итогом развития общественных отношений и законодательства», они выступают «против самостоятельности так называемых валютной, бюджетной, банковской и налоговой ответственности. Ответственность в сфере бюджетных, валютных, налоговых, банковских отноше-

<sup>25</sup> См.: Липинский Д.А. Указ. соч. С. 301, 302, 305–306, 307; Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности. С. 228.

<sup>26</sup> См. напр.: Шабуров Л.С. Теория государства и права / под ред. В.М. Корельского, В.Д. Перевалова. М.: Издат. группа «НОРМА-ИНФРА», 1998. С. 429–430; Духно Н.А., Ивакин В.И. Понятие и виды юридической ответственности // Государство и право. 2000. № 6. С. 12–13; Червонюк В.И. Теория государства и права. М.: ИНФРА-М, 2007. С. 575–576 и др.

<sup>27</sup> См.: Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Указ. соч. С. 645, 768–769, 775, 779, 781, 782, 783, 785, 786, 788.

<sup>28</sup> См., напр.: Емельянов А.С. Меры финансово-правового принуждения // Правоведение. 2001. № 6. С. 45; Финансовое право / под ред. Н.И. Химичевой. М.: Юрист, 2000. С. 294; Карасева М.В. Финансовое право. Общая часть. М.: Юрист, 1999. С. 181; Юстус О.И. Финансово-правовая ответственность налогоплательщиков — организаций: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1997; Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Указ. соч. С. 747–768; Пинигин В.А. Ответственность налогоплательщиков // Бухгалтерский учет. 1998. № 8. С. 40.

<sup>29</sup> См., напр.: Ковалюнас Д.А. О некоторых проблемах порядка применения административно-правовых санкций // Вестник ВУИТ. Сер. «Юриспруденция». Вып. 1. Тольятти, 1998. С. 190; Кузмичева Г.А., Калинина Л.А. Административная ответственность. М.: Юриспруденция, 2000. С. 7; Зимин А.В. Специфика налоговой ответственности российских организаций // Правоведение. 2001. № 6. С. 34.

ний, — утверждаю они, — не самостоятельные виды юридической ответственности, а разновидности финансовой». Финансовую ответственность в числе иных видов юридической ответственности позволяют выделить следующие критерии: во-первых, «самостоятельность соответствующей отрасли права»; во-вторых, «специфика регулируемых общественных отношений»; в-третьих, «самостоятельность и специфика финансового правонарушения»; в-четвертых, «отличительные особенности мер финансовой ответственности и особый порядок их применения»; в-пятых, «состав субъектов, наделенных правом применять меры финансовой ответственности».

Финансовая ответственность выполняет пять функций. Первая из них — регулятивная функция, осуществляющаяся «посредством формулирования обязанностей, составов правомерного поведения субъектов». Вторая функция финансовой ответственности — превентивная. Она направлена на минимизацию налоговых правонарушений. Третья функция — карательная. Способы ее осуществления достаточно разнообразны, например, к нарушителям финансового законодательства могут быть применены следующие меры: предупреждение о ненадлежащем исполнении бюджетного процесса; блокировка расходов; изъятие бюджетных средств; наложение штрафа и др. Четвертая функция — восстановительная. Последняя функция финансовой ответственности — воспитательная. Несмотря на то что ее осуществление представляется довольно проблематичным, «необходимость правового воспитания налогоплательщиков очевидна». Правда, правовое воспитание налогоплательщиков «может эффективно осуществляться только при условии справедливости самого налогового законодательства»<sup>30</sup>.

Из представленного материала видно, что финансовая ответственность является самостоятельным видом юридической ответственности, который вполне подчиним фокусированному полезному результату системы юридической ответственности. Эти аргументы становятся основанием, чтобы считать финансовую ответственность структурным элементом (компонентом) системы юридической ответственности.

Абстрагируясь пока от процессуальных видов юридической ответственности, выделенных с учетом отраслевого критерия, заострим внимание на уголовно-исполнительной ответственности, самостоятельность которой доказана исследователями и уже не ставится под сомнение<sup>31</sup>. Утвержденная в качестве самостоятельного вида юридической ответственности уголовно-исполнительная ответственность в то же время может быть подчинена фокусированному полезному результату системы юридической ответственности, формулируемому в соответствии с государственной правовой политикой. Это видно из понятия уголовно-исполнительной ответственности, сформулированного А.П. Ельчаниновым и О.Ю. Ельчаниновой. «Уголовно-исполнительная ответственность, — считают они, — это вид юридической ответственности, которая возникает за правонарушения в сфере общественных отношений по исполнению (отбыванию) всех видов уголовного наказания и иных мер уголовно-правового характера по применению к осужденным средств исправления, то есть в сфере тех отношений, которые составляют предмет правового регулирования уголовно-исполнительного права»<sup>32</sup>. Иначе го-

<sup>30</sup> Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Указ. соч. С. 748, 753, 756, 758, 762, 766, 767.

<sup>31</sup> См.: Липинский Д.А. Уголовно-исполнительная ответственность — самостоятельный вид юридической ответственности? // Проблемы российского законодательства: История и современность: матер. межрегион. науч.-практ. конф. Самара: Изд-во Самарской гуманитарной академии, 2004. С. 22.

<sup>32</sup> Ельчанинов А.П., Ельчанинова О.Ю. Уголовно-исполнительная ответственность как вид юридической ответственности: к постановке проблемы // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. Сер. «Юридические науки». 2010. № 3 (3). С. 70.

вора, если юридическая ответственность возникает за правонарушения в сфере общественных отношений по исполнению (отбыванию) всех видов уголовного наказания и иных мер уголовно-правового характера по применению к осужденным средств исправления, то ее можно подчинить такому фокусированному полезному результату, как обеспечение уровня правонарушений, соответствующего оптимальному функционированию демократического правового социального государства. Отсюда в целом уголовно-исполнительную ответственность можно включить в состав системы юридической ответственности в качестве структурного элемента (компонента).

Теперь возвратимся к таким структурным элементам (компонентам) системы юридической ответственности, как уголовно-процессуальная и гражданско-процессуальная. Поскольку уголовно-процессуальная и гражданско-процессуальная ответственность признаны самостоятельными видами юридической ответственности, их можно включить в состав системы юридической ответственности в качестве структурных элементов (компонентов), но опять-таки при условии подчинения их фокусированному полезному результату, сформулированного как обеспечение уровня правонарушений, соответствующего оптимальному функционированию демократического правового социального государства. Аргументом в пользу последнего обстоятельства могут служить выполняемые уголовно-процессуальной и гражданско-процессуальной ответственностью функции.

Итак, мы можем сделать промежуточные выводы. Во-первых, выделенные с учетом отраслевого критерия конституционную, уголовную, административную, гражданско-правовую, трудовую, финансовую, уголовно-исполнительную, уголовно-процессуальную и гражданско-процессуальную ответственность, можно считать самостоятельными видами юридической ответственности. Это показывает состоятельность отраслевого критерия. Во-вторых, каждый из них может быть подчинен фокусированному полезному результату системы юридической ответственности — обеспечению уровня правонарушений, соответствующего оптимальному функционированию демократического правового социального государства. Каждый из выделенных видов юридической ответственности соответствует специфическим особенностям структуры функциональной системы в целом, и системы юридической ответственности, в частности. В-третьих, указанные основания позволяют представить выделенные виды юридической ответственности как структурные элементы (компоненты) системы юридической ответственности.

Однако Р.Л. Хачатуров и Д.А. Липинский «в порядке постановки проблемы» выделили еще два вида юридической ответственности: семейно-правовую и конституционно-процессуальную<sup>33</sup>. В силу ряда причин конституционно-процессуальная ответственность не была признана самостоятельным видом юридической ответственности, а, значит, и структурным элементом (компонентом) системы юридической ответственности. В то же время конституционно-процессуальную ответственность с легкостью можно подчинить фокусированному полезному результату системы юридической ответственности — обеспечению уровня правонарушений, соответствующего оптимальному функционированию демократического правового социального государства. Поэтому, если работать на перспективу, т.е. считать конституционно-процессуальную ответственность формирующимся видом юридической ответственности, то ее следует включить в состав системы юридической ответственности в качестве структурного элемента (компонента). Это отнюдь не противоречит самой концепции функциональной системы.

<sup>33</sup> См.: Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Указ. соч. С. 650.

Аналогично можно решить и проблему семейно-правовой ответственности. С одной стороны, результаты исследования семейно-правовой ответственности приводят к выводу об отсутствии таковой. «В семейном праве, — объясняют Р.Л. Хачатуров и Д.А. Липинский, — налицо семейно-правовые правонарушения — уклонение от уплаты средств на содержание детей или нетрудоспособных родителей, неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по воспитанию и т.д., — за совершение которых предусмотрена административная или уголовная ответственность ... В случае нарушения общественных отношений, обеспечивающих интересы семьи и несовершеннолетних, могут наступать уголовная, административная или гражданско-правовая ответственность или применяться меры защиты. Собственно семейно-правовыми средствами обеспечения дозволенных и запрещенных действий являются лишение родительских прав и ограничение родительских прав»<sup>34</sup>. С другой стороны, те же самые исследования семейно-правовой ответственности становятся основанием считать ее формирующимся видом юридической ответственности.

Кроме того, семейно-правовая ответственность соответствует сформулированным выше специфическим особенностям структуры функциональной системы в целом и системы юридической ответственности в частности, основу которых составляет центральное организующее влияние фокусированного полезного результата функциональной системы и системы юридической ответственности соответственно. Иначе говоря, семейно-правовую ответственность можно подчинить фокусированному полезному результату системы юридической ответственности — обеспечению уровня правонарушений, соответствующего оптимальному функционированию демократического правового социального государства. Отсюда, семейно-правовую ответственность как формирующийся вид юридической ответственности можно включить в состав системы юридической ответственности в качестве структурного элемента (компонента).

Итак, исходя из проведенного исследования, мы можем представить структуру системы юридической ответственности в следующем виде: конституционная ответственность; уголовная ответственность; административная ответственность; гражданско-правовая ответственность; трудовая ответственность; финансовая ответственность; семейно-правовая ответственность (как формирующийся вид юридической ответственности); уголовно-исполнительная ответственность; конституционно-процессуальная ответственность (как формирующийся вид юридической ответственности); уголовно-процессуальная ответственность; гражданско-процессуальная ответственность; фокусированный полезный результат, формулируемый в соответствии с государственной правовой политикой — обеспечение уровня правонарушений, соответствующего оптимальному функционированию демократического правового социального государства.



## Библиография

- Агапов А.Б. Административная ответственность. М.: Статут, 2001.  
Анохин П.К. Очерки по физиологии функциональных систем. М.: Медицина, 1975.  
Блауберг И.В., Юдин Э.Г. Становление и сущность системного подхода. М.: Наука, 1973.  
Богданов А.А. Тектология (Всеобщая организационная наука): в 2 кн. Кн. 1 / отв. ред. Л.И. Абалкин и др. М.: Экономика, 1989.

<sup>34</sup> Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Указ. соч. С. 811–812.



- Бытко Ю.И. Уголовно-правовая ответственность // Уголовное право России: курс лекций: в 6 т. / под ред. Б.Т. Разгильдиева. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2004. Т. 1. Кн. 1. С. 215–242.
- Витрук Н.В. Конституционная ответственность: вопросы теории и практики // Конституционно-правовая ответственность: проблемы России, опыт зарубежных стран / под ред. С.А. Авакьяна. М.: Изд-во МГУ, 2001. С. 33–42.
- Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности. 2-е изд., испр. и доп. М.: Норма, 2009.
- Духно Н.А., Ивакин В.И. Понятие и виды юридической ответственности // Государство и право. 2000. № 6. С. 12–18.
- Ельчанинов А.П., Ельчанинова О.Ю. Уголовно-исполнительная ответственность как вид юридической ответственности: к постановке проблемы // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. Сер. «Юридические науки». 2010. № 3 (3). С. 69–71.
- Емельянов А.С. Меры финансово-правового принуждения // Правоведение. 2001. № 6. С. 42–56.
- Зимин А.В. Специфика налоговой ответственности российских организаций // Правоведение. 2001. № 6. С. 33–41.
- Карасева М.В. Финансовое право. Общая часть. М.: Юрист, 1999.
- Князев С.Д. Конституционная ответственность в муниципальном праве: вопросы теории и практики // Журнал российского права. 2005. № 6. С. 81–88.
- Ковалюнас Д.А. О некоторых проблемах порядка применения административно-правовых санкций // Вестник ВУиТ. Сер. «Юриспруденция». Вып. 1. Тольятти, 1998. С. 33–39.
- Кузмичева Г.А., Калинина Л.А. Административная ответственность. М.: Юриспруденция, 2000.
- Липинский Д.А. Виды юридической ответственности и особенности их функционирования // Антология юридической ответственности: в 5 т. Т. 1 / отв. ред. и рук. авт. кол. докт. юрид. наук., проф. Р.Л. Хачатуров. Самара: ООО «Изд. Ас. Гард», 2012. С. 220–311.
- Липинский Д.А. Уголовно-исполнительная ответственность — самостоятельный вид юридической ответственности? // Проблемы российского законодательства: История и современность: матер. межрегион. науч.-практ. конф. Самара: Изд-во Самарской гуманитарной академии, 2004. С. 22–23.
- Пинигин В.А. Ответственность налогоплательщиков // Бухгалтерский учет. 1998. № 8. С. 40–47.
- Садовский В.Н. Методологические проблемы исследования объектов, представляющих собой системы // Социология в СССР. Т. 1. М.: Мысль, 1965. С. 164–192.
- Садовский В.Н. Основания общей теории систем. М.: Наука, 1974.
- Свидерский В.И. О диалектике элементов и структуры в объективном мире и познании. М.: Изд-во соц.-эконом. литер., 1962.
- Ситдинов В.Т. Конституционная ответственность: проблемы теории и практики // Юридическая ответственность в публично-правовой и частноправовой сфере: сб. матер. рос. науч.-практ. конф. (20 ноября 2009 г.). Уфа: Академия ВЭГУ, 2010. С. 106–111.
- Советский энциклопедический словарь / гл. ред. А.М. Прохоров. 2-е изд. М.: Сов. энциклопедия, 1982.
- Сурмин Ю.П. Теория систем и системный анализ. Киев: МАУП, 2003.
- Теория государства и права / под ред. В.М. Корельского, В.Д. Перевалова. М.: Издат. группа «НОРМА-ИНФРА», 1998.
- Уемов А.И. Л. фон Берталанфи и параметрическая общая теория систем // Системный подход в современной науке. М.: Прогресс-Традиция, 2004. С. 37–52.
- Философский словарь / под ред. И.Т. Фролова. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Политиздат, 1991.
- Финансовое право / под ред. Н.И. Химичевой. М.: Юрист, 2000.
- Хаснутдинов Р.Р. Проблемы методологии системного подхода к юридической ответственности: монография / отв. ред. д-р юрид. наук, проф. Р.Л. Хачатуров. Самара: Самарский юрид. ин-ут ФСИН России, 2012.
- Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Общая теория юридической ответственности: монография. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007.

Червонюк В.И. Теория государства и права. М.: ИНФРА-М, 2007.

Юстус О.И. Финансово-правовая ответственность налогоплательщиков-организаций: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1997.

Bertalanffy L. *Problems of Life*. N.Y.: Harper&Row, 1960.

---

## Structure of the Legal Liability System



**Renat Khasnutdinov**

Associate Professor, Deputy Head of the Department of State Law Disciplines, Samara Juridical Institute, Candidate of Legal Sciences. Address: Ryl'skaya Str., 24, 443022, Samara, Russian Federation. E-mail: Khasnutdinoff@mail.ru



### Abstract

In this article the author relying mainly on the systematic method tried to solve the problem of the structure of the legal liability system. As a result, the author managed to formulate the concept of the structure of functional system in general, and the concept of the structure of the legal liability system in particular. The structure of the functional system was presented as a certain architecture of system created under the mechanism providing system communication between its structural elements (components) by means of the targeted useful result. This definition was projected on the definition of the structure of the legal liability system. The structure of the legal liability system appeared as a certain architecture of the legal liability system created under the mechanism providing system relations between the types of legal liability by means of the focused useful result formulated according to the state legal policy, for example, ensuring the level of offences corresponding to the optimum performance of the democratic constitutional social state. Secondly, the author specified the features of functional system, having designed them on the specific features of the structure of legal liability system. The basis of these specific features is made by the central organizing influence of the focused useful result of both functional system, and legal liability system respectively. Thirdly, proceeding from the concept of functional system structure in general, and structures of system of legal liability, in particular, and their specific features, the author specified structural elements (components) of the legal liability system. Giving preference to a branch criterion, as structural elements (components) of legal liability system, the following types of legal liability were specified: constitutional; criminal; administrative; civil legal; labor; financial; family and legal (as a forming type of legal liability); criminal and executive; constitutional and procedural (as a forming type of legal liability); criminal procedure; civil and procedural. Besides, an obligatory element of structure of the legal liability system is the focused useful result formulated according to the state legal policy — ensuring the level of offences corresponding to the optimum performance of the democratic constitutional social state.



### Keywords

Structure, system, functional element, component, focused useful effect, legal liability.

Citation: Khasnutdinov R. Structure of the Legal Liability System. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 30–44. (in Russian)



### References

- Agapov A.B. (2001) *Administrativnaya otvetstvennost'* [Administrative Liability]. Moscow, Statut, 558 p.
- Anokhin P.K. (1975) *Ocherki po fiziologii funktsional'nykh sistem* [Essays on the Physiology of Functional Systems]. Moscow, *Meditsina*, pp. 17-59.
- Bertalanffy L. (1960) *Problems of Life*. N.Y., Harper&Row.
- Blauberg I.V., Yudin E.G. (1973) *Stanovlenie i sushchnost' sistemnogo podkhoda* [Development and Essence of System Approach]. Moscow, Nauka, 271 p.

- Bogdanov A.A. (1989) *Tektologiya (Vseobshchaya organizatsionnaya nauka). V 2-kh kn.: kn. 1* [Tectology (General Science on Organizing) in Two Books. Book 1]. Moscow, Ekonomika.
- Bytko Yu.I. (2004) *Ugolovno-pravovaya otvetstvennost'* [Criminal Law Liability]. *Ugolovnoe pravo Rossii: kurs lektsiy. V 6 t. / pod red. B.T. Razgill'dieva* [Criminal Law of Russia. Course of Lectures in 6 Volumes. B.T. Razgill'diev (ed.)]. Saratov, Izd. GOU VPO «Saratovskaya gosudarstvennaya akademiya prava», pp. 215–242.
- Chervonyuk V.I. (2007) *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of State and Law]. Moscow, INFRA-M, 256 p.
- Dukhno N.A., Ivakin V.I. (2000) *Ponyatie i vidy yuridicheskoy otvetstvennosti* [Concept and Types of Legal Liability]. *Gosudarstvo i Pravo*, no 6. pp. 12–18.
- El'chaninov A.P., El'chaninova O.Yu. (2010) *Ugolovno-ispolnitel'naya otvetstvennost' kak vid yuridicheskoy otvetstvennosti: k postanovke problemy* [Penal Liability as a type of Legal Liability]. *Vektor nauki Tol'yattinskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Yuridicheskie nauki* [Vector of Science of the Togliatti State University. Series: Legal Sciences], no 3 (3), pp. 69–71.
- Emel'yanov A.S. (2001) *Mery finansovo-pravovogo prinuzhdeniya* [Measures of Financial Law Enforcement]. *Pravovedenie*, no 6. pp. 42–56.
- Frolov I.T. (Ed.) (1991) *Filosofskiy slovar'* [Philosophic Dictionary]. Moscow, Politizdat, 719 p.
- Karaseva M.V. (1999) *Finansovoe pravo. Obshchaya chast'* [Financial Law. General Part]. Moscow, Yurist, 304 p.
- Khimicheva N.I. (Ed.) (2000) *Finansovoe pravo* [Financial Law]. Moscow, Yurist, 749 p.
- Khasnutdinov R.R. (2012) *Problemy metodologii sistemnogo podkhoda k yuridicheskoy otvetstvennosti: monografiya* [Issues of Methodology of System Approach to Legal Liability: Monograph]. Samara, Samarskiy yuridicheskiy institut FSIN Rossii, 110 p.
- Khachaturov P.L., Lipinskiy D.A. (2007) *Obshchaya teoriya yuridicheskoy otvetstvennosti: monografiya* [General Theory of Legal Liability. Monograph]. Saint Petersburg, Izdatel'stvo R. Aslanova «Yuridicheskiy tsentr Press», 950 p.
- Knyazev S.D. (2005) *Konstitutsionnaya otvetstvennost' v munitsipal'nom prave: voprosy teorii i praktiki* [Constitutional Liability in Municipal Law: Questions of Theory and Practice]. *Zhurnal Rossiyskogo Prava*, no 6, pp. 81–88.
- Korel'skii V.M., Perevalov V.D. (Eds.) (1998) *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of Law and State]. Moscow, Izdatel'skaya gruppa NORMA-INFRA, 616 p.
- Kovalyunas D.A. (1998) *O nekotorykh problemakh poryadka primeneniya ad-ministrativno-pravovykh sanktsiy* [On some Problems of Applying Administrative Law Sanctions]. *Vestnik VUI.T. Ser. «Yurisprudentsiya», Vyp. 1* [Bulletin of VUI.T. Series Law, issue 1]. Togliatti, pp. 33–39.
- Kuzmicheva G.A., Kalinina L.A. (2000) *Administrativnaya otvetstvennost'* [Administrative Liability]. Moscow, Yurisprudentsiya, 464 p.
- Lipinskiy D.A. (2012) *Vidy yuridicheskoy otvetstvennosti i osobennosti ikh funktsionirovaniya* [Types of Legal Liability and their Functioning]. *Antologiya yuridicheskoy otvetstvennosti: v pyati tomakh* [Anthology of Legal Liability in Five Volumes. R.L. Khachaturov (ed.)]. Volume 1. Samara, OOO «Izd. As. Gard», pp. 220–311.
- Lipinskiy D.A. (2004) *Ugolovno-ispolnitel'naya otvetstvennost' – samostoyatel'nyy vid yuridicheskoy otvetstvennosti?* [Penal Liability – a new Legal Liability?]. *Proceedings of International Conference: Problemy rossiyskogo zakonodatel'stva: Istoriya i sovremennost'*. Samara, Izd. Samarskoy gumanitarnoy akademii, pp. 22–23. (in Russian)
- Pinigin V.A. (1998) *Otvetstvennost' nalogoplatel'shchikov* [Liability of Taxpayers]. *Bukhgalterskiy Uchet*, no 8. pp. 40–47.
- Prokhorov A.M. (Ed.) (1982) *Sovetskiy entsiklopedicheskiy slovar'* [Soviet Encyclopedic Dictionary]. Moscow, Sovetskaya entsiklopediya, 1600 p.
- Sadovskiy V.N. (1965) *Metodologicheskie problemy issledovaniya ob"ektov, predstavlyayushchikh soboy sistemy* [Methodological Issues of Research for Objects Representing Systems]. *Sotsiologiya v SSSR* [Sociology in the USSR]. Vol. 1. Moscow, Mysl', pp. 164–192.
- Sadovskiy V.N. (1974) *Osnovaniya obshchey teorii sistem* [Fundamentals of the General Theory of Systems]. Moscow, Nauka, 279.

- Sitdikov V.T. (2010) Konstitutsionnaya otvetstvennost': problemy teorii i praktiki [Constitutional Liability: Issues of Theory and Practice]. *Proceedings of Russian Research Conference: Yuridicheskaya otvetstvennost' v publichno-pravovoy i chastnopravovoy sfere. November 20, 2009, Ufa*, VEGU Academy, pp. 106–111.
- Sviderskiy V.I. (1962) *O dialektike elementov i strukturnykh v ob"ektivnom mire i poznanii* [On the Dialectics of Elements and Structure in Objective World and Cognition]. Moscow, Izd sotsial'no-ekonomicheskoy literatury.
- Surmin Yu.P. (2003) *Teoriya sistem i sistemnyy analiz* [Theory of Systems and System Analysis]. Kiev: MAUP, 363 p.
- Uemov A.I. (2004) *L. Von Bertalanfi i parametricheskaya obshchaya teoriya sistem* [von Bertalanffy and Parametric General Theory of Systems]. *Sistemnyy podkhod v sovremennoy nauke* [System Approach in Modern Science]. Moscow, Progress-Traditsiya, pp. 37–52.
- Vitruk N.V. (2001) Konstitutsionnaya otvetstvennost': voprosy teorii i praktiki [Constitutional Liability: Questions of Theory and Practice]. *Konstitutsionno-pravovaya otvetstvennost': problemy Rossii, opyt zarubezhnykh stran. Nauchnoe izdanie / pod red. S.A. Avak'yana* [Constitutional Law Liability: Issues of Russia, Foreign Experience. S.A. Avak'yan (ed.)]. Moscow, MSU, pp. 33–42.
- Vitruk N.V. (2009) *Obshchaya teoriya yuridicheskoy otvetstvennosti* [General Theory of Legal Liability]. Moscow, Norma, 432 p.
- Yustus O.I. (1997) *Finansovo-pravovaya otvetstvennost' nalogoplatel'shchikov – organizatsiy: dis. ... kand. yurid. nauk* [Financial Liability of Entities as Taxpayers (Summary of Doctoral Dissertation)]. Saratov.
- Zimin A.V. (2001) Spetsifika nalogovoy otvetstvennosti rossiyskikh organizatsiy [Specifics of Tax Liability in Russian Organizations]. *Pravovedenie*, no 6. pp. 33–41.

# Шариатские суды: современная практика и перспективы в России\*

---



**Л.Р. Сюкияйнен**

профессор кафедры теории права и сравнительного правоведения факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20. E-mail: Lsukiyainen@hse.ru

---



## Аннотация

Статья посвящена анализу теоретических основ шариатского правосудия, современной практики действия шариатских судов в мусульманских и западных странах, а также обоснованию перспектив их создания и функционирования в России. Показано место шариатских судов в судебной системе средневекового мусульманского государства. В настоящее время шариатские суды заметно отличаются от аналогичных структур, которые существовали в прежние исторические эпохи. Организация и практика функционирования этих институтов позволяют выделить характерные особенности современного шариатского правосудия. Нынешняя роль шариатских судов в мусульманских странах прямо зависит от места шариата в их правовых системах. Шариатская модель правосудия была известна странам Запада еще в Средние века. В настоящее время шариатские суды продолжают функционировать в некоторых из них. Различаются их две основные разновидности. Первая представлена так называемыми неофициальными шариатскими судами, которые являются религиозными или общественными организациями. Их решения, как правило, не обладают юридической силой. Вторую составляют шариатские суды, действующие на основе и в рамках законодательства. Примером таких органов могут служить арбитражные трибуналы в Великобритании, применяющие отдельные нормы шариата при рассмотрении гражданских и семейных споров. В России шариатские институты разрешения споров возникли еще в конце XVIII в., но получили широкое развитие только во второй половине XIX в. В той или иной форме они действовали в нашей стране до конца 20-х годов прошлого столетия. Затем в течение десятилетий они фактически существовали, но их решения не имели юридической силы. С 1990-х годов в России вновь стали возникать шариатские суды в качестве религиозных или общественных организаций. Нередко их практика носит противоправный характер. Российское законодательство создает юридическую базу для образования шариатских институтов разрешения споров в форме третейского суда и института медиации. Такие структуры могут стать альтернативой нелегальным шариатским судам и способствовать утверждению правовых начал в среде российских мусульман.

---



## Ключевые слова

шариат, шариатские суды, фикх, правовая доктрина, адат, акт об арбитраже, арбитражный суд, альтернативные способы разрешения спора, медиация

---

Библиографическое описание: Сюкияйнен Л.Р. Шариатские суды: современная практика и перспективы в России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 4. С. 45–62.

---

\* Данное научное исследование (проект № 14-01-0113 «Государство, право и ислам в современной России») выполнено при поддержке Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2014/2015 гг.

В последнее время тема шариатских судов достаточно часто привлекает внимание российских СМИ. Профессиональные юристы и правоведа-исследователи редко принимают участие в дискуссии, которую ведут, главным образом, журналисты, религиозные деятели, эксперты по политическим вопросам. Очевидно, поэтому указанный вопрос освещается поверхностно, с опорой на чисто эмоциональные, предвзятые и политически ангажированные оценки. Подчас сам предмет разговора точно не обозначается, принципиально разные стороны проблематики шариатских судов смешиваются. Все это диктует необходимость юридически корректного анализа основ шариатского правосудия и практики деятельности шариатских судов, а также возможностей их создания в нашей стране.

## Шариатское правосудие: практика мусульманских стран

Тематика правосудия и судебного процесса всегда занимала особое место в разработках фикха — исламской науки о правилах внешне выраженного поведения людей<sup>1</sup>. Показательно, что знаменитое письмо халифа Омара ибн аль-Хаттаба о правосудии<sup>2</sup> касается всех ключевых вопросов шариата. Комментарий к этому краткому документу объемом всего в несколько десятков строк занимает сотни страниц одного из самых выдающихся произведений средневекового фикха, принадлежащего перу крупнейшего мусульманского правоведа Ибн аль-Каййима аль-Джавзийи. Разъясняя смысл письма халифа, автор, по сути, детально излагает всю исламскую правовую теорию<sup>3</sup>.

Одновременно в организации и деятельности шариатских судов (судов кади) наиболее ярко проявляются характерные черты исламского права. Под ним следует понимать разработанные фикхом нормы (они также именуются фикхом), которые отвечают предъявляемым праву критериям. Прежде всего, речь идет об источнике исламского права, которым на протяжении многих веков выступала доктрина. Именно на произведения мусульманских правоведов ссылались шариатские судьи (кади) в своих решениях<sup>4</sup>.

Неслучайно шариатские суды в качестве государственных институтов играли решающую роль в реализации исламского права. Ведь фикх видит основное предназначение власти в претворении шариата, а эта задача решается главным образом в деятельности органов правосудия. Современная исламская правовая мысль, принимая концепцию разделения властей, подчеркивает, что ведущей из них является не законодательная, а судебная власть. Получается, что практическое действие норм шариата немислимо без органов шариатского правосудия, берущих на себя выполнение главной функции исламского государства.

В течение столетий в большинстве мусульманских стран именно шариатские суды составляли стержень судебной системы и брали на себя роль гаранта претворения шариата. Ситуация начала меняться со второй половины XIX в., когда глубокие полити-

<sup>1</sup> О понятии фикха и его соотношении с шариатом см.: *Сюкияйнен Л.Р.* Исламское право: взаимодействие юридического и религиозного начал // Ежегодник либертарно-юридической теории. 2007. Вып. 1. С. 97–106.

<sup>2</sup> См. рус. пер.: Антология мировой правовой мысли: в 5 т. Т. I. Античный мир и Восточные цивилизации. М.: Мысль, 1999. С. 681–682.

<sup>3</sup> См.: *Ибн аль-Каййим аль-Джавзийи.* Наставление для выступающих от имени Господа Миров. Ч. 1. Бейрут: б/и, б/г. С. 86–383; Ч. 2. С. 3–182 (на араб. яз.).

<sup>4</sup> См.: *Сюкияйнен Л.Р.* Шариатское правосудие: теоретические основы и практика // Отечественные записки. 2003. № 2 (11). С. 328–336.

ко-административные и правовые реформы в Османской империи и Египте привели к тому, что исламское право в наиболее развитых мусульманских странах уступило центральное место в правовой системе законодательству европейского образца<sup>5</sup>. В результате таких перемен шариатские суды существенно модифицировались. В большинстве указанных стран их юрисдикция стала ограничиваться рассмотрением вопросов личного статуса мусульман.

Реформы XIX в. определяют специфику органов шариатского правосудия, которые функционируют в мусульманском мире сегодня. Много зависит от того места, которое исламское право занимает в правовом развитии конкретной страны. Чем оно шире, тем последовательнее шариатские принципы правосудия реализуются в судебной системе. Однако даже с учетом имеющихся модификаций данные органы существенно отличаются от традиционных шариатских судов, действовавших в средневековых мусульманских государствах, и, тем более, от идеальной модели шариатского правосудия, разработанной традиционным фикхом.

В настоящее время организация шариатских судов и применяемые ими процессуальные правила сочетают традиционные исламские нормы и институты с формами, характерными для современного европейского права. В частности, если традиционное шариатское правосудие строилось на единоличном рассмотрении спора судьей-кади, то сейчас нормой является коллегиальное разрешение дел. В Средние века шариатские суды функционировали на одном уровне, а выносимые ими решения в принципе считались окончательными и пересмотру не подлежали. В наши дни во всех мусульманских странах, где действуют такие суды, имеется многоуровневая система органов шариатского правосудия, которая предусматривает возможность, а в некоторых случаях — даже необходимость обжалования решений, принятых судами первой инстанции.

С учетом указанных изменений и современного опыта конкретных мусульманских стран под шариатским правосудием ныне следует понимать не какую-то конкретную форму суда, а такую его модель, которая отличается вполне определенными связанными с шариатом признаками. Прежде всего, шариатское правосудие предполагает регулярное применение судом норм шариата (исламского права), а также использование особых правил процесса, разработанных исламской правовой доктриной. Кроме того, к таким признакам логично отнести некоторые принципы организации подобного суда, в частности, требования, предъявляемые к судьям.

В настоящее время трудно где-либо встретить орган правосудия, полностью отвечающий всем этим условиям. Однако в различных мусульманских странах действуют суды, в организации и деятельности которых эти требования в той или иной мере реализуются. Принимая во внимание указанные выше критерии, можно выделить несколько вариантов современных шариатских судов, точнее, форм реализации шариатской модели правосудия или ее элементов в современных судебных системах мусульманских стран.

Так, в некоторых из них все суды общей юрисдикции называются шариатскими. Однако на деле отнюдь не всегда эти органы являются шариатскими судами в точном смысле. Например, в Саудовской Аравии суды общей юрисдикции не просто именуются шариатскими, но и являются таковыми. В этой стране, согласно Низаму (Регламенту) о правосудии все суды обязаны применять, прежде всего, шариат и только после него — государственные нормативные акты, которые ему не противоречат. Поэтому

<sup>5</sup> См.: Сюкияйнен Л.Р. Исламское право в правовых системах мусульманских стран: от доктрины к законодательству // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2008. № 2. С. 97–109.

даже административные и специальные суды в Королевстве могут без серьезных оговорок считаться шариатскими. Действующее здесь процессуальное законодательство, как для общих, так и для административных судов закрепляет многие шариатские предписания. Кроме того, оно допускает назначение судьями только лиц, имеющих свидетельство о шариатском образовании либо приравненный к нему диплом.

Особенностью судебной системы Пакистана является то, что она включает созданный в 1980 г. Федеральный шариатский суд, который выступает органом конституционного контроля, поскольку уполномочен проверять соответствие всех принимаемых в стране законов нормам шариата. Одновременно данный суд является апелляционной инстанцией по отношению к приговорам судов общей юрисдикции, вынесенных по законодательству, которое предусматривает шариатские наказания за отдельные преступления. Отметим, что в Пакистане в 1981 г. был принят специальный закон о процессуальных правилах, применяемых Федеральным шариатским судом.

В некоторых современных мусульманских странах (например, в Иордании, Ираке, Ливане) имеются самостоятельные шариатские суды для разрешения споров по вопросам личного статуса мусульман на основе исламского права, действующего в форме законодательства или традиционной доктрины. В Египте подобные суды называются семейными, но, по существу, они также могут быть отнесены к шариатским органам правосудия.

Судебные системы таких стран, как Ливия, Кувейт, ОАЭ не включают особые шариатские суды и в целом ориентируются на европейские, а не на шариатские традиции. Однако суды общей юрисдикции здесь обращаются к отдельным принципам шариатского правосудия, например, при разрешении споров по вопросам личного статуса между мусульманами. Интересно, что гражданско-процессуальное законодательство нередко содержит специальные разделы, положения которых применяются при рассмотрении подобных дел и отличаются от общих правил гражданского процесса.

Кроме того, иногда нормы исламского судебного права применяются общими судами и при рассмотрении уголовных дел, допускающих возможность вынесения приговоров по шариату. Такая практика имеет место в Ливии, ОАЭ и, как отмечалось, в Пакистане. В таком случае данные органы правосудия приобретают черты шариатского суда, поскольку не только применяют нормы исламского материального права, но и придерживаются шариатских правил процесса, в частности, при оценке доказательств.

В качестве примера достаточно упомянуть принятый в 1984 г. в Пакистане закон о свидетельских показаниях, отвечающих шариатским критериям и принимаемых судом при рассмотрении преступлений, за совершение которых предусмотрены шариатские санкции. Назовем также принятые в Ливии в 1972–73 гг. законы о шариатской ответственности за кражу и разбой, внебрачные сексуальные отношения, употребление алкоголя, которые предусматривают традиционные шариатские правила доказывания данных преступлений.

Это важное качество институтов шариатского правосудия объясняет, почему к ним не могут быть отнесены любые суды общей юрисдикции в мусульманских странах. Ведь они не только лишь эпизодически обращаются к шариатским нормам (например, при рассмотрении исков исламских предпринимательских структур, совершающих сделки с учетом требований шариата), но и делают это в рамках общих правил процесса, не учитывающих шариатских критериев.

Важно иметь в виду, что принципы шариатского правосудия частично действуют в тех немусульманских странах Азии и Африки, где мусульмане составляют меньшин-



ство, но традиционно пользуются правом регулировать отношения своего личного статуса по нормам шариата. Показательным примером могут быть Индия, Израиль или ЮАР, где работают шариатские суды, применяющие шариат при рассмотрении брачно-семейных вопросов мусульман.

## Шариатские суды на Западе

Шариатская модель правосудия давно известна и Западной Европе, где ее модификации достаточно долго функционировали в прошлом. В особой степени это относится к Испании, отдельные регионы которой в Средние века подверглись мусульманскому завоеванию и серьезному влиянию исламской культуры, в том числе и правовой. На протяжении нескольких столетий здесь действовали в той или иной форме шариатские суды. Не следует забывать и о том, что ряд современных европейских стран в течение определенного времени находился под властью Османской империи, влияние которой распространялось на их правовые и судебные системы. Это касалось и шариатских судов.

Но отнюдь не этот исторический опыт шариатского правосудия привлекает внимание общественного мнения в Европе в последние годы. Речь идет о другом — о практике создания и функционирования шариатских судов в современных западноевропейских странах. Это является прямым следствием быстрого роста численности мусульманских меньшинств, которые играют все более заметную роль в общественно-политической и даже правовой жизни указанных государств. Как известно, данные процессы сопровождаются конфликтами, в основе которых лежат существенные различия между исламской и европейской правовой культурой. На этом фоне практика действия институтов шариатского правосудия не может быть оценена однозначно. Более того, опыт функционирования таких органов на деле способен усилить такое противостояние.

В целом современная практика стран Запада позволяет выделить две основные формы действующих здесь шариатских судов. Первая представлена органами разрешения споров, которые создаются на основе законодательства той или иной страны. Вторая сводится к фактически существующим религиозным или общественным институтам, именуемым шариатскими судами, но не включенным в признаваемую законом систему разрешения споров о праве. Кроме того, можно встретить институты, которые в своей деятельности сочетают функции полноценного суда и религиозной организации.

Пожалуй, единственной европейской страной, где шариатская модель правосудия реализуется не только в форме религиозных или общественных институтов, но и в виде органов судебного или альтернативного разрешения споров в рамках закона, является Великобритания.

С 80-х гг. истекшего столетия в Великобритании стали возникать структуры шариатского правосудия. Первым в 1982 г. был создан Исламский шариатский совет в г. Лейтоне. В настоящее время, как считают эксперты, подобных институтов более 80. Большинство таких судов по своей правовой форме являются общественными (иногда — благотворительными) структурами, а их решения не имеют юридической силы. В подавляющем числе случаев они рассматривают семейные и незначительные имущественные споры. По имеющимся данным, более 90% всех решений данных судов касаются расторжения брака и его последствий<sup>6</sup>. При этом они применяют предписания

<sup>6</sup> См.: <http://www.fawcettsociety.org.uk/wp-content/uploads/2013/05/Women's-Equality-in-the-UK-A-health-check.pdf>

шариата, которые часто вступают в прямое противоречие с британским законодательством. Ориентация указанных шариатских судов на рассмотрение брачно-семейных и наследственных дел по шариату, а также их решения по этим вопросам вопреки закону предопределяют отношение к ним общественного мнения в Великобритании.

В стране господствует негативная оценка деятельности неофициальных шариатских судов, прямо повлиявшая на восприятие широко известной лекции Архиепископа Кентерберийского Роуэна Уильямса, с которой он выступил в феврале 2008 г.<sup>7</sup> Все свое выступление священнослужитель посвятил проблеме взаимодействия британского и исламского права. Он высказался за то, чтобы не только официально признать за мусульманами возможность следовать нормам шариата, но и включить некоторые из этих правил в правовую систему страны. По его мнению, нет причин, по которым основанные на шариатских принципах решения не могут приниматься национальными судами Великобритании.

Такая позиция высокого религиозного деятеля встретила почти единодушную резкую критику со стороны не только представителей СМИ, но и парламентариев. Их главные аргументы сводились к тому, что нормы шариата используются для обоснования дискриминации женщин и фактической полигамии, запрета мусульманкам вступать в брак с немусульманами, легализации принудительных браков, ограничения прав женщин после развода. Противники шариатских судов настаивают на том, что мусульманки обращаются в эти органы не добровольно, а по принуждению, поскольку мусульманские общины фактически запрещают им искать защиты своих прав в государственном суде.

В декабре 2008 г. в Великобритании развернулась кампания под лозунгом «Одно право для всех». Ее активисты в категорической форме отвергают шариат и шариатские суды. Такая позиция имеет под собой весомые основания в виде решений ряда таких судов, не отвечающих современным представлениям о праве и справедливости. Но вряд ли допустимо распространять справедливую критику деятельности конкретных институтов на модель шариатского правосудия в целом. Нельзя забывать, что кроме нелегальных шариатских судов, творящих произвол, имеются и другие, которые работают юридически грамотно и реально функционируют в правовом поле Великобритании на основе ее законодательства.

Речь идет о шариатских судах, которые образуются и функционируют в соответствии с Актом об арбитраже 1996 г. Он допускает создание арбитражного трибунала по соглашению сторон, которые по собственной инициативе обращаются к нему за разрешением своего спора и готовы добровольно исполнить решение такого органа. Важно, что в форме арбитражного разбирательства не могут разрешаться споры, касающиеся публичных интересов или требующие серьезного разбирательства. Поэтому, например, уголовные дела не охватываются юрисдикцией арбитражного трибунала, который вправе рассматривать лишь гражданские споры между лицами, да и то с некоторыми ограничениями.

Стороны спора, рассматриваемого арбитражным трибуналом, обладают достаточно широкими возможностями самим устанавливать процессуальные правила разрешения конфликта. Более того, они вправе выбирать право, применимое к их спору. Именно эти условия дают возможность отдельным религиозным сообществам создавать арбитражные органы, применяющие не право Англии, Уэльса или Северной Ирландии, а правовые традиции, сложившиеся у соответствующей конфессии. Известно, что такой

---

<sup>7</sup> Текст лекции см.: <http://rowanwilliams.archbishopofcanterbury.org/articles.php/1137/archbishops-lecture-civil-and-religious-law-in-england-a-religious-perspective>

возможностью давно пользуются иудейские общины. Их члены регулярно обращаются за разрешением своих споров к применяющему иудейское право арбитражному трибуналу, именуемому «Бет Дин» (Дом Суда).

К подобным арбитражным органам относятся около двух десятков исламских институтов, которые принято именовать шариатскими судами. Среди них одним из самых авторитетных является Мусульманский арбитражный трибунал, созданный в 2007 г. Он рассматривает несколько категорий дел — случаи принудительных браков и домашнего насилия, семейные споры, коммерческие и долговые споры, наследственные дела и конфликты в мечетях. Интересно отметить, что в соответствии с Актом об арбитраже 1996 г. данный трибунал не занимается разрешением споров, связанных с разводом. Процессуальные правила, применяемые при рассмотрении дел, разработаны им самим. Важно подчеркнуть, что согласно этим правилам при формулировании своих решений трибунал принимает во внимание законы Англии и Уэльса, а также выводы признаваемых школ исламского права<sup>8</sup>.

Однако в целом общественное мнение в Великобритании, да и в большинстве других странах Запада, плохо знакомо с практикой шариатских арбитражных трибуналов и однозначно негативно оценивает опыт шариатское правосудия в целом, сводя его к противоправным решениям неофициальных шариатских судов по брачно-семейным вопросам.

Аналогичный односторонний взгляд на шариатские суды в решающей степени повлиял на функционирование так называемого религиозного арбитража в другой западной стране — Канаде. Здесь в провинции Онтарио действует Акт об арбитраже 1991 г., который по своему содержанию и общей направленности близок упомянутому выше английскому Акту 1996 г. Правда, между ними есть существенная разница: канадский акт прямо предусматривает арбитражное рассмотрение семейных споров. Причем арбитражное соглашение по этим вопросам считается местным (внутренним) контрактом, предусмотренным Актом о семейном праве 1990 г., и подлежит исполнению в соответствии с ним. Однако оба акта об арбитраже до 2006 г. совпадали в том, что стороны арбитражного разбирательства сами определяют право, применяемое для разрешения их спора.

С учетом данного положения к началу третьего тысячелетия в провинции Онтарио были образованы и функционировали арбитражные органы профессиональной или этнической направленности. В частности, действовали арбитражи для иудеев, приверженцев различных ветвей христианства и даже для канадских аборигенов.

В 2003 г. Конгресс мусульман Канады принял решение образовать подобную структуру для мусульман. Вскоре с этой целью был учрежден Исламский институт юстиции, который объявил, что в его рамках начинает функционировать шариатский арбитраж, применяющий Акт об арбитраже 1991 г. Однако такая инициатива вызвала резкую негативную реакцию общественного мнения и властей провинции. В 2005 г. премьер-министр Онтарио внес в провинциальную легислатуру законопроект, исключавший возможность применения арбитражными структурами норм шариата для разрешения семейных дел. В феврале следующего года в акты об арбитраже и семейном праве Онтарио были внесены важные изменения. Они предусматривают, что вопреки общему правилу арбитраж по семейным вопросам должен руководствоваться исключительно правом Онтарио или иной канадской юрисдикции. Одновременно установлено, что

<sup>8</sup> См.: [http://www.matribunal.com/procedure\\_rules.html](http://www.matribunal.com/procedure_rules.html)

указанный арбитраж подчиняется нормам обоих актов, а в случае конфликта между ними действуют положения Акта о семейном праве.

В итоге Акт об арбитраже Онтарио после его изменения не допускает свободного выбора сторонами в семейном споре права, которое для его разрешения применяет семейный арбитраж. Тем самым исключается возможность образования шариатского арбитража по семейным спорам. В таком же положении оказались и иные так называемые религиозные арбитражные органы, рассматривающие семейные конфликты.

Важно иметь в виду, что запрет на свободный выбор сторонами применимого к их спору права ограничивается семейными вопросами. Поэтому религиозные арбитражи иного профиля могут создаваться. Это относится и к шариатским арбитражным институтам. Но это не беспокоит канадское общественное мнение. Оно не видит какой-либо опасности в применении норм шариата по любым спорам, кроме семейных.

Очевидно, такое отношение перекликается с оценкой шариатского правосудия в Великобритании. Это касается и некоторых других европейских стран (например, Германии, Испании, Бельгии), где в среде мусульманских меньшинств действуют неофициальные шариатские суды. Их негативное восприятие мотивируется общественным мнением, главным образом, решениями этих органов, которые нарушают права женщин. Кроме того, привлекает внимание практика шариатских судов, которые рассматривают уголовные дела по шариату или адату, подменяя собой государственные суды. Например, они пытаются по-своему улаживать дела по так называемым убийствам чести или кровной мести, помирать преступника с потерпевшим.

Понятно, что подобные факты настраивают европейцев против любых форм шариатского правосудия. Эта позиция сказывается и на обсуждении проблемы шариатских судов в России. Однако надо учитывать, что в нашей стране есть собственная история шариатских судов и свой современный опыт их функционирования.

## **Шариатское правосудие в современной России: разнообразие форм и однозначность оценок**

Первые формы шариатского правосудия появились в России вместе с распространением ислама на Северном Кавказе и на территориях, прилегающих к средней Волге и Уралу. Этот процесс сопровождался утверждением шариата как системы норм, действовавших наряду с местными традициями и обычаями (адатом) в среде мусульман. Одновременно возникали различные органы шариатского правосудия, которые окончательно оформились в XIX в., когда Северный Кавказ стал частью Российской Империи.

С 1860-х гг. здесь функционировали словесные и народные суды, которые рассматривали споры между мусульманами в соответствии с отдельными материальными и процессуальными нормами шариата. Как правило, эти органы наряду с шариатом широко применяли адат. Поэтому характеристика данных судов как шариатских в известной мере условна. Детальному анализу таких институтов разрешения споров, действовавших в тот период истории нашей страны, посвящены многочисленные исследования отечественных историков, этнографов и юристов<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> См., напр.: Мисроков З.Х. Адат и Шариат в российской правовой системе. Исторические судьбы юридического плюрализма на Северном Кавказе. М.: Изд-во МГУ, 2002. С. 105–148; Бобровников В.О. Мусульмане Северного Кавказа. Обычай, право и насилие. М.: Восточная литература, 2002. С. 98–226; Сайдумов Д.Х. Суд, право и правосудие у чеченцев и ингушей (XVIII–XX вв.). Грозный: КНИИ РАН, 2014. С. 196–260; Исмаилов М.А. Формирование и развитие права народов Дагестана (XVII — начало

После установления советской власти официальные институты шариатского правосудия оставались в этом регионе вплоть до конца 20-х годов прошлого столетия. Правда, принципы их организации и деятельности существенно отличались от традиционных норм шариата<sup>10</sup>.

С конца 20-х гг. истекшего века вплоть до распада СССР официальных органов правосудия, которые могли бы именоваться шариатскими судами, в нашей стране не было. Хотя в регионах традиционного распространения ислама (прежде всего, на Кавказе) все это время фактически действовали институты, которые занимались урегулированием споров между мусульманами на основе шариата и адата. Нередко это происходило в мечетях с участием мусульманских религиозных руководителей<sup>11</sup>.

Однако в 90-х гг. ситуация изменилась, и шариатские органы правосудия вновь заявили о себе в публичном пространстве нашей страны. Примерно в 1995 г. в Чечне, которая в то время уже фактически вышла из российского правового пространства, появились первые шариатские суды, применявшие исламские нормы, в том числе и по уголовным делам. Спустя несколько лет подобный орган был создан в Кадарской зоне Дагестана, где некоторое время реальная власть принадлежала мусульманским радикалам, объявившим введение шариата вместо российского права.

Эти образцы шариатского правосудия были частью политических планов сепаратистов и мусульманских экстремистов, не подчинявшихся российской власти. Но одновременно возникали и иные шариатские суды, которые формально не противопоставляли шариат и применение его норм действующему праву и легальному порядку разрешения споров о праве. Многие из них продолжают действовать и сейчас. Эти институты не являются официальными органами правосудия, однако пользуются реальным влиянием и авторитетом. К примеру, в 1990-х гг. во многих регионах Северного Кавказа уже функционировали так называемые шариатские суды, которые разрешали споры между мусульманами в районах влияния традиционных джамаатов (общин). Их отличительной чертой является преимущественное применение адата, а не норм шариата<sup>12</sup>. Поэтому такие структуры могут именоваться шариатскими судами лишь условно. Данная осторожная оценка не уместна применительно к шариатским судам, которые уже в новом тысячелетии появились в среде молодых мусульман на Кавказе, в так называемых молодежных джамаатах. Ведь эти суды стараются скрупулезно следовать шариату без оглядки на адат в рассмотрении всех возникающих споров<sup>13</sup>.

---

XX вв.). Махачкала: ИПЦ ДГУ, 2004. С. 217–255; Свечникова Л.Г. Обычай в правовой системе (на материалах правового развития народов Северного Кавказа в XIX в.). Ставрополь: ИПФ «Ставрополье», 2002. С. 159–183.

<sup>10</sup> См. об этом, напр.: Мисроков З.Х. Адат и Шариат в российской правовой системе. С. 120–177; Сайдумов Д.Х. Суд, право и правосудие у чеченцев и ингушей. С. 261–302.

<sup>11</sup> См.: Бобровников В.О. Шариатские суды и правовой плюрализм в Советском Дагестане // Этнографическое обозрение. 2001. № 3. С. 77–91.

<sup>12</sup> См.: Албогачиева М.С.-Г. Особенности взаимодействия российской судебной-правовой системы и традиционных правовых институтов ингушского общества (XIX—XXI вв.) / Общество как объект и субъект власти. Очерки политической антропологии Кавказа. СПб.: Петербургское Востоковедение, 2012. С. 142–208; Makarov D. Enacting the Sharia Laws in a Dagestani Village // ISIM Newsletter. 1/98. P. 19.

<sup>13</sup> См.: Ярлыкапов А. Адат, Шариат и российское право на современном Северном Кавказе: итоги и перспективы // Ислам в мультикультурном мире: Мусульманские движения и механизмы воспроизводства идеологии ислама в современном информационном пространстве. Казань: Казанский ун-т, 2014. С. 367–377.

Кроме того, в 1999 г. был образован шариатский суд в Ингушетии, действующий при Духовном управлении мусульман республики. Отметим также, что в составе многочисленных духовных управлений мусульман (чаще всего имеющих статус централизованной религиозной организации) имеются сходные структурные единицы, именуемые кадиятами. Их полномочия включают консультирование мусульман по вопросам шариата, оказание им помощи в урегулировании конфликтов. Многие мусульманские руководители считают эти подразделения своеобразными шариатскими судами.

Шариатские суды в мятежной Чечне и в Кадарской зоне Дагестана остались в прошлом. Относительно других сохраняющихся по сей день шариатских институтов разрешения споров следует отметить, что они не признаются легальными судами и не являются структурами, создание которых предусмотрено российским законодательством. Их решения не имеют юридической силы, но на деле пользуются признанием мусульман, для которых они часто являются безальтернативными<sup>14</sup>. Такие шариатские суды нередко принимают решения, вступающие в прямое противоречие с российским законодательством. Однако сила традиций и авторитет общественного мнения практически не позволяют мусульманам, чьи права такие решения затрагивают, отстаивать справедливость в легальном суде.

Обращает на себя внимание тот факт, что лишь шариатская модель правосудия, которую практиковали экстремисты, заслужила острую негативную оценку общественного мнения нашей страны и российских властных структур. Что касается других шариатских судов, то их деятельность достаточно долго не привлекала к себе внимания. Наверное, потому, что информация об их противоправных решениях не получала широкого распространения.

Однако ситуация принципиально изменилась в 2010 г., когда в Санкт-Петербурге автономная религиозная организация «Аль-Фатх» объявила о создании исламского правозащитного центра, при котором должен был действовать шариатский суд. Такую инициативу решительно отвергла не только общественность, но и властные структуры. В частности, о ней крайне негативно отозвались российские парламентарии, Уполномоченный по правам человека Санкт-Петербурга и даже органы прокуратуры.

Сходной была реакция и на инициативу московского адвоката, который в 2012 г. в беседе с телеканалом «РЕН-ТВ» заявил о планах создания общероссийского правозащитного центра «Мусульманский союз», который займется учреждением шариатских судов в Москве и других городах страны. При этом он предупредил, что мусульмане «зальют Москву кровью», если им будут мешать создавать такие суды. Опять, как и в 2010 г., данная инициатива была категорически осуждена и даже вызвала проведение прокурорской проверки.

Есть несколько аргументов, которые выдвигаются против шариатских судов и перспектив их создания в современной России. Широкое распространение получили чисто эмоциональные доводы, которые сводятся к неприятию шариата как такового, прежде всего, в той форме, в которой он применялся конкретными шариатскими судами или структурами, представлявшими себя в роли таких органов. Образцом в этом отношении являются шариатские суды в Чечне и Дагестане в 90-х гг., неофициальные институты шариатского правосудия в Европе, проект создания соответствующего суда в Москве, который оценивается по агрессивным заявлениям его инициатора. В российском обществен-

---

<sup>14</sup> См. об этом: *Албаков Д.Х.* О применении шариата в Республике Ингушетия // *Ислам и право в России*. Вып. 2. М.: РУДН, 2004. С. 81–84.

ном мнении утвердилось убеждение, что шариатский суд творит произвол, унижает женщину, закрепляет неравенство, помогает преступнику уйти от ответственности.

Наряду с политическими и социально-психологическими доводами еще важнее отметить юридическое обоснование невозможности действия шариатских судов в нашей стране. Оно, по сути, переносит на такие суды сложившуюся в общественном мнении искаженную оценку шариата, который, якобы, не допускается правовой системой светского государства, отвергающей конфессиональный принцип действия права. А раз шариат не может действовать в России как юридический феномен, то и вопрос о возможности создания шариатских судов снимается.

К этим доводам следует добавить еще одно положение юридического свойства, которое имеет ключевое значение для темы настоящей статьи. Противники шариатских судов утверждают, что в России могут действовать только государственные органы правосудия. Поэтому любые проекты создания указанных судов незаконны, подрывают основы конституционного строя и угрожают целостности государства.

Вызывает недоумение, что к такому юридически некорректному возражению прибегают даже российские парламентарии, которые просто обязаны владеть основами правовой культуры. Вопреки их представлениям, в нашей стране могут действовать и негосударственные суды, а также применяться альтернативные способы урегулирования споров. Достаточно вспомнить законодательство о третейских судах и о процедуре медиации. Так что данный аргумент против модели шариатского правосудия несостоятелен. Поэтому если и отстаивать ее неприемлемость, то следует искать иное обоснование.

В связи с этим привлекает внимание позиция мусульманских религиозных деятелей, которые оказались среди тех, кто выступил резко против планов создания шариатского суда. Правда, их возражения не имеют прямого отношения к строго юридическому анализу проблемы. В частных беседах и в публичных выступлениях мусульманские лидеры делали упор на том, что в составе духовных управлений мусульман уже есть кадии. Любой мусульманин может обратиться к ним с просьбой помочь решить спор. Поэтому нет необходимости в создании особых шариатских судов по инициативе неизвестных людей, действующих к тому же без согласия мусульманских религиозных центров. Иными словами, мусульманские деятели не видят различий между структурами в составе духовных управлений, решения которых представляют собой простой совет или мнение религиозного характера, и институтами правосудия или внесудебного урегулирования споров, предусмотренными российским законодательством и принимающими юридически значимые решения.

## **Шариатские суды и современное российское законодательство**

Итак, аргументов против шариатских судов в современной России предостаточно. А имеются ли доводы в их пользу? По нашему мнению, они есть. Главный фактор — практическое действие шариата. Согласимся, что рассуждать о перспективах шариатского правосудия в России можно только в том случае, если шариат как правовой феномен реально функционирует, его нормы включаются в правовую систему либо допускаются законодательством. Лишь при таком условии появляются основания для образования и деятельности шариатских судов или шариатских институтов внесудебного урегулирования споров. Действительно, невозможно представить себе шариатский суд,

который не применяет нормы шариата. И наоборот: реализация норм шариата в правовой сфере сама по себе формирует потребность в шариатских институтах правосудия и урегулирования споров.

Полагаем, что на вопрос, совместим ли шариат с современным российским правом, следует в целом дать положительный ответ. В недавней публикации мы уже отмечали различные формы взаимодействия норм шариата с российским законодательством. К тому же нормы шариата могут действовать не только в форме положений законодательства, но и в виде правил, согласованных сторонами правоотношений по вопросам, которые регулируются диспозитивными предписаниями закона<sup>15</sup>.

С этим тесно связан еще один аргумент в поддержку возможности появления шариатских судов. Дело в том, что российское законодательство предусматривает формы, в которых может быть реализована шариатская модель правосудия и разрешения споров о праве. Нормативная база для того, чтобы шариатские суды, функционирующие в правовом поле, стали альтернативой незаконным шариатским судам, уже существует. Поэтому нет никаких юридических оснований закрывать такую перспективу перед шариатскими судами. Естественно, при строгом соблюдении всех предписаний закона. Получается, что потребности в шариатских судах соответствует и правовая возможность их образования и работы.

Прежде всего, шариатские суды могут создаваться и функционировать в соответствии с Федеральным законом от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации». Он предусматривает образование постоянно действующих третейских судов и третейских судов для разрешения конкретного дела. Постоянно действующие суды образуются при организациях — юридических лицах. Ими могут быть, как отмечают российские исследователи<sup>16</sup>, и религиозные организации. Но на практике третейские суды, как правило, образуются при торговых палатах, биржах, объединениях предпринимателей и потребителей, включая союзы и ассоциации. Среди них имеются и мусульманские организации, например, объединения мусульманских предпринимателей, при которых, очевидно, могут действовать шариатские третейские суды.

Конечно, образование третейского суда какой-либо мусульманской организацией само по себе недостаточно для характеристики такого суда в качестве шариатского. Главный признак шариатского суда состоит в том, что он применяет нормы шариата. Допускает ли это российский закон о третейских судах?

Напомним, что в соответствии с этим законом в третейский суд по соглашению сторон может передаваться любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений. Одновременно установлено, что третейский суд в ходе разбирательства принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом обычаев делового оборота. В качестве таких условий и обычаев потенциально могут выступать нормы шариата. Понятно, что такое допустимо только в том случае, если шариатские предписания, которые включаются в договор в качестве его условий, а также обычаи делового оборота, приемлемые для российской правовой системы, действительно существуют и могут реально применяться в юридической практике. Приведенный выше вывод о совместимости шариата с российским правом исходит из такой возможности.

<sup>15</sup> См.: Сюкияйнен Л.Р. Совместим ли шариат с современным российским правом? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 3. С. 4–30.

<sup>16</sup> См., напр.: Клейменов А.Я. Религиозный суд (арбитраж) в системе альтернативного урегулирования споров // Журнал «Закон». 2013. № 2. С. 58–66.



С учетом сказанного, если стороны передаваемого в третейский суд спора желают урегулировать свои отношения с учетом норм шариата, то они вполне могут включить в договор условия, которые согласуются с этими требованиями и одновременно не нарушают императивных положений российского законодательства. В сфере действия диспозитивных предписаний российского законодательства есть возможность обращаться к нормам шариата. В таком случае третейский суд разрешает спор, связанный с исполнением данного договора, в соответствии с шариатскими нормами. Точнее говоря, для суда они выступают в качестве условий договора, а стороны будут воспринимать их как предписания шариата. Это же касается и обычаев делового оборота, которые в сфере гражданских правоотношений между мусульманами или мусульманскими организациями вполне могут включать определенные шариатские нормы.

В этом отношении третейский суд, принимающий во внимание такие нормы, приобретает важное качество, которое позволяет назвать его шариатским: он реально применяет шариат. Данная характеристика будет еще более уместной, если в документах об образовании постоянно действующего третейского суда и в применяемых им правилах третейского разбирательства прямо предусмотрено, что он специализируется на разрешении споров с учетом норм шариата в рамках российского права.

Кроме того, в соответствии с законом третейский суд по ходатайству сторон может принять решение об утверждении мирового соглашения. А примирительные процедуры особенно детально разработаны в исламской концепции разрешения споров. Очевидно, и в этом отношении нормы шариата допустимо использовать для достижения мирового соглашения и его утверждения третейским судом.

Однако для оценки третейского суда как шариатского применение им материальных норм шариата недостаточно. Важно, чтобы такие нормы принимались во внимание и при установлении процессуальных правил третейского разбирательства, к которым обращается данный суд. В связи с этим напомним, что третейский суд может осуществлять третейское разбирательство в соответствии с собственными правилами либо с правилами, согласованными сторонами. Такие процедуры также могут ориентироваться на шариатские требования, которые совместимы с принятой в нашей стране практикой.

Данный вывод подтверждается взглядом современной исламской правовой мысли на третейский суд и возможность использования этого института для разрешения споров в рамках шариата. Показательным примером является разработанный организацией бухгалтерского учета и аудита для исламских финансовых учреждений стандарт третейского суда<sup>17</sup>. Можно также сослаться на решения, рекомендации и фетвы относительно третейского суда, вынесенные иными авторитетными центрами современной исламской юриспруденции, например, Академией фикха при Организации исламского сотрудничества.

Другими словами, по процессуальным вопросам наряду с привычными для нашей судебной практики процессуальными правилами допустимо использование отдельных норм шариата (например, относительно принимаемых третейским судом доказательств, требований к свидетельским показаниям, клятвы и др.). Они могут быть закреплены в утвержденных правилах постоянно действующего третейского суда или в соглашении сторон для разрешения конкретного спора.

Наконец, отдельные предписания шариата могут приниматься во внимание при определении требований, предъявляемых к квалификации третейского судьи. В частности, в правилах третейского разбирательства вполне возможно оговорить, что тре-

<sup>17</sup> См.: Третейский суд. Шариатский стандарт № 32. Организация бухгалтерского учета и аудита исламских финансовых учреждений. М.: Исламская кн., 2014. С. 6–14.

тейский судья должен обладать знаниями шариата. Это условие стороны вправе согласовать самостоятельно.

Остается серьезный вопрос, связанный с последствиями принятия третейским судом, применяющим нормы шариата, решения, которое нарушает действующее российское законодательство. Вероятность такой ситуации невелика. Ведь по закону третейский суд разрешает споры на основании нормативных правовых актов, действующих на территории России. Даже если одновременно решение принято в соответствии с нормами шариата в качестве условий договора или обычаев делового оборота, то вряд ли будет нарушен закон. Ведь, как уже отмечалось, в сфере гражданских правоотношений шариат практически не вступает в конфликт с российским правом.

Допустим, однако, что решение третейского суда, принятое с учетом шариатской нормы, все же противоречит российскому законодательству. Закон в принципе исходит из того, что решение третейского суда исполняется добровольно. Поэтому и решение, нарушающее действующее российское право, может быть исполнено в добровольном порядке.

Одновременно закон предусматривает две ситуации, в которых такое правонарушающее решение может быть отменено или не исполнено. Во-первых, решение третейского суда может быть отменено общим или арбитражным судом в случае его оспаривания участвующей в деле стороной, если будет установлено, что указанное решение нарушает основополагающие принципы российского права. Во-вторых, при принудительном исполнении решения третейского суда компетентный суд выносит определение об отказе в выдаче исполнительного листа, если он установит, что решение третейского суда нарушает основополагающие принципы российского права.

Однако такая ситуация является скорее гипотетической, нежели реальной. Ведь третейский суд вправе разрешать споры, вытекающие лишь из гражданских правоотношений. А практически все возражения против шариатских судов на Западе и в России опираются на факты их противоположных решений по семейным и уголовным делам. Поэтому подобные аргументы против модели шариатского правосудия, делающие акцент на несовместимости шариата с современным правом, неуместны применительно к так называемым шариатским третейским судам, если они будут созданы в нашей стране.

Вместе с тем, указанные доводы, отказывающие шариатским судам в праве на существование из-за их позиции по семейным вопросам, приходится учитывать при оценке перспектив шариатской модели разрешения споров в форме медиации. На наш взгляд, Федеральный закон от 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», в принципе открывает возможность использования отдельных шариатских правил в процедуре медиации для урегулирования споров, возникающих из гражданских, трудовых и семейных правоотношений. Такой вывод применительно к гражданским спорам опирается на аргументы, уже рассмотренные в ходе анализа форм использования шариатских норм в деятельности третейских судов. Что же касается семейных отношений, то здесь, действительно, уместен вопрос, насколько допустимо обращение к нормам шариата в данных отношениях и в ходе урегулирования вытекающих из них споров с участием посредника.

Понятно, что российский мусульмане, вступая в семейные отношения, достаточно часто ориентируются на предписания шариата. Если данные правила касаются вопросов, которые безразличны для российского права или входят в область действия его диспозитивных норм, то для использования шариатских норм в регулировании семейных отношений юридические препятствия отсутствуют. Например, супруги могут внести в брачный контракт условия, прямо взятые из шариата и не нарушающие императив-

ных норм российского законодательства. В случае возникновения спора, вытекающего из такого контракта, медиатор или организация, осуществляющая деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, будет содействовать урегулированию спора в целях достижения сторонами взаимоприемлемого решения с учетом указанных условий. Понятно, что для медиатора они являются условиями контракта, а для сторон — правилами шариата.

Конечно, как показывают теория и практика, часть норм шариата, регулирующих семейные отношения, противоречит российскому праву, поскольку закрепляет неравенство женщины и ограничивает ее права в некоторых ситуациях. Это касается и прав женщины в отношении детей после расторжения брака. Однако медиативное урегулирование с учетом норм шариата споров, вытекающих из отношений, основанных на шариате, и достижение сторонами взаимоприемлемого соглашения сами по себе не противоречит законодательству.

