

# Право

журнал  
Высшей  
школы  
экономики

## 3/2013

ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

### Учредитель

Национальный  
исследовательский университет  
«Высшая школа экономики»

### Редакционный совет

Ю. Базедов (Институт  
Макса Планка, Федеративная  
Республика Германия)  
А.А. Иванов (Высший  
Арбитражный Суд  
Российской Федерации)  
Г.П. Ивлиев (Министерство  
культуры Российской  
Федерации)  
Г.А. Гаджиев  
(Конституционный Суд  
Российской Федерации)  
Т.Г. Морщакова (НИУ ВШЭ)  
В.Д. Перевалов  
(Уральская государственная  
юридическая академия)  
Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ)  
Т. Эндикотт (Оксфордский  
университет, Великобритания)

### Редакционная коллегия

А.С. Автономов (ИГПРАН)  
Н.А. Богданова (МГУ имени  
М.В. Ломоносова)  
Н.Ю. Ерпылева (НИУ ВШЭ)  
В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ)  
А.Н. Козырин (НИУ ВШЭ)  
М.А. Краснов (НИУ ВШЭ)  
Г.И. Муромцев (РВДН)  
М.И. Одинцова (НИУ ВШЭ)  
О.М. Олейник (НИУ ВШЭ)  
Ю.П. Орловский (НИУ ВШЭ)  
И.В. Панова (НИУ ВШЭ)  
В.А. Сивицкий (Конституционный  
Суд Российской Федерации)  
В.А. Четвернин (НИУ ВШЭ)  
Ю.М. Юмашев (НИУ ВШЭ)

### Главный редактор

И.Ю. Богдановская (НИУ ВШЭ)

### Адрес редакции

119017 Москва, ул. Малая  
Ордынка, 17, офис 212  
Тел.: 8 (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: 101990,  
Москва, ул. Мясницкая, 20  
Тел./факс: 8 (495) 772-95-71  
e-mail: [id.hse@mail.ru](mailto:id.hse@mail.ru)  
[www.hse.ru](http://www.hse.ru)

### Правовая мысль: история и современность

#### Н.Н. Ефремова

Справедливость как фактор развития правосознания  
и правовой культуры в России

3

#### Е.Н. Салыгин

Моделирование в праве: проблемы и перспективы

12

#### И.Ю. Богдановская

Делегированные акты как вторичный источник права

36

### Российское право: состояние, перспективы, комментарии

#### И.В. Михеева

Органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации:  
разрешительные функции и государственные услуги

49

#### А.Г. Гуринович

Организационно-правовой механизм увольнения государственных  
гражданских служащих в связи с утратой доверия  
за коррупционные правонарушения

61

#### П.Н. Панченко

План наступления на преступность: опыт создания проекта  
уголовной политики второго десятилетия XXI века

87

#### К.Л. Сазонова

Индивидуальная и коллективная самооборона  
как элементы системы коллективной безопасности

108

### Судебная практика

#### А.Б. Панов

Процессуальные нарушения — причина принятия неправильного  
судебного акта

118

#### А.В. Моргун

Практика применения законодательства о рекламе

125

### Право в современном мире

#### В.О. Калятин

О некоторых тенденциях в развитии концепции «добросовестного  
использования» в современном авторском праве стран «общего права»

136

#### Л.В. Терентьева

Коллизионное регулирование авторских отношений в условиях  
развития Интернета (на примере России, США и Японии)

151

### Дискуссионный клуб

#### Е.П. Иванова, А.Г. Серго

Борьба с пиратством в сети Интернет

177



# Law

---

## 3/2013

---

JOURNAL OF THE  
HIGHER SCHOOL  
OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

---

### **Publisher**

National Research  
University «Higher School  
of Economics»

### **Editorial Council**

J. Basedow (Max-Planck  
Institute, Federal Republic  
of Germany)  
A.A. Ivanov (Supreme  
Arbitration Court of the  
Russian Federation)  
G.P. Ivliev (Ministry  
of Culture, Russian  
Federation)  
G.A. Gadzhiev  
(Constitutional Court  
of the Russian Federation)  
T.G. Morschakova (HSE)  
V.D. Perevalov (Ural State  
Law Academy)  
Yu.A. Tikhomirov (HSE)  
T. Endicott (Oxford  
University, Great Britain)

### **Editorial Board**

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

### **Chief Editor**

I.Yu. Bogdanovskaya  
(HSE)

### **Address:**

Malaya Ordynka Str., 17,  
Moscow, P.O. 119017,  
Russia  
Tel.: 8 (495) 220-99-87  
http://law-journal.hse.ru  
e-mail: lawjournal@hse.ru

### **Legal Thought: History and Modernity**

- N.N. Efremova**  
Justice as a Factor Developing Legal Consciousness and Legal Culture in Russia 3
- E.N. Salygin**  
Modelling in Law: Challenges and Prospects 12
- I.Yu. Bogdanovskaya**  
Delegated Acts as Secondary Sources of Law 36

### **Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries**

- I.V. Mikheeva**  
Executive Bodies of the Russian Federation Constituent Entities:  
Permissive Functions and Government Services 49
- A.G. Gurinovich**  
Organizational and Legal Mechanism of Dismissing Civil Servants for Loss  
of Trust Caused by Corruption Crimes 61

### **P.N. Panchenko**

- Project of Tackling Criminality: an Experience of Drafting a Project  
of Criminal Policy in the 2<sup>nd</sup> decade of the 21<sup>st</sup> century 87

### **K.L. Sazonova**

- Individual and Collective Self-Defence as Elements of Collective  
Security System 108

### **Judicial Practice**

- A.B. Panov**  
Procedural Violations as a Cause for Incorrect Court Acts 118
- A.V. Morgun**  
Practice of Applying Law on Advertising 125

### **Law in the Modern World**

- V.O. Kalyatin**  
On Some Trends in the Development of the Concept of Fair Use  
in Modern Copyright Law of Common Law Countries 136
- L.V. Terentyeva**  
Conflict of Laws Regulation of Copyright Relations on the Internet  
(comparing Russia, US and Japan) 151

### **Discussion Club**

- E.P. Ivanova, A.G. Sergo**  
Fighting against Piracy on the Internet 178



**Н.Н. Ефремова**

ведущий научный  
сотрудник Института  
государства и права РАН,  
профессор кафедры  
теории и права  
и сравнительного  
правоведения  
Национального  
исследовательского  
университета «Выс-  
шая школа экономики»,  
кандидат юридических  
наук\*

## Справедливость как фактор развития правосознания и правовой культуры России пореформенного периода

150-летию Судебных  
уставов посвящается

*Модернизация отечественной юстиции в имперский период проходила в несколько этапов, наиболее значительным из которых явился так называемый пореформенный (вторая половина XIX в.). В ходе судебной реформы 1864–1899 гг. решались задачи создания суда «скорого, равного, милостивого и справедливого». Справедливость явилась той идеологической категорией, которая определяла построение институциональной и функциональной основ новой юстиции. Она повлияла на формирование профессионального правосознания юристов и с помощью их деятельности — на массовое правосознание. Это в целом способствовало росту уровня правовой культуры российского общества вразрез с традиционно имманентным ему правовым нигилизмом.*

**Ключевые слова:** гуманизм, законность, нравственность, правда, правовая культура, правосознание, правосудие, справедливость, судебная реформа, юстиция.

Первые попытки модернизации российского суда в русле освоения сложившихся в Новое время в западной, европейской цивилизации гуманитарных ценностей и институтов судебного права, были проведены в XVIII в. — это реформы Петра I и Екатерины II. Они положили начало длительному процессу формирования надлежащей организации правосудия, основанной на принципах независимости суда, несменяемости судей, состязательности, гласности, публичности процесса, формальном равенстве и признании равнодоинства его сторон, обоснованности, справедливо-

---

\* Адрес: Москва, 119017, ул. Малая Ордынка, 17. E-mail: nadnike@mail.ru

сти решений беспристрастных судей, гуманизме наказаний. Часть из этих принципов была в определенной мере реализована в концепции судебной реформы 1864–1899 гг. Правовую ее основу составляли Судебные уставы, утвержденные 20 ноября 1864 г., явившиеся апогеем развития имперского судебного законодательства.

И хотя достижения эти были в значительной мере формальными, заметный правосудный прогресс был достигнут.

Проблема реформирования судебной системы Российской империи в эпоху Великих преобразований Александра II постоянно привлекает внимание как зарубежных, так и отечественных исследователей, о чем свидетельствует обширная историография<sup>1</sup>. Однако далеко не все аспекты этой темы нашли отражение в научной литературе. Одной из пробельных остается проблема влияния сформированных тогда институтов юстиции и персонально юристов новой формации на развитие правосознания и правовой культуры российского общества в целом и различные его социальные слои в частности в контексте освоения универсальных фундаментальных прогрессивных принципов правосудия (прежде всего принципов законности и справедливости, а также связанных с ними нравственных и религиозных ценностей, составляющих фундамент и гарантии справедливости).

Тема справедливости оказалась весьма актуальной и привлекательной для российских философов и правоведов XIX в. Характерной особенностью отечественной историографии того периода было исследование проблем права и справедливости в связи с проблемами религии и нравственности. По мнению Н.М. Коркунова, в частности, «право никогда не обособляется... от нравственности»<sup>2</sup>. При этом источником такого дуализма данных социальных базовых ценностей была божественная по своей природе любовь к ближнему, восходящая к библейской традиции. Таким образом, российские концепции справедливости имели гуманистическую направленность.

Поэтому одни исследователи рассматривали справедливость и нравственность как тождественные понятия, другие полагали, что справедливость — это частное, входящее в целое — нравственность<sup>3</sup>.

Есть мнение, что справедливость тождественна правде. Так, например, К.А. Неволин определял правду как «верность данного нравственного существа целому обществу (союзу) нравственных существ», при этом понятия правды и справедливости совпадали<sup>4</sup>. Н.А. Бердяев указывал: «Искать правду — значит искать одновременно высшую истину и высшую справедливость»<sup>5</sup>. По мнению В.И. Хайрулли-

---

<sup>1</sup> См. напр.: *Ефремова Н.Н.* Становление и развитие судебного права в России XVIII — начала XX вв. (историко-правовое исследование). М.: РУДН, 2007. С. 13–21; *Большакова О.В.* Судебная реформа 1864 года и формирование правовой культуры в дореволюционной России (обзор англоязычной литературы) // <http://www.bibliotekar.ru/buharin/5.htm>

<sup>2</sup> *Коркунов Н.М.* Проблемы права и нравственности // Русская философия права. Изд. 2-е, доп. СПб.: Алетейя, 1999. С. 135.

<sup>3</sup> См. об этом: *Хайруллин В.И.* Категория справедливости в истории политико-правовой мысли. М.: URSS, 2009. С. 83–84.

<sup>4</sup> См.: *Неволин К.А.* Энциклопедия законовещения. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 1997. С. 41–42.

<sup>5</sup> *Бердяев Н.А.* Самопознание. М.: Мысль, 1991. С. 391.

на, сравнившего два приведенных мнения, «правда в русском правовом сознании может отождествляться как с истиной, так и со справедливостью»<sup>6</sup>.

Объяснение такого совпадения понятий дают и другие исследователи: «Потребность в «правде — справедливости» заключается в естественном желании каждого человека, чтобы к нему относились правильно, по правде, по справедливости, по-человечески, считались с его общечеловеческими потребностями, чувствами и связанными с ними интересами»<sup>7</sup>.

Весьма глубоко разработал проблему справедливости Б.Н. Чичерин, сформулировав следующие (противоположные общим подходам других исследователей) постулаты: воздающая справедливость, основанная на принципе воздаяния «каждому того, что ему подобает», — есть высшая справедливость; справедливость есть правда; справедливость может быть юридической (правда) и нравственной<sup>8</sup>. При этом воздаяние по справедливости юридической или нравственной осуществляется в соответствии с законами юридическими либо нравственными.

Ф.М. Достоевский, по мнению В.И. Хайруллина, в первом периоде своего творчества определял правду как справедливость в человеческом понимании. Во втором периоде его творчества правда — это «высший духовный закон», Божья правда, тогда как высшая справедливость в человеческой жизни заменяется ее противоположностью: «прав... не тот, кто действует по моральному закону, а тот, кто имеет деньги и власть, то есть тот, кто сильнее»<sup>9</sup>.

При наличии разных подходов к определению полагаем, что справедливость является правовой ценностью, правовой категорией, важнейшим критерием разграничения правового и противоправного.

Вместе с тем в современной литературе есть мнение о «глубоком родстве» справедливости и законности. Так, например, Лон Л. Филлер, со ссылкой на Г.Л.А. Харта, объясняет это родство тем<sup>10</sup>, что отмеченные категории действуют по заранее известным правилам. Наличие этих правил диктуется внутренней моралью права, и если закон действует по заранее известным правилам, он справедлив. В российской юриспруденции такое отождествление не принято. При всех расхождениях в понимании социальной природы справедливости и ее дефинициях она признается основой правосудия либо его тождеством: латинское выражение «Fiat iustitia» переводится на русский язык как «Да здравствует правосудие (либо справедливость)».

Приведенные взгляды на справедливость в целом соответствовали формирующимся в профессиональном юридическом сообществе Российской империи представлениям об этом принципе правосудия. В практической деятельности прогрессивных юристов, прежде всего адвокатов (либерального авангарда юридического сообщества), эта идея активно пропагандировалась и продвигалась в целях модернизации, либерализации, гуманизации правосудия, правосознания и правовой культуры.

<sup>6</sup> Хайруллин В.И. Указ. соч. С. 84.

<sup>7</sup> Мельник В. Божественная правда и справедливость правосудия // Российская юстиция. 1999. С. 10. Цит. по: Хайруллин В.И. Указ. соч. С. 85.

<sup>8</sup> См.: Чичерин Б.Н. Философия права. СПб.: Наука, 1998. С. 160, 165.

<sup>9</sup> Хайруллин В.И. Указ. соч. С. 87–89.

<sup>10</sup> См.: Филлер Л.Л. Мораль права. М.: ИРИ СЭН, 2007. С. 188–189.

Говоря о влиянии различных факторов на идейные основы и практику проведения судебной реформы 1864 г. и дальнейшую правоприменительную деятельность новых органов юстиции, наряду с идеологическим, нельзя недооценить человеческий фактор.

Утвердившиеся в эпоху Просвещения идеи о «правлении закона» как нормативного основания устройства государства и общества, а также о праве, независимом от и стоящим над политикой, легли в основу так называемых Великих реформ 60–70-х годов XIX в. Для их реализации требовались иные государственные деятели и служащие, отличавшиеся от бюрократов екатерининского времени.

Как отмечают исследователи-историки, «генезис судебной реформы... связывают с формированием в среде российской бюрократии нового типа гражданского чиновника — носителя «правового этоса»<sup>11</sup>. Решению проблемы кадрового обеспечения модернизируемого государственного аппарата в целом, а позднее органов юстиции в частности способствовала политика императора Николая I, осознававшего необходимость подготовки образованных специалистов, в том числе юристов. В 1835 г. было открыто элитарное учебное заведение английского типа — Императорское училище правоведения, действовали сложившиеся и создавались новые юридические факультеты университетов, хотя, как известно, юристов на душу населения в России было куда меньше, чем в развитых западных государствах. Не было достаточного числа юристов-профессионалов и для наполнения юридических учреждений, создаваемых в ходе продолжавшейся 35 лет судебной реформы.

Р.С. Уортман приводит следующие цифры, со ссылкой на Д. Ровинского: на 1000 жителей России до судебной реформы 1864 г. приходилось 0,04 чиновников судебного ведомства (против 0,4 во Франции). Даже не принимая во внимание правосознание российских служителей Фемиды, понятно, что они не могли повлиять на массовое правосознание и правовую культуру в российском обществе<sup>12</sup>.

Однако формированию нового либерального мировоззрения в сфере учащейся молодежи в предреформенные десятилетия способствовало, как отмечает Р. Уортман, блестящее «салонное» образование, полученное выпускниками Училища правоведения, и более широкие, фундаментальные знания, которые давали юридические факультеты университетов. Важным было и «то ощущение принадлежности в группе избранных, призванных осуществить некую миссию во имя торжества законности и правопорядка в России, которое правоведы вынесли из стен своей *alma mater*»<sup>13</sup>.

Описывая «юридически-эпический» тип чиновника, принявшего участие в подготовке и проведении судебной реформы 1864–1899 гг., Р. Уортман определяет принадлежавших к нему как сравнительно молодых представителей элиты столичной бюрократии, получивших юридическое образование в Училище правоведения, Царскосельском лицее и в университетах, занявших в середине XIX в. стратегические посты в правительственном аппарате. Движимые благородными идеями, а также личным честолюбием, используя свои связи с лицами, приближенными к

---

<sup>11</sup> См.: *Большакова О.В.* Указ. соч.

<sup>12</sup> См.: *Уортман Р.С.* Властители и судьи. Развитие правового сознания в императорской России. М.: Новое литературное обозрение, 2004. С. 405.

<sup>13</sup> См.: *Wortman R.* The Development of a Russian Legal Consciousness. Chicago, 1976/XII. P. 208–218.

императору, они и подготовили реформу<sup>14</sup>. Идейные основы их проектов составляли постулаты исторической школы Ф. Савиньи и др.

Одним из ключевых концептуальных понятий нового типа политической культуры чиновничества стала законность, противопоставляемая произволу. Как отмечал Т. Тарановский, идея права и законности в мышлении прогрессивных чиновников-юристов больше не воспринималась как средство исполнения воли монарха-суверена, а приобрела самостоятельность и привела к осознанию необходимости признания за подданными объективных личных и гражданских прав, а законность стала восприниматься как константа правового государства<sup>15</sup>. Отсюда и необходимость признания независимости судебной власти, определившая направление судебной реформы.

Эти и другие либеральные гуманистические идеи легли в основу Судебных уставов 1864 г., применение которых большинство западных историков расценивают как важнейший шаг к построению гражданского общества<sup>16</sup>, но также, по нашему мнению, и к формированию конституционного строя.

Судебная реформа 1864–1899 гг. была самой радикальной и прогрессивной в ряду других реформ, она создала в России суд, который, по определению М.Н. Каткова, выражавшего мнение консерваторов, явился «судебной республикой» в самодержавной абсолютистской монархической государственности.

Вместе с тем, несмотря на формальную демократичность вводимых новых институтов юстиции, не следует идеализировать судебную реформу. Хотя ее «отцы» (по выражению А.Ф. Кони) и использовали лучшие западные образцы, но эти новационные модели включались в государственный механизм, остававшийся в целом архаическим, и по своей природе не соответствовали, противоречили основам российской государственности. Это в значительной мере обусловило проведение так называемой судебной контрреформы, фактически переплетавшейся с начала 70-х годов XIX в. с мероприятиями реформы.

Тем не менее, несомненная удача судебной реформы в целом была в немалой степени обусловлена (помимо прогрессивных принципов и институтов судебного права, вводившихся на большей части территории Империи) личным вкладом выдающихся представителей юридической профессии, в большом числе представлявших так называемое судебное ведомство и другие институты юстиции, например адвокатуру, юридическую науку, образование и публицистику. Они стали творцами, пропагандистами и проводниками нового типа правосознания и правовой культуры.

Принцип справедливости, т.е. соразмерности и признания равнодоинства личности участников юридического спора или конфликта, отстаивался юристами новой формации, прежде всего присяжными поверенными, — профессиональными адвокатами. Они энергично оправдывали в своей деятельности цель Судебных уставов 1864 г.: «водворить в России суд скорый, правый, милостивый и равный для всех подданных...».

Как отмечал А.Ф. Кони, «судебная реформа призвана была нанести удар по худшему виду произвола, произволу судебному, прикрываемому маской фор-

<sup>14</sup> См.: Ibid. P. 3.

<sup>15</sup> См.: *Большакова О.В.* Указ. соч.; *Тарановский Т.* Судебная реформа и развитие политической культуры царской России // Великие реформы в России, 1855–1874. М., 1992. С. 308.

<sup>16</sup> См.: *Большакова О.В.* Указ. соч.

мальной справедливости. Она имела своим последствием оживление в обществе умственных интересов и научных трудов. Со старой судебной практикой науке нечего было делать... Только с изданием Судебных уставов — судебная практика и наука пошли рука об руку, в гармоническом взаимодействии»<sup>17</sup>. Необходимо в связи с этим упомянуть также деятельность университетских юридических обществ, выполнявших право-воспитательную, право-пропагандистскую, издательскую и координационную научно-практическую функции с 60-х годов XIX в. до начала XX в.

Суд правый, или правосудие, является понятием, тождественным справедливому судебному разбирательству. Понятно, что даже самая совершенная судебно-процессуальная организация без соответствующего по качеству материального права не может обеспечить подлинного правосудия, но может смягчить несовершенство последнего, выходя на более высокий уровень в поступательном приближении к идеальной модели.

Не в меньшей мере способствовать прогрессу правосудия могут лица, участвующие в осуществлении судебной власти. Большая роль в этом в российской юстиции принадлежала присяжным заседателям — выразителям народных чаяний о справедливости, готовых противостоять возможному произволу коронного суда, и присяжным поверенным (адвокатам), корпорация которых в тот период формировалась. Можно привести ряд примеров известных адвокатов, борьба которых за справедливое судебное решение служила правому суду, а яркие талантливые выступления лиц, убежденных в своей правоте, в случае выигрыша в процессе способствовали изменению бытовавшего в дореформенный период негативного отношения общества к суду. Адвокат помимо защиты в уголовном или представительства в гражданском процессе давал юридические консультации, просвещал лиц, обращавшихся за советом. Свобода, внезапно вошедшая в общественную жизнь в период Великих реформ, на первый план поставила личность, а не учреждения, в силу чего юристы и их имена стали символом обновления юридического быта в России. А.Ф. Кони писал: «нельзя отделить работу *отцов* судебной реформы от деятельности *детей*, т.е. ближайших учеников и практических приложителей этой реформы к жизни...»<sup>18</sup>. В связи этих поколений А.Ф. Кони видел гарантии уважения к основам истинного правосудия и «возвышающей их человечности»<sup>19</sup>.

Среди «отцов и детей» судебной реформы А.Ф. Кони называл Д.А. Ровинского, С.И. Зарудного, Н.И. Стояновского, К.К. Арсеньева, А.И. Урусова, Ф.Н. Плевако, В.Д. Спасовича и др. В своих речах, обращенных к присяжным заседателям, они звали к справедливости и обращали внимание присяжных на факты и обстоятельства, способствующие ее обеспечению при вынесении решения. Так строили свои речи К.К. Арсеньев и др.

Ф.Н. Плевако освещал не только юридическую сторону дела, но и затрагивал социальные вопросы, волнующие общественность, учитывая психологическую глубину переживаний обвиняемых. По выражению А.Ф. Кони, у Ф.Н. Плевако «ораторское искусство переходило в вдохновение», пробуждая соответствующие чувства у присяжных заседателей, решающих по сути судьбу человека, добивавшихся оправдательных вердиктов по доказанным основаниям отсутствия умысла и т.п.

<sup>17</sup> Кони А.Ф. Отцы и дети судебной реформы (к пятидесятилетию Судебных уставов) 1864 г. 20 ноября 1914. М.: Изд. т-ва И.Д. Сытина, 1914. С. III.

<sup>18</sup> Кони А.Ф. Указ. соч. С. III.

<sup>19</sup> Кони А.Ф. Указ. соч. С. IV.

По делу о подлоге Ф.Н. Плевако в заключение своей речи произнес, обращаясь к присяжным: «Перед судом по Судебным уставам нет богатых и бедных, нет сильных и слабых, а все равны, все одинаково ответственны. Вы докажете тогда, насколько справедливо можно применить к людям, которым приходится стоять перед вами, слова, что «несть эллин и иудей...».

Сам А.Ф. Кони, испытавший себя на разных поприщах юстиции, с молодых лет заявил о себе как о борце за прогрессивные и демократические идеи о праве. Также он считается основателем судебной этики, поскольку нравственным основанием правосудия отводил важное место в учении о судопроизводстве. Строгого соблюдения этических начал он требовал как от судьи, так и прокурора и адвоката.

В речи известнейшего адвоката К.Ф. Хортулари по делу Марии Левенштейн апелляция к справедливости выражена так: «Господа присяжные заседатели! Если только Вы признаете за судом уголовным и его приговором нравственно-педагогическое значение и не отрицаете того глубокого интереса, какой представляет собой настоящий процесс, затрагивающий одну из самых больных сторон нашего общественного организма, то... должны будете отнестись к участи обвиняемой... с особенным вниманием и осторожностью, которыми только и обуславливается справедливость человеческого суда вообще и вашего будущего приговора в особенности»<sup>20</sup>. Таких примеров из адвокатских речей множество, что позволяет характеризовать как ведущую и определяющую роль присяжных поверенных в развитии общественного правосознания, в преодолении правового нигилизма, характерного для социальных низов российского населения, в повышении доверия к суду, обеспечивающему правосудие, основанное на справедливости. Вместе с тем нельзя не отметить, что судебная реформа не распространялась на все регионы империи, при этом сохранялись, в частности, особые сословные суды для крестьян — волостные, осуществлявшие юрисдикцию на основе правовых обычаев. Это не могло способствовать созданию единой системы правовых ценностей и преодолению правового мультикультурализма.

Не апологетируя в целом деятельность адвокатов, нельзя не признать, что лучшие их представители сделали много для формирования правовой культуры России в рассматриваемую эпоху. Они и другие судебные деятели оценили возможности гласного и публичного судопроизводства, предоставлявшего им общественную трибуну. Правосудие явилось для них средством, воспитывающим гражданственность и правосознание и формирующим нравственные идеалы добра, справедливости и других социальных ценностей, определяющих поведение людей. И хотя эта традиция была прервана с учреждением советского суда в ноябре 1917 г., однако созданные высокие образцы юстиции остались в отечественном опыте.

Бердяев Н.А. Самопознание. М.: Мысль, 1991.

Большакова О.В. Судебная реформа 1864 года и формирование правовой культуры в дореволюционной России (обзор англоязычной литературы) // <http://www.bibliotekar.ru/buharin/5.htm>

Ефремова Н.Н. Становление и развитие судебного права в России XVIII — начала XX в. (историко-правовое исследование). М.: РУДН, 2007.

---

<sup>20</sup> См.: Судебные речи знаменитых русских адвокатов. М., 1997.

Кони А.Ф. Отцы и дети судебной реформы (к пятидесятилетию Судебных уставов) 1864 г. 20 ноября 1914. М.: Изд. т-ва И.Д. Сытина, 1914.

Коркунов Н.М. Проблемы права и нравственности // Русская философия права. Изд. 2-е, доп. СПб.: Алетейя, 1999.

Мельник В. Божественная правда и справедливость правосудия // Российская юстиция. № 9. 1999.

Неволин К.А. Энциклопедия законовещения. СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 1997.

Хайруллин В.И. Категория справедливости в истории политико-правовой мысли. М.: URSS, 2009.

Чичерин Б.Н. Философия права. СПб.: Наука, 1998.

Wortman R. The development of a Russian legal consciousness. Chicago, 1976/XII.

.....

## Justice as a Factor Developing Legal Consciousness and Legal Culture in Russia (in commemoration of 150<sup>th</sup> anniversary of judicial statutes)

**N.N. Efremova**

The Institute of State and Law of the Russian Academy of Science, leading researcher, Professor of the Department of Theory of Law and Comparative Legal Studies, National Research University Higher School of Economics, 17 Malaya Ordynka str., Moscow, 119017, Russian Federation. E-mail: nadnike@mail.ru

### Abstract

Modernization of Russian justice in the Imperial period took place in several stages. The most significant one was the so-called reform period (the second half of the 19<sup>th</sup> century). During the 1864–1899 judicial reform, the measures were taken to establish the court which would be *fast, equal, merciful and just*. Justice was the ideological category which determined the institutional and functional basis of the new justice. The latter promoted to professional legal consciousness of lawyers who promoted to mass consciousness. Overall, the reform contributed to the development of legal culture contradicting legal nihilism typical of Russian society.

### Keywords

Humanism, lawfulness, morality, truth, legal culture, legal consciousness, legal justice, justice, judicial reform, justice.

### References

Berdyayev N.A. *Samopoznanie* [Self-cognition]. Moscow. Mysl', 1991.

Boľshakova O.V. *Sudebnaya reforma 1864 goda i formirovanie pravovoy kultury v dorevolutsionnoy Rossii (obzor angloyazychnoy literatury)* [Judicial reform of 1864

and formation of legal culture in Russia before the Revolution]. Available at: [www.bibliotekar.ru/buharin/5](http://www.bibliotekar.ru/buharin/5)

Efremova N.N. *Stanovlenie i razvitie sudebnogo prava v Rossii 18 — nachala 20 v.* [Formation and development of judicial law in Russia in the 18<sup>th</sup> — early 20<sup>th</sup> century]. Moscow, RUDN, 2007.

Koni A.F. *Otsy i deti sudebnoy reformy (k pyatidesyatiletiiyu Sudebnykh Ustavov)* [Fathers and sons of judicial reform (in commemoration of the 50<sup>th</sup> anniversary of Judicial Statutes)]. 1914, Izdanie t-va I.D. Sytina.

Korkunov N.M. *Problemy prava i npravstvennosti* [Problems of law and morality]. 1999, Saint Petersburg.

Meľnik V. *Bozhestvennaya Pravda i spravedlivost' pravosudiya* [Divine truth and fairness of justice]. 1999.

Nevolin K.A. *Entsiklopediya zakonovedeniya* [Encyclopedia of law studies]. Saint Petersburg, Izdatel'stvo SPbGU, 1997.

Taranovski T. *Sudebnaya reforma i razvitie politicheskoy kultury Tsarskoy Rossii* [Judicial reform and development of political culture in monarchical Russia]. Moscow, 1992.

*Sudebniye rechi znamenitnykh advokатов* [Speeches of famous lawyers in court]. Moscow, 1997.

Wortman R.S. *Vlastitely i sud'y. Razvitie pravovogo soznaniya v imperatorskoy Rossii* [Rulers and judges. Development of legal consciousness in imperial Russia]. Moscow, Novoe literturnoe obozrenie, 2004.

Filler L. *Moral' prava* [Morality of law]. Moscow, IRI SAN, 2007.

Khairullin V.I. *Kategoriya spravedlivosti v istorii politico-pravovoy mysli* [Category of fairness in the history of political and legal thought]. Moscow, URSS, 2009.

Chicherin B.N. *Filosofiya prava* [Philisophy of law]. Saint Petersburg, Nauka, 1998.

Wortman R. The development of a Russian legal consciousness. Chicago, 1976/ XII.

**Е.Н. Салыгин**

доцент кафедры теории права  
и сравнительного правоведения,  
декан факультета права Национального  
исследовательского университета  
«Высшая школа экономики»,  
заслуженный юрист Российской  
Федерации, кандидат юридических наук\*

# Моделирование в праве: проблемы и перспективы<sup>1</sup>

*Статья посвящена использованию метода прогнозного моделирования в праве. Описываются основные направления моделирования в праве, раскрываются понятия правового моделирования, прогнозного правового моделирования, определяются предмет, объект и технология прогнозного правового моделирования. В правовом моделировании предлагается использовать знания, выработанные теорией рационального выбора и неинституциональной теорией.*

**Ключевые слова:** правовое моделирование, прогнозное правовое моделирование, правовая модель, технология прогнозного правового моделирования.

Проблема моделирования относится к числу недостаточно исследованных в праве. Можно сказать, что она является terra incognita для юристов, в особенности для теоретиков права, поскольку выходит за пределы привычного узконормативного, догматического правопонимания и требует владения широким набором познавательных средств — от социолого-экономических и культурологических теорий, объясняющих поведение человека, до математики, используемой при создании математических моделей. Настоящая статья продиктована желанием развить существующие подходы в области моделирования в праве главным образом за счет использования теоретических положений неинституциональной экономики и смещения фокуса исследования, с одной стороны, на внутренние, побудительные причины индивидуального и коллективного правового поведения, а с другой — на изучение более широкого контекста правовых предписаний, регулирующих поведение (в частности, институциональные связи правовых норм и институциональную среду, т.е. социально-экономические и политические условия возникновения и развития правовых институтов). При этом за рамками предмета исследования остаются многие социологические и психологические подходы к внутренним и внешним мотивам правового поведения. Они также имеют ценность для исследуемой проблемы, но в силу ограниченного объема статьи не могут быть в ней рассмотрены.

Прежде всего необходимо рассмотреть общие вопросы, связанные с моделированием в целом.

---

\* Адрес: Москва, 119017, ул. Малая Ордынка, 17. E-mail: esalygin@hse.ru

<sup>1</sup> Статья написана в рамках проекта фундаментальных исследований Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». При написании статьи использовалась СПС «Консультант Плюс».

Моделирование является приемом исследовательской деятельности, который широко используется в науке и практике. Оно решает познавательные задачи, поэтому определяется как метод познания, состоящий в изучении окружающего мира на основе построения моделей. «Моделирование, — пишет И.Т. Фролов, — означает материальное или мысленное имитирование реально существующей (натуральной) системы путем специального конструирования аналогов (моделей), в которых воспроизводятся принципы организации и функционирования этой системы»<sup>2</sup>. Наиболее важные исследования в области моделирования были проведены во второй половине XX в. Факторами, вызвавшими существенный рост и интенсивность теоретических разработок, стали новые направления науки — кибернетика, теория систем, а также широкое использование статистических данных, математических методов и компьютерных технологий при обработке результатов познавательной деятельности. В литературе отмечается, что моделирование — это «метод опосредованного практического или теоретического оперирования объектом, при котором исследуется непосредственно не сам интересующий нас объект, а используется вспомогательная искусственная или естественная система («квазиобъект»), находящаяся в определенном объективном соответствии с познаваемым объектом, способная замещать его на определенных этапах познания и дающая при ее исследовании в конечном счете информацию о самом моделируемом объекте»<sup>3</sup>. Моделирование, таким образом, предполагает наличие в реальной действительности определенного объекта (оригинала) — предмета, явления или процесса, воспроизводящегося познающим субъектом в некоем материальном или мысленном прообразе — модели, которая может в определенных обстоятельствах заменять объект и предоставлять о нем информацию. Оно опирается на идею подобия, предполагающую наличие между различными объектами взаимно однозначных соответствий. Зная характеристики одного из них, можно с достаточной долей уверенности судить о другом.

Построение модели является главной отличительной чертой моделирования. «Модель, — пишет В.А. Леванский, — есть целостная система представлений о сущностных признаках и характеристиках некоторой другой системы, называемой оригиналом; воплощение в материальных конструкциях либо информационных (графических, статистических, математических и т.д.) композициях; выделенная из окружающей среды в соответствии с целями, задачами и возможностями исследователя; способная дать новое знание о системе — оригинала либо окружающей среды, вследствие единства законов, действующих в разных сферах реальности»<sup>4</sup>. К моделированию прибегают, когда оригинал является сложной системой или его непосредственное изучение невозможно. Модель облегчает эту задачу, воспроизводя свойства оригинала, представляющие познавательный интерес. При том, что модель упрощает и схематизирует исходную реальность, абстрагируясь от части ее свойств, она должна отвечать, как минимум, двум требованиям: 1) адекватность оригиналу (должна точно отражать его исследуемые свойства); 2) универсальность

<sup>2</sup> Фролов И.Т. Гносеологические проблемы моделирования биологических систем // Вопросы философии. 1961. № 2. С. 39.

<sup>3</sup> Новик И.Б. О моделировании сложных систем (философский очерк). М.: Мысль, 1965. С. 42.

<sup>4</sup> Леванский В.А. Моделирование в социально-правовых исследованиях. М.: Наука, 1986. С. 20.

(должна быть применимой к анализу ряда однородных объектов). Избранные в процессе моделирования свойства объекта, представленные в модели, подвергаются системному анализу. Это позволяет понять структуру, функции, особенности взаимодействия элементов объекта, причинно-следственные связи между ним, дать вероятностный прогноз изменений объекта. Моделирование, таким образом, помогает не только лучше понять свойства изучаемого объекта, но и предвидеть его состояния, управлять им.

Модели, отражающие свойства реальных объектов при неизменных условиях, называются *дескриптивными*. Они создаются в основном с помощью средств математической статистики и смежных с ней дисциплин.

В процессе моделирования, как и в мысленном эксперименте, возможно введение новых данных. Исходная модель содержательно обогащается, детализируется. Открываются ранее неизвестные свойства оригинала, что может послужить источником выработки новых теорий, объясняющих окружающую действительность. В этом случае речь идет о *нормативном (прескриптивном)* методе моделирования, когда осуществляется поиск желательного состояния объекта. Объект уподобляется системе, стремящейся к какой-либо цели. Для достижения этой цели вырабатываются определенные правила, стандарты, приемы деятельности. Нормативная или прескриптивная модель отвечает на вопрос: как это должно быть?

В целом классификация моделей весьма разнообразна. *Материальные* (предметные) модели разграничиваются по размерам, элементному составу и другим физическим параметрам. *Идеальные* модели по способу представления информации делятся на словесные и формальные, по уровню теоретизации знания — на теоретические и интуитивные. *Словесные* модели выражаются естественным языком и являются по сути описаниями. *Формальные* модели выражаются искусственным, формализованным языком и содержат формулы, графики, схемы и другие знаковые формы.

Особое место среди формализованных моделей занимают *математические* модели. Объективность и однозначность символического языка математики, логичность и верифицируемость математических расчетов устраняют неопределенность в получении и объяснении результатов и как нельзя лучше отвечают основным требованиям моделирования — точности и универсальности. Точность математических моделей достигается также оперированием числовыми (количественными) данными, получаемыми эмпирическим путем. В математических моделях, таким образом, теоретическое знание соединяется с опытным, что позволяет четко и обобщенно формулировать ключевые теоретические положения и делать на их основе практические выводы. Нередко прогнозные математические модели играют решающую роль в познании тех или иных процессов.

Жесткого разграничения между описательными и математическими моделями не существует. На начальном этапе моделирования может быть создана концептуальная (содержательная) модель, включающая описания. В последующем в результате использования эмпирических данных на основе концептуальной модели может быть сконструирована математическая модель. Но и при создании собственно математических моделей в основу могут быть положены словесные описания гипотез и интуиций.

По характеру искомого знания можно выделить *структурные, функциональные, причинно-следственные и прогнозные (эвристические)* модели. Модели могут как содержать в себе несколько видов объяснений, например знания о структуре

и функциях системы, так и быть обособленными, например демонстрировать прогноз без ссылок на причинные механизмы. Достижение точности в большинстве случаев предполагает создание по отношению к каждому интересующему аспекту реальности самостоятельной модели, фокусирующей на нем все внимание.

В праве моделирование используется во многих областях. В доктрине оно выступает средством познания государственно-правовых явлений и процессов, на практике — средством повышения эффективности различных юридически значимых действий: от принятия и реализации правовых норм и индивидуальных предписаний до выявления и расследования преступлений. В отечественной науке исследования в области правового моделирования концентрируются главным образом вокруг нескольких проблем. Наиболее развернутые правовые модели созданы в сфере противодействия преступности. Важную роль при этом играет наличие достаточно развитой системы уголовно-правовой статистики.

В криминалистике моделирование используется для получения новой информации о расследуемом событии преступления и лицах, его совершивших<sup>5</sup>. В криминологии созданы различные модели преступного поведения и модели зависимости социальных факторов и преступности<sup>6</sup>. В сфере страхового права и права социального обеспечения важное место занимают модели определения и оценки рисков, используемые для актуарных расчетов, — системы статистических и математических методов расчета тарифных ставок в страховании. В последнее время аналогичные модели создаются в сфере правовой охраны окружающей среды<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> См. подр.: Берзинь О.А. Криминалистические подходы к моделированию преступной деятельности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2011. № 4. С. 133–143; Аршинский Л.В., Жигалов Н.Ю., Мункожаргалов Ц.Б. Проблемы применения информационного и логико-математического моделирования в судебной экспертизе и криминалистике // Российский следователь. 2013. № 3. С. 6–9; Грановский Г.Л. Новые приемы и средства моделирования в трасологии // Криминалистика и судебная экспертиза. 1969. № 6. С. 240–248.; Густов Г.А. Моделирование в работе следователя. Л., 1980; Кошманов М.П., Ляпичев В.Е. Методы математического моделирования в почерковедческой экспертизе. М., 1990; Лузгин И.М. Моделирование при расследовании преступлений. М., 1981.

<sup>6</sup> См.: Аванесов Г.А. Теория и методология криминологического прогнозирования. М.: Юрид. лит., 1972; Варчук Т.В. Виктимологическое моделирование в теории детерминации преступности // Вестник Московского университета МВД России. 2012. № 10. С. 112–116; Вицин С.Е. Моделирование в криминологии: учеб. пособие. М.: НИИРИО ВШ МВД СССР, 1973; Горошко И.В., Сичкарук А.В., Флока А.Б. Модели и методы анализа данных в правоохранительной деятельности. М., 2007; Кононенко В.И., Минаев В.А. Динамические модели преступности // Методы исследования сложных систем. М.: ВНИИСИ, 1981; Кудрявцев В.Н. Причинность в криминологии (структура индивидуального преступного поведения). М., Госюриздат, 1968; Кудрявцев В.Н. Генезис преступления. Опыт криминологического моделирования: учеб. пособие. М.: Издательская группа «ФОРУМ-ИНФРА-М», 1998; Лубин А.Ф., Губанищев В.В. Общая модель механизма преступной деятельности в сфере экономики: условия формирования // Экономическая безопасность России. 2009. № 1. С. 82–88; Щербатов В.А. О криминологическом моделировании эффективного предупреждения преступности в современных условиях // Вестник Московского университета МВД России. 2012. № 10. С. 132–135.

<sup>7</sup> См.: Kuran T., Sunstein C.R. Availability Cascades and Risk Regulation // Stanford Law Rev. 1999. 51:683–768; Slovic P. The Perception of Risk, Earthscan Publications Ltd. London UK and Sterling, VA, USA, 2000.

Нельзя не отметить, что оценивание рисков — необходимый элемент социального управления, имеющий принципиальное значение при прогнозировании последствий принимаемых решений. Моделирование рисков вообще и правовых рисков в частности представляет собой отдельный, динамично развивающийся раздел теоретического моделирования, характеризующийся особыми предметом, методами, понятиями. Со всей определенностью можно сказать, что наработки в сфере моделирования правовых рисков будут только увеличиваться.

Не столь оптимистичная ситуация сложилась в теории права, где моделирование выступает в качестве метода познания. С сожалением приходится констатировать, что последние значимые результаты в области теории правового моделирования датируются 1980-ми годами<sup>8</sup>. И это при том, что потребность в новых теоретических разработках назрела давно и ощущается все острее.

Чаще всего в теории права моделирование отождествляется с абстрагированием — логическим приемом познания, позволяющим формулировать научные понятия и категории, а правовые модели соответственно с абстракциями — понятиями и категориями, отражающими обобщенные свойства исследуемых явлений и процессов<sup>9</sup>. Получается, что двум понятиям присваивается одно значение. Это противоречит формальной логике и нарушает известный принцип Оккама: «не плодить сущности без необходимости».

Нередко с правовой моделью отождествляется правовая теория. Однако, несмотря на то что связь теории и модели очевидна, в их взаимоотношениях не все так просто. Моделирование общественных процессов не может не опираться на теории, объясняющие те или иные социальные феномены. Теория задает для моделирования определенные познавательные границы, обеспечивая его категориальным аппаратом и иными познавательными инструментами. Наиболее развернутые теории уже содержат в себе абстрактные модели и прогнозы развития общественных процессов. В то же время моделирование нередко вынуждено выходить за пределы одной теории, обращаясь к другим. Оно обладает по отношению к теории относительной автономией. Поскольку истинность любой социальной теории подтверждается фактами, то моделирование, ориентированное на имитацию реально-

---

<sup>8</sup> См.: *Гаврилов О.А.* Математические методы и модели в социально-правовом исследовании. М.: Наука, 1980; *Гаврилов О.А.* Математические методы в юридической науке // Методологические проблемы советской юридической науки. М.: Наука, 1980. С. 266–290; *Казимирчук В.П.* Социологические исследования в праве: проблемы и перспективы // Советское государство и право. 1967. № 10. С. 40–42; *Леванский В.А.* Моделирование в социально-правовых исследованиях. М.: Наука, 1986; Применение математических методов и вычислительной техники в праве, криминалистике и судебной экспертизе: материалы симпозиума / под общ. ред. Кудрявцева В.Н., Шляхова А.Р. М., 1970; *Рудашевский В.Д.* Право и моделирование // Методологические проблемы советской юридической науки. М.: Наука, 1980. С. 290–308. Из современных исследований можно назвать: *Безруков А.С.* Моделирование в праве // Вестник Владимирского юридического института. 2008. № 1. С. 90–92; *Скурко Е.В.* Метод социально-правового моделирования в решении задач правотворчества // Государство и право. 2003. № 1. С. 103–106.

<sup>9</sup> *Алексеев С.С.* Общая теория права: учеб. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2009. С. 185–186; *Лазарев В.В., Липень С.В.* Теория государства и права: учеб. для вузов. 2-е изд., испр. и доп. М.: Спарк, 2000. С. 16; *Черданцев А.Ф.* Теория государства и права: учеб. для вузов. М.: Юрайт, 1999. С. 46–47.

сти, может также выступить средством доказывания или опровержения теории. Сложно не согласиться с мнением, что в моделировании скорее теория выступает инструментом для создания модели, а модель выступает посредником между теорией и реальностью<sup>10</sup>.

Основным сдерживающим фактором для развития теории правового моделирования является узкое, формально-догматическое (нормативное) понимание права, подразумевающее под правом систему юридических понятий, выражающихся в официальных правовых актах. В качестве примера можно привести взгляды А.С. Безрукова, посвятившего правовому моделированию диссертационное исследование. Правовую модель он определяет следующим образом: «это созданная в результате абстракции, идеализации (для теоретических и метатеоретических моделей) или наблюдения (для материальных моделей) форма отражения правовой (или окружающей) действительности, находящаяся в отношении соответствия с исследуемым объектом, служащая средством отвлечения и выражения внутренней структуры сложного явления (или наглядности в описании объектов материального мира), дающая информацию об объекте или выполняющая специальную описательную (демонстрационную) задачу»<sup>11</sup>. Из дефиниции видно, что автор не предполагает создание теоретической правовой модели на основе наблюдения. Для него право — это не социальный факт, который можно изучать при помощи наблюдения или иным эмпирическим образом, а логическая система, постигаемая абстрагированием и идеализацией. Эта система, судя по всему, не развивается, поскольку в определении говорится о возможности построения структурных моделей и не содержится указания на возможность создания прогностических и причинно-следственных моделей.