Таким образом, в медиации по семейным спорам могут учитываться нормы шариата. Его правила вполне допустимо использовать и в самой процедуре достижения соглашения между сторонами. Как уже отмечалось, условия и способы достижения мирового соглашения детально разработаны в шариате. Причем позиция современной исламской правовой доктрины по данной проблеме принципиально не отличается от предписаний российского закона относительно проведения процедуры медиации. Поэтому положения шариата вполне могут быть включены в согласованные сторонами условия урегулирования спора при содействии медиатора или отражены в правилах проведения процедуры медиации, утвержденных организацией, осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации. Это имеет прямое отношение к медиативному соглашению, утвержденному судом в качестве мирового соглашения.

Шариатские критерии допустимо принимать в расчет и при определении качеств, которыми должен обладать медиатор. Ведь соглашением сторон или правилами, утвержденными организацией, которая осуществляет медиативную деятельность, могут устанавливаться дополнительные требования к медиатору, кроме тех, что предусмотрены законом. Ничто не мешает включить в их перечень отдельные требования, связанные с шариатскими критериями. Будет естественным, если по такому пути пойдет организация, специализирующаяся на проведении процедуры медиации для урегулирования споров, которые вытекают из правоотношений, складывающихся с учетом норм шариата. Это касается и требований к медиатору, которые согласованы самими сторонами, если при урегулировании своих правоотношений они принимают во внимание предписания шариата.

Таким образом, следует прийти к выводу, что в России есть юридические основания для реализации шариатской модели правосудия в форме урегулирования спора через процедуру медиации. Правда, данный взгляд может быть оспорен со ссылкой на опыт неофициальных шариатских судов на Западе и в нашей стране, в частности, на их противоправные решения по семейным вопросам. Однако опасения по поводу того, что медиация с использованием норм шариата встанет на этот же путь, не имеют под собой достаточных оснований.

Разумеется, медиативные соглашения, являющиеся результатом применения процедуры медиации, могут означать реализацию предписаний шариата, нарушающих российское право. Но законодательство о процедуре медиации закрепляет возможности влиять на такую практику. В частности, даже в случае заключения соглашения о применении процедуры медиации и взятия сторонами обязательства не обращаться в суд для разрешения спора, который может возникнуть между ними, такое обращение возмож-

но, если одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить свои права. Кроме того, медиативное соглашение, достигнутое сторонами с помощью процедуры медиации без передачи спора на рассмотрение суда, представляет собой гражданско-правовую сделку. При этом защита прав, нарушенных в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения такого медиативного соглашения, осуществляется способами, предусмотренными гражданским законодательством.

Конечно, наличие правовой возможности существования в России шариатского правосудия в форме третейских судов или медиативных структур само по себе не свидетельствует об их необходимости. Однако, на наш взгляд, есть основания говорить о целесообразности образования таких институтов. Прежде всего, формы шариатского правосудия, которые предусмотрены российским законодательством и функционируют в его рамках, следует противопоставить неофициальным так называемым шариатским судам, ведущим противоправную деятельность.

Важно также учитывать, что эти нелегальные структуры очень часто обращаются к архаичным обычаям, на фоне которых шариат, многие предписания которого отвечают критериям права, безусловно, выигрывает. Поэтому формирование и деятельность модели шариатского правосудия в формах, допускаемых законодательством, могут способствовать преодолению отживших традиций и стать шагом в направлении утверждения ценностей права в жизни российских мусульман.



## Библиография

- Албаков Д.Х. О применении шариата в Республике Ингушетия // Ислам и право в России. Вып. 2. М.: РУДН, 2004. С. 81–84.
- Албогачиева М.С.-Г. Особенности взаимодействия российской судебной-правовой системы и традиционных правовых институтов ингушского общества (XIX—XXI вв.) // Общество как объект и субъект власти. Очерки политической антропологии Кавказа. СПб.: Петербургское Востоковедение, 2012. С. 142–207.
- Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. I. Античный мир и Восточные цивилизации. М.: Мысль, 1999.
- Бобровников В.О. Мусульмане Северного Кавказа. Обычай, право и насилие. М.: Восточная литература, 2002.
- Бобровников В.О. Шариатские суды и правовой плюрализм в Советском Дагестане // Этнографическое обозрение. 2001. № 3. С. 77–91.
- Исмаилов М.А. Формирование и развитие права народов Дагестана (XVII — начало XX вв.). Махачкала: ИПЦ ДГУ, 2004.
- Клейменов А.Я. Религиозный суд (арбитраж) в системе альтернативного урегулирования споров // Журнал «Закон». 2013. № 2. С. 58–66.
- Мисроков З.Х. Адат и Шариат в российской правовой системе. Исторические судьбы юридического плюрализма на Северном Кавказе. М.: Изд-во МГУ, 2002.
- Сайдумов Д.Х. Суд, право и правосудие у чеченцев и ингушей (XVIII—XX вв.). Грозный: КНИИ РАН, 2014.
- Свечникова Л.Г. Обычай в правовой системе (на материалах правового развития народов Северного Кавказа в XIX в.). Ставрополь: ИПФ «Ставрополье», 2002.
- Сюкияйнен Л.Р. Исламское право в правовых системах мусульманских стран: от доктрины к законодательству // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2008. № 2. С. 97–109.
- Сюкияйнен Л.Р. Исламское право: взаимодействие юридического и религиозного начал // Ежегодник либертарно-юридической теории. Выпуск 1. 2007. С. 97–106.
- Сюкияйнен Л.Р. Совместим ли шариат с современным российским правом? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 3. С. 4–30.

Сюкияйнен Л.Р. Шариатское правосудие: теоретические основы и практика // Отечественные записки. 2003. № 2 (11). С. 328–336.

Третейский суд. Шариатский стандарт № 32. Организация бухгалтерского учета и аудита исламских финансовых учреждений. М.: Исламская кн., 2014.

Ярлыкапов Ахмет. Адат, Шариат и российское право на современном Северном Кавказе: итоги и перспективы // Ислам в мультикультурном мире: Мусульманские движения и механизмы воспроизводства идеологии ислама в современном информационном пространстве. Казань: Казанский ун-т, 2014. С. 367–377.

Ибн аль-Каййим аль-Джавзийя. Наставление для выступающих от имени Господа Миров. Ч. 1–2. Бейрут, б.г. (на арабском языке).

Makarov D. Enacting the Sharia Laws in a Dagestani Village // ISIM Newsletter. 1/98. P. 19.

<http://www.fawcettsociety.org.uk/wp-content/uploads/2013/05/Women's-Equality-in-the-UK-A-health-check.pdf>

<http://rowanwilliams.archbishopofcanterbury.org/articles.php/1137/archbishops-lecture-civil-and-religious-law-in-england-a-religious-perspective>

[http://www.matribunal.com/procedure\\_rules.html](http://www.matribunal.com/procedure_rules.html)

---

## Shariat Courts: Modern Practice and Perspectives in Russia



**Leonid R. Syukiyaynen**

Professor, Doctor of Jurisprudence, Department of Theory of Law and Comparative Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: Lsukiyainen@hse.ru



### Abstract

The article touches the fundamental principles of shariat judiciary, modern practice of shariat courts activity in Muslim and Western countries as well as the perspectives of their establishment and functioning in Russia. The place which shariat courts occupied in the judicial system of the Muslim state during Middle Ages is shown. The author analyses in general terms the historical evolution of shariat justice institutions. The differences between modern shariat courts and the same structures which existed in the preceding historical periods are mentioned. The role played by modern shariat courts in the Muslim countries depends on the place which Islamic Shariat occupies in their legal systems. Shariat model of judiciary was known in the Western countries from the Middle Ages. Nowadays shariat courts are still functioning in some of them. There are two main forms of such courts. The first one embraces unofficial so called shariat courts as religious and social organizations while the second one consists of shariat courts acting on legal basis and within official legislation. Arbitration tribunals in the UK which apply some concrete shariat norms resolving civil and family disputes are one of the examples of such form. In Russia, shariat institutions of dispute resolution were created in the 19<sup>th</sup> century. They existed in one or another form in our country to the end of the 1920s. After that, they existed in fact during decades but their decisions did not have any legal force. From the 1990s, shariat courts began to emerge in Russia as religious or civil structures. Russian legislation provides legal basis for establishing shariat institutions of dispute resolution in the form of arbitration court or mediation structure. Such institutions can be an alternative form opposing illegal shariat courts and they could assist securing legal fundamentals and values within Russian Muslims community.



### Keywords

Shariat, shariat courts, fiqh, legal doctrine, adat, Arbitration Act, arbitration tribunal, alternative methods of dispute resolution, mediation.

Citation: Syukiyaynen L.R. *Shariat Courts: Modern Practice and Perspectives in Russia*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 45–62. (in Russian)



## References

- Albakov D.Kh. (2004) O primeneni shariata v Respublike Ingushetiya [On Applying Sharia in the Republic of Ingushetia]. *Islam i pravo v Rossii* [Islam and Law in Russia]. Issue 2. Moscow, RUDN, pp. 81–84.
- Albogachieva M.S.-G. (2012) Osobennosti vzaimodeystviya rossiyskoy sudebno-pravovoy sistemy i traditsionnykh pravovykh institutov ingushskogo obshchestva (XIX—XXI vv.) [Specific Features of Interaction between Russian Legal System and Traditional Legal Institutions of Ingush Society 19–20<sup>th</sup> centuries]. *Obshchestvo kak ob"ekt i sub"ekt vlasti. Ocherki politicheskoy antropologii Kavkaza* [Society as an Object and subject of Power. Essays on the Political Anthropology of Caucasus]. Saint Petersburg, *Peterburgskoe Vostokovedenie*, pp. 142–207.
- (1999) *Antologiya mirovoy pravovoy mysli*. (ed.) Semegin G. Yu. V 5 t. T. I. Antichnyy mir i Vostochnye tsivilizatsii [Anthology of World Legal Thought in 5 volumes. Vol. 1 Antique World and Eastern Civilizations]. Moscow, Mysl', 830 p.
- Bobrovnikov V.O. (2002) *Musul'mane Severnogo Kavkaza. Obychay, pravo i nasilie* [Muslims of North Caucasus. Tradition, Law and Violation]. Moscow, Vostochnaya Literatura, 368 p.
- Bobrovnikov V.O. (2001) Shariatskie sudy i pravovoy plyuralizm v Sovetskom Dagestane [Sharia Courts under Legal Pluralism in Soviet Dagestan]. *Etnograficheskoe obozrenie*, no 3, pp. 77–91.
- Ismailov M.A. (2004) *Formirovanie i razvitie prava narodov Dagestana (XVII-nachalo XX vv.)* [Formation and development of Law in Dagestan (18–19<sup>th</sup> centuries)]. Makhachkala.
- Kleymenov A.Ya. (2013) Religioznyy sud (arbitrazh) v sisteme al'ternativnogo uregulirovaniya sporov [Religious Court (arbitration) in the System of Alternative Dispute Settlement]. *Zakon, fevral'*. pp 58–66.
- Misrokov Z.Kh. (2002) *Adat i Shariat v rossiyskoy pravovoy sisteme. Istoricheskie sud'by yuridicheskogo plyuralizma na Severnom Kavkaze* [Adat and Sharia in Russian Legal System]. Moscow, MSU, 256 p.
- Saydumov D.Kh. (2014) *Sud, pravo i pravosudie u chechentsev i ingushey (XVIII-XX vv.)* [Court, Law and Justice in Chechen and Ingush Societies]. Groznyy.
- Svechnikova L.G. (2002) *Obychay v pravovoy sisteme (na materialakh pravovogo razvitiya narodov Severnogo Kavkaza v XIX v.)* [Custom in the Legal system (Case of Legal Development in North Caucasus in 19<sup>th</sup> century)]. Stavropol'.
- Syukiyaynen L.R. (2008) Islamskoe pravo v pravovykh sistemakh musul'manskikh stran: ot doktriny k zakonodatel'stvu [Islamic Law in Legal Systems of Muslim Countries: from a doctrine to legislation]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp 97–109.
- Syukiyaynen L.R. (2007) Islamskoe pravo: vzaimodeystvie yuridicheskogo i religioznogo nachal [Islamic Law: Interaction of Legal and Religious Sources]. *Ezhegodnik libertarno-yuridicheskoy teorii. Vypusk 1*. [Annual Edition of Liberal Legal Theory]. Issue 1, pp. 97–106.
- Syukiyaynen L.R. (2014) Sovmestim li shariat s sovremennym rossiyskim pravom? [Can Sharia Coexist in Modern Russian Law?]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 4–30.
- Syukiyaynen L.R. (2003) Shariatskoe pravosudie: teoreticheskie osnovy i praktika [Sharia Justice: Theoretical Fundamentals and Practice]. *Otechestvennye zapiski*, no 2 (11), pp. 328–336.
- (2014) Treteyskiy sud. Shariatskiy standart № 32. *Organizatsiya bukhgalterskogo ucheta i audita islamskikh finansovykh uchrezhdeniy* [Mediation Procedure. Sharia Standard no 32. Accounting and Audit in Islamic Financial Institutions]. Moscow, Islamskaya kn.
- Yarlykapov, A.A. (2014) Shariat i rossiyskoe pravo na sovremennom Severnom Kavkaze: itogi i perspektivy [Sharia and Russian Law in the Modern North Caucasus: Results and perspectives]. *Islam v mul'tikul'turnom mire: Musul'manskie dvizheniya i mekhanizmy vosproizvodstva ideologii islama v sovremennom informatsionnom prostranstve* [Islam in Multicultural World: Muslim Movements and mechanisms of ideology of Islam in Modern Information Environment]. Kazan', Kazan University, pp. 367–377.
- Ibn al'-Kayyim al'-Dzhavziyya. *Nastavlenie dlya vystupayushchikh ot imeni Gospoda Mirov*. Ch. 1–2. Beyrut. (in Arabic).
- Dmitri Makarov. Enacting the Sharia Laws in a Dagestani Village. ISIM Newsletter. 1/98.

# Георгий Давидович Гурвич (1894–1965): проект социологии права



**М.В. Антонов**

доцент кафедры теории и истории права и государства юридического факультета Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 190008, Российская Федерация, г. Санкт-Петербург, ул. Союза Печатников, д. 16. E-mail: mantonov@hse.ru



## Аннотация

В настоящей статье рассматриваются основные вехи жизненного пути известного русско-французского философа, правоведа и социолога Георгия Давидовича Гурвича и ключевые положения его научной концепции. Автор делает акцент на роли Гурвича в разработке методологии социологии права, на актуальности этого научного проекта для современных социолого-правовых исследований. Демонстрируется связь философско-правовых идей Гурвича с русским философским дискурсом и делается вывод о значимости изучения этих идей в виду продолжающейся интеграции российского теоретического правоведения в мировую науку о праве. Автор раскрывает основные понятия и схемы гурвичевской социологии права, включая концепты социальности и социального права, вкратце характеризует методологические основания правовой концепции Гурвича. Эта концепция ставила целью преодоления методологического индивидуализма классической западноевропейской науки о праве Нового времени и в то же самое время избежать крайностей коллективизма, присущего философии права Античности и Востока. Другим направлением синтеза для Гурвича выступали кажущиеся противоположными друг другу методологические установки позитивизма и метафизики, оппозитность которых в социологии выливалась в конфликт эмпирических методов количественной социологии и абстрактных методов социальной философии. Этот конфликт в рамках своей социологии права Гурвич пытается преодолеть за счет разработки идеалреалистического метода, позволяющего обосновать интегративное видение права.



## Ключевые слов

социология права, Г.Д. Гурвич, социальная философия, юридический позитивизм, социальное право, интегративный подход, формы социальности, идеал-реализм

Библиографическое описание: Антонов М.В. Портреты ученых-юристов. Георгий Давидович Гурвич (1894–1965): проект социологии права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 4. С. 63–74

В этом году исполняется 120 лет со дня рождения Георгия Давидовича Гурвича, одного из наиболее известных представителей российской науки, добившихся мировой известности и признания в сфере социальных наук. Идеи Гурвича, по признанию многих исследователей, являются одной из основ дисциплины, возникшей в начале XX века на стыке правоведения и социологии — социологии права<sup>1</sup>. И хоть первенство в разработке идей социологии права обычно отдается Ойгену Эрлиху<sup>2</sup>, но все же воззрения

<sup>1</sup> Ср., напр.: Hunt A. The Sociological Movement in Law. London: Macmillan, 1978.

<sup>2</sup> В этом смысле начало социологии связывается с работой Эрлиха 1913 г.: Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М.В. Антонова. СПб.: Издательский Дом СПбГУ, 2011.

и представления, которые Гурвич изложил на страницах своих произведений, особенно в период 30-40-х годов 20 века, по праву считаются столпами здания классической социолого-правовой теории<sup>3</sup>. Разумеется, современная социология права значительно отличается от тех образцов, что разрабатывали в первой половине XX в. Эрлих, Гурвич, Вебер, Дюркгейм и другие мыслители — она стала более эмпиричной, опирающейся на количественные методы сбора и анализа фактического материала<sup>4</sup>, тогда как в своих первых версиях социология права состояла преимущественно из социально-философских построений. Вместе с тем, знание интеллектуальных истоков и истории зарождения этой дисциплины, ее «археологии», если воспользоваться терминологией М. Фуко, позволяет получить более широкую перспективу для проведения социолого-правовых исследований, формулировки как исследовательских задач, так и выводов по результатам исследований. Поэтому в этой статье, наряду с некоторыми основными фактами биографии Гурвича, мы попытаемся также реконструировать ключевые положения его социолого-правовой теории.

Георгий Давидович Гурвич родился 2 ноября (по новому стилю) 1894 г. в Новороссийске, в состоятельной семье крупного банкира Д.Н. Гурвича. В 1912 г. он поступает на юридический факультет Тартуского университета, в 1915 г. переводится в Петроградский университет, юридический факультет которого он заканчивает в 1917 г. и остается при университете для подготовки к научной карьере. С 1920 г. Гурвич находится в эмиграции, сначала в Берлине, потом в Праге и с 1925 г. в Париже. Именно во Франции Гурвич строит свою научную карьеру, сначала в области социальной и юридической философии, а после Второй мировой войны (во время которой он временно находился в США) мыслитель специализируется уже на общеметодологических вопросах социологии.

Наиболее известная из его работ в области социологии права — цикл из двух работ «Идея социального права» (1931) и «Современность и идея социального права» (1932)<sup>5</sup>, которые были защищены в Сорбонне соответственно как докторская диссертация и как габилитация. В англоязычном мире более известна его «Социология права» (1942)<sup>6</sup>, которая представляет собой расширенный перевод его французской работы «Элементы юридической социологии» (1940)<sup>7</sup>, где Гурвич адаптирует свои идеи, дополняя их рассмотрением и критикой основных американских авторов, изучавших социальное измерение права. Эта работа 1942 г., в свою очередь, послужила основой для подготовки немецкой версии «Основные черты социологии права» (1960)<sup>8</sup>, куда Гурвич интегриро-

<sup>3</sup> Treves R. La sociologie du droit de Georges Gurvitch // Cahiers Internationaux de Sociologie. 1968. № 45. P. 51–66.

<sup>4</sup> Ср., напр.: Шереги Ф.Э. Социология права: прикладные исследования. СПб.: Алетейя, 2002.

<sup>5</sup> Gurvitch G. 1) *L'idée du droit social*. Paris: Sirey, 1931; 2) *Le temps présent et l'idée du droit social*. Paris: Vrin, 1931. См. частичный перевод первой работы: Гурвич Г.Д. Идея социального права / пер. с фр. М.В. Антонова // Гурвич Г.Д. Избранные сочинения по социологии и философии права. СПб.: Издательский Дом СПбГУ, 2004. С. 41–193.

<sup>6</sup> Gurvitch G. *Sociology of Law*. New York: Routledge, 1942 (Гурвич Г.Д. Социология права / пер. с англ. М.В. Антонова, Л.В. Ворониной // Гурвич Г.Д. Избранные сочинения по социологии и философии права. СПб.: Издательский Дом СПбГУ, 2004. С. 565–780).

<sup>7</sup> Gurvitch G. *Éléments de sociologie juridique*. Paris: Aubier, 1940.

<sup>8</sup> Gurvitch G. *Grundlegung der Soziologie des Rechtes*. Neuwied: Hermann Lucherhand Verlag, 1960. Сокращенная версия была опубликована двумя годами раньше: Gurvitch G. *Rechtssoziologie // Die Lehre von der Gesellschaft* / G. Eisermann, G. Gurvitch (hrsg.). Stuttgart: F. Enke Verlag, 1958. С. 182–234 (Гурвич Г.Д. Социология права / пер. с нем. М.В. Антонова // Антонов М.В. Право и общество в концепции Георгия Давидовича Гурвича. М.: НИУ ВШЭ, 2013. С. 362–410).



вал немало новых положений, к которым он пришел при разработке методологии социальных наук в послевоенный период. Мы называем английскую и немецкую версии наряду с основными французскими произведениями с учетом того, что именно эти версии послужили основой для восприятия социолого-правовых воззрений Гурвича в соответствующих научных сообществах и того, что в них автор (Гурвич свободно владел этими языками и мог проконтролировать качество и адекватность переводов, дополняя их новыми идеями) обнаруживает различные ракурсы своего учения. Его работы были переведены на испанский, итальянский, сербохорватский и на ряд других языков, а сравнительно недавно также на русский<sup>9</sup>.

В социолого-правовых воззрениях Гурвича обнаруживаются два особо интересных аспекта, первый из которых имеет философско-правовое измерение, а другой связан с особой методологической моделью социолого-правовых исследований. Применительно к первому из названных аспектов наиболее характерным выражением учения Гурвича является его концепция «социального права», в которой мыслитель пытается скомбинировать (или, как нередко выражаются философствующие юристы, интегрировать) различные онтологические аспекты бытия права. Основой для такой комбинации послужили воззрения его учителя Л.И. Петражицкого об интуитивном праве как об одном из основных источников правового регулирования, который формируется не путем властного приказа, а в процессе взаимодействия участников социального общения, которые делают друг с другом свои эмоциональные переживания, в результате чего некоторые из этих переживаний кристаллизуются в психологическом опыте и становятся «нормативными фактами», к авторитету которых люди обращаются для нормирования своего поведения. Соглашаясь с Петражицким в том, что право не представляет собой сугубо властное установление или формально-нормативную конструкцию и включает в себя психологическую составляющую, Гурвич (впрочем, как и другие знаменитые ученики Петражицкого, которых также принято причислять к основоположникам социологии права — Н.С. Тимашев и П.А. Сорокин) пытается выйти за границы сугубо психологического подхода к праву<sup>10</sup>.

Узость «индивидуалистической психологии права» Петражицкого (раскрывающей правовую онтологию через анализ эмоциональных переживаний отдельных индивидов) Гурвич пытается преодолеть за счет рассмотрения коллективно-психологических аспектов формирования права в призме учения о социальном праве. В этом он следует дюркгеймовской социологической традиции, развивая ее примерно в том же направлении, что французские институционалисты (М. Ориу) или солидаристы (Л. Дюги) — в сторону анализа фактов социальной интеграции и процессов, которые такую интеграцию сопровождают. Характерен также акцент на интегрирующей составляющей права, на социальных обязанностях участников правового общения и критика «абсолютизации» субъективных прав личности — в этом Гурвич также близок Дюги и Ориу (здесь мы не называем других влиятельных мыслителей той эпохи, к идеям которых также апеллирует Гурвич — Л. Буржуа, Р. Салейль, Ф. Жени и др.). Собственно, само социальное право у Гурвича — это своего рода противовес праву индивидуальному, именно

<sup>9</sup> См.: Гурвич Г.Д. Избранные сочинения по социологии и философии права. СПб.: Издательский Дом СПбГУ, 2004; Гурвич Г.Д. Диалектика и социология / пер. с фр. М.М. Кириченко. Краснодар: КубГУ, 2001.

<sup>10</sup> Ср. раздел «Интуитивистская философия права» в работе Гурвича 1935 г., посвященный Л.И. Петражицкому: Гурвич Г.Д. Юридический опыт и плюралистическая философия права / пер. с фр. М.В. Антонова // Гурвич Г.Д. Избранные сочинения по социологии и философии права. С. 339–352.

диалектика индивидуального и социального права лучше всего раскрывает сущность последнего. А «нормативный факт» — это не психологическая проекция, как у Петражицкого, а реальный факт интеграции людей в социальную общность, и поэтому «порядок и нормативный факт выступают лишь двумя словесными выражениями одного и того же явления»<sup>11</sup>. На самом деле, это скорее «социальный факт» в том смысле, в котором этот концепт описывал Дюркгейм, с той только поправкой, что для Гурвича «фактичность» не означает «объективности» некоего состояния дел, как для Дюркгейма. Здесь Гурвичу предстояло разрешить основную антиномию социологического объяснения права — разграничение фактичности и нормативности.

В качестве исходной посылки выступает тезис о том, что основной функцией социального права является «объективная интеграция некоей тотальности посредством устройства единства общения его членов»<sup>12</sup>. Имеется в виду ситуация, когда люди образуют социальные союзы, лишённые принудительных механизмов социального контроля, или же союзы, в которых принуждение не играет основной роли для построения и обеспечения некоего порядка общения. Например, семья, церковь или профсоюз могут возникать вне всякой зависимости от наличия или отсутствия в обществе формализованного официального права, иногда они возникают и действуют вопреки официальному праву. Вместе с тем, в этих институтах люди взаимодействуют друг с другом путем приписывания друг другу взаимных прав и обязанностей, которые воспринимаются участниками общения как обязательные и на случай которых такой социальный порядок может предусматривать организованные или неорганизованные санкции (бойкот, разрыв отношений, изгнание из общины и проч.). Люди могут строить свое общение на основе непосредственно переживаемых эмоций, связанных с распознаванием лежащих в основе их общения (и той социальной тотальности, к которой они принадлежат) ценностей — такой способ регулирования Петражицкий назвал интуитивным правом<sup>13</sup>.

Но для Гурвича это не право, а этика, где регулирование носит преимущественно автономный характер (люди сами устанавливают правила применительно к каждой жизненной ситуации). Для права же характерна известная степень обобщения, которая задается совпадением ценностных ориентиров, «моральных идеалов» и их «логизации» в форме правил. Совпадение ценностных суждений проявляется во множестве «актов признания», совокупность которых и формирует представления о справедливости, а возведенный в степень всеобщности идеал справедливости становится своеобразным кодом различения права и неправа (если провести аналогии с более поздними идеями Н. Лумана<sup>14</sup>). Так, «в рамках справедливости на место полностью индивидуализированных предписаний морального идеала становится общее правило... и под «покровом» тех форм общезначимости, стабильности, количественности, которые справедливость ставит на службу моральному идеалу, этот последний реализует все свои творческие силы»<sup>15</sup>. Так мыслитель дает ответ на вопрос об источнике обязывающей силы права, совмещающей аспекты нормативности и фактичности.

<sup>11</sup> Гурвич Г.Д. Социология права (пер. с англ.). С. 605.

<sup>12</sup> Гурвич Г.Д. Идея социального права. С. 55.

<sup>13</sup> Ср.: Тимошина Е.В. Право как справедливость: концепция интуитивного права в школе Л.И. Петражицкого // Известия вузов. Правоведение. 2010. № 6. С. 179–195.

<sup>14</sup> См. о связи идей Лумана с концепцией Гурвича: Riechers G. Die Normen- und Sozialtheorie des Rechts bei und nach Georges Gurvitch. Berlin: Nomos, 2003.

<sup>15</sup> Гурвич Г.Д. Идея социального права. С. 130.

Основа такой обязывающей силы — не внешнее воздействие, а сам факт состояния лица в том или ином союзе, а любой социальный союз — и здесь Гурвич полностью согласен с Эрлихом, — это прежде всего порядок. Но если для Эрлиха социальный порядок зиждется на коллективном убеждении (*opinio necessitatis*), то Гурвич пытается заглянуть за «завесу» такого убеждения, понять, на чем основывается его сила. По словам Гурвича, во многих социальных союзах имеет место «взаимное проникновение и частичное слияние притязаний и соответствующих обязанностей»<sup>16</sup>, которое сохраняет константность вне зависимости от изменений и разнонаправленных тенденций в коллективной психологии. Здесь Гурвич резко расходится с Дюркгеймом, считая недопустимым с научной точки зрения гипостазировать «коллективное сознание», что приводит к введению в социологию метафизических конструкций. Нет такого субъекта, как коллектив, которого можно было бы уподобить индивиду. Есть множество индивидов, которые сохраняют свою автономию, но при этом образуют «сложную коллективную личность» за счет единства базовых ценностей, которые вызывают схожую реакцию, более или менее одинаково воспринимаются участниками социальной целостности (этот термин Гурвич предпочитает эрлиховскому «союзу»). Это — не растворение индивидуальности в коллективе, и не абсолютизация индивидуальной свободы, а нечто среднее — равновесие общества и личности. Тот набор способов, с помощью которого такое равновесие обеспечивается и обосновывается в том или ином социуме — это и есть социальное право. И уже на основе такой системы равновесия личного и коллективного начал строится правовое регулирование (определяется статус лица, пределы и способы реализации его свободы, устанавливаются судебные и иные юридические институты, и т.п.). В этом отношении идея «социального права» у Гурвича играет роль, схожую с ролью «правила признания» в концепции Г.Л.А. Харта. Здесь заключается один из наиболее сложных моментов для понимания гурвичевской социологии, но тем не менее этот момент — ключевой<sup>17</sup>.

Личность, с одной стороны, не может существовать без общества, но и с другой стороны, общество не может существовать без личности. Эту дилемму, — как показывает Гурвич в своем монументальном произведении «Идея социального права», — различные мыслители пытались решить, отдавая предпочтение либо коллективному, либо индивидуальному началу, строя социальный порядок либо на необходимости личности подчиниться коллективу (и тогда право — это, в конечном итоге, «команда суверена», а индивидуальные права и свободы — всего лишь «дар» суверена»), либо же на приоритете личных прав, система которых образует социальный порядок (и в этом смысле личность является истинным сувереном, поскольку она является высшей ценностью, а ее права и свободы — высшим источником обязывающей силы права). Для Гурвича эта дилемма не имеет решения в смысле приоритета того или иного начала — само бытие человека как, с одной стороны, свободного, а с другой, социального существа, предполагает «взаимодополняемость» этих двух перспектив. Синтез этих двух начал — базовый факт любого социального общения (при этом очевидно, что в том или ином типе общества то или иное из начал может получить приоритет), на основе которого строится институциональная структура любого общества.

После публикации своих трактатов о социальном праве, Гурвич был вынужден привлечь во внимание критику за чрезмерную «юридизацию» социальной жизни — по-

<sup>16</sup> Там же. С. 60.

<sup>17</sup> Антонов М.В. Право и общество в концепции Георгия Давидовича Гурвича. С. 159 и сл.

лучалось, что основным инструментом для описания социальной действительности мыслитель избирал право, точнее — социальное право. Более того, гурвичевская идея социального права достаточно отчетливо проявляла не сколько научные установки автора, сколько его политические симпатии (связанные с идеями гильдейского социализма, прудоновской социальной автономии и в немалой степени с политической позицией, которую Гурвич занял во время революций 1917 г. в России). Под влиянием такой критики (ее подробное изложение можно найти в цитируемой работе 1935 г.) мыслитель в следующей своей работе «Юридический опыт и плюралистическая философия права» (1935)<sup>18</sup> попытался сконструировать свободную от ценностей исследовательскую модель, которая претендовала на объективное описание социальных реалий.

Эта модель основывалась на особом прочтении феноменологической философии, которая в интерпретации Гурвича позволяла редуцировать все многообразие юридического опыта к нескольким эйдетическим данностям, выражающим «взаимное проникновение нравственного опыта и опыта логических идей»<sup>19</sup>. Теперь решение основной проблемы права: как «примирить реальные «Я» с общественным бытием — они гармоничны в идеале, но эмпирически вступают в конфликт, — примирить их на основе типичности и количественности»<sup>20</sup>, Гурвич ищет на почве философского интуитивизма Бергсона и феноменологического интесубъективизма Гуссерля. Обращение к «непосредственному опыту» позволяет обосновать нормативные факты как «проявление фактической солидарности, реализующей элемент идеальной солидарности»<sup>21</sup>.

Эта философская позиция не стала для Гурвича панацеей от критики, которая теперь переместилась на более абстрактный уровень рассуждений о феноменологическом методе. Здесь мыслитель изначально оказывался в невыгодной позиции, поскольку феноменология в тот момент находилась *in statu nascendi* и обнаруживала несколько разнонаправленных тенденций. Более того, преобладающей была именно формалистская тенденция, которая затрудняла применение феноменологии в социологических и нормативных исследованиях и не могла не вступить в конфликт с гурвичевскими рассуждениями об «идеал-реалистическом» методе. Вероятно, это и стало причиной, по которой Гурвич отказывается от дальнейших философских рефлексий о социальных источниках права и пытается ввести свой дискурс о «социологии человеческого духа» в рамки формальной социологии (в смысле социологии социальных форм). Эта программа намечена в его «Социологических очерках» (1938)<sup>22</sup>, а применительно к праву — в «Элементах юридической социологии», где ученый предлагает анализ социальной действительности (включая и правовую действительность) при помощи нескольких общих типологий, прежде всего типов социальности (т.е. способов, с помощью которых индивид в разных социокультурных условиях связывался с социальным целым: «способов связи с Целым и посредством Целого»<sup>23</sup>). Различные сочетания спонтанной и организованной социальности, социальности «сближения» и «разделения», социальности в форме «Массы», «Общности» или «Всеединства», межличностных структур общения «Мы»,

<sup>18</sup> Гурвич Г.Д. Юридический опыт и плюралистическая философия права / пер. с фр. М.В. Антонова // Гурвич Г.Д. Избранные сочинения по социологии и философии права. С. 213–459.

<sup>19</sup> Там же. С. 270.

<sup>20</sup> Там же. С. 417.

<sup>21</sup> Там же. С. 330.

<sup>22</sup> Gurvitch G. *Essais de Sociologie*. Paris: Sirey, 1938.

<sup>23</sup> Гурвич Г.Д. Социология права (пер. с англ.). С. 610.

«Они», «Другие» и прочие формы, в которые могут быть облечены социальные связи (всего Гурвич насчитывает двадцать семь форм социальности), дают, как казалось, ключ к свободному от ценностей, но при этом принимающему во внимание социальную реальность описанию права. Наряду с различными уровнями социальной морфологии и типами глобальных обществ, это обеспечивало исследователя набором критериев для построения детальной типологии социально-правовой действительности, которая включала в себя порядка 140 различных типов права, но при этом не претендовала на исчерпывающий характер.

Идея Петражицкого обобщить психологический опыт и выделить несколько базовых типов социальных эмоций (императивный, императивно-атрибутивный) реализуется Гурвичем в гораздо более широком масштабе. Здесь учитываются не только типы эмоциональных переживаний и не только общие формы коллективной психологии — Гурвич включает в анализ также другие социальные формы. Этот опыт кристаллизуется во множестве социальных форм. С одной стороны, он уникален, поскольку каждое лицо переживает встречу и признание ценностей в опыте, который не может быть редуцирован к словам или терминам. Для Гурвича основной исследовательской категорией по-прежнему служит «непосредственный юридический опыт, расположенный между моральным опытом и опытом логических идей, между духовным и чувственным опытом, состоит из коллективных актов *прохладного признания* конкретных социальных ситуаций, в которых осуществляются позитивные ценности»<sup>24</sup>. Но теперь мыслитель отказывается от идеи дойти до эйдетических истоков этого опыта путем феноменологических инверсии и редукции. Его исследовательская задача становится более скромной — описать право таким, каким оно предстает нам в различных социальных формах. Но здесь Гурвич делает существенную оговорку: ни одна форма не может исчерпать богатство проявлений социальности, которая каждый раз по-разному выражается в социальных явлениях. Эта оговорка транслируется ученым с помощью тезиса о «сверхрелятивизме», который указывает на изменчивость не только самих явлений, но и самих форм опытного восприятия: здесь он использует образный язык и уподобляет опытное восприятие и его данные древнегреческому мифическому чудовищу Протею, которое всякий раз ускользало из рук, когда кто-то хватал его. Более или менее адекватное описание реальности можно было получить, только рассматривая ее с точки зрения «тотальных социальных явлений» (термин, заимствованный у М. Мосса), т.е. конгломератов фактов, процессов, ценностей, отношений, которые формируют целостные блоки социальной действительности и могут быть изолированы друг от друга только абстрактно.

Именно в этом контексте в послевоенных работах Гурвич упоминает проблематику социологии права<sup>25</sup>, но при этом ученый более не посвящает работ или сколько-нибудь значимых статей вопросам социологии права. Впрочем, неудивительно, что внимание Гурвича с рассуждений о праве, о формах юридического опыта и о правовых ценностях перемещается к вопросу о самих социальных формах. Ведь именно в них кроется ключ к объяснению права и других областей социальной действительности. С позиций «радикального (или «диалектического») гипер-эмпиризма» и «сверхрелятивизма» все

<sup>24</sup> Там же. С. 779.

<sup>25</sup> Примечательно, что в своей основной работе послевоенного времени («Современное призвание социологии», первое издание 1950–1951 гг.), где он сформулировал методологические принципы своей социологической концепции, Гурвич не выделяет даже отдельной главы, посвященной социологии права, и рассматривает юридическую проблематику только применительно к связи магии, религии и права (Gurvitch G. *La Vocation actuelle de la sociologie*. Vol. 2. Paris: PUF, 1969. 3 ed.)

дискуссии о содержании социальных практик лишаются теоретического смысла, поскольку эти практики (равно как и лежащие в их основе ценности, символы, образы) нельзя свести к единому знаменателю даже путем феноменологической редукции или «непосредственного» интуитивного опыта. Так, в 1950-е годы Гурвич отказывается от идей феноменологии и интуитивизма, но при этом настаивает на необходимости «глубинной» социологии, т.е. исследования глубинных уровней социальной действительности. Тем не менее, многие критики его воззрений указывали на то, что «гиперэмпиризм» мыслителя был скорее декларативным лозунгом, чем описанием фактической методологии, которая оставалась преимущественно абстрактной и сводилась к комбинации различных классификаций.

Формулируя свою концепцию социологии права, Гурвич резко возражает попыткам представить науку социологии как науку только о фактах, об эмпирически осязаемых данных — «социология человеческого духа», «ноэтическая социология» и другие способы изучения идеальной реальности имеют такое же право на существование, как и социология фактов. Если социология занимается как сущим, так и должным, то теряет всякий смысл проводимая Кельзенем граница между социологией права и правоведением. Гурвич упрекает юристов в «глубоко укорененной склонности к догматизму и консерватизму, к отождествлению по существу своему относительных приемов юридической техники с вечной идеей права»<sup>26</sup> и ставит перед социологией задачу «изучения функциональных взаимоотношений между социальной действительностью и видами права»<sup>27</sup>. Саму социологию права мыслитель определяет как «часть социологии человеческого духа, которая изучает целостную социальную действительность права, начиная с ее чувственно воспринимаемых и видимых проявлений в образцах коллективного поведения (кристаллизованные организации, обычная практика и традиции или же поведенческие новшества) и на материальном уровне (пространственная структура и демографическая плотность правовых институтов)»<sup>28</sup>.

Особое внимание Гурвич уделяет «генеалогии» социологического понимания права: этой проблематике посвящена большая часть «Идеи социального права» (1931), также в англоязычной «Социологии права» (1942) описание воззрений «предшественников и предвозвестников» социологии права занимает почти половину работы. Основную проблему он видит в совмещении юридической и социологической перспектив видения права: юристы видят в праве преимущественно средство социального контроля, нормативную схему регулирования поведения, тогда как социологи исследуют по большей части фактические процессы и отношения, через которые реализуется такой контроль (регулирование). Оба воззрения ошибочны в своей односторонности, и лишь их синтез дает возможность охватить взглядом социальную реальность права, которая одновременно и идеальная (нормативная, духовная), и фактическая. «Идеал-реалистическая» методология, разработанная Гурвичем в период увлечения феноменологией, и гиперэмпирическая социология человеческого духа, которая приходит ей на смену в 1950-х годах, были призваны подвести исследовательскую базу под этот проект синтетического изучения фактического и идеального измерений права.

В настоящем кратком очерке мы не будем далее останавливаться на положениях общей социологии Гурвича и его юридической социологии. Здесь хотелось бы подчеркнуть

<sup>26</sup> Гурвич Г.Д. Социология права (пер. с нем.). С. 364.

<sup>27</sup> Гурвич Г.Д. Социология права (пер. с англ.). С. 703.

<sup>28</sup> Там же. С. 609.

то обстоятельство, в связи с которым гурвичевская социология права сохраняет свою актуальность для отечественного теоретического правоведения. Речь идет о том факте, что Гурвич вошел в мировую социологическую науку не просто как интерпретатор западных авторов или продолжатель их творческого наследия — его целью был пересмотр этого творческого наследия в свете основных положений русского философского дискурса. Всеединство, соборность, целостное знание и прочие элементы философской традиции, идущие от В.С. Соловьева, синтезируются Гурвичем с идеями его наставника в Петроградском университете — Л.И. Петражицкого. И уже на основании этих мировоззренческих установок Гурвич пытается переосмыслить западную социально-философскую традицию, найти выход из ее «крайностей»: индивидуализма и коллективизма, позитивизма и метафизики<sup>29</sup>. Данный факт замечен в ранних работах мыслителя, в фактах его биографии, хотя в более поздних работах уже несколько затушевывается и не акцентируется самим Гурвичем. Тем самым мыслитель, с одной стороны, вводит русский философский дискурс в западный социально-философский дискурс и, с другой стороны, создает методологические основы для дальнейшего осмысления и разработки связи между этими двумя дискурсами. Эта задача кажется более чем актуальной в эпоху преодоления цивилизационного моноцентризма, приводящего к «столкновению цивилизаций»<sup>30</sup>.



## Библиография

Antonov M. La raisonnement dialectique de Georges Gourvitch et la philosophie russe // Lesourde F. (ed.) *La raison: études sur la pensée russe*. Lyon: Lume, 2009. P. 337–360.

Antonov M., Berthold E. Sources russes de la pensée de Georges Gurvitch: écrits de jeunesse dans les annales contemporaines (1924–1931) // *Cahiers internationaux de sociologie*. 2006. № 121. P. 197–226.

Gurvitch G. *Éléments de sociologie juridique*. Paris: Aubier, 1940, 300 p.

Gurvitch G. *Essais de Sociologie*. Paris: Sirey, 1938, 309 p.

Gurvitch G. *Grundlegung der Soziologie des Rechtes*. Neuwied: Hermann Lucherhand Verlag, 1960, 263 p.

Gurvitch G. *La Vocation actuelle de la sociologie*. Vol. 2. Paris: PUF, 1969. 3<sup>e</sup> ed., 511 p.

Gurvitch G. *Le temps présent et l'idée du droit social*. Paris: Vrin, 1931. 336 p.

Gurvitch G. *L'idée du droit social*. Paris: Sirey, 1931, 710 p.

Gurvitch G. *Rechtssoziologie // Die Lehre von der Gesellschaft / G. Eisermann, G. Gurvitch (hrsg.)*. Stuttgart: F. Enke Verlag, 1958. S. 182–234.

Gurvitch G. *Sociology of Law*. New York: Routledge, 1942, 284 p.

Hunt A. *The Sociological Movement in Law*. London: Mcmillan, 1978, 185 p.

<sup>29</sup> См. об этом: Антонов М.В. Об интеллектуальных истоках правовой концепции Г.Д. Гурвича // *Российский ежегодник теории права*. 2010. N 3. С. 667–689; Антонов М.В., Поляков А.В. Г.Д. Гурвич и русская постклассическая правовая мысль конца XIX — начала XX века // *Известия вузов. Правоведение*. 2005. № 4. С. 131–137; Antonov M., Berthold E. Sources russes de la pensée de Georges Gurvitch : écrits de jeunesse dans les annales contemporaines (1924–1931) // *Cahiers internationaux de sociologie*. 2006. № 121. P. 197–226; Antonov M. La raisonnement dialectique de Georges Gourvitch et la philosophie russe // Lesourde F. (ed.) *La raison: études sur la pensée russe*. Lyon: Lume, 2009. P. 337–360.

<sup>30</sup> Разумеется, тезис о значении социолого-правовой доктрины Г.Д. Гурвича для российского правового дискурса не исключает значимости этой доктрины для современной мировой философско-правовой мысли (об этом см. цитированную выше работу Герта Рихерса) и для решения прикладных задач юридической практики (об этом см.: *Le Goff J. Georges Gurvitch. Le pluralisme créateur*. Paris: Michalon Éditions, 2012; Антонов М. В. Креативный плюрализм Г.Д. Гурвича (о книге Жака Ле Гоффа) // *Известия вузов. Правоведение*. 2013. № 2. С. 263–270).

- Le Goff J. Georges Gurvitch. Le pluralisme créateur. Paris: Michalon Éditions, 2012, 126 p.
- Riechers G. Die Normen- und Sozialtheorie des Rechts bei und nach Georges Gurvitch. Berlin: Duncker & Humblot, 2003, 411 p.
- Teves R. La sociologie du droit de Georges Gurvitch // Cahiers Internationaux de Sociologie. 1968. N. 45. P. 51–66.
- Антонов М.В., Поляков А.В. Г.Д. Гурвич и русская постклассическая правовая мысль конца XIX — начала XX века // Известия вузов. Правоведение. 2005. № 4. С. 131–137.
- Антонов М. В. Креативный плюрализм Г.Д. Гурвича (о книге Жака Ле Гоффа) // Известия вузов. Правоведение. 2013. N 2. С. 263–270.
- Антонов М.В. Об интеллектуальных истоках правовой концепции Г.Д. Гурвича // Российский ежегодник теории права. 2010. N 3. С. 667–689.
- Антонов М.В. Право и общество в концепции Георгия Давидовича Гурвича. М.: НИУ ВШЭ, 2013, 448 с.
- Гурвич Г.Д. Диалектика и социология / пер. с фр. М.М. Кириченко. Краснодар: КубГУ, 2001, 294 с.
- Гурвич Г.Д. Идея социального права / пер. с фр. М.В. Антонова // Гурвич Г.Д. Избранные сочинения по социологии и философии права. СПб.: Издательский Дом СПбГУ, 2004. С. 41–193.
- Гурвич Г.Д. Избранные сочинения по социологии и философии права. СПб.: Издательский Дом СПбГУ, 2004, 848 с.
- Гурвич Г.Д. Социология права / пер. с англ. М.В. Антонова, Л.В. Ворониной // Гурвич Г.Д. Избранные сочинения по социологии и философии права. СПб.: Издательский Дом СПбГУ, 2004. С. 565–780.
- Гурвич Г.Д. Социология права / пер. с нем. М.В. Антонова // Антонов М.В. Право и общество в концепции Георгия Давидовича Гурвича. М.: НИУ ВШЭ, 2013. С. 362–410.
- Гурвич Г.Д. Юридический опыт и плюралистическая философия права / пер. с фр. М.В. Антонова // Гурвич Г.Д. Избранные сочинения по социологии и философии права. СПб.: Издательский Дом СПбГУ, 2004. С. 213–459.
- Тимошина Е.В. Право как справедливость: концепция интуитивного права в школе Л.И. Петражицкого // Известия вузов. Правоведение. 2010. N 6. С. 179–195.
- Шереги Ф.Э. Социология права: прикладные исследования. СПб.: Алетейя, 2002.
- Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М.В. Антонова. СПб.: Издательский Дом СПбГУ, 2011, 704 с.
- 

## Portraits of Legal Scholars. Georges Gurvitch (1894–1965): A Project of Sociology of Law



**Mikhail Antonov**

Associate Professor, Department of History and Theory of Law and State, National Research University Higher School of Economics (Saint Petersburg Campus), Candidate of Juridical Sciences. Address: 16 Soyuz Pechatnikov Str., Saint Petersburg, 190008, Russian Federation. E-mail: mantonov@hse.ru



### Abstract

The present article examines the major achievements of an outstanding Russian-French philosopher, lawyer and sociologist Georges Gurvitch, as well as the principal ideas of his scientific conception. The author focuses on the role Gurvitch played in the elaboration of the methodology for socio-legal studies, and the importance of this scientific project for contemporary sociological studies in law. The author demonstrates the connecting link between the philosophical ideas of Gurvitch about law with the key tenets of Russian philosophy; on this basis the author concludes in favor of topicality of these ideas from the standpoint of the continued integration of Russian theoretical jurisprudence into the worldwide legal



science. The main concepts and schemes of the sociology of law by Gurvitch are examined by the author, including the concepts of sociability and social law. These concepts are central to the legal conception of Gurvitch which sets out to overcome the shortages of the methodological individualism inherent to the classical Western legal philosophy of Modernity with avoiding the extremities of communitarism which are typical for the legal philosophy of Antiquity and of the Oriental world-outlook. Another direction of synthesis for Gurvitch was to reconcile the methodological principles of positivism and of metaphysics, which in the field of sociology are confronted as the positivistic methods of quantitative sociology and the abstract methods of social philosophy. Gurvitch sought to triumph over this conflict through postulating an ideal-realist method which allowed justification of integrative approach to law.



## Keywords

Sociology of law, Georges Gurvitch, social philosophy, legal positivism, social law, integrative approach, forms of sociability, Ideal-Realism.

Citation: Antonov M. Portraits of Legal Scholars. Georges Gurvitch (1894–1965): A Project of Sociology of Law. *Pravo. Zhurnal Vysseyshy sholy ekonomiki*, no 4, pp. 63–74 (in Russian)



## References

- Antonov M.V., Polyakov A. V. (2005) G. D. Gurvich i russkaya postklassicheskaya pravovaya mysl' kontsa XIX — nachala XX veka [G. D. Gurvitch and Russian Legal Post-classical Thought at the turn of the 20th Century]. *Izvestiya vuzov. Pravovedenie*, no 4, pp. 131–137.
- Antonov M. V. (2013) Kreativnyy plyuralizm G.D. Gurvicha (o knige Zhaka Le Goffa) [Creative Pluralism of G. Gurvitch] *Izvestiya vuzov. Pravovedenie*, no 2, pp. 263–270.
- Antonov M.V. (2010) Ob intellektual'nykh istokakh pravovoy kontseptsii G.D. Gurvicha [On the Intellectual Sources of the Legal Conception of Gurvitch] *Rossiyskiy ezhegodnik teorii prava*, no 3. pp. 667–689.
- Antonov M.V. (2013) Pravo i obshchestvo v kontseptsii Georgiya Davidovicha Gurvicha [Law and Society in the Conception of G. Gurvitch]. Moscow: HSE. (in Russian)
- Gurvich G.D. (2001) *Dialektika i sotsiologiya* [Dialectics and Sociology]. Krasnodar: KubGU, 294 c.
- Gurvich G.D. (2004) *Ideya sotsial'nogo prava* [Concept of Social Law] Gurvich G.D. *Izbrannye sochineniya po sotsiologii i filosofii prava* [Gurvitch D. Selected Works on the Sociology of Law]. Saint Petersburg: Izdatel'skiy Dom SPbGU, pp. 41–193.
- Gurvich G.D. (2004) *Izbrannye sochineniya po sotsiologii i filosofii prava* [Selected Works on the Sociology of Law]. Saint Petersburg: Izdatel'skiy Dom SPbGU. (in Russian)
- Gurvich G.D. (2004) *Sotsiologiya prava* [Sociology of Law]. Gurvich G.D. *Izbrannye sochineniya po sotsiologii i filosofii prava* [Selected Works on the Sociology of Law]. Saint Petersburg: Izdatel'skiy Dom SPbGU, pp. 565–780.
- Gurvich G.D. (2013) *Sotsiologiya prava* [Sociology of Law]. Antonov M.V. *Pravo i obshchestvo v kontseptsii Georgiya Davidovicha Gurvicha* [Law and Society in the Conception of G. Gurvitch]. Moscow: HSE, pp. 362–410.
- Gurvich G.D. (2004) *Yuridicheskiy opyt i plyuralisticheskaya filosofiya prava* [Legal Experience and Pluralistic Philosophy of Law]. Gurvich G.D. *Izbrannye sochineniya po sotsiologii i filosofii prava* [Selected Works on the Sociology of Law]. Saint Petersburg: Izdatel'skiy Dom SPbGU, pp. 213–459.
- Timoshina E.V. (2010) *Pravo kak spravedlivost': kontseptsiya intuitivnogo prava v shkole L.I. Petrazhitskogo* [Law as Equity : Conception of Intuitive Law in the School of L.I. Petrazhitskogo]. *Izvestiya vuzov. Pravovedenie*, no 6, pp. 179–195.
- Sheregi F.E. (2002) *Sotsiologiya prava: prikladnye issledovaniya* [Sociology of Law: Applied Research]. Saint Petersburg: Aleteyya. (in Russian)
- Erlikh O. (2011) *Osnovopolozhenie sotsiologii prava* [Fundamentals of the Sociology of Law]. Saint Petersburg. Izdatel'skiy Dom SPbGU. (in Russian)
- Antonov M. (2009) *La raisonnement dialectique de Georges Gourvitch et la philosophie russe*. Le-sourde F. (ed.) *La raison: etudes sur la pensee russe*. Lyon: Lume, pp 337–360.

- Antonov M., Berthold E. (2006) Sources russes de la pensée de Georges Gurvitch: écrits de jeunesse dans les annales contemporaines (1924-1931). Cahiers internationaux de sociologie, no 121, pp 197–226.
- Gurvitch G. (1940) *Éléments de sociologie juridique*. Paris: Aubier.
- Gurvitch G. (1938) *Essais de Sociologie*. Paris: Sirey.
- Gurvitch G. (1960) *Grundlegung der Soziologie des Rechtes*. Neuwied: Hermann Lucherhand Verlag.
- Gurvitch G. (1969) *La Vocation actuelle de la sociologie*. Vol. 2. Paris: PUF.
- Gurvitch G. (1931) *Le temps présent et l'idée du droit social*. Paris: Vrin.
- Gurvitch G. (1931) *L'idée du droit social*. Paris: Sirey.
- Gurvitch G. (1958) *Rechtssoziologie. Die Lehre von der Gesellschaft* / G. Eisermann, G. Gurvitch (hrsg.). Stuttgart: F. Enke Verlag, pp. 182–234.
- Gurvitch G. (1942) *Sociology of Law*. New York: Routledge.
- Hunt A. (1978) *The Sociological Movement in Law*. London: Macmillan.
- Le Goff J. (2012) *Georges Gurvitch. Le pluralisme créateur*. Paris: Michalon Éditions.
- Riechers G. (2003) *Die Normen- und Sozialtheorie des Rechts bei und nach Georges Gurvitch*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Treves R. (1968) *La sociologie du droit de Georges Gurvitch*. Cahiers Internationaux de Sociologie, no 45, pp. 51–66.

# Требование платежа по банковской гарантии: тенденции российской и международной судебной практики



**О.М. Олейник**

профессор, заведующая кафедрой предпринимательского права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20. E-mail: ooleyunik@hse.ru



## Аннотация

Предъявление требования о платеже и сам платеж по банковским гарантиям является центральным элементом правоотношений, связанных с использованием в экономическом обороте банковских гарантий. При этом подчеркивается, что обращение к платежу происходит очень редко, но сама возможность получения платежа оказывает существенное влияние на обеспечительную функцию. Анализ судебной практики, складывающейся по поводу обеспечения обязательств в России и международной практике, показывает различные тенденции и выявляет разные элементы, предопределяющие возможность платежа.

Возможность осуществления платежа в первую очередь определяется действиями бенефициара, который должен правильно оформить документы, прилагаемые к платежу. Плательщик со своей стороны анализирует их содержание и рассматривает соотношение содержания обеспечиваемого и основного обязательства. Это один из ключевых вопросов, от ответа на который зависит осуществление платежа по банковской гарантии. Автор в результате исследования российской судебной практики установила, что в настоящее время складывается две противоположные тенденции. В публично-правовых обязательствах банковские гарантии становятся все более независимыми от обеспечиваемого обязательства, вплоть до того, что некоторые суды считают, что банковские гарантии в принципе обеспечивают определенного вида обязательства принципала, например, таможенные платежи за определенный период без привязки к конкретному договору. В частноправовых обязательствах судебная практика складывается прямо противоположным образом: суды очень жестко требуют привязки гарантийных обязательств к обеспечиваемым правоотношениям. Но в любом случае возможность платежа определяется корректной ссылкой на обеспечиваемое обязательство.

Далее анализируются такие значимые для платежа элементы, как форма предъявления требования, место и сроки предъявления требования о платеже, основания отказа в платеже и др. В числе обстоятельств, влияющих на платеж по банковской гарантии такие параметры, как правовой статус субъекта, предъявившего требование и оформление полномочий соответствующего лица. В статье анализируются случаи, когда в течение срока гарантии такой статус изменился, и полномочия лица определены неправильно. Кроме того осуществление платежа зависит от объема документов, подтверждающих нарушение обязательства должником. В круг анализируемых проблем включены также вопросы запрета платежа и др.



## Ключевые слова

банковская гарантия, платеж по гарантии, соотношение платежа с обеспечиваемым обязательством, место предъявления требования, сроки предъявления требования, основания отказа в платеже

Библиографическое описание: Олейник О.М. Требование платежа по банковской гарантии: тенденции российской и международной судебной практики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 4. С. 75–89.

Использование банковских или независимых гарантий — это достаточно дорогой, но весьма эффективный способ обеспечения обязательств. В настоящее время эти гарантии регулируются наряду с Гражданским кодексом Российской Федерации (далее — ГК РФ) (находящимся в состоянии «хронического» изменения) также Унифицированными правилами для гарантий по первому требованию 1992 г. URDG<sup>1</sup> и Унифицированными правилами для гарантий по требованию 2010 г. URDG<sup>2</sup>. Следует отметить, что российские суды в последнее время стали ссылаться не только на гражданское законодательство, но и на международные правила<sup>3</sup>. Правда, при этом отмечено, что Унифицированные правила подлежат применению только в тех случаях, когда в тексте гарантии или изменении к ней содержится указание об этом. Применения указанных правил должно быть надлежаще обосновано.

Банковская (по российскому праву) или независимая (в международных отношениях) гарантия преследует несколько целей, которые отмечались в российском праве, прежде всего Н.Ю. Ерпылевой. По ее мнению, в современном международном банковском праве гарантия выполняет следующие функции: обеспечительную, распределительную, стимулирующую, защитную и сигнальную<sup>4</sup>. Как видим, на первом месте находится функция обеспечительная, и, следовательно, связанная с ней возможность платежа, по поводу которого в российской и зарубежной практике возникает множество вопросов.

Правда, следует сразу оговориться, что на международном уровне в соответствии с банковской практикой требование о реальном платеже предъявляются в 3–5 % случаев или даже менее того<sup>5</sup>. Тем не менее, именно с проблемами платежа связаны достаточно сложные и разнообразные вопросы применения права, которые нуждаются в детальном исследовании, в том числе применительно к российскому праву. Кроме того, можно утверждать, что обеспечительная функция банковской гарантии предопределяет все остальные функции, и сама, в свою очередь, зависит от возможности получения платежа.

Поэтому предложенную классификацию можно дополнить платежной функцией, понимая при этом реалии платежа, а также то, что его возможность существенно влияет на все остальные функции. Можно утверждать, что возможность платежа, надежность гаранта в этом смысле определяет сферу и ситуации использования гарантий в экономическом обороте.

В данном случае мы абстрагируемся от тех тенденций, которые наметились за последнее время в теории и практике применения гарантий. Они могут быть обозначены как диаметрально противоположные, т.е. тенденция конкретизации и тенденция абстрагирования. Первая из них состоит в том, что в последние годы банковские гарантии

<sup>1</sup> Унифицированные правила ICC для платежных гарантий (Унифицированные правила для гарантий по первому требованию 1992 года. Публикация Международной торговой палаты № 458 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>2</sup> Унифицированные правила ICC для гарантий по требованию. Редакция 2010. Публикация ICC № 758 — ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. 2010 Revision. ICC Publication no 758 : пер. с англ. 2010.

<sup>3</sup> См.: Постановление Федерального арбитражного суда Московской области от 30 октября 2013 г. по делу № А40-133615/12-53-1259 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>4</sup> См. *Ерпылева Н.Ю.* Банковские гарантии в международном банковском праве // *Банковское право.* 2000. № 3. С. 67–76.

<sup>5</sup> См.: *Bank Guarantees in International Trade. The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and Common Law Jurisdictions.* Paris — New York: Kluwer Law International, 2004. P. 277.

сблизились в некоторых случаях с документарными аккредитивами, и они приобрели общие черты. Происходит это благодаря тому, что на практике банковские гарантии приближаются к аккредитивным платежам за счет приобретения большей конкретности и связанности с обеспечиваемым обязательством в части обоснования его нарушения и предъявления требования платежа, с одной стороны. С другой стороны, аккредитивы приобретают все более абстрактный характер.

Второй тенденцией является придание самим банковским гарантиям более абстрактного характера и даже возможности трансферабельности гарантий, т.е. практически полного отрыва гарантий от основного обязательства и возможности ее обращения как самостоятельного института финансового рынка.

Применительно к практике применения гарантий в настоящее время, на наш взгляд, можно обсуждать как минимум следующие виды обстоятельств, от наличия или отсутствия которых зависит возможность получения платежа по гарантийному обязательству.

**1. Надлежащее оформление гарантом обязательства, т.е. в основном это характеристика свойств самой гарантии.** В этом плане важным является вопрос о соотношении предъявляемого требования с основным договором или обеспечиваемым обязательством, равно как и об обозначении этого обязательства в самой гарантии. Правда, даже по такому поводу в настоящее время нельзя утверждать, что существует однообразный подход. Для уяснения проблемы необходимо разделить все обязательства, для обеспечения исполнения которых выдается гарантия, на две группы:

**1.1. Гражданско-правовые договоры, которые обеспечиваются банковской гарантией.** В данном случае речь идет о наличии и соответствующем обозначении обеспечиваемого обязательства, что должно рассматриваться как существенное условие. При всей независимости банковской гарантии, которая иногда ставится под сомнение, в ней должно быть указано основное гражданско-правовое обязательство, для обеспечения которого выдана гарантия. Следовательно, отсутствие такого указания будет свидетельствовать о том, что права и обязанности не возникли, юридический факт не состоялся.

При этом, на наш взгляд, суды довольно широко трактуют связь банковской гарантии с обеспечиваемым обязательством. Если ГК РФ указывает только необходимость ссылки на наличие основного обязательства, то суды считают целесообразным анализировать и соотношение различных элементов обязательств и гарантии. Так, в определении ВАС РФ от 23 августа 2007 г. № 9722/07 отмечается, что выданная банковская гарантия должна быть признана недействительной. В данном деле по условиям банковской гарантии банк подтвердил, что является гарантом и ответственным перед бенефициаром за исполнение обязательств ООО «Россыпи» (принципалом) по возврату денежных средств, полученных в качестве займа. Банк обязался выплатить бенефициару после первого письменного требования, уведомляющего о невозврате принципалом полученного займа, сумму в пределах 5,5 млн рублей, не требуя от бенефициара доказательств или обоснованности его требований на определенную в гарантии сумму. Суд решил, что неопределенность сроков исполнения ООО «Россыпи» своей обязанности по возврату займа при определенном сроке действия спорной банковской гарантии не позволяет гарантировать осуществление прав по банковской гарантии. Следовательно, в данном случае суд признал зависимость гарантии не только от наличия или отсутствия основного обязательства (договор займа), но и от того, каким образом в этом обязательстве сформулированы сроки возврата. Здесь же заметим, что суд не анализировал

(насколько можно судить по опубликованному решению) наличие или отсутствие договора займа, для чего, собственно говоря, не было оснований. Он только признал выданную гарантию недействительной, сославшись на интересы общества.

Приведенная позиция плохо сочетается с совершенно правильными суждениями, высказанными по этому поводу в юридической литературе. Так, Л.А. Новоселова отмечает, что фактическую связь этих обязательств (гарантии и основного обязательства) следует отличать от их юридической связи. Она совершенно справедливо подчеркивает, что гарантия в российском праве и международной практике формировалась как правовой инструмент, позволяющий в интересах обеспечения надежности оборота отделить юридическую судьбу обеспечительного обязательства от обеспечиваемой сделки. Исходя из этого, положения ст. 370 ГК РФ в юридической литературе трактовались как закрепляющие принцип независимости банковской гарантии<sup>6</sup>. Он состоит в том, что «основаниями к отказу в удовлетворении требования бенефициара могут служить исключительно обстоятельства, связанные с несоблюдением условий самой гарантии, не имеющие никакого отношения к основному обязательству»<sup>7</sup>. Такую же позицию высказывает Б.М. Гонгало, который отмечает, что «рассматривая требование бенефициара, гарант не может выдвигать возражения, основанные на отношениях бенефициара и принципала»<sup>8</sup>. Правда, некоторые исследователи проблем банковской гарантии считают ее независимость мифом<sup>9</sup>, с чем, очевидно, придется согласиться, если принять во внимание складывающуюся судебную практику.

Связь банковской гарантии с основным обязательством усматривается, как подчеркивает большинство исследователей данной проблемы, и в том, что при предъявлении требования платежа бенефициар должен сослаться на неисполнение обязательства принципалом. Иными словами, после выдачи гарантии должно произойти определенное изменение юридического состава в основном обязательстве: неисполнение его должником. Следовательно, если такое неисполнение было до выдачи гарантии, то оно не может рассматриваться как основание удовлетворения соответствующего требования.

В этом плане показательное следующее судебное решение. В постановлении от 25 января 2008 г. № КГ-А40/12965-07 ФАС МО установил, что ОАО «Судостроительный завод «Вымпел»» получил бюджетный кредит в размере 7,5 млн долл. США по кредитному соглашению, и задолженность по нему была реструктурирована на основании соглашения о реструктуризации путем рассрочки ее погашения. В обеспечение соглашения о реструктуризации заемщик предоставил Министерству финансов Российской Федерации банковскую гарантию АКБ «Межрегиональный инвестиционный банк». Истец воспользовался своим правом предъявить требование к гаранту о досрочном исполнении обязательств заемщика на основании п. 5 и 6 ст. 35 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах». Как известно, указанные нормы предус-

<sup>6</sup> Практика рассмотрения коммерческих споров: Анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Выпуск 3. М.: Статут, 2008. // СПС «Консультант Плюс».

<sup>7</sup> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М.: Статут, 1999. С. 593.

<sup>8</sup> См.: Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. М.: Статут, 2004 // СПС «Консультант Плюс».

<sup>9</sup> См.: Кузнецова Л.В. Банковская гарантия: миф о независимости // Российская юстиция. 2008. № 2. С. 7–13.

матривают обязанность акционерного общества принять решение о своей ликвидации либо об уменьшении уставного капитала, если величина чистых активов общества оказывается меньше величины минимального уставного капитала по окончании второго и каждого последующего финансового года.

Суды, отказывая в иске, сослались на то, что заемщик не имеет задолженности перед Минфином РФ, и истцу было известно об отрицательных показателях чистых активов заемщика и в момент заключения соглашения о реструктуризации задолженности. Кредиторы вправе требовать от общества досрочного прекращения или исполнения обязательств, если общество в разумный срок не примет решение об уменьшении своего уставного капитала или о ликвидации. Однако для ОАО «Судостроительный завод «Вымпел», исходя из специфики производимой им продукции, разумным сроком не может считаться срок менее срока изготовления продукции (4–6 лет), и меры по улучшению финансового состояния завода предполагают длительный период (что подтверждается, в том числе и заключением соглашения о реструктуризации задолженности до 2011 года).

На наш взгляд, суд обоснованно сделал вывод, что при таких обстоятельствах у бенефициара не было оснований требовать досрочного погашения задолженности у основного должника, как и предъявления требований к гаранту.

Вышеизложенное позволяет сделать вывод, что в большинстве случаев суды все же исходят из того, что в банковской гарантии должна быть ссылка на основное обязательство. Это совершенно правильно. Но очень часто применительно к гражданско-правовым обязательствам суды анализируют содержание такого обязательства, что представляется совершенно излишним. Это не в полной мере соответствует позиции ликвидированного ВАС РФ, выраженной в постановлении Пленума от 23 марта 2012 г. № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий». Она состоит в том, что положение об указании в банковской гарантии обеспеченного обязательства следует считать соблюденным и в том случае, если из содержания гарантии можно установить, кто является должником по обеспеченному обязательству, указана сумма, подлежащая уплате гарантом при предъявлении бенефициаром соответствующего требования, и в гарантии содержится отсылка к договору, являющемуся основанием возникновения обязательств принципала перед бенефициаром, либо указан характер обеспеченного гарантией обязательства.

**1.2. Публично-правовые обязательства (прежде всего налоговые), в обеспечение которых выдана банковская гарантия.** Для формирования общего теоретического подхода по этой категории обязательств приведем одно из арбитражных дел, по которому вынесено решение ФАС МО (17 мая 2007 г., дело № КА-А40/4075-07). В анализируемом деле была выдана банковская гарантия, в которой банк обязался уплатить сумму акциза в случае непредставления заявителем (принципалом) в течение 180 дней со дня реализации на экспорт подакцизных товаров пакета документов, необходимых для обоснования освобождения от уплаты акциза. Но в банковской гарантии не содержалось указания на конкретный контракт, по которому обеспечивается уплата акциза, если по нему не будет представлен комплект документов, подтверждающих экспорт, либо конкретную поставку товара.