Придерживаясь узконормативного понимания права и продолжая рассуждать о правовом моделировании, мы приходим к следующим умозаключениям: если юридические понятия — это модели, то в процессе правового моделирования (моделирования правовых явлений, понимаемых как юридические понятия) получается, что мы создаем модели моделей. Образуется логический круг. К такому познавательному результату приходит в своем диссертационном исследовании и А.С. Безруков. Он отмечает, что «одно и то же правовое явление можно рассматривать как модель по отношению к другому явлению (или группе явлений), выступающему, в свою очередь, моделью для предыдущей «модельной» категории только на другом иерархическом уровне»<sup>12</sup>. В итоге исследователь делает вполне закономерный вывод об «относительной природе правовой модели». На этом, по моему мнению, можно ставить жирную точку в области теории правового моделирования, в котором все относительно, как и само правовое моделирование.

Однако подобных затруднений не возникает в упомянутых науках криминального цикла и в риск-менеджменте, создающих правовые модели не абстрактных понятий, а реальной действительности — деликвентного и рискованного поведения.

<sup>10</sup> См.: *Morgan M.S., Morrison M. (eds) Models as Mediators: Perspectives on the Natural and Social Sciences*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000; *Suárez M., Cartwright N. Theories: Tools Versus Models // Studies in the History and Philosophy of Modern Physics*. 2008. № 39. P. 62–81.

<sup>11</sup> *Безруков А.С. Правовая модель как инструмент юридической науки и практики: автореф. дис... канд. юрид. наук. Владимир, 2008. С. 8.*

<sup>12</sup> Там же.

Перспективы в области моделирования могут открыться перед теорией права, если изменить подход к праву с нормативного на социологический и рассматривать моделирование как построение не абстрактных описательных категорий, а моделей, включающих числовые значения, связанные с эмпирическими данными. Само по себе моделирование предполагает гораздо больше мыслительных операций, нежели обобщение и идеализация, поскольку основное предназначение моделирования — имитация реально существующей системы с целью раскрытия ее свойств, что предполагает, как минимум, наблюдение за поведением системы в определенных обстоятельствах и перенос этих параметров в виде соответствующих значений на модель. Модели должны быть богаче по содержанию, нежели абстрактные понятия, в особенности динамические модели, претендующие на объяснение каких-либо процессов.

Попытаюсь наметить возможные направления исследований в области теории правового моделирования, опираясь на широкое понимание права, подразумевающее под ним не только официальную нормативную систему, но и общественные отношения, ставшие результатом официального нормативного воздействия на поведение людей. Представляется, что подобные исследования наиболее актуальны в прогностических целях, для предсказания действия нормативных правовых актов. Прогностические модели нормативных правовых актов, созданные на стадии их обсуждения и принятия, могут в итоге уменьшить количество неэффективных, нежизнеспособных и социально нерелевантных правовых норм, повысить качество законодательства.

Отчасти прогнозируемое моделирование реализуется, как минимум, в двух видах вспомогательной для правотворчества прогностической деятельности. Во-первых, это оценивание регулирующего воздействия (далее — ОРВ), во-вторых, антикоррупционная экспертиза. Оно также может использоваться в качестве элемента правового мониторинга — системы комплексной оценки подготовки, принятия и *прогнозирования* (выделено мной), как считают некоторые авторы<sup>13</sup>, действия нормативных актов.

В прогнозировании моделирование используется наряду с экспертными оценками, экстраполяцией, сравнительно-правовым, статистическим и интуитивным методами. Для прогнозирования рисков негативных эффектов от регулирования ОРВ предусматривает проведение социологических обследований, публичных консультаций с представителями бизнеса, экономические расчеты последствий вступления в силу нормативных правовых актов. Цели ОРВ конкретны — выявить в тексте проектов нормативных правовых актов положения, которые вводят или способствуют введению избыточных ограничений и обязанностей для субъектов предпринимательской и иной деятельности или способствуют возникновению и у них, и у бюджетов всех уровней необоснованных расходов. В процессе ОРВ, таким образом, моделируются не все последствия вступления в силу нормативного правового акта, а только лишь те, которые имеют значение для указанных целей.

Перед специалистом по ОРВ стоит задача не просто смоделировать то, как будет действовать тот или иной акт (и будет ли он вообще действовать), а главным образом решить, как он впишется в предустановленную систему приоритетов экономической политики государства. Поэтому моделирование в ОРВ носит избиратель-

---

<sup>13</sup> См.: Арзамасов Ю.Г., Наконечный Я.Е. Мониторинг в правотворчестве: теория и методология. М., 2009.

ный характер, ориентировано на экономические последствия, рассчитываемые в соответствии с методикой на основании одного из трех методов оценивания выгод и затрат:

- 1) сравнения издержек и выгод (*Cost-benefit analysis*);
- 2) анализа эффективности затрат (*Cost-effectiveness analysis*);
- 3) мультикритериального анализа (*Multi-criteria analysis*).

Для целей моделирования в этом отношении применимы первый и последний методы, так как метод анализа эффективности затрат преследует несколько иные цели, чем прогнозирование поведения субъектов.

Наиболее известная в настоящее время российская методика антикоррупционной экспертизы законодательства была разработана в начале 2000-х годов экспертами в Центре стратегических разработок. В последующем она стала использоваться Комиссией по противодействию коррупции Государственной Думы Российской Федерации и легла в основу официальной Методики проведения антикоррупционной экспертизы проектов нормативных правовых актов и иных документов в целях выявления в них положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции, утвержденной Постановлением Правительства Российской Федерации от 5 марта 2009 г. № 196 (далее — Методика)<sup>14</sup>. Методика нацелена на выявление коррупционных факторов — положений проектов документов, которые могут способствовать проявлениям коррупции.

Появление Методики и закрепление за Министерством юстиции и Генеральной прокуратурой обязанности осуществлять экспертизу проектов нормативных правовых актов следует рассматривать как важный шаг на пути повышения качества законов. В то же время Методика имеет очевидные минусы, главным из которых является упрощение антикоррупционного анализа. Он сводится к поиску так называемых коррупциогенных факторов, многие из которых определены текстуально. Однако коррупционная составляющая может скрываться как за всей целостностью нормативного правового акта, так и за теми его частями, которые с помощью Методики не обнаруживаются. В таких случаях сложно ожидать успешных результатов экспертизы. Да и сами коррупциогенные формулировки далеко не всегда однозначно свидетельствуют о коррупционной составляющей акта. Для серьезного противодействия коррупционным составляющим нормативных правовых актов требуется системный, всесторонний анализ, моделирование коррупционных рисков.

В прогнозном моделировании предметом анализа должно выступать правовое поведение. Следует отметить, что свойство «правовое» по отношению к поведению означает не его урегулированность правом, а потенциальную возможность быть таковым. Определяющим здесь выступает фактор правового воздействия. Правовое поведение в прогнозном моделировании — это возможное (будущее) поведение, которое станет результатом воздействия права на определенные общественные отношения. Оно может как соответствовать, так и противоречить правовым нормам, а также выходить за пределы правового регулирования, т.е. не быть урегулированным правом. Именно такой широкий смысл термина позволяет создавать реалистичные прогнозные модели, не ограниченные в своих предсказательных возможностях искусственным (для случая правового моделирования) теоретическим разграничением поведения на регулируемое и не регулируемое правом. *Прогнозная*

<sup>14</sup> Российская газета. 2010. № 5125. 5 марта.

модель правового поведения, таким образом, — это выраженная в словесной и иной знаковой форме система знаний о возможном поведении субъектов права, изменяющаяся в результате правового воздействия.

Раскрывая особенности субъектов права, поведение которых изменяется в результате правового воздействия и, соответственно, моделируется, важно сказать, что они делятся на две группы — индивидуальные субъекты (физические лица) и коллективные субъекты (организации). Хотя с точки зрения права их статус может быть совершенно одинаковым, с точки зрения поведения имеются различия, отмечаемые многими теориями, объясняющими поведение человека. В экономике, менеджменте и ряде других наук, например, различается индивидуальное и организационное поведение. Моделирование правового поведения индивидуальных и коллективных субъектов должно также отличаться.

Поведенческий фактор, по определению, в прогнозном моделировании правового поведения играет ключевую роль. Человеческое поведение является предметом исследования нескольких наук: биологии, психологии, социологии, экономики, менеджмента. В качестве методологической основы изучения поведения может быть использована любая из теорий или их комбинация. Полагаю, что в индивидуальном и групповом правовом поведении преобладают мотивы и иные побудительные причины, в значительной мере получившие объяснение в *экономической теории рационального выбора*. Сформировавшись в рамках экономики, теория рационального выбора получила признание и стала плодотворно использоваться в социальных науках, где проблема выбора также относится к числу фундаментальных. В политологии и социологии сформировалась теория общественного выбора, в истории — клиометрия. Частью теории рационального выбора является теория игр, использующая математический анализ стратегий взаимодействия участников игры. На ее основе в настоящее время вырабатывается теоретико-игровой подход в праве<sup>15</sup>.

Особенностью экономического объяснения поведения людей выступает попытка охватить все многообразие человеческой деятельности. Общепринятым является подход Л. Роббинса, который определил, что центральной проблемой экономической науки является распределение редко встречающихся ресурсов (которых не хватает для удовлетворения потребностей) между альтернативными целями. Л. Роббинс рассматривал экономику вне всякого конкретного социального содержания. Экономическая теория — это наука, изучающая человеческое поведение с точки зрения соотношения между целями и ограниченными средствами, которые могут иметь иное употребление. Она, по его мнению, является одним из разделов некоей всеобщей науки о рациональной деятельности<sup>16</sup>.

С развитием экономической науки формировались различные подходы к пониманию человеческого поведения. Рабочие модели «экономического человека» имелись у меркантилистов, А. Смита, Д. Рикардо, Дж.С. Милля, К. Маркса, у маржиналистов, Дж.М. Кейнса и других ученых<sup>17</sup>. Были созданы также модели «человека

<sup>15</sup> См.: Дегтярев Д.А. Теоретико-игровой подход в праве. М.: ЛЕНАД, 2011.

<sup>16</sup> См.: Роббинс Лайонел. Предмет экономической науки // THESIS: теория и история экономических и социальных институтов и систем. Предмет исследования. Начала-пресс. 1993. Т. 1. Вып. 1. С. 10–23.

<sup>17</sup> Автономов В.С. Человек в зеркале экономической истории (Очерк истории западной экономической мысли). М.: Наука, 1993; Шаститко А.Е. Модели человека в экономической теории: учеб. пособие. М.: ИНФРА-М, 2011.

социологического» и «человека психологического». Представляется, что для прогнозного моделирования индивидуального правового поведения универсальной платформой может стать *модель экономического человека RREMM* (изобретательный, оценивающий, максимизирующий человек), основанная на методологическом индивидуализме, рационализме и максимизации полезности и учитывающая при этом результаты исследований в области институциональной и поведенческой экономики<sup>18</sup>. Что касается поведения коллективных субъектов, то оно также объясняется различными экономическими теориями: коллективного действия, фирмы<sup>19</sup>.

Моделирование поведения субъектов права в юридически значимых обстоятельствах предполагает не только понимание, каким образом субъекты права будут реагировать на те или иные правовые стимулы (нормативные предписания), но и знание соционормативной среды, в которой эти предписания создаются и реализуются. Каждое правовое предписание направлено на достижение определенного социального эффекта, который должен возникнуть после его реализации. Желаемые социальные последствия не возникают автоматически. Правовое предписание всегда будет выступать только одним из регулятивных факторов, определяющих поведение человека. Построение модели правового поведения должно основываться на системном подходе, подразумевающем взаимное действие и взаимную обусловленность норм права, а также их связь в воздействии на поведение людей с иными социальными регуляторами. Такой комплексный характер связей норм права выражает категория «институт», разработанная социологией и экономикой (такими ее направлениями, как институционализм и неинституционализм).

В любом институте можно проследить взаимодействие формальных и неформальных правил и обеспечительных механизмов. Последние включают сложившиеся традиции, деловые обыкновения, правила поведения, выражающие чувственно-эмоциональные аспекты поведения, не укладывающиеся в рамки рационалистического нормирования. Они восполняют пробелы официального регулирования, обеспечивают полноту и устойчивость института. Но они могут также противоречить формальным нормам, выступать альтернативными «маршрутами» формально установленных правил. Фактор неформальных правил и теневой экономики в целом существенно влияет на моделирование правового поведения и нуждается в учете. Неформальные правила могут создавать у субъектов стимулы, несовместимые со следованием формальным нормам, в результате чего последние не могут обеспечить ожидаемые результаты.

Обобщая результаты, полученные в процессе реализации трехлетнего проекта Фонда ИНДЕМ «Судебная реформа в России: институционально-социетальный анализ трансформации, ревизия результатов, определение перспектив», Г.А. Сага-

<sup>18</sup> См.: Салыгин Е.Н. Моделирование правового поведения: экономический аспект // Правовые исследования: новые подходы: сб. ст. факультета права НИУ ВШЭ. М.: Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»: Юридическая фирма «КОН-ТРАКТ», 2012. С. 9–28.

<sup>19</sup> См.: Williamson Oliver E., Sidney G. Winter. The Nature of the Firm. Oxford University Press, N.Y., 1993; Coleman J.S. Foundations of Social Theory. Cambridge, MA; L., England: The Belknap Press of Harvard University Press, 1990. Marschak J. Economics of Information Systems / M.D. Intriligator (ed.). Frontiers of Quantitative Economics, Amsterdam: North-Holland, 1971. P. 32–107; Шермерорн Дж., Хант Дж., Осборн Р. Организационное поведение. 8-е изд. / пер. с англ. СПб.: Питер, 2004; Эрроу К.Дж. Коллективный выбор и индивидуальные ценности: Пер. с англ. М.: Изд. Дом ГУ ВШЭ, 2004.

ров в статье «Формальные и неформальные аспекты в процессе трансформации судебной власти» констатирует, что в России неформальные нормы регулируют более широкую сферу отношений, чем формальные правила. При этом между ними наблюдается разрыв. Вместе с изменениями неформальных отношений, выражающихся в укреплении установок граждан обращаться в суд для защиты своих прав и интересов, некоторые старые неформальные нормы и практики искажают функционирование судебной власти, действуют вопреки формальным нормам<sup>20</sup>.

Высокое качество формальных норм обесценивается влиянием прочих факторов<sup>21</sup>. Одним из таких негативных факторов является воспроизводство традиционно советских поведенческих типов, выражающихся в подыгрывании власти, соглашательстве с органами и лицами, ее представляющими, что нередко выражается в обвинительном уклоне, практике «телефонного права», совместных консультациях судей, прокуроров, представителей МВД и других силовых ведомств для выработки общих позиций по определенной категории дел. Данные образцы поведения являются, в свою очередь, следствием длительного приспособления к жестко централизованной, патерналистской и репрессивной государственной власти, не оставляющей места для свободного морального выбора и личной ответственности.

Институты, в свою очередь, должны рассматриваться в более широкой перспективе как элементы общественного устройства, или, выражаясь словами Д. Норта, институционального каркаса, включающего политическую структуру (определяющую, как выявляются и агрегируются политические выборы), структуры прав собственности, а также социальную структуру — нормы и конвенции, которые определяют неформальные стимулы в экономике, и убеждения, сформировавшиеся в обществе в ходе истории<sup>22</sup>. Таким образом, в моделировании правового поведения социолого-экономический анализ имеет более широкое предназначение. Вместе с моделированием индивидуального и коллективного поведения он должен использоваться при построении моделей реализации нормативных предписаний в соответствующей институциональном поле, при исследовании социально-экономических, политических и социокультурных факторов среды, в которой институты возникают и развиваются. Ведущую роль здесь также может играть институциональный подход.

При решении проблемы воздействия на правовое регулирование и правоприменение внешних факторов институциональной среды требуется модель всего современного российского общества, всего типа его социально-экономической и политической системы. За основу могут быть взяты различные теории. В последнее время вышло несколько работ, которые, достаточно точно определяют типологические черты современного российского социума. В соответствии с концепцией, предложенной Д. Нортом, Б. Вайнгастом и Дж. Уоллисом<sup>23</sup>, в истории человечества насчитывается три вида социальных порядков: 1) примитивный, характерный для

<sup>20</sup> См.: Сатаров Г.А. Формальные и неформальные аспекты в процессе трансформации судебной власти // Право и правоприменение в России: междисциплинарные исследования / под ред. В.В. Волкова. М.: «Статус», 2011. С. 145, 148.

<sup>21</sup> См.: Сатаров Г.А. Формальные и неформальные аспекты в процессе трансформации судебной власти. С. 145, 148.

<sup>22</sup> См.: Норт Д. Понимание процесса экономических изменений. М.: Изд. Дом ГУ ВШЭ, 2010. С. 79.

<sup>23</sup> См.: Норт Д., Уоллис Д., Вайнгаст Б. Насилие и социальные порядки. Концептуальные рамки для интерпретации письменной истории человечества. М.: Изд. Ин-та Гайдара, 2011.

малых социальных групп обществ охотников и собирателей; 2) ограниченного доступа, или естественное государство, в котором личные отношения внутри властной элиты составляют основу социальной организации; 3) открытого доступа, где личные отношения все еще значимы, однако идентичность начинает определяться как набор безличных характеристик. В государстве открытого доступа контроль над политической системой открыт для любой группы и оспаривается посредством конституционно-правовых механизмов. Все индивиды обладают равным правом на формирование организаций. В экономике и политике вместо механизмов привилегий и ренты действует конкуренция, отношения обезличены, что оказывается эффективно в долгосрочном реагировании на изменения.

Россия, как и практически все развивающиеся страны, относится к естественному государству. В нем власть принадлежит господствующей коалиции, члены которой извлекают из своего политического лидерства экономические дивиденды. Рента извлекается через создание организаций, пользующихся поддержкой государства. Зависимость организаций элит, входящих в коалицию, от государственных привилегий обеспечивает внутрикоалиционный и общественный порядок.

В естественном государстве правящая элита имеет ограниченные возможности в поиске новых возможностей и решении новых проблем, так как нацелена на защиту привилегий и извлечение ренты. Воспрепятствование экономической и политической конкуренции сокращает инновации и, следовательно, возможности выбора перспективных идей. В естественном государстве многое, если не все, зависит от личных связей и отношений. Как утверждают авторы, «естественные государства не способны проводить в жизнь законодательство о распределении благ в соответствии с безличными критериями»<sup>24</sup>.

Аналогичные типологические особенности современного российского общества отмечались исследователями и ранее. Можно упомянуть работы Ю.А. Левады и Л.Д. Гудкова, описывающих Россию как периферийное по отношению к Западу, отсталое и полузакрытое общество, не желающее расстаться с собственным традиционализмом, остающееся при всех трансформациях внешних форм, «вертикально» интегрированным, инертным, завистливым по отношению к динамически развивающимся современным странам, воспроизводящем по инерции и в результате действия рудиментарных социально-политических структур — военных и карательных, которые выступают хранителями и инкубаторами традиционных поведенческих типов<sup>25</sup>. «Правоприменение, — пишет Л.Д. Гудков, — в остающемся по-прежнему иерархическом и неравноправном обществе зависит от статуса и социального положения заинтересованных групп или лиц. Реальные — правовые, государственно-политические, экономические — отношения складываются на основе неформальных практик взаимодействия держателей власти (судебной, административной, законодательной и т.п.) или распорядителей властных ресурсов с зависимым населением. Правовые нормы и законы в России будут еще долгое время (для нас, живущих сегодня, — исторически «всегда») интерпретироваться под действием интересов правящих или влиятельных группировок и кланов»<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Там же. С. 247.

<sup>25</sup> См.: Левада Ю.А. Ищем человека: Социологические очерки, 2000–2005. М.: Новое издательство, 2006. С. 276.

<sup>26</sup> Гудков Л.Д. Abortивная модернизация. М.: Рос. полит. энцикл. (РОССПЭН), 2011. С. 328.

Фактор лоббизма никогда не следует упускать из виду при моделировании действия правовых норм, в особенности, если это касается современной России. В естественном государстве лоббисты имеют больше шансов на успех. Истинные замыслы введения и надлежащего функционирования институтов в соответствии с интересами лоббистов могут быть скрыты за официально выраженными целями, задачами, принципами процедуры и другими аспектами деятельности правовых институтов. Реальное действие даже тех правовых институтов, которые носят универсальный характер и встречаются во множестве национальных правовых систем, во многом зависит от целей и потребностей тех субъектов и групп влияния, в чьих интересах эти институты действуют. Данный феномен получил название «нецелевое использование институтов» и освещен в литературе<sup>27</sup>.

Среди различных типов нецелевого применения институтов, выделенных Л.И. Полищуком, наиболее характерным для естественного государства является подчинение институтов. Оно состоит в том, что ключевые институты рыночной экономики (защиты собственности и контрактов, финансовых услуг, разрешения конфликтов, государственного регулирования и др.) подчиняются узкогрупповым интересам для использования в интересах собственной выгоды за общественный счет. Тем самым институты превращаются из универсального и общедоступного общественного блага в «клубное благо», используемое в интересах подчинившей институт группы.

Еще один вывод, который можно сделать, основываясь на анализе институциональной среды современного российского общества, заключается в том, что правовые нормы не будут работать в полной мере, если не будут вписаны не только в функциональные связи институтов и институционального каркаса в целом, но и в систему интересов влиятельных властных групп.

Научный подход к правовому моделированию предполагает детальный анализ его составляющих, что делает необходимым определение субъектов, объекта, предмета, принципов и стадий правового моделирования.

Правовое моделирование может выполняться различными субъектами: органами государственной власти и местного самоуправления, научными, консультационно-аналитическими, правозащитными и другими негосударственными организациями. Они, скорее всего, способны выступать в качестве заказчиков на проведение правового моделирования. Реальными исполнителями должны быть экспертные, научные, образовательные и другие структуры, в которых моделированием занимаются специалисты.

Объектом прогнозного правового моделирования является определенная часть действительности, в которой моделируется правовое поведение. Иными словами, это сфера общественных отношений, в которой предстоит реализовываться моделируемым правовым предписанием. Помимо адресатов правовых предписаний, чье поведение моделируется, — акторов — в объект правового моделирования включаются иные субъекты: контрагенты акторов, органы, контролирующие выполнение моделируемых правовых предписаний (гаранты), иные участники. В таком понимании объект правового моделирования частично совпадает с предметом правового регулирования, под которым в юриспруденции традиционно понимается круг однородных общественных отношений, регулируемых правом.

---

<sup>27</sup> См.: Полищук Л.И. Нецелевое использование институтов: причины и следствия // Вопросы экономики. 2008. № 8. С. 28—44.

Предмет правового моделирования, как и предмет исследования, — это часть объекта, на который направлен познавательный интерес. В правовом моделировании центральной проблемой является поведение, на которое оказывается правовое воздействие. Поскольку право воздействует на поведение при помощи установления запретов, ограничивающих свободу, дозволений и обязываний, содержащих модели возможного и должного поведения, то предметом правового моделирования выступают определенные правом (дозволенные, запрещенные, предписанные) поведенческие акты адресатов правовых предписаний, т.е. акторов.

Поведение акторов — это их взаимодействия друг с другом и с иными субъектами, протекающие в определенных направлениях. Эти направления, которые можно также назвать алгоритмами поведения, внешне (формально) заданы правом, а внутренне (содержательно) обусловлены экономическими, социальными и другими факторами. В правовом моделировании главная задача — выявить алгоритмы взаимодействия акторов, контрагентов, гарантов и других участников и установить степень вероятности протекания этих взаимодействий по тем или иным направлениям.

Следует ввести и определить еще один термин — «источники правового моделирования». Под ними понимаются правовые предписания (нормативные и индивидуальные), реализация которых моделируется. По источникам правового моделирования можно различать моделирование действия правовой нормы, правового института, субинститута права, иной группы правовых норм, например содержащихся в нормативном правовом акте, или индивидуального правового предписания.

Моделирование правового поведения должно опираться на определенные принципы. В качестве универсальных можно выделить следующие: научность, профессионализм, полнота, открытость, ресурсная обеспеченность.

Технология прогнозного правового моделирования, как и любая технология, включает в себя последовательное прохождение определенных стадий, на каждой из которых решаются соответствующие задачи. В.А. Леванский структурирует процесс моделирования следующим образом: постановка проблем моделирования, создание модели, исследование и коррекция модели<sup>28</sup>. Моделирование правового поведения, являясь по своей сути управленческой деятельностью, подразумевает следование общей логике принятия решений. Предложенные В.А. Леванским этапы правового моделирования во многом соответствуют этой логике и могут использоваться в качестве отправных для разработки технологии моделирования правового поведения. С необходимыми дополнениями технология моделирования правового поведения может выглядеть следующим образом.

1. Подготовительный этап. В ходе подготовки к моделированию решаются следующие задачи:

- определение круга субъектов, которые будут заниматься моделированием, определение целей и задач их деятельности, прав и обязанностей. Происходит юридическое оформление отношений заказчика и исполнителя моделирования. Субъекты моделирования прежде всего должны обладать необходимой профессиональной квалификацией. Лучший вариант — наличие в экспертной группе юристов, экономистов, социологов. Желательно наличие у экспертов опыта работы в той сфере, которая подлежит правовому регулированию;

<sup>28</sup> См.: Леванский В.А. Указ. соч. С. 48.

- решаются вопросы ресурсного обеспечения;
- разрабатывается план (программа) моделирования.

2. Постановка проблем моделирования. На этом этапе важно адекватно истолковать и описать проблемную ситуацию и решить следующие задачи:

- выбрать методологические подходы, применимые теории;
- определить объект моделирования;
- проанализировать институциональные связи объекта правового моделирования, степень соответствия вводимых правил институциональной среде, взаимовлияние вводимых правил и институциональной среды, их связь с интересами правящей коалиции и иных властных группировок.

3. Определение целей, задач и предмета правового моделирования. На данном этапе решаются следующие задачи:

- ставятся цели и задачи правового моделирования;
- определяются акторы (адресаты моделируемых правовых норм), их цели и интересы;
- определяются и оцениваются алгоритмы взаимодействия акторов и иных участников общественных отношений, на которые направлено правовое регулирование;
- определяются и оцениваются средства и методы воздействия на поведение акторов в целях изменения отклоняющегося поведения (механизмы принуждения акторов к следованию алгоритмам);
- устанавливается круг гарантов, обладающих правом применять средства воздействия на поведение акторов, их полномочия и интересы, оцениваются ресурсные (финансовые, организационно-властные, идеологические и т.п.) возможности реализации моделируемых правовых норм;
- выявляются правовые акты, которые будут приняты в будущем в развитие анализируемого акта, устанавливаются направления изменений объекта и предмета правового моделирования.

4. Создание концептуальной (содержательной) модели. Концептуальная модель включает все существенные свойства объекта и предмета правового моделирования, которые необходимы и достаточны для решения поставленных задач, в том числе для выдвижения и проверки прогностических гипотез.

На данной стадии происходит следующее:

- выдвигаются исходные гипотезы, устанавливаются переменные, существенным образом влияющие на развитие моделируемых событий. Рабочая гипотеза включает возможные варианты будущего состояния, динамики развития объекта моделирования. Она основывается на оценке и анализе факторов, влияющих на объект моделирования. Эти факторы могут быть как экономическими, так и политическими, социальными, правовыми; носить устойчивый, постоянный характер или быть временными. Моделирование незначительных изменений устоявшихся, урегулированных правом отношений и институтов будет обладать большей степенью достоверности, чем моделирование новых поведенческих образцов;
- разрабатываются основные и альтернативные прогнозы (сценарии) развития предмета правового моделирования;
- рассчитываются выгоды и издержки участников моделируемых событий, главным образом, акторов, а также их контрагентов, гарантов правил. Каждому значению издержек и выгод могут быть приписаны баллы. Окончательный учет

издержек и выгод осуществляется на основе полученных количественных значений. В подавляющем большинстве случаев представить все издержки и выгоды в денежном выражении или хотя бы в единообразных измерителях очень сложно. Поэтому следует использовать комплексный (мультикритериальный) подход, так как в правовом моделировании ожидаемые эффекты от реализации норм права, как правило, имеют разноплановый характер. Следует понимать, что комплексный анализ — это очень трудоемкое и дорогостоящее мероприятие, поскольку для точных расчетов требуются дополнительные, иногда неоправданно высокие затраты;

- исследуются транзакционные издержки, выбираются варианты поведения, ведущие в наилучшей степени к максимизации полезности акторов, контрагентов, гарантов правил, оцениваются возможности оппортунистического поведения.

5. Создание рабочей математической модели правового поведения. На данном этапе происходит доработка концептуальной модели на основе привлечения значительного объема информации. Концептуальная модель структурируется и уточняется. Понятия, используемые при ее описании, операционализируются. При помощи алгоритмов и программных средств обработки социологической и статистической информации создается рабочая математическая модель.

Сбор информации является решающим фактором в правовом моделировании. В качестве источников информации могут использоваться статистические данные и социологические исследования (анкетирование, опросы, фокус-группа, контент-анализ и т.п.), эксперименты и др. В прогнозном моделировании масштабные социологические исследования способны заменить экспертный опрос. Прогноз экспертов может оказаться более точным, чем суждения акторов и других участников моделируемых правовых отношений, так как прогноз учитывает множество обстоятельств, о которых последние могут и не догадываться. Эксперты, как правило, в большей мере независимы, т.е. непосредственно не связаны интересами с моделируемыми сферами отношений. В научных исследованиях также можно встретить мнение о необходимости доминирования в нормотворческой деятельности экспертных оценок<sup>29</sup>. В любом случае достижение качественных результатов экспертного опроса должно гарантироваться независимостью и незаинтересованностью экспертов в результатах правового моделирования.

Создание математической модели правового поведения сопряжено со значительными трудностями. В первую очередь, это получение точной информации о моделируемых отношениях, однозначное ее восприятие и сужение до оптимального объема, достаточного для моделирования. В правовом моделировании данные трудности полностью неустраняемы. Невозможно построить модели, которые бы давали точный прогноз развития социальных отношений. Всегда следует принимать в расчет массу допущений.

Следует также прислушаться к мнению тех, кто в принципе сомневается в возможностях социального моделирования. По мнению Ю. Эльстера, то, «чем занимаются поклонники рационального выбора, часто настолько далеко от действительности, что их заявления о том, что они имеют дело с реальным миром, невозможно принимать всерьез»<sup>30</sup>. Объяснительные возможности низки в силу «колоссального

<sup>29</sup> См.: Sunstein C.R. The Laws of Fear // Harvard Law Rev. 2000. 115:1119–68.

<sup>30</sup> Эльстер Ю. Объяснение социального поведения: еще раз об основах социальных наук. М.: Изд. Дом ГУ ВШЭ, 2011. С. 465.

значения контекста». Идентификация наклонностей и механизмов поведения возможны только путем отбрасывания многих обстоятельств ситуации или создания обстановки, в которой они отсутствуют, например экспериментальная экономика или теория игр. Ученый склонен использовать простые казуальные объяснения, отдавая предпочтение изучению конкретных случаев (case studies) в противоположность крупномасштабным исследованиям. Поэтому можно констатировать, что достижение точности возможно путем дробления объекта и предмета моделирования на части в целях построения множества моделей.

В некоторых случаях трудности могут возникнуть не из-за отсутствия эмпирических данных для создания математических моделей, а, наоборот, вследствие избытка математики и множественности математических решений. Данный феномен был описан в статье К. Пинкока, который пришел к выводу, что следует придерживаться научного реализма при обращении с математическими объектами и изолировать те из них, соответствие которых действительности очень сомнительно<sup>31</sup>. Несмотря на то что математические понятия несут аподиктический характер и в математике практика не выступает критерием истины, применительно к прогнозному правовому моделированию соответствие практике является решающим.

6. Исследование модели осуществляется в имитационном режиме, что позволяет оценить состояние и динамику объекта моделирования, связь с институциональной средой, перспективность тех или иных преобразований. Если модель не дает истинных, достаточных данных и не позволяет достигнуть намеченных целей, то она должна быть скорректирована или заменена на другую. Для проверки истинности (верификации) используются экспертные опросы, социальные эксперименты. Необходимость уточнения результатов моделирования должна быть определена договорными отношениями заказчика и исполнителя, программой правового моделирования. О достоверности результатов правового моделирования следует заботиться с самого начала. Следует обеспечивать максимальную прозрачность и доступность информации о процессе моделирования, его целях, задачах, методологии. Закрытость информации для независимых экспертов и заинтересованных лиц повышает риски искажений и некорректной интерпретации.

7. Документальное оформление результатов правового моделирования и передача их заказчику завершают процесс моделирования.

\* \* \*

Подводя итоги проведенного исследования, важно отметить, что в данной статье содержатся лишь самые общие, «штрихпунктирные» направления прогнозного правового моделирования, которые за счет уточнения предмета прогнозного моделирования в праве и включения в его объект социального контекста реализации правовых предписаний расширяют прежние горизонты правового моделирования. Автор надеется, что понимание экономической основы поведения человека, формальных и неформальных связей внутри институтов, внешней институциональной среды позволят рассчитывать на получение значимых для теории и практики права выводов, относящихся не только к имитированию правового поведения, но и к созданию новых и коррекции существующих правовых норм и институтов.

---

<sup>31</sup> Pincock C. [forthcoming]. Modeling reality. Synthese. 2011.180:19-32 DOI 10.1007/s11229-009-9564-2.

- Аванесов Г.А. Теория и методология криминологического прогнозирования. М.: Юрид. лит., 1972.
- Автономов В.С. Человек в зеркале экономической истории (Очерк истории западной экономической мысли). М.: Наука, 1993.
- Алексеев С.С. Общая теория права: учеб. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2009.
- Арзамасов Ю.Г., Наконечный Я.Е. Мониторинг в правотворчестве: теория и методология. М., 2009.
- Аршинский Л.В., Жигалов Н.Ю., Мункожаргалов Ц.Б. Проблемы применения информационного и логико-математического моделирования в судебной экспертизе и криминалистике // Российский следователь. 2013. № 3.
- Безруков А.С. Моделирование в праве // Вестник Владимирского юридического института. 2008. № 1.
- Безруков А.С. Правовая модель как инструмент юридической науки и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2008.
- Берзинь О.А. Криминалистические подходы к моделированию преступной деятельности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2011. № 4.
- Варчук Т.В. Виктимологическое моделирование в теории детерминации преступности // Вестник Московского университета МВД России. 2012. № 10.
- Вицин С.Е. Моделирование в криминологии: учеб. пособие. М.: НИИРИО ВШ МВД СССР, 1973.
- Гаврилов О.А. Математические методы в юридической науке // Методологические проблемы советской юридической науки. М.: Наука, 1980.
- Гаврилов О.А. Математические методы и модели в социально-правовом исследовании. М.: Наука, 1980.
- Горошко И. В., Сичкарук А. В., Флока А. Б. Модели и методы анализа данных в правоохранительной деятельности. М., 2007.
- Грановский Г.Л. Новые приемы и средства моделирования в трасологии // Криминалистика и судебная экспертиза. 1969. № 6.
- Гудков Л.Д. Абортивная модернизация. М.: Рос. полит. энцикл. (РОССПЭН), 2011.
- Густов Г.А. Моделирование в работе следователя. Л., 1980.
- Дегтярев Д.А. Теоретико-игровой подход в праве. М.: ЛЕНАД, 2011.
- Казимирчук В.П. Социологические исследования в праве: проблемы и перспективы // Советское государство и право. 1967. № 10.
- Кононенко В.И., Минаев В.А. Динамические модели преступности // Методы исследования сложных систем. М.: ВНИИСИ, 1981.
- Кошманов М.П., Ляпичев В.Е. Методы математического моделирования в почерковедческой экспертизе. М. 1990.
- Кудрявцев В.Н. Генезис преступления. Опыт криминологического моделирования: учеб. пособие. М.: Издательская группа «ФОРУМ-ИНФРА-М», 1998.
- Кудрявцев В.Н. Причинность в криминологии (структура индивидуального преступного поведения). М.: Госюриздат, 1968.

- Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права: учеб. для вузов. 2-е изд., испр. и доп. М.: Спарк, 2000.
- Левада Ю.А. Ищем человека: Социологические очерки, 2000–2005. М.: Новое издательство, 2006.
- Леванский В.А. Моделирование в социально-правовых исследованиях. М.: Наука, 1986.
- Лубин А.Ф., Губанищев В.В. Общая модель механизма преступной деятельности в сфере экономики: условия формирования // Экономическая безопасность России. 2009. № 1.
- Лузгин И.М. Моделирование при расследовании преступлений. М., 1981.
- Новик И.Б. О моделировании сложных систем (философский очерк). М.: Мысль, 1965.
- Норт Д. Понимание процесса экономических изменений. М.: Изд. Дом ГУ ВШЭ, 2010.
- Норт Д., Уоллис Д., Вайнгаст Б. Насилие и социальные порядки. Концептуальные рамки для интерпретации письменной истории человечества. М.: Изд. Института Гайдара, 2011.
- Полищук Л.И. Нецелевое использование институтов: причины и следствия // Вопросы экономики. 2008. № 8.
- Применение математических методов и вычислительной техники в праве, криминалистике и судебной экспертизе: матер. симпозиума / под общ. ред. Кудрявцева В.Н., Шляхова А.Р. М., 1970.
- Роббинс Лайонел. Предмет экономической науки // THESIS: теория и история экономических и социальных институтов и систем. Предмет исследования. Начала-пресс. 1993. Т.1. Вып. 1.
- Рудашевский В.Д. Право и моделирование // Методологические проблемы советской юридической науки. М.: Наука, 1980.
- Салыгин Е.Н. Моделирование правового поведения: экономический аспект // Правовые исследования: новые подходы: сб. ст. факультета права НИУ ВШЭ. М.: Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»: Юрид. фирма «КОНТРАКТ», 2012.
- Сатаров Г.А. Формальные и неформальные аспекты в процессе трансформации судебной власти // Право и правоприменение в России: междисциплинарные исследования / под ред. В.В. Волкова. М.: «Статут», 2011.
- Скурко Е.В. Метод социально-правового моделирования в решении задач правотворчества // Государство и право. 2003. № 1.
- Флока А.Б. Модели и методы анализа данных в правоохранительной деятельности. М., 2007.
- Фролов И.Т. Гносеологические проблемы моделирования биологических систем // Вопросы философии. 1961 г. № 2.
- Черданцев А.Ф. Теория государства и права: учеб. для вузов. М.: Юрайт, 1999.
- Шаститко А.Е. Модели человека в экономической теории: учеб. пособие. М.: ИНФРА-М, 2011.

- Шермерорн Дж., Хант Дж., Осборн Р. Организационное поведение. 8-е изд.: пер. с англ. СПб.: Питер, 2004.
- Щербаков В.А. О криминологическом моделировании эффективного предупреждения преступности в современных условиях // Вестник Московского университета МВД России. 2012. № 10.
- Эльстер Ю. Объяснение социального поведения: еще раз об основах социальных наук. М.: Изд. Дом ГУ ВШЭ, 2011.
- Эрроу К.Дж. Коллективный выбор и индивидуальные ценности: пер. с англ. М.: Изд. Дом ГУ ВШЭ, 2004.
- Coleman J.S. Foundations of Social Theory. Cambridge, MA; L., England: The Belknap Press of Harvard University Press, 1990.
- Kuran T., Sunstein C.R. Availability Cascades and Risk Regulation // Stanford Law Rev. 1999. 51:683–768.
- Marschak J. Economics of Information Systems / M.D. Intriligator (ed.). Frontiers of Quantitative Economics, Amsterdam: North-Holland, 1971.
- Morgan M.S., Morrison M. (eds.) Models as Mediators: Perspectives on the Natural and Social Sciences. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- Pincock C. [forthcoming] Modeling Reality. Synthese. 2011.180:19-32 DOI 10.1007/s11229-009-9564-2.
- Slovic P. The Perception of Risk, Earthscan Publications Ltd., London UK and Sterling, VA, USA, 2000.
- Suárez M., Cartwright N. Theories: Tools Versus Models // Studies in the History and Philosophy of Modern Physics. 2008. № 39.
- Sunstein C.R. The Laws of Fear // Harvard Law Rev. 2000. 115:1119–68.
- Williamson Oliver E., Sidney G. Winter. The Nature of the Firm. N.Y.: Oxford University Press, 1993.
- .....

## **Modelling in Law: Challenges and Prospects**

**E.N. Salygin**

Associate Professor, Dean of HSE Law Faculty, Department of Legal Theory and Comparative Law, National Research University Higher School of Economics, 17 Malaya Ordynka str., Moscow, 119017, Russian Federation. E-mail: esalygin@hse.ru

### **Abstract**

The article features the use of the method of prediction modelling. It describes the main trends of modelling in law, develops the concept of legal modelling, defines the subject, object and tools of legal prediction modelling. The article suggests using in legal prediction modelling the knowledge developed by the rational choice theory and neoinstitutional theory.

## Keywords

Legal modelling, legal prediction modelling, legal model, technology of legal prediction modelling.

## References

- Coleman J.S. *Foundations of Social Theory*. Cambridge, MA; London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 1990.
- Kuran T., Sunstein C.R. *Availability cascades and risk regulation* // *Stanford Law Rev.* 1999. 51:683–768.
- Marschak J. *Economics of Information Systems* / M.D. Intriligator, ed., *Frontiers of Quantitative Economics*, Amsterdam: North-Holland, 1971.
- Morgan M.S., Morrison M. (Eds.) *Models as mediators: Perspectives on the natural and social sciences*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- Pincock C.[forthcoming] *Modeling reality. Synthese*. 2011.180:19-32 DOI 10.1007/s11229-009-9564-2.
- Slovic P. *The Perception of Risk*. Earthscan Publications Ltd., London UK and Sterling, VA, USA, 2000.
- Suárez M., Cartwright N. *Theories: Tools versus models* // *Studies in the History and Philosophy of Modern Physics*. 2008. № 39.
- Sunstein C.R. *The Laws of fear* // *Harvard Law Rev.* 2000. 115:1119–68.
- Williamson Oliver E., Sidney G. *Winter. The Nature of the Firm*. Oxford University Press, New York, 1993.
- Avanesov G.A. *Teoriya i metodologiya kriminologicheskogo prognozirovaniya* [Theory and methodology of criminal study prediction]. Moscow, Yuridicheskaya literatura, 1972, 334 p.
- Avtonomov V.S. *Chelovek v zerkale ekonomicheskoy istorii (Ocherk istorii zapadnoy ekonomicheskoy mysli)* [Person in the mirror of economic history (An essay on the history of western economic thought)]. Moscow, Nauka, 1993, 176 p.
- Alexeev S.S. *Obschshaya teoriya prava: uchebnik, 2 izdanie*. [General theory of law. A Text book, 2<sup>nd</sup> edition]. Moscow, Prospect, 2009, 576 p.
- Arzamasov Yu.G., Nakonechniy Ya.E. *Monitoring v pravotvorchestve: teoriya i metodologiya* [Monitoring in lawmaking: theory and methodology]. Moscow, 2009, 576 p.
- Arshinskiy L.V., Zhigalov N.Yu., Munkozhargalov Ts.B. *Problemy primeniya informatsionnogo i logiko-matematicheskogo modelirovaniya v sudebnoy ekspertize i kriminalistike* [Problems of using information and logic mathematical modeling in judicial expertise and criminal studies]. *Rossiskii Sledovatel'* -Russian investigator, 2013.
- Bezrukov A.S. *Modelirovaniye v prave* [Modelling in law]. *Vestnik Vladimirskogo yuridicheskogo institute* — *Bulletin of Vladimir Juridical Institute*. 2008, 1.
- Bezrukov A.S. *Pravovaya model' kak instrument yuridicheskoy nauki i praktiki. Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk* [Legal model as an instrument of legal science and practice. Summary of candidate of sciences dissertation]. Vladimir, 2008, 27 p.

- Berzin' O.A. Kriminalisticheskiye podkhody k modelirovaniyu prestupnoy deyatel'nosti [Criminal study approaches to modeling if criminal activity]. *Pravo. Zhurnal Vyscshey shkoly ekonomiki — Law. Journal of Higher School of Economics*, 2011, no. 4.
- Varchuk T.V. Viktimologicheskoe modelirovanie v teorii determinatsii prestupnosti [Victimoogical modelling in the theory of determining criminality]. *Vestnik Moskovskogo universiteta MVD Rossii — Bulletin of Moscow University of Russian Internal Ministry*, 2012, no.10.
- Vitsyn S.E. *Modelirovanie v kriminologii. Uchebnoe posobie* [Modelling in criminal studies. A manual]. Moscow, NiiRIO VSh MVD SSSR, 1973, 104 p.
- Gavrilov O.A. Matematicheskie metody v juridicheskoy nauke / Metodologicheskie problemy sovetskoy juridicheskoy nauki [Mathematical methods in legal science / Methodological issues of Soviet legal science]. Moscow, Nauka, 1980, 270 p.
- Gavrilov O.A. Matematicheskie metody i modely v sotsial'no-pravovom issledovanii [Mathematical methods and models in social and legal research]. Moscow, Nauka, 1980, 183 p.
- Goroshko I.V., Sichkaruk A.V., Floka A.B. Modeli i metody analiza dannykh v pravookhranitel'noy deyatel'nosti [Models and methods of data analysis in law enforcement activity]. Moscow, 2007, 224 p.
- Granovskiy G.L. Novye priemy i sredstva modelirovaniya v trasologii [New tools and devices of modeling in trasologiya]. *Kriminalistika i sudebnaya ekspertiza — Criminal studies and judicial examination*, 1969, no. 6.
- Gudkov L.D. *Abortivnaya modernizatsiya* [Abortive modernization]. Moscow, Rossiyskaya politicheskaya entsiklopediya (ROSSPEN), 2011, 630 p.
- Gustov G.A. *Modelirovanie v rabote sledovatelya* [Modelling in the work of investigator]. Leningrad, 1980, 188 p.
- Degtyarev D.A. *Teoretiko-igrovoi podkhod v prave* [Theory and game approach in law]. Moscow, LENAD, 2011, 240 p.
- Kazimirchuk V.P. Sotsiologicheskie issledovaniya v prave: problemy i perspektivy [Sociological research in law: problems and outlook]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo — Soviet state and law*, 1967, no. 10.
- Kononenko V.I., Minaev V.A. Dinamicheskie modeli prestupnosti/ Metody issledovaniya slozhnykh system [Dynamic models of criminality/ Methods of researching complicated systems]. Moscow, VNIISI, 1981.
- Koshmanov M.P., Lyapichev V.E. *Metody matematicheskogo modelirovaniya v pocherkovedcheskoy ekspertize* [Methods of mathematical modeling in graphologic examination]. Moscow, 1990, 63 p.
- Kudryavtsev V.N. Genesis prestupleniya. Opyt kriminologicheskogo modelirovaniya: Uchebnoe posobie [Genesis of crime. Case study of criminal modeling: A manual]. Moscow, Izdatel'skaya gruppa "Forum-INFRA-M", 1998, 215 p.
- Kudryavtsev V.N. *Prichinnost' v kriminologii (struktura individual'nogo prestupnogo povedeniya)* [Causality in criminal studies (structure of individual criminal behaviour)]. Moscow, Gosyurizdat, 1968, 177 p.
- Lazarev V.V., Lipen' S.V. *Teoriya gosudarstva i prava: Uchebnyk dlya vuzov. 2 izd. Ispr I dop.* [Theory of state and law: A text book for universities 2<sup>nd</sup> edition revised]. Moscow, Spark, 2000, 511 p.