Казалось бы, на первый взгляд отсутствие такого указания является нарушением ст. 369 ГК РФ, в соответствии с которой банковская гарантия обеспечивает надлежащее исполнение принципалом его обязательства перед бенефициаром (основного обя-

зательства). Но суд при вынесении решения привел совершенно другое обоснование, указав, что п. 2 ст. 184 Налогового кодекса РФ (далее — НК РФ) не содержит требования об указании в банковской гарантии обеспечиваемого контракта. По смыслу банковской гарантии, в которой банк предоставил поручительство на сумму 500 тыс. долларов США, акциз должен быть уплачен банком применительно к любым поставкам заявителя в режиме экспорта в течение срока действия гарантии. Суд решил, что отсутствие в банковской гарантии указания на конкретную партию товара не опровергает значения банковской гарантии как обязательства банка уплатить указанную в ней сумму по предъявлению налоговым органом претензий об уплате акциза в случае непредставления налогоплательщиком пакета документов в течение 180 дней со дня реализации товаров в течение срока действия гарантии.

Вряд ли с таким обоснованием можно согласиться, поскольку в нем содержится несколько принципиальных ошибок. Одна из них состоит в том, что суд неправильно определил сферу действия налоговых нормативно-правовых предписаний, распространив их на гражданско-правовую сферу. Дело в том, что ст. 184 НК РФ не может содержать таких требований, поскольку посвящена особенностям освобождения от налогообложения при реализации подакцизных товаров за пределы территории Российской Федерации. Упоминания в ней о банковской гарантии и поручительстве не означает, что правоотношения, связанные с выдачей банковской гарантии, регулируются данным законодательством. Речь должна идти об использовании гражданско-правовых конструкций в целях обеспечения публично-правовых обязательств, что вполне возможно и допустимо. Но при этом налоговое законодательство не может менять содержания гражданско-правового способа обеспечения исполнения обязательств.

Вторая ошибка суда, на наш взгляд, состоит в том, что суд неправильно оценил содержание ст. 184 НК РФ, в которой сказано, что банковская гарантия должна предусматривать обязанность банка уплатить сумму акциза и соответствующую пеню в случаях непредставления налогоплательщиком в порядке и в сроки, установленные п. 7 и 7.1 ст. 198 настоящего Кодекса, документов, **подтверждающих факт экспорта подакцизных товаров** (выделено нами — О.О.) или ввоза в портовую особую экономическую зону подакцизных товаров, помещенных под таможенный режим свободной таможенной зоны, и неуплаты им акциза и (или) пеней. Из этого следует вывод, что банк обязывается не просто абстрактно заплатить определенную сумму денег, а то, что эта обязанность связана с нарушением условий конкретных налоговых обязательств по конкретному факту экспортной поставки.

Как видим, здесь возникает более общий вопрос о соотношении гражданского и налогового законодательства в случае использования банковской гарантии для обеспечения исполнения налоговых обязательств. Не предвещая его в целом, можно все же попытаться определить пределы того и другого правового регулирования применительно к данной ситуации. Представляется, что ст. 184 и 198 НК РФ в принципе не могут содержать никаких содержательных требований к банковским гарантиям. Данные нормы находятся в главе НК РФ, посвященной регулированию акцизов, о банковской гарантии здесь упоминается только как о существующем институте. Поэтому можно сделать вывод, что законодатель в данном случае имеет в виду как раз ту ситуацию, в которой к налоговым отношениям должны применяться нормы гражданского законодательства в силу прямого указания закона (ст. 2 ГК РФ). Разумеется, при этом гражданское законодательство не может меняться в своем содержании. Тем не менее, следует иметь в виду, что такая неблагоприятная тенденция в судебной практике, возможно, получит даль-



нейшее развитие, что приведет к появлению новых, отличающихся от общепринятых правил формирования содержания банковских гарантий.

Приведенное дело, а оно не единственное, позволяет сформулировать вывод в отношении гарантий по публично-правовым обязательствам, прямо противоположный предыдущему. В этих обязательствах суды предпочитают трактовать гарантию как совершенно независимую, причем до такой степени, что она утрачивает связь с основным обязательством.

## **2. Обоснованность требования платежа в виде письменного подтверждения невыполнения основного обязательства.**

Как известно, в соответствии со ст. 374 ГК РФ требование бенефициара об уплате денежной суммы по банковской гарантии должно быть представлено гаранту в письменной форме с приложением указанных в гарантии документов. В требовании или в приложении к нему бенефициар должен указать, в чем состоит нарушение принципом основного обязательства, в обеспечение которого выдана гарантия.

В этом случае возникает вопрос, каким образом следует подтверждать неисполнение принципалом принятых на себя обязательств и как это неисполнение соотносится с выданной гарантией. При этом следует иметь в виду, что в реальном экономическом обороте существуют длительные экономические связи, оформляемые в упрощенном порядке, а иногда — и не вполне корректно, что создает определенные проблемы предъявления требования платежа. Речь идет о том, что между принципалом и бенефициаром может существовать несколько договоров по однотипным товарам, а гарантия выдана только по одному из них. Либо может оказаться, что стороны по основному обязательству именовали отношения куплей-продажей, а гарантия получена на поставку. Можно ли прибегнуть к предъявлению платежа по банковской гарантии, если есть расхождения между наименованием договора в основном обязательстве и в гарантии? Некоторое время по этому поводу в судебной практике наблюдались различные подходы.

Интересным в этом плане является следующее судебное дело. Президиум ВАС РФ в своем постановлении от 24 июня 2014 г. № 383/14 поставил точку в этом споре, отметив, что предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на это обязательство. В предмет доказывания по делу по иску бенефициара к гаранту входит проверка судом соблюдения истцом (бенефициаром) порядка предъявления требований по банковской гарантии с приложением указанных в гарантии документов и указанием на нарушение принципалом основного обязательства. Гарантия составлена и выдана банком и содержит ссылку на его осведомленность о заключении обществом и предпринимателем договора на поставку чулочно-носочных и трикотажных изделий. Факт поставки этого товара в период после выдачи банковской гарантии подтверждается товарными накладными. Доказательств существования иных договорных отношений между сторонами не имеется.

Отсутствие в товарных накладных реквизитов договора поставки не свидетельствует о наличии разовых поставок, поскольку по условиям договора наименование, количество, ассортимент, цены, сроки поставки товара определяются в заказе покупателя. Заказы содержат согласованные сторонами условия о количестве, ассортименте, цене товара. Поставка товаров на основании заказов подтверждается представленными товарными накладными. Таким образом, факт поставки товаров в рамках договора поставки является доказанным.

Применительно к этому делу парадоксальным образом оказалось, что с участием одной и той же стороны ВАС РФ вынес противоположные решения. В отношении одного договора он отметил необходимость связи с конкретным нарушением определенных условий договора, а применительно к другому обратился к анализу всех договорных отношений.

Точно также ранее по другому делу (№ 4208/07) ВАС РФ указал, что бенефициаром не были представлены гаранту документы, предусмотренные условиями гарантии и необходимые для осуществления платежа, а именно — подтверждение невыполнения принципалом своих обязательств по договору строительного подряда. Возражения истца о нарушении судами принципа независимости обязательства гаранта перед бенефициаром от основного обязательства были отклонены, поскольку суды, исходя из буквального толкования условий банковской гарантии, пришли к выводу об обязанности бенефициара не просто сослаться на неисполнение принципалом обязательств по договору строительного подряда, а представить доказательства нарушения последним основного обязательства, в обеспечение которого она была выдана.

Если попытаться оценить разночтения судов в отношении того, на что необходимо сослаться при предъявлении требования платежа к гаранту, то нужно обратить внимание, что суды очень часто придают существенное значение не формальным, а содержательным обстоятельствам. Так, в первом приведенном деле суды отметили, что правоотношения сторон были оформлены товарными накладными, которыми, казалось бы, подтверждалось заключение разовых сделок, а не договора поставки, на который ссылалась гарантия. Но при этом суды обнаружили, что иных договорных отношений между сторонами основного обязательства не было. Поэтому они сделали вполне допустимый вывод, что выданная гарантия обеспечивала именно эти обязательства. Хотя, учитывая формальный характер гарантии, такой вывод выглядит несколько искусственным. Более того, представляется, что он оставляет без ответа вопрос о том, что мешает сторонам привести свои договорные обязательства в те формы, которые требуются в данном случае. Думается, что достаточно формальный характер гарантии призван дисциплинировать экономический оборот, придать ему определенную четкость и строгость. Отступления от этого правила свидетельствуют о размывании конструкции, правовой неграмотности участников оборота, что вряд ли можно приветствовать.

**3. Определение субъектного состава требования платежа.** В данном случае предполагается, что необходимо проверить, обладает ли бенефициар соответствующим статусом в гарантийном обязательстве.

3.1. Здесь в первую очередь возникает вопрос о том, **кто уполномочен** предъявить требование. В международной практике признается обоснованным, когда банк-гарант отказывает в платеже, если требование исходит не от бенефициара. При этом к определению статуса принято подходить строго формально. Так, требование было признано ненадлежащим, поскольку оно было предъявлено не бенефициаром, а его агентом, который не был обозначен как агент бенефициара<sup>10</sup>. В то же время требование арбитражного управляющего признается надлежащим<sup>11</sup>.

Так же поступают российские суды. В качестве примера можно сослаться на уже упомянутое дело ФАС МО. Правда, здесь суд весьма широко сформулировал предмет доказывания, включив в него следующие фактические обстоятельства: каковы были

<sup>10</sup> OLG Munchen. 23 June 1999. WM 1999. P. 2456.

<sup>11</sup> Rb Amsterdam. 31 March 1988. KG 1988, 179.

условия выданных банковских гарантий, на какой срок они были выданы, когда были заявлены требования, кем были подписаны требования о выплате гарантий и их содержание, какие документы были представлены в подтверждение полномочий лица, подписавшего требования.

Суд вполне справедливо отметил, что из полученных документов у гаранта не должно было возникнуть сомнений в подлинности требований выплат по банковским гарантиям. В этом плане следует иметь в виду, в соответствии с п. 1 ст. 16 ГК РФ признать требование о выплате по гарантии совершенным в письменной форме возможно только в том случае, когда требование подписано либо лицом, от которого оно исходит, либо должным образом уполномоченным им лицом. А, как известно, согласно ст. 53 ГК РФ юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя гражданские обязанности через свои органы, действующие в соответствии с законом, иными правовыми актами и учредительными документами.

По данному делу требование было подписано временно исполняющим обязанности руководителя центра, которые были на него возложены освобожденным от должности руководителем. На момент предъявления требования руководителем центра был назначен другой человек. Однако результаты оценки этих доказательств в решении не приведены, в связи с чем утверждение суда, что требования от имени ГУ «ИЦ ОКСИОН» о выплате банковских гарантий были подписаны уполномоченным лицом вышестоящий суд не признал установленным и соответствующим имеющимся в деле доказательствам.

3.2. Вторым направлением исследования статусных характеристик является **оформление полномочий** по требованию платежа. И здесь важнейшим обстоятельством является подпись на требовании, которая может быть передана по телефаксу, но отсутствие имени лица, предъявляющего требование, делает требование недействительным<sup>12</sup>.

Российская судебная практика также обращает внимание на полномочия лица, предъявившего соответствующее требование платежа по банковской гарантии. Так, по делу № А40-49675/07-29-418 ФАС МО в своем постановлении от 12 мая 2008 г. № КГ-А40/3171-08 специально отметил, что исследовав и оценив доказательства в их совокупности, суд сделал правильный вывод, что лицо, подписавшее требование, имело на это соответствующие полномочия. При этом документы, подтверждающие полномочия этого лица, ответчиком были получены.

3.3. Далее, необходимо учитывать, что в процессе судебного рассмотрения дела о платеже по гарантии применительно к субъектному составу в российской и международной практике рассматриваются проблемы **наличия правоспособности лица**, выдавшего гарантию. Но здесь, прежде всего, следует обратить внимание на терминологические проблемы. Согласно российскому праву понятие гарантии или банковской гарантии соотносимо со специальными субъектами, и поэтому проблем правоспособности не возникает. Предполагается внесение изменений в этой части, но данная конструкция пока существует только как проект, поэтому ее можно всемерно приветствовать, но говорить об изменении субъектного состава на стороне гаранта можно будет только после вступления соответствующей нормы в действие.

По международным правилам гарантию может выдать любое лицо, которое обладает надлежащей правоспособностью (*legal capacity*). К гарантиям коммерческих юридических лиц в международном обороте следует в плане правоспособности применять российские нормы о поручительстве. В этом аспекте исследованию подлежат проблемы

<sup>12</sup> BGH. 24. 11.1998. WM. 1999. P. 72.

сделкоспособности и характера самой сделки, проверки ее по критериям крупной сделки, сделки с заинтересованностью, зависимости и пр.

3.4. Проблемы также возникают тогда, когда в процессе течения срока действия гарантии **статус бенефициара поменялся**. Интересным в этом плане является дело № КГ-А40/10089-06, по которому ФАС МО вынес постановление о прекращении производства. Гражданин П. по договору строительного подряда выступал в качестве заказчика и бенефициара — по банковской гарантии, которая была выдана для обеспечения исполнения обязанностей подрядчика. На момент обращения в суд гражданин П. зарегистрировался как индивидуальный предприниматель и в силу этого обратился с требованием в арбитражный суд. Суд кассационной инстанции установил, что требование П. как физического лица к ООО КБ «Диамонд-Банк» по банковской гарантии не подлежат рассмотрению в арбитражном суде. Первая и апелляционная инстанции приняли судебные акты об отказе П. в иске по этому основанию, хотя в силу п. 1 ч. 1 ст. 150 АПК РФ дело в части требований П. подлежало прекращению. Последующая регистрация в данном случае признана не имеющей юридического значения для субъектного состава правоотношений по гарантии.

4. Следующей проблемой предъявления требования о платеже является соблюдение **порядка предъявления требования платежа**.

4.1. Прежде всего нужно определиться с **местом предъявления платежа**. По общему правилу требование платежа должно быть предъявлено конкретно в тот офис или филиал, который выдал гарантию, если самой гарантией не оговорено иное. В случае несоблюдения данного требования возможно освобождение от платежа. Исключением по данному критерию является только ситуация, когда сторона не сделала соответствующую ссылку в судебном процессе<sup>13</sup>. По данному делу гарантия была выдана филиалом французского банка в Омане, где осуществлялся строительный проект. Бенефициар, французская компания, адресовала требование платежа в основной офис во Франции, и, поскольку в процессе банк-гарант не заявил требования о надлежащем месте, суд обязал банк выплатить соответствующую сумму.

Можно предъявить требование платежа в любой филиал места нахождения бенефициара, но не для платежа, а для направления банку-эмитенту с учетом сроков. Если по вине филиала срок для платежа будет пропущен, филиал будет отвечать за причиненные убытки.

4.2. Для получения платежа существенное значение имеет **форма предъявления требования**. ГК РФ и международные нормы требуют письменной формы. Представляется, что в этом случае действует общее правило о письменной форме. В качестве письменных документов могут рассматриваться любые формы, в том числе с использованием телекса, SWIFT и пр., позволяющие установить тождество предъявителя платежа. Использование электронной почты допускается в случае наличия электронной цифровой подписи.

К тому же в этом смысле можно сослаться дополнительно на разъяснение, содержащееся в постановлении Пленума ВАС РФ от 23 марта 2012 г. № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий». Здесь даже в отношении письменной формы гарантии содержится указание, что ГК РФ не запрещает совершения односторонней сделки путем направления должником кредитором по обязательству, возникающему из односторонней сделки, соответствующего

<sup>13</sup> Paris. 29 January 1981. D. 1981 J. P. 336.

документа посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от лица, совершившего одностороннюю сделку. Следовательно, требования ГК РФ о письменной форме банковской гарантии считаются соблюденными, к примеру, когда гарантия выдана в форме электронного сообщения с использованием телекоммуникационной системы SWIFT (СВИФТ).

4.3. Столь же важным является вопрос **о сроках предъявления требования о платеже, которые должны быть определенными, как и сроки действия гарантии.** Выше уже шла речь о соотношении сроков гарантии и основного обязательства. В данном случае нужно иметь в виду соотношение сроков действия гарантии и сроков заявления требования. Обратимся к судебному делу. ФАС МО в своем решении от 18 июля 2006 г. по делу № КГ-А40/6456-06 отметил, что согласно п. 3 банковской гарантии требование бенефициара с приложением документов, подтверждающих неисполнение обязательств принципалом, должно было быть представлено гаранту в течение 15 дней с момента поставки продукции принципалу, но не позднее 20.01.2003. Содержание п. 3 банковской гарантии свидетельствует о наличии двух сроков, один из которых определен календарной датой, а второй — истечением периода времени и указанием на событие — 15 дней с момента поставки продукции принципалу. В то же время в соответствии с ч. 2 ст. 374 ГК РФ требование бенефициара должно быть представлено гаранту до окончания определенного в гарантии срока, на который она выдана.

При этом суд отметил, что содержащееся в банковской гарантии указание на срок в течение 15 дней с момента поставки продукции не может быть расценено в качестве условия о сроке действия гарантии, поскольку в данном случае этот срок в нарушение ст. 190 ГК РФ обусловлен событием, не отвечающим признаку неизбежности. Поставка продукции принципалу могла и не наступить, например, в случае невыполнения договорных обязательств со стороны истца (бенефициара) или наступления форс-мажорных обстоятельств. Поскольку срок обусловлен событием, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет, то это событие не может определять срок действия гарантии.

Требование об определенности срока содержится и другом судебном деле<sup>14</sup>. В этом случае оказалось, что срок гарантии определялся в зависимости от наступления срока возврата аванса, а аванс должен быть возвращен при расторжении договора строительного подряда, договор заключен на срок до полного фактического исполнения работ. В итоге, поскольку определить срок было невозможно, гарантия признана недействительной.

### **5. Отказ в платеже и его обоснование.**

Применительно к отказу в платеже необходимо еще раз проанализировать назначение и сущность банковской гарантии в динамике. Напомним, что банковская гарантия едва ли не единственный достаточно абстрактный способ обеспечения исполнения обязательств. Если обратиться к международной практике, то можно заметить, что использование банковских гарантий в экономическом обороте создало значительное количество дополнительных форм и видов гарантийных обязательств (контргарантии, супергарантии, консорциальные гарантии, тендерные гарантии и пр.). Такое развитие института банковской гарантии позволяет сформулировать вывод, что она, скорее всего, становится все более независимой от основного обязательства. Более того, можно предположить, что банковские гарантии становятся финансовым инструментом, сохраняющим свою гарантийную функцию. При этом финансовая сторона получает раз-

<sup>14</sup> См.: постановление ФАС МО 30 января 2006 г., дело № КГ-А40/13880-05 // СПС «КонсультантПлюс».

витие при условии абсолютизации платежа по гарантии. Иными словами, финансовое содержание гарантии зависит от того, насколько обязательство платежа по гарантии обременено документальными подтверждениями.

Посмотрим с этих позиций на практику реализации банковских гарантий в нашей стране. Известно, что в соответствии со ст. 376 ГК РФ гарант отказывает бенефициару в удовлетворении его требования, если это требование либо приложенные к нему документы не соответствуют условиям гарантии либо представлены гаранту по окончании определенного в гарантии срока. Приведенная формулировка позволяет выделить формальное (нарушение срока) и содержательное (несоответствие представленных документов) основания для отказа в гарантии. По поводу срока представления требования и срока выданной гарантии речь шла выше, следовательно, обратимся к анализу содержательного основания для отказа в платеже.

Ссылка на необходимость проверки представленных документов вызывает сопоставление гарантии с документарным аккредитивом, и, следовательно, вопрос о том, не сближаются ли банковские гарантии с указанным инструментом платежа и не приобретают ли они все больше платежную функцию. Представляется, что ответ на данный вопрос применительно к нашей стране должен быть положительным. Своеобразная «документарность» банковской гарантии в российской правовой действительности следует из следующих обстоятельств.

Первое. В судебной практике вполне отчетливо прослеживается необходимость подробного анализа представленных документов, прежде всего, на предмет невыполнения обязательства принципалом, что в значительной степени вполне понятно. Но при этом возникает вопрос о пределах такого анализа.

Второе. Часто суды ссылаются на необходимость анализа всего пакета документов по основному обязательству. Так, ФАС ДВО в своем постановлении от 28 ноября 2006 года по делу № Ф03-А04/06-1/4134 отметил, что предъявив требование об уплате по банковской гарантии, бенефициар в нарушение ст. 374 ГК РФ представил банку документы, которые не соответствовали требованиям банковской гарантии, а именно, товарные накладные и счета-фактуры, не содержащие ссылок на дистрибьюторское соглашение, которое указано в банковской гарантии. Как видим, суд анализировал не только содержание письменного требования о платеже, но и рассматривал иные документы основного обязательства. Что вызывает, на наш взгляд, обоснованные возражения.

По поводу представляемых документов часто возникает вопрос, в каком объеме и каким образом их необходимо анализировать. В судебной практике наметилась тенденция анализа в соответствии с требованиями о документарных аккредитивах, что представляется необоснованным. В принципе, очевидно, следует сформулировать общий тезис, что в тех случаях, когда право создает несколько конструкций с отличиями их друг от друга, любое стремление их совместить не соответствует целям и задачам правового регулирования, принципу правового разнообразия.

С этих позиций следует критически оценивать те случаи, когда суды или сами хозяйствующие субъекты предусматривают рассмотрение документов в соответствии с Унифицированными правилами и обычаями для документарных аккредитивов<sup>15</sup>. Представляется, что такая подмена обедняет правовую действительность.

Аналогичную тенденцию в международном обороте отмечает А.А. Вишнецкий. Он обращает «внимание на сходство аккредитива (в силу его автономной природы) не

<sup>15</sup> См.: постановление ФАС МО от 29 мая 2006 г., дело № КГ-А40/4145-06 // СПС «КонсультантПлюс».

только с векселем, но и с банковской гарантией. Показательно, что в международных спорах по аккредитивам выносятся решения на основе прецедентов и судебных решений, возникших при рассмотрении споров по банковским гарантиям, и наоборот»<sup>16</sup>.

В завершение анализа современных тенденций использования гарантий в экономическом обороте следует упомянуть, что судебными решениями в отношении гарантий, как и любого иного платежа, **может применяться запрет**. Решением ФАС МО от 17 марта 2009 г. по делу № КГ-А40/1400-09 по требованию истца был введен такой запрет в качестве меры по обеспечению иска по делу. По данному делу ООО «Корес Инвест» обратилась в арбитражный суд с иском к Акционерному коммерческому Сберегательному банку Российской Федерации о признании недействительной части сделки — банковской гарантии в отношении перечня документов, которые должны быть приложены к требованию бенефициара.



### Библиография

Affaki G. Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758. ICC, 2011. P. 20.

Bank Guarantees in International Trade. The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and Common Law Jurisdictions. Kluwer Law International, 2004. P. 277. Paris-New York.

Аникина О.В., Городнянская В.В. Обеспечение обязательства независимой гарантией: возможности текущего регулирования, новеллы ГК РФ. // Закон. 2013. № 10 // СПС «КонсультантПлюс».

Батлер У.Э., Ерпылева Н.Ю. Банковские гарантии в российском и белорусском праве // Законодательство и экономика. 2004. № 2 // СПС «Гарант».

Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М.: Статут, 1997.

Витрянский В.В. Банковская гарантия // Хозяйство и право. 1998. № 10. С. 12.

Вишневецкий А.А. Недобросовестность как исключение из принципа независимости аккредитива в зарубежном банковском праве // Вестник ВАС РФ. 2013. № 1. С. 39–48.

Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. М.: Статут, 2004 // СПС «КонсультантПлюс».

Джамалова Г.Г. Банковские гарантии в различных ситуациях хозяйственно-финансовой деятельности // Нормативные акты для бухгалтера. № 16. Август 2011 г. // СПС «КонсультантПлюс».

Ерпылева Н.Ю. Банковские гарантии в международном банковском праве // Банковское право. 2000. № 3. С. 67–76.

Ерпылева Н.Ю. Банковские гарантии в международном банковском праве: современные тенденции регулирования // Законодательство и экономика. 2010. № 5. С. 46–70.

Ефимова Л.Г. Банковская гарантия: понятие и практическая применимость // Хозяйство и право. 1996. № 3. С. 119.

Кузнецова Л.В. Банковская гарантия: миф о независимости // Российская юстиция. 2008. № 2. С. 7–13.

Новоселова Л.А. Комментарий к информационному письму Президиума ВАС РФ от 15 января 1998 г. № 27 “Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии” (Наиболее актуальные вопросы предпринимательской деятельности. Комментарии судебной практики ВАС РФ. / отв. ред. Л.А. Новоселова, М.А. Рожкова). М., 2000 // СПС «ГАРАНТ».

Попов И.С. Независимая гарантия: проект ГК РФ и концепции иностранных юрисдикций // Международные банковские операции. 2012. № 4 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>16</sup> См.: Вишневецкий А.А. Недобросовестность как исключение из принципа независимости аккредитива в зарубежном банковском праве // Вестник ВАС РФ. 2013. № 1. С. 39–48. См. также: Affaki G. Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758. ICC, 2011. P. 20.

Практика рассмотрения коммерческих споров: Анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Выпуск 3. М.: Статут, 2008. // СПС «КонсультантПлюс».

Романова М.В. Типы банковских гарантий // Налоговый вестник. № 3. Март 2008 г. // СПС «КонсультантПлюс».

Свит Ю.П. О применении банковской гарантии в гражданском обороте // Законы России: опыт, анализ, практика. № 12. Декабрь 2006 г. С. 57–62.

Петров Д.А. Оформление банковской гарантии в свете правоприменительной практики // Юридическая работа в кредитной организации. № 1. Январь-март 2010 г. // СПС «Гарант».

---

## Demanding Payment under Bank Guarantee: Trends in Russian and International Judicial Practice



**Oksana Oleynik**

Professor, Head of the Department of Entrepreneurial Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20, Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: ooleynik@hse.ru



### Abstract

Demand of payment and the payment under bank guarantees is an integral part of legal relations related to securing obligations in Russia and under international practice. It is emphasized that the call on payment occurs very seldom, but the possibility to obtain payment has an essential impact on security function. The analysis of judicial practice as to securing obligations in Russia and abroad shows different trends and represents a variety of elements determining the possibility of payment. The possibility of payment is determined by the actions of beneficiary who should prepare the documents properly for the payment. The payer on its behalf analyzes their content and studies the balance the secured and principal obligation. This is one of the key questions determining the performance of payment under bank guarantee. On the basis of Russian judicial practice, the author concluded that two opposite trends are emerging. In private law obligations, bank guarantees get more independent from secured obligation. Some courts even consider that bank guarantees secure a certain type of principal's obligation, in particular customs payments for a certain period independent of any specific agreement. In private law, judicial practice is opposite, i.e. judges require a strict correlation between guarantee obligations and secured legal arrangement. In any case, the possibility to pay is determined by a correct reference to the secured obligation. Afterwards, the paper examines relevant to payments elements such as form of demand, reasons to default etc. The circumstances affecting payments include: legal status of subject claiming the demand and the authorities of the party. The article examines the cases when during the guarantees the status changes and the authorities of the party are determined erroneously. Besides, the performance of payment depends on the documents confirming violation of the obligation by the debtor. The problems examined in the paper include the issues of the ban on payment etc.



### Keywords

Bank guarantee, payment on guarantees, a payment ratio with the secured obligation, place of presenting demand, terms of presenting demand, grounds to refuse payment.

Citation: Oleynik O. (2014) Demanding Payment under Bank Guarantee: Trends in Russian and International Judicial Practice. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 75–89. (in English)



### References

Affaki G. (2011) Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758.ICC.

Bank Guarantees in International Trade. The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and Common Law Jurisdictions. Kluwer Law International, 2004. Paris, New York.



- Anikina O.V., Gorodnyanskaya V.V. (2013) Obespechenie obyazatel'stva nezavisimoy garantiei: vozmozhnosti tekushchego regulirovaniya, novelly GK RF [Securing Obligations with Bank Guarantees: Tools of Current Regulation]. Zakon, no 10. SPS Konsul'tantPlyus.
- Batler U.E., Erplyeva N.Yu. (2004) Bankovskie garantii v rossiyskom i belorusskom prave [Bank Guarantees in Russian and Belorussian Law] Zakonodatel'stvo i ekonomika, no 2. SPS Garant.
- Braginskiy M.I., Vitryanskiy V.V. (1997) Dogovornoe pravo. Kniga pervaya: Obshchie polozheniya [Contract law. Book 1. General Provisions]. Moscow: Statut. (in Russian)
- Vitryanskiy V.V. (1998) Bankovskaya garantiya [Bank Guarantee]. Khozyaystvo i pravo, no 10.
- Vishnevskiy A.A. (2013) Nedobrosovestnost' kak isklyuchenie iz printsipa nezavisimosti akkreditiva v zarubezhnom bankovskom prave [Negligence as an Exception to the Principle of Independent Bill of Credit in Foreign Banking Law]. Vestnik VAS RF, no 1.
- Gongalo B.M. (2004) Uchenie ob obespechenii obyazatel'stv [Theory of Securing Obligations]. Moscow: Statut. (in Russian)
- Dzhamalova G.G. (2011) Bankovskie garantii v razlichnykh situatsiyakh khozyaystvenno-finansovoy deyatel'nosti [Bank Guarantees in Business and Finance Activities]. Normativnye akty dlya bukhaltera, no 16.
- Erplyeva N.Yu. (2000) Bankovskie garantii v mezhdunarodnom bankovskom prave [Bank Guarantees in International Banking Law]. Bankovskoe pravo, no 3.
- Erplyeva N.Yu. (2010) Bankovskie garantii v mezhdunarodnom bankovskom prave: sovremennye tendentsii regulirovaniya [Bank Guarantee in International Bank Law: Current Trends in Regulation]. Zakonodatel'stvo i ekonomika, no 5, pp. 46–70.
- Efimova L.G. (1996) Bankovskaya garantiya: ponyatie i prakticheskaya primenimost' [Bank Guarantee: Concept and Application]. Khozyaystvo i pravo, no 3.
- Kuznetsova L.V. (2008) Bankovskaya garantiya: mif o nezavisimosti [Bank Guarantee: Myth of Independence]. Rossiyskaya yustitsiya, no 2.
- Novoselova L.A. (2009) Kommentariy k informatsionnomu pis'mu Prezidiuma VAS RF ot 15 yanvarya 1998 g. N 27 "Obzor praktiki razresheniya sporov, svyazannykh s primeneniem norm Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii o bankovskoy garantii" [Commentaries to Information Letter of RF VAS Presidium of January 15, 1998, no 27 Review of the Practice of Dispute Resolution related to the application of RF Banking Guarantee Code] L.A. Novoselova, M.A. Rozhkova (eds.) Naibolee aktual'nye voprosy predprinimatel'skoy deyatel'nosti. Kommentarii sudebnoy praktiki VAS RF [Topical Issues of Entrepreneurship. Judicial Practice Commentaries of RF VAS]. — Sistema GARANT.
- Petrov D.A. (2010) Ofornenie bankovskoy garantii v svete pravoprimenitel'noy praktiki [Issuing Bank Guarantee in Law Enforcement Practice]. Yuridicheskaya rabota v kreditnoy organizatsii, no 1. SPS Garant.
- Popov I.S. (2012) Nezavisimaya garantiya: proekt GK RF i kontseptsii inostrannykh yurisdiksiy [Independent Guarantee. RF Civil Code project and the Conceptions of Foreign Investments]. Mezhdunarodnye bankovskie operatsii, no 4.
- (2008) Praktika rassmotreniya kommercheskikh sporov: Analiz i kommentarii postanovleniy Plenuma i obzorov Prezidiuma Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiyskoy Federatsii. Vypusk 3. Moscow: Statut.
- Romanova M.V. (2008) Tipy bankovskikh garantiy [Types of Bank Guarantees]. Nalogovyy vestnik, no 3.
- Svit Yu.P. (2006) O primeneni bankovskoy garantii v grazhdanskom oborote [On Applying Bank Guarantee in Civil Transactions]. Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika, no 12.

# Садоводческие, огороднические и дачные некоммерческие товарищества как собственники недвижимости

(новеллы Гражданского кодекса Российской Федерации)

---



**А.И. Бутовецкий**

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

---



## Аннотация

Статья посвящена анализу положений Федерального закона от 5 мая 2014 года № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации», которыми в Гражданский кодекс Российской Федерации введены нормы, предусматривающие возможность создания юридического лица в форме товарищества собственников недвижимости. Такое товарищество относится к числу некоммерческих корпоративных организаций, создаваемых собственниками недвижимости. В статье проанализированы определения товарищества собственников недвижимости и субъектный состав его членов. Особое внимание обращено на возможность создания товариществ собственников недвижимости в сфере садоводства, огородничества и дачного хозяйства. В частности, автор сделал акцент на том, что товарищества собственников недвижимости могут создаваться только собственниками земельных участков, а возможность создания такого юридического лица гражданами, обладающими земельными участками на иных правах, не предусматривается. В статье автор указывает на негативные последствия отнесения садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих товариществ к числу товариществ собственников недвижимости, а также обосновывает причины невозможности реализации данных норм в ряде случаев. Существование изложенных в статье проблем подтверждаются результатами исследования исторического развития законодательства о ведении гражданами садоводства, огородничества и дачного хозяйства, действующими положениями земельного законодательства Российской Федерации, нормами Федерального закона от 15 апреля 1998 года № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан», а также судебной практикой. В результате исследования и анализа законодательства советского периода, а также действующих федеральных законов сделан вывод, что изменения, внесенные в Гражданский кодекс Российской Федерации, не в полной мере учитывают интересы объединений садоводов, огородников и дачников. Результаты реформы законодательства о некоммерческих организациях не обеспечивают выполнения задач, изложенных в Концепции развития гражданского законодательства, подготовленной в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 года № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации».

---



## Ключевые слова

Гражданский кодекс Российской Федерации, Федеральный закон от 15 апреля 1998 года № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан», некоммерческие организации, садоводство, огородничество, дачное строительство, собственность, недвижимость.

---

Библиографическое описание: Бутовецкий А.И. Садоводческие, огороднические и дачные некоммерческие товарищества как собственники недвижимости (новеллы Гражданского кодекса Российской Федерации) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 4. С/ 90–100.

Садоводство, огородничество и дачное хозяйство имеют широкое распространение среди населения нашей страны и длительную историю развития в отечественном законодательстве. В России согласно официальным данным насчитывается более 80 тысяч садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан, в пользовании которых находится более 1 млн гектаров земли. Общая численность садоводов, огородников и дачников составляет примерно половину всего населения России. Они производят почти половину плодов и ягод, около четверти овощей и пятую часть картофеля от общего объема продукции. Это означает, что правовая защита их интересов и правовое регулирование отношений, связанных с их деятельностью, поддержка коллективных и индивидуальных садоводов, огородников и дачников имеют большое экономическое, социальное и политическое значение и должны находиться в сфере повышенного внимания государства<sup>1</sup>.

Основным нормативным правовым актом, регулирующим деятельность садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан является Федеральный закон от 15 апреля 1998 г. № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» (далее — Федеральный закон № 66-ФЗ).

В Концепции развития гражданского законодательства (далее — Концепция), подготовленной в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» отмечается, что в Федеральном законе «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» можно обнаружить ничем не оправданные расхождения между общими положениями Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), регламентирующими статус юридических лиц. Кроме того, указанный закон отличается низким юридико-техническим уровнем и потому неэффективен в своем практическом применении.

Следует напомнить, что в настоящее время Федеральный закон № 66-ФЗ предусматривает возможность создания таких некоммерческих организаций в форме некоммерческих товариществ, потребительских кооперативов и некоммерческих партнерств. При этом некоммерческое товарищество является наиболее распространенной организационно-правовой формой ведения садоводства, огородничества и дачного хозяйства<sup>2</sup>, но при этом как общая форма не охарактеризовано в законодательстве<sup>3</sup>.

Так, например, М.И. Палладина отмечает, что законодательно закрепленные три организационно-правовые формы ведения коллективного садоводства, огородничества и дачного хозяйства юридически являются несостоятельными по своей конструкции и

<sup>1</sup> Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении изменения в Федеральный закон «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» и в Земельный кодекс Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> См.: Анисимов А.П., Васильчук Ю.В., Чикильдина А.Ю. Постатейный комментарий к Федеральному закону «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан». М.: Российский бухгалтер, 2008. С. 37.

<sup>3</sup> См.: Комментарий к Федеральному закону «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» / под ред. А.А. Байтенова, Н.И. Кресникова. М., ООО «ТД «Издательство «Мир книги», 2006. С. 11.

практически надуманными<sup>4</sup>. Также высказывалось мнение, что такая организационно-правовая форма юридического лица, как садоводческое, огородническое или дачное некоммерческое товарищество, не обеспечивает обособление имущественной массы товарищества и включения ее в гражданский оборот, ограничение имущественного риска членов товарищества, оформление, осуществление и защиту коллективных интересов членов товарищества<sup>5</sup>. Это свидетельствует о том, что с положениями Концепции в данной части трудно не согласиться, поскольку к настоящему моменту законодательство, регулирующее правовое положение и деятельность садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан и их членов остро нуждается в систематизации и модернизации.

Данная задача может быть достигнута только путем принятия новых законодательных актов, которые должны быть направлены на комплексное решение проблем в данной сфере и пересматривать подходы к регулированию отдельных вопросов, связанных с ведением садоводства, огородничества и дачного хозяйства. Современные условия развития общества и государства также требуют, чтобы такие законы не только решали существующие проблемы садоводов, огородников и дачников, но и стали основой развития и повышения правовой культуры граждан Российской Федерации при формировании отношений по совместному управлению недвижимостью.

На решение данной задачи направлен Федеральный закон от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» (далее — Федеральный закон № 99-ФЗ), который вступил в силу с 1 сентября 2014 г. (за исключением отдельных положений). В указанном законе реализованы положения Концепции, которыми предусматривалась необходимость исчерпывающим образом урегулировать в ГК РФ гражданско-правовые конструкции форм некоммерческих организаций (порядок создания, структуру и полномочия органов, права и обязанности их членов или участников). Так, согласно новой редакции п. 3 ст. 50 ГК РФ некоммерческие организации могут создаваться только в организационно-правовых формах, предусмотренных данной нормой. Перечень организационно-правовых форм некоммерческих организаций является закрытым.

Одной из новых организационно-правовых форм корпоративных некоммерческих организаций является товарищество собственников недвижимости, которое в соответствии с п. 1 ст. 123<sup>12</sup> ГК РФ представляет собой добровольное объединение собственников недвижимого имущества (помещений в здании, в том числе в многоквартирном доме, или в нескольких зданиях, жилых домов, дачных домов, садоводческих, огороднических или дачных земельных участков и т.п.), созданное ими для совместного владения, пользования и в установленных законом пределах распоряжения имуществом (вещами), в силу закона находящимся в их общей собственности или в общем пользовании, а также для достижения иных целей, предусмотренных законами. Как видно из приведенного определения, товарищество собственников недвижимости может быть создано только собственниками недвижимости, в том числе собственниками дачных домов, садоводческих, огороднических и дачных земельных участков. При этом воз-

<sup>4</sup> См.: Палладина М.И. О юридических категориях и терминах в аграрном праве // Государство и право. 2000. № 7. С. 42–48.

<sup>5</sup> См.: Бутовецкий А.И. Садоводческие, огороднические и дачные некоммерческие объединения граждан: перспективы развития // Хозяйство и право. 2010. № 2. С. 121–124.

возможность создания таких некоммерческих корпоративных организаций лицами, которые обладают земельными участками на иных правах, не предусматривается.

В соответствии с п. 6 ч. 8 ст. 3 Федерального закона № 99-ФЗ к созданным до дня вступления в силу данного федерального закона садоводческим, огородническим и дачным некоммерческим товариществам применяются нормы о товариществах собственников недвижимости. Однако представляется, что далеко не все садоводческие, огороднические и дачные некоммерческие товарищества смогут стать товариществами собственников недвижимости, поскольку Федеральный закон № 99-ФЗ не в полной мере учитывает исторические направления формирования земельных отношений, связанных с созданием таких товариществ, а также существующее правовое регулирование в данной сфере.

Садоводство и огородничество получили широкое распространение с принятием постановления Совета Министров СССР от 24 февраля 1949 г. № 807 «О коллективном и индивидуальном огородничестве и садоводстве рабочих и служащих» и постановления Совета Министров РСФСР от 16 декабря 1955 г. № 1522 «О дальнейшем развитии садоводства и виноградарства рабочих и служащих». В 1956 г. был принят первый Типовой устав садоводческого товарищества<sup>6</sup>, п. 11 которого предусматривал закрепление за членами товарищества садовых земельных участков на праве пользования.

Аналогичное право на землю членов садоводческих товариществ предусматривалось и в Типовом уставе садоводческого товарищества<sup>7</sup>. При этом Земельный кодекс РСФСР от 1 июля 1970 г. в ст. 77 предусматривал, что земельные участки, предоставленные для коллективного садоводства, используются в соответствии с уставом садоводческого товарищества. Там же устанавливалось, что земельные участки для коллективного садоводства и огородничества предоставляются предприятиям, организациям и учреждениям в бессрочное пользование. Типовым уставом также было установлено, что выделение земельных участков членам садоводческих товариществ осуществлялось соответствующим предприятием или учреждением, которому предоставлялся земельный участок для создания товарищества, а правление этого товарищества производило оформление в члены товарищества (п. 12 Типового устава).

Дальнейшее развитие коллективного садоводства и огородничества, нашедшее свое отражение в типовых уставах садоводческого товарищества 1985 г.<sup>8</sup> и 1988 г.<sup>9</sup> сохранило подобный подход к предоставлению гражданам садовых земельных участков, заключающийся в том, что основным документом, подтверждающим факт предоставления земельного участка, являлся документ о членстве в товариществе.

Не многим отличался и процесс приобретения земельных участков членами дачно-строительных кооперативов. Деятельность дачно-строительных кооперативов регулировалась уставом, разработанным в соответствии с постановлением Совета Министров СССР от 20 марта 1958 г. «О жилищно-строительной и дачно-строительной кооперации». В РСФСР Примерный устав дачно-строительного кооператива был утвержден

<sup>6</sup> Утв. постановлением Совета Министров РСФСР от 15 октября 1956 г. № 678.

<sup>7</sup> Утв. постановлением Совета Министров РСФСР и Всесоюзного центрального совета профессиональных союзов от 18 марта 1966 г. № 261 «О коллективном садоводстве рабочих и служащих в РСФСР».

<sup>8</sup> Утв. постановлением Совета Министров РСФСР от 11 ноября 1985 г. № 517 «Об утверждении типового устава садоводческого товарищества».

<sup>9</sup> Утв. постановлением Совета Министров РСФСР 31 марта 1988 г. № 112 «Об утверждении типового устава садоводческого товарищества».

постановлением Совета Министров РСФСР от 24 сентября 1958 г. № 1125 «О жилищно-строительных и дачно-строительных кооперативах». Дачно-строительный кооператив осуществлял эксплуатацию построенных дач на праве кооперативной собственности и на началах самокупаемости, без государственной дотации на земельном участке, предоставленном в бессрочное пользование. Землепользование пайщиков дачно-строительных кооперативов имело вторичный характер и являлось производным от права землепользования всего дачно-строительного кооператива в целом и от членства в дачно-строительных кооперативах. В ст. 1 циркуляра Министерства коммунального хозяйства РСФСР от 22 декабря 1953 г. «О порядке пользования земельными участками в дачах ДСК» указывалось, что право пайщика на пользование как строением, так и обслуживающим его земельным участком основано на членстве в кооперативе.

В соответствии со ст. 7 Земельного кодекса РСФСР от 26 апреля 1991 г. № 1103-1 граждане получили право по своему выбору на получение в собственность, пожизненное наследуемое владение или аренду земельных участков для садоводства, огородничества и дачного строительства. Таким образом, исходя из ранее действовавшего законодательства, следует признать, что членами участвующих в настоящее время в гражданском обороте садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан могут являться граждане, обладающие садовыми, огородными и дачными земельными участками не только на праве собственности, но и на иных правах, в том числе на праве постоянного (бессрочного) пользования и праве пожизненного наследуемого владения.

В настоящее время государство не может не признавать наличия огромного количества садовых, огородных и дачных земельных участков, права пожизненного наследуемого владения и постоянного (бессрочного) пользования которыми до настоящего времени не переоформлены на право собственности, а также земельных участков, которыми граждане пользуются на основании членства в объединениях садоводов, огородников и дачников.

Именно для решения проблем в вопросах переоформления этих прав был принят Федеральный закон от 30 июня 2006 г. № 93-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации по вопросу оформления в упрощенном порядке прав граждан на отдельные объекты недвижимого имущества», получивший в народе название «закон о дачной амнистии». С принятием данного закона граждане, которым земельные участки, предназначенные для садоводства, огородничества и дачного строительства, были предоставлены до введения в действие Земельного кодекса Российской Федерации (далее — ЗК РФ) на праве пожизненного наследуемого владения или постоянного (бессрочного) пользования, получили право зарегистрировать право собственности на них (п. 9<sup>1</sup> ст. 3 Федерального закона от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации»). Кроме того, упрощенный порядок бесплатного предоставления садовых, огородных и дачных земельных участков предусматривается и в отношении граждан, которые являются членами садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений, созданных до дня вступления в силу Федерального закона № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан». Согласно п. 4 ст. 28 данного закона в случае, если земельный участок, составляющий территорию садоводческого, огороднического или дачного некоммерческого объединения, предоставлен данному некоммерческому объединению либо иной организации, при которой до вступления в силу

настоящего закона было организовано данное некоммерческое объединение, гражданин, являющийся членом этого некоммерческого объединения, имеет право бесплатно приобрести в собственность земельный участок, предоставленный ему в соответствии с проектом организации и застройки территории данного некоммерческого объединения либо другим устанавливающим распределение земельных участков в данном некоммерческом объединении документом.

Следует оговориться, что вышеописанные условия приобретения в собственность граждан садовых, огородных и дачных земельных участков не могут быть реализованы в случае, если имеется установленный федеральным законом запрет на предоставление земельных участков в частную собственность (п. 9<sup>1</sup> ст. 3 Федерального закона от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации», п. 6 ст. 28 Федерального закона № 66-ФЗ).

Так, п. 4 ст. 27 ЗК РФ предусматриваются случаи отнесения земельных участков к числу ограниченных в обороте. Например, апелляционным определением Верховного Суда Республики Башкортостан от 10 апреля 2014 г. по делу № 33-5079/2014 был признан законным отказ органа местного самоуправления в предоставлении в собственность гражданину садового земельного участка (адрес: г. Уфа Орджоникидзевский район, Тимашевский поворот, СНТ «Свет») по причине того, что данный земельный участок находится в поясе зоны санитарной охраны объекта, используемого для целей питьевого и хозяйственно-бытового водоснабжения, а соответственно, является ограниченным в обороте и не может предоставляться в частную собственность (подп. 14 п. 5 ст. 27 ЗК РФ). Аналогичным образом по тем же основаниям Президиум Иркутского областного суда в постановлении от 16 января 2012 г. № 4г-1904/2011 отменил решение суда первой инстанции, которым был признан незаконным отказ органа местного самоуправления в предоставлении в собственность садового земельного участка, а также кассационное определение по данному делу, по причине того, что суды первой и кассационной инстанции не учли, что земельный участок, расположенный в границах садоводческого некоммерческого товарищества, находится в поясе зоны санитарной охраны объекта, используемого для целей питьевого и хозяйственно-бытового водоснабжения.

Необходимо также обратить внимание, что с принятием Федерального закона № 66-ФЗ предоставление земельных участков вновь созданным объединениям садоводов, огородников и дачников осуществляется по правилам, предусмотренным п. 4 ст. 14 данного закона. В частности, одним из способов такого предоставления является первоначальное предоставление земельного участка в аренду садоводческому, огородническому или дачному некоммерческому объединению как юридическому лицу в аренду с последующим предоставлением каждому члену объединения садовых, огородных или дачных земельных участков, образованных в соответствии с проектом организации и застройки территории объединения.

Так, например, Определением Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 2 июля 2012 г. № ВАС-5309/12 было отказано в передаче в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации дела, постановлением от 13 марта 2012 г. № Ф03-5980/2011 по которому Федеральный арбитражный суд Дальневосточного округа обязал Департамент земельных отношений государственного строительного надзора и контроля в области долевого строительства Приморского края рассмотреть по существу обращение дачного некоммерческого товарищества «Акация» о предоставлении в аренду сроком на 49 лет земельного участка для дачного строительства.

Таким образом, очевидно, что на современном этапе нельзя говорить о том, что все без исключения члены садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих товариществ стали собственниками своих участков. Это не позволяет создать таким гражданам новое юридическое лицо — товарищество собственников недвижимости либо считать товариществом собственников недвижимости созданное ими ранее садоводческое, огородническое или дачное некоммерческое товарищество. Исходя из приведенных положений российского законодательства, а также из проанализированной судебной практики, можно сказать, что члены садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих товариществ могут не быть собственниками используемых ими земельных участков в случаях, если:

- ими не переоформлены права пожизненного наследуемого владения или постоянного (бессрочного) пользования на предоставленные до введения в действие ЗК РФ земельные участки, предоставленные для ведения садоводства, огородничества или дачного строительства;
- они не воспользовались правом на предоставление в собственность садовых, огородных или дачных земельных участков по правилам, предусмотренным п. 4 ст. 28 Федерального закона № 66-ФЗ, а используют земельные участки на основании факта членства в объединении и распределении этого земельного участка на основании проекта организации и застройки территории либо иного документа, в соответствии с которым осуществлено распределение земельного участка этому гражданину;
- садовые, огородные или дачные земельные участки не приобретены в собственность по причине того, что они являются ограниченными в обороте, например, находятся в зоне санитарной охраны объекта, используемого для целей питьевого и хозяйственно-бытового водоснабжения;
- земельный участок в соответствии с п. 4 ст. 14 Федерального закона № 66-ФЗ первоначально предоставлен садоводческому, огородническому или дачному некоммерческому товариществу как юридическому лицу в аренду, а распределение и предоставление в собственность граждан садовых, огородных и дачных земельных участков не осуществлено по причине того, что документация по планировке территории не утверждена.

Представляется, что в свете принятия Федерального закона № 99-ФЗ у садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих товариществ, которые не могут считаться товариществами собственников недвижимости, не так много правовых механизмов, которыми они могут воспользоваться для преодоления обозначенной проблемы. Так, в частности, подп. 1 п. 3 ст. 50 ГК РФ предусматривает возможность ведения садоводства, огородничества и дачного хозяйства в форме садоводческих, огороднических и дачных потребительских кооперативов. Вместе с тем следует учитывать, что согласно п. 4 ст. 123<sup>12</sup> ГК РФ в потребительский кооператив может быть преобразовано только товарищество собственников недвижимости, к которым, как было показано выше, не могут относиться все без исключения садоводческие, огороднические и дачные некоммерческие товарищества.

Кроме того, переход в организационно-правовую форму потребительского кооператива не в полной мере позволит обеспечить сохранение основных направлений деятельности садоводческого или огороднического товарищества, которое создается гражданами в целях реализации их прав на получение, владение, пользование и распоряжение садовыми, огородными или дачными земельными участками, а также в целях удовлетворения потребностей, связанных с реализацией таких прав (п. 1 ст. 4 Федерального закона № 66-ФЗ). В свою очередь, согласно п. 7 ст. 4 Федерального закона от 8 декабря 1995 г. №



193-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации» огороднические и садоводческие потребительские кооперативы отнесены к числу сельскохозяйственных кооперативов, деятельность которых направлена на оказание комплекса услуг по производству, переработке и сбыту продукции растениеводства. Это может не соответствовать первоначальным намерениям граждан при создании объединения в форме некоммерческого товарищества.

Еще более сомнительной в условиях принятия Федерального закона № 99-ФЗ представляется сохранение возможности ведения садоводства, огородничества и дачного хозяйства в форме некоммерческих партнерств, что предусматривается Федеральным законом № 66-ФЗ. Это объясняется тем, что Федеральный закон № 66-ФЗ, прежде всего, должен быть приведен в соответствие с ГК РФ (ч. 4 ст. 3 Федерального закона № 99-ФЗ). В свою очередь ГК РФ после внесения соответствующих изменений относит некоммерческие партнерства к числу ассоциаций (союзов) наряду с саморегулируемыми организациями, объединениями работодателей, профессиональных союзов, кооперативов и общественных организаций, торгово-промышленными, нотариальными и адвокатскими палатами, юридическая природа которых, очевидно, не соответствует целям создания и особенностям деятельности некоммерческих организаций, создаваемых гражданами для ведения садоводства, огородничества и дачного хозяйства.

В п. 4 ст. 49 ГК РФ предусмотрено, что гражданско-правовое положение юридических лиц и порядок их участия в гражданском обороте (ст. 2) регулируются ГК РФ. Особенности гражданско-правового положения юридических лиц отдельных организационно-правовых форм, видов и типов, а также юридических лиц, созданных для осуществления деятельности в определенных сферах, определяются в соответствии с ГК РФ, другими законами и иными правовыми актами. Применение п. 4 ст. 49 ГК РФ для целей сохранения «жизнеспособности» садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих товариществ в том виде, в котором это урегулировано Федеральным законом № 66-ФЗ осложняется еще и тем, что само понятие «правовое положение» в законодательстве не определено.

Согласно п. 1 ст. 2 Федерального закона № 66-ФЗ указанный закон использует нормы других отраслей права, комплексно регулирует отношения, возникающие в связи с ведением гражданами садоводства, огородничества и дачного хозяйства, и устанавливает правовое положение садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений, порядок их создания, деятельности, реорганизации и ликвидации, права и обязанности их членов. Таким образом, законодатель при формулировании предмета регулирования Федерального закона № 66-ФЗ идет по пути исключения норм о создании, деятельности, реорганизации и ликвидации таких объединений, правах и обязанностях их членов из элементного состава и структуры понятия «правовое положение садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан».

Уточняя составляющие правового положения изучаемых объединений, ст. 6 Федерального закона № 66-ФЗ устанавливает, что товарищество, кооператив или партнерство считается созданным с момента его государственной регистрации, имеет в собственности обособленное имущество, приходно-расходную смету, печать с полным наименованием такого объединения на русском языке или на русском языке и государственном языке соответствующей республики, вправе в установленном порядке открывать счета в банках на территории Российской Федерации, иметь штампы и бланки со своим наименованием, а также зарегистрированную в установленном порядке эмблему. Таким образом, п. 4 ст. 49 ГК РФ не позволяет ответить на все обозначенные проблемные вопросы, поскольку, учитывая, что садоводческие, огороднические и дач-

ные некоммерческие товарищества отнесены ГК РФ к товариществам собственников недвижимости, Федеральный закон № 66-ФЗ (исходя из содержания ст. 2 и 6) не может оперировать иными понятиями, определить субъектный состав лиц, которые могут создать товарищества собственников недвижимости, а также цели создания и деятельности таких объединений иначе, чем это сделано в ГК РФ.

Как отмечено в литературе, деятельность некоммерческих организаций связывается с развитием гражданского общества, в рамках которого его члены получают широкие возможности по реализации своих прав и интересов. Характеризующими их принципами традиционно признаются независимость от государства и, как следствие, отсутствие излишнего государственного вмешательства в вопросы их создания и деятельности, добровольность формирования, предоставление им максимальной самостоятельности и возможности действовать на основе начал самоуправления и координации<sup>10</sup>. Вместе с тем одной из главных задач государства является обеспечение надлежащего нормативно-правового регулирования вопросов жизни гражданского общества, в том числе деятельности некоммерческих организаций.

Представляется, что особо обратив внимание в Концепции на Федеральный закон № 66-ФЗ, законодатель, реформируя нормы ГК РФ, должен был предпринять шаги к решению проблем правового регулирования создания и деятельности садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан. Вместе с тем, как показывает изучение Федерального закона № 99-ФЗ, считать поставленную задачу выполненной не представляется возможным. Кроме того, отдельные положения нового закона существенно усложняют существование как ранее созданных, так и вновь создаваемых садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан.



## Библиография

Анисимов А.П., Васильчук Ю.В., Чикильдина А.Ю. Постатейный комментарий к Федеральному закону «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан». М.: Российский бухгалтер, 2008.

Бутовецкий А.И. Садоводческие, огороднические и дачные некоммерческие объединения граждан: перспективы развития // Хозяйство и право. 2010. № 2. С. 121–124.

Комментарий к Федеральному закону «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» / под ред. А.А. Байтенова, Н.И. Кресникова. М.: ООО «ТД «Издательство «Мир книги», 2006. С. 11.

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

Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» и в Земельный кодекс Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

Сойфер Т.В. Деятельность некоммерческих организаций: реалии и перспективы // Современное право. 2011. № 8. С. 68–72.

---

<sup>10</sup> См.: Сойфер Т.В. Деятельность некоммерческих организаций: реалии и перспективы // Современное право. 2011. № 8. С. 68–72.

## Gardening, Vegetable Gardening and Horticultural Non-Profit Associations as Proprietors of Real Estate (Amendments to the Civil Code of the Russian Federation)



**Alexey I. Butovetskiy**

Deputy Head of the State Duma Committee Administration on Land Relations and Construction, Candidate of Juridical Sciences. Address: 1 Okhotniy Ryad Str., Moscow, 103265, Russian Federation. E-mail: butovetckiy@duma.gov.ru



### Abstract

The article is devoted to the analysis of the Federal Law of May 5, 2014 no 99 FZ “On Amendments to the first part of Chapter 4 of the Russian Federation Civil Code and the Invalidation of certain provisions of the Russian Federation legislative acts”, which introduces to RF Civil Code the norms providing for a possibility enabling to form a legal entity as a partnership of landowners. Such a partnership relates to non commercial corporate organizations established landowners. The paper examines the definitions of the partnership of landowners and the subject status of its members. A special attention is drawn to forming partnership of landowners as to gardening, vegetable gardening and cottage economy. The author focuses in particular on the fact that the partnerships of real estate ownership may be set up only by the owners of land plots but the possibility to establish such a legal entity by the citizens owning land plots due to other rights is not provided. The author shows negative consequences of relating gardening, vegetable gardening and cottage economy and similar non commercial partnerships to the partnerships of real estate owners and justifies the reasons for invariability as to implementing these norms in some cases. The problems revealed are supported with the research of the historical development of the legislation on gardening, vegetable gardening and cottage economy under the applicable provisions of the RF land code, the law of April 15 1998 no 66 FZ On Gardening and Cottage noncommercial Associations of Citizens and judicial practice. The research and examination of the Soviet legislation and applicable federal laws allowed making the conclusion that the alterations to RF Civil Code do not cover all the needs of the associations integrating garden and cottage owners. The results of the reform of the legislation on non-commercial organizations do not ensure the implementation of the objects specified in the Conception of civil legislation prepared under RF President’s decree of July 18, 2008 no 1108 On Improving RF Civil Code.



### Keywords

Civil Code of the Russian Federation, law of April 15 1998 no 66-FZ On Gardening and Cottage Non-commercial Associations of Citizens Non-Profit Associations, Gardening, Vegetable Gardening, Cottage Economy, Property, Real Estate.

Citation: Butovetskiy A. Gardening, Vegetable Gardening and Horticultural Non-Profit Associations as Proprietors of Real Estate (Amendments to the Civil Code of the Russian Federation). *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 90–100. (in Russian)



### References

Anisimov A.P., Vasil’chuk Yu.V., Chikil’dina A.Yu. (2008) Postateynny kommentariy k Federal’nomu zakonu «O sadovodcheskikh, ogorodnicheskikh i dachnykh nekommercheskikh ob’edineniyakh grazhdan» [Commentaries to the Federal Law On Gardening, noncommercial]. Moscow, *Rossiyskiy Bukhgalter*, 112 p.

Butovetskiy A.I. (2010) Sadovodcheskie, ogorodnicheskie i dachnye nekommercheskie ob’edineniya grazhdan: perspektivy razvitiya [Gardening Perspectives of Development]. *Khozyaystvo i Pravo*, no 2. pp. 121–124.

Baytenov A.A., Kresnikov N.I. (Eds.) (2006) *Kommentariy k Federal’nomu zakonu «O sadovodcheskikh, ogorodnicheskikh i dachnykh nekommercheskikh ob’edineniyakh grazhdan»* [Commentaries to the Federal Law on Gardening and Cottage noncommercial Associations of Citizens]. Moscow, OOO «TD «Izdatel’stvo «Mir knigi», 132 p.

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

*Poyasnitel'naya zapiska k proektu Federal'nogo zakona «O vnesenii izmeneniy v Federal'nyy zakon «O sadovodcheskikh, ogorodnicheskikh i dachnykh nekommercheskikh ob"edineniy grazhdan» i v Zemel'nyy kodeks Rossiyskoy Federatsii»* [Notes to the Bill of the Federal Law On Amending the Federal Law On Gardening and Cottage Noncommercial Associations of Citizens to RF Land Code ], SPS «Konsul'tant plyus».

Soyfer T.V. (2011) Deyatel'nost' nekommercheskikh organizatsiy: realii i perspektivy [Activity of Non-commercial Organisations: Current situation and Perspectives]. *Sovremennoe Pravo*, no 8, pp. 68–72.

# Незаконное лишение возможности работника трудиться (актуальные проблемы правоприменения)

---

---



**М.А. Клочков**

начальник отдела государственной службы и кадров Московского городского суда, аспирант кафедры трудового права и права социального обеспечения Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина. Адрес: 107076, Российская Федерация, г. Москва, ул. Богородский вал, д. 8. E-mail: mgs\_vacancy@mail.ru

---



## **Аннотация**

В статье рассматриваются проблемы применения ст. 234 Трудового кодекса Российской Федерации относительно ответственности работодателя за незаконное лишение возможности работника трудиться. Автор выделяет основные характеристики незаконности лишения работника права на труд, выявляя при этом основные спорные ситуации в применении нормативной базы. Оценка случаев ответственности работодателя за лишение работника права на труд проводится автором как в историческом разрезе, так и с учетом влияния на норму права актуальной судебной практики судов общей юрисдикции и высших судебных инстанций Российской Федерации. Относительно случаев незаконного лишения возможности работника трудиться рассматриваются характер незаконности и возможность применения ст. 234 Трудового кодекса Российской Федерации к случаям лишения права на труд путем нарушения основных гарантий работника. Также в статье приводится анализ полномочий государственных органов и органов власти по признанию факта лишения возможности трудиться незаконным. Указывается на недопустимость для работодателя самостоятельно в одностороннем порядке восстановить работников на работе путем отмены приказов об увольнении, изменении причины увольнения или переноса даты увольнения. Таким образом, работодатель не может подменять собой юрисдикционный орган. Материалы актуальной судебной практики, рассматриваемые автором, отражают специфику применения ст. 234 Трудового кодекса Российской Федерации судами общей юрисдикции. Автор выделяет основные спорные моменты, некоторые из которых формировали позицию Пленума Верховного Суда Российской Федерации. Во избежание имеющихся в судебной практике случаев злоупотребления правом работником относительно свободного оборота трудовых книжек в Российской Федерации автор рассматривает возможность обеспечить введение федерального реестра трудовых книжек. В статье дается определение незаконного лишения работника возможности трудиться.

---



## **Ключевые слова**

ответственность работодателя, незаконное лишение возможности трудиться, незаконность, властные полномочия, право на труд, злоупотребление правом, трудовая книжка, незаконное увольнение

---

---

Библиографическое описание: Клочков М.А. Незаконное лишение возможности работника трудиться (актуальные проблемы правоприменения) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 4. С. 101–111.

В соответствии со ст. 234 Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ) работодатель несет материальную ответственность за все случаи незаконного лишения возможности работника трудиться. В историческом разрезе нормативной базы ст. 234

является в полной мере проявлением социальной поддержки законодателем малозащищенной по отношению к работодателю стороны трудового договора — работника.

Так, ст. 8 Кодекса законов о труде РСФСР 1922 г. выделяла ответственность нанимателя за неправильность сообщаемых им сведений об условиях предлагаемой работы, за несоблюдение принятых им на себя обязанностей по найму и за незакономерный отказ от приема направленной ему рабочей силы<sup>1</sup>. В Кодексе законов о труде РСФСР 1971 г. в ст. 99 отражена обязанность работодателя выплатить работнику средний заработок за все время вынужденного прогула в случае задержки выдачи трудовой книжки по вине администрации. Нормы — льготы ст. 181, 182 прямо возлагают на работодателя ответственность за отказ в приеме на работу в счет установленной квоты<sup>2</sup>.

Как видно из приведенных правовых источников, законодатель постепенно конкретизирует основания наступления ответственности работодателя, связывая несвоевременное получение трудовой книжки с лишением трудовой функции и установлением в связи с этим факта вынужденного прогула, выявляя наиболее необходимые в данной правовой среде защитные механизмы права работника на труд. Принятию ТК РФ предшествовал целый ряд законодательных дискуссий, среди которых можно отметить депутатские законодательные инициативы, представлявшие ст. 234 в следующих редакциях.

1. Проект № 41047-3<sup>3</sup>: «Работодатель обязан возместить работнику неполученный им заработок во всех случаях незаконного лишения его возможности трудиться, а именно: в случае незаконного увольнения или перевода на другую работу; несвоевременного исполнения решения органа по рассмотрению трудовых споров; задержки выдачи документов, необходимых для поступления на новую работу».

2. Проект № 90038813-3<sup>4</sup>: «Работодатель обязан возместить работнику неполученный им заработок во всех случаях незаконного лишения его возможности трудиться, а именно: в случае незаконного отстранения от работы, увольнения или перевода на другую работу; отказа от исполнения или несвоевременного исполнения решения органа по рассмотрению трудовых споров или государственного правового инспектора труда о восстановлении на прежней работе; задержки выдачи трудовой книжки, неправильной или не соответствующей законодательству формулировки причины увольнения в трудовой книжке; в других случаях, предусмотренных федеральными законами и коллективным договором».

3. Проект № 99043672-2<sup>5</sup>: «Работодатель обязан возместить работнику неполученный им заработок во всех случаях незаконного лишения его возможности трудиться, а именно: в случае незаконного увольнения или перевода на другую работу; несвоевременного исполнения решения органа по рассмотрению трудовых споров о восстановлении на прежней работе; задержки оформления по вине работодателя трудовой книжки,

<sup>1</sup> Кодекс Законов о Труде РСФСР. Постановление ВЦИК от 9 ноября 1922 г. «О введении в действие Кодекса Законов о Труде РСФСР изд. 1922 г.» // СУ РСФСР. 1922. № 70. Ст. 903.

<sup>2</sup> Закон РСФСР от 9 декабря 1971 г. «Об утверждении Кодекса законов о труде РСФСР» (вместе с Кодексом) // Ведомости ВС РСФСР. 1971. № 50. Ст. 1007.

<sup>3</sup> Проект № 41047-3 Трудового кодекса Российской Федерации // URL: <http://api.duma.gov.ru/tra%scriptFull/2001-07-05> (дата обращения: 14 ноября 2014 г.).

<sup>4</sup> Проект № 90038813-3 Трудового кодекса Российской Федерации // URL: <http://api.duma.gov.ru/tra%scriptFull/2001-07-05> (дата обращения: 14 ноября 2014 г.).

<sup>5</sup> Проект № 99043672-2 Трудового кодекса Российской Федерации // URL: <http://api.duma.gov.ru/tra%scriptFull/2001-07-05> (дата обращения: 14 ноября 2014 г.).

задержки выплаты заработной платы, задержки выдачи документов, необходимых для постановки на учет в качестве безработного».

Во всех проектах прослеживается стремление законодателей обеспечить работника максимальными защитными механизмами реализации своего права на труд.

В ст. 234 ТК РФ в качестве наиболее часто встречающихся случаев незаконного лишения возможности трудиться выделяются ситуации, имеющие непосредственное отношение к фактическому отсутствию возможности у работника трудиться: незаконное отстранение работника от работы, его увольнение или перевод на другую работу; отказ работодателя от исполнения или несвоевременного исполнения решения органа по рассмотрению трудовых споров или государственного правового инспектора труда о восстановлении работника на прежней работе; задержка работодателем выдачи работнику трудовой книжки, внесение в трудовую книжку неправильной или не соответствующей законодательству формулировки причины увольнения работника.