- Levada Yu.A. *Ischem tcheloveka: Sotsiologicheskie ocherki, 2000-2005* [In search of a person. Sociological essays, 2000-2005]. Moscow, Novoe izdatel'stvo, 2006, 384 p.
- Levanskii V.A. *Modelirovanie v sotsial'no-pravovykh issledovaniyakh* [Modelling in social and legal research]. Moscow, Nauka, 1986, 156 p.
- Lubin A.F., Gubanischev V.V. *Obschaya model' mekhanizma prestupnoi deyatelnosti v sfere ekonomiki: usloviya formirovaniya* [General model of the mechanism of criminal activity in economy]. *Ekonomicheskaya bezopasnost' Rossii — Economic security of Russia*, 2009, no. 1.
- Luzgin I.M. *Modelirovanie pri rassledovanii prestuplenii* [Modelling in investigating crimes]. Moscow, 1981, 152 p.
- Novik I.B. *O modelirovanii slozhnykh sistem (filosofskii ocherk)* [On modeling complex systems (a philosophical essay)]. Moscow, Mysl', 1965, 298 p.
- North D. *Ponimanie processa ekonomicheskikh izmenenii* [Understanding the Process of Economic Change]. Moscow, HSE, 2010, 256 p.
- North D., Wallis J., Weingast B. *Nasiliye i sotsial'niye poryadki. Kontseptual'niye poryadki dlya interpretatsii pis'mennoy istorii chelovechestva* [Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History]. Moscow, Izd. Instituta Gaidara, 2011, 480 p.
- Polishchuk L.I. *Netselevoe ispol'zovanie institutov: prichiny i sledstviya* [Improper use of institutes: causes and effects]. *Voprosy ekonomiki — Questions of economics*. 2008, no. 8.
- Primenenie matematicheskikh metodov i vychislitel'noi tekhniki v prave, kriminalistike i sudebnoi ekspertize. *Materialy simposiuma* [Use of mathematical methods and calculating machines in law, criminal studies and judicial examination. Symposium proceedings]. Eds. Kudryavtsev V.N., Shlyakhov A.R., 1970, 187 p.
- Robbins L. *Predmet ekonomicheskoy nauki / Thesis: teoriya i istoriya ekonomicheskikh i sotsial'nykh institutov i sistem. Predmet issledovaniya* [Subject-matter of economic science / Thesis: theory and history of economic and social institutions and systems. Subject-matter of research]. Nachala-press, 1993, Vol. 1, Issue 1.
- Rudashevskiy E.N. *Pravo i modelirovanie/ Metodologicheskie problemny sovetskoy juridicheskoy nauki* [Law and modeling/Methodological problems of Soviet legal science]. Moscow, Nauka, 1980.
- Salygin E.N. *Modelirovanie pravovogo povedeniya: ekonomicheskii aspect/ Pravoye issledovaniya: novye podkhody. Sbornik statey fakul'teta prava NIU VShE* [Modelling legal behavior: economic aspect/Legal research: new approaches. Proceedings of HSE Law Faculty. Moscow, Higher School of Economics: Yuridicheskaya firma Kontrakt, 2012.
45. Satarov G.A. *Formal'nye i neformal'nye aspekty v protsesse transformatsii sudebnoy vlasti / Pravo i pravoprimerenie v Rossii: mezhdistsiplinarnye issledovaniya* [Formal and informal aspects in the process of transforming judicial power / Law and use of law in Russia: interdisciplinary research] Ed. Volkov V.V. Moscow, Statut, 2011, 317 p.
- Skurko E.V. *Metod sotsial'no-pravovogo modelirovaniya v reshenii zadach pravotvorchestva* [Method of social and legal regulation to solve lawmaking problems].

*Gosudarstvo i pravo* — State and law. 2003, no.1.

Floka A.B. Modeli i metody analiza dannykh v pravvokhranitel'noy deyatelnosti [Models and methods of analyzing data in law enforcement activity]. Moscow, 2007, 224 p.

Frolov I.T. Gnoseologicheskie problemy modelirovaniya biologicheskikh system [Gnoseological problems of modelling biological systems]. *Voprosy filosofii* — *Questions of philosophy*, 1961, no. 2.

Cherdantsev A.F. Teoriya gosudarstva i prava: Uchebnik dlya vuzov [Theory of state and law: A text book for universities]. Moscow, Yurite, 1999, 432 p.

Shastitko A.E. Modeli cheloveka v ekonomicheskoi teorii: Uchebnoe posobie [Models of a person in economic theory: A manual]. Moscow, INFRA-M, 2011, 142 p.

Schermerhorn J., Hunt J., Osborn R. Organizatsionnoe povedenie [Organizational Behavior]. Saint Petersburg, Piter, 2004, 637 p.

Shcherbakov V.A. O kriminologicheskom modelirovanii effektivnogo preduprezhdeniya prestupnosti v sovremennykh usloviyakh [On criminal study modeling of efficient protection from crimes in modern circumstances]. *Vestnik Moskovskogo universiteta MVD Rossii* — *Bulletin of Moscow University of Russian Internal Ministry*, 2012, no. 10.

El'ster Yu. *Obyasnenie sotsial'nogo povedeniya: eshchyo raz ob osnovakh sotsial'nykh nauk* [Explaining social behavior: new in the fundamentals of social sciences]. Moscow, HSE, 2011, 472 p.

Arrow K. Kollektivnyi vybor i individual'niye tsennosti [Social Choice and Individual Values]. Moscow, HSE, 2004, 202 p.

**И.Ю. Богдановская**

профессор кафедры теории права  
и сравнительного правоведения  
факультета права Национального  
исследовательского университета  
«Высшая школа экономики»,  
доктор юридических наук\*

## Делегированные акты как вторичный источник права

*В статье рассматриваются особенности делегированного законодательства в странах общего права. В современном праве роль делегированного законодательства продолжает возрастать. В сравнительном правоведении источникам права уделяется особое внимание. Они принимаются во внимание при классификации национальных правовых систем. Делегированное законодательство как источник права в странах общего права имеет целый ряд особенностей, характеризующих данную правовую семью. Несмотря на то что этот источник известен всем странам общего права, он имеет и целый ряд отличий. Более того, и в самой правовой семье национальные модели делегированного законодательства также различаются. В данной статье раскрывается особенность делегированного законодательства, его место в современном праве.*

**Ключевые слова:** общее право, делегированное законодательство, парламентский контроль, нормотворчество, статутное право.

### Делегированное законодательство в общем праве

Формальные источники права подразделяются на основные (первичные) и производные (вторичные)<sup>1</sup>. «Законодательство, — отмечает английский юрист Д. Салмонд, — является либо высшим, либо подчиненным... Подчиненное законодательство — это законодательство, которое исходит от другого, чем парламент, органа... Оно проистекает из делегирования парламентом своих полномочий другим органам, которые при осуществлении делегированных полномочий остаются субъектами контроля суверенного законодателя»<sup>2</sup>. К основным источникам относят статут и прецедент, так как они в своем происхождении не зависят друг от друга. Делегированное законодательство, по своему происхождению зависящее от статута, представляет собой «подчиненный», или вторичный, источник права. Как отмечают английские юристы Н. Барбер и А. Янг, делегированное (delegated), подчиненное (subordinate) и вторичное (secondary) законодательство рассматриваются как синонимы<sup>3</sup>.

\* Адрес: Москва, 119017, ул. Малая Ордынка, 17. E-mail: ibogdanovskaya@hse.ru

<sup>1</sup> Cross R., Harris J.W. Precedent in English Law. Oxford, 1991. P. 156–165.

<sup>2</sup> Цит. по: Hewitt D.J. The Control of Delegated Legislation: Being a Study of the Doctrine of Ultra Vires in Relation to the Legislative Powers of the Executive Government with Special Reference to Great Britain, Australia, New Zealand and Canada. Wellington, 1953. P. 1.

<sup>3</sup> Barber N.W., Young A.L. The Rise of Prospective Henry VIII Clause and Their Implications for Sovereignty // Public Law. 2003. Spring. P. 112.

Роль делегированного законодательства в современном праве значительна и продолжает возрастать. Прежде всего это обусловлено ростом его удельного веса, что в свою очередь связано с возросшей потребностью в нормативном регулировании в условиях усложнения общественных отношений<sup>4</sup>.

Делегированное законодательство зародилось в английском праве. В английской правовой доктрине вопрос о делегировании не встречал каких-либо возражений. Его обоснование основывалось на принципе парламентского верховенства (суверентета), одного из ключевых принципов английского конституционного права. Из данного принципа следует, что суверен (король-в-парламенте) обладает неограниченными законодательными полномочиями, в том числе по своему усмотрению делегировать их иным государственным органам.

В Канаде, Австралии и Новой Зеландии вслед за признанием принципа парламентского верховенства было воспринято и делегирование парламентом законодательных полномочий. Суды признали, что делегирование не должно подвергаться критике на том основании, что исполнительным органам передаются законодательные полномочия. Но и США, отказавшись от принципа парламентского верховенства в условиях президентской республики, восприняли идею делегированного законодательства.

Концепция делегированного законодательства определялась не только принципом парламентского верховенства, но и характером принципа разделения властей. Делегирование не противоречило в целом более мягкому принципу разделения властей в английском варианте. Но уже в Канаде и Австралии вопрос о делегировании рассматривался судами более ограничительно в контексте конституционных положений<sup>5</sup>. В отличие от этих стран в США как президентской республике, основанной на жестком принципе разделения властей, делегирование имело еще больше ограничений.

Таким образом, делегированное законодательство получает доктринальную поддержку в странах с парламентской формой правления, в которых признан принцип парламентского верховенства. Президентская форма правления и жесткий принцип разделения властей, напротив, требуют дополнительного обоснования возможности делегирования законодательным органом своих полномочий.

## **Делегированное законодательство в правовой доктрине стран общего права**

Классический аналитический позитивизм прежде всего в лице Дж. Остина исходил из первичности государства и вторичности права и рассматривал источники права в непосредственной связи с государственными органами. Вопрос о нормотворческих полномочиях занимает по существу ключевое место в теории Дж. Остина. Допуская делегирование, Остин обосновывал нормотворчество как законодательного органа, так и судебных<sup>6</sup>, а также исполнительных органов.

<sup>4</sup> Page E. *Governing By Numbers*. Oxford, 2001. P. 108.

<sup>5</sup> *Victorian Stevedoring and Gen. Contracting Co. v. Dignan* (1931) 46 C.L.R. 73.

<sup>6</sup> В странах общего права делегированные акты могут издаваться также и судебными органами. Например, английский Акт о Верховном суде 1981 г. (ст. 84) уполномочил суды принимать процедурные правила. Подобные акты вправе издавать и Верховный суд США. В целом делегированное нормотворчество судебных органов широко не практикуется.

А. Дайси, оказавший огромное влияние на правовую мысль стран общего права в прошлом столетии, также выступал за наделение исполнительной власти законодательными полномочиями. «Как сущность, так и форма статута, — писал он, — значительно улучшились, если бы исполнительная власть в Англии могла, так же как и во Франции, посредством декретов, ордонансов и прокламаций, имеющих силу закона, вырабатывать подробности применения общих принципов, заключающихся в законодательных актах»<sup>7</sup>. Делегированный акт в таком случае отличается от статута главным образом тем, что является результатом деятельности иных, кроме законодательных, органов. Такой подход, констатируя процесс делегирования, не дает возможности определить характер делегированных актов. Правовая мысль не поднимается до понятия нормативного правового акта и его отличия от актов правоприменения. Основной акцент делается на разработке системы контроля над нормотворчеством в рамках делегированных полномочий.

В рамках социологической юриспруденции, доминирующей в правовой мысли США, процесс делегирования вызвал различные оценки. Происходила смена подходов к делегированному законодательству. Изменения в развитии делегированного законодательства произошли во времена «Нового курса» Ф. Рузвельта, когда государственное управление подверглось серьезному реформированию. Идея ограниченного управления (*limited government*) не соответствовала идее социального государства. Сформировавшееся новое поколение социально-экономических прав, во многом определявшихся и статутами, и актами исполнительных органов, также потребовали переосмысления характера и роли актов исполнительных органов.

Характерный для американской правовой мысли комплексный подход к делегированному законодательству выразился в сочетании правовой и политологической оценок. В отличие от английского подхода, ограничившегося формально-логическими критериями, правовая мысль США предпочла выработать целевой подход. Он исходил из того, что в целях надлежащего управления законодательство должно отражать социальные идеалы и способствовать их трансформации в конкретные действия. Суды контролировали, чтобы данный процесс развивался в соответствии с принципом господства права и надлежащей правовой процедуры. В результате сформировались такие демократические требования к делегированным актам, как открытость процесса их принятия, обоснованность и обязательное опубликование.

При таком подходе делегированное законодательство выступает одним из инструментов управления. Для того чтобы не противоречить общей системе управления, делегированные акты должны соответствовать тем целям, которые определяются в статуте, на основании которого он принимается. Статут (как первичный источник) принимается представительным органом, состав которого формируется в ходе демократических выборов и отражает политические интересы, господствующие в обществе. В свою очередь, в ходе управления появляется возможность эффективно реализовывать эти цели, сохраняя социальные ресурсы для выполнения других задач. Если статут отражает политические установки, то делегированные акты, напротив, не должны быть политизированными. В результате сформирова-

---

<sup>7</sup> *Dacey A. Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8<sup>th</sup> ed. 1915 repr. Indianapolis, 1982. P. 116.

лась доктрина «неделегирования», которая направлена на то, чтобы запретить делегирование исполнительным органам право определять законодательную политику. По сути такой подход направлен на разграничение характера законотворчества и нормотворчества прежде всего органов исполнительной власти.

Однако в социологической юриспруденции не было единообразия в оценке делегированного законодательства. Сторонники критических юридических исследований оспаривают как возможности статутов, так и актов исполнительных органов. Американские юристы скептически относятся к возможностям правовых норм, содержащихся в статуте. Они крайне низко оценивают возможность установления посредством права формальной законности, сравнивая правовую норму с «двуликим Янусом». Правовые нормы в данном случае не способны разрешить ситуацию, урегулировать дискреционную деятельность чиновников так, чтобы обеспечить объективное принятие решений, обеспечивающих свободу граждан<sup>8</sup>. Даже идеальный демократический процесс не в состоянии обеспечить, чтобы цели, изложенные в статуте, могли представлять коллективное общественное мнение. Кроме того, цели, изложенные в разных статутах, могут противоречить друг другу, а также содержать пробелы. Их восполнение исполнительными органами лишь расширяет дискреционные полномочия последних и ограничивает демократический законодательный контроль. По мнению сторонников данного направления, в условиях так называемого административного государства усиливается угроза индивидуальной свободе со стороны чиновников, и этой угрозе право не всегда в состоянии противостоять.

Правовая доктрина стран общего права не выработала критериев определения делегированного акта, не выработала четкого различия между нормативными правовыми актами и актами правоприменения. Как отмечают американские ученые, делегированный акт — это только то, что официально установлено в качестве делегированного акта<sup>9</sup>.

Английская и американская правовая мысль признают такой признак делегированного законодательства, как распространение на неопределенный круг лиц или на конкретных адресатов. Если акт имеет законодательный характер, но применяется только к ограниченному кругу лиц, он не считается законодательным. Такой подход значительно приближает правовую мысль стран общего права к континентальной. Однако правовая доктрина также находит данный признак слишком неопределенным. Практически подобное разделение провести затруднительно. Ряд делегированных актов издается, как правило, в развитие положений соответствующих статутов. Они детализируют и конкретизируют его содержание, но по характеру граничат не столько со статутом, сколько с актами применения, настолько расплывчаты границы между законодательными и исполнительными актами. Если реализация статута требует принятия соответствующих актов исполнительных органов, то в таком случае речь не идет о делегировании законодательства.

Даже суды иногда попадают в затруднительное положение при определении характера того или иного акта. В конечном счете, «административное нормотворче-

<sup>8</sup> *Marshaw J., Merrill R., Shane P. Administrative Law. St. Paul. 1998. P. 42.*

<sup>9</sup> *Schwartz B., Wade W. Legal Control of Government. Administrative Law in Britain and US. Oxford, 1972. P. 100.*

ство не всегда является законодательством, но нормотворчество является частью процесса администрирования»<sup>10</sup>.

В целом и английская, и американская правовые доктрины негативно оценили предложенные критерии, но не предложили иных концепций. Английский исследователь Дж. Гарнер констатировал: «Не существует ясного ответа на вопрос, является ли акт законодательным или исполнительным по своему характеру. Те документы, которые публикуются, признаются законодательными вследствие самого факта опубликования»<sup>11</sup>. В заключении английской комиссии Доногмора, занимавшейся вопросами делегирования законодательных полномочий, говорится: «Действительно трудно в теории и невозможно на практике провести четкую линию разграничения законодательного характера акта, с одной стороны, и чисто исполнительного — с другой. Административная деятельность зачастую носит равно как законодательный, так и исполнительный характер»<sup>12</sup>.

### Статутное право: соотношение статутов и делегированных актов

В настоящее время проблема соотношения статута и делегированного законодательства сохраняет свою актуальность. Поскольку существует практическая потребность в определении делегированного акта, то решение этой задачи в странах общего права взяли на себя законодательные органы. Законодательство о делегированных актах стремится сформулировать определение делегированного законодательства. Английское законодательство использует термины «законодательный» и «исполнительный» акты.

Еще первый английский закон о делегированных актах 1893 г., который оперировал термином «правила, издаваемые на основании статута» (*statutory rules*) установил, что силу такого правила имел любой акт, изданный на основе статутных полномочий и имеющий непосредственно законодательный, а не исполнительный характер. Однако следующий акт 1946 г. опускает оговорку о законодательном или исполнительном характере актов и вместо этого стремится максимально формализовать их определение. Английский Акт 1946 г. ввел новое понятие — «акт, издаваемый на основании статута» (*statutory instrument*), под которым понимается любой акт, изданный на основе осуществления предусмотренных статутом полномочий, предоставляемых Ее Величеству, которые она реализует путем издания указа-в-Совете, или министру Короны, которые он реализует путем издания акта на основе статута, а также любые другие акты, подпадающие под определение «правила, издаваемого на основании статута». Заметим, что постепенно данная терминология проникает и в другие страны, в большей степени ориентированные на английское право (к примеру, в право Новой Зеландии).

Во всех странах общего права значительную часть делегированного законодательства составляют акты исполнительных органов (министерств, ведомств, агентств). В странах с парламентской формой правления правительство может получать от парламента делегированные полномочия, опираясь на правительствен-

<sup>10</sup> *Harlow C., Rawling R. Law and Administration. L.-Harmondsworth, 1984. P. 130.*

<sup>11</sup> *Garner J. Administrative Law. L., 1974. P. 62.*

<sup>12</sup> *Ibid.*

ное большинство в нижней палате. Отсюда вопрос о том, издавать ли парламенту статут или уполномочить правительство принять делегированный акт, решается главным образом в зависимости от того, насколько это удобно или насколько это соответствует политике правительства. Издание делегированного акта позволяет избежать длительной процедуры законодательного процесса и быстрее урегулировать возникшие вопросы.

В Великобритании и Новой Зеландии не проводится разграничения нормотворческих полномочий между законодательными и исполнительными органами, равно как не определен круг полномочий парламентов, что соответствует принципу парламентского верховенства. В результате статут и акты исполнительных органов имеют широкую общую сферу регулируемых отношений. Как отмечает английский юрист П. Бромхед, в иерархии правительственных решений существуют пограничные области, за пределами которых находятся вопросы, подпадающие под «сферу закона». «Эта демаркационная линия определяется не какой-либо абсолютной нормой, а прошлой практикой и соображениями последовательности. В Великобритании эта линия проходит довольно широко, так что сами законодательные акты содержат многочисленные подробные правила: все они могут обсуждаться парламентом в процессе принятия закона»<sup>13</sup>.

Посредством статута полномочия делегируются самым разнообразным органам — исполнительной, судебной власти, местным органам<sup>14</sup>.

\* \* \*

Значительную группу актов составляет так называемое автономное законодательство. К ней относятся акты, издаваемые местными органами (так называемые *by-laws*) и различными учреждениями, организациями (профсоюзами), частными корпорациями (железнодорожными, строительными компаниями). Они получили название автономных в том смысле, что регулируют внутреннюю организацию данных структур и устанавливают нормы для их членов.

Особо выделяются в этой группе акты местных органов власти (*by-laws*). Данные акты регулируют важные вопросы, возникающие в административно-территориальных единицах. По своему характеру они граничат с местными статутами (*local private acts*), так как имеют сходный предмет регулирования. Практика последних десятилетий направлена на то, чтобы отдать предпочтение постановлениям местных органов. Это, с одной стороны, разгружает работу парламента, а с другой — расширяет возможности местных органов по управлению своими территориями. Несомненно, это способствует тому, что местное законодательство больше соответствует местным условиям.

Современные статуты все больше и больше делегируют нормотворческие полномочия, что сказывается как на характере самих статутов, так и на их соотношении с актами органов исполнительной власти. Соотношение статута и делегированных актов существенно различается в странах общего права. Основные различия наблюдаются между английским правом и правом США, но и страны, последовавшие английской системе, демонстрируют неодинаковые подходы к проблеме.

<sup>13</sup> Бромхед П. Эволюция британской конституции. М. 1978. С. 197.

<sup>14</sup> Термин «делегированное законодательство» объединяет акты, различные по наименованию, — приказы, правила, распоряжения, декларации, положения, стандарты.

В странах общего права, воспринявших английскую модель, статуты и делегированные акты объединяются в понятие «статутное право». Уже в 40-х годах прошлого века английский юрист Э. Дженкс категорически заявил: «Не только среди публики, но и среди юристов принято считать «закон» (statute) и «парламентский акт» равнозначными терминами. Однако это совершенно неправильно. Все парламентские акты являются законами, но не все законы являются парламентскими актами, хотя последние представляют собой, конечно, наиболее важную часть законов»<sup>15</sup>. В понятие «статут» Э. Дженкс включил указы короля-в-Совете, приказы и распоряжения министров, акты местных органов, так как «эти распоряжения и правила содействуют теперь больше, чем парламентские акты, во всяком случае, по объему, ежегодному расширению сферы законодательства. Они отражают значительное усиление исполнительной власти в противовес парламента»<sup>16</sup>.

В праве США термин «статутное право» по-прежнему относится только к статутам. Как отмечает американский юрист И. Фернсуорт, статутное право включает в себя не только акты законодательного органа, но законодательство в широком смысле: и конституции, и административные акты, и статуты<sup>17</sup>.

Тем не менее во всех странах общего права статуты и «производное» делегированное законодательство выступают единым блоком как «писаное право», противопоставленное «неписаному» (прецедентному, обычному) праву. Английским Актом о толковании 1978 г. установлено, что делегированный акт должен рассматриваться как продолжение акта, на основании которого он издан (ст. 11); толковаться в его свете; применяемые в нем термины имеют то же значение, что и в самом статуте. Делегированный акт действует до тех пор, пока действует статут, на основании которого он принят; отмена статута ведет к отмене всех связанных с ним делегированных актов.

Такой подход, казалось бы, приравнивает делегированное законодательство к статуту, тем самым отнюдь не стремясь установить иерархическое соотношение между ними. В современном праве соотношение статутов и делегированных актов носит двойственный характер.

Делегированные акты принимаются с разными целями. Они могут вводить статут в силу или содержать положения, разъясняющие его содержание. В странах общего права различается и содержание делегированных актов. Если в Великобритании делегированные акты могут регулировать важные социальные отношения, то в Новой Зеландии они зачастую содержат лишь положения технического характера.

С одной стороны, в странах общего права отмечается укрепление положения статута по отношению к делегированным актам. Например, в Новой Зеландии парламент может отменить делегированный акт, который передан ему на рассмотрение. Новозеландский Акт об отмене постановлений (Regulations (Disallowance) Act) 1989 г. устанавливает, что палата представителей может посредством резолюции отменить любое постановление или отдельные положения постановления. Она также вправе внести поправки в постановление. Акт обязывает рассматривать палату представленные акты, поскольку если в течение 21 дня она не сделает этого, они будут автоматически отменены.

<sup>15</sup> Дженкс Э. Английское право. М., 1947. С. 46.

<sup>16</sup> Там же. С. 47.

<sup>17</sup> Farnsworth E.A. An Introduction to the Legal System of the United States. N.Y., 1996. P. 34.

Противоположная тенденция заключается в признании приоритета делегированного акта над статутом. Частично такой подход имеет исторические корни в английском праве, в котором акты Короны и статуты боролись за верховенство в системе источников права. Он сохранился с тех времен, когда королевская власть постепенно начала уступать полномочия парламенту. Оговорка Генриха VIII предполагает, что делегированный акт может изменить статут, на основании которого он принят. В настоящее время парламентские комитеты неоднократно подчеркивали, что данная оговорка должна применяться только в исключительных случаях, в основном, при чрезвычайных ситуациях. Несмотря на критику, оговорка продолжает действовать по сути как гибкий способ, к которому можно прибегнуть как к упрощенной нормотворческой процедуре.

Делегированное законодательство стало оказывать обратное воздействие на статуты. Юристы стран общего права длительное время отвергали практику общих формулировок статутов, применяемую в странах романо-германского права. По их мнению, это безгранично расширяет возможность отхода от статута в процессе применения. По утверждению английского исследователя Ф. Бенниона, «право становится беспорядочным, если оно выражено в общих терминах»<sup>18</sup>.

В настоящее время наблюдается переход от статутов, содержащих значительное количество деталей, к «скелетному законодательству» («статутам-рамкам»). Подобное движение ведет к сближению статута в общем правес законами в странах романо-германского права, где «скелетное законодательство» получило широкое развитие и, в отдельных случаях, даже конституционное закрепление (например, во Франции). Появление практики «скелетного законодательства» в странах общего права означает не только рост удельного веса актов исполнительных органов, но и обостряет проблему их соответствия статутам. Тенденция принимать «скелетное законодательство» проявляется и в практике США.

Сочетание конкретности статутов с многочисленными делегированными актами отвечает общему стремлению общего права к максимально детальному урегулированию общественных отношений, обусловленному традициями прецедентного права.

## **Контроль над делегированным законодательством**

Активное развитие делегированного законодательства сказывается на всей правовой системе и затрагивает иерархию источников права. Несмотря на гибкое соотношение источников права, требуется сохранение определенного баланса, обеспечения принципа господства права. В отличие от других источников права в отношении делегированного законодательства установлена наиболее развитая система контроля. Ее цель — не столько обеспечить верховенство статута, сколько контролировать нормотворческие полномочия тех органов, которым они делегированы. Традиционно делегированные акты проверялись, насколько они приняты в рамках делегированных полномочий (*intra vires*) или вне их (*ultra vires*). Если акт принят вне законодательных полномочий, предоставленных законодательным органом, то он признается недействительным.

<sup>18</sup> Bennion F. Statute Law. L., 1980. P. 9.

Для определения *ultra vires* делегированных актов действуют три вида контроля: парламентский, судебный и административный. Их соотношение определяется формой правления.

Контроль законодательных органов практикуется во всех странах, но в странах с парламентской формой правления его значение больше. Парламентский контроль может быть как предварительным, так и последующим. Вид контроля определяется в статуте. В первом случае в парламент представляется проект делегированного акта, который требуется утвердить. На практике более часто применяется последующий контроль. В английском парламенте утверждение делегированного законодательства проводится обычно методом «утвердительной резолюции» или «негативной резолюции». Согласно методу «негативной резолюции» акт в течение определенного времени (обычно около 40 дней) находится в парламенте. Если в этот период не возникает никаких вопросов относительно его действительности, то он вступает в силу. Утвердительная резолюция должна быть одобрена обеими палатами парламента.

В связи с возросшим количеством делегированных актов, в английской палате общин в 1944 г. был создан комитет по надзору за ними. Он организован по принципу пропорционального партийного представительства в палатах. Комитет оценивает, принят ли делегированный акт в пределах полномочий, соответствует ли его положение содержанию статута, на основе которого он издан. Комитет принимает решение, выносить ли делегированный акт на утверждение парламента или нет. Обычно это происходит в том случае, если комитет находит какие-то недостатки в акте.

Поступившие акты оцениваются с точки зрения их соответствия общей цели, делегированным полномочиям, ограничениям прав и свобод. Постоянные распоряжения палаты содержат перечень оснований проверки делегированного акта: соответствует ли он целям статута, на основании которого издан, правам и свободам личности, не ограничивает ли он возможность обжалования административного решения в судебном порядке или юрисдикцию судов; не имеет ли обратную силу, хотя статутом она не предусмотрена.

В Новой Зеландии парламентский контроль развился позже, чем в других странах. Вплоть до 1962 г. в данной стране не было отмечено ни одного случая проверки делегированных актов. Только с конца прошлого века парламентский контроль над делегированным законодательством усиливается<sup>19</sup>. С 1989 г. в новозеландском парламенте действует специальный комитет по надзору за постановлениями, в который автоматически поступают все делегированные акты не позднее 16 дней после их принятия. Комитет рассматривает постановления и жалобы на них, решает, должен ли акт быть представлен палате. Парламентские процедуры допускают, что любое лицо может обратиться с письмом, содержащим жалобу или комитет может начать процедуру рассмотрения делегированного акта самостоятельно.

В отличие от Великобритании и Новой Зеландии в Австралии парламентский контроль над делегированным законодательством не считается эффективным из-за недостаточной компетентности членов парламентских комитетов в узких вопросах, нехватки у депутатов времени для глубокого анализа<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> *Joseph P.A.* Constitutional and Administrative Law in New Zealand. Sydney, 2001. P. 766.

<sup>20</sup> *Whalan D.J.* Scrutiny of Delegated Legislation by the Australian Senate // *Statute Law Review*. Vol. 12. 1991. P. 87.

Контроль над делегированными актами проводится и Конгрессом США. Комитет по надзору за административными актами создается из трех сенаторов, назначаемых председателем Сената, и трех членов палаты представителей, назначаемых председателем палаты. Он рассматривает жалобы отдельных лиц и может вносить предложения о внесении изменений в акты.

Разнообразные делегированные акты не выстроены в четкую иерархию. Сами исполнительные органы контролируют их внутреннее соответствие. В настоящее время наблюдается тенденция к возрастанию роли административного контроля. В Австралии некоторые делегированные акты до вступления в силу подлежат предварительному контролю со стороны Генерал-губернатора-в-Совете.

В США федеральным агентствам вменяется в обязанность контролировать действующие акты, а каждые семь лет представлять отчет, насколько эффективны акты, какие проблемы возникали в связи с их применением и как они решались; какие есть альтернативные предложения и почему они отклонены.

Недостаток судебного контроля заключается в том, что он не является постоянной формой контроля и осуществляется только тогда, когда в судебном процессе происходит ссылка на соответствующий делегированный акт. Кроме того, как все последующие формы контроля, он не имеет обратной силы, т.е. последствия реализации делегированного акта за период его действия до судебного обжалования не аннулируются. С 1986 г. в Новой Зеландии было только 15 дел, в которых решения принимались на основе проверки *ultra vires*, и из них только два были включены в судебные отчеты<sup>21</sup>. В основном эти дела касались проверки решений местных органов (*by-laws*) как необоснованных<sup>22</sup>.

Судебный контроль осуществляется судами только тогда, когда при рассмотрении конкретного дела происходит ссылка на делегированный акт. Но наряду с этим суды принимают во внимание и иные основания. В Великобритании делегированные акты проверяются также с точки зрения процедурных нарушений и правовых ошибок. В Новой Зеландии суды до конца не определились в оценке делегированного законодательства.

В США оснований для судебного контроля больше. Суды Соединенных Штатов проверяют «рациональную правовую основу» (*rational legal basis*) принятия делегированного акта и проводят проверку на основе правил, которые в совокупности получили название «контроль по вопросам права».

В последнее время суды стран общего права стали оценивать целесообразность принятия делегированного акта. Однако они расходятся в том, насколько следует учитывать обоснованность принятия делегированных актов при оценке их действительности<sup>23</sup>. В Великобритании и Австралии в целом признается необходимость учитывать, насколько обоснован делегированный акт, однако данное основание не должно выделяться как самостоятельное, а рассматриваться в совокупности с другими. В Великобритании еще в деле *Krusev. Johnson* (1898) факт необоснованного принятия акта послужил основанием признания его недействительным.

В Соединенных Штатах осуществление судебного контроля над делегированными актами определяется статутами. Акт Конгресса ограничивает срок обраще-

<sup>21</sup> *Police v MDR* (1997) DCR 39; *Wielgus v. Removal Review Authority* (1994) 1 NZLR 73.

<sup>22</sup> *Pearce D.C. Delegated Legislation in Australia and New Zealand*. Sydney, 1977. P. 205.

<sup>23</sup> *Epstein R. Simple Rules for a Complex World*. Cambridge, 1995. P. 15.

ния в суд о несоответствии акта статуту двумя годами. Суд вправе рассматривать дело, если лицо пострадало от действий федерального агентства, или акт, на основании которого действовало агентство, неконституционен; агентство превысило свои полномочия, либо ошибочно истолковало право, либо был нарушен процесс принятия решения. Традиционный подход основывается на том, что суды, осуществляя контроль, исходят из намерения законодателя. Однако в современной доктрине он подвергается критике как неопределенный и нереалистичский. Современный подход уточняет, что парламент делегирует полномочия по контролю судам, которые действуют в соответствии с принципом господства права.

Проверяя содержания делегированных актов, по мнению П. Атияха и Р. Саммерса, американские суды проводят более сущностный анализ, чем суды в других странах общего права<sup>24</sup>. Американские судьи чаще своим решением заменяют решение административного органа, что считается целесообразным, поскольку статуты, делегирующие нормотворческие полномочия, составлены в общих терминах и не определяют правовых стандартов осуществления этих полномочий. Поэтому, по мнению американских юристов (Л. Дэвис), целесообразна замена судебными решениями административных.

Перечисленные формы контроля поддерживает юридическую силу статута, способствуют единообразию статутного права.

Бромхед П. Эволюция британской конституции. М., 1978.

Дженкс Э. Английское право. М., 1947.

Atiyah P.S., Summers R.S. Form and Substance in Anglo-American Law. N.Y., 1985.

Barber N.W., Young A.L. The Rise of Prospective Henry VIII Clause and Their Implications for Sovereignty // Public Law. 2003. Spring.

Beatson J. The Scope of Judicial Review for Error of Law // Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 4. 1984.

Bennion F. Statute Law. L., 1980.

Cross R., Harris J.W. Precedent in English Law. Oxford, 1991.

De Smith. Judicial Review of Administrative Action. L., 1980.

Dicey A. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. 8<sup>th</sup> ed. 1915. repr. Indianapolis, 1982.

Epstein R. Simple Rules for a Complex World. Cambridge, 1995.

Farnsworth E.A. An Introduction to the Legal System of the United States. N.Y., 1996.

Joseph P.A. Constitutional and Administrative Law in New Zealand. Sydney, 2001.

Harlow C., Rawling R. Law and Administration. L.-Harmondsworth, 1984.

Garner J. Administrative Law. L., 1974.

---

<sup>24</sup> Atiyah P.S., Summers R.S. Form and Substance in Anglo-American Law. P.62; Beatson J. The Scope of Judicial Review for Error of Law // Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 4. 1984. P. 117; De Smith Judicial Review of Administrative Action. L., 1980. P. 89.

Marshaw J., Merrill R., Shane P. *Administrative Law*. St. Paul, 1998.

Page E. *Governing By Numbers*. Oxford, 2001.

Pearce D.C. *Delegated Legislation in Australia and New Zealand*. Sydney, 1977.

Schwartz B., Wade W. *Legal Control of Government*. *Administrative Law in Britain and US*. Oxford, 1972.

Whalan D.J. *Scrutiny of Delegated Legislation by the Australian Senate // Statute Law Review*. Vol. 12. 1991.

---

## Delegated Acts as Secondary Sources of Law

### I.Yu. Bogdanovskaya

Professor, Department of Law Theory and Comparative Legal Studies, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, 17, Malaya Ordynka str., Moscow, 119017, Russian Federation. E-mail: ibogdanovskaya@hse.ru

### Abstract

The article features delegated legislations in common law countries. Delegated legislations in modern law keep playing significant part. A special attention is paid to the delegated legislation in comparative law studies. The legislation is taken into account to classify national legal systems. Delegated legislation as a source of law in common law countries has a number of features characterizing this system. Though the source is known to all common law countries, it has a number of differences. Moreover, the legal family has different national models of delegated laws. This article reveals specific features of delegated legislation, its role in contemporary law.

### Keywords

Common law, delegated legislation, parliamentary control, creation of regulatory acts, statutory law.

### References

Bromhead P. *Evolutsiya britanskoy konstitutsii* [Britain's developing constitution]. Moscow, 1978.

Jenks A. *Angliiskoe pravo* [English law]. Moscow, 1947.

Atiyah P.S., Summers R.S. *Form and Substance in Anglo-American Law*.

Barber N.W., Young A.L. *The Rise of Prospective Henry VIII Clause and Their Implications for Sovereignty // Public Law*. 2003. Spring.

Beatson J. *The Scope of Judicial Review for Error of Law // Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 4. 1984

Bennion F. *Statute Law*. L., 1980.

- Cross R., Harris J.W. *Precedent in English Law*. Oxford, 1991.
- De Smith. *Judicial Review of Administrative Action*. L., 1980.
- Dicey A. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8<sup>th</sup>. 1915. repr. Indianapolis, 1982.
- Epstein R. *Simple Rules for a Complex World*. Cambridge, 1995.
- Farnsworth E.A. *An Introduction to the Legal System of the United States*. N.Y., 1996.
- Joseph P.A. *Constitutional and Administrative Law in New Zealand*. Sydney, 2001.
- Harlow C., Rawling R. *Law and Administration*. L.-Harmondsworth, 1984.
- Garner J. *Administrative Law*. L., 1974.
- Marshaw J., Merrill R., Shane P. *Administrative Law*. St. Paul. 1998.
- Page E. *Governing By Numbers*. Oxford, 2001.
- Pearce D.C. *Delegated Legislation in Australia and New Zealand*. Sydney, 1977.
- Schwartz B., Wade W. *Legal Control of Government. Administrative Law in Britain and US*. Oxford, 1972.
- Whalan D.J. Scrutiny of Delegated Legislation by the Australian Senate // *Statute Law Review*. Vol. 12. 1991.

**И.В. Михеева**

заведующая кафедрой  
конституционного  
и административного права  
факультета права Нижегородского  
филиала Национального  
исследовательского университета  
«Высшая школа экономики»,  
доктор юридических наук\*

# Органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации: разрешительные функции и государственные услуги

*Статья посвящена особенностям законодательной регламентации оказания услуг и реализации функций органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации. Рассмотрены вопросы соотношения категорий «разрешительные функции» и «государственные услуги». Выявлены проблемы двойственности разрешительных функций, реализуемых в рамках оказания государственных услуг. Приведен анализ регионального законодательства и практики правоприменения в заданном контексте.*

**Ключевые слова:** органы исполнительной власти, субъекты Российской Федерации, разрешительные полномочия, функции, государственные услуги, согласование, разрешение.

На современном этапе целями проводимой административной реформы является снижение административных барьеров и повышение качества и доступности государственных и муниципальных услуг. Среди задач, решение которых необходимо для достижения поставленных целей, выделяется оптимизация механизмов осуществления функций органов исполнительной власти и совершенствование разрешительной деятельности в различных сферах общественных отношений<sup>1</sup>.

---

\* e-mail: imikheeva@hse.ru

<sup>1</sup> Концепция снижения административных барьеров и повышения доступности государственных и муниципальных услуг на 2011–2013 годы (утв. распоряжением Правительства Российской Федерации от 10 июня 2011 г. № 1021-р).

В этом контексте можно выделить несколько, на наш взгляд, наиболее интересных моментов, связанных с функционированием разрешительной системы в Российской Федерации. Это содержание и формулирование функционального блока региональных органов исполнительной власти разных видов, соотношение разрешительных функций и государственных услуг в законодательстве<sup>2</sup> субъектов Российской Федерации.

Функции конкретного органа обусловлены направленной деятельностью государства. Они определяются организационной структурой органа власти и привязываются к содержанию его деятельности. Функциональная направленность органа показывает, чем он должен заниматься: осуществлять правотворческие функции, контролировать и надзирать, охранять, оказывать услуги или делать все сразу. Как объем именно функций, предоставленных государственному органу, Г. Еллинек, например, определял всю компетенцию органа государства<sup>3</sup>. Функция обуславливает предметную сферу деятельности органа, закрепленную в статутном документе, а полномочия предопределяют возможность эту функцию реализовать.

Перманентная реструктуризация органов государственного управления при конкурентности характеристик их компетенции и неопределенность форм государственного управления создают нечеткость в выявлении факторов, определяющих эффективность их деятельности. Эффективность же современного государственного управления во многом определяется системой, структурой, функциями исполнительных органов. Поэтому видовая наполненность системы органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации так важна.

Действующая с 2004 г. структура федеральных органов исполнительной власти Российской Федерации (ФОИВ) укрупнила отрасли управления, разделив последнее на несколько функциональных направлений<sup>4</sup>. Указом Президента Российской Федерации была определена и видовая характеристика системы ФОИВ<sup>5</sup>. Федеральное министерство наделено нормотворческой функцией; службы — функцией контроля и надзора; агентства — функциями по оказанию государственных услуг и управлению государственным имуществом. Была сделана попытка «пресечь бесконечную реорганизацию государственного аппарата... реализовать принцип «трех определений» («функция, структура, штаты») и приступить к эффективному государственному управлению»<sup>6</sup>.

Несмотря на существующие проблемы взаимодействия, некоторую отраслевую и функциональную раздробленность, видовая определенность (министерства, службы, агентства) при их функциональном различии придает системе федеральных органов очевидную четкость и понятность. Этого не скажешь о региональных

<sup>2</sup> В статье понятие «законодательство» используется в широком смысле, включая и подзаконные нормативно-правовые акты.

<sup>3</sup> Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 58.

<sup>4</sup> Указ Президента Российской Федерации от 20 мая 2004 г. № 649 «Вопросы структуры федеральных органов исполнительной власти» // СЗ РФ. 2004. № 21. Ст. 2023.

<sup>5</sup> Указ Президента Российской Федерации от 9 марта 2004 г. № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» // СЗ РФ. 2004. № 11. Ст. 945.

<sup>6</sup> Хабриева Т.Я., Ноздрачев А.Ф., Тихомиров Ю.А. Административная реформа: проблемы и решения // Административная реформа в России: науч.-практ. пособие / под ред. С.Е. Нарышкина, Т.Я. Хабриевой. М.: Юрид. фирма «КОНТРАКТ»: ИНФРА-М, 2006. С. 19.

органах исполнительной власти, которые не имеют функциональной видовой разграниченности системы. Все они, как правило, многофункциональны.

Анализ нормативных правовых актов, определяющих статус органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, в контексте выявления разрешительных функций не дает оснований выделить явной тенденции в желаемом проявлении функциональных особенностей разных видов региональных органов. Органы сочетают нормотворческую деятельность по регламентации тех или иных разрешительных режимов, правоприменительную — по выдаче конкретным субъектам разрешений, проведению лицензирования и аккредитации, регистрации и т.п., координационную — по согласованию разного рода сделок (с объектами культурного наследия и пр.), документации (землеустроительной, градостроительной, проектной и пр.) и т.д.

При этом у региональных министерств, в предмет ведения которых входит строительство, жилищно-коммунальное хозяйство и топливно-энергетический комплекс, доминирует, как правило, функция согласования, что можно наблюдать и у сходных по отрасли региональных служб (по тарифам, например) и управлений (государственной охраны объектов культурного наследия). У министерств, отвечающих за управление сферами экологии, природных ресурсов, имущественных отношений, предпринимательства среди функций превалирует разрешительная функция предоставления права. В то же время выдача разрешений, регистрация свойственна в большей степени инспекциям (по надзору за техническим состоянием самоходных машин, строительного надзора и пр.). Хотя в функциональном блоке положений о комитетах могут быть выделены функции по организации регистрации и регистрации, предоставлению права, участию в выдаче разрешений и выдача разрешений, аккредитация и пр.<sup>7</sup>

Таким образом, разрешительные функции одного вида осуществляются различными по организационно-правовой форме органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации. Органы, которые включены в региональную структуру органов исполнительной власти, носят самые разные наименования (министерства, департаменты, управления, комитеты, инспекции, комиссии, службы) с доминированием тех или иных видов органов в соответствии со сложившимися традициями государственного управления в отдельно взятом субъекте Федерации. В то же время один орган выполняет разные виды разрешительных функций, которые к тому же находятся в длинном ряду разнородных функций. Если в деятельности федеральных органов исполнительной власти мы можем наблюдать «неполное проведение разграничения по функциональному критерию органов»<sup>8</sup>, то на региональном уровне этого разграничения практически нет.

Справедливости ради заметим, что в структуре региональных органов исполнительной власти присутствует функциональный принцип, который, правда, не нашел отражения в видовой характеристике их системы. Функциональными являются, например, органы ЗАГС, а также органы, занимающиеся охраной и вос-

<sup>7</sup> См., напр.: постановление Правительства Нижегородской области от 26 сентября 2005 г. № 231 «Об утверждении положения о комитете ветеринарного надзора Нижегородской области» // Нижегородские новости. 2005. № 197.

<sup>8</sup> Подробнее об этом см.: Михеева И.В. Государственное управление: исторические аналогии преемственности // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. № 3. С. 95–98.

производством лесов. Например, Главное управление ЗАГС в Московской, Нижегородской, Смоленской, Рязанской и др. областях является уполномоченным органом соответствующего субъекта Российской Федерации по реализации на их территории переданных Российской Федерацией полномочий на государственную регистрацию актов гражданского состояния. Агентство лесного хозяйства Иркутской области, Агентство лесного хозяйства и охраны животного мира Камчатского края, Департамент лесного хозяйства Нижегородской области осуществляют на землях лесного фонда государственный лесной контроль и надзор, государственный пожарный надзор в лесах.