Хотя случаи возмещения неполученного заработка работника конкретизированы законодателем, но перечень не является исчерпывающим и подлежит расширительному толкованию, так как касаются всего спектра правоотношений между работником и работодателем, в том числе в рамках гарантий, предоставляемых работнику ТК РФ, непредоставление которых лишает работника права на труд. Характер незаконного лишения возможности трудиться раскрывается в каждом конкретном случае, каждом деле, исковое производство по которому возбуждалось в рамках ст. 234 ТК РФ. Между тем в ТК РФ отсутствует понятие незаконного лишения возможности работника трудиться, что является препятствием для надлежащего правового понимания противозаконных действий работодателя, которые зачастую оцениваются в рамках Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в процессе изучения доказательств органами судебной власти.

Для понимания противозаконности действий работодателя обратимся к словарю С.И. Ожегова, в котором закон определен как установленные государственной властью общеобязательные правила<sup>6</sup>. Общеобязательность правила — закона презюмируется государством, которое устанавливает ответственность и санкции за его несоблюдение. К.Н. Гусов<sup>7</sup> рассматривал ответственность работодателя через призму правопорядка, выявляя тем самым критерии допустимого поведения работодателя при незаконном лишении возможности работника трудиться.

Действительно, нарушая законодательно установленные правила, работодатель нарушает установленный в государстве правопорядок в целом, тем самым подвергая сомнению необходимость соблюдения закона. В частности, несоблюдение работодателем трудового законодательства может происходить двумя способами:

1. Несоблюдение закона как неисполнение процедур перевода работника, прекращения трудового правоотношения, например, увольнение без соблюдения срока уведомления работника о предстоящем сокращении численности или штата работников, увольнение за разглашение информации, составляющей государственную тайну при отсутствии таковой и так далее.

2. Соблюдение процедуры прекращения трудового правоотношения при фактическом злоупотреблении работодателем своими правами, например, принуждение работ-

<sup>6</sup> См.: Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка. М.: АСТ: Мир и образование, 2014.

<sup>7</sup> См.: Гусов К.Н., Полетаев Ю.Н. Ответственность по российскому трудовому праву: науч.-практ. пособие. М.: Проспект, 2011.

ника к увольнению по собственному желанию, увольнение за прогул при отсутствии реального факта нарушения либо факт нарушения является малозначительным и подтверждается уважительными причинами. Подобный подход является, как правило, оценочным, раскрывается посредством доказывания и выявления органами судебной власти характера скрытого нарушения.

По делам искового производства суд своим решением обязан удовлетворить требования истца и защитить его права, если они неправомерно нарушены ответчиком. В случае необоснованного иска суд должен отказать истцу в его притязаниях и защитить таким отказом права ответчика, которые неправомерно оспорены<sup>8</sup>. Анализируя актуальную судебную практику применительно к нарушению работодателем трудовой нормы, выделим основные аспекты незаконного лишения возможности трудиться.

Во-первых, незаконность лишения возможности трудиться признается юрисдикционным органом, которым зачастую является суд, редко — федеральная инспекция труда. О.В. Абрамова<sup>9</sup> и Б.Р. Карабельников<sup>10</sup> ставят вопрос о целесообразности рассмотрения федеральными инспекциями труда спора о праве, ведь тем самым инспекции подменяют собой суды. С другой стороны, А. Сапфинова считает, что подмена полномочий суда в действиях федеральной инспекции труда отсутствует и происходит надлежащая реализация полномочий федеральной инспекцией труда по защите прав работников<sup>11</sup>.

В соответствии со ст. 391 ТК РФ к непосредственной компетенции судов отнесены в том числе случаи нарушения трудовой нормы работодателем, поименованные в ст. 234. Хотя в соответствии со ст. 382 ТК РФ к органам по рассмотрению индивидуальных трудовых споров относятся комиссии по трудовым спорам и суды, полноту полномочий следует признать и у федеральной инспекции труда. Ст. 357 ТК РФ позволяет представителям федеральной инспекции труда в случае нарушения трудового законодательства выносить работодателю обязательные для исполнения предписания, как правило, признаваемые судами при возникновении трудового спора.

Представляется, что федеральная инспекция труда является самостоятельной структурой государственных органов исполнительной власти, которая правомочна защищать права работников, не затрагивая полномочий судебных органов. К.Н. Гусов отмечал, что на вопрос о полноте процессуальной власти при признании прекращения трудового договора незаконным, естественно, однозначно ответить сложно<sup>12</sup>. Государственные инспекторы труда являются лишь неким защитным механизмом, который позволяет указать работодателю на очевидное нарушение прав работника, не затрагивая неурегулированных разногласий и трудовых споров, которые рассматриваются в рамках ст. 381–397 ТК РФ комиссиями по трудовым спорам или судами.

Определенный интерес представляет также оценка полномочий органов власти и государственных органов, уполномоченных на рассмотрение обращений граждан, в

<sup>8</sup> См.: Жилин Г.А., Коробченко В.В., Маврин С.П. Настольная книга судьи по трудовым спорам / под ред. докт. юрид. наук С.П. Маврина. М.: Проспект, 2011. С. 6.

<sup>9</sup> См.: Абрамова О.В. Судебная защита трудовых прав граждан // Трудовое право. 2005. № 1. С. 42; Она же. Защита трудовых прав работников // Трудовое право. 2004. № 6. С. 34.

<sup>10</sup> См.: Карабельников Б.Р. Трудовые отношения в хозяйственных обществах. М.: ФБК-ПРЕСС, 2003.

<sup>11</sup> См.: Сапфинова А. Федеральная инспекция труда и суды: подмена полномочий? // Кадровик. 2013. № 7. С. 57–58.

<sup>12</sup> См.: Андреева Л.А., Гусов К.Н., Медведев О.М. Незаконное увольнение: науч.-практ. пособие / под ред. засл. деят. науки Российской Федерации, д.ю.н. К.Н. Гусова. М.: Проспект, 2009. С. 10.



том числе работников, в рамках компетенции, определенной для них федеральным законодательством. Органы могут быть, как уполномочены на разрешение поставленного вопроса, так и иметь косвенную компетенцию, являясь, к примеру, вышестоящим органом власти. П.В. Толпегин выделил органы косвенной компетенции<sup>13</sup> из системы компетентных органов власти, при этом придав им определенный правовой вес как субъектам взаимоотношения с гражданами посредством перенаправления их обращения в компетентный орган или возможность самостоятельного обращения в защиту интересов гражданина. Применительно к работнику такие обращения могут быть переправлены как в органы прокуратуры, так и в федеральную инспекцию по труду или иные уполномоченные органы. С учетом свободы выбора гражданина по обращению в тот или иной орган власти в рамках возможности, предоставленной ему Федеральным законом от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации», обращение или заявление работника по факту нарушения его права может быть перенаправлено в специально уполномоченный орган и явиться основанием для возбуждения искового производства.

Судебной практике известны случаи, когда работодатели, узнав о подаче уволенным работником искового заявления, самостоятельно в одностороннем порядке восстанавливали работников на работе путем отмены приказов об увольнении, изменении причины увольнения или переноса даты увольнения. При этом ТК РФ не предоставляет работодателю права изменять дату увольнения работника, равно как и совершать иные юридически значимые действия, затрагивающие права и интересы работника, без его предварительного согласия и после того, как трудовые отношения между работодателем и работником уже прекращены по инициативе работодателя. Такого «специального органа по рассмотрению споров», как работодатель, закон не предусматривает, а исправление своих ошибок так или иначе должно входить в согласительные рамки — допускается исправление ошибки самим работодателем только в случае согласия работника на восстановление нарушенного права.

Позиция Верховного Суда Российской Федерации как общеправового регулятора действующей судебной практики в данном случае особо примечательна: «Вывод о том, что нарушение трудового законодательства работодатель может исправить, издав приказ о переносе даты увольнения работника на более позднее время, когда закончится период временной нетрудоспособности работника, является ошибочным»<sup>14</sup>. Таким образом, «действия работодателя, в одностороннем порядке восстанавливающие трудовые отношения с работником путем отмены приказа об увольнении, юридического значения не имеют и основанием для отказа в удовлетворении иска о признании увольнения незаконным в судебном порядке признаны быть не могут»<sup>15</sup>. Безусловно, имеется положительный момент в желании работодателей восстановить нарушенные права работника, только работнику не всегда приятно восстанавливаться на работе, иногда для него — благо получить компенсацию за время вынужденного прогула и компенсации морального вреда.

<sup>13</sup> См.: Материалы научно-практической конференции «Работа с обращениями граждан и организаций: право и практика» (22 сентября 2011 г.) / под ред. П. В. Толпегина. М.: ЛЕНАНД, 2011.

<sup>14</sup> Дело № 14-В11-10 от 19 сентября 2011 г. Справочный ресурс — портал Верховного Суда Российской Федерации // URL: <http://vsrf.ru/i№dexA.php> (дата обращения: 14 ноября 2014 г.).

<sup>15</sup> Дело № 70-КГ13-7 от 10 января 2014 г. Справочный ресурс — портал Верховного Суда Российской Федерации // URL: <http://vsrf.ru/i№dexA.php> (дата обращения: 14 ноября 2014 г.).

Во-вторых, незаконное лишение возможности трудиться основано на нарушении работодателем трудовой нормы, непосредственно касающейся трудовой функции работника в данной организации, в том числе процедур, условий наступления каких-либо юридических фактов трудового правоотношения, в частности, в отношении процедуры увольнения по соответствующим статьям ТК РФ, отстранения, перевода и так далее. Тем самым действия либо бездействие работодателя лишают работника возможности трудиться в данной организации, либо препятствует трудоустройству у другого работодателя в случае невыдачи в день увольнения трудовой книжки.

В-третьих, нарушение процедур увольнения и непредставление гарантий фактически лишает работника трудовой функции. В соответствии со ст. 21 ТК РФ работник, в частности, имеет право на заключение, изменение и расторжение трудового договора в порядке и на условиях, установленных ТК РФ, рабочее место, соответствующее государственным нормативным требованиям охраны труда, отдых. Указанные гарантии, предоставляемые работодателем работнику, являются презумпцией, тем базисом, который должен иметь место как при заключении, так при расторжении трудового договора. Непредставление таких гарантий лишает работника права на достойный труд и тем самым образует предпосылки для незаконного лишения возможности трудиться. Лишая работника права на рабочее место, соответствующее государственным нормативам, или не предоставляя ему отпуск, работодатель фактически ставит под угрозу жизнь и здоровье конкретного работника.

Применительно к факту невыдачи трудовой книжки как незаконному лишению возможности трудиться необходимо уяснить, что для возложения ответственности на работодателя в соответствии со ст. 234 ТК РФ невыдача трудовой книжки должна фактически лишить работника возможности трудоустроиться. Ни законодательный, ни подзаконный нормативные регуляторы не обязывают работника иметь только одну трудовую книжку, они лишь указывают обязанность работодателя завести трудовую книжку работнику, поступающему на работу впервые, и обязанность работника предъявить трудовую книжку при трудоустройстве в числе обязательных в соответствии со ст. 65 ТК РФ документов. Таким образом, у работника есть возможность иметь две трудовые книжки и более, предъявляя работодателю на свое усмотрение любую. К примеру, Московским городским судом в кассационном определении от 19 июня 2014 г. среди прочих доказательств злоупотребления истцом своим правом было учтено, что в производстве судов г. Москвы одновременно находилось несколько гражданских дел по искам М.С.Л. к своим бывшим работодателям об обязанности выдать трудовую книжку, где истец указывал, что трудовая книжка не была ему выдана при увольнении. Соответственно, при оформлении на работу к следующему работодателю, трудовая книжка не могла быть ему передана ввиду ее отсутствия. Однако истец указывает, что передавал ее при устройстве на работу к каждому из ответчиков, что свидетельствует о намеренном введении работодателя и суд в заблуждение и злоупотреблении истцом своим правом<sup>16</sup>.

Во избежание относительно свободного оборота трудовых книжек в Российской Федерации считаем возможным обеспечить ведение федерального реестра выданных трудовых книжек. В настоящее время в случае появления сомнений у работодателя в квалификации работника, подтвержденной при трудоустройстве только трудовой книжкой, работодатель может обратиться в органы пенсионного фонда за информацией о фактическом наличии стажа работы и определенных финансовых отчислений, не

---

<sup>16</sup> Дело № 4г/5-5731/2014 // Архив Московского городского суда. 2014.

допуская при этом нарушения норм Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных». В случае подтверждения факта подложности документа, работник подлежит увольнению по п. 11 ч. 1 ст. 81 ТК РФ<sup>17</sup>.

Между тем предметом спорной ситуации, дошедшей до юрисдикционного органа, будет факт невозможности трудоустройства работника именно ввиду отсутствия у него трудовой книжки с прошлого места работы, где он был незаконно уволен. В судебном решении от 25 января 2012 г. по иску о признании недействующим абз. 4 п. 35 Правил ведения трудовых книжек, изготовлении бланка трудовой книжки и обеспечения ими работодателей<sup>18</sup> Верховный Суд Российской Федерации, отказывая в удовлетворении требований, дал расширительную трактовку последствий невыдачи трудовой книжки. Суд констатировал, что осуществление предоставленных работникам прав в области социально-трудовых отношений может касаться не только возмещения материального ущерба, причиненного в результате незаконного лишения его возможности трудиться, но также учета и исчисления страхового стажа для последующего назначения трудовой пенсии и получения пособия по временной нетрудоспособности<sup>19</sup>.

В-четвертых, ответственность работодателя исключается при злоупотреблении правом со стороны работника. В п. 27 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» разъяснено, что при реализации гарантий, предоставленных кодексом работникам в случае расторжения с ними трудового договора, должен соблюдаться общеправовой принцип недопустимости злоупотребления правом, в том числе и со стороны работника. Под злоупотреблением правом со стороны работника следует понимать факт сокрытия конкретных обстоятельств, которые известны только ему и способны повлиять на характер и последствия возникновения того или иного юридического факта в трудовом и ином непосредственно связанном с ним правоотношении. К таким случаям можно отнести сокрытие факта временной нетрудоспособности в день увольнения, наличие обстоятельств, предоставляющих преимущества перед другими работниками и не известных работодателю на момент увольнения, инвалидность и другие обстоятельства, носящие скрытый для работодателя характер. Исключение из этого перечня теперь составляет факт сокрытия работницей беременности. В соответствии с нормами ТК РФ беременным женщинам предоставляются гарантии, защищающие их от любых применений дискриминации и запрещающие увольнять последних по инициативе работодателя.

Рассмотрим пример судебной практики, явившийся в том числе основой для формирования позиции Верховного Суда Российской Федерации в Постановлении Пленума № 1<sup>20</sup>. А. была уволена в соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 81 ТК РФ по сокращению штата. В обоснование своих требований А. заявила, что при увольнении работодатель не учел, что она является одинокой матерью. Суд первой инстанции отказал истице в удовлет-

<sup>17</sup> См.: Клочков М. Задержка выдачи работнику трудовой книжки: ответственность работодателя // Кадровик. 2014. № 10. С. 136.

<sup>18</sup> Утв. постановлением Правительства Российской Федерации от 16 апреля 2003 г. № 255.

<sup>19</sup> Дело № ГКПИ11-2044 от 25.01.12 г. Справочный ресурс — портал Верховного Суда Российской Федерации // URL: <http://vsrf.ru/i№dexA.php> (дата обращения: 14 ноября 2014 г.).

<sup>20</sup> Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 января 2014 г. № 1 «О применении законодательства, регулирующего труд женщин, лиц с семейными обязанностями и несовершеннолетних» // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 1.

ворении иска, посчитав невозможным применение к истице положений ст. 261 ТК РФ (гарантии одинокой матери, воспитывающей малолетнего ребенка — ребенка в возрасте до 14 лет). Судебная коллегия по гражданским делам Московского городского суда определением от 10 января 2014 г. отменила постановленное судом решение, исковое заявление А. удовлетворила по следующим основаниям. В соответствии с ч. 4 ст. 261 ТК РФ расторжение трудового договора с одинокими матерями, воспитывающими ребенка в возрасте до 14 лет, другими лицами, воспитывающими указанных детей без матери, по инициативе работодателя не допускается. Между тем решением суда Балашихинского городского суда Московской области от 18 марта 2010 г. Б. был лишен родительских прав по отношению к несовершеннолетней дочери А. Таким образом, А. была признана одинокой матерью и восстановлена на работе<sup>21</sup>. Анализируя положения ст. 234 во взаимосвязи со ст. 77, 80, 81, 83 ТК РФ, необходимо указать на основные аспекты рассматриваемого вопроса, отразив случаи незаконного лишения возможности трудиться:

Во-первых, это невозможность исполнения обязанностей по конкретной трудовой функции, являющейся обязательным условием трудового договора. Ответственность в данном случае возникает за незаконное увольнение, незаконный перевод, отказ работодателя от исполнения или несвоевременного исполнения решения органа по рассмотрению трудовых споров или государственного правового инспектора труда о восстановлении работника на прежней работе. Во-вторых, это невозможность для работника реализовать свою волю по трудоустройству в соответствии с профессией, по специальности. Ответственность возникает за задержку работодателем выдачи работнику трудовой книжки, внесения в трудовую книжку неправильной или не соответствующей законодательству формулировки причины увольнения работника, а также за необоснованный отказ в приеме на работу. В-третьих, это невозможность исполнять трудовые обязанности ввиду нарушения работодателем основных обязательств перед работником, если такие нарушения могут привести к отсутствию реальной возможности у работника исполнять трудовую функцию (ст. 21 ТК РФ). К таким нарушениям можно, в частности, отнести предоставление отпуска без сохранения заработной платы по принуждению работодателя, незаконное объявление простоя, неоплата работодателем периода приостановления работником работы в соответствии со ст. 142 ТК РФ<sup>22</sup>.

Нарушая основополагающие принципы ТК РФ в части отказа от реализации обязанностей по предоставлению гарантий конкретному работнику, работодатель не всегда оценивает возможные последствия своих нарушений прав работника на достойный труд. Санкции для работодателя по возмещению неполученного заработка применяются к конкретному хозяйствующему субъекту уже при вынесении решения судом. Работодатель не всегда признает себя стороной, нарушившей то или иное законоположение. Можно предположить некоторые действия работодателя в рамках трудового правоотношения.

1. При вступлении в трудовое отношение в качестве стороны работодатель обязан безусловно соблюдать Трудовой кодекс Российской Федерации и иные нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права.

2. Работодатель в целях эффективной экономической деятельности и рационального управления имуществом самостоятельно, под свою ответственность принимает необходимые кадровые решения.

<sup>21</sup> Дело № 33-282/2014 // Архив Московского городского суда. 2014.

<sup>22</sup> Дело № 33-34109/2014 // Архив Московского городского суда. 2014.

3. Применяя конкретные основания увольнения по ст. 77, 81 ТК РФ или будучи сторонним участником увольнений по ст. 80, 83 ТК РФ (увольнение по собственной инициативе, по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон), работодатель может использовать те процедуры увольнения, которые подлежат применению в каждом конкретном случае, либо завуалировать одно основание увольнения другим, более для него выгодным (но не всегда законным). Таким же образом возможно и применение процедур отстранения работника от работы и иных случаев незаконного лишения возможности трудиться. Применительно к работодателю и необходимости соблюдения принципов обеспечения права каждого работника на справедливые условия труда, законодатель привел примерный перечень таких условий, а именно условия должны отвечать требованиям безопасности и гигиены, права на отдых, включая ограничение рабочего времени, предоставление ежедневного отдыха, выходных и нерабочих праздничных дней, оплачиваемого ежегодного отпуска.

Подводя итог сказанному, можно дать определение незаконному лишению возможности работника трудиться. Это установленное судом нарушение со стороны работодателя, лишаящее работника возможности исполнять свои трудовые обязанности, предусмотренные трудовым договором, а также несоблюдение прав работника, которое может привести к отсутствию у работника возможности трудиться, включая, в частности, право работника на получение установленной трудовым договором заработной платы по обусловленной трудовой функции.

В качестве незаконного лишения возможности трудиться признается юрисдикционным органом в каждом конкретном деле. Представляется, что расширительное толкование юрисдикционными органами оснований незаконного лишения возможности трудиться, указанных в ст. 234 ТК РФ, через призму защиты основных прав и гарантий работника в нынешней правовой системе, безусловно, положительно сказывается на защите прав работника от незаконного лишения права на труд.



### **Библиография**

- Агафонова Г.А. Прекращение трудового договора по инициативе работодателя по основаниям, не связанным с виной работника. М.: Проспект, 2014.
- Агафонова Г.А., Гусов К.Н., Егорова О.А., Федин В.В. Судебная практика по трудовым спорам. М.: Проспект, 2014.
- Андреева Л.А., Гусов К.Н., Медведев О.М. Научно-практическое пособие. Незаконное увольнение / под ред. засл. деят. науки Российской Федерации, д.ю.н. К.Н. Гусова. М.: Проспект, 2009.
- Беспалов Ю.Ф., Егорова О.А. Настольная книга судьи по трудовым делам. М.: Проспект, 2014.
- Горохов Б.А. Трудовые споры. Чему не учат студентов. М.: Проспект, 2011.
- Гусов К.Н. Трудовое законодательство: сб. док. М., Проспект, 2011.
- Гусов К.Н., Полетаев Ю.Н. Ответственность по российскому трудовому праву: науч.-практ. пособие. М.: Проспект, 2011.
- Гусов К.Н., Циндяйкина Е.П., Цыпкина И.С. Особенности трудового договора с отдельными категориями работников. М.: Проспект, 2014.
- Егорова О.А., Агафонова Г.А., Беспалов Ю.Ф. Судебная ошибка и ее последствия. Некоторые теоретические и практические аспекты / Материалы пятой межрегиональной научно-практической конференции. М.: Проспект, 2011. 160 с.
- Жилин Г.А., Коробченко В.В., Маврин С.П. Настольная книга судьи по трудовым спорам / под ред. д.ю.н. С.П. Маврина. М.: Проспект, 2011.

- Карабельников Б.Р. Трудовые отношения в хозяйственных обществах. М.: ФБК-ПРЕСС, 2003.
- Материалы научно-практической конференции «Работа с обращениями граждан и организаций: право и практика» (22 сентября 2011 г.) / под ред. П. В. Толпегина. М.: ЛЕНАНД, 2011.
- Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка. М.: АСТ; Мир и образование, 2014.
- Орловский Ю.П. Трудовое право: учеб. М.: Юрайт, 2014.
- Ситникова Е.Г., Сенаторова Н.В. Постатейный научно-практический комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации. М.: «Библиотечка РГ», 2013.
- Толчеев Н.К. Настольная книга судьи по гражданским делам. 2-е изд. М.: Проспект, 2009.
- Шевченко О.А., Сулейманова Ф.О., Шония Г.В. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (постатейный). М.: Проспект, 2015.
- 

## Illegal Deprivation of Work for Employee. Topical Problems of Enforcement



**Mark A. Klochkov**

Head of the Department of Public Service and Personnel of Moscow City Court, Postgraduate Student of the Department of Labor Law and Social Security of Moscow State Law University Named after O.E. Kutafin. Address: 8, Bogorodsky Val Str., Moscow, 107076, Russian Federation. E-mail: mgs\_vacancy@mail.ru



### Abstract

The paper studies the problems of applying article 234 of RF Labor Code to the liability of employer for illegal deprivation of work. The author specifies the major features of illegal deprivation of the right to work for an employee and points to the typical controversial situations in applying the norms. Evaluation of liability cases against the employer for deprivation of work historically and the influence of the current judicial practice in courts of general jurisdiction and in RF higher judicial instances. As to the cases of illegal deprivation of work, the article studies the degree of illegality, possibility to apply article 234 of RF Labour Code to the cases of depriving the right to work by violating the major employee's guarantees. Besides, the paper examines the authorities of state bodies and the bodies entitled to recognize the fact of such deprivation as illegal. The paper shows that it is inappropriate for employer to restore employees voluntarily by cancelling the dismissal orders, changing the cause of dismissal or transferring the date of dismissal. Hence, the employer may not serve as a jurisdictional body. The materials of the current judicial practice studied by the author reflect the specifics of applying article 234 of RF Labour Code by general jurisdiction courts, specifying the major controversies some of which served as a basis for the decisions of RF Supreme Court Plenum. To avoid the cases of abusing the right of the employee as to the free circulation of work record books in the RF, the author proposes to arrange the federal register of work record books in the RF. The article defines illegal deprivation of work for employee.



### Keywords

Liability of employer, illegal deprivation from work, illegality, power and authority, right to work, abusing law, work record book, illegal dismissal.

Citation: Klochkov M. Illegal Deprivation of Work for Employee. Topical Problems of Enforcement. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 101–111. (in Russian)



### References

Andreeva L.A., Gusov K.N., Medvedev O.M. (2009). *Nezakonnoe uvol'nenie: nauchno-prakticheskoe posobie*. [Illegal Dismissal. A Manual]. Moscow: Prospekt.

Gusov K.N., Yu.N. Poletaev (2011) *Otvetstvennost' po rossiyskomu trudovomu pravu: nauchno – prakticheskoe posobie* [Liability under Russian Labour Law. A Manual]. Moscow: Prospekt.

Tolpegin P.V. (ed.) (2011) *Proceedings of the Conference Working on the Applications of Persons and Entities: Law and Practice. September 22, 2011*. Moscow: LENAND.

Zhilin G.A., Korobchenko V.V., Mavrin S.P. (2011) *Nastol'naya kniga sud'i po trudovym sporam* [Reference Book for Judges Specialising in Labour Disputes]. Moscow: Prospekt.

# Разрешения в телекоммуникационной сфере\*

---

 **Л.К. Терещенко**

ведущий эксперт научно-учебной лаборатории по информационному праву НИУ ВШЭ, заместитель заведующего отделом административного законодательства и процесса Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации. Адрес: 117134, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушнская, д. 34. E-mail: adm2@izak.ru

---

 **Аннотация**

Статья посвящена действию разрешительной системы в телекоммуникационной сфере, анализу существующих запретов и ограничений, административных барьеров и направлений их снижения. Эффективность отрасли связи в немалой степени зависит от используемых методов государственного регулирования, от применяемых мер разрешительной системы. Рассматриваются правовые основы деятельности в области связи, предусматривающие целый комплекс разрешительных мер, включая лицензирование, регистрацию, выделение полос радиочастотного спектра, распределение и использование ресурсов нумерации. Разрешительные меры разделяются на два блока: меры, определяющие условия деятельности операторов связи, и меры, устанавливающие требования к применяемому оборудованию и сооружениям (стационарному оборудованию, кабельным сооружениям связи, радиоэлектронным средствам и высокочастотным устройствам). Проблемы лицензирования услуг связи обусловлены различными причинами, в том числе большим количеством лицензируемых видов деятельности. Зачастую оператор связи для осуществления своей основной деятельности вынужден получать более десяти лицензий. В связи с этим представляется полезным заимствование опыта других стран, в которых законодательно предусмотрена возможность получения универсальной лицензии. Однако для этого необходимо внести коррективы не только в Федеральный закон «О связи», но и в законодательство о лицензировании. Кроме того, существует и прямо противоположная проблема — укрупнение видов услуг связи, подлежащих лицензированию. Для крупных игроков на рынке телекоммуникаций это, безусловно, хорошо, однако для мелких операторов связи такое укрупнение влечет за собой необходимость выполнять дополнительные требования, которые они ранее не выполняли при оказании ограниченного перечня услуг связи. Обращается внимание на одну из острых проблем в получении лицензии на оказание услуг связи — ограниченность радиочастотного спектра, в связи с чем назначение радиочастот может превратиться в непреодолимый административный барьер.

---

 **Ключевые слова**

телекоммуникационная сфера, отрасль связи, государственное регулирование, разрешения, разрешительная система, лицензирование, радиочастотный спектр, административные барьеры

---

Библиографическое описание: Л.К. Терещенко. Разрешения в телекоммуникационной сфере // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 4. С 112–123.

---

\* Исследование осуществлено в рамках Программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2014 г.



Отрасль информационных технологий и связи — одна из наиболее динамично развивающихся отраслей в мировой экономике, в том числе и в России. Средний темп роста российского рынка за последние 10 лет превосходит среднемировой, при этом российская отрасль информационных технологий в ближайшие 5–7 лет имеет потенциал значительно более быстрого роста — на 10% и более в год<sup>1</sup>.

Поставленная в Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года задача формирования новой экономики — экономики знаний и высоких технологий, — невозможна без активного развития этой отрасли. Вместе с тем очевидно отставание темпов развития отрасли связи от мирового уровня, которое связано в том числе с малой долей радиочастотного спектра, который могут использовать гражданские пользователи, высокой долей спектра, относимого к категории совместного использования, низким уровнем конкуренции на российском рынке, существенными административными барьерами<sup>2</sup>. Эффективность отрасли связи, безусловно, в немалой степени зависит от используемых методов государственного регулирования, от степени применения разрешительной системы.

В соответствии с подп. «и» ст. 71 Конституции Российской Федерации федеральные информация и связь относятся к ведению Российской Федерации. Соответственно, правовое регулирование осуществляется на федеральном уровне. Базовым законодательным актом в данной сфере является Федеральный закон от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи» (далее — Закон), который устанавливает правовые основы деятельности в области связи, предусматривая целый комплекс разрешительных мер, включая лицензирование, регистрацию, выделение полос радиочастотного спектра, распределение и использование ресурсов нумерации. Часть указанных мер касается условий деятельности операторов связи, а другая часть устанавливает требования к применяемому оборудованию и сооружениям (стационарному оборудованию, кабельным сооружениям связи, радиоэлектронным средствам и высокочастотным устройствам).

Обязательным условием деятельности юридических лиц и индивидуальных предпринимателей по возмездному оказанию услуг связи<sup>3</sup> является получение лицензии<sup>4</sup>. К услугам связи Закон относит деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи<sup>5</sup> или почтовых отправлений (п. 32 ст. 2 Закона). Перечень наименований услуг связи, вносимых в лицензии, и соответствующие переч-

<sup>1</sup> См.: Стратегия развития отрасли информационных технологий в Российской Федерации на 2014–2020 годы и на перспективу до 2025 года (утв. распоряжением Правительства Российской Федерации от 1 ноября 2013 г. № 2036-р) // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> См.: распоряжение Правительства Российской Федерации от 20 октября 2010 г. № 1815-р «О государственной программе Российской Федерации «Информационное общество (2011–2020 годы)» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>3</sup> Если услуги связи оказываются с использованием радиочастотного спектра, то наряду с обязательным наличием лицензии на осуществление деятельности в области оказания услуг связи необходимо наличие разрешения на использование радиочастотного канала или радиочастоты для оказания услуг электросвязи. Указанное разрешение может быть получено только при наличии лицензии.

<sup>4</sup> Действие Федерального закона «О лицензировании отдельных видов деятельности» не распространяется на деятельность в области связи, которая регулируется отраслевым законодательством.

<sup>5</sup> Под электросвязью понимаются любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам (п. 35 ст. 2)

ни лицензионных условий устанавливаются Правительством Российской Федерации и ежегодно уточняются (ст. 29 Закона)<sup>6</sup>.

К видам услуг связи, вносимых в лицензии, в настоящее время относятся:

- 1) услуги местной телефонной связи, за исключением услуг местной телефонной связи с использованием таксофонов и средств коллективного доступа;
- 2) услуги междугородной и международной телефонной связи;
- 3) услуги телефонной связи в выделенной сети связи;
- 4) услуги внутризонавой телефонной связи;
- 5) услуги местной телефонной связи с использованием таксофонов;
- 6) услуги местной телефонной связи с использованием средств коллективного доступа;
- 7) услуги телеграфной связи;
- 8) услуги связи персонального радиовызова;
- 9) услуги подвижной радиосвязи в сети связи общего пользования;
- 10) услуги подвижной радиосвязи в выделенной сети связи;
- 11) услуги подвижной радиотелефонной связи;
- 12) услуги подвижной спутниковой радиосвязи;
- 13) услуги связи по предоставлению каналов связи;
- 14) услуги связи по передаче данных, за исключением услуг связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации;
- 15) услуги связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации;
- 16) телематические услуги связи;
- 17) услуги связи для целей кабельного вещания;
- 18) услуги связи для целей эфирного вещания;
- 19) услуги связи для целей проводного;
- 20) услуги почтовой связи<sup>7</sup>.

Сами лицензионные условия устанавливает лицензирующий орган (в настоящее время — Федеральная служба по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)). Лицензии на оказание услуг связи выдаются по результатам рассмотрения заявлений, а в ряде случаев — по результатам торгов (конкурса, аукциона).

С принятием Федерального закона от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» подход государства к определению сроков действия лицензии принципиально изменился: лицензия действует бессрочно. Однако, как уже отмечалось, сфера связи выведена из-под действия этого Закона, поэтому сроки действия лицензии установлены в самом Федеральном законе «О связи», в соответствии со ст. 33 которого лицензия может быть выдана на срок от 3 до 25 лет. Конкретный срок устанавливается лицензирующим органом с учетом:

- срока, указанного в заявлении соискателя лицензии;
- содержания услуг связи, на оказание которых испрашивается лицензия;

<sup>6</sup> В настоящее время действует Перечень наименований услуг связи, вносимых в лицензии на осуществление деятельности в области оказания услуг связи, и перечень лицензионных условий осуществления деятельности в области оказания соответствующих услуг связи, утвержденные постановлением Правительства Российской Федерации от 18 февраля 2005 г. № 87.

<sup>7</sup> В литературе высказываются обоснованные сомнения относительно целесообразности подобной детализации лицензируемых видов деятельности в условиях усиливающейся в области связи конвергенции. См.: Волгинская Е.К. Роль государства в обеспечении информационной безопасности // Информационное право. 2008. № 4. С. 9–17.

- указанного в решении государственной комиссии по радиочастотам о выделении полосы радиочастот срока в случае, если услуга связи оказывается с использованием радиочастотного спектра;
- технических ограничений и технологических условий в соответствии с правилами присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия.

Учитывая то, что радиочастотный спектр является ограниченным ресурсом, регулирование использования радиочастотного спектра является исключительным правом государства. Федеральным законом «О связи» установлены принципы использования радиочастотного спектра, среди которых следует отметить принцип разрешительного порядка доступа пользователей к радиочастотному спектру и принцип недопустимости бессрочного выделения полос радиочастот, присвоения радиочастот или радиочастотных каналов. С учетом этого лицензии на оказание услуг связи с использованием радиочастотного спектра не могут быть бессрочными. Однако в отношении других услуг связи мог бы быть применен и общий подход — бессрочная лицензия.

Статья 31 Закона устанавливает случаи, при которых лицензии выдаются исключительно по результатам торгов (аукциона, конкурса). К ним относятся следующие:

1) услуга связи будет оказываться с использованием радиочастотного спектра, а государственная комиссия по радиочастотам установит, что доступный для оказания услуг связи радиочастотный спектр ограничивает возможное количество операторов связи на данной территории. Победителю торгов (аукциона, конкурса) выдается лицензия и выделяются соответствующие радиочастоты;

2) на территории имеются ограниченные ресурсы сети связи общего пользования, в том числе ограниченный ресурс нумерации, и федеральный орган исполнительной власти в области связи устанавливает, что количество операторов связи на данной территории должно быть ограничено.

Порядок проведения торгов установлен постановлением Правительства Российской Федерации от 12 января 2006 г. № 8 «Об утверждении Правил проведения торгов (аукциона, конкурса) на получение лицензии на оказание услуг связи»<sup>8</sup>. Предметом торгов (лотом) является право на получение лицензии. Организация торгов осуществляется Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций. Торги всегда являются открытыми. Торги в форме аукциона на получение лицензии на оказание услуг связи на территории с ограниченными ресурсами сети связи общего пользования проводятся при одновременном наличии следующих условий:

а) территорией, на которой может использоваться ресурс нумерации, является вся территория Российской Федерации;

б) ресурс нумерации предназначен для однозначного определения (идентификации) сети связи в пределах российского сегмента соответствующей международной сети связи;

в) возможность использования ресурса нумерации не зависит от схемы построения сети связи и условий взаимодействия с иными сетями связи.

В иных случаях торги на получение лицензии на оказание услуг связи на территории с ограниченными ресурсами сети связи общего пользования проводятся в форме конкурса.

Торги в форме аукциона на получение лицензии на оказание услуг связи с использованием радиочастотного спектра проводятся, если радиочастотный спектр, с использо-

<sup>8</sup> СЗ РФ. 2006. № 4. Ст. 382.

ванием которого будет оказываться услуга связи, не распределен радиослужбам и (или) не используется радиоэлектронным средством любого назначения. В иных случаях торги на получение лицензии на оказание услуг связи с использованием радиочастотного спектра проводятся в форме конкурса. В остальных случаях лицензии на оказание услуг связи выдаются по результатам рассмотрения заявлений.

Проблемы лицензирования услуг связи обусловлены различными причинами, в том числе большим количеством лицензируемых видов деятельности. Зачастую оператор связи для осуществления своей основной деятельности вынужден получать более 10 лицензий. В связи с этим представляется полезным заимствование опыта других стран, в которых законодательно предусмотрена возможность получения универсальной лицензии. Однако для этого необходимо внести коррективы не только в Федеральный закон «О связи», но и в законодательство о лицензировании.

Одна из острых проблем в получении лицензии на оказание услуг связи — ограниченность радиочастотного спектра. Зачастую назначение радиочастот превращается в непреодолимый административный барьер. Устав Международного союза электросвязи закрепляет положение, обязательное для его членов: при использовании полос частот для радиосвязи члены Союза должны учитывать, что радиочастоты и орбита геостационарных спутников являются ограниченными естественными ресурсами, которые надлежит использовать рационально, эффективно и экономно, в соответствии с положениями Регламента радиосвязи, чтобы обеспечить справедливый доступ к этой орбите и к этим частотам разным странам или группам стран с учетом особых потребностей развивающихся стран и географического положения некоторых стран. Федеральный закон «О связи» (ст. 22) практически воспроизводит данное положение.

Однако проблема назначения радиочастот далеко не всегда связана с естественной ограниченностью ресурса: во многом невозможность оказывать услуги связи с использованием радиочастотного спектра обусловлена организацией деятельности по выделению полос радиочастот, присвоению радиочастот или радиочастотных каналов. В Российской Федерации действует разрешительный порядок доступа пользователей к радиочастотному спектру, который включает в себя три категории полос радиочастот:

- преимущественного пользования радиоэлектронными средствами, используемыми для нужд органов государственной власти, нужд обороны страны, безопасности государства и обеспечения правопорядка;
- преимущественного пользования радиоэлектронными средствами гражданского назначения;
- совместного пользования радиоэлектронными средствами любого назначения.

Разрешительный порядок доступа пользователей к радиочастотному спектру подразумевает получение ими разрешений в письменной форме при выделении полос радиочастот для различных целей и при присвоении (назначении) радиочастоты или радиочастотного канала.

Конверсия радиочастотного спектра означает расширение гражданского радиочастотного ресурса за счет первой категории полос радиочастот. Конверсия радиочастотного спектра — проблема не только Российской Федерации, но и большинства стран. По данным средств массовой информации, в Испании, например, государственными структурами задействовано около 40% частотного спектра, а в Англии — до 60%. Вместе с тем в соответствии с рекомендациями Евросоюза, в ведении у военных должно быть не более 15% частотного ресурса, в гражданском использовании — 40–45% и остальная часть — в совместном. В Российской Федерации до настоящего времени бóльшая

часть частотного диапазона принадлежит силовым структурам, при этом они не платят за пользование частотами. Вместе с тем радиочастотный спектр — это национальный ресурс, и Федеральный закон «О связи», установивший платность его использования, исключения из этого правила не предусматривает.

Государственная программа «Информационное общество (2011–2020 годы)» предусматривает модернизацию процедуры управления радиочастотным ресурсом, проведение конверсии радиочастотного спектра в наиболее востребованных для коммерческого применения полосах частот и обеспечение радиочастотным ресурсом перспективных технологий. Совершенствование механизмов управления использованием радиочастотного спектра предполагается реализовать путем осуществления следующих мер:

- упрощение административных процедур на предоставление права на использование радиочастотного спектра;
- нормативное закрепление механизма государственно-частного партнерства в ходе реализации мероприятий по конверсии и процедуре изменения назначения полос частот (рефармингу) радиочастотного спектра;
- минимизация полосы радиочастот совместного использования путем перераспределения частот из полос совместного использования в полосы гражданского и специального назначения;
- конверсия радиочастотного спектра в наиболее востребованных для коммерческого применения полосах частот на принципах осуществления государственно-частного партнерства;
- проведение торгов преимущественно в форме аукциона на право использования радиочастотного спектра.

Ускорение темпов проведения конверсии радиочастотного спектра обозначено в качестве одного из основных направлений деятельности Правительства Российской Федерации<sup>9</sup>. Конституционный Суд Российской Федерации относительно разрешений о выделении полосы отметил, что решение о выделении полосы не является специальным разрешением на осуществление конкретного вида деятельности (лицензией) и принимается для обеспечения надлежащего функционирования радиоэлектронных средств и высокочастотных устройств, принадлежащих пользователям радиочастотного спектра, их электромагнитной совместимости и недопущения столкновения интересов пользователей сетей связи<sup>10</sup>. Действительно, решение о выделении полосы не является лицензией, но это необходимое условие получения лицензии на оказание услуг связи с использованием радиочастотного спектра.

В настоящее время регулирование использования радиочастотного спектра, в том числе, выделение полос радиочастот осуществляется межведомственным коллегиальным органом по радиочастотам при федеральном органе исполнительной власти в области связи — Государственной комиссией по радиочастотам (далее — ГКРЧ) при Министерстве связи и массовых коммуникаций Российской Федерации. ГКРЧ наделена широким кругом полномочий, в том числе:

<sup>9</sup> Основные направления деятельности Правительства Российской Федерации на период до 2018 года (утв. Правительством Российской Федерации 31 января 2013 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>10</sup> См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 28 февраля 2006 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «О связи» в связи с запросом Думы Корякского автономного округа» // СЗ РФ. 2006. № 11. Ст. 1230.

- выделение полос радиочастот, а также установление условий использования полос радиочастот для радиоэлектронных средств, используемых в конкретных радиотехнологиях;
- установление доступного для оказания услуг связи радиочастотного спектра и наличия ограничения количества операторов связи для работы в этом спектре на заданной территории Российской Федерации;
- установление радиочастотного спектра, минимально необходимого для реализации оператором связи заявленной радиотехнологии и достаточного для оказания услуг связи с заданным качеством определенному числу потенциальных абонентов соответствующей сети связи;
- реоформление решений о выделении полос радиочастот в случае реорганизации пользователей радиочастотного спектра;
- принятие решений о прекращении действия ранее выданных решений о выделении полос радиочастот для радиоэлектронных средств и высокочастотных устройств;
- принятие решений о приостановлении на срок не более чем 90 дней использования выделенной полосы радиочастот пользователями радиочастотного спектра.

Эти полномочия носят властно-распорядительный характер и присущи органам исполнительной власти, но формально подобным статусом ГКРЧ не обладает.

Присвоение (назначение) радиочастоты или радиочастотного канала для радиоэлектронных средств гражданского назначения осуществляется федеральным органом исполнительной власти в области связи с учетом результатов проводимой радиочастотной службой экспертизы возможности использования заявленных радиоэлектронных средств и их электромагнитной совместимости с действующими и планируемыми для использования радиоэлектронными средствами (экспертиза электромагнитной совместимости). Таким образом, радиочастоты или радиочастотные каналы для радиоэлектронных средств (далее — РЭС) любого назначения могут быть присвоены (назначены) только при положительном заключении экспертизы о возможности использования заявленных радиоэлектронных средств и об их электромагнитной совместимости с действующими и планируемыми для использования радиоэлектронными средствами.

Порядок проведения экспертизы электромагнитной совместимости, рассмотрения материалов и принятия решений о выделении полос радиочастот и присвоении (назначении) радиочастот или радиочастотных каналов в пределах выделенных полос радиочастот, а также реоформления таких решений или внесения в них изменений устанавливается Государственной комиссией по радиочастотам.

Законодательство многих стран, включая Российскую Федерацию, допускает возможность изменения присвоенной пользователю радиочастоты или радиочастотного канала по инициативе органов государственной власти. Согласно п. 6 ст. 24 Закона «О связи» присвоение (назначение) радиочастоты или радиочастотного канала может быть изменено в интересах обеспечения нужд государственного управления, в том числе президентской связи, правительственной связи, нужд обороны страны, безопасности государства и обеспечения правопорядка с возмещением владельцам радиоэлектронных средств убытков, причиненных изменением радиочастоты или радиочастотного канала. Наряду с указанными процедурами законодатель предусмотрел также регистрацию радиоэлектронных средств, которая является частью разрешительного порядка доступа к радиочастотному спектру. Использование незарегистрированного радиоэлектронного средства и высокочастотного устройства подлежащего регистрации не допускается.

Постановлением Правительства Российской Федерации от 12 октября 2004 г. № 539 утверждены Правила регистрации радиоэлектронных средств и высокочастотных устройств и Перечень радиоэлектронных средств и высокочастотных устройств, подлежащих регистрации. Регистрация осуществляется Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций. Регистрация имеет срочный характер. Срок действия свидетельства о регистрации радиоэлектронных средств по общему правилу должен соответствовать сроку действия разрешения на использование радиочастот (радиочастотных каналов). Срок действия свидетельства о регистрации высокочастотных устройств, а также радиоэлектронных средств, для которых не требуется разрешение на использование радиочастот (радиочастотных каналов), составляет 10 лет, если заявителем не указан меньший срок.

Установлено, что свидетельство о регистрации оформляется отдельно на каждое радиоэлектронное средство и (или) высокочастотное устройство. Оно является именным документом и дает его владельцу право на использование радиоэлектронного средства и (или) высокочастотного устройства. Использование без регистрации радиоэлектронных средств и высокочастотных устройств, подлежащих регистрации, не допускается.

Наряду с регистрацией радиоэлектронных средств и высокочастотных устройств законодательством о связи предусмотрена регистрация права собственности и других вещных прав на объекты связи (ст. 8 Закона). Сооружения связи, которые прочно связаны с землей и перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно (в том числе линейно-кабельные сооружения связи), относятся к недвижимому имуществу, государственная регистрация права собственности и других вещных прав на которое осуществляется в соответствии с гражданским законодательством. Однако в отношении государственной регистрации права собственности и других вещных прав на указанные объекты Правительством Российской Федерации установлены особенности<sup>11</sup>.

Линейно-кабельные сооружения связи, права на которые подлежат государственной регистрации, могут представлять собой либо объект недвижимости, созданный или приспособленный для размещения кабеля связи, функционально и технологически не взаимосвязанный и не образующий единого целого с другими сооружениями связи, либо совокупности разнородных недвижимых вещей, технологически образующих единое целое, соединенных являющимися движимым имуществом физическими цепями (кабелями), имеющих одновременно следующие признаки:

- наличие функциональной и технологической взаимосвязанности;
- предназначение их для использования по общему целевому назначению для размещения кабеля связи;
- наличие протяженности (длины).

Линейно-кабельное сооружение связи, имеющее указанные признаки, может регистрироваться как одна сложная вещь.

Линейно-кабельное сооружение связи может иметь значительную протяженность и располагаться на территории нескольких административно-территориальных единиц. Государственная регистрация прав на линейно-кабельные сооружения связи, расположенные на территории одного регистрационного округа, осуществляется действующим на территории этого регистрационного округа территориальным органом Федеральной

<sup>11</sup> См.: постановление Правительства Российской Федерации от 11 февраля 2005 г. № 68 «Об особенностях государственной регистрации права собственности и других вещных прав на линейно-кабельные сооружения связи» // СПС «КонсультантПлюс».

регистрационной службы. Государственная регистрация права на линейно-кабельные сооружения связи, расположенные на территории более одного регистрационного округа, осуществляется Федеральной регистрационной службой.

Федеральным законом от 2 июля 2013 г. № 142-ФЗ в Гражданский кодекс Российской Федерации введен новый вид объектов недвижимости — единый недвижимый комплекс, который рассматривается как недвижимая вещь, участвующая в обороте в качестве единого объекта. Под единым недвижимым комплексом понимается совокупность объединенных единым назначением зданий, сооружений и иных вещей, неразрывно связанных физически или технологически, в том числе линейных объектов (железные дороги, линии электропередачи, трубопроводы и др.), либо расположенных на одном земельном участке, если в едином государственном реестре прав на недвижимое имущество зарегистрировано право собственности на совокупность указанных объектов в целом как одну недвижимую вещь. Исходя из приведенной нормы, следует сделать вывод, что линейно-кабельные сооружения связи можно рассматривать как единый недвижимый комплекс, целевую совокупность недвижимых вещей, имеющих единое назначение, которые признаются единым объектом прав.

Наряду с линейно-кабельными сооружениями связи ст. 8 Закона предусматривает государственную регистрацию права собственности и других вещных прав на космические объекты связи. Установлено, что порядок государственной регистрации права собственности и других вещных прав на космические объекты связи (спутники связи, в том числе, двойного назначения) устанавливается федеральными законами. Однако до сих пор специального федерального закона нет, и применяется общий порядок регистрации объектов недвижимости и прав на них.

Наряду с указанными формами разрешительной деятельности государства в сфере связи следует указать на деятельность по регулированию ресурса нумерации. Регулирование ресурса нумерации является исключительным правом государства (ст. 26 Закона). Ресурсы нумерации единой сети электросвязи Российской Федерации являются частью ресурса нумерации международной сети связи и состоят из ресурсов нумерации телефонной сети связи, телеграфной сети связи, сетей передачи данных, телематических служб, кодов идентификации сети Интернет, а также служебных кодов идентификации сетей связи, их элементов и оконечного оборудования<sup>12</sup>. Соответственно, порядок распределения и использования ресурсов нумерации строится с учетом рекомендаций международных организаций, участником которых является Российская Федерация, в соответствии с российской системой и планом нумерации, а также с учетом общепринятой международной практики деятельности саморегулируемых организаций в этой области.

Распределение ресурса нумерации среди операторов связи осуществляет федеральный орган власти в сфере связи, а в случаях, предусмотренных законом, он вправе изменить нумерацию, изъять полностью или частично ресурс, выделенный оператору связи (ст. 26 Закона «О связи»). Выделение ресурса нумерации для сетей электросвязи осуществляется по заявлению операторов связи, обладающих лицензией на осуществление деятельности в области оказания услуг связи. На территории, где имеются ограниченные ресурсы нумерации сети связи общего пользования, ресурс нумерации выделяется победителю торгов (аукциона, конкурса) на получение лицензии на оказание услуг в области связи. Ресурс нумерации считается ограниченным, если в соответствии с российской системой и планом нумерации объем нумерации, выделенный всем операторам

<sup>12</sup> Постановление Правительства Российской Федерации от 13 июля 2004 г. № 350 «Об утверждении Правил распределения и использования ресурсов нумерации единой сети электросвязи Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».



связи и запрашиваемый в поступивших заявлениях о выделении ресурса нумерации на конкретной территории, составляет более 90% доступного ресурса.

Выделенный ресурс нумерации должен быть использован оператором связи полностью или частично в течение двух лет с даты выделения ресурса нумерации. При этом выделенный ресурс нумерации считается использованным:

а) полностью, если он использован оператором связи в целях оказания услуг связи не менее чем на 85%;

б) частично, если он использован оператором связи в целях оказания услуг связи не менее чем на 75%.

В определенных случаях ресурс нумерации может быть изъят. Решение об изъятии выделенного ресурса нумерации принимается в следующих случаях:

- обращение оператора связи, которому выделен ресурс нумерации;
- прекращение действия лицензии на оказание услуг в области связи, выданной оператору связи;
- неиспользование оператором связи выделенного ресурса нумерации полностью или частично в течение двух лет со дня выделения ресурса нумерации;
- использование ресурса нумерации оператором связи с нарушением российской системы и плана нумерации;
- невыполнение оператором связи обязательств, содержащихся в условиях торгов (аукциона, конкурса), победителем которых он был признан.

Сама по себе процедура выделения ресурса нумерации не является ограничением предпринимательской деятельности операторов связи, однако наличие выделенного ресурса нумерации — обязательное условие такой деятельности.

Таким образом, как видим, в сфере связи сформирована многоступенчатая система форм разрешительной деятельности для оказания услуг, нуждающаяся в модернизации.



## Библиография

Вайпан В.А., Игнатьюк Н.А. Правовой статус Государственной комиссии по радиочастотам // Право и экономика. 2010. № 12. С. 10–19.

Волчинская Е.К. Роль государства в обеспечении информационной безопасности // Информационное право. 2008. № 4. С. 5–12.

Габов А.В. Реорганизация и права и обязанности, возникшие из разрешений // Вестник гражданского права. 2013. № 4. С. 53–95.

Габов А.В. Теория и практика реорганизации (правовой аспект). М.: Статут, 2014.

Комментарий к Федеральному закону от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи» (постатейный) / под ред. С.Ю. Морозова // СПС «КонсультантПлюс».

Кайль А.Н. Комментарий к Федеральному закону от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи» (постатейный) // СПС «КонсультантПлюс».

Ноздрачев А.Ф. Административная разрешительная система: происхождение и содержание современного понятия // Журнал российского права. 2014. № 5. С. 37–48; № 6. С. 52–64.

Спектор Е.И. Соотношение понятий «лицензия» и «специальное разрешение» в контексте статьи 171 УК РФ и статьи 14.1 КоАП РФ // Адвокат. 2006. № 11. С. 12–16.

Субанова Н.В. Лицензирование предпринимательской деятельности: правовое регулирование, ответственность, контроль: монография. М.: Статут, 2011.

Субанова Н.В. Разрешительные полномочия органов исполнительной власти в Российской Федерации. М.: Юриспруденция, 2012.

Терещенко Л.К., Игнатьюк Н.А. Предпринимателю о разрешительных процедурах. М.: Юстицинформ, 2005.

## Licenses in Telecommunication\*



**L.K. Tereschenko**

Leading expert of the Laboratory on information law HSE, Deputy Head of the Department of Administrative Law and Process, Institute of Legislation and Comparative Law at the RF Government, Honoured Lawyer of Russia. Address: 34 Bol'shaya Novocheryomushkinskaya Str., Moscow, 117134, Russian Federation. Email: adm2@izak.ru



### Abstract

The article is devoted to the licensing system in telecommunication, the analysis of the existing bans and restrictions, red tape and means to reduce it. The efficiency of the branch depends much from the methods of state regulation and the measures of the licensing system. The article studies legal grounds of the communication activity providing for a complex of authorizing measures including licensing, registration, allocation of the bands of radiofrequency spectrum, distribution and use of numeration resources. The licensing measures are divided into two blocks, i.e. the measures determining the conditions for the communication providers and the measures setting the requirements to the applied equipment and constructions (fixtures, cables, radio electronic means and high frequency devices). The problems of licensing communication services are determined by various reasons including a large number of licensed activities.

Communications provider has to get a dozen of licenses to perform its activity. Hence, it seems reasonable to borrow the experience of other countries where legislations provide for the opportunity to obtain a single license. However, it is necessary to amend the federal law On Connection and the legislation on licensing. Besides, the opposite problem exists, that is larger sets of communication services subject to licensing. This circumstance is good for the major players on the telecommunication market but smaller providers have to comply with additional requirements. Attention is drawn to one of the acute issues as to acquiring the license to the communication services — limited capacity of radio frequency spectrum, thus the assignment of radio frequencies may become a serious administrative barrier.



### Keywords

Telecommunication, branch of communication, state regulation, licenses, licensing system, licensing, radiofrequency spectrum, administrative barriers.

Citation: Tereschenko L.K. Licenses in Telecommunication. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 112–123 (in Russian)



### References

- Vaypan V.A., Ignatyuk N.A. (2010) Pravovoy status Gosudarstvennoy komissii po radiochastotam [Legal Status of the State Commission on Radio Frequencies]. *Pravo i ekonomika*, no 12, pp. 10–19.
- Volchinskaya E.K. (2008) Rol' gosudarstva v obespechenii informatsionnoy bezopasnosti [The Role of State in Ensuring Information Security]. *Informatsionnoe pravo*, no 4, pp. 5–12.
- Gabov A.V. (2013) Reorganizatsiya i prava i obyazannosti, voznikshie iz razresheniya [Reorganizing Rights and Duties Arising due to Permissions]. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 4, pp. 53–95.
- Gabov A.V. (2014) Teoriya i praktika reorganizatsii (pravovoy aspekt) [Theory and Practice of Reorganization (Legal Aspect)]. Moscow: Statut. (in Russian)
- Morozov S.Yu. (ed.) (2012) Kommentariy k Federal'nomu zakonu ot 7 iyulya 2003 g. № 126-FZ «O svyazi» (postateynyy) [Commentaries to the Federal Law of July 7 2003, no 126 On Connection].
- Kayl' A.N. (2008) Kommentariy k Federal'nomu zakonu ot 7 iyulya 2003 g. № 126-FZ «O svyazi» (postateynyy) [Commentaries to the Federal Law of July 7 2003, no 126 On Connection]

\* This work is an output of a research project implemented as part of the Basic Research Program at the National Research University Higher School of Economics (HSE).

Nozdrachev A.F. (2014) Administrativnaya razreshitel'naya sistema: proiskhozhdenie i sodержanie sovremennogo ponyatiya [Administrative Licensing System]. Zhurnal rossiyskogo prava, no 5, pp. 37–48; no 6, pp. 52–64.

Spektor E.I. (2006) Sootnoshenie ponyatiy "litsenziya" i "spetsial'noe razreshenie" v kontekste stat'i 171 UK RF i stat'i 14.1 KoAP RF [Balance between License and Special Permission in Context of Article 171 of RF Criminal Code and article 14.1 of KoAP RF]. Advokat, no 11, pp. 12–16.

Subanova N.V. (2012) Razreshitel'nye polnomochiya organov ispolnitel'noy vlasti v Rossiyskoy Federatsii [Licensing Authorities of the Executive Power in the Russian Federation]. Moscow: Yurisprudentsiya.

Subanova N.V. (2011) Litsenzirovanie predprinimatel'skoy deyatel'nosti: pravovoe regulirovanie, otvetstvennost', kontrol': monografiya [Licensing Entrepreneurship: Legal Regulation, Liability, Control. Monograph]. Moscow: Statut.

Tereshchenko L.K., Ignatyuk N.A. (2005) Predprinimatel'nykh protsedurakh [For Entrepreneurs on Licensing Procedures]. Moscow: Yustitsinform.

# Разрешение арбитражными центрами доменных споров по процедуре UDRP\*



**Л.В. Терентьева**

эксперт научно-учебной лаборатории по информационному праву НИУ ВШЭ, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина, кандидат юридических наук. Адрес: 123995, Российская Федерация, г. Москва, ул. Садово-Кудринская, д. 9.



## Аннотация

В представленной статье проводится анализ правовой природы специализированных негосударственных арбитражных центров, которые рассматривают определенную категорию споров, связанных с нарушением прав на доменные имена, на основании международной процедуры UDRP (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy) — Единой политики разрешения доменных споров, выработанной при Интернет-корпорации по распределению имен и номеров (ICANN). В статье исследуются общность и различия между функционированием специализированных негосударственных арбитражных центров рассматривающих споры в соответствии с процедурой UDRP и процедурой разбирательства в коммерческом арбитраже. Подчеркивается, что общими чертами функционирования специализированных центров и международного коммерческого арбитража являются негосударственный характер их функционирования, частноправовой характер рассматриваемых споров, возможность применения негосударственных источников права («lex mercatoria» и «lex informatica»), а также заключение соглашений, которые предусматривают подведомственность соответствующих организаций. В то же время такие характеристики функционирования специализированных арбитражных центров, как возможность передачи споров в национальный суд и некомпенсационный характер средств защиты позволяют относить соответствующие центры не к третейским судам и коммерческим арбитражам, а к одной из разновидностей внесудебных альтернативных способов разрешения споров. В статье представлен сравнительный анализ правовой природы соглашения, по которому споры передаются в специализированные арбитражные центры, и арбитражного соглашения, правовая природа которого детализирована в рамках договорной, процессуальной и смешанной теорий. В статье подчеркивается, что оговорка в договоре о регистрации доменного имени, в соответствии с которой владелец (администратор) доменного имени дает согласие на рассмотрение спора по правилам UDRP, не в полной мере отвечает характеристике арбитражного соглашения, которое полностью исключает юрисдикцию государственного суда для соответствующей категории споров, подпадающих под компетенцию арбитражного суда. Данное обстоятельство противоречит природе арбитражного разбирательства, которому свойственны окончательность и независимость от судов, входящих в государственную судебную систему.



## Ключевые слова

доменные имена, арбитражные центры (arbitration centres), арбитражное соглашение, международный коммерческий арбитраж, третейский суд, регистрационное соглашение, процедура UDRP

Библиографическое описание: Терентьева Л.В. Разрешение арбитражными центрами доменных споров по процедуре UDRP // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 4. С. 124–135.

\* Исследование осуществлено в рамках Программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2014 году.

Доменные имена в российском законодательстве не отнесены к средствам индивидуализации, хотя после принятия проекта части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) в первом чтении в сентябре 2006 г. доменным именам был отведен параграф «Право на доменное имя». В настоящее время доменные имена фигурируют в ГК РФ как один из способов размещения товарного знака (ст. 1484) и наименования места происхождения товара (ст. 1519) в качестве разновидностей использования указанных средств индивидуализации. Согласно п. 15 ст. 2 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» под доменным именем понимается «обозначение символами, предназначенное для адресации сайтов в сети «Интернет» в целях обеспечения доступа к информации, размещенной в сети «Интернет». Вопросы о структуре доменов верхнего уровня, о делегировании данных доменов решаются в некоммерческой международной организации ICAAN по распределению имен и номеров (российский домен RU был делегирован в апреле 1994 г.), т.е. никаких международных соглашений об администрировании соответствующих зон в сети Интернет в настоящее время нет<sup>1</sup>.

Статус владельца ряда функциональных доменных имен (COM, NET, ORG, BIZ, INFO, NAME и ряд иностранных доменных зон)<sup>2</sup> определяется регламентирующими документами ICANN. Споры в отношении данных доменов могут быть рассмотрены как в государственных судах, так и специализированных негосударственных арбитражных центрах в соответствии с международной процедурой UDRP (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy) — Единой политикой разрешения доменных споров, выработанной при корпорации ICANN. В настоящий момент постоянно действуют и функционируют следующие центры, аккредитованные ICANN: Азиатский центр по разрешению доменных споров (Asian Domain Name Dispute Resolution Centre), Национальный арбитражный форум (The National Arbitration Forum), Центр Всемирной организации интеллектуальной собственности (World Intellectual Property Organization), Чешский арбитражный суд (The Czech Arbitration Court).

Данные организации рассматривают дела на основании оговорок, которые содержатся в регистрационных соглашениях между регистраторами и пользователями — администраторами соответствующих доменных имен. Обязательность заключения регистрационного соглашения вытекает из Соглашения об аккредитации регистраторов — основополагающего документа, определяющего порядок и условия деятельности регистраторов, аккредитованных при ICANN<sup>3</sup>. В соответствии с Соглашением об аккредитации регистраторов, в котором определены порядок и условия деятельности реги-

<sup>1</sup> В доменной системе имен для обозначения доменов первого уровня приняты определенные двухбуквенные кодировки для государств: ru — Россия, us — США, uk — Великобритания и т.п. Здесь стоит отметить, что в Российской Федерации домен RU является открытым и регистрация доменных имен осуществляется в заявительном порядке, как резидентами, так и нерезидентами. Кроме доменов — двухбуквенных кодов страны — по решению Интернет-корпорации по распределению имен и номеров (ICANN) существуют ряд функциональных доменов — biz, com — для коммерческих организаций; coop — предназначен для применения только кооперативными организациями; gov — ограничен для применения правительством США и его подразделениями; mil — ограничен для применения только армией США и т.п. Таким образом, домены верхнего уровня можно подразделить на национальные и интернациональные.

<sup>2</sup> Перечень национальных доменов верхнего уровня имеется на сайте ВОИС по адресу: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/cctld/index.html>

<sup>3</sup> См. <http://www.icann.org/en/resources/registrars/raa/raa-agreement-21may09-en.htm> (дата обращения: 14 ноября 2014 г.).

страторов, аккредитованных при ICANN, регистратор обязывает всех зарегистрированных владельцев доменных имен заключить соглашение с регистратором в электронной или бумажной форме. Таким образом, возникновение, изменение прекращения права на домен происходит на основании регистрационного соглашения между регистратором доменного имени и администратором соответствующих доменных имен.

Негосударственный характер функционирования специализированных центров в соответствии с процедурой UDRP, а также частноправовой характер рассматриваемых споров о доменных именах являются теми общими чертами, которые сближают работу соответствующих центров с международным коммерческим арбитражем.

Также как и арбитражная процедура может быть начата только при наличии арбитражного соглашения, данные центры рассматривают дела на основании оговорок, которые содержатся в договорах Корпорации ICANN по распределению адресного пространства в Сети и регистраторами, а также в договоре между пользователями и регистраторами. Любопытно, что соответствующие оговорки в договоре, которые делают возводимые споры вокруг доменных имен подведомственными специализированным центрам, в некоторых научных работах называются третейскими соглашениями<sup>4</sup>.

Факт передачи спора на разрешение негосударственного суда, на первый взгляд, сближает правовую природу данного соглашения с арбитражным соглашением, которое в соответствии и с Типовым законом ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже» 1985 г., и с Федеральным законом от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон о МКА) определяется как соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носит ли оно договорный характер или нет. Под арбитражем и в Типовом законе ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже» 1985 г. и в Законе о МКА понимается любой третейский суд независимо от того, образуется ли он специально для рассмотрения отдельного дела или является постоянно действующим арбитражным учреждением.

В правовой доктрине арбитражное соглашение признается системообразующим элементом института третейского разбирательства<sup>5</sup>. Таким образом, заключение арбитражного соглашения можно признать своеобразным генезисом возникновения правоотношений между субъектами спора. Арбитражное соглашение может быть заключено в виде арбитражной оговорки в договоре или в виде отдельного соглашения. Арбитражное соглашение можно отнести к юридическому факту, который является основанием возбуждения арбитражного (третейского) разбирательства.

Правовая природа арбитражного соглашения получила неоднозначную оценку. Ряд авторов подчеркивает процессуальный аспект арбитражного соглашения, поскольку с момента его заключения наступают определенные процессуальные последствия<sup>6</sup>. Решение коммерческого арбитража, по мнению сторонников процессуальной теории, пред-

<sup>4</sup> См.: Незнамов А.В. Особенности компетенции по рассмотрению интернет-споров / науч. ред. В.В. Ярков. М.: «Инфотропик Медиа», 2011 // СПС «Гарант».

<sup>5</sup> См.: Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 25.

<sup>6</sup> См.: Вержинин А.П. Арбитражное соглашение // Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате / под ред. В.А. Мусина. СПб., 2001. С. 5; Мусин В.А. Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации» (комментарий к ст. 5) // Третейский суд, 2003. № 1–4. С. 6, 7.

ставляет собой акт юрисдикции и является особой формой отправления правосудия. Согласно данной теории, функция государства — отправление правосудия — делегируется арбитражному коммерческому суду, соответственно компетенция арбитров, как и компетенция судей государственных судов, согласуется с волей соответствующего суверенного государства. Арбитражное соглашение сторонниками процессуальной теории рассматривается в качестве соглашения процессуального характера, направленного на исключение юрисдикции государственного суда (дерогационный эффект)<sup>7</sup>.

Наряду с процессуальной теорией сложилась направление отождествления арбитражного соглашения с гражданско-правовым договором. Сторонники соответствующего направления рассматривают все отношения, складывающиеся между участниками разбирательства, в рамках гражданско-правового института. По мнению идеологов данного направления, процесс лишь завершает гражданско-правовую сделку, а само решение арбитража было бы бесполезной частью бумаги, если бы не было арбитражного соглашения. Сторонники данной теории расценивали арбитражное соглашение как обычный гражданско-правовой договор, предметом которого выступает выбор сторонами вида арбитража, времени и места проведения арбитражного разбирательства, определение самой процедуры арбитражного разбирательства и материального права, подлежащего применению арбитрами<sup>8</sup>. Арбитражное соглашение порождает для сторон конкретные гражданско-правовые обязательства, в том числе и обязательство подчиниться решению, вынесенному третейским судом.

В рамках договорной теории сформировались два классических подхода: во-первых, арбитраж и арбитражное решение квалифицируются как особого рода контракт, соглашение, заключенное арбитрами по поручению сторон; и, во-вторых, арбитражное решение — это мировое соглашение<sup>9</sup>. В первом случае арбитры рассматриваются как агенты (мандатарии) сторон, поэтому арбитражное решение представляет собой своего рода договор, заключенный по поручению сторон, и исполняется государственным судом так же, как и неисполненный. Хотя в правовой литературе обозначались слабые места указанной теории<sup>10</sup>, позднее было отмечено, что для объяснения правовой природы арбитражного соглашения нельзя отрицать подходы, сформулированные в рамках договорной теории<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> См.: Кейлин А.Д. Судостроительство и гражданский процесс капиталистических государств. Ч. 3. Арбитраж. М.: Внешторгиздат, 1961. С. 44.