Видовая наполненность управленческой деятельности позволяет разнообразить совокупный инструментарий государственного управления в рамках использования диспозитивных и императивных методов. Разрешительные функции органов исполнительной власти субъектов Федерации реализуются с помощью императивных методов, формируя ограничения и запреты, свойственные региональным административно-правовым режимам. В этом смысле разрешения, по сути, другая сторона запретов, поскольку без получения разрешений лицо в рамках закона ограничено в осуществлении какой-либо деятельности, в реализации ряда установленных законом прав. Отсюда и широкий диапазон видов разрешений, предоставляемых органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации в ходе государственно-управленческой деятельности. Эти разрешения могут иметь, например, форму собственно разрешений, лицензий и т.д.; осуществляться в рамках процедурных действий согласования, утверждения, предоставления права, аккредитации и т.д.

Проводя параллель с выделенными группами функций федеральных органов исполнительной власти (нормотворчество, контроль и надзор, оказание государственных услуг, управление государственным имуществом), заметим, что разрешительные полномочия органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации рассредоточены по разным функциональным группам.

Так, способом реализации региональными министерствами функций по управлению вверенной сферой (отраслью) жизни субъекта Федерации может служить разработка действующих на территории субъекта лимитов, порядка (пользования чем-либо, государственной регистрации, выдачи и переоформления лицензий, предоставления какого-либо права); определение видов разрешенной деятельности и параметров ее осуществления; «установление» правового режима, например, содержания и использования земель историко-культурного назначения и т.д. В этих случаях управленческие функции разрешительного характера органов исполнительной власти закрепляются в различных формах административных нормативно-правовых актов, создаваемых в рамках их подзаконной нормотворческой деятельности. Это позволяет придать данной разрешительной деятельности функционально *нормотворческий* характер. Сюда относятся практически все статутные подзаконные нормативные акты, а также принимаемые органами власти субъектов Российской Федерации регламенты исполнения функций и оказания услуг.

В то же время в перечень разрешительных функций в положениях об органах субъектов Федерации входит принятие решения о предоставлении конкретного права физическому или юридическому лицу, выдача разрешений, заключение договоров, осуществление аккредитации граждан и организаций, привлекаемых в качестве экспертов, осуществление оформления, государственной регистрации и выдачи лицензий, распределение между пользователями квот и т.д. Данные (раз-

решительные по характеру) виды деятельности носят уже *правоприменительный* характер и реализуются органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации в ходе издания индивидуальных административных актов, предназначенных конкретному потребителю услуги. В этих случаях функции органов определяют компетенционные границы органа и его должностных лиц, законодательно определенные и зафиксированные рамки его деятельности, в которых формируется перечень оказываемых им/ими услуг<sup>9</sup>.

Часть функционального блока в статутных актах региональных исполнительных органов государственной власти занимает участие в разработке и согласовании, в работе комиссий по рассмотрению заявок о предоставлении конкретного права, в сфере, например, страхования, лицензирования, аудита и др. механизмов регулирования отношений по предмету ведения органа. Большая составляющая часть функций региональных органов исполнительной власти представлена согласованием в разных вариантах: осуществляет согласование, участвует в согласовании, согласовывает и пр. Данная деятельность носит, как правило, *организационно-координационный* характер. Но это вовсе не говорит о вспомогательном характере согласований, которые порой могут создать барьеры для получения нужного разрешения.

В соответствии с существующими подходами к определению разрешительной системы, в содержание ее понятия включаются *контроль* (предварительный, текущий и последующий) и *надзор*<sup>10</sup>. Для органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации они наиболее четко прописаны в нормативных правовых актах как функции. Проблемы современного состояния правового регулирования государственного контроля активно исследуются, им посвящена недавно изданная монография Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации<sup>11</sup>. Кроме того, в контексте общетеоретических проблем лицензирования отдельных видов предпринимательской деятельности в научной литературе рассматриваются вопросы соотношения различных видов государственного контроля<sup>12</sup>.

В связи с этим мы, отграничивая разрешительные функции от контрольно-надзорных, для чистоты эксперимента обращаемся лишь к устанавливаемым прямым или косвенным запретам, опосредующим необходимость получения какого-либо разрешения. При этом мы придерживаемся позиции, что в рамках осуществления лицензирования, регистрации, даже согласования присутствует предварительный контроль, без которого итоговое решение принято быть не может, а также различные формы текущего и последующего контроля.

<sup>9</sup> Вопросы практики формирования ведомственных перечней государственных услуг федеральных органов исполнительной власти рассмотрены в работе: *Калинин А.М., Кудеркин Д.А., Харитонов М.М.* Ведомственные перечни государственных услуг (работ): проблемы формирования и использования // Вопросы государственного и муниципального управления. 2012. № 4. С. 84–97.

<sup>10</sup> См., напр.: *Бахрах Д.Н., Россинский Б.В., Стариков Ю.Н.* Административное право. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2007.

<sup>11</sup> Правовое регулирование государственного контроля: монография / отв. ред. д-р юрид. наук, проф., засл. деят. науки Российской Федерации А.Н. Ноздрачев. М.: Ин-т законодат. и сравнит. правовед. при Правительстве Российской Федерации; Анкил, 2012.

<sup>12</sup> См.: *Олейник О.М.* Лицензирование предпринимательской деятельности: проблемы теории и практики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. № 4. С. 51–63.

В ходе лицензирования, например, осуществляется, как правило, предварительный, текущий и последующий контроль. Хотя такого рода контроль может быть в рамках любой оказываемой услуги. Например, Министерством государственного имущества и земельных ресурсов Нижегородской области при выдаче участков земли многодетным семьям в аренду вначале контролируется наличие оснований для получения земли перед заключением договора аренды либо дополнительного соглашения — предварительный контроль; затем осуществляется текущий контроль — при изменении договора, например, в связи с изменением ставки аренды; после выдачи земельного участка контролируется их целевое использование — последующий контроль.

При этом контрольная служба (отдел контроля) действует отдельно. От тех, кто заключает и выдает договоры, отделены также юридическая (юридическое управление) и экономическая (управление экономики, анализа и отчетности) службы. Таким образом, функциональный принцип работает в настоящее время на уровне внутренней структуры оказывающего услуги многофункционального органа исполнительной власти<sup>13</sup>.

Что касается разрешительной функции, то идентифицировать ее иногда непросто, поскольку само действие по выдаче разрешения (в широком смысле) может наполнять содержание формально другой функции, например, согласование — координационной, экспертная деятельность — контрольной и т.п. Одно очевидно: разрешительные функции осуществляются в ходе реализации органом исполнительной власти различных видов управленческой деятельности: правотворческой, правоприменительной, координационной и пр. Они «рассыпаны» по множеству важных для осуществления государственного управления федеральных и региональных актов, в положениях об органах государственной власти, их регламентах. Это затрудняет проведение оценки регулирующего воздействия административных нормативных актов, а также мониторинга реальной ситуации в правоприменительной сфере<sup>14</sup>.

*Выходом из данной ситуации может быть обсуждаемая в научной литературе аналогия привнесения и сбалансирования функционального принципа наряду с отраслевым в организационное выстраивание региональной системы государственных органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации. В этом смысле сделан первый шаг — в положениях об органах исполнительной власти субъектов Российской Федерации внесена четкость разделения таких структурных разделов положений, как «функции» и «права». Теперь важно структурировать функции, объединив их в группы, а затем на этой основе формально разделить виды региональных органов, унификация которых поможет привести в порядок и единообразие не только функции органов, но и виды оказываемых услуг.*

Функциональный подход к организационно-правовой структуре органов исполнительной власти позволяет говорить о невозможности отождествления функции и услуги. В ряде регионов сформированы перечни отдельно функций и услуг органа

<sup>13</sup> URL: <http://gosimno.ru/about/structure/>

<sup>14</sup> При этом заметим, что вопросы качества государственных услуг являются предметом различных научно-практических исследований. См., напр.: *Стырин Е.М., Плаксин С.М.* Система государственных услуг как объект мониторинга в Российской Федерации // Вопросы государственного и муниципального управления. 2012. № 4. С. 66–83.

исполнительной власти. Более того, в практике управления услуга и функции разграничиваются простым критерием конечного потребителя — он есть только у услуги.

Отсутствие единого концептуального подхода к разграничению функции и услуги приводит к принятию региональных регламентов предоставления государственных услуг, например, по лицензированию отдельных видов деятельности и аккредитации<sup>15</sup>. Причем в одних случаях лицензирование заявляется как услуга, а в других — как функция<sup>16</sup>. Интересно также, что в положении об органе исполнительной власти лицензирование, как правило, содержится в разделе функции, а в регламенте обозначается в качестве услуги.

Примеров нечеткости в обозначении разнообразных разрешительных действий в статутном региональном блоке подзаконных нормативных правовых актов можно найти немало. Провоцирует терминологическую двойственность в некоторой степени федеральное законодательство. Типовой регламент взаимодействия федеральных органов исполнительной власти, с одной стороны, различает административные регламенты исполнения государственных функций и административные регламенты предоставления услуг, а с другой, в п. 1.6 указывает, например, что федеральное агентство — это федеральный орган исполнительной власти, «осуществляющий... функции по оказанию государственных услуг...»<sup>17</sup>.

Выходом из закладываемой сегодня традиции терминологической множественности может быть определение формы регламента об исполнении функции или оказании услуги как локального процессуального нормативного административного акта, основанного на положении об органе исполнительной власти. При этом рациональным представляется приведение названия, структуры и содержания регламента в соответствие с положением о государственном органе (а не наоборот!). Кроме того, можно унифицировать обозначение категории разрешительных полномочий, сделав это обозначение однозначным и одинаковым как по вертикали (в административных актах разного уровня и силы), так и по горизонтали (одни и те же виды разрешительных полномочий должны обозначаться одинаково). В противном случае практика унификации системы оказания так называемых

<sup>15</sup> Постановление Комитета по физической культуре, спорту и туризму Новгородской области от 21 февраля 2012 г. № 1 «Об утверждении «Административного регламента комитета по физической культуре, спорту и туризму Новгородской области по предоставлению государственной услуги «Аккредитация региональных спортивных федераций» // Новгородские ведомости. 2012. № 24.

<sup>16</sup> Указ Губернатора Нижегородской области от 27 марта 2012 г. № 19 (ред. от 19 июля 2012 г.) «Об утверждении административных регламентов предоставления министерством здравоохранения Нижегородской области государственных услуг по лицензированию отдельных видов деятельности» // Нижегородская правда. 2012. № 44; постановление Правительства Нижегородской области от 3 июня 2009 г. № 349 «Об утверждении административных регламентов по исполнению министерством поддержки и развития малого предпринимательства, потребительского рынка и услуг Нижегородской области государственных функций по лицензированию заготовки, переработки и реализации лома цветных и черных металлов и розничной продажи алкогольной продукции (с изм. на 8 апреля 2011 г.) // Нижегородские новости. 2009. № 119.

<sup>17</sup> Постановление Правительства Российской Федерации от 19 января 2005 г. № 30 «О типовом регламенте взаимодействия федеральных органов исполнительной власти» (в ред. от 6 сентября 2012 г. № 890) // СЗ РФ. 2005. № 4. Ст. 305.

услуг (функций) размоет терминологическую разницу рассматриваемых понятий, теоретически пока определяемую.

Конечно, тонкая грань между услугой и функцией не всегда очевидна, что позволяет во многих случаях их отождествлять. Хотя с точки зрения теории государственного управления схожесть функций при разграничении услуг понятна. Например, действующим уполномоченным органом по предоставлению земельных участков на территории г. Нижнего Новгорода для целей, не связанных со строительством, является Министерство имущественных отношений и земельных ресурсов, а для целей, связанных со строительством, — Правительство Нижегородской области. При этом *схожи функции* этих органов, но *различны* цели оказания услуги и потребители<sup>18</sup>.

То же можно сказать и о функции согласования, которая присутствует в положениях о многих органах исполнительной власти и исполняется при оказании совершенно разных услуг. Дело в том, что часто большая услуга «распадается» на множество полномочий, которые, в свою очередь, соответствуют функциям исполнительного органа государственной власти. При этом разрешительные функции иногда «прячутся» в терниях процедур оказываемой услуги.

Возьмем услугу по заключению договора аренды или купли-продажи земельного участка под зданием (ст. 36 Земельного кодекса Российской Федерации; далее — ЗК РФ). Услуга по предоставлению в собственность земельных участков осуществляется на основании административного регламента уполномоченного органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации.

Результатом предоставления этой услуги является подписание между сторонами договора купли-продажи и выдача заявителю акта приема-передачи земельного участка или отказ в передаче земельного участка. После подачи заявления с указанным пакетом документов начинается предоставление государственной услуги уполномоченным органом субъекта Российской Федерации (например, соответствующего регионального министерства). В этом процессе участвуют уполномоченный орган муниципального образования (например, департамент градостроительного развития и архитектуры исполнительного органа муниципального образования), Федеральное бюджетное учреждение «Земельная кадастровая палата» по субъекту Российской Федерации, администрации соответствующих муниципальных районов и городских округов субъекта Российской Федерации. Сам процесс взаимодействия указанных органов регулируется постановлением органа исполнительной власти общей компетенции субъекта Российской Федерации (правительством или администрацией). Получается, что за документом о предоставлении одной услуги одним региональным министерством одному конкретному гражданину стоит взаимодействие нескольких государственных и муниципальных органов, итогом которого и является, в данном случае, выдача акта приема-передачи земельного участка.

Полномочиями по утверждению проекта границ земельного участка наделен орган местного самоуправления. Ст. 36 ЗК РФ, а также иные правовые нормы, содержащиеся в кодексе и регулирующие соответствующие правоотношения, не

<sup>18</sup> См., напр.: постановление Правительства Нижегородской области от 15 февраля 2006 г. № 46 «О мерах по реализации закона Нижегородской области от 13 декабря 2005 г. №192-З «О регулировании земельных отношений в Нижегородской области при строительстве, реконструкции объектов недвижимости и размещении временных объектов» // Нижегородские новости. 2006. № 39.

устанавливают требований относительно необходимости согласования проектов решений органов местного самоуправления об утверждении проектов границ земельных участков с органами государственной власти субъектов Российской Федерации. Между тем, в соответствии с постановлениями органа исполнительной власти общей компетенции субъекта Российской Федерации такое согласование (проектов схем расположения земельных участков) исполнительным органом муниципального образования в лице, например, уполномоченного в сфере градостроительного развития и архитектуры департамента, с соответствующим уполномоченным органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации может быть предусмотрено<sup>19</sup>. При этом принятие решения в рамках *согласования* границ земельного участка является элементом осуществляемой органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации *государственной услуги* по заключению договора аренды или купли-продажи земельного участка под зданием (ст. 36 ЗК РФ), поскольку решение касается конкретного физического или юридического лица.

Итоговый акт функционального согласования органа предназначен для потребителя услуги по предоставлению земельных участков — юридического или физического лица. Поскольку все услуги носят комплексный характер, то оказание ее включает ряд определенных, урегулированных нормами права процедур. Согласование в рамках оказания этой услуги — всего лишь одна из этих процедур, оно выступает как этап, часть оказываемой органом исполнительной власти *государственной услуги*. В то же время обязательность и правовые последствия, которые оно влечет, позволяют говорить о функциональном разрешительном характере этого согласования, т.е. согласование уже выступает в качестве *функции органа власти*. Возникающая двойственность в определении характера «согласования», с одной стороны, может создать дополнительный административный барьер, а с другой — позволяет органу исполнительной власти исполнить возложенную на него «функцию по оказанию услуги».

Заметим, что обязанность согласования органами местного самоуправления г. Нижнего Новгорода при формировании земельных участков, занятых зданиями, строениями, сооружениями, находящимися в собственности г. Нижнего Новгорода, проектов границ земельных участков с уполномоченным Правительством Нижегородской области органом исполнительной власти была предметом судебного оспаривания. Тем не менее, содержащая это согласование норма сохранила статус действующей<sup>20</sup>.

Судебная практика идет по пути признания необходимости согласований, предусматриваемых законодательством. Например, распоряжением губернатора Приморского края был утвержден лимит добычи охотничьих ресурсов на территории

<sup>19</sup> См., напр.: постановление Правительства Нижегородской области от 10 февраля 2006 г. № 31 «О мерах по реализации закона Нижегородской области от 13 декабря 2005 года № 192-3 «О регулировании земельных отношений в Нижегородской области» при формировании и предоставлении земельных участков уполномоченным органом по управлению и распоряжению земельными ресурсами на территории Нижегородской области» // Нижегородские новости. 2006. № 30; постановление Правительства Нижегородской области от 15 февраля 2006 г. № 46 «О мерах по реализации закона Нижегородской области от 13 декабря 2005 года № 192-3 «О регулировании земельных отношений в Нижегородской области» при строительстве, реконструкции объектов недвижимости и размещения временных объектов» // Нижегородские новости. 2006. № 39.

<sup>20</sup> Определение Верховного Суда Российской Федерации от 24 сентября 2008 г. № 9-Г08-14.

Приморского края<sup>21</sup>. При этом лимит добычи кабарги и соболя в возрасте до одного года утверждался оспариваемым распоряжением без согласования с уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, что противоречило ч. 4 ст. 24 Федерального закона № 209-ФЗ «Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Данное распоряжение губернатора было признано судом недействующим<sup>22</sup>.

В Краснодарском крае Департамент потребительской сферы и регулирования рынка алкоголя был наделен полномочиями по контролю за качеством и безопасностью алкогольной продукции на территории Краснодарского края. Это вышло за рамки предоставляемого органам субъектов Федерации полномочия по осуществлению лицензионного контроля за розничной продажей алкогольной продукции и нарушило компетенцию Федеральной службы по регулированию алкогольного рынка, на что и было указано в Определении Верховного Суда Российской Федерации<sup>23</sup>.

Стоит заметить, что рассмотрение судами споров, связанных с реализацией или фиксацией разрешительной функции в административных актах региональных органов исполнительной власти, помещается, как правило, в группу споров о нарушении одним органом компетенционных границ другого, о содержании устанавливаемых тем или иным органом власти дополнительных ограничений, которые вступают в противоречие с действующим законодательством. К сожалению, в судебных решениях не находит отражения сам факт наличия/отсутствия дополнительных, предусмотренных оспариваемыми нормами/актами административных барьеров, ограничивающих права потребителя услуги, что вполне могло бы фиксироваться в мотивировочной части решения.

\* \* \*

Анализ регионального статутного законодательства дает возможность говорить о наличии разрешительных функций, исполнение которых возложено практически на все региональные органы исполнительной власти, осуществляющие государственное управление и оказывающие государственные услуги во многих сферах общественной жизни. В связи с этим нерешенная проблема разграничения услуг и функций чревата для государства потерей контакта с главным субъектом общественных отношений — населением, которому государственные органы оказывают услуги.

*Для этого разграничения важно понять, что диапазон оказываемых услуг определяется функциями, формулируемыми в статутном документе о региональном органе исполнительной власти. С точки зрения исполнения функций органы выступают как оказывающие и как не оказывающие услуги. Это может быть функциональный орган специальной компетенции, который услуги не оказывает, а осуществляет контрольно-надзорные функции, или оказывающий комплексную услугу, в рамках которой «задействованы» разные функции. В последнем случае рациональным становится функциональное выстраивание структуры органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации, где одни выдают документы*

<sup>21</sup> Распоряжение губернатора Приморского края от 29 июля 2011 г. № 106-рг «Об утверждении лимита добычи охотничьих ресурсов на территории Приморского края на период с 1 августа 2011 года до 1 августа 2012 года» // Приморская газета. 2011. № 91 (593).

<sup>22</sup> Решение Приморского краевого суда от 7 ноября 2011 г. № 3-122/11.

<sup>23</sup> Определение Верховного Суда Российской Федерации от 1 февраля 2012 г. № 18-Г12-1.

конечному потребителю конкретной оказываемой органом государственной услуги в требуемые сроки в соответствии с существующей процедурой; другие осуществляют контроль (предварительный, текущий, выборочный, последующий) по заявлениям граждан или правоохранительных органов; третьи выполняют правовое, финансово-экономическое обеспечение оказания услуги и пр.

Думается, что решение этого, на первый взгляд, теоретического вопроса — о различии услуг и функций — позволит нацелить государственного служащего на конечного потребителя услуги, максимально повысить эффективность государственной службы в Российской Федерации и в ее субъектах.

Бахрах Д.Н., Россинский Б.В., Стариков Ю.Н. Административное право. 3-е изд., пересм. и доп. М.: Норма, 2007.

Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 2004.

Калинин А.М., Кудеркин Д.А., Харитонов М.М. Ведомственные перечни государственных услуг (работ): проблемы формирования и использования // Вопросы государственного и муниципального управления. 2012. № 4. С. 84–97.

Михеева И.В. Государственное управление: исторические аналоги преемственности // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. № 3. С. 95–98.

Олейник О.М. Лицензирование предпринимательской деятельности: проблемы теории и практики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. № 4. С. 51–63.

Стырин Е.М., Плаксин С.М. Система государственных услуг как объект мониторинга в Российской Федерации // Вопросы государственного и муниципального управления. 2012. № 4. С. 66–83.

Хабриева Т.Я., Ноздрачев А.Ф., Тихомиров Ю.А. Административная реформа: проблемы и решения // Административная реформа в России: науч.-практ. пособие / под ред. С.Е. Нарышкина, Т.Я. Хабриевой. М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ»: ИНФРА-М, 2006.

---

## **Executive Bodies of the Russian Federation Constituent Entities: Permissive Functions and Government Services**

**Mikheeva I.V.**

Head of Department of Constitutional and Administrative Law of HSE Law Faculty,  
Nizhny Novgorod. E-mail: imikheeva@hse.ru

### **Abstract**

The article is devoted to the characteristics of the legal regulation of rendering government services and the performance of functions by the executive bodies in the RF constituent territories. It emphasizes the correlation between the categories of *permissive functions* and *government services*. The author stresses the duality of permissive functions, which are implemented in the framework rendering

government services. The article contains the analysis of the regional legislation and the practice of law enforcement in the given context.

### **Keywords**

Executive bodies, RF constituent entities, permissive functions, government services, co-ordination, resolution.

### **References**

Bakhrakh D.N., Rossinskiy B.V., Starilov Yu. N. *Administrativnoye pravo* [Administrative law]. Moscow, Norma, 2007, 816 p.

Ellinek G. *Obschee uchenie o gosudarstve* [General study on state]. Saint Petersburg, 2004, p. 58.

Kalinin A.M., Kuderkin D.A., Kharitonov M.M. Vedomstvenniye perechni gosudarstvennykh uslug (rabot): problemy formirovaniya i ispolzovaniya [Formal lists of government services: problems of making up and use]. *Voprosy gosudarstvennogo i munitsip'nogo upravleniya — Questions of state and municipal administration*, 2012, no. 4, pp. 84–97.

Mikheeva I.V. Gosudarstvennoe upravlenie: istoricheskie analogi preemstvennosti [State administration: historical analogues of succession]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika — Laws of Russia: experience, analysis, practice*, 2011, no. 3, pp. 95–98.

Oleynik O.M. Litsenzirovanie predprinimatel'skoy deyatel'nosti: problemy teorii i praktiki [Licensing of entrepreneurship: problems of theory and practice]. *Pravo. Zhurnal Vyscshey shkoly ekonomiki — Law. Journal of Higher School of Economics*, 2012, no. 4, pp. 51–63.

Styrin E.M., Nozdrachyov A.F., Tikhomirov Yu.A. Sistema gosudarstvennykh uslug kak obyekt monitoringa v Rossiyskoy Federatsii [System of government services as an object of monitoring in the Russian Federation]. *Voprosy gosudarstvennogo i munitsip'nogo upravleniya — Questions of state and municipal administration*, 2012, no. 4, pp. 66–83.