<sup>8</sup> См.: Adam S. Jurisdictional problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, Sweden, Swiss, US., West German Law. Zurich, 1989. P. 34.

<sup>9</sup> См.: Ануфриева Л.П. Международное частное право: в 3-х т. Т. 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс: учеб. М.: Изд-во БЕК, 2001. С. 139.

<sup>10</sup> Так, С.Н. Лебедевым были выявлено, что коренное различие между арбитражем и договором поручения заключается в том, что в последнем случае воля поручителя (манданта) возлагается на мандатария, тогда как в первом воля арбитров возлагается на стороны, хотя и с согласия последних. Подвергая критике отождествление арбитражного соглашения и мировой сделки, С.Н. Лебедев указывал, что при мировой сделке спор разрешается непосредственно самими сторонами и путем взаимных уступок, тогда как при арбитраже — посредством третьих лиц и без взаимных уступок, когда обе стороны добиваются осуществления своих притязаний полностью. См.: Лебедев С.Н. Международный торговый арбитраж. М.: Международные отношения, 1965. С. 28.

<sup>11</sup> В работе В.Н. Анурова отмечено, что арбитражное соглашение заимствует характер задания, подлежащего выполнению третейскими судьями, из договора поручения, и предмет регулирования, непосредственно связанный с разрешением спора, — из мирового соглашения. См.: Ануров В.Н. Третейское

Третий подход к пониманию правовой природы арбитража и арбитражного соглашения, разделяемый большинством отечественных ученых, сложился в рамках смешанной теории правовой природы арбитража, которая сочетает в себе элементы договорного порядка по своему генезису и элементы процессуально-правового порядка по своему юрисдикционному характеру. Высказывалось предложение характеризовать сущность арбитража термином *sui generis*, а не термином «теория смешанной природы», поскольку переплетение договорно-правовых и процессуально-правовых элементов представлено не в хаотичном порядке, а имеет взаимообусловленный и сущностно-детерминированный характер<sup>12</sup>. Таким образом, правовая природа арбитража до сих пор является предметом дискуссий, в которых определяется соотношение публично-правовых и частноправовых начал арбитражного соглашения и арбитражной процедуры.

В отношении третейских соглашений, предусматривающих подведомственность спора о доменных именах арбитражным центрам, отсутствуют признаки обозначенных выше теорий арбитражного соглашения. Во-первых, деятельность арбитражных центров на основе правил UDRP, администрируемых с 1999 г. американской некоммерческой организацией ICANN, не может являться отправлением правосудия, поскольку в данном случае не усматривается факта делегирования, т.е. компетенция арбитров не согласуется с волей соответствующего суверенного государства. Сомнительным является отнесение деятельности соответствующих арбитражных центров к юрисдикционной. Под юрисдикцией понимают деятельность компетентных органов, уполномоченных на рассмотрение юридических дел и на вынесение по ним юридически обязательных решений<sup>13</sup>. Наделение правами соответствующих компетентных органов на рассмотрение определенной категории юридических дел возможно на основании закона или международного акта. Деятельность комиссий осуществляется на основании правил UDRP, которые ни законом, ни международным договором не являются.

В то же время интересен факт обращения государственных судов к правилам UDRP в качестве обычаев, как это было зафиксировано в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 11 ноября 2008 г. № 5560/08 по делу № А56-46111/2003. Классификация данных правил в качестве обычаев обоснованно вызвала критику в литературе. Так, было отмечено, что обыкновения в полной мере пока не сложились и не оформились в виде писаного или негласного кодекса поведения (сетевое этикета), кроме того, обращение судов к такого рода обычаям способно привести к юрисдикционной зависимости российских судов от прецедентной практики соответствующих арбитражных центров<sup>14</sup>.

Здесь же следует отметить, хотя механизм урегулирования споров в отношении доменных имен по правилам UDRP имеет договорный характер, в правилах UDRP предусмотрена возможность передачи такого рода споров в национальный суд до начала

---

соглашение. М.: Проспект, 2009. С. 32. По мнению С.В. Николюкина, юридическая природа арбитражного соглашения определяется в качестве договорной природы, соответственно арбитражное соглашение является сделкой, с которой закон связывает определенные правовые последствия, поэтому при ее заключении должны быть соблюдены правила совершения сделок. См.: Николюкин С.В. Международный коммерческий арбитраж. М.: Юстицинформ, 2009. С. 55.

<sup>12</sup> См.: Ануфриева Л.П. Преподавание курса «Международный коммерческий арбитраж»: науч.-практ. пособие. М.: РПА МЮ РФ, 2006. С. 47.

<sup>13</sup> См.: Алексеев С.С. Государство и право. Начальный курс. М.: Юрист, 1994. С. 148.

<sup>14</sup> См.: Даниленков А.В. Интернет-право. М.: Юстицинформ, 2014. С. 89.



административных процедур или после их завершения. Таким образом, оговорка в договоре о регистрации доменного имени, в соответствии с которой владелец (администратор) доменного имени дает согласие на рассмотрение спора по правилам UDRP, не в полной мере отвечает характеристике арбитражного соглашения, которое полностью исключает юрисдикцию государственного суда для соответствующей категории споров, подпадающих под компетенцию арбитражного суда. Данное обстоятельство противоречит природе арбитражного разбирательства, которому свойственны окончательность и независимость от судов, входящих в государственную судебную систему.

Кроме того, арбитражное соглашение порождает для сторон конкретные гражданско-правовые обязательства, в том числе и обязательство подчиниться решению, вынесенному третейским судом. Стороной доменных споров является заявитель — обладатель исключительных прав на товарный знак, который не является стороной третейского соглашения, оговаривающего подведомственность спора о доменных именах арбитражным комиссиям между администратором домена (ответчиком) и регистратором.

В правовой литературе также было высказано мнение о недействительности третейских соглашений, предусматривающих подведомственность спора о доменных именах арбитражным центрам<sup>15</sup>. Данный вывод был сделан на основании п. 3 ст. 5 Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее — Закон о третейских судах), в котором указывается, что третейское соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска и если иное не предусмотрено федеральным законом.

Необходимо отметить, что правило, предусмотренное в п. 3 ст. 5 Закона о третейских судах, не отражено в Законе о МКА. Международный коммерческий арбитраж создается для разрешения особой категории споров, а именно, споров, носящих коммерческий характер, возникающих при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей. Международные коммерческие арбитражные суды отличаются от обычных третейских судов как альтернативная форма судебного разбирательства, рассматривающих споры, вытекающие из гражданских правоотношений. И в Законе о третейских судах и в Законе о МКА отсутствуют признаки, которые бы позволили четко разграничить «внутренний» третейский суд и международный коммерческий арбитраж. В литературе предлагается такое разграничение осуществлять по «остаточному принципу»: все, что не является международным коммерческим арбитражем, признаки которого определены в Законе о МКА, — это есть «внутренний» третейский суд<sup>16</sup>.

В литературе также отмечается, что внутренний и международный арбитражи при наличии многих общих признаков, являются различными правовыми институтами. Если при регулировании внутреннего арбитража приоритетное значение уделяется базовым принципам и стандартам национального права, то при регулировании арбитража международного, напротив, акцент смещается на основополагающие принципы

<sup>15</sup> См.: *Серго А.Г.* Пути разрешения конфликтов, возникающих при использовании доменных имен в сети Интернет: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 21; *Незнамов А.В.* Указ. соч.

<sup>16</sup> См.: *Скворцов О.Ю.* Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 61.

международного частного права, принятые в мировой торговой практике<sup>17</sup>. В связи с этим законодательные требования к арбитражному соглашению во внутренних и в международных отношениях отличаются. Соответственно, п. 3 ст. 5 Закона о третейских судах будет применяться только в том случае, если доменные споры, рассматриваемые специализированными негосударственными центрами, не имеют коммерческого характера и возникают при осуществлении международных связей.

В связи с этим третейское соглашение, оговаривающее подведомственность спора о доменных именах арбитражным комиссиям, хотя и носит договорный характер, но необходимым признакам арбитражного соглашения не отвечает. В литературе при квалификации данного соглашения по российскому праву было предложено отнести его к сделкам, заключенным под отменительным условием<sup>18</sup>. Отменительность заключается в том, что, если в рамках процедуры UDRP эксперт (арбитр) признает действия ответчика (администратора домена) недобросовестными, то в зависимости от предмета требований заявителя эксперт вынесет решение либо об аннулировании доменного имени, либо о его передаче заявителю.

Правовое положение соответствующих судов, рассматривающих доменные споры по процедуре UDRP, является также предметом дискуссий, в ходе которых специалисты не склонны отождествлять соответствующие центры с третейскими судами, действующими на основании федеральных законов. Так, было отмечено, что прецедентная практика рассмотрения споров в соответствии с процедурой UDRP исходит из того, что отыскиваемые средства правовой защиты, согласно Единообразной политике, носят характер, тождественный судебному запрету. Они не направлены на компенсацию вреда или ущерба, причиненного владельцу товарного знака (знака обслуживания) действиями лица, в отношении которого вынесено решение о лишении его прав пользования доменом<sup>19</sup>.

Невозможность приравнивания разбирательства, проводимого в рамках процедуры UDRP, к разбирательствам, проводимым международными коммерческими арбитражами, по мнению ряда авторов, основана на том, что решения арбитражных центров, рассматривающих дела по методике UDRP, не нуждаются в признании и приведении в исполнение<sup>20</sup>. Между тем стоит отметить, что вряд ли наличие принудительного механизма по исполнению соответствующих решений будет принципиальным отличием от процедуры арбитража. Здесь скорее принципиальным отличием будет предусмотренная в Соглашении об аккредитации регистраторов возможность для стороны после вынесения решения по правилам UDRP рассмотреть спор в государственном суде. При этом судебное решение должно иметь приоритет над решением по процедуре UDRP, тогда как одним из характеризующих арбитражное разбирательство принципов является принцип «невмешательства» государственных судов в деятельность международного коммерческого арбитража. Международный коммерческий арбитраж принимает окончательное решение, являясь единственной инстанцией рассмотрения спора по су-

<sup>17</sup> См.: Там же. С. 62.

<sup>18</sup> См.: Новоселова Л.А., Михайлов С.В. О правовом статусе документов, регулирующих регистрацию доменных имен и споров по ним // Закон. 2013. № 11 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>19</sup> Даниленков А.В. Указ. соч. С. 91.

<sup>20</sup> См.: Бабкин С.А. Интеллектуальная собственность в глобальной компьютерной сети «Интернет»: проблемы гражданско-правового регулирования в России и США: Сравнительно-правовой анализ: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 178.

ществу. Возможность отмены и оспаривания решения сохраняется только в специально предусмотренных законом и международным договором случаях. Кроме того, возникает вопрос: будет ли юрисдикция национальных государственных судов распространяться на некоммерческую организацию ICANN, штаб-квартира которой находится в США.

В литературе в подтверждение позиции, что деятельность арбитражных центров, рассматривающих споры в соответствии с правилами UDRP, не относится к деятельности арбитражных (третейских) судов, приводились аргументы, что такого рода органы в своей деятельности руководствуются положениями процедуры UDRP, которая правом не является, а представляет собой некий внутренний документ — частный стандарт частной организации<sup>21</sup>. Данная позиция представляется спорной. Во-первых, факт обращения к правилам UDRP как к правовым источникам имел место в судебной практике, о чем было сказано выше. Несмотря на то, что у данных правил отсутствует признак общеобязательности, а также обеспеченности силой государственного принуждения, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в деле № А56-46111/2003 по спору о доменном имени *denso.com* указал, что для установления содержания честных обычаев при регистрации доменных имен в зоне *.com* могут использоваться положения UDRP корпорации ICANN<sup>22</sup>.

Кроме того, решение вопросов в арбитражных центрах на основании неправовых источников UDRP принципиально не отличается от деятельности некоторых коммерческих арбитражей, в которых одним из методов избрания применимого права является прямой метод применения *lex mercatoria*. Данный метод предполагает возможность для арбитров не обращаться к коллизионным нормам, а напрямую применить *lex mercatoria*, в частности, в ситуациях, когда право государства, на которое указывают коллизионные нормы, не дает четкого ответа на вопрос, являющийся предметом спора, или когда применение национальной правовой нормы ведет к результату, который противоречит разумным ожиданиям сторон.

В настоящее время отсутствует единое мнение относительно содержания понятия «*lex mercatoria*» и его правовой природы. Сторонники данной теории придерживаются мнения, что «*lex mercatoria*» представляет собой вненациональное право, независимое от любой национальной правовой системы<sup>23</sup>. Арбитры коммерческого арбитража в большей степени обладают свободой при выборе применимого права, чем судьи государственных судов, которые применяют определенное национальное право на основании национальных коллизионных норм. Подтверждением является ст. 1186 ГК РФ, которая устанавливает, что особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, устанавливаются законом о международном коммерческом арбитраже. В силу ст. 28 Закона о МКА третейский суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора, а при отсутствии какого-либо указания сторон третейский суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми. Это положение Закона о МКА корреспондирует ст. 7 Европейской конвенции «О внешнеторговом арбитраже» 1961 г., которая устанавливает, что если не имеется указаний сторон о подлежащем применению праве, арбитры будут

<sup>21</sup> См.: Незнамов А.В. Указ. соч.

<sup>22</sup> Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 11 ноября 2008 г. № 5560/08 по делу № А56-46111/2003 // СПС «КонсультантПлюс22.

<sup>23</sup> См.: Goldman B. *Lex mercatoria*. Boston: Kluwer, 1983. P. 11–13.

применять закон, установленный в соответствии с коллизиейной нормой, которую арбитры сочтут в данном случае применимой.

В связи с этим в литературе ссылку на *lex mercatoria* понимают как полномочие на поиск решения с надлежащим соблюдением духа договора, сопутствующих обстоятельств, а также обычного толкования и исполнения аналогичных договоров, при этом арбитры должны быть готовы принимать и применять *lex mercatoria* более широко, чем в случае судебного разбирательства.

Хотя обращение арбитража к так называемым вненациональным нормам *lex mercatoria* возможно, вместе с тем в литературе отмечается: применяя указанный метод, арбитры рискуют тем, что вынесенное ими решение может быть отменено государственным судом в странах, которые не признают *lex mercatoria* по мотивам противоречия публичному порядку, а также явному выходу арбитража за пределы своей компетенции. В частности, Европейская конвенция 1961 г., как и Типовой закон ЮНСИТРАЛ 1985 г. и основанные на нем национальные законы, не предусматривают право арбитров самостоятельно применять *lex mercatoria* в качестве применимого права<sup>24</sup>.

В связи с этим представляет интерес вопрос — могут ли положения процедуры UDRP быть отнесены к источникам *lex mercatoria*? Как было уже указано, не существует единого общепринятого мнения по вопросу о точном значении *lex mercatoria*, но, как верно было указано Я. Рамбергом, относительного единодушия можно добиться в вопросе, чем именно не является *lex mercatoria*<sup>25</sup>. *Lex mercatoria* не включает в себя национальное законодательство, а, скорее, представляет собой вненациональную систему принципов и правил, общепринятых в международной торговле. Не существует единого перечня источников *lex mercatoria*, но в ходе сложившейся практики к таковым относят типовые законы, разрабатываемые на международном уровне в качестве модели для национальных правовых актов, не вступившие в силу международные конвенции, их проекты, модельные законы, проекты национальных нормативных актов и т.п.

Особенно часто в качестве источника *lex mercatoria* упоминаются документы Международной торговой палаты, в первую очередь, правила ИНКОТЕРМС, а также Принципы международных коммерческих контрактов УНИДРУА. Таким образом, *lex mercatoria* представляет собой определенную систему принципов, сложившихся в ходе долгой практики торговых взаимоотношений между сторонами, что коренным образом отличает их от правил UDRP, сформулированных непосредственно при участии ICANN. Кроме того, свод правил UDRP вряд ли также можно отнести к правилам, способствующим регулированию международной торговли, принимая внимание, что в большей степени они представляют собой некий внутренний документ — частный стандарт частной организации. В то же время необходимо отметить, что ряд авторов относит правила UDRP к частным обычаям при регистрации доменных имен, основываясь на упомянутом выше Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 11 ноября 2008 г. № 5560/08 по делу № А56-46111/2003 о доменном имени *denso.com*<sup>26</sup>.

Как представляется, данные правила в большей степени относятся к так называемым «*cyber lex*», «*lex electronica*» или «*lex informatica*», которые, по мнению американского автора

<sup>24</sup> См.: Канишевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизийное регулирование. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 233–234.

<sup>25</sup> См.: Рамберг Я. Международные коммерческие транзакции. 4-е изд. Публикация ICC № 711. [пер. с англ. под ред. Н.Г. Вилковой] // СПС «Гарант».

<sup>26</sup> См.: Новоселова Л.А., Михайлов С.В. Указ. соч.

Д. Рейденберга, имеют все шансы на конструирование по образцу *lex mercatoria*<sup>27</sup>. По мнению указанного автора, для информационной инфраструктуры базовые правила, установленные по умолчанию, являются настолько же существенными для пользователей в информационном обществе, насколько сотни лет назад было *lex mercatoria* для торговцев.

Таким образом, хотя соответствующие правила UDRP можно отнести к аналогичному *lex mercatoria* институту *lex informatica*, факт использования вненациональных источников права специальными арбитражными комиссиями имеет сходство с возможностью применения вненационального права коммерческими арбитражами.

Между тем следует признать, что соответствующие арбитражные центры, рассматривающие споры в соответствии с правилами UDRP, не могут быть отнесены к третейским судам и международным коммерческим арбитражным судам, юрисдикционная деятельность которых вытекает из соответствующих национальных законов и международных актов. Кроме того, в самих правилах UDRP разбирательства обозначаются в качестве административных разбирательств, и предусмотрена возможность в дополнение к рассмотрению спора по процедуре UDRP обращения в суд национальной юрисдикции. Данный принцип функционирования трибуналов несовместим с принципами деятельности третейских судов и коммерческих арбитражей, что позволяет относить рассмотрение споров в данных центрах к одной из разновидностей внесудебных альтернативных способов разрешения споров.



## Библиография

Алексеев С. С. Государство и право. Начальный курс. М.: Юрист, 1994.

Ануров В.Н. Третейское соглашение. М.: Проспект, 2009.

Ануфриева Л.П. Международное частное право: в 3-х т. Т. 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс: учеб. М.: Изд-во БЕК, 2001.

Ануфриева Л.П. Преподавание курса «Международный коммерческий арбитраж»: науч.-практ. пособие. М.: РПА МЮ РФ, 2006.

Бабкин С.А. Интеллектуальная собственность в глобальной компьютерной сети «Интернет»: проблемы гражданско-правового регулирования в России и США. Сравнительно-правовой анализ: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

Вершинин А.П. Арбитражное соглашение // Третейский суд при Санкт-Петербургской торговой-промышленной палате / под ред. В.А. Мусина. СПб., 2001.

Даниленков А.В. Интернет-право. М.: Юстицинформ, 2014.

Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М.: Волтерс Клувер, 2008.

Кейлин А.Д. Судостроительство и гражданский процесс капиталистических государств. Ч. 3. Арбитраж. М.: Внешторгиздат, 1961.

Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. М.: Волтерс Клувер, 2007.

Лебедев С.Н. Международный торговый арбитраж. М.: Международные отношения, 1965.

Мусин В.А. Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации» (комментарий к ст. 5) // Третейский суд. 2003. № 1–4.

Незнамов А.В. Особенности компетенции по рассмотрению интернет-споров / науч. ред. В.В. Ярков. М.: «Инфотропик Медиа», 2011.

Николюкин С.В. Международный коммерческий арбитраж. М.: Юстицинформ, 2009.

<sup>27</sup> См.: *Reidenberg J.R. Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology* // *Texas Law Review*. 1998. № 3. P. 553–594.

Новоселова Л.А., Михайлов С.В. О правовом статусе документов, регулирующих регистрацию доменных имен и споров по ним // Закон. 2013. № 11 // СПС «Гарант».

Рамберг Я. Международные коммерческие транзакции. 4-е изд. Публикация ICC № 711 [пер. с англ. под ред. Н.Г. Вилковой] // СПС «Гарант».

Серго А.Г. Пути разрешения конфликтов, возникающих при использовании доменных имен в сети Интернет: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.

Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М.: Волтерс Клувер, 2005.

Adam S. Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, Sweden, Swiss, US., West German Law. Zurich, 1989.

Goldman B. Lex mercatoria. Kluwer, 1983.

Reidenberg J.R. Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology // Texas Law Review. 1998. № 3. P. 553–584.

---

## Resolution of Domain Disputes under UDRP\*



**L.V. Terentyeva**

Assistant Professor, Department of International Private Law, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow, 123995, Russian Federation. E-mail: terentevamila@mail.ru.



### Abstract

The paper examines the legal nature of specialized non-state arbitration centres which deal with a special type of disputes related to domain names under the UDRP procedure (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy). The UDRP is a unified strategy of resolving domain disputes which was developed by ICANN — an organization distributing names and numbers. The article compares and contrasts specialized non-state arbitration centres under the UDRP and commercial arbitration. The author stresses that the common feature in the functions of specialized centres and the international commercial arbitration is non-state functioning, private law disputes, applying non-state sources of law (*lex mercatoria* and *lex informatica*) and making agreements providing for the jurisdiction of organizations. However, these characteristics of functioning of specialized arbitration centres and the possibility to transfer the disputes to a national court and non-compensatory protective means allow classifying such centres not to mediatory but commercial arbitrations but to extrajudicial alternative types of dispute resolution. The article presents a comparative analysis of the legal nature of agreement under which disputes are transferred to specialized arbitration centres and arbitration agreement the legal nature of which is detailed within contractual, procedural and mixed theories. The article stresses that the clause in an agreement on registering a domain name under which the owner (administrator) of the domain name agrees to consider a dispute under UDRP rules is not completely consistent with the nature of arbitration agreement as it does not exclude the jurisdiction of state court for such disputes which may be within the competence of arbitration court. This condition contradicts the nature of arbitration trial characterized with final opinion and independence of courts which are part of the state judicial system.



### Keywords

Domain names, arbitration centres, arbitration agreement, international commercial arbitration, mediation court, registration agreement, UDRP procedure.

Citation: Terentyeva L.V. Resolution of Domain Disputes under UDRP. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 124–135. (in Russian)

---

\* This work/article is an output of a research project implemented as part of the Basic Research Program at the National Research University Higher School of Economics (HSE).



## References

- Alekseev S.S. (1994) Gosudarstvo i pravo. Nachal'nyy kurs [State and Law. Course for Beginners]. Moscow: Yurist. (in Russian)
- Anufrieva L.P. (2001) Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: V 3-kh t. Tom 3. Transgranichnye bankrotstva. Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh. Mezhdunarodnyy grazhdanskiy protsess: Uchebnik [International Private Law: In 3 volumes. Volume 3. Transborder Bankruptcies. International Commercial Arbitration. International Civil Procedure. Textbook]. Moscow: Izdatel'stvo BEK. (in Russian)
- Anufrieva L.P. (2006) Prepodavanie kursa «mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh. Nauchno-prakticheskoe posobie [International Commercial Arbitration. Manual]. Moscow. (in Russian)
- Babkin S.A. (2005) Intellektual'naya sobstvennost' v global'noy komp'yuternoy seti "Internet": problemy grazhdansko-pravovogo regulirovaniya v Rossii i SShA: Sravnitel'no-pravovoy analiz: dis. ... kand. yurid. nauk. [Intellectual Property in the Global Computer Web Internet. Issues of Civil Law Regulation in Russia and US. A Comparative Analysis. (Summary of Candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow.
- Vershinin A.P. (2001) Arbitrazhnoe soglasenie. Treteyskiy sud pri Sankt-Peterburgskoy torgovo-promyshlennoy palate [Arbitration Agreement. Mediation Court at Saint Petersburg Chamber of Commerce and Industry]. Saint Petersburg. (in Russian)
- Danilenkov A.V. (2014) Internet-pravo [Internet Law]. Moscow: Yustitsinform. (in Russian)
- Anurov V.N. (2009) Treteyskoe soglasenie [Mediation Agreement]. Moscow: Prospekt. (in Russian)
- Kanashevskiy V.A. (2008) Vneshneekonomicheskie sdelki: material'no-pravovoe i kollizionnoe regulirovanie [Foreign Trade Transaction: Material Law and Conflict of Laws Regulation]. Moscow: Wolters Kluwer. (in Russian)
- Kurochkin S.A. (2007) Treteyskoe razbiratel'stvo grazhdanskikh del v Rossiyskoy Federatsii: teoriya i praktika [Mediation Process for Civil Cases in the RF: Theory and Practice]. Moscow: Wolters Kluwer. (in Russian)
- Lebedev S.N. (1965) Mezhdunarodnyy torgovyy arbitrazh [International Trade Arbitration]. Moscow: (in Russian)
- Musin V.A. (2003) Postateynny nauchno-prakticheskii kommentariy k Federal'nomu zakonu "O treteyskikh sudakh v Rossiyskoy Federatsii" (kommentariy k st. 5) [Article-for-article Commentary to the Federal Law On Mediation Courts in the RF (commentary to article 5)]. Treteyskiy sud, no 1–4.
- Neznamov A.V. (2011) Osobennosti kompetentsii po rassmotreniyu Internet-sporov [Special Competencies as to Mediating Internet Disputes]. Moscow: Infotropik Media. (in Russian)
- Nikolyukin S.V. (2009) Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh [International Commercial Arbitration]. Moscow: Yustitsinform. (in Russian)
- Novoselova L.A., Mikhaylov S.V. (2013) O pravovom statuse dokumentov, reguliruyushchikh registratsiyu domennykh imen i sporov po nim [On the Legal Status of Documents Regulating the Registration of Domain Names and related to them Disputes]. Zakon, no 11.
- Ramberg Ya. Mezhdunarodnye kommercheskie tranzaksii [International Commercial Transactions]. Publikatsiya ICC N 711.
- Sergo A.G. (2004) Puti razresheniya konfliktov, vznikayushchikh pri ispol'zovanii domennykh imen v seti Internet (Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk) [Resolving Disputes arising due to using Domain Names in the Internet. (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow.
- Skvortsov O.Yu. (2005) Treteyskoe razbiratel'stvo predprinimatel'skikh sporov v Rossii: problemy, tendentsii, perspektivy [Mediation of Business Disputes in Russia: Problems, Trends, Perspectives]. Moscow: Wolters Kluwer. (in Russian)
- Adam S. (1989) Jurisdictional problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, Sweden, Swiss, US, West German Law. Zurich.
- Goldman B. (1983) Lex mercatoria. Kluwer.
- The Applicable Law: General Principles of Law- the Lex Mercatoria. Contemporary Problems in International Arbitration. Le wed, 1986.
- Reidenberg J.R. (1998) Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology. Texas Law Review, no 3.

# Компьютерная информация как предмет преступления, предусмотренного статьей 273 Уголовного кодекса Российской Федерации

---



**А.А. Энгельгардт**

доцент кафедры уголовного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридического наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, д. 20. E-mail: aengelgardt@hse.ru

---



## **Аннотация**

Уголовно-правовая оценка создания, использования и распространения вредоносных компьютерных программ (информации) (ст. 273 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ)) — необходимый элемент защиты одного из ведущих принципов регулирования сферы информации. В специальном законодательстве он сформулирован как свобода поиска, получения, передачи, производства и распространения информации любым законным способом. Факты свидетельствуют, что осмысленное, взвешенное и основанное на согласии понимание смысла запрета ст. 273 УК РФ и других деяний (ст. 141, 171<sup>2</sup>, 185<sup>3</sup>, 242, 272 УК РФ и др.), если они совершены посредством вмешательства в функционирование ЭВМ и/или информационно-телекоммуникационных сетей, зависит от понимания компьютерной информации как предмета соответствующего преступления. Понимания, которое выходит за рамки компетенции специалиста в области уголовного права. В связи с этим анализ понятия компьютерной информации — не просто дань лингвистическому педантизму, проявленному при исследовании компьютерных преступлений. Эта проблематика должна всесторонне исследоваться в юридической литературе, причем с различных позиций. В статье показывается, что понятийная характеристика компьютерной информации в УК РФ постоянно расширяется. Во-первых, она определена общим образом как сведения (сообщения, данные), представленные в форме электрических сигналов, доступных электронным устройствам, в том числе для передачи по информационным каналам связи. Согласно полученному эмпирическому материалу, это определение компьютерной информации не является прямым аргументом выводов постановлений и приговоров судов. Его роль обнаружилась в ином: оно позволяет теперь не связывать компьютерную информацию с определенными средствами ее хранения, обработки и передачи, обнаруживать ее во все большем числе технических устройств (банкоматах, ресиверах и др.). Исследование показывает, что в определении компьютерной информации отдельные статьи УК РФ вводят положения об особенных характеристиках (позитивные признаки), и (или) о том, почему та или иная информация не может быть оценена как предмет анализируемого состава преступления (негативные признаки). Поэтому, во-вторых, компьютерная информация как предмет определенного преступления обладает набором индивидуализирующих ее признаков. В ст. 273 УК РФ она представлена: а) в виде компьютерной программы или иной информации; б) которые заведомо предназначены для уничтожения, блокирования, модификации, копирования компьютерной информации либо нейтрализации средств ее защиты; в) когда на это отсутствует необходимая санкция. Отдельные из указанных признаков еще недостаточно исследованы. В частности, признак предназначения компьютерной информации для нейтрализации средств ее защиты. В условиях повсеместного использования соответствующего технологического инструмента введение такого признака расширило объемы действия ст. 273 УК РФ и привело к примитивизации ее применения.

---



**Ключевые слова**

преступление, уголовная ответственность, предмет преступления, компьютерная информация, вредоносная компьютерная программа, нейтрализация средств защиты компьютерной информации

Библиографическое описание: Энгельгардт А.А. Компьютерная информация как предмет преступления, предусмотренного статьей 273 Уголовного кодекса Российской Федерации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 4. С. 136–145.

Современное общество основано на принципе свободы поиска, получения, передачи, производства и распространения информации любым законным способом<sup>1</sup>. Реализация здесь некоторых опасных незаконных приемов влечет уголовную ответственность<sup>2</sup>. Так, признается необходимым применение уголовного наказания за создание, использование и распространение вредоносных компьютерных программ (ст. 273 УК РФ)<sup>3</sup>.

Крайне важно, чтобы каждое такое решение было осмысленным, взвешенным и основанным на согласии в понимании смысла действующего запрета. Деяния, подпадающие под признаки состава ст. 273 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ), имеют отношение к области так называемых высоких технологий, но совершаются вместе с тем как в профессиональной, так и в обыденной поведенческих сферах, т.е. широко распространены. Отсюда и криминологические основания интереса к вопросам их уголовно-правовой оценки. По данным антивирусных компаний, которые могут быть, по понятным причинам преувеличены (а потому не переводимы прямо в разряд криминальной статистики), количество компьютерных атак (запусков программ для получения неавторизованного доступа к компьютерной сети и ее элементам) с российских интернет-ресурсов достигает десятков миллионов<sup>4</sup>. Евгений Касперский, директор «Лаборатории Касперского», утверждает: «Специалистам лаборатории известны более 35 тысяч программ, направленных на взлом компьютерных сетей, ежегодно злоумышленниками создаются около 200 тысяч новых компьютерных вирусов»<sup>5</sup>. Официальная статистика МВД дает следующую общую картину. В 2004 г. число зарегистрированных преступлений в сфере компьютерной информации достигло 13 723, затем без видимых причин снизилось в несколько раз — до 2563 в 2013 г.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3448.

<sup>2</sup> См.: Конвенция о преступности в сфере компьютерной информации (Будапешт, 23 ноября 2001 г.) // СПС «Гарант»; Додонов В.Н., Капинус О.С., Щерба С.П. Сравнительное уголовное право. Особенная часть: монография / под общ. ред. С.П. Щербы. М.: Юрлитинформ, 2010. С. 390.

<sup>3</sup> В литературе можно встретить утверждение, что упоминание о вредоносных программах изъято из ст. 273 УК РФ. См.: Сулопаров А.В. Эволюция института ответственности за компьютерные преступления // Эволюция государственных и правовых институтов в условиях развития информационного общества / отв. ред. И.Л. Бачило. М.: ИПП РАН; Юркомпани, 2012 // СПС «Гарант». Его действительно больше нет в диспозиции, но оно сохранено в названии статьи. В силу этого оно используется в работе как элемент юридической терминологии действующего закона.

<sup>4</sup> URL: <http://www.securelist.com/ru/analysis/> (дата обращения: 14 ноября 2014 г.).

<sup>5</sup> URL: <http://www.securitylab.ru/news/436955.php> (дата обращения: 14 ноября 2014 г.).

<sup>6</sup> Официальный сайт Министерства внутренних дел Российской Федерации // URL: <http://www.mvd.ru/presscenter/statistics/reports> (дата обращения: 14 ноября 2014 г.).

Статья не является «драматически» недействующей, но качество ее применения вызывает скепсис. Оказалось, что оно в значительной степени зависит от активности правоохранительных органов. По крайней мере в изученном массиве более чем 90% дел такое преступление было выявлено в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий<sup>7</sup>. Алгоритм действий сотрудников: звонок по указанному в размещенном в Интернете объявлении о ремонте компьютеров и установке программ, достижение договоренности, установка контрафактного экземпляра с помощью программ, обеспечивающих нейтрализацию средств защиты компьютерной информации, задержание виновного. Просто и результативно. Но применение запрета становится выборочным, хотя законодатель не приветствует такой возможности усмотрения правоприменителя.

С другой стороны, некоторые публикации в юридической литературе утверждают, что применение ст. 273 УК РФ связано с немалыми трудностями и требует принятия сложных решений<sup>8</sup>. Попытаемся выяснить это в контексте характеристики предмета исследуемого преступления.

По принятому мнению, ст. 273 УК РФ содержит формальный состав единичного сложного преступления, складывающегося из так называемых альтернативных действий: создание, распространение или использование компьютерной информации, в том числе компьютерных программ, заведомо предназначенных для несанкционированного уничтожения, блокирование, модификация, копирование компьютерной информации или нейтрализация средств защиты компьютерной информации. Как видно, важнейшая роль в структуре объективных признаков состава принадлежит компьютерной информации. При этом ее признаки как предмета преступления даже более четко, чем его объект, выделяют преступление в целом, сужая пределы преступного деяния до охраняемой нормами гл. 28 УК РФ сферы компьютерной информации.

Определение компьютерной информации как предмета преступления непросто даже при том условии, что в примечании 1 к ст. 272 УК РФ закреплено ее нормативное понятие<sup>9</sup>. Ведь это сделано нестандартно. Введя тот или иной термин и закладывая в уголовный кодекс представление о нем, как общем для ряда составов, законодатель выбирает два пути. Один состоит в том, чтобы раскрыть понятие в определении, как правило, самым общим образом. Второй — в том, чтобы дать ряд хотя бы косвенных указаний, раскрывающих его содержание. Сначала УК РФ в ст. 272 указывал как признаки компьютерной информации определенные средства ее хранения, обработки и передачи — машинный носитель, электронно-вычислительную машину (ЭВМ), систему ЭВМ или их сеть. В новой редакции норм гл. 28 УК РФ, по сути, несколько определений компьютерной информации. Первое — общее понятие, вынесено из диспозиции в примечание к ст. 272 УК РФ.

<sup>7</sup> Материалом для изучения послужила судебная практика 2013–2014 гг., опубликованная на сайте URL:<http://rospravosudie.com>. Всего было изучено 50 судебных актов, вынесенных по ст. 273 УК РФ.

<sup>8</sup> См., напр.: *Дворецкий М., Копырюлин А.* Проблемы квалификации преступлений, сопряженных с созданием, использованием и распространением вредоносных программ // Уголовное право. 2007. № 4. С. 29–33.

<sup>9</sup> Цель статьи ограничена анализом компьютерной информации как предмета преступления. За рамками анализа остается проблема использования компьютерной информации в качестве средства совершения преступления (мошенничества и др.). Ответственность за преступления, где компьютерная информация служит уже средством совершения преступления, должна наступать по статьям иных глав УК РФ в соответствии с непосредственным объектом посягательства.

Согласно примечанию, компьютерная информация — это сведения (сообщения, данные), представленные в форме электрических сигналов, независимо от средств их хранения, обработки и передачи. Такое понимание предмета оказывается только исходным. Далее, особенно при правоприменении, оно дополняется позитивными признаками (суждениями, каковы характеристики компьютерной информации как предмета), и/или негативными признаками (суждениями, почему та или иная информация не может быть оценена как предмет) в рамках определенного состава преступления.

Рассмотрим общее определение компьютерной информации. В уголовном законодательстве используются термины и выражения разного вида, в частности, общеупотребительные, юридические и технические<sup>10</sup>. Как составной термин «компьютерная информация» не может быть целиком отнесен к одному классу. Он опирается на весьма развитое общеупотребимое понятие «информация»<sup>11</sup>, применение которого, однако, в правовой деятельности, как правило, сопровождается отсылкой к его легальному определению в ст. 2 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации». Специальное значение употребленного в УК РФ термина «информация» подчеркивается данным к нему определением «компьютерная». Таким образом, компьютерная информация, о которой идет речь в ст. 273 УК РФ — это разновидность информации, защищаемой специальными нормами уголовного закона от определенных воздействий и определенных последствий воздействия.

Существенна техническая составляющая понятия компьютерной информации. Ранее, как отмечалось, она связывалась с определенными средствами ее хранения, обработки и передачи — машинными носителями, электронно-вычислительными машинами (ЭВМ), системами ЭВМ или их сетями. Но правовое регулирование сфер быстрого технического и технологического развития, к числу которых относятся и области использования компьютерной информации, не должно отставать от самих инноваций. В настоящее время достаточно широко распространены компьютерные программы прикладного и вспомогательного характера, без которых не могут функционировать многие технические средства. Поэтому появилось указание на квалификацию компьютерной информации независимо от средств ее хранения, обработки и передачи. Сфера действия статьи расширилась и имеет тенденцию к дальнейшему расширению<sup>12</sup>.

Законодатель пошел по пути, избранному Конвенцией о преступности в сфере компьютерной информации (Будапешт, 23 ноября 2001 г.), в которой акцент сделан на форме представления информации. По нормам Конвенции, предмет определяемых ею посягательств образует информация в форме, доступной восприятию ЭВМ или передающаяся по каналам связи. В каком виде ЭВМ и иные технические средства могут воспринимать компьютерную информацию? Представление компьютерной информации осуществля-

<sup>10</sup> См.: *Иванчин А.В.* Законодательная техника в механизме уголовного правотворчества: учеб. пособие. Ярославль: ЯрГУ, 2009. С. 129.

<sup>11</sup> Информация в переводе с латинского означает «разъяснение», «осведомление», «изложение», «набор сведений», «сообщение». См.: Современный толковый словарь русского языка / гл. ред. С.А. Кузнецов. СПб.: Норинт, 2006. С. 248.

<sup>12</sup> Судебная практика (по делам были проведены экспертизы) обнаруживает вредоносную компьютерную информацию в электронных блоках банкоматов (уголовное дело № 1-553/2009. Приморский районный суд. Цит. по: *Александров А.К., Доронин А.М., Демчев И.А. и др.* Безопасность карточного бизнеса. М.: Бизнес-энциклопедия МФПА, 2011), ресиверов (уголовное дело № 1-153/2014. Элистинский городской суд Республики Калмыкия // URL:<http://rospravosudie.com> (дата обращения: 14 ноября 2014 г.)) и других устройств.

ется с помощью языка, содержащего всего два символа алфавита — 0 и 1. Инженеров такой способ представления информации привлек простотой технической реализации проблемы кодирования. Легко различимые состояния — есть электрический сигнал (1) или нет сигнала (0) позволяют разными способами двоичного кодирования и декодирования, в основе которых лежат логика и математика, распознать и обработать техническими средствами для достижения поставленной задачи любые сведения (сообщения, данные).

Чтобы охватить все объекты информационной среды, субстанционально выраженные способами двоичного кодирования и декодирования, российский законодатель указывает электрические сигналы как форму существования компьютерной информации. Наряду с положительной оценкой это решение вызвало критические замечания. Так, А.В. Сулопаров пишет, что выражение «электрические сигналы» невозможно найти в действующем законодательстве, оно практически не употребляется в литературе, посвященной компьютерным преступлениям, редко встречается в работах, посвященных информации и информационным технологиям<sup>13</sup>. В. Быков и В. Черкасов слабость определения компьютерной информации видят в том, что в сфере информационных технологий возникают все новые нетривиальные пути развития; в технологии, где устройства перестают быть электронными, само понятие «электрический сигнал» может потерять смысл<sup>14</sup>.

Научный и технический поиск новых путей и способов представления компьютерной информации может поколебать монополию «электрической» формы ее существования. Имеются сообщения о все более широком применении микросхем MRAM (magnetoresistive random access memory — магниторезистивная память с произвольным доступом). Данные в MRAM записываются не с помощью электрических зарядов, а с помощью магнитной поляризации элементов памяти, что обеспечивает важное для этого типа памяти свойство — возможность сохранять записанные в ячейки данные даже в случае отключения питания<sup>15</sup>. Но пока законодательная дефиниция адекватна отражаемой ею действительности. Тем самым она оказывает благотворное влияние на правоприменительную деятельность<sup>16</sup>.

Наше внимание привлекло другое обстоятельство. В судебной практике по ст. 273 УК РФ анализируемое определение компьютерной информации редко является прямым аргументом, т.е. редко используется в качестве обоснования принимаемых выводов. По поводу оценки полезности анализируемого определения можно заметить, что:

- нормативное закрепление общего понятия компьютерной информации корреспондирует факту выделения в УК РФ самостоятельной главы о преступлениях, совершаемых в данной среде. Это усиливает гарантийную функцию уголовного закона в условиях тотального вторжения компьютерной информации в жизнь общества, каждого человека;

<sup>13</sup> См.: Сулопаров А.В. Указ. соч. // СПС «Гарант».

<sup>14</sup> См.: Быков В., Черкасов В. Понятие компьютерной информации как объекта преступлений // Законность. 2013. № 12 // СПС «Гарант».

<sup>15</sup> URL:<http://www/top.rbc.ru/economics/19/08/2014/943629.shtml> (дата обращения: 14 ноября 2014 г.).

<sup>16</sup> См.: Кругликов Л.Л. Дефиниция хищения в уголовном законодательстве Российской Федерации // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы: матер. Международного круглого стола (Черновцы, 21–23 сентября 2006 г.). Н.Новгород: НИПРЦ «Юридическая техника», 2007. С. 1114.

• сфера действия исследуемого определения расширяется. Так, в ст. 159.6 УК РФ по признаку использования компьютерной информации выделен один из специальных видов мошенничества. С использованием или в отношении компьютерной информации, понимаемой аналогично, могут совершаться многие другие преступления (ст. 141, 171.2, 185<sup>3</sup>, 242 УК РФ и др.). Это обстоятельство преимущественно отражается за счет упоминания о среде существования компьютерной информации — электронных и информационно-телекоммуникационных сетях.

На редкое прямое использование анализируемого предписания при принятии уголовно-правовых решений, очевидно, влияет тот факт, что отдельные статьи УК РФ, по сути, вводят специальное содержание в понятие компьютерной информации в контексте формулируемого запрета. Так, диспозиция ст. 273 УК РФ указывает на совершение действий не вообще с компьютерной информацией, а с компьютерной программой или иной компьютерной информацией, которая:

- заведомо предназначена для уничтожения, блокирования, модификации, копирования компьютерной информации или нейтрализации ее средств защиты. УК РФ указывает, что компьютерная программа или иная компьютерная информация должны быть вредоносными, т.е. иметь определенное назначение и отвечать этому назначению;
- при условии, что на такое использование компьютерной информации отсутствует санкция (согласие владельца информации).

Для описания в приговоре вида и индивидуальных характеристик такого предмета преступления будет необходимым, например, следующее указание: «программа «x-forse\_2012\_x52», на жестком диске, заведомо предназначенная для нейтрализации средств защиты компьютерной информации». Применение ст. 146 УК РФ вообще не требует обращения к уголовно-правовому понятию компьютерной информации, поскольку характеристики компьютерных программ как объекта авторского права и предмета данного преступления определены в гражданском законодательстве (ст. 1261 ГК РФ)<sup>17</sup>.

Итак, уголовно-правовая оценка компьютерной информации как предмета преступного посягательства, предусмотренного ст. 273 УК РФ, требует учета особенностей такой информации, связанных с особенностями данного состава. Несмотря на формальный состав, законодатель связал в нем наступление ответственности с созданием опасности для той компьютерной информации и средств ее защиты, которые подвергнутся «атаке». В отличие от конкретной опасности (угрозы), когда акцент делается на предметной стороне ситуации, на реальной возможности сейчас причинить вред конкретному объекту, здесь при уголовно-правовой оценке учитываются субъективные признаки: намерение создать и использовать причиняющий потенциал. Его реализация, т.е. фактические изменения в объекте охраны или создание ситуации повышенной вероятности наступления определенных последствий, не требуется. Показательно, однако, что, как было отмечено, применяется рассматриваемая статья исключительно после совершения деяния, как правило, связанного с нейтрализацией средств защиты авторского права на устанавливаемые компьютерные программы.

<sup>17</sup> См.: Козубенко Ю.В. Защита авторских прав на программы для ЭВМ в уголовном, административном и гражданском судопроизводстве. М.: Волтерс Клувер, 2009 // СПС «Гарант»; п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 апреля 2007 г. № 14 «О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака» // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2007. № 7.

В связи с тем, что назначение и способность уничтожить, блокировать, модифицировать, копировать информацию вполне могут быть в определенных сочетаниях и для определенных ситуаций функциями легальных программ, для признания компьютерной информации вредоносной важно установить содержание и значение признака ее предполагаемого несанкционированного действия. Как полагает С.А. Пашин, речь идет: а) об отсутствии предварительного уведомления нового обладателя компьютерной информации о характере ее действия; б) неполучении его согласия на реализацию программой или иной компьютерной информацией своего назначения<sup>18</sup>. Должны быть признаки игнорирования или преодоления воли обладателя информации, т.е. того, что иногда обозначается как «вопреки воле»<sup>19</sup>.

Введение этого признака существенно по ряду причин. Во-первых, известны попытки использования «альтернативного» программного обеспечения для борьбы с нарушением авторских прав. В первой половине 90-х годов XX в. вместо создания эффективно действующих правовых механизмов реализации прав многие крупные правообладатели в русле идеи «ответ машине заключается в машине» настаивали, в том числе, на возможности использования для пресечения нарушений и защиты своих прав звукозаписывающими компаниями следующих вариантов программного обеспечения:

- троянов, перенаправляющих пользователей на веб-сайты, где те могут законным образом купить песню или фильм, которые пытались загрузить незаконно;
- программ, блокирующих компьютер на некоторое время и выводящих на экран предупреждение о скачивании пиратских файлов;
- «молчаливого» программного обеспечения, сканирующего жесткий диск и предпринимającego попытки удалить с него любые пиратские файлы;
- «запрещающего» программного обеспечения, блокирующего доступ в Интернет при попытке загрузить пиратские файлы<sup>20</sup>.

Подобные меры не включены в число принятых для борьбы с нарушениями авторских прав. Во-первых, в силу законодательного запрета в ст. 273 УК РФ создания, распространения или использования компьютерных программ либо иной компьютерной информации, заведомо предназначенных для несанкционированного уничтожения, блокирования, модификации, компьютерной информации, они оказываются противозаконными. Во-вторых, понятие санкции не следует связывать с наличием или отсутствием только индивидуальной воли (индивидуального согласия). Усиление контроля за Интернетом и другими информационными сетями означает возможность для государственной власти вторгнуться в информационную среду с помощью специального программного обеспечения (специальных программ копирования для контроля содержания сайтов, выявления и блокирования запрещенной к распространению информации)<sup>21</sup>. Основания такого вторжения, порядок его осуществления должны строго определяться правом и установленными им санкциями-разрешениями.

<sup>18</sup> См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. В.М. Лебедева, Ю.И. Скуратова. М.: Норма, 2001. С. 704 (авт. гл. — С.А. Пашин).

<sup>19</sup> См.: Уголовный кодекс Российской Федерации: Постатейный комментарий / науч. ред. Н.Ф. Кузнецова, Г.М. Миньковский. М.: ЗЕРЦАЛО, ТЕИС, 1997. С. 585 (авт. гл. — В.С. Комиссаров).

<sup>20</sup> См.: Курбалий Й., Гэлбстайн Э. Управление Интернетом. Проблемы, субъекты, преграды. М.: МГИМО (У) МИД России, 2005. С. 105–106. Попытки обращения к подобным мерам нельзя исключить и в дальнейшем.

<sup>21</sup> При выполнении оперативно-розыскных мероприятий, пишут Н.Г. Лабутин и С.И. Кувычков, весьма эффективно использовать специальные программные средства сканирования и перехвата тра-

Итак, компьютерная информация как предмет предусмотренного в ст. 273 УК РФ преступления обладает следующим набором признаков: а) это сведения, сообщения, данные; б) представленные в форме электрических сигналов; в) независимо от средств их хранения, обработки и передачи; г) в виде компьютерной программы либо иной (в литературе обычно не расшифровываемой) компьютерной информации; д) заведомо предназначенных для уничтожения, блокирования, модификации, копирования компьютерной информации либо средств защиты компьютерной информации; ж) когда на такое использование компьютерной информации отсутствует необходимая санкция. При отсутствии хотя бы одного из выделенных признаков действия по созданию, использованию или распространению компьютерной информации нельзя рассматривать как преступление, ответственность за которое предусмотрена ст. 273 УК РФ. Например, не отвечает признакам вредоносности предмета программа, использование которой вызывает уничтожение, блокирование и другие последствия лишь в качестве побочного эффекта ее нецелевого использования.

Рассмотренные в статье вопросы определения компьютерной информации как предмета преступления, предусмотренного ст. 273 УК РФ, показывают, что хотя закон имеет дело с одним из символов цифрового мира, здесь нельзя применять цифровую (двоичную) логику «да (хорошо) — нет (плохо)». Тонкости значений использованных понятий требуют учета в правовом регулировании возможного спектра их вариантов. Решение поставленных и иных вопросов, в том числе о практическом значении отдельных признаков компьютерной информации, о применении нормы ст. 273 УК РФ в совокупности со статьями, обеспечивающими безопасность компьютерной информации финансовых систем, информации, составляющей коммерческую тайну, тайну частной жизни, несомненно, требует продолжения дискуссии.



### Библиография

Алексанов А.К., Доронин А.М., Демчев И.А. и др. Безопасность карточного бизнеса. М.: Бизнес-энциклопедия МФПА, 2011 // СПС «Гарант».

Быков В., Черкасов В. Понятие компьютерной информации как объекта преступлений // Законность. 2013. № 12 // СПС «Гарант».

Дворецкий М., Копырюлин А. Проблемы квалификации преступлений, сопряженных с созданием, использованием и распространением вредоносных программ // Уголовное право. 2007. № 4. С. 29–33.

Додонов В.Н., Капинус О.С., Щерба С.П. Сравнительное уголовное право. Особенная часть: монография / под общ. ред. С.П. Щербы. М.: Юрлитинформ, 2010. С. 386–392.

Иванчин А.В. Законодательная техника в механизме уголовного правотворчества: учеб. пособие. Ярославль: ЯрГУ, 2009.

Козубенко Ю.В. Защита авторских прав на программы для ЭВМ в уголовном, административном и гражданском судопроизводстве. М.: Волтерс Клувер, 2009 // СПС «Гарант».

фика, передаваемого по компьютерным сетям, связанным с интересующим объектом. Такие программы подразделяются на сканеры Сети и так называемые sniffеры, по основному своему предназначению являющиеся инструментами скрытой компьютерной разведки, или «хакерскими» инструментами. См.: *Лабутин Н.Г., Кувычков С.И.* Применение специальных программных средств поиска информации при выявлении преступлений, связанных с легализацией преступных доходов // Легализация преступных доходов как угроза экономической безопасности России: теория, практика, техника гармонизации международно-правовых и национальных механизмов противодействия: сб. ст. / под ред. В.М. Баранова. Н.Новгород: Нижегородская академия МВД России, 2009. С. 787.

Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. В.М. Лебедева, Ю.И. Скуратова. М.: Норма, 2001 (авт. гл. — С.А. Пашин). С. 694–706.

Кругликов Л.Л. Дефиниция хищения в уголовном законодательстве Российской Федерации // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы: матер. Международного круглого стола (Черновцы, 21–23 сентября 2006 г.). Н.Новгород: НИПРЦ «Юридическая техника», 2007. С. 1114–1124.

Курбалийя Й., Гэлбстайн Э. Управление интернетом. Проблемы, субъекты, преграды. М.: МГИМО (У) МИД России, 2005.

Лабутин Н.Г., Кувычков С.И. Применение специальных программных средств поиска информации при выявлении преступлений, связанных с легализацией преступных доходов // Легализация преступных доходов как угроза экономической безопасности России: теория, практика, техника гармонизации международно-правовых и национальных механизмов противодействия: сб. ст. / под ред. В.М. Баранова. Н.Новгород: Нижегородская академия МВД России, 2009. С. 784–799.

Современный толковый словарь русского языка / гл. ред. С.А. Кузнецов. СПб.: Норинт, 2006.

Суслопаров А.В. Эволюция института ответственности за компьютерные преступления // Эволюция государственных и правовых институтов в условиях развития информационного общества / отв. ред. И.Л. Бачило. М.: ИГП РАН, Юркомпани, 2012 // СПС «Гарант».

Уголовный кодекс Российской Федерации: Постатейный комментарий / науч. ред. Н.Ф. Кузнецова, Г.М. Миньковский. М.: ЗЕРЦАЛО, ТЕИС, 1997 (авт. гл. — В.С. Комиссаров). С. 580–587.

---

## Computer Information as a Crime under Article 273 of the RF Criminal Code



**A.A. Engelgardt**

Associate Professor of the Department of Criminal Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Legal Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., 101000, Moscow, Russian Federation. E-mail: aengelgardt@hse.ru



### Abstract

The position of criminal law as to using and spreading harmful software (information) (article 273 of RF Criminal Code) is a requisite of protecting one of the key principles of regulating information. A specific legislation defines this principle as a freedom of search, using, obtaining, transferring, making and spreading information by any legal means. Facts show that intended balanced and based on the consent understanding of the meaning of the ban under article 273 of RF Criminal Code and other acts (articles 141, 171.2, 185.3, 242, 272 thereof) if they are committed by intruding into the operation of computer or information telecommunication nets depends on the understanding of computer information as the element of the crime in question. This interpretation goes beyond the competence of an expert in criminal law. Thus, the examination of computer information is relevant not only to linguistic purism added to the research of computer crimes. This issue should get a comprehensive study in legal literature and from different angles. The paper shows that the conceptual characteristics of computer information in RF Criminal Code is constantly expanding. First, it is defined commonly as data (information) provided as electric signals available for electronic devices including the transmission by data link channels. Under the obtained empirical material, this definition of computer information is not a corollary from the argument for the opinions and decisions of courts. Its role is different as it does not identify computer information with the means of storing, processing and transferring, find it in various technical devices such as cashpoints, receivers etc. The research shows that in certain articles of the Criminal Code, computer information includes the provisions as to special characteristics (positive signs) and reasons why some information cannot be considered as a subject of crime in question (negative signs). Thus, secondly, computer information as an element of a certain crime has a number of individual signs. Article 273 of RF Criminal Code represent it as 1) a software or other information, b) which is intended for eliminating, blocking, modifying, copying computer information or neutralizing the means of its protection, c) when a necessary



sanction is missing. Some of the abovementioned signs have not had proper examination. In particular, the sign that computer information targets the neutralization of the protection means. In the conditions of common usage of relevant technological instruments, the introduction of this sign has broadened the coverage of article 273 of RF Criminal Code and led to its primitive interpretation.



## Keywords

Crime, criminal liability, target of crime, computer information, harmful computer software, neutralizing the means of computer information protection.

Citation: Engelgardt A.A. Computer Information as a Crime under Article 273 of Criminal Code of the Russian Federation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 136–145 (in Russian)



## References

Aleksanov A.K., Doronin A.M., Demchev I.A. (2011) Bezopasnost' kartochnogo biznesa [Security of Gambling Business]. Moscow: Biznes-entsiklopediya MFPA.

Bykov V., Cherkasov V. (2013) Ponyatie komp'yuternoy informatsii kak ob"ekta prestupleniy [Concept of Computer Information as a Target of Crime]. *Zakonnost'*, no 12.

Dvoretzkiy M., Kopyryulin A. (2007) Problemy kvalifikatsii prestupleniy, sopryazhennykh s sozdaniem, ispol'zovaniem i rasprostraneniem vredonosnykh programm [Problems of Qualifying Crimes Relating to the Creation, Use and Spread of Harmful Software]. *Ugolovnoe pravo*, no 4, pp. 29–33.

Dodonov V.N., Kapinus O.S., Shcherba S.P. (2010) Sravnitel'noe ugolovnoe pravo. Osobennaya chast': Monografiya [Comparative Criminal Law. Special Part. Monograph]. Moscow: Yurлитinform, pp. 386–392.

Ivanchin A.V. (2009) Zakonodatel'naya tekhnika v mekhanizme ugolovnogo pravotvorchestva: uchebnoe posobie [Legislative Technique in the Mechanism of Criminal Lawmaking. Textbook]. Yaroslavl': YarGU (in Russian)

Kozubenko Yu.V. (2009) Zashchita avtorskikh prav na programmy dlya EVM v ugolovnom, administrativnom i grazhdanskom sudoproizvodstve [Copyright Protection of Software in Criminal, Administrative and Civil Proceedings]. Moscow: Volters Kluver. (in Russian)

Lebedev V.M., Skuratov Yu.I. (Eds.) (2001) Kommentarii k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii [Commentaries to RF Criminal Code]. Moscow: Norma. (in Russian)

Kruglikov L.L. (2007) Definiitsiya khishcheniya v ugolovnom zakonodatel'stve RF [Definition of Embezzlement in Criminal Law]. Proceedings of International Panel: Zakonodatel'naya definiitsiya: logiko-gnoseologicheskie, politiko-yuridicheskie, moral'no-psikhologicheskie i prakticheskie problem, Chernovtsy, September 21–23, 2006, pp. 1114–1124.

Kurbaliyya Y., Gelbstayn E. (2005) Upravlenie internetom. Problemy, sub"ekty, pregrady [Regulation of The Internet. Problems, Subjects, Barriers]. Moscow: MGIMO (U) MID Rossii. (in Russian)

Labutin N.G., Kuvychkov S.I. (2009) Primenenie spetsial'nykh programmykh sredstv poiska informatsii pri vyavlenii prestupleniy, svyazannykh s legalizatsiyey prestupnykh dokhodov [Applying Special Search Software to Reveal Crimes]. Legalizatsiya prestupnykh dokhodov kak ugroza ekonomicheskoy bezopasnosti Rossii: teoriya, praktika, tekhnika garmonizatsii mezhdunarodno-pravovykh i natsional'nykh mekhanizmov protivodeystviya: Sbornik statey. Pod red. V.M. Baranova. [Legalizing Criminal Proceeds as a Threat to the Economic Security of Russia: Theory, Practice, Tecnique of Harmonising International and National Mechanisms of Counteracting. V.M. Baranov (ed.)]. Nizhniy Novgorod: Nizhegorodskaya akademiya MVD Rossii, pp. 784–799.

Kuznetsov S.A. (Ed.) (2006) Sovremennyy tolkovyy slovar' russkogo yazyka [Modern Explanatory Dictionary of the Russian Language]. Saint Petersburg: Norint. (in Russian)

Susloparov A.V. (2012) Evolyutsiya instituta otvetstvennosti za komp'yuternye prestupleniya [The Evolution of the Institute of Liability for Computer Crimes]. Evolyutsiya gosudarstvennykh i pravovykh institutov v usloviyakh razvitiya informatsionnogo obshchestva / Otv. red. I.L. Bachilo [Evolution of State and Legal Institutions during the Development of Information Society. Bachilo I.L. (ed.)]. Moscow: IGP RAN, Yurkompani.

Kuznetsova N.F., Min'kovskiy G.M. (Eds.) (1997) Ugolovnyy kodeks Rossiyskoy Federatsii: Postateynny kommentarii [Criminal Code of the Russian Federation. Commentaries. Moscow: Zertsalo, TEIS. (in Russian)

# One World? One Law? One Global Legal System? Modern Law and Socio-Legal Communities

---



**Werner Krawietz**

Professor at Muenster University, Germany. Address: Universitätsstraße 14–16, 48143 Münster. E-mail: werner.krawietz@uni-muenster.de

---



## Abstract

In the present article the author considers the issues connected with globalization and structural changes in the contemporary societies. In author's opinion, development of legal regulation encompasses not only the practical and theoretical argumentation in the law. It also includes the informative and communicative perspectives of our analytical and conceptual legal thinking and of our legal world-outlook which is formed accordingly to the social world of law. The author stresses that there are continued processes of genesis of autonomous, socially out-differentiated spheres for activities and of normative programs and criteria of juridical rationalization of human emotions and actions. In the light of such ideas the general theory of law can obtain its justification from the standpoint of structuralism. This theory cannot be identified or confused with the classical theory of division of powers and with the functionalist division of competences of the state organs in the way this division is formulated in the constitutional law. The author insists that there is an ongoing process of informative, communicative and theoretical comprehension of legal rules and of modalities of their validity. Such rules shall be orientated toward constantly renewed tasks and values which are legally protected in order to enable individuals and collectivities to choose and to adopt socially adequate, legally correct decisions and to develop correct processes, procedures and ways of resolutions of problems. These processes make the general theory of law to revise and to re-define the current ideas and conceptions.

---



## Keywords

Globalization, legal regulation, world law, international law, social communities, selectivity of law, legal system

---

Citation: Krawietz W. (2014) One World? One Law? One Global Legal System? Modern Law and Socio-Legal Communities. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 146–151. (in English)

## I. The Concept of Law Re-defined

There is now a growing belief that law and its impact on human behaviour require more detailed research across legal and social sciences. Presently, the most relevant areas for such research derive from the theory of norms and action, theory of law and state, theory of society or societies, and, above all, the communication theory of law. The relevance of these research areas will become much clearer in the future. The fact that today's great legal and social frameworks, such as those of Habermas and Luhmann, are also conceived as communication theories in their research design and strategy should give us food for thought. What is still missing, however, is a sufficiently developed communication theory of law.

It was not until the 1970s that theories of normative communication made it into the realm of law, albeit hesitantly and narrowly at first. These theories focused above all on the application of law as perceived by judges, finding expression in the condensed slogan which was common currency in the theory and practice of law: *Law is communication addressed to judges*.

This condensed version ignores almost entirely the *primary system* or *subject system of law*, described by Alchourron and Bulygin in terms of contexts of everyday social interaction. In other words, we can speak about the *system of norms* which regulates the behaviour of legal subjects. This approach sees the law as normative communication addressed to judges, referred *mainly* to the *secondary social system* or, even more narrowly, to the *judges' system*.

This is precisely the weak point — both from a legal practice and legal theory perspective — at the heart of Anglo-American legal systems, with their exaggerated emphasis on the relevance of the law as ruled by judges.

A scientific approach to law, or rather to conceptions of law, which has been restricted to such narrow confines, may appear justifiable if the analysis of law is also territorially limited. In the context of a truly general and global theory of law, with a view even to a global society (world society, world law), such an approach appears far too one-sided.

## II. Form, Function and Differentiation of the Legal System

An information and communication theory which focuses on the relationship between norms and actions is not a finished product. The construction and development of such a theory is a highly demanding task, which remains unaccomplished. In pursuing this purpose, we must use a very broad concept of communication in the context of modern institutions and systems theories of law. This concept derives from the dichotomization into institutional facts and norms customary in the language of law. Practical linguistic information and normative communications — or, at least, those that can be formulated linguistically — are the starting points for a social relationship with the law. Law is a specific form of social relationship, but not all law is formalized. There is, as I have previously stated, not only formal law, but also informal law. All forms of social behaviour which serve to establish, concretize and change general or individual legal norms can be considered legal communications.

In accordance with social differentiation established in German law as early as the nineteenth century, we can make a distinction, both from a structural and functional points of view, between primary and secondary systems of law. In legal communication, we regard the day-to-day legal actions undertaken by citizens and legal subjects who derive their behaviour from socially established legal expectations as part of the *primary system* of law, while all decision-taking activities by the legal staff of the state, *i.e.* legislative, executive and judiciary, belong to the *secondary system* of law.

Law is no longer interpreted narrowly or reduced to a static legal order comprising all valid norms, rules and regulations. Nor is it only based on the hermeneutic access to legal texts. Instead, the entire legal order must be understood as a dynamic and socially established network of all legal acts, communications and actions, which together constitute the legal system.

Communications and legal acts in a particular field always follow from preceding communications and legal acts. In this way, they contribute — by way of normative structural coupling — to the continual production and reproduction of the legal system. It follows that the information and communication system of law is a vast network, composed of systemic operations, directives and norms and any number of legal communications. This network can grow thematically and can be expanded at will. It comprises all social areas of human activity.

Following the distinction between directives and norms, as set out by the contemporary analytical-normative theory of law and legal realism and sociological jurisprudence, it can be said that the legal system procreates itself by *self-referentially* linking new legal directives and legal norms to previously validated ones. Legal validity is a product of the legal system and it has different modalities under different societal conditions and in different historical époques. Further starting points for directives and legal norms are formed, and these produce and reproduce the *legal system*. The legal system presents itself, in form and content, as an *internally consistent, normative whole, formed by the primary and secondary social systems of the law*. We are, consequently, dealing not only with a system of norm sentences, but also with a social system, which consists of the entirety of all relevant juridical communications and embraces the constant flow of new communications and legal actions.

### III. Law's Binary Code of the Legal System

In our society, moral discourse is excluded from legal communications by the legal system's binary code. The binary code qualifies different operations as *law/non-law*, *legally valid/legally invalid*, *legal/illegal*, *lawful/unlawful*, *right/wrong* and so on, and screens out other kinds of discourse. Its aim is the production (which always means reproduction) of legal decisions in a self-referential *legal system of directives and norms*, which, by linking communications, differentiates itself increasingly through further directives and norms. Legal theory is a theory of self-referentially organized normative social systems or socio-legal communities.

In view of the traditional, conventionally applied or implicitly pre-supposed concept of legal action, those examining the communication of law from the perspective of the norms and action theory have to be prepared for some overdue corrections and necessary re-arrangements in the theory's design.

In contrast to the traditional individualistic concept of action, the following reflections are based on the realization that all everyday legal communication and action has essentially been guided and steered by normative institutions, organizations and social systems. In my opinion, these normative-institutional facts have not been taken into account sufficiently either by constitutional juridical positivism or by contemporary statutory and legal positivism, advocated today in the context of the normativism of pure legal science (Kelsen) and "institutional legal positivism" (MacCormick, Weinberger).

The concept of normative communication employed in the following reflections covers — both empirically and in terms of legal norm sentences — the entire field of legal communication. In other words, it covers: (a) national (state) law, (b) European communities and the law of the European Union, and (c) international law. As such, normative communication comprises the entirety of *directives and norms*, *self-referentially* produced in the legal system of modern society (that is, with continual logical and social *reference of the respective legal system to itself*, to its constitution, previously passed laws, etc.). The concept of legal communication extends to all forms of legal action and all types of normative attributions of responsibility. Specifically, it applies to the attribution and imputation of rights and duties as we know them today in the realms of civil law, criminal law and public law.

### IV. Interaction, Organization and World Society as a Whole

A concept of law derived solely from the state and concerned exclusively with *formal* state law, failing to take into account the manifold of *informal* social conditions and prerequisites for

the production of law, seems, by contrast, far too narrow. Normative self-reference is the institutional legal fact that self-organization and self-production of the legal system and of the required laws take place in the legal systems of modern society. In other words, the communicative legal system is conceived as self-referential, self-maintaining and self-reproducing. There is a continual self-reproduction of the legal system in the sense that it continually refers back to itself in all its factual/normative operations, i.e. it takes into account other previous operations and actions.

Law does not come into existence only through specific bodies set up by the state. The state has neither a monopoly on nor a prerogative for the creation of law. According to legal theory and systems theory, law comes into existence and emerges in *all social institutions and systems*, namely in: 1) interaction systems, 2) organizations and society, 3) *regional* society or — on a higher level of abstraction — *world* society as a whole. What I mean by global/world society is not only — as in Luhmann's approach — world society in its differentiation into independent functional subsystems of society, but also the social reality of law in its interaction and organization systems *as well as* in state legal systems.

My systems-theoretical approach to law differs from Luhmann's — apart from the fact that he does not mention *state* legal systems — above all because the concept of law and society used by me rests on the differentiation between *regional* society and *global* society, that is, society *as a whole*. This distinction appears to me to be of vital importance as a guiding principle for the social observation of law. It is only by adhering to this differentiation that the theory of law can avoid missing the access to the social reality of law and getting lost in speculations about the world society of law. Unless I am wholly mistaken, the *turn to the social/societal reality of law* is now not only possible, but also indispensable!

This is why — keeping in mind the requirements to be met by a theory of normative communication — I am making an attempt to sketch the outlines of a socially adequate framework of legal communication, which rejects as a matter of principle the narrow limitations imposed on legal thinking by individualistic actor- and subject-centered theoretical approaches.

The basis for my approach is the *positivity* of all law which, in accordance with the normative theory of social institutions and systems theory advocated by me, will be understood as *selectivity* of law. Whatever is selected to become law, endowed with legal validity and established institutionally, is always a selection from other existing possibilities — neither more nor less. Every actual ruling, therefore, proves conditional, considering that it might have turned out to be different. This does not, however, mean that the law is arbitrary, since new rulings self-referentially follow from previous rulings (including constitutions, laws, legal rulings and so on). It is precisely the *way the legal system regulates and processes itself* that constitutes genuine juridical rationality, as I have demonstrated in a separate work.

## V. Selectivity of Law and the Legal System

According to the juridical communications and systems theory, the normative communication of law consists of a *tripartite selection process*. In social-structural and dynamic-functional terms this process binds together (i) information, (ii) utterance and (iii) understanding into a single *emergent legal unit*. Separately, these components have no independent existence. It is only when, and if, the selectivity of the three operations has a social congruence in the realm of law, i.e. if they coincide with each other, as it were, that a normative communication actually takes place.

The following may serve as an example: the legislator (1) passes a law by establishing normative information in the form of an *if-then* regulation; (2) he publishes the law in the usual

form by addressing it and communicating it to those whom it concerns, so that (3) the addressees of the law who have to comply with it, namely (a) the citizens and legal subjects and (b) the legal staff of the state, have knowledge of it, so that they can understand it.

The normative/factual *information*, whichever way it is *produced*, does not only have to be *uttered*, but also needs to be *understood* because legal communication is only possible on the basis of understanding. From the normative-realistic point of view, the *understanding* on the part of the recipient has to be regarded as a *partial aspect of selecting normative meaning*. It is both empirically and analytically distinct from information and utterance, and always has a degree of independence. There is *no* such thing as *automatic production of law* among the conditions set out for positivity of all law. The success of a normative communication is not measured by the fact that something has been conveyed correctly or incorrectly, but by the fact that normative information has been *produced*, *uttered* and *understood* and can, but does not have to, provide a link for further juridical communication. The juridical rationality which finds expression in legal communication can, consequently, be seen as a *normative structural coupling*, i.e. a rationality of linkage (*“Anschlußrationalität”*).

Legal communication is, then, successful if the addressee (the recipient) has understood the factual/normative utterance directed at him by the lawgiver and understands whether he conforms with or deviates from the norm. The ensuing behaviour, which expresses either acceptance or rejection, is already regarded as the *beginning of a further, new communication*. It produces new (factual *and* normative) information, which may be followed by further communications and actions.

The most fundamental unit in social interactions and transactions is *not the human being, the individual, the person or the subject* as the voluntary agent of human action, but the socially structured *juridical communication*, which interlinks with other juridical communications and invests the social order of law with concrete content, binding character and normative stability.

At present, all law is regarded as a normative communication structure of socio-legal communities. It determines the legal actions of human beings, but does not rob them of their spontaneity and freedom.

A theory of normative communication must conceive of law as a normative structure and, at the same time, a social product, without reducing it in a behaviouralist way to a mere fact. The continual self-production of law, which occurs in the legal system through legal communication, is never merely factual. It is a genuinely *normative self-production* and *self-reproduction*. It is important to avoid a purely behaviouralist point of view which seeks to infer the norms only from factual expectations or from behavioural regularities. Doing so is as inappropriate as attempting to deduce law purely cognitively from norms.

When analyzing information and communication systems of modern law from a legal and social theory perspective, it appears vital to ground this analysis in the difference between *regional* and *global society* (global system, “world society”).

At present, however, we have neither *one* global law nor *one* global state. There are also a number of reasons why it is highly unlikely that either of them can or will ever exist. *Law*, conceived here as a normatively structured communication system comprising all its interactions and organizations *at the level of global society*, is no more than a *system of legal systems* and *socio-legal communities* which integrates within it all the different national legal systems.

Every modern *legal system*, understood as a *societal subsystem consisting of both primary socio-legal communities* and *secondary systems of law*, can be observed, described and explained in socially adequate terms, using the tools of a theory of normative legal communication and systems theory.

## Concluding Remarks

1. The development of a **general theory of law** does not occupy the same field as orthodox jurisprudence. Their tasks differ from each other in several important aspects.

2. In order to comprehend the foundations of law and legal systems, it seemed vital to me (i) to stake out an independent position for basic legal research and (ii) to strengthen and increase cooperation between jurists, philosophers and social scientists, in particular sociologists, irrespective of legal dogmas. It was also obvious that a project of this kind would have to take into account the analytical and logical aspects involved in the construction of a theory of norms, particularly a theory of law and legal action, in order to create greater clarity and deeper understanding of the relationship between norms and actions in the legal system.

3. The development of formal logic and modern philosophy of language, which has led to the construction of a normative and structural theory of law largely dominated by logic, is, by contrast, genuinely new. Normative logic, especially legal logic, is concerned with the formal use of normative terminology of the legal language. Indeed, modern legal thinking has already been extensively transformed by the ever-increasing demands of legal linguistics, legal logic and legal information science to restructure modern legal language.

4. Law is foremost a social or normative structure of society, i.e. the legal order is always an integral part of the social order. It is my goal to construct and develop a structural theory of law, which deals not only with the linguistic structure, but also with the social structure of norms, especially legal norms, and with the societal deep structure of the legal order, which underlies all social and legal systems. This theory does *not*, however, help to comprehend and justify the rightness of law from a purely *cognitive* perspective without *volitive* and *evaluative* assessments, value judgments and juridical decisions.

5. Law is something we may speak of in existing society, and there exist normatively coded expectations of behaviour concerning the possibility of distinguishing between right or wrong, lawful or unlawful, which have legal and social validity. Normative coding gives communication within the legal system its legal meaning. It excludes other meanings from the legal system. I wish to differentiate between “reason” and “rationality” when it comes to law and fundamental research concerned with it (Max Weber, Helmut Schelsky, Niklas Luhmann, Werner Krawietz, Georg Henrik von Wright et. al.). Law, as already coded, conditioned and determined by society and history, is *not*, in my opinion, something that could or ought to be subjected *ad libitum* to a moral-ethical or reasonable disposition by a theory and moral philosophy. Law is far too important a matter to be left to moral philosophers who draw on natural law and law of reason.



## References

Krawietz W. (2011) Modernization or Globalization of the Legal Order? Law as Normative Structure and Unity of Primary and Secondary Social Systems. Adeodato J. M., Bittar E. (eds.) *Filosofia E Theoria Geral do Direito*, Sao Paulo, pp. 1109–1138.

Krawietz W. (2001) The Concept of Law Revised — Directives and Norms in the Perspectives of a New Legal Realism, *Ratio Juris* 14, pp. 34–46.

Krawietz W. (1999) Legal Communication in Modern Law and Legal Systems. A Multi-Level Approach to the Theory and Philosophy of Law. Wintgens L.J. (ed.) *My Philosophy of Law. The Law in Philosophical Perspectives*, Dordrecht. Boston, pp. 69–120.

Krawietz W. (1994) Dual Concept of the Legal System? The Formal Character of Law from the Perspective of Institutional and Social Systems Theory. Krawietz W., MacCormick N., Wright G.H. von (eds.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*, Berlin, pp. 43–52.

# Comparative Study of BRICS Decisions Regarding the Main Guidelines of International Financial and Economic Infrastructure Reform

---

---



**Irina Makarova**

Associate Professor at the Financial Law Department, School of Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 17 Promyshlennaya Str., Saint Petersburg, 19809917, Russian Federation. E-mail: irina.a.makarova@gmail.com

---



## Abstract

Undoubtedly, BRICS have considerable influence in the world. The leaders of BRICS countries decided to create new financial and economic infrastructure and, hence, documents and resolutions adopted by BRICS countries and relevant G20 documents can be considered to be of great importance. A detailed analysis of these documents enables us to trace the turning points in the development of BRICS countries and recognize key factors, which further influence effective cooperation and collaboration.

In this regard, it seems important to study the role of BRICS in the international arena, analyzing the importance of joint BRICS' declarations on the collaboration and cooperation within BRICS, the problems of reforming international monetary and financial institutions, and establishing new financial and economic infrastructure establishment.

Certainly, the establishment of new financial and economic infrastructure is extremely complicated. In this article the author shows that BRICS countries decided that it was necessary not only to reform existing institutions, but also to establish new ones, such as the BRICS Development Bank.

---



## Keywords

BRICS, reform, international norms, treaties, cooperation, Development Bank

---

---

Citation: Makarova I. (2014) Comparative Study of BRICS Decisions Regarding the Main Guidelines of International Financial and Economic Infrastructure Reform. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 152–159. (in English)

The Foreign Policy Philosophy<sup>1</sup> of the Russian Federation suggests that Russia should develop international cooperation within the BRICS framework: “Russia attaches great importance to ensuring sustainable manageability of global development, which requires collective leadership by the major states of the world, which, in turn, should be representative in geographical and civilizational terms and fully respect the central and coordinating role of the UN. To these ends, Russia will increase its participation in such formats as the Group of Twenty, BRICS (Brazil, Russia, India, China and the Republic of South Africa), the Group of Eight,

---

<sup>1</sup> The Foreign Policy Philosophy of the Russian Federation (approved by the President of RF on 12 February 2013).



the Shanghai Cooperation Organization, the RIC (Russia, India and China) alongside other organizations and platforms for dialogue”.<sup>2</sup> From this perspective, it seems important to study the international role of BRICS, analyzing the importance of joint BRICS’ declarations on one of the numerous lines of collaboration and cooperation within BRICS vis-à-vis problems of reforming of international monetary and financial institutions and creating new financial and economic infrastructure.

Undoubtedly, BRICS countries have considerable influence in the world. As stated in paragraph 5 of the Concept of Participation of the Russian Federation in BRICS, the basis of BRICS authority in the international arena derives from the growing economic power of member countries, the “importance of their activities as a major driving force of the global economy, their significant share of the world population and their rich natural resources”.<sup>3</sup> Indeed, BRICS countries account for 40% of the world’s population, a quarter of the world’s resources and 30% of global land mass. BRICS countries are responsible for two thirds of global economic growth in recent years. Such collaboration and cooperation between emerging economies can offer a fresh approach to global finance management.

BRICS leaders decided to create a new financial and economic architecture, consequently, publishing and adopting various documents and resolutions within BRICS and the G20. A detailed analysis of these documents enables us to trace the turning points in the development of BRICS countries and to identify key factors, which can influence further effective cooperation and collaboration.

The first ever four-party summit of BRIC countries (Brazil, Russia, India, China) took place on the island of Hokkaido in Toyako on July 9, 2008 during the G8 summit. The BRIC summit was a Russian initiative. Dmitry Medvedev, then-President of the Russian Federation, Hu Jintao, then-President of the PRC, Manmohan Singh, then-Prime Minister of India, and Luiz Inácio Lula da Silva, then-President of Brazil met at the summit to discuss the most urgent modern economic issues. Ban Ki-Moon, the Secretary-General of the UN, Robert Bruce Zoellick, then-President of the World Bank, Dominique Strauss-Kahn, then-Managing Director of the International Monetary Fund (IMF), José Ángel Gurría, the Secretary-General of the Organisation for Economic Co-operation and Development, Nobuo Tanaka, then-Executive Director of the International Energy Agency, and Jean Ping, then-Chairman of the Commission of the African Union, also took part in the G8 Summit. The summit’s agenda was devoted to issues of international and regional security, environmental protection, aid to developing countries and, of course, world economic and financial issues. After the Toyako summit, the number of summits between the heads of BRICS countries, as well as between their finance ministers and governors of national central banks, devoted to aspects of cooperation and search for solutions to shared issues, has greatly increased.

BRICS summits for the countries’ finance ministers were held on November 7, 2008 in San Paulo and on March 13, 2009 in London. The Joint Communiqué, expressing BRICS joint position on current global financial problems, including the causes of and solutions for recovery from the global economic crisis, was adopted during the summits. In the first Joint Communiqué, issued on November 7, 2008, BRICS finance ministers called for a reform of multilateral institutions: “We called for the reform of multilateral institutions in order that they reflect the structural changes in the world economy and the increasingly central role that emerging

---

<sup>2</sup> The Foreign Policy Philosophy of the Russian Federation (approved by the President of RF on 12 February 2013).

<sup>3</sup> Concept of Participation of the Russian Federation in BRICS (approved by the President of RF).

markets now play. We agreed that international bodies should review their structures, rules and instruments in respect of aspects like representation, legitimacy and effectiveness and also to strengthen their capacity in addressing global issues. Reform of the International Monetary Fund and of the World Bank Group should move forward and be guided towards more equitable voice and participation balance between advanced and developing countries. The Financial Stability Forum must immediately broaden its membership to include a significant representation of emerging economies”.<sup>4</sup>

The summit for BRIC finance ministers took place on March 13 2009 in Horsham, United Kingdom, on the eve of the summit for G20 finance ministers and national bank governors. The BRIC summit set out the guidelines for top priority joint efforts and vectors of cooperation in the reform of international financial and economic infrastructure. The BRIC ministers concluded that the stabilization of the international financial system by means of recapitalization, liquidity support and bank balance resolution through necessary public actions, was a top priority. They also decided that all the measures should be undertaken in such a way as to not thwart the efforts required to ensure medium-term and long-term microeconomic stability, while taking into account the specific characteristics of each country: “We should avoid protectionism of all kinds and not allow to act as a disruptive force to the global economy”.<sup>5</sup> Significantly, the problem of economic growth stimulation and financial consolidation was one of the priorities on the G20 agenda.

The finance ministers proposed measures to replenish IMF assets, including Special Drawing Rights (SDR) distribution and a new flexible credit mechanism, which took into account preventive measures. Additionally, the finance ministers proposed the early implementation of new patterns for the replenishment of IMF assets, including the speeding-up of the IMF gold sale procedures. These proposals were not as prominent, but no less important. Following the summit, these provisions were reflected in the summit resolutions in London, Pittsburg and Seoul. The provisions highlighted the growth of IMF’s supervision potential, the importance of concentrated and unprejudiced supervision of all IMF member countries, in particular developed countries with major international financial centers and large cross-border capital flows. This proposal was reflected in the «process of peer assessment», and a relevant resolution was adopted at the Pittsburg G20 summit on September 24–25, 2009.

The Pittsburg summit also confirmed «the status of the G20 as a coordination centre for the resolutions of word economic and financial issues», formulated in the first paragraph of the Communiqué set out by the G20 prime ministers, which was adopted in March 2009.<sup>6</sup>

On September 4 2009 finance ministers and governors of BRICS national central banks held a special meeting in London during the G20 finance ministers’ summit. The final Communiqué stated the BRICS countries’ unified approach towards recovery from the financial and economic crisis and the reform of international financial institutions. Paragraph 9 of the Communiqué gives the definition of the objectives of the redistribution of 7% of quotas in the IMF and of 6% of quotas in the World Bank group, providing more reasonable distribution for developed and developing countries. The finance ministers did not support the idea of replac-

---

<sup>4</sup> Brazil, Russia, India and China Finance Ministers Joint Communiqué. São Paulo, November 7, 2008. Pr. 7.

<sup>5</sup> BRICS Finance Communiqué. Horsham, United Kingdom, March 13–14, 2009. Pr. 2, 3.

<sup>6</sup> Larionova M.V., Rakhmangulov M.R., Shelepov A.V., Sakharov A.G., Medushevsky N.A. Opportunities for cooperation in BRICS to work out solutions of BRICS and G20 on key lines of the international financial and economic architecture reform in the interests of Russia. *International Organizations Research Journal*, 2012, no 4, p. 227.

ing the IMF's International Monetary and Financial Committee with the Ministerial Council, in which decisions are made by means of weighted voting. The ministers opposed the idea because under the existing system of quotas, the Council would be a less representative body than the Committee, where decisions are taken on a consensus basis.

Consequently, the final documents and resolutions of the 2009 summits of BRIC's finance ministers and national central bank governors clearly demonstrated the country members' ability to share common positions and opinions and to influence the agenda in key ways in relation to the reform of international financial institutions.

The quadripartite BRIC summits became popular not only with the BRIC finance ministers and central bank governors, but also with the representatives of public organizations, regional, municipal and local authorities and the academic community. For instance, two research and training conferences, sponsored by the government of St. Petersburg, were held on May 22–23, 2008 and May 14–15, 2009 in St. Petersburg. Conference participants included representatives from municipal authorities and universities from Rio de Janeiro, Mumbai, Shanghai and Qingdao. The Russian Federation Public Chamber organized an international conference, held in Moscow on December 8–9, 2008, for experts from research centers and representatives of BRIC foreign services. In May 2009, the Indian research center "Observer" held an expert and political science BRIC conference in New Delhi, which dealt with issues relating to the global financial and economic crisis. The conference resulted in the recommendations setting out further development of collaboration between BRIC countries.

On 1–2 September 2009, the BRIC International Competition Conference took place in Kazan, Russia, initiated by the Federal Monopoly Service of Russia (FAS) and sponsored by the Russian government. This conference concluded with the signature of the Joint Communiqué, in which the leaders of competition authorities of BRIC countries confirmed their willingness to further exchange ideas relating to competition policies' development and law enforcement in the course of four-party meetings and agreed to organize an International Competition Conference under the aegis of BRIC on a regular basis.<sup>7</sup>

The first BRIC summit took place on 16 June 2009 in Yekaterinburg, Russia. During this summit, the heads of the BRIC member countries adopted the Joint Declaration<sup>8</sup> and a separate document on world food security. The Joint Declaration stated the problem of reforming global financial institutions, specifically focusing on the issue that such reforms should reflect current changes to the world economy. Paragraph 3 of the Declaration states: "The emerging and developing economies must have greater voice and representation in international financial institutions, whose heads and executives should be appointed through an open, transparent, and merit-based selection process". The leaders of BRIC countries agreed that it was essential to have stable, foreseeable and more diverse currency systems. BRIC leaders discussed the characteristics of the new financial economic infrastructure. Specifically, the underlying principles of the reforms would include "democratic and transparent decision-making and implementation process at the international financial organisations; solid legal basis; compatibility of activities of effective national regulatory institutions and international standard-setting bodies; and the strengthening of risk management and supervisory practices"<sup>9</sup>.

The second BRIC summit took place on April 15, 2012 in Brasilia (Brazil), and resulted in the issue of a Joint Communiqué, which outlined the countries' common vision of the current

---

<sup>7</sup> For more information, see [www.economy.gov.ru](http://www.economy.gov.ru).

<sup>8</sup> Joint Statement of BRIC Countries' Leaders. Yekaterinburg, Russia, June 16, 2009.

<sup>9</sup> Joint Statement of BRIC Countries' Leaders. Yekaterinburg, Russia, June 16, 2009. P. 4.

stage of world development. Paragraph 11 of the Joint Communiqué highlighted the necessity of the effective completion of the reforms of Bretton-Woods institutions and the problem of the IMF's and World Bank's lack of legitimacy. The BRIC countries concluded: "Reforming these institutions' governance structures requires first and foremost a substantial shift in voting power in favor of emerging market economies and developing countries to bring their participation in decision making in line with their relative weight in the world economy"<sup>10</sup> The Joint Communiqué emphasized the necessity of increasing the representation of developing countries.

The third BRICS<sup>11</sup> summit took place on April 14, 2011 in Sanya on the island of Hainan, China, and dealt with the problems of reforming and improving the international monetary system to a greater degree than at previous BRIC summits. In the adopted declaration, BRICS leaders concluded that "the governing structure of the international financial institutions should reflect the changes in the world economy, increasing the voice and representation of emerging economies and developing countries".<sup>12</sup> The heads of BRICS countries clearly expressed their opinion on SDR, as well as the composition of the SDR currency basket, considering it necessary to support and continue the discussion on the role of SDR in the existing international monetary system: "We call for further international financial regulatory oversight and reform, strengthening policy coordination and financial regulation and supervision cooperation, and promoting the sound development of global financial markets and banking systems".<sup>13</sup>

Despite BRICS' calls to action, no new proposals regarding the reform of global financial institutions were discussed at the G20 summit on November 3–4, 2011 in Cannes (France). G20 leaders agreed that "the SDR basket composition should continue to reflect the role of currencies in the global trading and financial system and be adjusted over time to reflect currencies' changing role and characteristics. The SDR composition assessment should be based on existing criteria, and we ask the IMF to further clarify them. A broader SDR basket will be an important determinant of its attractiveness, and in turn influence its role as a global reserve asset. This will serve as a reference for appropriate reforms. We look forward to reviewing the composition of the SDR basket in 2015, and earlier if warranted, as currencies meet the criteria, and call for further analytical work of the IMF in this regard, including on potential evolution. We will continue our work on the role of the SDR".<sup>14</sup> Paragraph 13 of the joint declaration suggests that G20 leaders postponed the revision of the SDR basket composition until 2015 instead of making a decision in 2011.

At the fourth BRICS summit, held in Delhi on March 29, 2012, the leaders of the member countries expressed their concern regarding the slow reform of the IMF's system of quotas and management. The Delhi Declaration set out specific time limits: "We see an urgent need to implement, as agreed, the 2010 Governance and Quota Reform before the 2012 IMF/World Bank Annual Meeting, as well as the comprehensive review of the quota formula to better reflect economic weights and enhance the voice and representation of emerging market and developing countries by January, 2013, followed by the completion of the next general quota review by January 2014".<sup>15</sup> BRICS leaders also discussed the need for a more integral and objective system

---

<sup>10</sup> Second BRIC Summit of Heads of State and Government: Joint Statement. Brasília, April 15, 2010.

<sup>11</sup> South Africa became a member country in December 2010.

<sup>12</sup> Sanya Declaration. Sanya, Hainan, China, April 14, 2011. Pr. 15.

<sup>13</sup> *Ibid.*, Pr. 10.

<sup>14</sup> G20 Cannes summit final declaration «Building our common future: renewed collective action for the benefit of all» draft. Cannes, 4 November, 2011. Pr. 13.

<sup>15</sup> Delhi Declaration (Fourth BRICS Summit). New Delhi, March 29, 2012. Pr. 9.

of supervision. The Delhi Declaration specifically discussed the problem of the appointment of the heads of IMF and World Bank. The Declaration further stressed the importance of giving preference to candidates from developing countries: “We welcome the candidatures from the developing world for the position of the President of the World Bank. We reiterate that the Heads of IMF and World Bank be selected through an open and merit-based process. Furthermore, the new World Bank leadership must commit to transform the Bank into a multilateral institution that truly reflects the vision of all its members, including the governance structure that reflects current economic and political reality. Moreover, the nature of the Bank must shift from an institution that essentially mediates North-South cooperation to an institution that promotes equal partnership with all countries as a way to deal with development issues and to overcome an outdated donor- recipient dichotomy”.<sup>16</sup>

In addition to discussing IMF and World Bank reform, BRICS leaders decided to establish a New Development Bank in order to mobilize resources for infrastructure and sustainable development projects in BRICS countries. As set out by the heads of BRICS countries, this bank would build on the existing efforts of international and regional financial institutions and would be oriented toward global growth and development. The BRICS finance ministers were charged with the task of examining the possibility of creating such a bank. The finance ministers created a joint working group, whose job was to submit a detailed report on the feasibility and viability of setting up the New Development Bank by the fifth BRICS summit.

The most significant resolutions adopted by BRICS was the eThekweni Declaration. The eThekweni Declaration and the eThekweni Action Plan, adopted on March 27 2013 in Durban (the RSA) at the fifth BRICS summit, constitute a draft roadmap for the BRICS monetary system, set up as an alternative to the «Dollar Empire». <sup>17</sup>

Paragraph 13 of the eThekweni Declaration shows BRICS leaders’ concern regarding the slow pace of IMF reform: “We remain concerned with the slow pace of the reform of the IMF. We see an urgent need to implement, as agreed, the 2010 International Monetary Fund (IMF) Governance and Quota Reform. We urge all members to take all necessary steps to achieve an agreement on the quota formula and complete the next general quota review by January 2014”.<sup>18</sup>

One of the most important provisions of the eThekweni Declaration is the establishment of a new financial institution, a New Development Bank «for mobilizing resources for infrastructure and sustainable development projects in BRICS and other emerging economies and developing countries»<sup>19</sup>. Paragraph 9 of the Declaration states: “Developing countries face challenges of infrastructure development due to insufficient long-term financing and foreign direct investment, especially investment in capital stock. This constrains global aggregate demand. BRICS cooperation towards more productive use of global financial resources can make a positive contribution to addressing this problem... We have agreed to establish the New Development Bank. The initial contribution to the Bank should be substantial and sufficient for the Bank to be effective in financing infrastructure”.<sup>20</sup> The inclusion of the statement regarding the establishment of the New Development Bank into the text of the Declaration, signed by the leaders

---

<sup>16</sup> Ibid., Pr. 12.

<sup>17</sup> Konkov N. BRICS fortunes the brave. *Zavtra*. no 14 (1011). 2013.

<sup>18</sup> EThekweni Declaration (BRICS and Africa: Partnership for Development, Integration and Industrialisation). Durban, South Africa, March 27, 2013.

<sup>19</sup> Ibid., Pr. 9.

<sup>20</sup> Ibid., Pr. 9.

of all BRICS member countries, is an important and, to some extent, crucial moment toward the establishment of this new financial institution establishment.

The decision to set up the New Development Bank germinated long before the fifth BRICS summit. In February 2012 national central BRICS banks' governors met during the G20 summit events, with India leading the initiative to establish a common Development Bank in order to develop infrastructure projects. In the Joint Declaration of the sixth session of the high-level Russian-Brazilian cooperation committee, signed on 20 February 2013 in Brasilia, Dmitry Medvedev, the Prime Minister of the Russian Federation, and Michel Temer, the Vice-President of the Federative Republic of Brazil, confirmed the intention to establish a New Development Bank, as set out at the previous BRICS summit. A month later, the Joint Declaration of the Russian Federation and the People's Republic of China on mutually beneficial cooperation and development of the overall partnership strategic cooperation, signed in Moscow on 22 March 2013, considered the problem of the New Development Bank and a currency reserve pool establishment. The final point was made in the eThekweni Declaration.

In one of his speeches devoted to the establishment of the BRICS Development Bank, Vladimir Putin, the President of the Russian Federation, said: "Russia supports the effective use of BRICS' economic potential in order to expand mutual trade and investments and ramp up industrial and technological collaboration. The establishment of a BRICS development bank will help this initiative. In this regard, I would like to note that Russia is in favor of this financial institution being created, but we will proceed from this: if it is created, it will work exclusively on market principles and will render support to the business community of all of our countries".<sup>21</sup>

BRICS countries have taken an important step. The decision to establish the BRICS Development Bank demonstrates great progress in economic development across BRICS over the last few decades. For example, the current total GDP of BRICS member countries and GDP of the developed countries at the time of the formation of the Bretton-Woods financial institutions are comparable. The total volume of trade in 2012 amounted to 340trn USD. All analysts purport that by 2050 the total size of BRICS economies will exceed that of the G7 countries. The establishment of the BRICS Development Bank will also lead to a change to the balance of global political and economic power: BRICS member countries can show the world their readiness and ability to work together. While developed countries struggle to solve their problems, developing countries are taking their future into their own hands. The establishment of a currency reserve pool forms part of the plan to support the national currencies of the BRICS countries.

Undoubtedly, the establishment of a new financial and economic infrastructure is extremely complicated. BRICS countries have come to the conclusion that it is necessary not only to reform the existing institutions, but also to establish new ones, such as the BRICS Development Bank. Unified strategy and integral consistency of actions are necessary for the effective cooperation between BRICS countries, which in turn should lead to the implementation of common goals in the future. The world is the BRICS' oyster. BRICS countries can look to the successes and failures of already established global financial and political institutions, such as the European Monetary Unit, when making decisions regarding their own institutions. All BRICS countries — Brazil, Russia, India, China and the RSA — should be equally interested in the establishment of a new international financial and economic infrastructure.

---

<sup>21</sup> "BRICS countries can establish the Development Bank." March 27, 2013, <http://top.rbc.ru/economics/27/03/2013/851299.shtml>



## References

*Brazil, Russia, India and China Finance Ministers Joint Communiqué.* São Paulo, November 7, 2008.

*BRICS countries can establish the Development Bank.* March 27, 2013 Available at <http://top.rbc.ru/economics/27/03/2013/851299.shtml>. (accessed 12.09.2014)

*BRICS Finance Communiqué.* Horsham, United Kingdom, March 13-14, 2009.

*Concept of Participation of the Russian Federation in BRICS* (approved by the President of the RF).

*Delhi Declaration (Fourth BRICS Summit).* New Delhi, March 29, 2012.

*EThekweni Declaration (BRICS and Africa: Partnership for Development, Integration and Industrialization).* Durban, South Africa, March 27, 2013.

G20 Cannes summit final declaration “Building our common future: renewed collective action for the benefit of all” draft. Cannes, 4 November 2011.

*Joint Statement of BRIC Countries’ Leaders.* Yekaterinburg, Russia, June 16, 2009.

Konkov N. (2013) BRIKS pokoryaetsya smelym [BRICS fortunes the brave]. *Zavtra*, no 14 (1011).

Larionova M.V., Rakhmangulov M.R., Shelepov A.V., Sakharov A.G., Medushevsky N.A. (2012) Vozmozhnosti dlya sotrudnichestva v BRIKS dlya razvitiya BRIKS i Bol’shoy Dvadtsatki po finansovo-ekonomicheskim reformam v interesakh Rossii [Opportunities for cooperation in BRICS to work out solutions of BRICS and G-20 on key lines of the international financial and economic architecture reform in the interests of Russia]. *International Organizations Research Journal*, no 4.

*Sanya Declaration.* Sanya, Hainan, China, April 14, 2011. Pr. 15.

*Second BRIC Summit of Heads of State and Government: Joint Statement.* Brasília, April 15, 2010.

*The Foreign Policy Philosophy of the Russian Federation* (approved by the President of the RF on 12.02.2013).

# The Constitutional Status of the President of the Federative Republic of Brazil as the Head of State — a Member of the BRICS

---

---



**Tatiana Alexeeva**

Professor, Dean of the Law Faculty, National Research University Higher School of Economics. Address: 17 Promyshlennaya Str., Saint Petersburg, 19809917, Russian Federation. E-mail: ta\_al@mail.ru

---



## **Abstract**

This article is devoted to the analysis of the constitutional status of the President of Brazil, as guaranteed by the Brazilian constitution, vis-à-vis the statuses of heads of states of other BRICS countries. Although the president's position is outlined in the national constitution, it takes into account the country's federative structure: the president (Presidente da República) acts as the representative of the union internally and represents Brazil abroad. The presidential term of four years is one of the shortest when compared to other BRICS countries. The president is elected directly by the Brazilian people. Direct election is more typical in countries with presidential governments, where the direct mandate provides a higher degree of legitimacy to the executive office. The office term can end early for three reasons: 1) conviction for the commitment of crimes de responsabilidade (crimes of malversation) by resolution of the Federal Senate, or by sentence of the Federal Supreme Court on commitment of infrações comuns (common criminal offenses); 2) in the event of death, resignation, loss to the right to vote or loss of citizenship; 3) resolution of the National Congress to declare the office vacant. In Brazil, as well as in India and South Africa, the president is the country's chief executive. The president's powers are classified into three categories: deriving from his/her role as the head of a state, the head of government, or the head of federal administration. The President of Brazil, like the president of Russia, has the strongest position of authority in the higher bodies of the governmental system.

---



## **Keywords**

Brazil; BRICS; head of state; President; executive power, impeachment.

---

---

Citation: Alexeeva T. (2014) The Constitutional Status of the President of the Federative Republic of Brazil as the Head of State — a Member of the BRICS. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 160–170. (in English)

The role of the BRICS' heads of state and government is significant. During their annual meetings, they adopt various BRICS declarations, which play a fundamental role in the development of an alliance between the five countries. Each head of state has a different constitutional status in his/her own country, albeit there are some similarities. The presidents of Brazil and the Russian Federation hold the strongest positions in the higher bodies of their respective governmental systems. In this paper, I compare the legal status of the President of Brazil, guaranteed by the Brazilian constitution, to the statuses of the heads of state of the other BRICS countries.



*The constitutional and legal position of the president, as set out by the constitution of the Federative Republic of Brazil.* In Brazil the head of state is known as “the President of the Republic” (*Presidente da República*). The Brazilian constitution does not contain a definition of this concept, but it does provide the basis for its legal and practical understanding.

In contrast to Russia, India, South Africa and China, where the presidency is a relatively new concept, the office of the president goes back more than 120 years in the Federative Republic of Brazil. The presidency was first set out in the 24 February 1891 Constitution. This was the country’s first republican constitution, with Brazil having first proclaimed itself as a republic on 15 November 1889. The constitution enshrined the rejection of *poder moderador* (mediatory power) and introduced the classic three-element system of checks and balances, which is one of the basic principles of the organization of power in Brazil. The 1891 Constitution set out the federal structure of government in Brazil for the first time.<sup>1</sup>

The constitutional draft, submitted to the 1987–1988 constituent assembly, initially set up Brazil as a parliamentary republic.<sup>2</sup> However, during the course of discussions, a proposal was made to amend the text in favor of establishing a presidential republic. This decision was supported by the majority of the assembly (61.53% voted ‘for’)<sup>3</sup> and was enshrined in the constitution, promulgated on 5 October 1988.<sup>4</sup>

The constitutional provisions concerning the president’s post reflect the president’s position in the system of higher authorities in Brazil. The constitutional and legal position of the Brazilian president is outlined in Title IV “The Organization of the Powers”. Chapter I “The Legislative Power” sets out the powers of the Brazilian legislature. Chapter II “The Executive Power” is divided into four sections: “The President and the Vice President of the Republic” (art. 76–83), “Duties of the President of the Republic” (art. 84), “Liability of the President of the Republic” (art. 85–86), “The Ministers of the State” (art. 87).<sup>5</sup> This arrangement of constitutional provisions, where the legislature precedes the executive office, was specifically designed this way in order to demonstrate that the presidency was second to the National Congress in a system of federal bodies. Similar provisions are included in the South African constitution. The presidency occupies a peculiar position in the Chinese constitution and reflects Chinese constitutional founders’ attempt to avoid the accumulation of significant state power in the hands of one person and the establishment of a regime of personal power. In Indian and Russian constitutions, however, the president assumes a leading position within the hierarchy of state bodies.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> *Accioli W.* Instituições del derecho constitucional. Rio de Janeiro, 1981. P. 392–398; *Valladão H.* Historia do Direito Especialmente do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 1980. P. 171–174; *Trigueiro O.* O novo presidencialismo // As tendências naturais do direito público: Estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco. Rio de Janeiro, 1976. P. 363–386; *Russomano R.* Dos poderes legislativo e executivo. Rio de Janeiro, 1976. P. 198–208; *Chacon V.* Vida e Morte das Constituições Brasileiras. São Paulo, 1987. P. 99–126; *Roure A. de.* A Constituinte Republicana. Vol. 1. Brasília, 1979. P. 229–243, 459–479.

<sup>2</sup> *Projeto de Constituição. Parecer do relator B. Cabral* sobre as emendas oferecidas em plenário. Brasília, 1988. 43 p.

<sup>3</sup> *Vianna Lopes J.A.* A Carta da Democracia. O processo constituinte da ordem pública de 1988 / Prefácio B. Cabral. Rio de Janeiro, 2008. P. 146.

<sup>4</sup> *Vianna Lopes J.A.* Op.cit. P. 109–111, 145–147, 171–179; *Pilatti A.* A Constituinte de 1987–1988. Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo. Rio de Janeiro, 2008. P. 172–176; *Reale M.* De Tancredo a Collor. São Paulo, 1992. P. 215–220.

<sup>5</sup> <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const>

<sup>6</sup> The status of the president of India is set out in art. 52–65 of Chapter I “Executive power” (Part V), which precedes provisions devoted to other federal powers and bodies. Chapter IV “President of the Russian Federa-

*Job title.* Prominent Brazilian constitutionalist J. Afonso da Silva emphasizes the official title of the President of Brazil — “The President of the Republic”, rather than “The President of the Union (Federation)”. da Silva notes that, although the republic is federative, the term used in the constitution “covers the entire state reality: when at home, the president acts as the representative of the Union (Federal) Government; when abroad, he represents the community of Brazil as a republic.”<sup>7</sup> Anyway, his powers “are not identified with the powers of the Federal Government.”<sup>8</sup> In constitutional theory of Brazil, the president is recognized as the head of state and the representative of the Federative Republic to foreign countries. Brazilian constitutionalists point out that the president actually performs the functions of both the head of state and the head of government.<sup>9</sup> It should be noted that in India and South Africa, as in Brazil, the president is also the country’s chief executive. In Russia and China, however, the head of state is not included in the structure of executive bodies. It is noteworthy that the president is called “the head of state” only in the Russian (i.1, Art. 80) and South African (i. “a”, Art. 83) constitutions.

*The president’s term of office.* The term of office for the Brazilian president is four years (art. 82). The current length of the presidential term of office was introduced in 1994, replacing the initial five-year term.<sup>10</sup> It is the shortest term of office out of all the BRICS, especially when compared to Russia where the president’s term lasts six years (art. 81). Moreover, since 1997, the Brazilian constitution allows the president to be elected for consecutive terms (art. 82); previously, the presidency was limited to one term. The practicality of serving consecutive terms was an active topic of scholarly debate in Brazilian literature on constitutional law.<sup>11</sup>

*Procedure for assuming office.* The heads of all BRICS countries are popularly elected. However, each country’s constitutionally set procedures for elections are different. Russian constitutionalists purport that “direct elections are more typical for countries with presidential [and semi-presidential] governments (except for the USA and Indonesia), where the ‘direct’ mandate from the electors provides greater legitimacy to the office”<sup>12</sup> A similar view is taken by Brazilian scholars.<sup>13</sup> The same logic can be applied to BRICS countries: direct elections take place in Brazil and Russia. In India, such elections are indirect. In China and the RSA, the heads of state are elected through representative bodies, elected by the people.

Election procedures are set out in detail in the Brazilian constitution. The dates of elections are clearly stated: the first Sunday of October for the first round, and the last Sunday of October for the second round (if required) of the year preceding the final year of the current president’s term of office (art.77). Before 1997, elections took place 90 days before the end of the

---

tion” (art. 80–93) precedes chapters of the Constitution of Russia, which determine the status of other supreme federal bodies.

<sup>7</sup> Afonso da Silva J. Comentário contextual à Constituição. Brasil. 2009. P. 473.

<sup>8</sup> Afonso da Silva J. Comentário contextual à Constituição. P. 473–474; Araujo L.A.D., Serrano Nunes j. V, Curso de direito constitucional. São Paulo. 2004. P. 283–289.

<sup>9</sup> Afonso da Silva J. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo. 1990. P. 465–466.

<sup>10</sup> Afonso da Silva J. Comentário contextual à Constituição. P. 480.

<sup>11</sup> Accioli W. Op.cit. P. 402–403; Constituinte. Anteprojeto da comissão Afonso Arinos. Comentado por Duarte Pereira O. Brasília, 1987. P. 71.

<sup>12</sup> Cherkasov A.I. *Institute of the Head of State and its Varieties*. Comparative Constitutional Law / ed. by V.E. Chirkin. Moscow, 2002. P. 359 (in Russian).

<sup>13</sup> Trigueiro O. O novo presidencialismo // As tendências naturais do direito público: Estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco. Rio de Janeiro, 1976. P. 385–386; Accioli W. Op.cit. P. 402; Acquaviva M.C. Teoria geral do estado. São Paulo. 1987. P. 195.

presidential term of office. The Brazilian constitution requires for each presidential candidate to be registered with a political party. A candidate becomes president if he attains an absolute majority in the first round of voting. If no candidate attains a majority in the first round, the two candidates with the highest number of votes take part in the second round, which is held within twenty days of the announcement of the result of the first round. In this case, the candidate with the majority of valid votes becomes the president (art. 77). The election of the vice-president takes place at the same time. Direct elections are in place for selecting the president and the vice-president, with one notable exception. The national congress, rather than voters, can appoint the president and the vice-president if the post becomes vacant during the last two years of the president's term of office (§ 1 art. 81).<sup>14</sup>

*Requirements for a presidential candidate.* As in Russia, the Brazilian president and vice-president must be at least 35 years old when they assume office. Candidates are also required to have Brazilian citizenship, must be able to vote, must be registered to vote, must live in an electoral district, must be a member of a political party, and must resign from any other political office six months ahead of the presidential election (§ 3 and 6, art.14).

*The commencement of the president's term of office.* The Brazilian constitution sets out that the president's term of office commences on 1 January of the year following the year of his/her election (art. 82). In other BRICS countries the commencement of the term of office is determined by the effective time of inauguration (for example, the Russian constitution sets this out in p.1 of art. 92).

The Brazilian constitution sets out the presidential oath, recited by the president during inauguration: “maintain, defend, and carry out the Constitution, obey the laws, promote the general well-being of the Brazilian people, sustain the union, the integrity, and the independence of Brazil” (§3 art. 57, art. 78). This constitutional provision sets forth the intermediate position of the text of the Brazilian constitution compared with that of the other BRICS countries. The exact text of the oath is set out in the Russian (p. 1 art. 82) and the Indian constitutions (art. 60). The RSA constitution sets out the general idea of the oath (giving the oath in “allegiance to the Republic and Constitution carrying out” (art. 87)), while the PRC constitution just makes reference to the fact of giving an oath. The giving of the oath by the chief executive is a public and solemn act in all BRICS countries. In Brazil, the president gives his/her oath during a session of the National Congress. (art. 78).

*The end of the term of office of the President of Brazil.* Similar to other BRICS countries, the end of the president's term of office can take one of two forms: expiration of the term of office or early termination of office. In Brazil, the president's term of office normally ends due to the expiration of a four-year presidential term.

Brazilian constitutional law lists the following reasons for the early termination of office: 1) *cassação* — conviction by Federal Senate resolution for committing *crimes de responsabilidade* or by Federal Supreme Court sentence for committing *infrações comuns*; 2) *extinção* — early termination of office in the event of death, resignation, loss of the right to vote or loss of citizenship; 3) *declaração de vacância do cargo* — the National Congress resolution to declare the office vacant, in the instance that the president has not assumed office ten days from the date scheduled for inauguration (except for reasons of *force majeure*) (§1 art.78) or when the president leaves the country without authorization from the National Congress for a period of more than 15 days (art. 83).<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Afonso da Silva J. Comentário contextual á Constituição. São Paulo. 2009. P. 479–480.

<sup>15</sup> Afonso da Silva J. Comentário contextual á Constituição. P. 479–480.

Unlike the Russian constitution, in Brazil, illness cannot be considered a reason for impeachment. *Impedimento* is a temporary period during which the president is not presiding, owing to actual and legally relevant reasons, which include: 1) authorization from the National Congress; 2) illness; 3) a vacation; 4) suspension from office.<sup>16</sup>

*Removal of the president from office.* The constitutions of all BRICS countries, except the PRC, enshrine the procedures for holding the head of state to account through a removal from office.

This procedure, termed in scholarly literature as *cassação* — or impeachment — of the president's mandate is set out in the Brazilian constitution (art. 85–86). Impeachment proceedings may be commenced if the president violates the law (§4, Art. 86). There are two types of offences: common crimes (*infrações comuns*) and malversation (*crimes de responsabilidade*). Criminal offenses are set out in the country's criminal law. Malversion acts are defined by “a special law, containing not only substantive laws, but also the ‘rules of procedure and trial’” (Sole paragraph, Art. 85). *Crimes de responsabilidade* are divided into two groups in constitutional law: political offenses and public malfeasance.<sup>17</sup>

The first group deals with offenses against the federal constitution, primarily with offences against “the existence of the Union” and “the free exercise of legislative power, judicial power, public prosecution and constitutional powers of the units of the federation, the exercise of political, individual and social rights, and the internal security of the country.” The second group of offenses is aimed at violations of “probity in the administration, the budgetary law, compliance with the laws and with court decisions” (art. 85). Statutory Act 1.079, dated 10 April 1950, outlined responsibility for *crimes de responsabilidade*, in instances where the president and government ministers are the offenders. This act also established the procedure for bringing to account those responsible for committing such offences.

In order for impeachment proceedings to commence, two-thirds of deputies from the Chamber of Deputies, the lower house of the National Congress, must accept the charges against the president. The jurisdiction of the case depends on the type of offence committed by the president. The case shall be submitted to the Supreme Federal Court if the offence is an *infrações comuns* or to the Federal Senate, the upper house of the National Congress, if the case is a *crime de responsabilidade* (art. 86).

The president shall be temporarily suspended from his/her political functions during the case proceedings, but he/ she shall resume his/her functions if the trial has not come to an end after a period of one hundred and eighty days (§1, §2, art. 86). If convicted, either by a decision of the Supreme Federal Court or by a legal resolution of the Federal Senate, the president shall be brought to justice. Additionally, in a case of a conviction, the president sustains “the loss of office”, whereby his/her powers as the head of state are terminated ahead of the official end of term office. In a sense, this is not only a legal liability, but also “a political sanction”.<sup>18</sup>

The constitutionally prescribed procedure was implemented in 1992. As a result, then-president Fernando Collor de Mello forfeited the right to occupy a high office before the end of the presidential term by the decision of the Federal Senate.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Afonso da Silva J. Curso de direito constitucional positivo. P. 469–470.

<sup>17</sup> Afonso da Silva J. Comentário contextual à Constituição. P. 490.

<sup>18</sup> Ramos Tavares A. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, 2013. P. 1048.

<sup>19</sup> Cerqueira M. Constituição e o Direito Anterior: o Fenômeno da Recepção. *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva / Coord. Grau E.R. e Da Cunha S.S.* São Paulo, 2003. P. 198–220; Reale M. De Tancredo a Collor. São Paulo, 1992. P. 347–350.

*The vice-president.* There was no office of the vice-president always the history of Brazil. The 1934 and 1937 constitutions did not set out provisions for this post. It was not until 1946 that the constitution returned to the system established in 1891, introducing the position of the vice-president “as a substitute and successor to the president”.<sup>20</sup>

The vice-president of Brazil shall be elected at the same time as the president, and they shall take the oath, take office and exercise their powers within the prescribed term of office together. The Brazilian vice-president shall execute four functions: firstly, he/she shall replace the president “in the event of the president’s inability to execute his/her duties”; secondly, “he/she shall succeed the president in the event of vacancy” (art. 79); thirdly, “he/she shall assist the president whenever summoned by him/her for special missions”; fourthly, “other duties can be attributed to him by supplementary law” (§1 of art. 79).

The Brazilian vice-president shall temporarily assume the president’s office in the event that the president’s office becomes vacant, including in cases when the president has not taken office within ten days following the taking of the oath (except in the even of a *force majeure*) (art. 78) or when the president leaves the country without the approval of the National Congress for a period of more than fifteen days.

Early elections shall be held only in the event of vacancy of the offices of both the president and the vice-president, and they shall be declared by the National Congress within ninety days of the offices becoming vacant. Until a new head of state is elected, “the president of the Chamber of Deputies, the president of the Senate and the chief justice of the Supreme Federal Court shall be called successively to exercise the presidency” (art. 80). If the vacancy occurs during the last two years of the president’s term of office, the indicated period shall be shortened to 30 days.

*The powers of the Brazilian president* are mainly outlined in a non-limited list of “exclusive powers” (art. 84). J. Afonso da Silva classifies presidential powers into three functions: the head of state, the head of government, and the head of federal administration.<sup>21</sup> According to da Silva’s classification, as the head of state, the president is empowered to maintain relations with foreign states and accredit their diplomatic representatives (i.7); conclude international treaties, conventions and acts, ad referendum of the National Congress (i.8); call and preside over the National Defense Council (i.18); appoint, with the approval of the Federal Senate, the justices of the Supreme Federal Court and those of the superior courts (i.14); declare war, in the event of foreign aggression, authorized by the National Congress or confirmed by it, whenever it occurs between legislative sessions and, under the same conditions, to decree full or partial national mobilization (i.19); make peace, authorized or confirmed by the National Congress (i.20); award orders and honorary distinctions (i.21); permit, in the cases set forth by supplementary law, foreign forces to pass through national territory, or to remain temporarily therein (i.22).

As the head of government, the president has jurisdiction to appoint and dismiss the ministers of state (i.1); commence legislative procedure, in the manner and in instances as set out in the constitution (i.3); sanction, promulgate and order the publication of laws, as well as issue decrees and regulations for the true enforcement thereof (i.4); veto bills, wholly or in part (i.5); decree the state of defense and the state of siege (i.9); decree and enforce federal intervention (i.10); grant pardons and reduce sentences (i.12); exercise the supreme command of the Armed Forces, promote general officers and appoint them to offices held exclusively by them (i.13);

<sup>20</sup> Afonso da Silva J. Comentário contextual à Constituição. P. 473–474.

<sup>21</sup> Afonso da Silva J. Comentário contextual à Constituição. P. 481–489; Afonso da Silva J. Curso de direito constitucional positivo. P. 471–472.

appoint, with Senate's approval, the governors of the territories, the attorney-general of the Republic, the president and the directors of the Central Bank and other civil servants, when established by law (i.14); appoint, with due regard for the provisions of article 73 (i.15), the justices of the Federal Court of Accounts (i.15); appoint judges in the events provided by the constitution and the Attorney-General of the Union (i.16); call and preside over the Council of the Republic (i.18); submit to the National Congress the pluriannual plan, the bill of budgetary directives and the budget proposals (i.23); render, each year, accounts to the National Congress concerning the previous fiscal year, within sixty days of the opening of the legislative session (i.24).

As the head of federal administration, the president, with the assistance of the Ministers of State, can exercise the higher management of federal administration (i. 2, art. 84); provide for the organization and operation of the federal administration, as established by law (i.6); introduce and abolish positions in public authorities in accordance with the provisions of the law (including those applicable to public administration) (i.25); enter and abolish positions in public authorities in accordance with the requirements of the law (claim 25); fill and abolish federal government positions in the bodies of public administration, as set out by law (i.25).

*The powers of the president as representative of the state.* "Maintain[ing] relations with foreign states" (i.7, art. 84) comprises one of the competencies of the Brazilian president, similar to competencies of other BRICS heads of state. The 1988 constitution also grants the president the power to "conclude international treaties, conventions and acts, ad referendum of the National Congress" (i.8, art. 84) as part of his/her "exclusive powers". The constitution refers to the exclusive competency of the National Congress to "decide conclusively on international treaties, agreements or acts which result in charges or commitments that go against the national property" (i.1, art. 49).

The Brazilian constitution refers the competency to "accredit foreign states' diplomatic representatives" (i.7, art. 84) to "exclusive competencies". The head of state shall award decorations and honorary distinctions (i.21, art. 84).

*Powers of the president in the military.* The Brazilian president, like the presidents of Russia and India, is vested with extensive powers in the military sphere. Brazilian lawyers have repeatedly stressed the importance of the Brazilian armed forces in the country's constitutional history.<sup>22</sup> The 1891 Constitution declared the armed forces as "a permanent national institution" for the first time. The 1988 Constitution contains a special Chapter "the Armed Forces" in Section V (art. 142–143). The president shall exercise the supreme command of the Armed Forces, promote general officers and appoint them to the offices held exclusively by them (i.13, art. 84). He/she has the right to "declare war in the event of foreign aggression, authorized by the National Congress", or confirmed by it whenever it occurs between legislative sessions. Also, under certain conditions, he/she has the jurisdiction to decree full or partial mobilization of the Armed Forces (i.19, Art. 84).

The President may «make peace, authorized or confirmed by the National Congress» (i.20 art.84). The President may permit, in cases set out by supplementary law, foreign forces to pass through national territory, or to remain temporarily therein. (i. 22 art.84).

*Presidential powers in case of emergency.* BRICS constitutions vest their heads of state with special powers in cases of state emergency, with the Brazilian president's emergency powers outlined in (art. 136–141) Chapter I "The state of defense and the state of siege" of Title V "The

<sup>22</sup> Guimarães Teixeira Rocha M.E., Costa Ribeiro Bastos R. Os militares e a ordem constitucional republicana brasileira: de 1891 a 1964. "La Constitución es una cosa; los militares somos otra". Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. 2003. no 1. P. 425–446.

defense of the state and of democratic institutions”. The Brazilian president may decree the state of defense and the state of siege, as well as decree and enforce federal intervention (ii. 9, 10 Art. 84). The procedure for decreeing the state of defense or the state of siege is set out in Chapter I of Section V of the constitution (art. 136–141). The constitution defines the state of defense as “the situation during which events aimed at the preservation of the threatened public order and the social peace are delivered”.<sup>23</sup> The procedure for its decree is set out in detail in article 136.

The decree to institute the state of siege is “an extraordinary order lasting for a certain period of time and throughout specific locations, including the whole territory of the federation in order to provide and reestablish the force of the constitution, in case of serious national disturbance or war or foreign aggression”.<sup>24</sup>

The aim of the decree of the state of defense is clearly outlined in the constitution: “to preserve or to promptly reestablish, in specific or restricted locations, the public order or the social peace threatened by serious and imminent instability or affected by major natural calamities” (i.1, art. 136).

The state of siege can be declared, if, first, a serious nation-wide disturbance takes place or there is evidence that a measure used during the state of defense has proven ineffective, and, second, if there is a declaration of state of war or a response to foreign armed aggression (i. 1, art. 137).

The state of defense can be declared only in specific areas across the country, while the state of siege can be declared in specific areas, as well as across the whole territory of the country. The state of defense lasts for 30 days and may be extended once for another period of 30 days (§2, art. 136). The state of siege may be declared for 30 days, and can be extended for not more than 30 days, in the first instance. During a period of war or armed aggression, it can be declared for the entire duration of the event (§1 art. 138). The state of defense is declared and extended by a presidential decree, which is submitted to the National Congress within twenty-four hours, and shall be decided by absolute majority (§4 art. 136). In contrast, the state of siege is decreed and extended by a presidential act only after it has been adopted by absolute majority on the basis of the president’s address. In such an event, the National Congress shall be called to an extraordinary session if it is in recess (§4, 5 art. 138).

The provisions for presidential decrees, the procedures for examining his/her addresses to the National Congress and the order of implementation of emergency measures are set out fully in the constitution in the above-mentioned articles.

Federal intervention in the affairs of the states and federal districts, referred to as the competency of the Union (i.5, Art. 21), can be undertaken by the president, who must follow the requirements (grounds and procedures) outlined in article 34.<sup>25</sup>

*The president and the government.* As mentioned above, Brazil, along with India and the RSA, is one of three BRICS states where the president is the country’s chief executive. The Brazilian and South African constitutions don’t set out the government as a collective executive. The Brazilian constitution just describes the existence of ministers of state who “assist” the president in “exercising the higher management of the federal administration” (art. 76, i.2 art. 84). The fact that there is no collective government, alongside the fact that ministers are recog-

<sup>23</sup> Afonso da Silva J. Comentário contextual à Constituição. P. 619; Afonso da Silva J. Curso de direito constitucional. P. 637.

<sup>24</sup> Afonso da Silva J. Comentário contextual à Constituição. P. 621–622; Afonso da Silva J. Curso de direito constitucional positivo. P. 640.

<sup>25</sup> Afonso da Silva J. Comentário contextual à Constituição. P. 324–325.

nized as the head of state's consultants, is considered in Russian theory of constitutional law to be one of the specific features of a presidential republic.<sup>26</sup>

The concept of treating state ministers as assistants to the president was developed by Brazilian constitutional legal theory.<sup>27</sup> Ministers of state are appointed and dismissed by the president (i.1, art. 84). They can be chosen from among Brazilians over 25 years of age with the right to vote. Their duties include: the guidance, coordination and supervision of agencies and entities of federal administration in the area of his/her authority and countersigning acts and decrees signed by the president; issuing instructions for the enforcement of laws, decrees and regulations; submitting to the president an annual report on his/her administration of the ministry; performing acts pertinent to the duties assigned or delegated to him by the president or other acts in accordance with the constitution (art. 87). State ministers can be held criminally liable on the same grounds and in the same manner as the president. The ministers' roles and duties are outlined in Brazilian legislation (art. 88).

The constitution establishes two consultation bodies for the President: the Council of the Republic (art. 90) and the National Defense Council (art. 91). These consultation bodies are regulated by and run according to relevant legislation. According to the constitution, the Council of Republic has the jurisdiction to express opinion on federal intervention, state of defense and state of siege, as well as other important matters relevant to the stability of democratic institutions (i.1, art. 90). The National Defense Council has the right to express opinion in the event of declaration of war or making peace, the declaration of state of defense, state of siege and federal intervention. It can also propose criteria and conditions for the use of areas which are indispensable to the security of the national territory, and to express opinion on their use, as well as study, propose and monitor the development of initiatives required to guarantee national independence and the defense of the democratic state (§1 art. 91).

*The president and the National Congress.* The Brazilian president can call a special session of the National Congress "in case of urgency or important public interest" (§6 art. 57).

The right to address parliament and deliver statements is set out in many modern constitutions. The Brazilian president delivers a government statement and a plan to National Congress upon the opening of the legislative session, offering information on the state of the nation and proposing measures he/she deems necessary. He/she also submits to the National Congress the pluriannual plan, the bill of budgetary directives and budget proposals, and within sixty days of the opening of the legislative session, renders accounts concerning the previous year.

*The president and lawmaking.* The President of Brazil may initiate amendments to the constitution, as well as adopt supplementary and ordinary laws (art. 60, 61). Amendments to the constitution are adopted under specific procedure: proposals are discussed and voted on in each house of the National Congress in two readings and are considered approved if, during both readings, three-fifths of the respective members vote for them. Amendments are promulgated by the directing boards of the Chamber of Deputies and the Federal Senate (art. 60).

The discussion and voting on the bills of law, initiated by the president and proposed by the Federal Supreme Court and the Superior Courts, first take place in the Chamber of Deputies. Some Brazilian laws can be initiated exclusively by the president, including the following: laws which determine and modify the number of Armed Forces troops; laws which concern issues outlined in the constitution, such as the creation of public offices, functions and positions in the direct or indirect administration, or increase in the salaries of those who work in those

---

<sup>26</sup> Chirkin V.E. *President's Power*. State and Law. 1997. no 5. P. 19 (in Russian).

<sup>27</sup> Ramos Tavares A. *Curso de Direito Constitucional*. P. 1049.



positions or carry out the named functions; administrative and judicial organization, tax and budgetary matters, public services and administrative personnel of the territories, government employees of the Union and Territories, their legal statute, appointment to offices, tenure and retirement, retirement and transfer to the reserve of military men; organization of public prosecution and public legal defense of the Union, as well as general rules for the organization of the public prosecution and public legal defense of the states, the federal district and the territories; the creation, structuring and duties of the ministries and public administration agencies (§ 1 art. 61).

The National Congress has the powers to adopt legislation. Bills of law, as outlined above, are adopted by both legislative houses and are sent to the president. He/she can sign it, i.e. sanction it or veto it (art. 66). He/she can exercise this right only within fifteen working days from the date of receipt, and he/she shall, within forty-eight hours, inform the President of the Senate of the reasons of his/her veto. The president can veto a bill if he/she considers the bill of law unconstitutional or contrary to public interest. A veto can be full or partial. A full veto affects the entire law, while a partial veto concerns separate articles, items, paragraphs. President's veto is suspensive and can be withdrawn in case of the bill's reconsideration during the joint session of the Chambers by the absolute majority of deputies and senators. According to E. Rodriguez, who studied the issue of the presidential veto, secret voting provides a guarantee "for the members of parliament and the security of the law-making process".<sup>28</sup>

If a veto is withdrawn, the bill is sent to the president for promulgation and must be signed within forty-eight hours. If the bill is not promulgated by the president, the president of the Senate can sign it; and if he/she fails to do this within the same period, the vice-president of the Senate shall do so.

*Right to decree.* Heads of BRICS countries have the power to make rules independently, as well as issue regulatory and non-regulatory enactments. In some instances, presidential decrees have the force of law in Brazil and India. The Brazilian president's powers include the issue of decrees and regulations "for the true enforcement of law" (i.4 art.84). Additionally, "in important and urgent cases", the President is vested with the right "to adopt provisional measures with the force of law". Silva remarks that "unfortunately, these two conditions have never been fully followed" in practice.<sup>29</sup> However, the president shall «submit them to the National Congress immediately», and if Congress is in recess, a special session shall be called to meet within five days. These enactments are temporary, as they «lose effectiveness if they are not converted into law within a period of thirty days from their publication» (art. 62).

*The President and justice.* The President of Brazil exercises the traditional right to grant pardons and to reduce sentences (art. 84). Heads of states also take part in the creation of supreme courts. The President of Brazil can appoint, with the approval of the Federal Senate, justices to the Supreme Federal Courts and superior courts, as well as the attorney-general. He/she also appoints justices to the Federal Court of Accounts, judges when it is established by the constitution, and the attorney-general of the Union (art. 84). This power is comparable to the Russian president's power to nominate judges to the Constitutional and Supreme Courts and appoint judges to other federal courts.

*Conclusion.* The scope of this article was not to provide a full and exhaustive analysis of the legal status of the president of the Federative Republic of Brazil vis-à-vis the heads of other BRICS countries. Such an analysis can be conducted in further studies of the subject. This ar-

<sup>28</sup> Rodriguez E. *O veto no Direito Comparado*. São Paulo, 1993. P. 162–163.

<sup>29</sup> Afonso da Silva J. *Comentário contextual à Constituição*. P. 619.

ticle sets the ground for this important research. The comparison of the legal statuses of heads of state in BRICS countries constitutes important research in light of the continuing development of cooperation between Brazil, Russia, India, China and the Republic of South Africa. The significance of the BRICS heads of state is obvious, with each leader already considered “a consolidating center, a joining basis”<sup>30</sup> inside their countries, a position which is extended in the foreign policy of the states.



## References

- Acquaviva M.C. (1987) *Teoria geral do estado*. Sao Paulo.
- Accioli W. (1981) *Instituições del derecho constitucional*. Rio de Janeiro.
- Afonso da Silava J. (2009) *Comentário contextual á Constituição*. Sao Paulo.
- Afonso da Silva J. (1990) *Curso de direito constitucional*. Sao Paulo.
- Araujo L.A.D., Serrano Nunes j. V. (2004) *Curso de direito constitucional*. Sao Paulo.
- Chacon V. (1987) *Vida e Morte das Constituições Brasileiras*. Sao Paulo.
- Cherkasov A.I. (2002) Institut glavy gosudarstva i ego vidy [Institute of the Head of State and its varieties]. Chirkin V.E. (ed.) *Sopostavitel'noe konstitutsionnoe pravo* [Comparative constitutional law]. Mezhdunarodnie otnosheniya, Moscow, 448 p..
- Cerqueira M.(1987) Constituição e o Direito Anterior: o Fenomeno da Recepção.Estudos de Direito Constituinte. Anteprojeto da comissau Afonso Arinus. Commentado por Duarte Pereora O. Brasilia.
- Constituição da República Federativa do Brasil.
- Grau E.R., Cunha S.S.da(2003) *Constitucional em homenagem a Jos é Afonso da Silva*. Sao Paulo.
- Chirkin V.E. (1997) Prezidentskaya vlast' [President's Power]. *Gosudarstvo i pravo*, no 5, pp. 15–23.
- Guimarães Teixeira Rocha M.E., Costa Ribeiro Bastos R. (2003) Os militares e a ordem constitucional republicana brasileira: de 1891 a 1964. La Constitución es una cosa; los militares somos otra. *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais*, no 1, pp. 425–446.
- Kutafin O.E. (2013) *Glava gosudarstva* [Head of State]. Prospekt, Moscow, 560 p.
- Pilatti A. (2008) *A Constituinte de 1987–1988. Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. Rio de Janeiro.
- Projeto de Constituição. Parecer do relator B. Cabral sobre as emendas ofrecidas em plenário. Brasília. 1988.
- Ramos Tavares A. (2013) *Curso de Direito Constitucional*. Sao Paulo.
- Reale M. (1992) *De Tancredo a Collor*. Sao Paulo.
- Rodrigues E. O (1993) *Veto no Direito Comparado*. Sao Paulo.
- Roure A. de. A (1979) *Constituinte Republicana*. Vol. 1. Brasília.
- Russomano R. (1976) *Dos poderes Legislativo e executivo*. Rio de Janeiro.
- Trigueiro O. O (1976) *Novo presidencialismo.As tendências naturalis do direito público: Estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco*. Rio de Janeiro.
- Valladão H. (1980) *Historia do Direito Especialmente do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro.
- Vianna Lopez J.A. A. (2008) *Carta da Democracia. O processo constituinte da ordem pública de 1988*. Rio de Janeiro.

---

<sup>30</sup> Kutafin O.E. *Head of State*. Moscow, 2013. P. 6 (in Russian).

# Russia's Modern Banking Law

---



**Dmitry V. Nefedov**

Associate Professor, Head, the Financial Law Department, Law Faculty, St. Petersburg Branch of the National Research University Higher School of Economics. Address: 5 Shkolnaya Str., St. Petersburg, 197738, Russian Federation. E-mail: dnef@gmail.com

---



## Abstract

In this study, the author offers a very general review of banking legislation in Russia. The author discusses the main statutory acts which regulate banking activity and the Central Bank of the Russian Federation (Bank of Russia). The author describes the Bank of Russia's functions. He concludes that, in modern market conditions, it is extremely important to develop civil regulation and reduce administrative regulation; however, he finds that, unfortunately, the Bank of Russia is still subject to administrative management. Considering the nature of the relationships between the Bank of Russia and private credit organizations, the author insists on the need for a partnership, forged on principles of dispositive regulation, between them. More generally, this work considers the problems of domestic financial regulation through the theoretical prism of free banking. Current Russian banking legislation only focuses on the creation of the best mechanism for the organization of credit and financial relationships. The author considers not only the requirements for state financial policy, but also the interests of private credit organizations, which serve as the engine of the financial market and strengthen the banking system as a whole. Until recently, many aspects of the Russian banking system have been a compromise between the old and new conceptions of the economy. For this reason, the upholding of free market ideas is essential in order to develop banking legal theory. The author criticizes the emerging tendency to reduce the role of liberal financial institutions, such as the increasing role of the Bank of Russia as a mega-regulator. Considering this, the author recommends the application of immediate counteractions against the above-described tendency and supports the strengthening of the independence of credit organizations. He emphasizes that this is the only approach to fully develop the existing banking system.

---



## Keywords

Banking law, banking system, the Central Bank of the Russian Federation, functions of the Central Bank, banking system reform, free banking

---

Citation: Nefedov D.V. (2014) Russia's Modern Banking Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 171–178. (in English)

## The Development of the Modern Banking System

Russia's market-based banking system is still quite young. Since 1990 tremendous effort has been made to convert Soviet banks into a banking system that is based on entirely different principles. At the same time, it is still too early to tell whether the rigid centralization, deriving from the previous state monopoly in banking, has been fully overcome.<sup>1</sup> Many elements of the

---

<sup>1</sup> Nefedov D.V. The legal status of commercial banks. Candidate of Jurisprudence Science Thesis. St. Petersburg, 1994.

Russian banking system are still a compromise between the old and the new perceptions of the economy.

In 1987 the Soviet state established five banks, which specialized in different sectors: the USSR Foreign Trade Bank (Vneshekonombank), the USSR Bank of Industrial Construction (Promstroybank), the USSR Agricultural Bank (Agroprombank), the USSR Bank of Residential Construction and Social Development (Zhilsotsbank), and the USSR Savings Bank (Sberbank). This reform was expected to enable the lending institutions to have an influence in the relevant sectors of the economy; however, the abovementioned specialization of the banks did not produce expected results.<sup>2</sup> The banks continued to use administrative control methods when dealing with their clients, and the monopoly persisted. This structure formalized the division of the spheres of influence between the banks in accordance with relevant governmental agencies, with which they were associated. At the same time, each enterprise was assigned to a specific bank branch. Given this monopoly, the activities of Promstroybank, Agroprombank and Zhilsotsbank were confined to the distribution of resources between their branches. At this point, the administrative methods ceased to be efficient, further aggravating the economic imbalance. At the same time, the number of bank staff increased. The nature of lending patterns did not change and the lending operations were performed in accordance with the state plan. The division of the spheres of influence in accordance with governmental agencies the banks served ruled out any competition between the banks and resulted in a lack of cooperation between agencies.<sup>3</sup>

Further reform was becoming imminent. Faced with inefficient state banks, Soviet enterprises began to establish commercial banks, with proposals to replace the existing banking system with a traditional two-level system. Unable to compete with commercial banks, Promstroybank, Agroprombank and Zhilsotsbank launched a campaign to open new branches, which ultimately expedited the collapse of the system.

Banks' budget allocations were not regulated and, the banks faced the problem of being unable to obtain further funds. In May 1989 the specialized banks were transformed into self-sustainable institutions in a last-ditch attempt to reform the existing banking system. From this point, the banks' branches became the main features of the banking system, while the relationships between banks and their clients became partnerships.

But even these changes could not help salvage the Soviet banking system, as it continued to be centrally managed and plan-based. This set-up made the system inefficient, prompting the need for its modernization. The modernization of the system required the creation of a two-level system, and the main difference between the old system and the new one would be the complete rejection of the state monopoly over banking activity. This system was going to target the development of private banking capital, while retaining general government regulation.<sup>4</sup>

The last wave of banking system transformations began in July 1990 with the Russian Republic's specialized banks declared as the property of the Russian Soviet Federative Socialist Republic (RSFSR). The Russian Republican Bank of the USSR Gosbank was converted into the State Bank of the RSFSR. Two main laws established the legal reform framework of the new banking system: RSFSR Law *RSFSR Central Bank Act (the Bank of Russia)* and RSFSR Law *Bank*

---

<sup>2</sup> Nefedov D.V. The main problems of the development of the Russian banking system. In the collection «Business in Russia in the XXI century». Moscow, 2003. P. 78.

<sup>3</sup> Austrian School of Economics. Chelyabinsk, 2011. P. 37.

<sup>4</sup> Nefedov D.V. About the status of credit organizations. *Russian Annual Review of Business (commercial law)*. no 1. St. Petersburg, 2007. P. 138.

and Banking Functions Act.<sup>5</sup> The former law formalized the status of the central bank, which comprised the first level of the two-level banking system.<sup>6</sup> The latter law defined the status and guarantees pertaining to the activities of private lending institutions to form the second level of the system, thus laying a solid foundation for further improvement of the two-level system.

## Specific Features of the Legal Status of the Central Bank of the Russian Federation

From September 1, 2013 the Bank of Russia assumed the functions of the financial markets' mega-regulator in Russia. The bank also received authority over insurance and securities market regulation, in accordance with Federal Law no 251-FZ of July 23, 2013 *Amendments to Certain Legislative Acts of the Russian Federation in Connection with the Transfer to the Central Bank of the Russian Federation the Authority to Regulate, Control and Supervise the Financial Markets*.<sup>7</sup>

As a result, the Bank of Russia, in cooperation with the Russian government, will develop and implement policy aimed at ensuring the stable operation of the Russian Federation's financial market; regulate, control, and supervise the activities of financial institutions; control and supervise issuers' compliance with RF laws on joint stock companies and securities; regulate, control, and supervise corporate relationships in joint stock companies; protect the rights and legitimate interests of shareholders and investors in financial markets, of insured parties and persons and beneficiaries, as well as insured persons under mandatory pension insurance programs, depositors and participants of non-state pension schemes. Thus, the functions of the Bank of Russia can be divided into two main groups: banking regulatory functions and regulatory functions pertaining to other financial systems.

The Bank of Russia comprises the first level of the Russian banking system, its legal status defined by federal legislation. The Bank of Russia is state-owned, which means that its charter capital and other property are considered federal property. The Bank of Russia reports its operations to the State Duma of the Federal Assembly, the lower house in the Russian legislature. At the same time, as part of the authority awarded to the Bank of Russia by the Constitution of the Russian Federation and federal legislation, it has operational independence. As such, federal government bodies, government bodies of the constituent entities of Russia, and municipal governments cannot interfere in the Bank of Russia's activity.

The dualism of the Bank of Russia's legal nature is the key feature of its status,<sup>8</sup> whereby the bank is simultaneously a managing body of the Russian economy and an ordinary commercial organization.<sup>9</sup> In cooperation with the Russian government, the Bank of Russia develops and implements a common national monetary policy to protect and secure the stability of the ruble; issues cash and arranges its circulation; sets up a refinancing system; establishes payment settlement rules; estab-

<sup>5</sup> Geivandov Ja.A. *Central Bank of the Russian Federation: Legal Status, Structure, Functions, Powers*. Moscow, 1997. P. 37.

<sup>6</sup> Edwin G. Dolan, Colin D. Campbell, Rosemary G. Campbell, *Money, Banking, and Monetary Policy*. Moscow.- L., 1991. P. 134.

<sup>7</sup> Legislative Acts of the Russian Federation. 2013. no 30 (Part 1). Art. 4084, as well as RF Presidential Decree no 645 of July 25, 2013 *Abolition of the Federal Service for Financial Markets, Amendments to and Recognition of Some Acts of the President of the Russian Federation as Void*// Legislative Acts of the Russian Federation. 2013. no 30 (Part II). Art. 4086.

<sup>8</sup> Smith V. *The Rationale of Central Banking and the Free Banking Alternative*, Moscow, 1996. P. 45.

<sup>9</sup> Huerta de Soto J. *Money, Bank Credit and Economic Cycles*. Chelyabinsk, 2008. P. 254.

lishes rules for banking operations, accounting and reporting in the banking system; performs state registration of lending entities; issues and revokes banking licenses to and from credit institutions and auditing firms; supervises the activities of credit institutions; registers securities issued by credit institutions; conducts various types of banking operations; regulates foreign exchange operations, including the purchase and sale of foreign currencies; sets the procedure for affecting settlements with international foreign states; arranges and exercises currency exchange regulation; and contributes to the development of Russia's balance of payments forecast.<sup>10</sup>

The Bank of Russia's functions can be divided into two categories: civil and administrative functions. At the same time, Russian legislation emphasizes that, as part of its administrative functions, profit-making is not the Bank of Russia's key goal. The administrative function is to be solely used to manage the banking system. Consequently, despite the contradictions in its key functions, the Bank of Russia's key purpose is to regulate the banking system.<sup>11</sup>

In accordance with its public functions, the Bank of Russia can perform the following operations: extend loans against securities or other assets for a term no longer than twelve months, unless otherwise set forth by the federal law on the federal budget; buy or sell checks, promissory and transfer bills, normally, commodity-based ones, with bill due dates not exceeding six months; buy and sell government bonds in the open market; buy and sell bonds, certificates of deposit, and other securities with maturity dates not exceeding one year; buy and sell foreign currencies, as well as other payment documents and obligations in foreign currencies put up for sale by Russian and foreign credit institutions; buy, keep and sell precious metals and other valuable assets; conduct settlement, cash and deposit operations and accept securities and other assets for safe-keeping and management; issue warranties and bank guarantees; conduct operations with financial instruments used to manage financial risks; open accounts in Russian and foreign credit institutions in the Russian Federation and in foreign states; draw checks and bills in any currency; conduct other banking operations and transactions on its own behalf, unless otherwise prohibited by law.

The Bank of Russia has special legal status, and is limited by law to a significant extent. Thus, the Bank of Russia cannot perform banking transactions involving legal entities which do not have banking licenses, or natural persons, except for services provided by the Bank of Russia to its clients in the regions, which have no credit institutions; purchase shares in credit and other agencies; perform operations with real estate, unless it is to ensure the activities of the Bank of Russia, its enterprises, institutions and organizations; engage in trade or manufacturing; or prolong granted credits.<sup>12</sup>

The Bank of Russia's other powers comprise its administrative functions. Some researchers claim that the scope of these functions provide the bank with a special position, suggesting that the bank's key role is banking.<sup>13</sup> The author disagrees with this position. The administrative functions of the Bank of Russia are divided into three main categories:

---

<sup>10</sup> Vinogradov S. V. State Control over the Set-up of Credit Agencies: Legal Issues // *Economy and Law*. 1998. no 3. P. 118.

<sup>11</sup> Nefedov D.V. The system of modern financial law. *Jurisprudence*. 2011. no 4. P. 130.

<sup>12</sup> Nefedov D.V. Comparative Law Analyses of General and Specific Nature of Bank Legal Capacity// Comparative Law Analyses in Researches of Legal Institutions and Phenomena in terms of Field Specific, Country Related and Time Specific Issues. Reports of Comparative Law Reseraches Lab, NRU HSE, St. Petersburg. 2011. P. 162.

<sup>13</sup> Nefedov D.V. The main directions of improving the banking system. In the collection «Actual problems of science and practice of commercial law». Edit. 1. St. Petersburg, 1995. P. 85.

- 1) the implementation of a single monetary and credit policy;
- 2) the arrangement of cash circulation;
- 3) the regulation of and supervision of banking activity.

## **Structure of the Central Bank of the Russian Federation**

The Bank of Russia has a vertically integrated centralized structure, comprising the central office, territorial institutions, the cash processing centre (CPC), and other organizations. The National Financial Council operates through the Bank of Russia, while the bank's central office includes a board of directors and a chairperson. The Bank of Russia's territorial institutions are autonomous and perform some of the functions of the Bank of Russia across Russia's regions. The regional territorial institutions are based in economic regions and cover several constituent entities of Russia. They comprise the main departments in the regions, territories, and autonomous districts of Russia, in Moscow and St. Petersburg, and national banks in the republics of the Russian Federation. The main departments take part in the implementation of the state monetary and credit policy, ensuring the banking system's development and strengthening; the efficiency and continuous operation of the settlements system; the regulation and supervision of activities of credit institutions in the securities market; the foreign exchange control; the analysis of the state of the economy and its development prospects, as well as the analysis of regional financial markets. A territorial institution has no legal status and is empowered with authority in accordance with the Bank of Russia's regulation and statutory acts.

Cash processing centers (CPCs) are structural units of territorial institutions. The main goal of the CPCs is to ensure the existence of an efficient, reliable and safe payment system in Russia. The CPCs have contractual relationships with credit institutions, representative and executive bodies, local government authorities, federal treasury bodies, and other clients.

## **The Legal Status of Credit Institutions**

The second level of the banking system comprises multiple credit institutions. They have the legal status of private companies and perform their activities in compliance with specific federal legislation.<sup>14</sup> There are two types of credit institutions in the Russian banking system: commercial banks and non-bank credit agencies.

Commercial banks are private credit companies which have the exclusive power to perform the following operations: accept money on deposits from natural persons and legal entities; on its behalf and at its own expense, deploy the funds they hold subject to conditions of repayment, interest payment, maturity and security; and open and maintain bank accounts for natural persons and legal entities. Some banks have special legal status in the Russian banking system, due to the nature of their mixed ownership, whereby the state or state companies own a significant part of shares in their authorized capital.

In addition to the banks, the banking system includes other institutions which undertake banking operations. They are the so-called non-bank credit agencies, represented by different specialized financial institutions. A non-bank credit institution has the authority to perform limited banking operations, which are set out by the Bank of Russia. These institutions have

---

<sup>14</sup> Nefedov D.V. Issues of improving the banking system of the Russian Federation. *Code-info*. no 11, December 2002.

different areas of specialization and client bases, and offer one or two types of services. These institutions comprise various non-bank credit institutions, non-bank settlement credit institutions and non-bank credit institutions that can take deposits.<sup>15</sup>

All banking operations are divided into two categories: banking operations and transactions performed by credit institutions. The first category comprises the following: 1) taking deposits (sight and time) from individuals and legal entities; 2) using deposited funds; 3) opening and maintaining bank accounts for individuals and legal entities; 4) making payments across their accounts to the order of individuals and legal entities, including correspondent banks; 5) collecting funds, bills of exchange, payment documents and providing cash services for individuals and legal entities; 6) buying and selling foreign currency in cash or non-cash; 7) accepting and placing deposits in precious metals; 8) issuing bank guarantees; and 9) transferring funds to individuals who do not hold an account with the bank in question (except for post transfers).

In addition, non-bank credit institutions can implement the following transactions: 1) issue bank guarantees, providing for discharge of monetary obligations; 2) purchase rights to demand discharge of monetary obligations; 3) manage assets under trust relationships with individuals and other legal entities; 4) conduct transactions in precious metals and precious stones in accordance with the law of the Russian Federation; 5) rent out special premises and safes for storing documents and valuables to individuals and other legal entities; 6) engage in leasing operations; and 7) provide consulting and information services, etc. Moreover, a credit institution can conduct other transactions in accordance with Russian law.

Issues relating to the establishment, reorganization and liquidation of credit institutions are stipulated by federal laws and specific bylaws. Specifically, these issues are described in the second chapter of the Bank Law, which outlines the conditions for licensing banking activity, the procedures for registration documentation preparation, opening of branches, and liquidation of banks.<sup>16</sup> In the first instance, the founders (members) of a bank prepare necessary incorporation documents. In accordance with current legislation, banks can only be established as companies. Incorporation documents are submitted to a Bank of Russia territorial institution, in accordance with the location of the future bank. This documentation confirms the future bank's solvency and the qualification of its future managers. Following a review of the submitted documentation, the territorial institution draws up a statement on the feasibility of incorporating the bank and sends it directly to the Bank of Russia. The timeframe for the review of incorporation documentation is six months. The Bank of Russia reviews the relevant documentation and decides whether the bank in question can be registered, communicating its decision to the relevant authority in charge of registration of entrepreneurs. It takes a final registration decision.

However, the registration of a bank does not mean that the bank in question has legal status. The bank will not be able to carry out banking operations immediately following registration and has to obtain a special license from the Bank of Russia. One of the prerequisites for obtaining a license is the full payment of the equity capital within one month of registration. Registration is cancelled when the equity capital is not paid within the allotted time frame.

Special legislation stipulating bankruptcy procedures for credit institutions was enacted in 1998 as a response to the economic crisis in Russia. Federal Law no 40-FZ, dated February

---

<sup>15</sup> Non-Bank Credit Agencies: Incorporation, Operation and Dissolution / under the editorship of G.A. Tosunyan. Moscow, 2000. P. 27.

<sup>16</sup> Bank of Russia Guidelines no 135-I April 2, 2010. Procedure for Taking the Decision by the Bank of Russia on the State Registration of Credit Institutions and on the Issue of Licenses to Conduct Banking Operations. Bank of Russia Newsletter. no 23, 2010.



2, 1999, Insolvency (Bankruptcy) of Credit Institutions Act is the central legislation for bankruptcy procedures.<sup>17</sup> The insolvency (bankruptcy) of a credit institution implies its inability to discharge its monetary and payment obligations to creditors, as confirmed by an arbitration court. The credit institution is considered insolvent if it fails to discharge its obligations within one month from the due date and if, after revocation of the license, the value of the credit institution's assets is not sufficient to enable it to discharge its obligations to its creditors.

The specific feature of this law is the regulation of the so-called measure to prevent bankruptcy, including: 1) the financial recovery of credit institutions; 2) the appointment of provisional administrators for the credit institution's management; and 3) the restructuring of credit institutions. The law stipulates a number of reasons which could prompt the above measures. If such reasons can be established, credit institutions undertake financial recovery and restructuring measures. In such an instance, the Bank of Russia can instruct the credit institution to implement financial recovery and restructuring measures, as well and appoint provisional administrators.

In order to trigger the financial recovery of credit institutions, the following measures can be undertaken: provision of financial aid by members and other persons; changes to the structure of assets and liabilities; changes to the organization's structure; alignment of the equity capital with own equity, as well as other measures. A provisional administrator is a special management body appointed by the Bank of Russia. While the provisional administrator is in charge, the authority of the credit institution's executive board can be either limited or suspended. The Bank of Russia sets out the conditions for the appointment of provisional administrators. The provisional administration can be appointed for a period not exceeding nine months, although the Bank of Russia can extend this period by no more than three months.

In certain cases, the Bank of Russia can request for a specific credit institutions to be restructured through merger or consolidation. Once the Bank of Russia submits a request for restructuring, the manager of the credit institution must submit a petition for restructuring of the credit institution's management body within five days from the receipt of such a request. Simultaneously, the management of the credit institution must notify the Bank of Russia of the decision taken within 10 days upon receipt of such petition.

During credit institution bankruptcy cases, only bankruptcy administration can be used, not mutual agreement. A bankruptcy petition can be filed by the credit institution itself, the credit institution's creditor, including individuals with the right to claim against the credit institution concerned, the Bank of Russia, the prosecutor, and the tax authorities.

This overview of Russia's existing banking legislation demonstrates that the Russian banking system is still developing. The existing two-level banking system that took its shape in the early 1990s is still heavily affected by the rudimentary reactive effects of centralized regulation, which has recently manifested itself through the strengthening of the Bank of Russia's financial regulator role. According to the views expressed above, we can expect that actions to ensure a deregulation of the banking system and consolidation of credit institutions' autonomy will be implemented in the near future.<sup>18</sup> This will contribute to the development and further improvement of the banking system.

<sup>17</sup> Legislative Acts of the Russian Federation. no 9. 1999. Art. 1097.

<sup>18</sup> Hayek von F. *Private money*. Moscow, 1996. P. 24.



## References

- Avstriyskaya shkola ekonomiki* [Austrian School of Economics]. Chelyabinsk, 2011.
- Dolan E. G., Campbell C. D., Campbell R. G. (1991) *Den'gi, banki i valyutnaya politika* [Money, Banking, and Monetary Policy]. Moscow, 448 p.
- Hayek von F. (1996) *Chastnye den'gi* [Private money]. Moscow.
- Huerta de Soto J. (2008) *Den'gi, bankovskiy kredit i ekonomicheskie tsikly* [Money, Bank Credit and Economic Cycles]. Chelyabinsk. (in Russian)
- Geivandov J.A. (1997) *Tsentral'nyy bank Rossiyskoy Federatsii: pravovoy status, struktura, polnomochiya* [Central Bank of the Russian Federation: Legal Status, Structure, Functions, Powers]. Moscow, 208 p.
- Nefedov D.V. (2007) *O statuse kreditnykh organizatsiy* [About the status of credit organizations]. Russian Annual Review of Business (commercial law), no 1, Saint Petersburg.
- Nefedov D.V. (2011) *Sistema sovremennogo rossiyskogo prava* [The system of modern financial law]. *Yurisprudentsiya*, no 4, pp. 128–149.
- Nefedov D.V. (1994) *Pravovoy status kommercheskikh bankov. Kand. diss. yurid. nauk.* [The legal status of commercial banks. Candidate of Juridical Science Dissertation], Saint Petersburg.
- Nefedov D.V. (1995) *Osnovnye napravleniya sovershenstvovaniya bankovskoy sistemy* [The main directions of improving the banking system.] *Aktual'nye problemy nauki i praktiki kommercheskogo prava* [Topical problems of science and practice of commercial law]. Issue 1, Saint Petersburg.
- Nefedov D.V. (2002) *Problemy sovershenstvovaniya bankovskoy sistemy Rossiyskoy Federatsii* [Issues of improving the banking system of the Russian Federation]. *Code-info*, no 11, 12.
- Nefedov D.V. (2011) *Sopostavitel'nyy pravovoy analiz obshchey i chastnoy kharakteristik pravospособnosti banka* [Comparative Law Analyses of General and Specific Nature of Bank Legal Capacity. Comparative Law Analyses in Researches of Legal Institutions and Phenomena in terms of Field Specific, Country Related and Time Specific Issues. Materialy sopostavitel'nykh pravovykh issledovaniy. NIU VShE Reports of Comparative Law Researches Lab], NIU HSE, Saint Petersburg.
- Nefedov D.V. (2003) *Osnovnye problemy razvitiya rossiyskoy bankovskoy sistemy* [The main problems of the development of the Russian banking system]. *Rossiyskiy biznes v 21 veke* [Business in Russia in the XXI century], Moscow.
- Tosunyan G. A. (ed.) (2000) *Nebankovskie kreditnye organizatsii: Uchrezhdenie, deyatel'nost' i rospusk* [Non-Bank Credit Agencies: Incorporation, Operation and Dissolution]. Moscow.
- Smith V. (1996) *Vazhnost' instituta Tsentrobanka i al'ternativa* [The Rationale of Central Banking and the Free Banking Alternative], Moscow.
- Vinogradov S. V. (1998) *Gosudarstvennyy kontrol' pri uchrezhdenii kreditnykh organizatsiy: pravovye voprosy* [State Control over the Set-up of Credit Agencies: Legal Issues]. *Ekonomika i pravo*, no 3.

# Государственная гражданская служба в Мэнцзяне и ее правовое регулирование

---

---



**П.Н. Дудин**

доцент кафедры международного права и международных отношений юридического факультета Бурятского государственного университета, кандидат политических наук. Адрес: 670000, г. Улан-Удэ, ул. Сухэ-Батора, 6, Республика Бурятия, Российская Федерация. E-mail: dudin2pavel@gmail.com

---



## **Аннотация**

В статье дается характеристика института государственной службы государства Мэнцзян, которое в 1930–1940-е гг. претендовало на лидерство в мире монголоязычных народов. Раскрывается организационная основа государственной службы, порядок замещения вакантных должностей, основные требования, права и обязанности, предъявляемые к государственному служащим, меры их поощрения и наказания. Освещаются вопросы, связанные с правовым регулированием прохождения государственной службы, роль и место японской стороны в вопросе организации государственной службы. Мэнцзян был образован при участии командования Квантунской армии и рассматривался японской стороной как плацдарм для нападения на СССР. Был сформирован государственный аппарат, включающий органы государственной власти на национальном уровне и уровне административно-территориальных единиц, составляющих основу Мэнцзяна. В научной литературе сам феномен этого политического образования изучен слабо. Данный пробел и восполняет настоящая статья. На основе опубликованных документов (нормативных правовых актов, статистических и учетных данных, обзоров, воспоминаний участников событий, а также данных, полученных современными исследователями) удалось выстроить детальную картину назначения на государственную должность и осуществления государственных должностных обязанностей. К вопросу формирования государственного аппарата, как на высшем уровне, так и на рядовых должностях оккупационные силы подходили тщательно. Несмотря на отсутствие единого нормативного правового акта, регулирующего эту сферу общественных отношений, принятые в разное время локальные акты в виде инструкций, декретов, положений и иных документов весьма подробно регламентировали большинство моментов. Статус государственного служащего давал ряд привилегий и гарантий, однако служащие не были равноправны в нем — приоритет отдавался выходцам из Японии. Активно практиковалось отраслевое регулирование некоторых вопросов, включая требования к кандидату, вопросы поощрения и др. В августе 1945 г. большинство государственных служащих потеряли работу и привилегии, некоторые были подвергнуты уголовному преследованию за сотрудничество с японскими оккупантами, а государственный аппарат, как и сам Мэнцзян, были ликвидированы.

---



## **Ключевые слова**

Мэнцзян, Внутренняя Монголия, государственная гражданская служба, орган государственной власти, нормативный правовой акт, правовое регулирование

---

---

Библиографическое описание: Дудин П.Н. Государственная гражданская служба в Мэнцзяне и ее правовое регулирование // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 4. С. 179–192.

Появление в 1930–1940-х гг. на восточных рубежах некогда великой империи Чингисхана новых государств, возникших в результате и удачной международной обстановки, и благодаря возросшему национальному самосознанию, создает благоприятные условия для сравнительных исследований. Эти новые государства отвечают выдвигаемому большинством компаративистов критерию максимально возможного сходства политической и правовой культур народов, населяющих регион Внутренняя Азия. Большой интерес как для мировой, так и для отечественной науки вызывают процессы трансформации политических и правовых институтов в государствах данного региона.

Материалов, посвященных изучению и описанию процессов становления государственности у монгольских народов, достаточно, но работы, изучающие предметно государственную службу Мэнцзяна и Внутренней Монголии и ее правовое закрепление, сегодня отсутствуют. Отдельную категорию источников составляют воспоминания участников тех событий, в числе которых прежде всего — Сэцэн Захчид<sup>1</sup>. В СССР научный задел был представлен рядом изданий<sup>2</sup>, контекстно затрагивающих монгольские события. Не отличаются разнообразием и глубиной изучения современные научные изыскания начала XXI в.

В череде современных китайских ученых следует выделить Сун Цунье, который в своих работах<sup>3</sup>, используя значительный объем архивного материала, статистических данных, приводя сведения, содержащиеся в монгольской и китайской прессе 1930–1940-х гг., подробно раскрывает вопросы права и правового регулирования отдельных групп общественных отношений в Мэнцзяне.

Западная литература этого периода выходит под грифом ведущих мировых учебных центров: Оксфорда, Кембриджа, Токийских университетов, куда некоторое время назад устремился поток эмигрантов из Внутренней Монголии. В своих трудах авторы<sup>4</sup> не изучают именно Мэнцзян — в большинстве книг он упоминается при описании событий на Севере Китая или во Внутренней Монголии на фоне японской оккупации. Среди трудов монгольских авторов подобного рода работы также встречаются крайне редко, однако следует выделить объемный труд Д. Зоригта «Дэ Ван»<sup>5</sup>, переизданный в 2011 г.

Вне зависимости от возросшего объема научного материала, который освещает события во Внутренней Монголии в первой половине XX в., комплексных работ собственно по Мэнцзяну до настоящего времени нет. Представленные труды имеют иной предмет изучения, фрагментарны и зачастую конъюнктурны, что говорит о необходимости изучения этого вопроса.

<sup>1</sup> *Sechin Jagchid*. The Last Mongol Prince: The Life and Times of Demchugdongrob, 1902–1966. Bellingham, Washington: Center for East Asian Studies, Western Washington University Publ., 1999 и др.

<sup>2</sup> *Богословский В.А., Москалев А.А.* Национальный вопрос в Китае (1911–1949). М.: Наука, 1984; *Новейшая история Китая. 1928–1949* / под ред. М.И. Сладковского. М.: Наука, 1984 и др.

<sup>3</sup> *Сун Цунье.* Характеристика правовой системы псевдорегима в Мэнцзяне // Научный журнал (социальные науки) факультета политики и права Педагогического университета Баотоу. 2010. № 23 (5). (宋从越, 伪蒙疆政权立法的特点, 阴山学刊(社会科学版), 包头师范学院, 政治与法律学院, 内蒙古, 包头, 2010年05期23 (5)); *Сун Цунье.* Характеристика правового регулирования экономических ресурсов Мэнцзяна. Хух-Хото: Издательство Университета Внутренней Монголии, 2011. (伪蒙疆政权的物资统制法律制度, 发布时间, 作者: 宋从越, 内蒙古大学2011年), и др.

<sup>4</sup> *Beasley W. G.* Japanese imperialism 1894–1945. Oxford: Oxford University Press, 1987; *Moise E.E.* Modern China: A History. London and New York: Longman, 1986 и др.

<sup>5</sup> *Зоригт Доржийн.* Дэ Ван. Улаанбатаар: Адмон. 2009.

Институт гражданской службы всегда занимало ключевое место в обеспечении функционирования государства. Силами государственных служащих реализуется государственная политика и воплощается в жизнь государственная воля. Именно этот фактор, наряду с некоторыми другими, заставил японские оккупационные силы уделить серьезное внимание формированию государственной системы создаваемых ими государствовподобных образований, подбору и расстановке кадров. В связи с тем, что в настоящее время происходят активные преобразования системы государственного управления, как в России, так и за рубежом, все большую значимость приобретает изучение мирового опыта организации и функционирования гражданской службы, в первую очередь, в странах Азиатско-Тихоокеанского региона. С наступлением эпохи Мэйдзи Япония приступила к реформированию многих сфер общественной жизни, включая государственное управление, и преуспела в этом. Накопленный опыт она предполагала перенести на оккупированные территории, однако поражение во Второй мировой войне не позволило этим планам осуществиться до конца.

В связи с этим исследование правового института государственной службы на оккупированных территориях Северо-Восточного Китая обусловлено как его значимостью в системе функционирования современного государства и общества, так и особенностями подхода динамично развивающегося права государств Дальнего Востока, с которыми у России традиционно были общие стратегические экономические, военные и другие интересы.

## I.

В июне 1936 г. Военное правительство провозглашает независимость Внутренней Монголии от Китая, а в 1937 г. преобразуется в Автономное правительство Мэнцзяна. Начинается процесс формирования государственного аппарата и органов государственной власти, который включал в себя высший состав лиц, осуществляющих процесс государственного управления, и рядовой состав гражданских служащих, обеспечивающих этот процесс. Основным нормативным правовым актом был Временный Органический закон<sup>6</sup>. Именно он определял систему органов государственной власти, полномочия и порядок формирования высших органов государственной власти.

Главой государства был президент. В соответствии с Временным Органическим законом: «Президент от имени Объединенного Монгольского государства ... концентрировал в своих руках всю полноту государственной власти». Президент избирался на съезде высшей аристократии. Подобные съезды проходили регулярно, но президентов они избирали дважды: в октябре 1937 г.<sup>7</sup> и в августе 1938 г. С марта по август 1938 г. в связи со смертью предыдущего главы государства пост президента оставался вакантным.

В 1938 г. вводится пост вице-президента, а в следующем году, с объединением трех территорий (собственно Мэнцзяна, Южного Чахара и Северной Шаньси) предусматривалась должность не одного, а уже двух вице-президентов, которые были призваны исполнять обязанности главы государства в случае невозможности их выполнения прези-

<sup>6</sup> Сайхан, Чжинхай, Судбэлиг. История Внутренней Монголии периода Китайской Республики. Хух-Хото: Изд-во Университета Внутренней Монголии, 2007. С. 151 (赛航, 金海, 苏德毕力格, 民国内蒙古史, 内蒙古大学出版社, 2007年151页).

<sup>7</sup> Japanese Halt Advance on the Yangtze // The Singapore Free Press and Mercantile Advertiser. August 2. 1938. P. 2.

дентом. Несмотря на то, что должность вице-президента была скорее церемониальной, тем не менее ее занимали политические «тяжеловесы»: Юй Пинцин, расстрелянный в 1945 г. по приговору чрезвычайного суда после поражения японцев<sup>8</sup> и Ся Гунн, ушедший в отставку незадолго до своей смерти в 1941 г.<sup>9</sup> Поскольку они возглавляли полуавтономные режимы Чанани (Южного Чахара) и Цзньбэя (Северной Шаньси)<sup>10</sup>, назначение их на высокий пост было своего рода компенсацией за утраченный при объединении статус. Генерал Ли Шоусинь, сменивший в январе 1941 г. Ся Гуна и ставший в июне 1941 г. вторым человеком в Мэнцзяне, обладал огромным авторитетом среди военных, и его повторное избрание на пост вице-президента было продиктовано политической необходимостью.

Правительственные функции выполнял Государственный Административный Совет<sup>11</sup>, который возглавлял председатель Совета, чей статус соответствовал статусу премьер-министра. В 1944 г. в структуру Государственного Административного Совета были внесены изменения: предусматривались должности руководителей направлений государственной политики в статусе заместителей председателя: руководитель внутренней политики государства, руководитель экономической политики, руководитель военной политики и руководитель судебной (правоохранительной) политики. При этом каждый из руководителей уже возглавлял профильную структуру на уровне одного из правительственных учреждений. Должность заместителя руководителя соответствующего направления должна была подчеркнуть его значимость и важность в общей политике государства.

За конкретные шаги по реализации государственной политики отвечали министерства (за всю последующую историю Мэнцзяна было создано 9 министерств), главные управления (2), управления (2), комитеты (4) и 2 структуры с правами управлений: Администрация (Управление делопроизводства) и Канцелярия (Управление делами). Высшей судебной инстанцией по всем категориям дел был Верховный суд. Создавалась Верховная прокуратура, которую возглавлял Верховный прокурор.

Решение о назначении на высшие государственные должности, включая посты министров и руководителей комитетов и управлений, принималось с участием японских консультантов<sup>12</sup>. Японская сторона на протяжении всего периода господства старалась всячески укрепить свои позиции. На местах ситуация была аналогичной. Например, в аймаке Баян-Тал (охватывал территории, прилегающие к современным городским округам Хух-Хото, Баотоу и частично Улан-Цаб) численность административно-управленческого аппарата составляла 507 человек, из которых выходцами из Японии были 213, и лишь 55 чиновников — этнические монголы. В связи с этим, по меткому замеча-

<sup>8</sup> Асахи Симбун. 21 декабря 1945 г. (《朝日新聞》1945年12月21日).

<sup>9</sup> Суй Ючун. Дополненный словарь выдающихся деятелей Китайской Республики. Шицзячжуан: Народный издательский дом Хэбэя, 2007. С. 276. (徐友春主編. 石家莊. 民國人物大辭典 增訂版. 河北人民出版社. 2007, 第276頁).

<sup>10</sup> Исторические данные провинции Шаньси. Выпуск 56. Тайюань: Народное изд-во Шаньси, 1988. С. 47. (山西文史資料56, 太原: 山西人民出版社, 1988年, 第47頁).

<sup>11</sup> Inner Mongolians set up new regime; break from Nanking // Chicago Daily Tribune. October 20. 1937. P. 9.

<sup>12</sup> Дин Сяочжэ. Так называемый «отец-основатель» Мэнцзяна — псевдорегим Мэнцзяна и глава корпуса японских советников Каниа Акирацуги // Журнал социальных исследований. Научно-исследовательский центр гуманитарных и социальных наук Академии общественных наук Тайбэй. 2011. Март. С. 148 (丁曉傑, 所謂“蒙疆肇建之父”——偽蒙疆政權日本最高顧問金井章次, 社會科學研究. 中央研究院人文社會科學研究中心: 台北市2011年第3期, 第148頁).

нию свидетеля тех событий Сэцэна Захчида, речь о самостоятельности воспринималась не более, чем ирония<sup>13</sup>. С созданием единого государства роль советников возрастает — отныне они занимают официальные государственные посты, и их число постоянно увеличивается, что, в свою очередь, ставило Мэнцзян в еще большую зависимость от японской стороны и, в итоге, обрекло на поражение и гибель.

Кандидатура на высокую должность в том или ином ведомстве рассматривалась на заседании соответствующего министерства или комитета, после чего руководитель в петиции ходатайствовал о рассмотрении кандидатуры на заседании Государственного Административного Совета. При ее одобрении кандидатура утверждалась президентом, и чиновник приступал к своим обязанностям.

Несмотря на то, что японцы стремились создать универсальную систему управления, минимально зависимую от субъективных факторов, они старались использовать родовые и феодальные отношения в своих интересах. Конъюнктурный подход к вопросу замещения высших государственных должностей можно проиллюстрировать на примере исполнения Закона «О судебной системе» Китайской Республики. Он полностью был заимствован Мэнцзяном и в дальнейшем использовался как основной в этой сфере общественных отношений. Статья 38 Закона гласила: «Председатель Верховного суда или Верховный прокурор должен иметь следующие квалификационные характеристики:

1) Судья Верховного суда или прокурор должен находиться в соответствующем статусе не менее 5 лет; или

2) Судья Верховного суда или прокурор должен соответствовать 2 классу [из 4-х] назначения на гражданские должности и иметь стаж не менее 2 лет [т.е. быть членом провинциального правительства, состоять в должности заместителя министра и т.д.] или состоять на административной должности не менее 5 лет; или

3) Судья Верховного суда или прокурор должен иметь стаж работы в законодательном органе не менее 5 лет».

Положения ст. 39 вводили ограничения на занимаемую должность: «Судья или прокурор не могут осуществлять никакую иную оплачиваемую или неоплачиваемую [общественную] деятельность, за исключением предусмотренной [разрешенной] законом».

В дополнение к этому Закону уже в Мэнцзяне был принят Закон № 30 «О замещении должности Председателя Верховного суда или Генерального прокурора», в котором предусматривалось, что «Председатель Верховного суда или Верховный прокурор могут совмещать свою должность с другой государственной или общественной должностью при соответствии требованиям ст. 38 Закона «О судебной системе»». Эта оговорка не была случайной.

Закон был существенно скорректирован Дэ Ваном для того, чтоб его родственник (дядя по материнской линии) Буяндалай мог быть назначен Председателем Верховного суда. Позднее Дэ Ван говорил, что после создания Верховного суда и Верховный прокуратуры он, с наставления главы японского корпуса советников Канаи Акирацуги, воспользовался этой возможностью и, скорректировав закон, обеспечил назначение на пост проверенного человека, хотя сам, очевидно, не был сторонником подобных мер. Однако нельзя сказать, что подобные случаи носили массовый характер — японское военное командование и оккупационные силы прекрасно понимали важно четко работа-

<sup>13</sup> Захчид Сэцэн. Мои воспоминания о Дэ Ване и Внутренней Монголии. Изд-во китайской истории и литературы, 2005. С. 299–300 (札奇斯钦:《我所知道的德王和当时的内蒙古》, 中国文史出版社, 2005年版: 299–300).

ющей системы и в дальнейшем старались исключать подобное, особенно в отношении нижестоящих должностей и чинов.

## II

Помимо высших государственных и административных должностей система органов государственной власти предполагала и рядовой состав государственных гражданских служащих. Для этой категории служащих процедура была упрощена — их кандидатура рассматривалась в рамках ведомства его руководством. К отбору и назначению подходили весьма тщательно, а статус гражданского служащего нашел свое закрепление в соответствующих нормативных документах — законах, директивах, декретах, инструкциях и т.д.<sup>14</sup> Разнообразные документы нормативного характера можно условно разделить на несколько групп.

Первую группу составляли законы, регулирующие правовое положение отдельных категорий граждан, осуществляющих государственную военную или гражданскую службу. Прежде всего, речь шла об организации судебной и правоохранительной систем. Законодательный массив включал 33 акта, из которых 9 законов были разработаны и приняты после отделения от Китая:

1. Временный закон о прокуратуре.
2. Временный закон об организации деятельности прокуратуры.
3. О подсудности судебных органов и подведомственности органов прокуратуры.
4. О формировании местных (территориальных) и высших судебных органов.
5. О формировании местных (территориальных) и высших органов прокуратуры.
6. О статусе судей.
7. О порядке формирования штата судебных и прокурорских органов.
8. О порядке назначения судей Верховного суда и высших должностных лиц прокуратуры.
9. О Канцелярии Верховного суда.

Характерной особенностью этих актов было явное смешение прокурорских и судебных функций. При этом оставшиеся 24 акта, в том числе Закон о судебной системе, были заимствованы из китайского законодательства.

Вторая группа актов касалась вопросов несения государственной гражданской службы. С 1939 по 1943 гг. принимается 68 важных документов, среди которых можно выделить следующие:

1. Директива «О жаловании и иерархии чинов гражданских служащих».
2. Декрет «О государственных гарантиях, статусе и должностных обязанностях гражданских служащих».
3. «Правила выплаты надбавок к жалованию гражданских служащих».
5. «Временные правила выплаты пособий и надбавок для лиц, работающих в отдаленной местности».
6. «Правила о предоставлении ежегодного отпуска и выходных в связи с трауром».
7. «Правила несения гражданской службы».

<sup>14</sup> Сун Цунье. Характеристика правовой системы псевдорезима в Мэнцзяне // Научный журнал (социальные науки) факультета политики и права Педагогического университета Баотоу. 2010. № 23 (5) (宋从越, 伪蒙疆政权立法的特点, 阴山学刊 (社会科学版), 包头师范学院, 政治与法律学院, 内蒙古, 包头, 2010年05期23 (5)).



8. Директива «О наложении дисциплинарных взысканий в отношении гражданских служащих».

9. «Правила поощрения гражданских служащих».

10. «Порядок материального поощрения для лиц, изучающих японский язык».

11. «Правила снабжения униформой и обмундированием» и др.

Третью группу составляли 19 актов, принятые в 1939–1943 гг. и регулирующие вопросы, связанные со знаками отличия, униформой и другими внешними атрибутами государственного служащего. Наиболее знаковыми были:

1. Приказ «О знаках отличия гражданских служащих Правительства Мэнцзяна».

2. Положение «О кокардах, церемониале гражданских служащих».

3. Постановление «О знаках отличия сотрудников почтово-телеграфной службы».

4. «Правила, определяющие униформу для сотрудников полиции».

5. «Порядок ношения униформы сотрудниками полиции».

6. «Порядок ношения униформы сотрудниками тюрем».

7. «Порядок ношения униформы сотрудниками инспекторских и контрольных государственных учреждений».

8. Приказ «О форме одежды для сотрудников прокуратуры и адвокатов».

9. «Порядок награждения отличительными знаками (медалями) за подвиги сотрудников полиции».

10. Приказ «О системе мер поощрения гражданских служащих» и др.

В четвертую группу входили 17 нормативных правовых актов, регулирующих вопросы документооборота, статистики и опросов по различным направлениям:

1. «Правила ведения официальной переписки».

2. «Правила пересылки официальных документов».

3. «Правила использования государственной печати правительственными учреждениями».

4. «Порядок выпуска официального правительственного издания и публикации официальных бюллетеней» и принятый на его основе «Порядок публикации официальных правительственных изданий» в Чанани, Цзиньбэе, Чахаре и Баян-Тале.

5. Приказ «О формировании источников и ресурсов для проведения исследований».

6. Приказ «О составлении статистических данных и применении их на местах».

7. Приказ «О статистических данных и использовании их в промышленности и на производстве».

8. «Инструкция о ведении официального документооборота» и др.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что единого нормативного правового акта, регулирующего данную сферу общественных отношений, не существовало. Многочисленные правила, инструкции, декреты и директивы заполняли нишу достаточно полно, однако их большое количество и низкий уровень подготовки, связанный и с дефицитом времени, и с недостатком квалифицированных специалистов-юристов, создавали массу трудностей в ходе правоприменительной практики, что в свою очередь вело к злоупотреблениям и коррупции.

### III

Назначение на гражданскую службу осуществлялось на основе Директивы «О жаловании и иерархии чинов гражданских служащих», которая устанавливала, что назначение осуществляли вышестоящие чины. Для того, чтобы быть назначенным на вы-

шестоящую должность, лицо должно было пройти путь снизу вверх по иерархической лестнице. Высшие должностные лица делились на 2 класса, низшие чины — на 4 класса<sup>15</sup>. Ключевые положения для министерств и ведомств содержались, в первую очередь, во Временном Органическом законе и ряде отраслевых документов, нормы которых заимствовались ими друг у друга. Комплексный анализ нормативного материала позволяет выявить существенные черты и специфику регулирования этой сферы общественных отношений.

Общая координация была возложена на Министерство внутренних дел, в рамках отдельных структур за назначения отвечали руководители учреждений, руководство административно-территориальных единиц (аймаков, провинций, городов), которые в рамках имеющихся у них полномочий осуществляли кадровую политику.

Статус гражданского служащего давал ряд привилегий, и прежде всего это сводилось к охране и защите личности служащего со стороны закона. Правовой основой служил Декрет «О государственных гарантиях, статусе и должностных обязанностях гражданских служащих»<sup>16</sup>, в котором говорилось: государственный служащий не имеет права нарушать установленные нормы и правила и осуществляет свои полномочия в соответствии с занимаемой должностью.

Гражданские служащие имели право на получение жалования на основании Директивы «О жаловании и иерархии чинов гражданских служащих» и в соответствии со своим классным чином. Механизм материального стимулирования содержали «Правила выплаты надбавок к жалованию гражданских служащих»<sup>17</sup>, которые предписывали регулярную выплату денежных сумм во 2-ой и 13-ый дни каждого месяца.

Помимо жалования, законодательством предполагались другие льготы. Лица, осуществлявшие ночные дежурства, получали дополнительные выходные дни; те, кто осуществлял дополнительные общественные обязанности, снабжались продовольствием или получали иные компенсации<sup>18</sup>. Для сотрудников японских дипломатических служб, равно как и для дипломатических представителей Мэнцзяна, несших службу за границей, предусматривались дополнительные надбавки<sup>19</sup>. В целом анализ действующего нормативного материала говорит о том, что представители японской стороны пользовались гораздо большими благами и привилегиями, нежели местные уроженцы. Так, «Временные правила выплаты пособий и надбавок для лиц, работающих в отдаленной местности»<sup>20</sup> определяли для гражданских служащих ниже 2 класса меньшее денежное

<sup>15</sup> Обзор собрания монгольского законодательства: Сб. документов Управления по делам аймаков Автономного Монгольского Объединенного Правительства. Т. 1: положения основных законов. Управление науки Мэнцзяна, 1940. С. 1. (蒙古联合自治政府总务部编纂.《蒙古法令辑览》第一卷(官规篇).蒙疆行政学会, 1940: 1页).

<sup>16</sup> Обзор собрания монгольского законодательства: Сб. документов Управления по делам аймаков Автономного Монгольского Объединенного Правительства. Т. 1: положения основных законов. Управление науки Мэнцзяна, 1940. С. 46. (蒙古联合自治政府总务部编纂.《蒙古法令辑览》第一卷(官规篇).蒙疆行政学会, 1940: 46页).

<sup>17</sup> Там же. С. 71.

<sup>18</sup> Там же. С. 14.

<sup>19</sup> Там же. С. 7.

<sup>20</sup> Обзор собрания монгольского законодательства: Сб. документов Управления по делам аймаков Автономного Монгольского Объединенного Правительства. Т. 1: положения основных законов. Управление науки Мэнцзяна, 1940. С. 12. (蒙古联合自治政府总务部编纂.《蒙古法令辑览》第一卷(官规篇).蒙疆行政学会,

жалование по сравнению с такими же служащими с японской стороны. Законодательство не всегда защищало гражданских служащих — местных уроженцев, не всегда позволяло им рассчитывать на качественное медицинское обслуживание и образование, компенсации могли выплачиваться с задержкой.

В соответствии с «Правилами выплаты надбавок», если на надбавку претендуют гражданские служащие равного класса и чина, сначала выплате подлежит надбавка японскому гражданскому служащему. Если на надбавку претендуют гражданские служащие равного класса и чина, сначала выплате подлежит надбавка гражданскому служащему, прибывшему из Маньчжоу-Го или направляемому в Маньчжурию<sup>21</sup>.

Гражданский служащий в соответствии с «Правилами о предоставлении ежегодного отпуска и выходных в связи с трауром» имел право на два вида отпуска: ежегодный и дополнительный<sup>22</sup>. Ежегодный отпуск предоставлялся на общих основаниях для всех государственных служащих без исключения и составлял 20 дней. Кроме того, в случае смерти родителя или иного близкого родственника, а также в случае получения травмы во время несения гражданской службы либо родов жены лицо могло претендовать на дополнительный отпуск.

Помимо прав и привилегий различными нормативными актами предусматривался весьма широкий перечень обязанностей. В соответствии с «Правилами несения гражданской службы»<sup>23</sup> должностные лица и гражданские служащие имели следующие основные обязанности:

1. Быть верными действующему правительству и органам государственной власти, тщательно охранять и строго соблюдать действующее законодательство, исполнять приказы и распоряжения, а также свои должностные обязанности.
2. Не лениться, постоянно работать над совершенствованием своего характера.
3. Быть вежливым, обходительным, отзывчивым, честным, справедливым, почтительным, скромным и прилежным, быть образцом поведения для других граждан.
4. Запрещается проявлять своеволие и распущенность, быть жадным и ленивым, не допускать причинения ущерба своей репутации.
5. Относиться к своим должностным обязанностям с усердием, быть дружелюбным и готовым к взаимодействию со своими коллегами.
6. При исполнении своих должностных обязанностей руководствоваться волей народа, изучать мнение населения для того, чтобы народные предложения воплощать в жизнь.
7. Следовать духу времени, прилагать усилия к саморазвитию и совершенствованию методов работы.
8. Запрещается использовать государственные средства и ресурсы на личные нужды, препятствовать государственному прогрессу.
9. Постоянно быть в тесном контакте со своими коллегами с целью принятия более эффективных решений, не допускать стагнации.
10. При исполнении должностных обязанностей быть бескорыстным, придерживаясь принципов мира и единства, не допускать при принятии решений злоупотребления властью.
11. Строго следить за охраной государственной тайны.

<sup>21</sup> Там же. С. 67–69.

<sup>22</sup> Там же. С. 50–52.

<sup>23</sup> Там же. С. 47.

12. Не разглашать посторонним сведений, касающихся личной информации других лиц.  
13. При осуществлении должностных обязанностей нельзя принимать подарки от подчиненных или дарить их руководству.

14. Нельзя использовать возможности частных лиц в разрешении своих служебных дел, пристрастно относиться к своим подчиненным.

15. Запрещается вознаграждать за надлежащее исполнение должностных обязанностей самого себя, использовать имущество других лиц в корыстных или личных целях.

16. Нельзя использовать свое служебное положение для продвижения личных дел и бизнеса.

17. Нельзя заниматься бизнесом и получать от него прибыль.

18. Запрещается не исполнять возложенные на лицо государственные обязанности, самоустраняться от принятия решений.

19. Гражданские служащие обязаны откликаться на любое распоряжение начальства и делать это с воодушевлением.

Анализ этих норм позволяет говорить, что по отношению к государственному служащему помимо требования исполнять закон предъявлялись повышенные требования профессионального и морального характера, в связи с чем занятие государственной должности было почетным и ответственным.

## IV

Нормами законодательства предусматривались меры ответственности, призванные стимулировать гражданских служащих к более эффективной и результативной работе, не совершать дисциплинарные проступки. Директива «О наложении дисциплинарных взысканий в отношении гражданских служащих» предусматривала ряд оснований для привлечения чиновников к этому виду юридической ответственности:

1. Нарушение должностных или общественных обязанностей.

2. Небрежное отношение к своим должностным обязанностям.

3. Легкомысленное отношение к своим должностным обязанностям, повлекшее причинение ущерба интересам службы или совершение действий, подрывающих доверие к гражданскому служащему.

Директива предусматривала 3 вида дисциплинарной ответственности<sup>24</sup> в соответствии с характером и тяжестью проступка:

1. увольнение с должности с лишением соответствующего класса и чина;

2. отстранение от должности;

3. выговор, предусматривающий 4 разновидности предостережений.

Меры взысканий сочетались с мерами поощрения. Сбалансированный, умеренный и справедливый механизм их использования предполагал наилучший уровень и качество выполнения служебных обязанностей. «Правила поощрения гражданских служащих»<sup>25</sup> гласили: «Правительство, органы государственной власти стремятся к поддержке гражданских служащих в деле строгого и неукоснительного соблюдения законов и предпри-

<sup>24</sup> Обзор собрания монгольского законодательства: Сб. документов Управления по делам аймаков Автономного Монгольского Объединенного Правительства. Т. 1: положения основных законов. Управление науки Мэнцзяна, 1940. С. 59. (蒙古联合自治政府总务部编纂. 《蒙古法令辑览》第一卷(官规篇) 蒙疆行政学会, 1940: 59页).

<sup>25</sup> Там же. С. 62. Л. 9.

саний органов государственной власти, бесстрашного служения обществу, отдачи всех своих физических и моральных сил при исполнении служебных обязанностей, в связи с чем для закрепления имеющихся достижений гражданских служащих устанавливаются соответствующие меры поощрения».

С учетом возрастающего японского влияния и с целью создания для японских служащих более комфортных условий было принято решение о введении мер, обеспечивающих изучение японского языка монгольскими служащими. Дополнительно для стимулирования изучения японского языка и распространения его в среде гражданских служащих был установлен «Порядок материального поощрения для лиц, изучающих японский язык»<sup>26</sup>, в соответствии с которым гражданские служащие органов государственной власти должны были проходить испытания, их результаты отражали уровень владения японским языком, на основании чего им полагались денежные премии.

Также практиковалось отраслевое поощрение отдельных групп гражданских служащих. Наиболее четко это прослеживается в отношении правоохранительных органов и полицейских структур. «Правила поощрения сотрудников полиции»<sup>27</sup> предусматривали дополнительные меры поощрения тех служащих, которые имели определенные заслуги в выполнении своих обязанностей. Предусматривалось три разновидности поощрений в зависимости от заслуг награждаемого:

1. Высшая награда в своей сфере, которая вручалась от имени министра общественной безопасности в виде денежной премии в размере 500 юаней.

2. Особая награда в отношении тех, кто наиболее проявил себя или совершил подвиг, которая вручалась от имени главы органа государственной власти или главы аймака в виде денежной премии в размере 50 юаней.

3. Награда для отличившихся служащих, которая вручалась от имени мэра города или главы хошуна в виде денежной премии в размере 10 юаней.

«Правила награждения служащих Департамента экономического контроля»<sup>28</sup> устанавливали меры поощрения в отношении категорий чиновников фискальных и контрольных органов управления, которые являлись образцом в деле выявления и пресечения преступных действий, обладали особыми заслугами и иными значительными достижениями в этой сфере. Размер поощрения зависел от класса и чина служащего и представлял собой денежную премию от 50 до 500 юаней. Помимо денежной премии предусматривалась благодарность министра финансов и другие меры стимулирования.

Система государственной службы, порядок ее несения, должностные полномочия, права и обязанности предполагали отраслевое регулирование этих общественных отношений. В результате этого подходы к продвижению по служебной лестнице, оценка эффективности деятельности и другие характеристики существенно различались. Определяющим же фактором был не профессионализм и компетентность, а верность режиму.

\*\*\*

Анализ института государственной гражданской службы в Мэнцзяне позволяет сделать вывод, что данная сфера общественных отношений подвергалась детальной регла-

<sup>26</sup> Там же. С. 60.

<sup>27</sup> Обзор собрания монгольского законодательства: Сб. документов Управления по делам аймаков Автономного Монгольского Объединенного Правительства. Т. 1: положения основных законов. Управление науки Мэнцзяна, 1940. С. 62. Л. 7–8.

<sup>28</sup> Там же.

ментации и регулировалась несколькими десятками нормативных правовых актов, однако низкое качество подготовки этих документов приводило к коллизиям и допускало злоупотребления. Вместе с тем не следует переоценивать роль и значение нормативной правовой базы в области государственной гражданской службы — она, как и многие другие ресурсы, рассматривались и использовались только лишь в качестве меры достижения цели, а соблюдение закона, если оно противоречило или не отвечало интересам оккупантов, никогда не ставилось в приоритет.

В целом же оккупационные силы старались поднять статус гражданского служащего, сделать его получение желаемым и привилегированным, для чего вводились необходимые меры стимулирования. Понимая, что от качества их работы зависит успех всей кампании во Внутренней Монголии, японские оккупанты предусмотрели и соответствующие меры ответственности за невыполнение или ненадлежащее выполнение своих функциональных обязанностей.

В результате продуманной и взвешенной политики в этом направлении Японии удалось добиться желаемого результата — была выстроена слаженная и четко работающая государственная система, которая практически бесперебойно обеспечивала оккупантов всем необходимым, от сырья до готовой продукции и финансов. Если бы не условия, в которых происходили описываемые процессы (война, гибель мирных жителей, зверства японских военных в отношении коренного, прежде всего ханьского, населения), то регион в итоге получил бы практически идеальную систему государственного управления.



## Библиография

Богословский В.А., Москалев А.А. Национальный вопрос в Китае (1911–1949). М.: Наука, 1984.

Новейшая история Китая. 1928–1949 (под ред. М.И. Сладковского). М.: Наука, 1984.

Зоригт Доржийн. 2009. Дэ Ван. Улаанбатаар: Адмон.

Асахи Симбун. 1945. 21 декабря (《朝日新聞》1945年12月21日).

Дин Сяочжэ. Так называемый «отец-основатель» Мэнцзяна — псевдорегим Мэнцзяна и глава корпуса японских советников Канаи Акирацуги // Журнал социальных исследований. Научно-исследовательский центр гуманитарных и социальных наук Академии общественных наук, Тайбэй. 2011. Март. (丁曉傑, 所謂“蒙疆肇建之父”——偽蒙疆政權日本最高顧問金井章次, 社會科學研究. 中央研究院人文社會科學研究中心: 台北市2011年第3期).

Захчид Сэцэн. Мои воспоминания о Дэ Ване и Внутренней Монголии. Изд-во китайской истории и литературы, 2005. (札奇斯钦: 《我所知道的德王和当时的内蒙古》, 中国文史出版社, 2005年版).

Исторические данные провинции Шаньси. Выпуск 56. Тайюань: Народное изд-во Шаньси, 1988. (山西文史资料56, 太原: 山西人民出版社, 1988年).

Обзор собрания монгольского законодательства: Сб. документов Управления по делам аймаков Автономного Монгольского Объединенного Правительства. Т. 1: Положения основных законов. Управление науки Мэнцзяна, 1940. (蒙古聯合自治政府總務部編纂.《蒙古法令輯覽》第一卷(官規篇)·蒙疆行政學會, 1940).

Сайхан Чжинхай Судбэлиг. История Внутренней Монголии периода Китайской Республики. Хух-Хото: Изд-во Университета Внутренней Монголии, 2007. (賽航, 金海, 苏德毕力格, 民国内蒙古史, 内蒙古大学出版社, 2007).

Суй Ючун. Дополненный словарь выдающихся деятелей Китайской Республики. Шицзячжуан: Народный издательский дом Хэбэя, 2007. (徐友春主編. 石家莊. 民国人物大辞典 增訂版. 河北人民出版社. 2007)

Сун Цунье. Характеристика правового регулирования экономических ресурсов Мэнцзяна. г. Хух-Хото: Издательство Университета Внутренней Монголии. 2011. (伪蒙疆政权的物资统制法律制度, 发布时间, 作者: 宋从越, 内蒙古大学2011年).

Сун Цунье. Характеристика правовой системы псевдорегима в Мэнцзяне // Научный журнал (социальные науки) факультета политики и права Педагогического университета Баотоу. 2010. № 23 (5). С. 26–31 (宋从越, 伪蒙疆政权立法的特点, 阴山学刊 (社会科学版), 包头师范学院, 政治与法律学院, 内蒙古, 包头, 2010年05期23 (5)).

Beasley W. G. *Japanese imperialism 1894–1945*. Oxford: Oxford University Press Publ. 1987.

Japanese halt advance on the Yangtze // *The Singapore Free Press and Mercantile Advertiser*. August 2. 1938.

Inner Mongolians set up new regime; break from Nanking // *Chicago Daily Tribune*. October 20. 1937.

Moise E.E. *Modern China: A History*. London and New York: Longman Publ. 1986.

Sechin Jagchid. *The Last Mongol Prince: The Life and Times of Demchugdongrob, 1902–1966*. Bellingham, Washington: Center for East Asian Studies, Western Washington University Publ. 1999.

---

## Civil Service in Mengjiang and its Legal Regulation



**Pavel Dudin**

Senior Lecturer, Theory and History of Law Department, Buryat State University, Candidate of Political Sciences. Address: 24a Smolina Str., Ulan-Ude, 670000, Russian Federation. E-mail: dudin2pavel@gmail.ru



### Abstract

The article describes the Institute of Public Service of the State Mengjiang which in the 1930s and 1940s claimed to leadership in the world of Mongolian peoples. The article discloses institutional framework of public service, procedures for filling positions, the basic requirements, rights and obligations applicable to public servants, measures of rewards and punishments. The problems related to the legal regulation of the civil service, the role and place of the Japanese side in the organization of the civil service. Mengjiang was formed with the participation of the Kwantung Army Command and considered by Japan as a springboard for an attack on the USSR. The state apparatus was formed. It included the public authorities at the national level and the level of administrative and territorial units, which formed the basis of Mengjiang. This political establishment's phenomenon is poorly studied in the scientific literature. Nevertheless, the highest public office became the subject of separate research works, as opposed to the issues of civil service. This article fills in this gap. On the basis of published documents (regulations, statistical and accounting data, reports, memoirs of participants of events, as well as data obtained by modern researchers) it became possible to manage building a detailed picture of the appointment to public office and the implementation of their duties. On the question of the formation of the state apparatus as on the top-level and at the average positions, the occupying forces' approach was careful. Despite the lack of a single legal act regulating this field of public relations, local acts that were taken at different times in the form of regulations, decrees and other documents regulated most aspects in great detail. The status of civil servant gave a number of privileges and guarantees, but officials were not equal to it — the priority was given to the Japan natives. Sectoral regulation of certain issues was actively practiced, including the requirements for the candidate, the promotion etc. In August 1945, the majority of public servants have lost their jobs and privileges, some have been prosecuted for their cooperation with the Japanese invaders, and the state apparatus, as does Mengjiang, was eliminated.



### Keywords

Mengjiang, Inner Mongolia, civil service, public authority, regulation, legal regulation.

Citation: Dudin P.N. (2014) Civil Service in Mengjiang and its Legal Regulation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 179–192 (in Russian)



## References

- 56 istoricheskikh faktov provintsii Shan'si. — Tayyuan': Narodnoe izd-vo Shan'si, 1988. (山西文史资料 56, 太原:山西人民出版社, 1988年).
- Asakhi Simbun. 21 dekabrya 1945. (《朝日新聞》1945年12月21日).
- Din Syaochzhe. Tak nazyvaemyy «otets-osnovatel'» Mentszyana — psevdorezhim Mentszyana i glava korpusa yaponskikh sovetnikov Kanai Akiratsugi // Zhurnal sotsial'nykh issledovaniy. Khukh-Khoto, 2011. Mart. (丁曉傑, 所謂“蒙疆肇建之父”——偽蒙疆政權日本最高顧問金井章次, 社會科學研究2011年第3期).
- Zakhchid Setsen. Moi vospominaniya o De Vane i Vnutrenney Mongolii. — Izd-vo kitayskoy istorii i literatury, 2005. (札奇斯钦:《我所知道的德王和当时的内蒙古》, 中国文史出版社, 2005年版).
- Obzor sobraniya mongol'skogo zakonodatel'stva: sb. dokumentov Upravleniya po delam aymakov Avtonomnogo Mongol'skogo Ob'edinennogo Pravitel'stva. T. 1: polozheniya osnovnykh zakonov. Upravlenie nauki Mentszyana, 1940. (蒙古联合自治政府总务部编纂•《蒙古法令辑览》 第一卷(官规篇)•蒙疆行政学会, 1940).
- Saykhan, Chzhinkhay, Sudbelig. Istoriya Vnutrenney Mongolii perioda Kitayskoy Respubliki. — Khukh-Khoto: Izd-vo Universiteta Vnutrenney Mongolii, 2007. (赛航, 金海, 苏德毕力格, 民国内蒙古史, 内蒙古大学出版社, 2007).
- Suy Yuchun. Dopolnennyy slovar' vydayushchikhsya deyateley Kitayskoy Respubliki. Narodnyy izdatel'skiy dom Khebeya, 2007. (徐友春主編. 民国人物大辞典 增訂版. 河北人民出版社. 2007).
- Sun Tsun'e. Kharakteristika pravovoy sistemy psevdorezhima v Mentszyane. Fakul'tet politiki i prava Pedagogicheskogo universiteta Baotou // In'shan: akademicheskiy zhurnal (sotsial'nye nauki). 2010. № 23 (5), May. (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)).
- Japanese halt advance on the Yangtze (1938) The Singapore Free Press and Mercantile Advertiser, August 2,.
- Inner Mongolians set up new regime; break from Nanking // Chicago Daily Tribune. October 20, 1937.



# Место персональных данных в системе информации ограниченного доступа



**Е.К. Волчинская**

главный специалист по информационному праву Фонда «Центр инноваций и информационных технологий» Федеральной нотариальной палаты, доцент Национального Исследовательского университета Высшей школы экономики, кандидат экономических наук. Адрес: 127006, Российская Федерация, Москва, Долгоруковская ул., д. 20. E-mail: info@fciit.ru



## Аннотация

Предлагается подход к формированию в российском законодательстве «закрытой» системы ограничения доступа к информации, то есть системы, содержащей ограниченное количество видов тайн. Согласно авторской концепции тайны классифицируются по способу их образования:

«первичные» тайны непосредственно связаны с деятельностью субъекта и обеспечивают реализацию его права на ограничение доступа к касающейся его информации (такие тайны составляет информация, вырабатываемая субъектом в процессе его деятельности или жизнедеятельности);

«производные» тайны связаны с обязанностью субъекта по защите информации другого субъекта, получаемой в режиме тайны (режиме конфиденциальности).

Определяются элементы правового режима для каждой из категорий тайн, в том числе субъектный состав, состав правовых регуляторов. Предложены принципы трансформации режимов тайн при передаче информации. Исследуются режимы конфиденциальности, приемлемые для защиты персональных данных (коммерческая тайна, профессиональная тайна, государственная и служебная тайны) и делается вывод о целесообразности использования этих режимов, а не самостоятельного режима защиты персональных данных. Рассматриваются отдельные проблемы защиты персональных данных в режиме коммерческой тайны, связанные с соотношением положений Трудового кодекса Российской Федерации, Федерального закона «О коммерческой тайне» и Федерального закона «О персональных данных». Формулируются условия достижения баланса интересов субъекта персональных данных (работника) и оператора (работодателя).

Исследуется вопрос о сбалансированности норм ответственности за разглашение различных видов тайн. Отмечается, что соотношение санкций не представляется логичным. Например, уравниены максимальные санкции за разглашение коммерческой и государственной тайн, не продумано соотношение уголовной ответственности за нарушение неприкосновенности частной жизни и другие преступления, которые, по сути, «обеспечивают» ответственность за нарушение неприкосновенности частной жизни (нарушение тайны переписки, разглашение тайны усыновления). присутствует разброс в санкциях за разглашение различных профессиональных тайн. Все это требует совершенствования мер ответственности в рамках формируемой и законодательно закрепленной системы тайн.



## Ключевые слова

информация ограниченного доступа, виды тайн, режим конфиденциальности, персональные данные, государственная тайна, коммерческая тайна, профессиональная тайна, уголовная и административная ответственность

Ограничение доступа к информации — это **важный элемент демократического общества**, который призван защищать как конституционные права граждан на доступ к информации, так и конституционные права различных субъектов на ограничение этого доступа. Указанные ограничения должны быть законными (установленными федеральным законом) и соразмерными, обеспечивающими баланс интересов субъектов по доступу к информации и ограничению доступа.

Почему нужна именно система ограничения доступа к информации? Ответим от противного:

- отсутствие системы создает условия для нарушения прав граждан на доступ к информации и прав на ограничение доступа;
- отсутствие системы создает условия для злоупотреблений правами граждан на доступ к информации и правами на ограничение доступа;
- отсутствие системы не позволяет эффективно защищать информацию, а значит, и права субъектов.

В целом отсутствие системы ограничения доступа к информации тормозит развитие демократических институтов информационного общества<sup>1</sup>.

Какой должна быть или может быть такая система?

«Открытой» (содержащей неограниченное количество видов информации ограниченного доступа) или «закрытой» (содержащей ограниченное число видов информации ограниченного доступа)? Выбор зависит от возможности свести все существующие виды информации ограниченного доступа к ограниченному количеству.

Существующие обозначения информации ограниченного доступа при всем терминологическом разнообразии российского законодательства в сфере информационной безопасности включают четыре:

- 1) информация ограниченного доступа (или ограниченного распространения);
- 2) информация, в отношении которой следует обеспечить конфиденциальность (эта конструкция применяется после принятия Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и внесения изменений в иные федеральные законы в целях унификации терминологии);
- 3) тайны;
- 4) конфиденциальная информация (в нескольких федеральных законах, в которые не внесли изменения после принятия Федерального закона от 27 июля 2006 г. N 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»).

---

<sup>1</sup> Неверно рассматривать как системообразующий Перечень сведений конфиденциального характера, утвержденный Указом Президента Российской Федерации от 6 марта 1997 г. № 188. Данный перечень изначально был спорным по составу сведений, а сейчас он прямо противоречит законодательству Российской Федерации как минимум в части пункта 3 (служебная тайна), поскольку определение понятия «служебная тайна» опирается на положения статьи 139 Гражданского кодекса Российской Федерации, которая утратила силу еще в 2006 году. Кроме этого, Законом об информации исключено разделение информации ограниченного доступа на информацию, составляющую государственную тайну, и конфиденциальную информацию. Не употребляется и сам термин «конфиденциальная информация». Более того, по смыслу закона, ограничивая доступ к информации, необходимо обеспечить ее конфиденциальность, что относится как к государственной тайне, так и к другим видам тайн. Следовательно, термин «конфиденциальная информация», производный от термина «конфиденциальность», будет включать информацию, составляющую государственную тайну, что также не учитывается в Перечне сведений конфиденциального характера. Кроме того, сфера применения Перечня сведений конфиденциального характера ограничена целями «дальнейшего совершенствования порядка опубликования и вступления в силу актов Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации и нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти».

Содержательно первая и вторая группы равноценны и включают две последующие.

Можно ли создать «закрытую» систему тайн? Такая система предпочтительна, поскольку она более надежно защищает информационные права субъектов. В юридической литературе присутствуют различные подходы к классификации тайн<sup>2</sup>. Концепция «закрытой» системы тайн была предложена автором<sup>3</sup>, и составляют ее две категории тайн: тайны «первичные» и тайны «производные»<sup>4</sup>.

Согласно концепции тайны классифицируются по способу их образования:

- «первичные» тайны непосредственно связаны с деятельностью субъекта и обеспечивают реализацию его права на ограничение доступа к касающейся его информации (такие тайны составляет информация, вырабатываемая субъектом в процессе его деятельности или жизнедеятельности);

- «производные» тайны связаны с обязанностью субъекта по защите информации другого субъекта, получаемой в режиме тайны (режиме конфиденциальности).

В состав «первичных» тайн входят: личная и семейная тайны (тайна физического лица); коммерческая тайна (тайна юридического лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность); государственная тайна и служебная тайна в части внутрисистемной информации (тайна государства, в том числе в лице органа государственной власти).

Здесь и далее я говорю о служебной тайне в концепции законопроекта, который долгое время находился на рассмотрении Государственной Думы, но так и не был принят. В соответствии с этой концепцией информация, составляющая служебную тайну, включает:

- информацию, создаваемую (генерируемую) в органе государственной власти, доступ к которой временно ограничен в интересах государственного управления по решению руководителя;

- информацию, представляемую в орган государственной власти в режиме конфиденциальности.

В состав «производных» тайн входят:

- профессиональные тайны, когда информация передается субъекту профессиональной деятельности от физических лиц в режиме личной или семейной тайны (врачебная тайна, тайна исповеди, тайна банковских вкладов, тайна усыновления, налоговая тайна, нотариальная тайна и др.) либо от юридических лиц в режиме коммерческой тайны (налоговая, банковская, нотариальная тайны и др.);

- служебная тайна в части переданной в органы власти от физических и юридических лиц информации ограниченного доступа (по типу профессиональной тайны государственных и муниципальных служащих).

Принципиальное различие этих категорий тайн состоит в том, что для «первичных» тайн у субъектов (обладателей соответствующей информации) есть право на установ-

<sup>2</sup> См., напр., Пилипенко Ю.С. К вопросу о классификации правовых тайн // Журнал российского права. 2009. no 9. С. 48–56.

<sup>3</sup> См.: Волчинская Е.К. Роль государства в обеспечении информационной безопасности // Информационное право. 2008. no 4. 9–16; Волчинская Е.К. Коммерческая тайна в системе конфиденциальной информации // Информационное право. 2005. no 3. С. 17–21; Волчинская Е.К. О проблемах формирования правовой системы ограничения доступа к информации // Информационное право. 2013. no 4. С. 3–8.

<sup>4</sup> Терминология может быть изменена. Можно вообще не называть категории тайн, но важно определить их характерные признаки.

ление режима конфиденциальности, а для «производных» тайн у лица, которому доверена информация ограниченного доступа, возникает обязанность устанавливать соответствующий режим конфиденциальности.

Максимальный объем регулирования «первичных» тайн со стороны государства приходится на государственную и служебную тайны.

В отношении других видов «первичных» тайн государство должно уступить право основного регулятора тем субъектам, которые образуют (устанавливают) эти режимы. Задача государства — обеспечить защиту их прав и интересов с учетом интересов других субъектов.

В отношении «производных» тайн государство в целях защиты прав и интересов физических и юридических лиц, предоставляющих информацию в каком-либо режиме конфиденциальности, обязывает субъектов (при исполнении ими профессиональных обязанностей или при осуществлении ими определенных видов деятельности) защищать такую информацию.

Автором был проведен эксперимент, в результате которого почти все виды информации ограниченного доступа, содержащиеся в «Перечне нормативных актов, относящих сведения к категории ограниченного доступа» (их там 54), подготовленном специалистами фирмы «КонсультантПлюс»<sup>5</sup> и размещенном в соответствующей информационно-поисковой системе, попали в одну из указанных категорий тайн<sup>6</sup>. Исходя из этого, можно утверждать, что создание «закрытой» системы в принципе возможно и, соответственно, создание «открытой» системы не целесообразно.

Ни в одну из указанных категорий тайн первоначально не попали два вида информации:

- информация, содержащаяся в паспортах безопасности объектов топливно-энергетического комплекса (Федеральный закон от 21 июля 2011 г. N 256-ФЗ «О безопасности объектов топливно-энергетического комплекса»);
- инсайдерская информация (Федеральный закон от 27 июля 2010 г. N 224-ФЗ «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»).

Эти виды информации не вполне укладываются в предложенную выше систему тайн, поскольку указанные федеральные законы предусматривают обязательное установление режима конфиденциальности для «первичных» тайн (государственной, коммерческой и служебной), что ограничивает права соответствующих субъектов на установление режима конфиденциальности и распоряжение сведениями, составляющими одну из таких тайн.

В первом случае паспорт безопасности содержит информацию об обеспечении антитеррористической защищенности объекта топливно-энергетического комплекса и план мероприятий по обеспечению антитеррористической защищенности объекта, поэтому установление режима конфиденциальности такой информации, а именно режима коммерческой тайны, не находится в прямом противоречии с правами обладателя информации. А дополнительные обязанности по согласованию паспортов безопасности с органами исполнительной власти, и (или) органами местного самоуправления, по нашему

<sup>5</sup> При подготовке данной статьи использовалась СПС «КонсультантПлюс».

<sup>6</sup> Волчинская Е.К. О проблемах формирования правовой системы ограничения доступа к информации // Информационное право. 2013. no 4. С. 3–8.

мнению, укладываются в конституционный принцип ограничения прав субъектов (ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации).

Во втором случае дело обстоит сложнее, поскольку в соответствии с законом инсайдерская информация включает, в том числе, сведения, составляющие коммерческую, служебную, банковскую тайну, тайну связи и иную охраняемую законом тайну. Следовательно, исходя из определения к такой информации, могут быть отнесены и сведения, составляющие государственную тайну. При этом законом накладываются определенные ограничения на использование инсайдерской информации, а с другой стороны, закон предусматривает обязательное раскрытие или предоставление инсайдерской информации. Очевидно, что это положение противоречит, по меньшей мере, Закону Российской Федерации от 21 июля 1993 г. по 5485-1 «О государственной тайне» и Федеральному закону от 29 июля 2004 г. по 98-ФЗ «О коммерческой тайне», которыми установлены права и обязанности обладателя соответствующей информации. Для устранения этих противоречий необходимо, по нашему мнению, уточнить определение и концепцию защиты инсайдерской информации.

После уточнения соответствующих режимов конфиденциальности указанные особенности могут быть нивелированы, и тогда система тайн будет сведена к «закрытой» системе.

Для законодательного оформления системы информации ограниченного доступа необходимо, прежде всего, определить субъектов правоотношений и соотнести их с видами тайн:

- личность (физическое лицо) безотносительно к ее служебному положению образует и обеспечивает конфиденциальность сведений, составляющих личную тайну;
- социальная общность (семья, общественное объединение, хозяйствующий субъект) образует и обеспечивает конфиденциальность соответственно семейной тайны, коммерческой тайны либо обеспечивает конфиденциальность профессиональной тайны;
- государство (в лице органов государственной власти) образует и обеспечивает конфиденциальность государственной и служебной тайны.

Следующим элементом системы информации ограниченного доступа является состав правовых регуляторов применительно к каждой категории тайн, которые необходимо реализовать в федеральном законе.

Для «первичных» тайн необходимо законодательно установить:

- ограничения на введение режима тайны (режима конфиденциальности) для информации, к которой есть общественный интерес;
- обязанность и условия предоставления информации, составляющей тайну, другим лицам, в том числе в органы государственной власти, для осуществления государственного управления и отправления правосудия;
  - в отдельных случаях — требования к используемым средствам защиты информации, составляющей тайну, или ограничения на использование таких средств;
  - в отдельных случаях — требования к субъектам, обеспечивающим защиту информации, составляющей тайну;
  - меры ответственности за нарушение конфиденциальности информации.

Для «производных» тайн необходимо законодательно установить:

- обязанность лиц, которым доверена информация, составляющая «первичные» тайны, обеспечивать ее конфиденциальность;
- меры ответственности за нарушение конфиденциальности доверенной информации;

- условия предоставления доверенной информации третьим лицам;
- в отдельных случаях требования к используемым средствам защиты конфиденциальности информации или ограничения на использование таких средств.

Для завершения концепции формирования системы тайн необходимо решить три актуальные проблемы:

1) формирование режима служебной тайны (конструкция, содержание информации и права и обязанности обладателя информацией, ответственность за нарушение режима конфиденциальности);

2) согласование правил изменения (трансформации) режимов тайн при передаче информации между субъектами, особенно из органов государственной власти;

3) установление принципов иерархии в системе тайн и уточнение норм ответственности за разглашение сведений, составляющих тайну, с учетом соотношения видов тайн.

Первую проблему можно решить в рамках разработки проекта Федерального закона «О служебной тайне». Новый проект подготовлен и проходит обсуждение в Правительстве Российской Федерации.

Принципы (правила) трансформации режимов тайн предлагается сформулировать следующим образом:

1) «первичные» тайны могут переходить как в один из режимов «первичных» тайн, так и в один из режимов тайн «производных», за исключением, о котором ниже;

2) «производные» тайны могут переходить только в режим государственной тайны или служебной тайны (комплексный по своей структуре).

Рассмотрим подробнее, как реализуются эти принципы.

В отношении «первичных» тайн:

- сведения, составляющие государственную тайну, и информация, составляющая служебную тайну, при передаче в любую организацию, охраняются в том же режиме;

- сведения, составляющие государственную тайну, при рассекречивании могут охраняться в режиме коммерческой, служебной тайны, личной или семейной тайны;

- информация, составляющая коммерческую, служебную, личную или семейную тайну, может быть засекречена в режиме государственной тайны;

- информация, составляющая коммерческую тайну, может при передаче в орган государственной власти охраняться в режиме служебной тайны;

- информация, составляющая личную или семейную тайну, может в случае использования ее в рамках предпринимательской деятельности охраняться в режиме коммерческой тайны;

- информация, составляющая личную, семейную, коммерческую тайну, при передаче в органы и организации может перейти в режим профессиональной тайны, если таковой установлен законом.

Особенность трансформации режимов «первичных» тайн состоит, по мнению автора, в том, что сведения, составляющие государственную тайну, не могут охраняться в других режимах, если они не рассекречены, поскольку этот режим все же имеет (или должен иметь) определенный приоритет. Вероятно, эта особенность распространяется и на режим служебной тайны. В любом случае новая концепция федерального закона о служебной тайне должна ответить и на данный вопрос.

В отношении «производных» тайн, исходя из рассмотренного выше механизма их формирования, возможности трансформации режимов ограничены. Поскольку эта категория тайн обеспечивает охрану сведений, составляющих коммерческую, личную или семейную тайну, то возврат в эти режимы не нужен (они сохраняют свое действие

наряду с профессиональной тайной). Следовательно, трансформация режимов «производных» (профессиональных) тайн фактически возможна только в сторону режима государственной или служебной тайны.

Особенности трансформации режимов «первичных» тайн вновь возвращают нас к вопросу об иерархии в системе тайн. Представляется, что государственная тайна должна сохранить приоритет перед другими «первичными» тайнами. В свою очередь, последние не могут иметь приоритет перед тайнами «производными», поскольку, в силу условий формирования, «производные» тайны» включают «первичные».

Для законодательного закрепления системы тайн возможно использовать два варианта: либо в Федеральном законе от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее — Закон об информации), либо в новом самостоятельном законе. Предпочтительнее это сделать в рамках дополнения действующего Закона об информации и не плодить новые нормативные правовые акты.

Принятие практически одновременно Закона об информации и Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» (далее — Закон о персональных данных) не обеспечило, к сожалению, их согласование в части правового режима персональных данных.

Нужно ли особым образом защищать персональные данные, если и без этого существуют режимы личной, семейной, профессиональной, государственной, коммерческой, служебной тайн? Вопрос не простой, и российское законодательство отвечает на него противоречиво<sup>7</sup>.

Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» определил предмет правоотношений как любую информацию, относящуюся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных). Следовательно, персональные данные не определены как информация ограниченного доступа.

Закон об информации ограничился в отношении персональных данных отсылочной нормой к специальному законодательству, правда, в статье 9 «Ограничение доступа к информации». Тем не менее, и этот закон не отнес персональные данные в явной форме к категории информации ограниченного доступа.

Объяснить это можно следующим.

Во-первых, далеко не все персональные данные охраняются режимом конфиденциальности (некоторые персональные данные должны быть обнародованы в соответствии с федеральными законами, например, персональные данные кандидатов в депутаты, другие могут быть обнародованы по решению субъекта персональных данных, например, содержащиеся в профессиональных энциклопедиях).

Во-вторых, персональные данные могут охраняться и охраняются в настоящее время различными режимами ограниченного доступа. Так, в режиме государственной тайны охраняются персональные данные ряда лиц, имеющих доступ к государственным секретам. В режиме коммерческой тайны могут охраняться персональные данные авторов ноу-хау, используемых в производстве. В режиме коммерческой или профессиональной тайны охраняется информация персонального характера, характеризующая пользователей предоставляемых услуг. В режиме личной тайны — сведения об особенностях личности, ее пристрастиях, привычках, интересах

<sup>7</sup> Волчинская Е.К. Нотариальная тайна и режимы конфиденциальности // Нотариальный вестник. 2013. № 4. С. 27–39.

Исходя из этого, можно утверждать, что персональные данные — это вид сведений, непосредственно связанных с личностью и/или позволяющих ее идентифицировать, но не режим тайны. Законодательное регулирование сбора и использования персональных данных обусловлено защитой неприкосновенности частной жизни как базового конституционного принципа<sup>8</sup>.

Тем не менее Закон о персональных данных определяет (статья 19) меры по обеспечению безопасности персональных данных при их обработке вне зависимости от установленного оператором режима конфиденциальности, а скорее исходя из самостоятельного режима конфиденциальности персональных данных.<sup>9</sup>

В рамках уточнения в 2009–2010 гг. концепции обеспечения конфиденциальности и безопасности персональных данных правоприменителями предлагалось операторов негосударственных информационных систем обязать защищать свои системы либо в рамках режимов конфиденциальности, распространяемых на информационную систему в целом (в частности, режимы защиты банковской тайны, налоговой тайны и иных видов тайн, установленных федеральными законами), либо исходя из общих стандартов защиты информации, самостоятельно определяя адекватные методы и средства защиты персональных данных с учетом их природы, объема обрабатываемых данных, стоимости применения мер защиты, характеристик информационных систем оператора и учитывая отраслевые рекомендации.

Однако данная концепция встретила сопротивление регуляторов и не была реализована. Несмотря на смягчение в 2011 году под влиянием протестов правоприменителей требований по безопасности персональных данных, вопрос их соотношения с мерами, принимаемыми для защиты сведений в установленных их обладателем режимах конфиденциальности, остается открытым.

Рассмотрим особенности охраны персональных данных в рамках отдельных режимов конфиденциальности.

Проблемы охраны персональных данных в режиме коммерческой тайны определяются тем, что требования по защите персональных данных обязательны, а режим коммерческой тайны обладатель информации (работодатель) устанавливает по своему усмотрению с учетом законодательных ограничений. Следовательно, он вынужден либо охранять все персональные данные в режиме коммерческой тайны (это сейчас практикуется), либо устанавливать для них (или для части их) какой-то особый режим конфиденциальности.

---

<sup>8</sup> См. Малейна М.Н. Право на тайну и неприкосновенность персональных данных // Журнал российского права. 2010. no 11. С. 18–28; Смирнова И.Г. К вопросу о роли правовых позиций Конституционного Суда РФ для защиты уголовно-процессуального института тайны // Адвокат. 2010. no 3. С. 5–12.

<sup>9</sup> Постановление Правительства РФ от 1 ноября 2012 г. no 1119 «Об утверждении Требований к защите персональных данных при их обработке в информационных системах персональных данных»; Приказ ФСБ России от 10 июля 2014 г. no 378 «Об утверждении Составы и содержания организационных и технических мер по обеспечению безопасности персональных данных при их обработке в информационных системах персональных данных с использованием средств криптографической защиты информации, необходимых для выполнения установленных Правительством Российской Федерации требований к защите персональных данных для каждого из уровней защищенности» (Зарегистрировано в Минюсте России 18 августа 2014 г. no 33620); Приказ ФСТЭК России от 18 февраля 2013 г. no 21 «Об утверждении Составы и содержания организационных и технических мер по обеспечению безопасности персональных данных при их обработке в информационных системах персональных данных» (Зарегистрировано в Минюсте России 14 мая 2013 г. no 28375).



Первый вариант удобен работодателю, поскольку он может унифицировать механизмы защиты информации, составляющей коммерческую тайну, и механизмы защиты персональных данных. Однако ряд уважаемых исследователей считают, что «сведения о персонале не могут являться коммерческой тайной, а составляют персональные данные и должны защищаться в соответствии с гл. 14 Трудового кодекса РФ и Законом о персональных данных»<sup>10</sup>.

В частности, ссылаясь на ТК РФ, Л.К.Терещенко указывает (там же) «Спорным является отнесение к коммерческой тайне сведений о должностных окладах, системе премирования и иного поощрения». В числе сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну, названы сведения о системе оплаты труда (п. 5 ст. 5 Федерального закона от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ «О коммерческой тайне») и об оплате труда работников некоммерческих организаций (п. 9 ст. 5 этого Закона). Следовательно, данное ограничение не относится к сведениям о размере оплаты труда конкретного работника.

Возникает вопрос о возможных правовых последствиях разглашения информации о своей заработной плате самим работником. Если признать, что эти сведения составляют коммерческую тайну, то в соответствии с подп. «в» п. 6 ст. 81 Трудового кодекса РФ (далее — ТК РФ) работнику грозит увольнение. Необходимо обратить внимание на формулировку этого положения в ТК РФ: «Трудовой договор может быть расторгнут работодателем в случаях: ...в) разглашения охраняемой законом тайны (государственной, коммерческой, служебной и иной), ставшей известной работнику в связи с исполнением им трудовых обязанностей, в том числе разглашения персональных данных другого работника»<sup>11</sup>.

Отсюда следуют два вывода:

1) персональные данные рассматриваются как составная часть охраняемой законом тайны;

2) разглашение работником чужих персональных данных может повлечь увольнение. Следовательно, такие персональные данные не должны быть известны другим работникам, в том числе и от самого работника. Фактически ТК РФ дает работодателю право запрещать разглашение своих персональных данных работником. Это элемент кадровой политики, который характерен для постсоветского бизнеса. Вместе с тем, не исключая, что некоторые работники будут благодарны работодателю за полученное от него законное право не сообщать членам семьи размер своего дохода.

Если же данные о заработной плате работника охраняются в режиме персональных данных, то работник вправе самостоятельно определять порядок их распространения. Но вступая в трудовые отношения, работник принимает на себя определенные обязанности, установленные работодателем, в том числе обязанности, касающиеся режимов охраны сведений, ставших известными работнику в связи с исполнением трудовых обязанностей.

У.М. Станкова (там же) сомневается, что при отнесении информации о заработной плате к коммерческой тайне работодателем может быть получена коммерческая выгода, хотя последнее является признаком коммерческой тайны. Действительно, федеральным

<sup>10</sup> Терещенко Л.К. Правовой режим персональных данных и безопасность личности // Закон. 2013. № 6. С. 37-43; Станкова У.М. Правовой анализ локальных нормативных актов работодателя по защите информации ограниченного доступа // Трудовое право в России и за рубежом. 2011. № 2. С. 30–32.

<sup>11</sup> К сожалению, авторы часто игнорируют соотношение в указанном положении ТК РФ персональных данных и тайн как частного и общего. См., напр.: Топоркова С.А. Разглашение охраняемой законом тайны как трудовое правонарушение // Трудовое право в России и за рубежом. 2012. № 3. С. 26–30.

законом коммерческая тайна определяется как «режим конфиденциальности информации, позволяющий ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду» (п. 1 ст. 3). Полагаю, что в данном случае коммерческая выгода работодателя может складываться, как минимум, из трех составляющих:

- 1) возможность избежать неоправданных расходов при обеспечении одного режима конфиденциальности вместо двух;
- 2) возможность оптимизировать фонд заработной платы за счет индивидуальных условий трудового договора;
- 3) возможность удержать ценных работников от перехода к конкурентам.

Вместе с тем, необходимо признать, что судами общей юрисдикции созданы прецеденты как отмены решений работодателя, основанных на охране персональных данных в режиме коммерческой тайны<sup>12</sup>, так и признания такой охраны правомерной<sup>13</sup>.

У.М. Станкова указывает также на то, что введение режима коммерческой тайны в отношении сведений о заработной плате влечет закрепление в локальных нормативных актах ряда запретов для работников, из смысла которых следует, в частности, что «работнику получить справку о доходах для получения кредита в банке или для оформления визы невозможно. Дело в том, что в соответствии с положениями ч. 1 ст. 6 Федерального закона «О коммерческой тайне» обладатель информации, составляющей коммерческую тайну, обязан предоставить информацию, составляющую коммерческую тайну, только по мотивированному требованию органа государственной власти, иного государственного органа, органа местного самоуправления. Однако ст. 62 ТК РФ предусматривает, что по письменному заявлению работника работодатель обязан выдать копии документов, связанных с работой, в том числе справки о размере заработной платы и фактически начисленных и уплаченных налогов».

Представляется, что указанная проблема лежит не столько в плоскости соотношения режимов конфиденциальности, сколько в корректности установления и обеспечения режима коммерческой тайны. Очевидно, что работодатель не может руководствоваться в своей деятельности только ТК РФ, только Федеральным законом «О коммерческой тайне» или только Федеральным законом «О персональных данных». Все законодательное регулирование исполняется им в совокупности. При этом в разных случаях могут устанавливаться разные приоритеты. В частности, когда работнику требуется справка для получения кредита в банке или оформления визы, у работодателя нет оснований отказывать ему в этом, хотя бы потому, что передача этих сведений банку или ФМС не наносит ему коммерческого вреда. То есть в данном случае приоритет имеют права работника. С другой стороны, можно представить ситуацию, когда в целях защиты от недобросовестной конкуренции работодатель жестко запрещает разглашать сведения о заработной плате и иных выплатах работнику, участвующему в проведении выставок, конференций, переговоров и т.п.

Специалисты-правоведы обращают внимание на дисбаланс интересов в российском законодательстве в сторону абсолютизации интересов субъекта персональных

<sup>12</sup> См., напр.: Иванов И. Не растерять коммерческую тайну // ЭЖ-Юрист. 2013. № 35. С. 1, 6.

<sup>13</sup> Напр.: Нюлланд Е.С., Перевалов В.А. Охрана и защита информации, составляющей коммерческую тайну // Закон. 2013. № 6. С. 48–55.

данных без учета реальных возможностей операторов<sup>14</sup>. Этим существенно различаются положения Закона о персональных данных и Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных. В качестве оператора выступает и работодатель. Обеспечение баланса интересов работодателя (оператора) и работника (субъекта персональных данных) особенно необходимо при разработке и применении мер защиты информации, составляющей коммерческую тайну, в том числе персональных данных, таких как результаты видеонаблюдения, прослушивания служебного телефона, просмотра электронной почты и др.

Работодателю при этом необходимо осознавать, что уважение и защита интересов работника как субъекта персональных данных приносит работодателю коммерческую выгоду — повышается производительность труда.

Работнику стоит помнить, что трудовые отношения ставят его неизбежно в зависимое положение от работодателя, но уважение и защита интересов работодателя приносит дивиденды и самому работнику — повышается оплата труда.

Однако в выборе режима конфиденциальности для защиты персональных данных работников работодатель законом не ограничен.

В части соотношения профессиональной тайны и персональных данных необходимо отметить, что профессиональная тайна собственно и включает сведения, составляющие личную или семейную тайну (персональные данные) и (или) информацию, составляющую коммерческую тайну. Примером «однородной» профессиональной тайны является врачебная тайна, а примерами «смешанной» — налоговая<sup>15</sup> и нотариальная.

Например, в соответствии с Основами законодательства Российской Федерации о нотариате нотариус, должностные лица нотариальных палат, лица, осуществляющие обработку вносимых в единую информационную систему нотариата сведений, обязаны хранить в тайне сведения, которые стали ему известны в связи с осуществлением его профессиональной деятельности, не раскрывать третьим лицам и не распространять сведения, содержащиеся в этой информационной системе, за исключением случаев, установленных Основами. За разглашение или незаконное использование указанных сведений (составляющих нотариальную тайну) такие лица несут ответственность, предусмотренную законодательством Российской Федерации. Применительно к конкретной информационной системе уровень защиты сведений, составляющих нотариальную тайну, выше требований по безопасности персональных данных, установленных Законом о персональных данных и принятыми в соответствии с ним нормативными правовыми актами. При этом, конечно, реализуется один режим конфиденциальности, а не два.

Применительно к государственной тайне, полагаю, что баланс интересов субъектов персональных данных, имеющих доступ к сведениям, составляющим государственную тайну, смещается в сторону интересов государства, требования по защите сведений, составляющих государственную тайну, жестче требований по защите персональных данных, но и при этом работодатель должен помнить о правах субъекта персональных данных и защищать их в тех случаях, когда это не противоречит требованиям защиты государственной тайны. К этому его обязывает Конституция Российской Федерации, в ч. 3 ст. 55 которой и установлены принципы баланса интересов:

<sup>14</sup> Терещенко Л.К. О соблюдении баланса интересов при установлении мер защиты персональных данных // Журнал российского права. 2011. № 5. С. 5–12; Назарова Д.Н. Проблемы правовой охраны операторами персональных данных // Информационное право. 2010. № 1. С. 14–19.

<sup>15</sup> Шеховцева Е.В. Налоговая тайна: правовой режим охраны // Ленинградский юридический журнал. 2013. № 1. С. 38–42.

«3. Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства».

Вернемся к одному из поставленных в самом начале вопросов. Это вопрос о сбалансированности норм ответственности за разглашение различных видов информации ограниченного доступа.

До недавнего времени диспропорции были вопиющими, в частности, уголовная ответственность за разглашение коммерческой, банковской и налоговой тайны (ст. 183 УК РФ) была выше, чем ответственность за разглашение государственной тайны (ст. 283 УК РФ). Федеральный закон от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ ее устранил, снизив максимальный срок лишения свободы по статье 183 УК РФ с 10 до 7 лет. Однако существующее соотношение санкций вызывает много вопросов. Например, уравнились максимальные санкции за разглашение коммерческой и государственной тайн. Очень большой разброс в санкциях за разглашение различных профессиональных тайн. Минимальный уровень одинаков — штраф в размере 80 тысяч рублей, а вот максимальный колеблется от исправительных работ на срок до 1 года (ст. 138, ст. 141 УК РФ) до лишения свободы на срок до 7 лет (налоговая, банковская тайны, ст. 183 УК РФ).

Странным выглядит соотношение санкций по ст. 137 («Нарушение неприкосновенности частной жизни») и другим статьям УК РФ, которые, по сути, «обеспечивают» ответственность за нарушение неприкосновенности частной жизни (нарушение тайны переписки, разглашение тайны усыновления). Получается, что за незаконное собирание, например, журналистом сведений о частной жизни лица (в том числе об усыновлении) установлена минимальная ответственность в виде штрафа в размере до 200 тысяч рублей, а за незаконное предоставление этих сведений журналисту работником органа опеки и попечительства последний будет наказан штрафом в размере до 80 тысяч рублей.

А вот уголовное наказание на разглашение врачебной тайны в явной форме не установлено<sup>16</sup>. Есть общий состав административного правонарушения — Статья 13.14. «Разглашение информации с ограниченным доступом» Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, который покрывает все случаи разглашения, за исключением случаев, если разглашение такой информации влечет уголовную ответственность. Установлены санкции по этой статье: административный штраф на граждан в размере от 500 до 1 тысячи рублей; на должностных лиц — от 4 тысяч до 5 тысяч рублей.

Определена также административная ответственность за «Нарушение установленного законом порядка сбора, хранения, использования или распространения информации о гражданах (персональных данных)» (Статья 13.11.). Минимальная санкция — штраф от 300 до 1 тыс. рублей, максимальный штраф — до 10 тыс. руб.

Получается, что за разглашение врачебной тайны, т.е. распространение персональных данных пациента, виновное лицо может быть оштрафовано либо на 5 тыс. руб. (по ст. 13.14) либо на 10 тыс. руб. (по ст. 13.11). Разница невелика, но все же она есть. Кроме того, сомнительно, чтобы даже максимальный штраф удовлетворил субъекта персональных данных, чьи данные были разглашены.

Трудно сказать, каким должно быть соотношение санкций за разглашение различных видов тайн, но, очевидно, что это соотношение должно быть логичным, причем

<sup>16</sup> Иванов И.С. Врачебная тайна // СПС «КонсультантПлюс». 2012.

такая логика должна вытекать из конструкции системы ограничения доступа к информации. А это еще один аргумент в пользу ее создания и законодательного оформления.



### **Библиография**

- Бриллиантова Н.А., Архипов В.В. Об охраняемой законом тайне в трудовых отношениях // Законодательство и экономика. 2010. № 1. С. 33–40.
- Волчинская Е.К. Коммерческая тайна в системе конфиденциальной информации // Информационное право. 2005. № 3. С. 17–21.
- Волчинская Е.К. Роль государства в обеспечении информационной безопасности // Информационное право. 2008. № 4. С. 9–16.
- Волчинская Е.К. О проблемах формирования правовой системы ограничения доступа к информации // Информационное право. 2013. № 4. С. 3–8.
- Волчинская Е.К. Нотариальная тайна и режимы конфиденциальности // Нотариальный вестник. 2013. № 4. С. 27–39.
- Иванов И. Не растерять коммерческую тайну // ЭЖ-Юрист. 2013. № 35. С. 1, 6.
- Иванов И.С. Врачебная тайна // СПС «КонсультантПлюс». 2012.
- Малеина М.Н. Право на тайну и неприкосновенность персональных данных // Журнал российского права. 2010. № 11. С. 18–28.
- Назарова Д.Н. Проблемы правовой охраны операторами персональных данных // Информационное право. 2010. № 1. С. 14–19.
- Нюлландс Е.С., Перевалов В.А. Охрана и защита информации, составляющей коммерческую тайну // Закон. 2013. № 6. С. 48–55.
- Пилипенко Ю.С. К вопросу о классификации правовых тайн // Журнал российского права. 2009. № 9. С. 48–56.
- Смирнова И.Г. К вопросу о роли правовых позиций Конституционного Суда РФ для защиты уголовно-процессуального института тайны // Адвокат. 2010. № 3. С. 5–12.
- Терещенко Л.К. Правовой режим персональных данных и безопасность личности // Закон. 2013. № 6. С. 37–43.
- Терещенко Л.К. О соблюдении баланса интересов при установлении мер защиты персональных данных // Журнал российского права. 2011. № 5. С. 5–12.
- Топоркова С.А. Разглашение охраняемой законом тайны как трудовое правонарушение // Трудовое право в России и за рубежом. 2012. № 3. С. 26–30.
- Станкова У.М. Правовой анализ локальных нормативных актов работодателя по защите информации ограниченного доступа // Трудовое право в России и за рубежом. 2011. № 2. С. 30–32.
- Шеховцева Е.В. Налоговая тайна: правовой режим охраны // Ленинградский юридический журнал. 2013. № 1. С. 38–42.

---

## **Role of Personal Data in the System of Information with Restricted Access**



### **Е.К. Volchinskaya**

Associate Professor, Chief Specialist on Information Law, Centre of Innovation and Information Technology at the Federal Chamber of Notaries, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Economical Sciences. Address: 20 Dolgorukovskaya Str., Moscow, 127006, Russian Federation. E-mail: info@fciit.ru



## Abstract

The article proposes a personal approach to the formation in Russian legislation a closed system of limiting access to information that is a system with several types of secrets. Under the presented conception, the secrets are classified by the type of their formation. Primary secrets directly related to the activity of a subject and ensure his right to the restricted access to the information. Such secrets deal with the information processed by the subject during his activity. Derived secrets relate to the obligation of a subject as to the protection of information of another subject and communicated on a secret basis (regime of confidentiality). The article specifies the elements of legal regime for each type of secrets including subjective elements and the elements of legal regulators. The article proposes the principles of transforming the regimes for secrets when transmitting information. It studies the regimes of confidentiality acceptable to protect personal data (commercial secret, professional secret, state secret, business secret) and makes a conclusion on the necessity to use these regimes instead of establishing an independent regime of the personal data protection. The author examines certain problems of protecting personal data in the regime of commercial secret, related to the RF Labour Code and the Federal laws *On Commercial Secret* and *On Personal Data*. The paper also formulates the conditions of achieving the balance of interests of the subject of personal data (employee) and the operator (employer). A question is studied as to the balance of responsibility of norms for disclosing different types of secrets. It is noted that the balance of sanctions is inconsistent. In particular, maximum sanctions for disclosing commercial or state secrets are equal, the balance has not been arranged properly as to the criminal liability for breaching privacy (breaching the secret of correspondence, disclosing the secret of adoption), sanctions vary too much in relation to the disclosure of professional secrets. All these aspects require the further development of liability measures within the system of secrets.



## Keywords

Information of restricted access, types of secrets, privacy, personal data, state secrets, commercial secret, professional secret, criminal and administrative liability.



## References

- Brilliantova N.A., Arkhipov V.V. (2010) Ob okhrayaemoy zakonom tayne v trudovih otnosheniyah [On the Protected by Law Secret in Labour Relations]. *Zakonodatelstvo i ekonomika*, no 1, pp. 33–40.
- Ivanov I.S. (2012) *Vrachebnaya tayna* [Medical Secrecy]. Moscow, Yuridicheskaya pressa.
- Ivanov I. (2013) Ne rasterat' kommercheskuyu tainu [Do not Lose Commercial Secret]. *EJ-urist*, no 35, pp. 1, 6.
- Maleina M.N. (2010) Pravo na taynu i neprikosновенnost' personal'nykh dannykh [Right to the Secrecy and Immunity of Personal Information]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 11, pp. 18–28.
- Nazarova D.N. (2010) Problemy pravovoy okhrany operatorami personal'nykh dannykh [The Problems of Legal Protection of Personal Data by Operators]. *Informatsionoe pravo*, no 1, pp. 14–19.
- Nyullans E.S., Perevalov V.A. (2013) Okhrana i zashchita informatsii, sostavlyayushchey kommercheskuyu tainu [Protection and security of Information related to Commercial Secrecy]. *Zakon*, no 6, pp. 48–55.
- Pilipenko Yu.S. (2009) K voprosu o klassifikatsii pravovykh tayn [On Classifying Legal Secrets]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 9, pp. 48–56.
- Smirnova I.G. (2010) K voprosu o roli pravovykh pozitsiy Konstitutsionnogo Suda RF dlya zashchity ugovolno-protsessual'nogo instituta tayny [On the Role of Legal Positions of the RF Constitutional Court to protect the institution of secrecy]. *Advokat*, no 3, pp. 5–12.
- Tereshchenko L.K. (2013) Pravovoy rezhim personal'nykh dannykh i bezopasnost' lichnosti [Legal Regime of Personal Data and Personal Security]. *Zakon*, no 6, pp. 37–43.
- Tereshchenko L.K. (2011) O soblyudenii balansa interesov pri ustanovlenii mer zashchity personal'nykh dannykh [On the Balance of Interests to Establish the Measures to Protect Personal Data]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 5, pp. 5–12.

Toporkova S.A. (2012) Razglashenie okhranyaemoy zakonom tayny kak trudovoe pravonarushenie [Disclosing Protected by Law Secret as a Breach of Labour Law]. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom*, no 3, pp. 26–30.

Stanskova U.M. (2011) Pravovoy analiz lokal'nykh normativnykh aktov rabotodatelya po zashchite informatsii ogranichenogo dostupa [Legal Analysis of Local Norms of Employers to Protect the Information with Limited Access]. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom*. no 2. pp. 30–32.

Shekhovtseva E.V. (2013) Nalogovaya tayna: pravovoy rezhim okhrany [Tax Secret]. *Leningradskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 1, pp. 38–42.

Volchinskaya E.K. (2005) Kommercheskaya tayna v sisteme konfidentsial'noy informatsii [Commercial Secret in the System of Confidential Information]. *Informatsionnoe pravo*, no 3, pp. 17–21.

Volchinskaya E.K. (2008) Rol' gosudarstva v obespechenii informatsionnoy bezopasnosti [The Role of State in Ensuring Information Security]. *Informatsionnoe pravo*, no 4, pp. 9–16.

Volchinskaya E.K. (2013) O problemakh formirovaniya pravovoy sistemy ogranicheniya dostupa k informatsii [On the Problems of the Legal Basis for Restricting Access to Information]. *Informatsionnoe pravo*, no 4, pp. 3–8.

Volchinskaya E.K. (2013) Notarial'naya tayna i rezhimy konfidentsial'nosti [Notarial Secret and Confidentiality Regimes]. *Notarial'nyy vestnik*, no 4, pp. 27–39.

# Правовая культура и управленческое искусство

(рецензия на кн.: Данилов С.Ю. Эволюция канадского федерализма (М.: Изд. Дом НИУ ВШЭ, 2012. 303 с.)

---



## И.П. Слободянюк

профессор кафедры истории права и государства Российского государственного университета правосудия, кандидат исторических наук. Адрес: Российская Федерация, 117218 Москва, Новочеремушкинская ул., 69-а. E-mail: domirina@mail.ru

---



## Аннотация

Рецензия содержит мнение о монографии С.Ю.Данилова, посвященной анализу развития и современного состояния федеративных отношений в Канаде. Изучается взгляд автора на их специфику. Дается общая положительная оценка работы.

---



## Ключевые слова

право, процессы, сферы компетенции, политика, конфликты, кризисы

---

Библиографическое описание: Слободянюк И.П. Правовая культура и управленческое искусство // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 4. С 208–215.

От публикаций о федерализме на всех языках в полном смысле ломятся библиотечные полки и электронные сайты. И причины обостренного внимания юристов и политологов к нему коренятся не только в том, что федерации охватывают четверть земной суши и почти треть человечества. Федерализм, в противоположность унитарности, пластичен. Вот почему направления, темпы и формы эволюции федерализма в глобальном масштабе и в рамках отдельных государств остаются предметом непреходящего и глубокого интереса. Как в академических, так и в политико-управленческих кругах не затихают дискуссии о достоинствах и недостатках федераций. Рецензируемая работа видного ученого, профессора, доктора наук С.Ю. Данилова дает нам возможность познать общее и особенное в модели федерализма, созданной нашим северным соседом — Канадой.

Монография С.Ю. Данилова — плод его многолетней работы. Вызывает уважение привлеченный автором массив конституционно-правовых источников, юридической и политологической литературы на нескольких языках, опубликованной в Северной Америке, Западной Европе и нашей стране. В море извлеченного из источников и научно-аналитической литературы обильного и многообразного фактического материала автор чувствует себя как дома.

Компактная первая глава книги выполняет функцию общетеоретического введения. Автор дает в ней сжатый, но содержательный обзор формирования и состояния кон-



ституционной теории федерализма в странах западной демократии в целом и в Канаде в частности. Он раскрывает ключевые проблемы федеративной формы государственной организации и определяет степень их разработки зарубежными специалистами. Вторая и третья главы, составляющие основную часть книги, посвящены анализу конституционного и управленческого опыта, накопленного Канадой в качестве конституционного демократического федеративного парламентского государства.

В методах исследования профессор Данилов идет от частного к общему, что всегда помогает избежать легковесности и поверхностности в подходе к предмету исследования. Облегчают усвоение авторских положений помещенные в монографии именной и предметно-тематический указатели — великая редкость по теперешним временам.

К достоинствам работы нельзя также не отнести раскрытия С.Ю.Даниловым роли и места источников конституционного права Канады в эволюции канадского федерализма. Много лет изучавший страну автор аргументировано выявляет и подчеркивает роль, которую выполняют в процессе социальной и правовой эволюции Канады непривычные нам в качестве правовых источников конституционные конвенции (в просторечии — обычаи) и правовые прецеденты, в том числе судебные. По убеждению автора, канадский федерализм многим обязан именно данным источникам, которые обеспечивают ему гибкость. Они же образуют в правовой сфере общественной жизни ресурс преемственности, которая помогает социуму и государству развиваться в русле эволюции. Менее чем за столетие Канада совершила впечатляющую трансформацию, проделав путь от жестко централизованной федерации к децентрализованной. Стране не понадобилось при этом проходить через революцию или государственный переворот. Ей не потребовалось отказываться от конституции первого поколения, принятой в 1860-х годах, или перестраивать систему источников права<sup>1</sup>. Органическое сочетание прогресса и преемственности в развитии приходится считать достижением канадского общества и государства.

Следуя за мыслями автора, невольно начинаешь сравнивать Канаду с нашей страной. Задумываешься, верно ли мы поступаем, когда оправдываем уязвимые стороны нашей, сверхцентрализованной модели федерализма ссылками на «объективные трудности» — размеры территории, плохой климат, этнонациональную и конфессиональную неоднородность народонаселения, низкую правовую и общую культуру социума. Многие привыкли думать, что подобные трудности априорно присущи только нашей стране, что они чуть ли не являются нашей печальной монополией. Книга профессора С.Ю.Данилова — развернутый, по пунктам ответ сторонникам подобных пессимистических доводов.

На протяжении всего исследования автор напоминает, что территориально протяженного государства без внутренних трудностей не бывает по определению. Канадцам, как и нам, никто не обещал легкой жизни. Более того, при чтении монографии складывается впечатление, что препятствия, которые в процессе эволюции вынуждена преодолевать Канадская федерация (так и хочется назвать их «исторически сложившимися»), в известном смысле страшнее, чем отечественные болячки, на которые мы привыкли жаловаться. Естественные условия Канады несколько не менее суровы, чем России. Преобладающую часть огромной страны занимают тундра, болота, озера и горы. И если у нас зона рискованного земледелия — более половины России, то в Канаде к ней отно-

<sup>1</sup> Для сравнения: Германии пришлось заменять федеральную конституцию дважды (в 1919 и 1949 гг.), нашей стране — четыре раза (в 1924, 1936, 1977 и 1993 гг.).

сится вся государственная территория. 150-километровая полоса земли от Атлантики до Тихого океана — это вся цивилизованная Канада. Если мы сетуем на «утечку умов» в США, то Канада страдает от него в гораздо большей мере, причем издавна.

Не облегчает управления Канадой пестрота населения (два «государствообразующих» народа<sup>2</sup> плюс десятки этнических групп и еще аборигены). Доля недавних и не всегда законопослушных мигрантов в населении Канады приближается к 30%. А ведь это значительно больше, чем в РФ. никоим образом не благоприятствуют прочности Канадской федерации набравшие силу дезинтегрирующие процессы, питаемые конституционно закрепленными полномочиями субъектов федерации и засильем транснационального, в основном американского капитала.

Если мы спорим, считать ли РФ договорной или бездоговорной федерацией, то у канадцев сомнений нет: их федерация по Конституции основана на договоре между провинциями. Договорный характер канадского федерализма и императивы североамериканской экономической интеграции лежат в основе того факта, что межрегиональные противоречия периодически несут с собой прямую угрозу целостности страны. И в Канаде — в отличие от нашей страны — проявления этих противоречий никогда не удавалось завуалировать. Открытые, в чем-то демонстративные конфликты на трех уровнях — между десятью провинциями, между регионами и между провинциями и центром — являются в Канаде неотъемлемым фактором всей жизни страны. И в этом плане положение Канады в сравнении с Россией менее предпочтительно.

Владея комплексным методом исследования, автор сосредоточивает внимание на внутренних противоречиях, присущих канадской модели федерализма. Им досконально рассмотрены коренные причины, ход и последствия политико-правовых конфликтов, пережитых (и не полностью преодоленных) Канадой в новейшее время. Среди них нетрудно разглядеть различия в менталитете и устремлениях англоязычных и франкоязычных канадцев (кстати, в Чехословакии и Югославии аналогичного фактора, подогреваемого, правда, извне, хватило, чтобы разрушить федерацию), а также противоречия между интересами транснационального капитала с одной стороны и запросами массового потребителя и канадской национальной буржуазии — с другой.

Автор справедливо анализирует процессы децентрализации Канадской федерации в двух основных плоскостях. Конечно, он находит в дезинтегрирующих тенденциях опасность государственному единству страны (тем более что ее ближайший сосед — Соединенные Штаты, которым пальца в рот не клади<sup>3</sup>), но вместе с тем усматривает в этих тенденциях продукт упрочения правовых и демократических основ канадского государства. Процессы децентрализации, набравшие в когда-то сверхцентрализованной Канаде силу, в последние полстолетия привели к плавному превращению федерации из интеграционной в деволуционную. Поступательному развитию демократических институтов эти процессы никак не препятствуют, а возможно — стимулируют его. Ведь с изменением сфер компетенции в пользу субъектов принятие и реализация многих управленческих решений переходят на уровень субъектной власти, более близкой к народу.

По мнению многих конституционалистов, Канада на наших глазах проходит трансформацию — превращение из территориальной федерации в национально-территори-

<sup>2</sup> Канадский термин — «народы-основатели».

<sup>3</sup> Американская федерация в разное время присоединила Луизиану, Техас, Калифорнию, Флориду, Аляску, Гавайские острова. Ее войска дважды вторгались в Канаду.

альную и из интеграционной федерации в деволюционную. Вопрос, в какую сторону направлен вектор этой трансформации — к разрушению федерации или к ее процветанию — вызывает нескончаемые споры пессимистов и оптимистов в самой Канаде и за ее пределами. Автор рецензируемой книги не относит себя к тем или другим, однако складывается впечатление, что по сути он близок к оптимистам.

В частности, к оптимистическим выводам он подводит читателя, интерпретируя действия центра при регулировании его политико-правовых конфликтов с провинциями. В отличие от нашей страны, в условиях децентрализуемой Канадской федерации процесс этот бесконечен и всеми рассматривается как естественный. С.Ю.Данилов обоснованно уделяет львиную долю внимания узловым аспектам данной проблематики — обновлению Конституции, периодически повторяющимся конституционно-политическим кризисам в Квебеке и перипетиям федерально-провинциальных отношений в связи с топливно-энергетическими кризисами.

На наш взгляд, вторую и третью главы монографии пронизывают две стержневые мысли — о повышенной трудности руководства правовым демократическим парламентским федеративным государством и о легитимных способах преодоления препятствий. Перед нами страна устоявшей многопартийности, здесь нет партии постоянного большинства. Парламентское правление считается (насколько обоснованно?) более «слабым» в сравнении с другими моделями государственной власти. Набор предметов безраздельной федеральной компетенции — это лишь верхушка айсберга канадского федерализма. Ведь по Конституции и конституционным конвенциям сфера провинциальной компетенции в Канаде обширнее, чем федеральная, и перечень ее предметов открыт, тогда как перечень предметов федеральной компетенции закрыт. А конституционная практика и правовая доктрина страны требуют неприкосновенности сферы провинциальной компетенции да еще неукоснительного соблюдения гражданских прав, защищенных конвенциями, прецедентами и доктриной. Легко ли управлять федерацией в таких тесных рамках?

В открыто авторитарном государстве и в «направляемой демократии» подобные рамки кажутся кошмаром, а задача плодотворного государственного управления — утопией. Между тем в книге наглядно показано, что в Канадской федерации «объективные трудности» далеко не всегда препятствуют выработке и применению центральной властью не только теоретически разумных (что уже хорошо), но еще и юридически и политически полноценных действий в защиту единства страны (что еще лучше).

Возможно, самый поучительный из приведенных С.Ю.Даниловым примеров компетентного управления страной — преодоление Канадой энергетического кризиса 1970-х годов, когда мировые цены на нефть и нефтепродукты неудержимо шли вверх. Задача борьбы с ростом цен и с бесконтрольным экспортом нефти, стоявшая перед федеральным центром, сначала казалась неразрешимой<sup>4</sup>, а коалиция распиливавших поток нефтедолларов ТНК и властей нефтедобывающих провинций — непобедимой. Первые пользовались своим положением поставщиков капиталов и новейшей технологии, вторые — конституционными нормами и судебными прецедентами.

Поражают контрдействия федеральной власти с их «сочетаемостью несоединимого» — безусловной легитимности, тонкого политического расчета и административной

---

<sup>4</sup> Таковой она оказалась в большинстве индустриально развитых государств, руководство которых проявило тогда несостоятельность, сначала проморгав взлет нефтян, а затем не умея его нейтрализовать.

расторпности. Призывы левых партий национализировать прибыльный нефтегазовый сектор и запретить экспорт энергоносителей были отклонены: прямое противоборство с ТНК опасно, а в условиях уязвимой природно-ресурсной экономики чревато катастрофой. Вместо этого правительство Канады в кратчайший срок создало новые правовые прецеденты — заморозило внутренние цены на нефть и газ и образовало нефтегазовую корпорацию «Петро-Канада». Эмбарго на экспорт энергоносителей не последовало. Однако вывоз нефтепродуктов (в основном в США и Японию) был обложен федеральной пошлиной, размер которой за год был резолюциями парламента увеличен в 16 раз!

Достойны восхищения быстрота исполнения решений, их межведомственная слаженность. Закономерным их плодом стала высокая результативность. Например, налоговое воздействие на экспорт оказалось ничуть не менее действенным, чем административное регулирование с его многочисленными запретами и не менее многочисленными оговорками и изъятиями. А «Петро-Канада» стала коммерчески прибыльным противовесом нефтегазовым ТНК: через нее федеральная власть стала поддерживать мелкий национальный нефтяной бизнес, к которому она ранее относилась безучастно.

Последствия сотворенной в полном смысле «на коленке» Национальной энергетической программы, действовавшей около двадцати лет, оптимальны. Государственный сектор в экономике расширен в незначительной степени, зато доля канадского капитала в активах отрасли возросла драматически — с 9% до 45%. Помощь Оттавы национальному капиталу упрочила позиции последнего, позволила федералам вбить клин между ним и провинциальными властями и успокоила всех поборников частного предпринимательства. Нехватки энергоносителей с ее последствиями — ажиотажным спросом, спекуляцией, подъемом инфляции страна избежала. Канадские потребители были спасены от огромных дополнительных расходов, подчеркивает автор (с.135–136). Гениальности не потребовалось. Хватило тщательного подбора кадров и творческого подхода к управлению в сочетании с верховенством права.

А разве неудачными были действия федеральной власти в дни «октябрьского кризиса» в Квебеке, когда молодежное подполье практиковало взрывы и похищения публичных деятелей, требуя «самоопределения» провинции, освобождения арестованных террористов и денежного выкупа? В рассмотрении этих событий автор показывает себя мастером ситуационного анализа. Он вводит читателя в самый центр конституционно-политического кризиса. Растерявшееся правительство Квебека готовится уйти в отставку. Умеренные сепаратисты советуют уступать и требуют министерских портфелей. Происходят молодежные антифедералистские демонстрации (сейчас их назвали бы «мирным наступлением»). Англоязычные провинциальные премьеры и генеральные прокуроры, англоканадские СМИ и правящие круги США настаивают на «суровых мерах», вплоть до бессудного применения смертной казни. Кризис становится многоплановым и с федерально-провинциального уровня выходит на уровень межгосударственных отношений.

Федералы избирают третий путь. Переговоры с террористами они ведет без посредников и только об освобождении заложников. Введено военное положение; армия по всей стране проводит маневры; срочно переброшенные из отдаленных регионов в Квебек и Оттаву десантники и пехота охраняют объекты жизнедеятельности. Запрещены демонстрации и митинги, что в корне исключает продолжение «мирного наступления». Двенадцати тысяч солдат хватает, чтобы запрет соблюдался. Силы безопасности под прикрытием армии проводят массовые обыски и пачками задерживают подозрительных лиц без

предъявления обвинения и без передачи дела в суд. Министерство юстиции за несколько дней (!) разрабатывает, а парламент после бурных прений вводит в действие Закон об общественном порядке, наделив его репрессивные положения обратной силой.

Наиболее удивительным представляется, что в такой обстановке сессии парламента Канады и Национального собрания Квебека шли в обычном порядке — со свободой мнений, поименным голосованием и публикацией протоколов дебатов, даже с допуском экскурсантов в зал заседаний. Не были отменены или перенесены приближавшиеся муниципальные выборы. Не были учреждены военные суды и предварительная цензура, хотя чрезвычайное законодательство предусматривало их создание. А в Законе об общественном порядке было закреплено, что по истечении 150 дней он автоматически утратит силу, если парламент не вынесет другого решения.

Ответом стал триумф федеральной власти. На опросах общественности ее рейтинг превысил 80% (с.179–181). Экстремистские группировки были обезврежены, многие боевики получили длительные сроки тюремного заключения, но смертных приговоров не последовало. Самое знаменательное, что терактов более не наблюдалось.

Автор обращает внимание на то, что в продолжающемся цивилизованном противоборстве с приверженцами квебекского суверенитета защитники единства федерации отвергают политизацию права (принцип «Обстановка нам диктует, и мы не вправе ее игнорировать») и опасности, проистекающие из установки «Экономика — всему голова». Читателю нетрудно понять, что принцип канадских федералистов — «Право — всему голова». Они вовремя пресекли «мирные наступления» экстремистов, что позволило провинции и федерации избежать вполне вероятного квебекского Майдана. Жесткость их контрдействий не перешла в беспредел: институты власти не нарушили ни одного из положений статутного или прецедентного права.

Как показано в рецензируемой монографии, перед лицом сохраняющегося массового влияния квебекских сепаратистов федеральному центру каждый раз удается находить конституционно-правовые инструменты, посредством которых он заставляет власти Квебека и его общественные круги действовать исключительно в рамках права. В качестве самого свежего примера применения такого инструмента С.Ю.Данилов называет статут 2000г. «О ясности в делах об отделении Квебека», получивший в монографии высокую оценку (с.226–230). В то же время в книге подвергнуты критике некоторые другие акты федеральной власти, особенно «Акт о признании отдельного квебекского сообщества» 2006г. С.Ю.Данилов полагает, что он является малооправданной уступкой сепаратистам, создающей ненужный единству страны прецедент.

Заслуживает внимание осуществленное автором исследование стратегии обновления Конституции Канады. Отдавая должное провинциям, которые последовательно и на законном основании отстаивают местные интересы, он все же иногда выступает в роли защитника федеральной власти как выразительницы публичного, общегосударственного интереса. Более полувека федералы не могли осуществить намеченной (и назревшей) конституционной реформы, ибо многим субъектам было выгодно статус-кво, а обновление Конституции в обход их воли не могло быть юридически полноценным. Более того, оно стало бы противозаконным. Суды при регулировании федерально-провинциальных споров толковали полномочия центра ограничительно, а права провинций — расширительно и выносили решения в пользу последних со ссылкой на первичность субъектов и вторичность федерации (вот оно, уважение к истории!). Поддержка со стороны судебной власти позволяла любой из провинций срывать реформу (с.86-95).

Читая эти строки, сочувствуешь канадским федеральным политикам, но вместе с тем убеждаешься, что уважение к судебной власти и к духу и букве конституции — категорические императивы. На материале Канады автор демонстрирует, что право выше политической конъюнктуры. Оно сильнее персональных вкусов и воззрений, соображений межпартийной борьбы и экономических императивов.

Конституционная реформа была реализована центром и провинциями совместно после пяти (!) ее срывов и многократных обращений сторон в суды. За это время в Оттаве сменилось шесть правительств. Реформа состоялась только когда согласие на ее проведение дали правительства всех провинций, кроме Квебека, а институт конституционного контроля — Верховный суд Канады мотивированно заключил, что сформулированный им ранее принцип «консенсуса существенного большинства» при проведении конституционной реформы не требует тотального единодушия субъектов федерации (с. 121).

При чтении насыщенной фактами и очень интересно написанной монографииловишь себя на мысли: а ведь автор не дает ясно сформулированного ответа на жгучий вопрос, волнующий не только дипломированных специалистов. Почему децентрализованной многопартийной Канаде удастся многое из того, что не получается в сверхцентрализованных федерациях — в Индии, Нигерии или России? И, как результат, почему она столько лет остается одной из наиболее привлекательных для жизни стран? По мере погружения в материал осознаешь, что в действительности ответ дан на десятках страниц рецензируемой книги. И звучит он крайне скучно и обыденно. Корень достижений Канады — не в нормах уголовного права (кстати, от смертной казни Канадская федерация отказалась на тридцать лет раньше России, зато за взятки там можно получить до 14 лет тюрьмы). И не в гипертрофированной мягкости норм административного права. И не в огромной армии стражей порядка — их на 32 миллиона канадцев наберется едва 30 тысяч, и у них тоже не до всего доходят руки. И не в темпах роста валового внутреннего продукта — в Канаде они тоже иногда на нуле. И не в объеме капиталовложений — опыт показывает, что инвестиции не застрахованы от расхищения. И даже не в уровне производительности общественного труда.

Ларчик открывается просто. Дело заключается в стойком отторжении рядовыми канадцами и должностными лицами экономического материализма, сделавшего объем инвестиций и валовой внутренний продукт альфой и омегой бытия. В этом понятном канадцам и малопонятном пока нам отторжении — корни даже не верховенства закона, за которое боремся мы, а верховенства права. Говорят, воплотить его в жизнь еще труднее, зато оно позволяет удерживать правонарушения на весьма низком уровне, тогда как правосознание социума и, заметим, объем ВВП и качество жизни — на высоком.

Только и всего? — спросят многие разочарованно. — Да разве этого мало?!

Автор книги ни с кем не спорит, не ввязывается в полемику. Он анализирует институты и правоотношения, тенденции и процессы и рассказывает, как принято управлять правовым федеративным государством, если не делать из права слугу политического процесса, а из федерализма — декорацию.

Профессор С.Ю.Данилов так резюмирует назначение рецензируемой монографии (к слову, добротной оформленной Издательским домом ВШЭ): «Пусть у нашей страны никогда не будет нужды раболепно, механически пересаживать на почву России чужой опыт — конституционный, политический, бытовой или любой другой. Но изучение чужого опыта всегда приносит пользу. Оно раздвигает кругозор, избавляет от стереоти-

пов и самодовольства и, самое главное, дает возможность, образно говоря, не наступать на грабли, на которые раньше нас наступили другие. Воспользуемся ли мы такой возможностью — зависит от нас».

Высшую школу экономики можно поздравить: аналитическая литература о федерализме получила ценное пополнение.

---

## The Legal Culture And Managerial Art

Review of the book by Danilov S.Yu. *Evolution of Canadian Federalism* (2012) Moscow: Izd. Dom Vyshey shkoly ekonomiki, 303 pp.



**Irina Slobodyanuk**

Professor, Department of History of Law and State, Russian State University of Justice, Candidate of Historical Sciences. Address: Russian Federation, 117218 Moscow, Novochremyskinskaya Str., 69-a. E-mail: domirina@mail.ru



### **Abstract**

The review contains opinion about monograph devoted to formation and contemporary conditions of federal relations in Canada. Author accesses and comments Professor Danilov's look at Canadian federalism in comparison with other federal states. Positive evaluation of the book is presented.



### **Keywords**

law, processes, spheres of competence, politics, conflict, crisis

Citation: Slobodyanuk I. The Legal Culture and Managerial Art. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 208–215 (in Russian).

**1/2014**

---

**Российское право: состояние, перспективы, комментарии**

<b>С.А. Боголюбов</b> Реализация экологических положений Конституции Российской Федерации	4
<b>М.А. Баратова</b> Становление жилищного права в России	17
<b>А.С. Шаталов</b> Правозащитный потенциал института возобновления производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств	29
<b>А.Б. Базаров</b> Конституализация судебного усмотрения при квалификации общественно опасного деяния	43
<b>И.Р. Силантьева</b> Актуальные проблемы заочного производства	52
<b>А.Я. Петров</b> Гарантии и компенсации: вопросы теории российского трудового права	62

**Судебная система и практика**

<b>Д.М. Рогальчук</b> Реорганизация судов в связи с объединением субъектов Российской Федерации и стандарт законного суда	62
--	----

**Право в современном мире**

<b>А.А. Вишневский</b> Понятие кредитного института в современном зарубежном банковском праве: традиции и новые тенденции	80
<b>Т.И. Качурина</b> Регулирование сектора государственных закупок в региональных торговых объединениях: на примере Европейского союза	92
<b>И.О. Анисимов</b> Международно-правовые проблемы охраны подводного культурного наследия	114
<b>В.В. Лебедь (Ефремова)</b> Адаптация французских законов об авторском праве к новым информационным реалиям	123
<b>З.Ч. Чикеева</b> Система источников права Кыргызской Республики в переходный период	140
<b>С.В. Подкопаев</b> Органы прокурорского сообщества: опыт становления в Украине	150
<b>Р.Ю. Почекаев</b> Эволюция налогообложения в Казахстане в XIX веке в контексте фронтальной модернизации	160
<b>Рецензии</b>	178



**Правовая мысль: история и современность**

**Н.С. Крылова**

Глобальный экономический кризис: новые механизмы регулирования финансовых и бюджетных отношений 4

**Е.П. Евграфова**

Проблема объективности права в доктрине профессора С.С. Алексеева 17

**В.С. Дорохин**

Портреты ученых-юристов: Гэри Беккер 29

**Российское право: состояние, перспективы, комментарии**

**А.Я. Петров**

Индивидуальные трудовые споры: фундаментальные аспекты трудового права 36

**М.О. Буянова**

Индивидуальные трудовые споры: материально-процессуальные вопросы правового регулирования 48

**А.И. Бутовецкий**

Регулирование порядка использования и предоставления садовых, огородных и дачных земельных участков в законодательных инициативах Правительства Российской Федерации 61

**С.В. Кружкова**

Защита субъективных гражданских прав саморегулируемых организаций в строительстве в спорах при взыскании взносов со своих членов 72

**А.М. Зацепин**

Конкуренция норм уголовного права и квалификация преступлений 84

**Т.И. Бикбулатов**

Использование и передача инсайдерской информации в законодательных органах в России и США 101

**О.А. Федотова**

Вопросы правоприменения административного надзора за лицами, освобожденными из мест лишения свободы 113

**Право в современном мире**

**M. Parish**

International Law and International Organizations: The Legacy of the Twentieth Century 124

**P. Schlag**

On Creativity in Constitutional Interpretation 142

**S. Zgaga**

Intoxication and Criminal Liability in International Criminal Law 149

**Дискуссионный клуб**

**С.И. Луценко**

Дилемма выбора модели управления компанией 162

**Научная жизнь**

173

**Рецензии**

184

**Правовая мысль: история и современность****Л.Р. Сюкияйнен**

Совместим ли шариат с современным российским правом? 4

**С.Н. Бизюков**

Юридические уловки в исламском праве: путь от Средневековья до XXI века 31

**Российское право: состояние, перспективы, комментарии****Е.Л. Ковалёва, А.И. Бутовецкий**

Новое в земельном законодательстве 55

**А.Я. Петров**

Коллективные трудовые споры: фундаментальные аспекты трудового права 86

**Э. Пато, Н.В. Ростовцева**

Похищение детей: европейские и российские перспективы 102

**В.Н. Монахов**

Утро пятой свободы 121

**И.О. Анисимов**

Проблемы охраны подводного культурного наследия в Российской Федерации 136

**Т.В. Семёнов**

Уголовно-правовая охрана корпоративных отношений 144

**Право в современном мире****С.О. Казаков**

Коллективные переговоры по заключению тарифных договоров и производственных соглашений в Германии 159

**A. Volkov**

Gas Industry Regulatory Frameworks in BRICS Countries 172

**A. Lapteva**

Protection against Unfair Competition in the Russian Federation and Cooperation within BRICS 183

**T. Akulina**

Guarantees to Exercise the Right to Health Protection and Medical Care in the Russian Federation and Opportunities for Cooperation within BRICS 190

**Научная жизнь****М.В. Антонов**

Рациональность в праве 198

**Рецензии**

209

**Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries**

**S.A. Bogolyubov**

Implementing Provisions on Ecology from the Russian Constitution 4

**M.A. Baratova**

Issues of Forming Russian Housing Law 17

**A.S. Shatalov**

Human Rights Defence Institution and Resuming Criminal Case due to New and Revealed Facts 29

**A.B. Bazarov**

Constitutionalization of Judicial Disposal Qualifying a Socially Dangerous Act 43

**I.R. Silantieva**

Actual Problems of Correspondence Legal Procedure 52

**A.Ya. Petrov**

Guarantees and Compensations: Questions of the Theory of Russian Labor Law 62

**Judicial System and Practice**

**D.M. Rogalchuk**

Reorganization of Courts Due to the Unification of the Russian Federation  
Members and the Standard of Legal Courts 62

**Law in Modern World**

**A.A. Vishnevskiy**

Concept of Credit Institution in the Modern Foreign Banking Law: Traditions and New Tendencies 80

**T.I. Kachurina**

Regulating the Sector of Public Procurement in Regional Trade Associations in the EU 92

**I.O. Anisimov**

International Law Issues of Protecting Underwater Cultural Heritage 114

**V.V. Lebed' (Efremova)**

Adapting French Copyright Laws to New Information Challenges 123

**Z.Ch. Chikeeva**

The System of the Sources of Law in the Kyrgyz Republic during the Transitional Period 140

**S.V. Podkopaev**

Bodies of Public Prosecutor's Community: Ukrainian Experience of Formation 150

**R.Yu. Pochekaev**

Evolution of Taxation in Kazakhstan of the XIX<sup>th</sup> Century in the Context of Frontier Modernization 160

**Review**

**Legal Thought: History and Modernity**

**N.S. Krylova**

Global Economic Crisis: New Tools of Regulating Financial and Budget Relations 4

**Y.P. Evgrafova**

The Problem of Objectivity of Law in the Doctrine of Professor S.S. Alekseyev 17

**V.S. Dorokhin**

Portraits of Legal Scholars: Gary Becker 29

**Russian Law: Conditions, Perspectives, Comments**

**A.Y. Petrov**

Individual Labour Disputes: Fundamentals of Labour Law 36

**M.O. Buyanova**

Individual Labor Disputes: Material and Procedural Legal Regulation 48

**A.I. Butovetskiy**

Issues of Gardening, Vegetable Gardening and Cottage Economy in Legislative Initiatives of the Russian Federation Government as to Land Relations 61

**S.V. Kruzhkova**

Protecting Subjective Rights of Self-regulating Organizations in the Event of Disputes about Charging Fees from its Members — Persons Performing Functions Influencing the Security of the Objects of Capital Development 72

**A.M. Zatsepin**

Collision of Criminal Law Norms and Classifying Crimes 84

**T.I. Bikbulatov**

Using and Transmitting Insider Information in the Legislative Bodies of the Russian Federation and USA 101

**O.A. Fedotova**

Issues of Enforcing Administrative Supervision of the Persons Released from Places of Imprisonment 113

**Law in the Modern Law**

**M. Parish**

International Law and International Organizations: The Legacy of the Twentieth Century 124

**P. Schlag**

On Creativity in Constitutional Interpretation 142

**S. Zgaga**

Intoxication and Criminal Liability in International Criminal Law 149

**Discussion Club**

**S.I. Lutsenko**

Dilemma as to the Model of Corporate Governance 162

**Scientific Life**

173

**Book Review**

184

**Legal Thought: History and Modernity**

**L.R. Syukiyainen**

Is Islamic Shariat Compatible with Contemporary Russian Law? 4

**S.N. Bizyukov**

Legal Subterfuges In Islamic Law: from the Middle Ages to the 21<sup>st</sup> Century 31

**Russian Law: Conditions, Perspectives**

**E.L. Kovalyova, A.I. Butovetskiy**

Changes in the New Land Law 55

**A.Ya. Petrov**

Collective Labour Disputes: Fundamental Aspects of Labour Law 86

**E. Pataut, N.V. Rostovtseva**

Child Abduction: European and Russian Perspectives 102

**V.N. Monakhov**

Morning of the Fifth Freedom 121

**I.O. Anisimov**

The Issues of Protecting Underwater Cultural Heritage in Russian Federation 136

**T.V. Semyonov**

Criminal Law Protection of Corporate Relations 144

**Law in the Modern World**

**S.O. Kazakov**

Collective Negotiations on Making Tariff Contracts and Production Agreements in Germany 159

**A.Volkov**

Gas Industry Regulatory Frameworks in BRICS Countries (in English) 172

**A. Lapteva**

Protection against Unfair Competition in Russian Federation  
and Cooperation within BRICS (in English) 183

**T. Akulina**

Guarantees to Exercise the Right to Health Protection and Medical Care in Russian Federation  
and Opportunities for Cooperation within BRICS (in English) 190

**Scientific Life**

**M.V. Antonov**

Rationality in Law 198

**Book Review**

**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.

## 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 неадекватного оформления статьи она направляется автору на доработку.

**Статья представляется** в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 119017, Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, оф. 212  
Рукописи не возвращаются.

#### **Объем статьи**

Объем статей от 1 до 1,5 усл.п.л., рецензий, обзоров зарубежного законодательства — до 0,5 усл.п.л.

**При наборе текста** необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сноска — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

#### **Название статьи**

Название статьи приводится на русском и английском языках. Заглавие должно быть кратким и информативным.

#### **Сведения об авторах**

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

#### **Аннотация**

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

**Сведения, содержащиеся в заглавии статьи**, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

**Исторические справки**, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

#### **Ключевые слова**

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

#### **Сноски**

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

#### **Тематическая рубрика**

Обязательно — код международной классификации JEL.

#### **Список литературы**

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

**Статьи рецензируются.** Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

**Плата с аспирантов** за публикацию рукописей не взимается.

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

Редактор *И.В. Гетьман-Павлова*  
Художник *А.М. Павлов*  
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*  
Корректор *Н.О. Федорова*  
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 13.09.2014. Формат 70×100/16  
Усл. печ. л. 17,9. Тираж 600 экз.