Khabriyeva T.Ya., Nozdrachev A.F., Tikhomirov Yu.A. Administrativnaya reforma: problemy i resheniya [Administrative reform: problems and solutions]. *Administrativnaya reforma v Rossii: nauchno-prakticheskoye posobiye* [Administrative reform in Russia: research manual], eds. Naryshkin S.E., Khabrieva T.Ya., Moscow, Infra-M, 2006, p. 19.

**А.Г. Гуринович**

профессор кафедры теории  
права и сравнительного  
правоведения факультета  
права Национального  
исследовательского  
университета «Высшая  
школа экономики»\*

# Организационно- правовой механизм увольнения государственных гражданских служащих в связи с утратой доверия за коррупционные правонарушения

*В статье рассматривается проблема применения на практике введенных в действие в конце 2011 г. правовых норм, регламентирующих увольнение государственных гражданских служащих на основании ст. 59.2 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации».*

**Ключевые слова:** гражданский служащий, представитель нанимателя, утрата доверия, коррупционные правонарушения, проверка, увольнение, оформление.

После введения в законодательство о государственной гражданской службе новелл, предусматривающих увольнение гражданского служащего в связи с утратой доверия за коррупционные правонарушения, кадровые службы государственных органов столкнулись с проблемой реализации соответствующих правовых норм. В целях их поддержки с научно-практической точки зрения, для облегчения применения государственными органами положений законодательства о противодействии коррупции и о государственной гражданской службе, касающихся утраты представителем нанимателя доверия к гражданскому служащему в случаях несоблюдения ограничений и запретов, требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и неисполнения обязанностей, установленных в целях противодействия коррупции, представляется полезным попытаться разобраться в проблеме и предложить свое видение реализации законодательства о государственной гражданской службе в части, касающейся рассматриваемой проблематики.

---

\* Адрес: Москва, 119017, ул. Малая Ордынка, 17. E-mail: nadnike@mail.ru

Предметом предлагаемого анализа являются не содержание в различных вариациях и трактовка сути коррупционных правонарушений, за совершение которых гражданских служащих можно или надлежит привлекать к дисциплинарной ответственности вплоть до увольнения, а процедуры соответствующих процессуальных действий кадровых служб и руководителей государственных органов, точно придерживаясь которых, несмотря на наличие определенных несовершенств в профильном законодательстве, на что обращают внимание исследователи<sup>1</sup>, возможно уже сегодня продуманно практиковать правоприменение во исполнение новых антикоррупционных правовых установлений.

Хронология принятия знаковых законов антикоррупционной направленности такова. Федеральным законом от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции»<sup>2</sup> были введены нормы об ответственности государственных служащих за совершение коррупционных правонарушений. В этот же день Президент Российской Федерации подписал Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 280-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с ратификацией Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции от 31 октября 2003 года и Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию от 27 января 1999 года и принятием Федерального закона «О противодействии коррупции»»<sup>3</sup>, который внес соответствующие изменения в ряд федеральных законов. Последним из серии законодательных актов антикоррупционной направленности стал Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 329-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия коррупции»<sup>4</sup>, содержащий целый ряд новелл, из которых вычленим изменения,

<sup>1</sup> См., напр.: *Белова С.В., Алексеева Л.Г.* Соблюдение законодательства в борьбе с коррупцией // *Законность*. 2011. № 8; *Ватель А.Ю.* Административно-правовое регулирование разрешения конфликта интересов на государственной службе в механизме противодействия коррупции // *Административное и муниципальное право*. 2012. № 6; *Изолитов И.С.* Институт конфликта интересов на государственной и муниципальной службе: постановка проблемы // *Муниципальная служба: правовые вопросы*. 2012. № 2; *Кудашкин А.В., Козлов Т.Л.* Порядок регулирования конфликта интересов нуждается в совершенствовании // *Российская юстиция*. 2010. № 10; *Макаров А.В., Фирсов О.В.* Проблемы совершенствования норм оперативно-розыскного законодательства, регулирующих проверку достоверности сведений // *Российский следователь*. 2012. № 7; *Пономарева Е.А.* Урегулирование конфликта интересов на гражданской службе и противодействие коррупции // *Безопасность бизнеса*. 2012. № 1; *Чаннов С.Е.* За коррупцию семья в ответе // *ЭЖ-Юрист*. 2012. № 13; *Чаннов С.Е.* Публичная дисциплинарная ответственность государственных служащих: проблемы построения модели // *Государственная власть и местное самоуправление*. 2011. № 2; *Чаннов С.Е.* Совершенствование антикоррупционных законов // *ЭЖ-Юрист*. 2012. № 10.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» // *СЗ РФ*. 2008. № 52 (часть 1). Ст. 6228.

<sup>3</sup> См.: Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 280-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с ратификацией Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции от 31 октября 2003 года и Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию от 27 января 1999 года и принятием Федерального закона «О противодействии коррупции» // *СЗ РФ*. 2008. № 52 (часть 1). Ст. 6235.

<sup>4</sup> См.: Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 329-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием го-

внесенные в Федеральный закон от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» (далее — Федеральный закон). Добавим к перечисленным законодательным актам весьма показательный и содержательно насыщенный в плане расширения перечня антикоррупционных мер Указ Президента Российской Федерации от 13 марта 2012 г. № 297 «О Национальном плане противодействия коррупции на 2012–2013 годы и внесении изменений в некоторые акты Президента Российской Федерации по вопросам противодействия коррупции»<sup>5</sup>.

В контексте исследования проблемы для нас представляют интерес положения ст. 59.2 Федерального закона (далее — ст. 59.2), в соответствии с которыми гражданский служащий подлежит увольнению в связи с утратой доверия в случаях: непринятия гражданским служащим мер по предотвращению и (или) урегулированию конфликта интересов, стороной которого он является; непредставления гражданским служащим сведений о своих доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера, а также о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера своих супруги (супруга) и несовершеннолетних детей, либо представления заведомо недостоверных или неполных сведений; участия гражданского служащего на платной основе в деятельности органа управления коммерческой организацией, за исключением случаев, установленных федеральным законом; осуществления гражданским служащим предпринимательской деятельности; вхождения гражданского служащего в состав органов управления, попечительских или наблюдательных советов, иных органов иностранных некоммерческих неправительственных организаций и действующих на территории Российской Федерации их структурных подразделений, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации или законодательством Российской Федерации. Представитель нанимателя, которому стало известно о возникновении у гражданского служащего личной заинтересованности, которая приводит или может привести к конфликту интересов, подлежит увольнению в связи с утратой доверия также в случае непринятия представителем нанимателя мер по предотвращению и (или) урегулированию конфликта интересов, стороной которого является подчиненный ему гражданский служащий<sup>6</sup>.

Во избежание путаницы отметим, что термин «утрата доверия» употребляется в Федеральном законе также в п. 4 ч. 1 ст. 37, предусматривающем расторжение служебного контракта с гражданским служащим по инициативе представителя нанимателя в случае совершения виновных действий гражданским служащим, непосредственно обслуживающим денежные или товарные ценности, если эти дей-

---

сударственного управления в области противодействия коррупции» // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6730 (далее — Федеральный закон № 329-ФЗ).

<sup>5</sup> См.: Указ Президента Российской Федерации от 13 марта 2012 г. № 297 «О Национальном плане противодействия коррупции на 2012–2013 годы и внесении изменений в некоторые акты Президента Российской Федерации по вопросам противодействия коррупции» // СЗ РФ. 2012. № 12. Ст. 1391.

<sup>6</sup> См.: ч. 1 и 2 ст. 59.2 Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» (в ред. от 21 ноября 2011 г.) // В данной редакции документ опубликован не был. Доступ из СПС «Консультант Плюс» (далее — Федеральный закон в редакции от 21 ноября 2011 г.); подп. «б» п. 10 ст. 18 Федерального закона № 329-ФЗ.

ствия дают основание для утраты доверия к нему представителя нанимателя<sup>7</sup>. По этому вопросу существуют обширная пояснительная база и правоприменительная практика. С нормами, содержащимися в ст. 59.2 и 59.3 Федерального закона (далее — ст. 59.3), данная норма не соотносится и применяться не может. Поэтому она не затрагивается в настоящей статье.

Правоприменители довольно часто задают вопросы, с чьей стороны может высказываться утрата доверия: со стороны непосредственного руководителя, руководителя структурного подразделения государственного органа, руководителя государственного органа или кого-либо еще — например, со стороны представителя вышестоящего или контролирующего либо надзорного органа. Считаем, что в анализируемом контексте такая утрата доверия может наступать только со стороны должностного лица, имеющего право принимать решение об увольнении гражданского служащего, т.е. представителя нанимателя. Вместе с тем полномочия должностных лиц (руководителей государственных органов) по увольнению гражданских служащих должны быть определены соответствующими нормативными правовыми актами государственных органов в соответствии с действующим законодательством.

Увольнение по ст. 59.2 в связи с утратой доверия к гражданскому служащему может применяться только при подтверждении достоверности совершенных им коррупционных правонарушений строго в рамках установленных организационно-правовых процедур. В соответствии со ст. 59.3 принимать такое решение представитель нанимателя вправе только на основании доклада о результатах проверки, проведенной подразделением кадровой службы соответствующего государственного органа по профилактике коррупционных и иных нарушений, а в случае, если доклад о результатах проверки направлялся в комиссию по регулированию конфликтов интересов — на основании рекомендации указанной комиссии<sup>8</sup>.

В соответствии с утвержденным Указом Президента Российской Федерации от 21 сентября 2009 г. № 1065 (далее — Указ) Положением о проверке достоверности и полноты сведений, представляемых гражданами, претендующими на замещение должностей федеральной государственной службы, и федеральными государственными служащими, и соблюдения федеральными государственными служащими требований к служебному поведению (далее — Положение) проведение проверки возложено на кадровые службы федеральных государственных органов и кадровые службы территориальных органов федеральных государственных органов, кроме федеральных органов исполнительной власти, уполномоченных на осуществление оперативно-розыскной деятельности<sup>9</sup>. Необходимо принять во внимание,

---

<sup>7</sup> См.: п. 4 ч. 1 ст. 37 Федерального закона в ред. от 21 ноября 2011 г.

<sup>8</sup> См.: ч. 1 ст. 59.3 Федерального закона в ред. от 21 ноября 2011 г.; пп. в) п. 10 ст. 18 Федерального закона № 329-ФЗ.

<sup>9</sup> См.: п. 7 Положения о проверке достоверности и полноты сведений, представляемых гражданами, претендующими на замещение должностей федеральной государственной службы, и государственными служащими, и соблюдения федеральными государственными служащими требований к служебному поведению, утвержденного Указом Президента Российской Федерации от 21 сентября 2009 г. № 1065 (в ред. указов Президента Российской Федерации от 12 января 2010 г. № 59, от 1 июля 2010 г. № 821, от 21 июля 2010 г. № 925, от 13 марта 2012 г. № 297) // В данной редакции документ опубликован не был. Доступ из СПС «Консультант Плюс» (далее — Положение).

что действие Положения распространяется на государственных служащих, проходящих как гражданскую, так и военную и правоохранительную государственную службу. Поэтому в нашем исследовании при буквальных ссылках на Положение будет употребляться в отношении гражданских служащих в том числе термин «государственные служащие». Непосредственно обеспечивают проведение проверки подразделения кадровых служб государственных органов по профилактике коррупционных и иных правонарушений, которые было поручено создать п. 3 Указа. Порядок их работы определен Типовым положением о подразделении по профилактике коррупционных и иных правонарушений кадровой службы федерального государственного органа (далее — Типовое положение), утвержденным Заместителем Председателя Правительства Российской Федерации — Руководителем Аппарата Правительства Российской Федерации, членом президиума Совета при Президенте Российской Федерации по противодействию коррупции С. Собыниным 18 февраля 2010 г. № 647п-П16<sup>10</sup>.

Основными задачами подразделения являются профилактика коррупционных и иных правонарушений в федеральном государственном органе, а также обеспечение деятельности федерального государственного органа по соблюдению гражданскими служащими запретов, ограничений, обязательств и правил служебного поведения<sup>11</sup>.

В контексте рассматриваемой нами проблематики имеется в виду осуществляемая таким подразделением во исполнение пп. з) п. 3 Указа проверка достоверности и полноты представляемых гражданскими служащими сведений о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера и соблюдения ими требований к служебному поведению, в рамках которой устанавливаются факт совершения коррупционного правонарушения и форма вины гражданского служащего<sup>12</sup>.

Подчеркиваем, что в таких случаях проводится не предусмотренная ст. 58 Федерального закона и регламентированная ст. 59 служебная проверка, а проверка, порядок осуществления которой определен утвержденным Указом Положением. Исходим при этом из следующего: ч. 2 ст. 58 гласит: «Перед применением дисциплинарного взыскания проводится служебная проверка». Руководствоваться данной нормой надлежит во всех случаях применения дисциплинарных взысканий, включая увольнение по различным основаниям. Но так как нормы, содержащиеся в ст. 59.2 и 59.3, являются специальными, могут применяться только при наличии особых оснований и предусматривают исключительно увольнение обязательно из-за утраты доверия ввиду правонарушений коррупционного характера, то они, безусловно, являются приоритетными по отношению к содержащимся в Федеральном законе иным схожим нормам. В противном случае — т.е. если бы вместо проверки, предусмотренной ч. 1 ст. 59.3, проводилась бы служебная проверка — налицо было бы отступление от данной нормы закона или (пусть это не покажется преувеличением) игнорирование данной нормы в процессе правоприменения.

<sup>10</sup> См.: подп. «з» п. 4 Типового положения о подразделении по профилактике коррупционных и иных правонарушений кадровой службы федерального государственного органа, утвержденного 18 февраля 2010 г. № 647п-П16 // Документ опубликован не был. Доступ из СПС «Консультант Плюс» (далее — Типовое положение).

<sup>11</sup> См.: п. 3 Типового положения.

<sup>12</sup> Там же.

В соответствии с п. 1 Положения осуществляется как проверка достоверности и полноты сведений о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера, представляемых федеральными государственными служащими по состоянию на конец отчетного периода в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 18 мая 2009 г. № 559 «О представлении гражданами, претендующими на замещение должностей федеральной государственной службы, и федеральными государственными служащими сведений о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера» (в ред. указов Президента Российской Федерации от 12 января 2010 г. № 59, от 13 марта 2012 г. № 297)<sup>13</sup>, так и проверка соблюдения государственным служащими ограничений и запретов, требований о предотвращении или урегулировании конфликта интересов, исполнения ими обязанностей, установленных Федеральным законом от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» и другими федеральными законами<sup>14</sup>.

Проверка проводится по решению руководителя федерального государственного органа или территориального органа федерального государственного органа либо должностного лица, которому такие полномочия предоставлены руководителем соответствующего федерального государственного органа<sup>15</sup>. Решение о проведении проверки принимается отдельно в отношении каждого государственного служащего и оформляется в письменном виде<sup>16</sup>.

Основанием для осуществления проверки является достаточная информация, представленная в письменном виде в установленном порядке правоохранительными и иными государственными органами, органами местного самоуправления и их должностными лицами, работниками подразделений кадровых служб федеральных государственных органов по профилактике коррупционных и иных правонарушений либо должностными лицами кадровых служб указанных органов, ответственными за работу по профилактике коррупционных и иных правонарушений, постоянно действующими руководящими органами политических партий и зарегистрированных в соответствии с законом иных общероссийских общественных объединений, не являющихся политическими партиями, Общественной палатой Российской Федерации, общероссийскими средствами массовой информации<sup>17</sup>. Информация анонимного характера не может служить основанием для проверки<sup>18</sup>.

При проведении проверки руководитель кадровой службы государственного органа в течение двух рабочих дней со дня получения соответствующего решения обеспечивает уведомление в письменной форме государственного служащего о начале в отношении него проверки и разъяснение, какие представляемые им сведе-

---

<sup>13</sup> См.: Указ Президента Российской Федерации от 18 мая 2009 г. № 559 «О представлении гражданами, претендующими на замещение должностей федеральной государственной службы, и федеральными государственными служащими сведений о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера» (в ред. указов Президента Российской Федерации от 12 января 2010 г. № 59, от 13 марта 2012 г. № 297) // В данной редакции документ опубликован не был. Доступ из СПС «Консультант Плюс».

<sup>14</sup> См.: п. 1 Положения.

<sup>15</sup> См.: п. 4 Положения.

<sup>16</sup> Там же.

<sup>17</sup> См.: п. 10 Положения.

<sup>18</sup> См.: п. 11 Положения.

ния и соблюдение каких требований к служебному поведению подлежат проверке. В течение семи рабочих дней со дня обращения государственного служащего, а при наличии уважительной причины — в срок, согласованный с государственным служащим, руководитель обеспечивает проведение в случае обращения государственного служащего беседы с ним, в ходе которой служащий должен быть проинформирован, какие представляемые им сведения и соблюдение каких требований к служебному поведению подлежат проверке<sup>19</sup>. Непосредственно эти действия осуществляют работники подразделения по профилактике коррупционных и иных нарушений<sup>20</sup>.

Государственный служащий вправе давать пояснения в письменной форме в ходе проверки по вопросам представления данных сведений и соблюдения требований к служебному поведению, по результатам проверки, а также представлять дополнительные материалы и давать по ним пояснения в письменной форме, обращаться в кадровую службу с подлежащим удовлетворению ходатайством о проведении с ним беседы по вопросам представления данных сведений и соблюдения требований к служебному поведению<sup>21</sup>. Все пояснения гражданского служащего приобщаются к материалам проверки<sup>22</sup>.

Весьма вероятна ситуация, когда гражданский служащий отказывается от дачи письменных объяснений или не представляет их. В таких случаях, несмотря на то, что данная ситуация применительно к увольнению гражданского служащего по ст. 59.2 ни в Федеральном законе, ни в Положении, ни в Типовом положении не урегулирована, полагаем, можно руководствоваться общим правилом, что в случае отказа гражданского служащего дать в письменной форме объяснение по факту совершения дисциплинарного проступка составляется соответствующий акт. Аналогичный акт необходимо составить и подписать и при отказе гражданского служащего, в отношении которого проведена проверка, от ознакомления с докладом по ее итогам или при отказе поставить свою подпись на нем.

На период проведения проверки государственный служащий может быть отстранен от замещаемой должности федеральной государственной службы на срок, не превышающий 60 дней со дня принятия решения о ее проведении. Указанный срок может быть продлен до 90 дней лицом, принявшим решение о проведении проверки. На период отстранения государственного служащего от замещаемой должности федеральной государственной службы денежное содержание по замещаемой им должности сохраняется<sup>23</sup>.

Кадровые службы федеральных государственных органов осуществляют проверку либо самостоятельно, либо путем направления запроса в федеральные органы исполнительной власти, уполномоченные на осуществление оперативно-розыскной деятельности<sup>24</sup>. Кадровые службы территориальных органов федеральных государственных органов осуществляют проверку самостоятельно. Проверку, предусматривающую направление запроса в федеральные органы исполнительной власти,

<sup>19</sup> См.: п. 22 Положения.

<sup>20</sup> См.: п. 5 Типового положения.

<sup>21</sup> См.: п. 24 Положения.

<sup>22</sup> См.: п. 25 Положения.

<sup>23</sup> См.: п. 26 Положения.

<sup>24</sup> См.: п. 13 Положения.

уполномоченные на осуществление оперативно-розыскной деятельности, осуществляют в интересах территориальных органов федеральных государственных органов соответствующие федеральные государственные органы<sup>25</sup>.

При осуществлении проверки, которую кадровые службы федеральных государственных органов осуществляют самостоятельно, должностные лица кадровых служб вправе проводить беседу с государственным служащим, изучать представленные им сведения о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера и дополнительные материалы, получать от него пояснения по представленным сведениям о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера и материалам, наводить справки у физических лиц и получать от них информацию с их согласия, осуществлять анализ сведений, представленных гражданином или государственным служащим в соответствии с законодательством Российской Федерации о противодействии коррупции. Кроме того, они вправе направлять в установленном порядке запрос (кроме запросов, касающихся осуществления оперативно-розыскной деятельности или ее результатов) в органы прокуратуры Российской Федерации, иные федеральные государственные органы, государственные органы субъектов Российской Федерации, территориальные органы федеральных государственных органов, органы местного самоуправления, на предприятия, в учреждения, организации и общественные объединения об имеющихся у них сведениях о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера гражданина или государственного служащего, его супруги (супруга) и несовершеннолетних детей, о достоверности и полноте сведений, представленных гражданином в соответствии с нормативными правовыми актами Российской Федерации, о соблюдении государственным служащим требований к служебному поведению<sup>26</sup>.

В таком запросе должны указываться фамилия, имя, отчество руководителя государственного органа или организации, в которые направляется запрос, нормативный правовой акт, на основании которого направляется запрос, фамилия, имя, отчество, дата и место рождения, место регистрации, жительства и (или) пребывания, должность и место работы (службы) гражданина или государственного служащего, его супруги (супруга) и несовершеннолетних детей, сведения о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера которых проверяются, гражданина, представившего сведения в соответствии с нормативными правовыми актами Российской Федерации, полнота и достоверность которых проверяются, либо государственного служащего, в отношении которого имеются сведения о несоблюдении им требований к служебному поведению, содержание и объем сведений, подлежащих проверке, срок представления запрашиваемых сведений, фамилия, инициалы и номер телефона государственного служащего, подготовившего запрос, другие необходимые сведения<sup>27</sup>.

В запросе о проведении оперативно-розыскных мероприятий помимо вышеперечисленных сведений указываются сведения, послужившие основанием для проверки, государственные органы и организации, в которые направлялись (направлены) запросы, и вопросы, которые в них ставились, дается ссылка на соответствующие положения Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> См.: п. 14 Положения.

<sup>26</sup> См.: п. 15 Положения.

<sup>27</sup> См.: п. 16 Положения.

<sup>28</sup> См.: п. 17 Положения.

Запросы направляются: руководителем федерального государственного органа либо уполномоченным им должностным лицом — в государственные органы и организации, руководителем территориального органа федерального государственного органа — в государственные органы субъектов РФ, территориальные органы федеральных государственных органов (кроме территориальных органов федеральных органов исполнительной власти, уполномоченных на осуществление оперативно-розыскной деятельности), органы местного самоуправления, на предприятия, в учреждения, организации и общественные объединения<sup>29</sup>. Запросы о проведении оперативно-розыскных мероприятий исполняются федеральными органами исполнительной власти, уполномоченными на осуществление оперативно-розыскной деятельности, и их территориальными органами в том числе путем взаимодействия в установленном порядке с правоохранительными органами и специальными службами иностранных государств<sup>30</sup>. Руководители государственных органов и организаций, в адрес которых поступил запрос, обязаны организовать исполнение запроса в соответствии с федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации и представить запрашиваемую информацию<sup>31</sup>. Государственные органы (включая федеральные органы исполнительной власти, уполномоченные на осуществление оперативно-розыскной деятельности, и их территориальные органы) и организации, их должностные лица обязаны исполнить запрос в срок, указанный в нем. При этом срок исполнения запроса не должен превышать 30 дней со дня его поступления в соответствующий государственный орган или организацию. В исключительных случаях срок исполнения запроса может быть продлен до 60 дней с согласия должностного лица, направившего запрос<sup>32</sup>.

В соответствии с Положением проверка осуществляется в срок, не превышающий 60 дней со дня принятия решения о ее проведении. Срок проверки может быть продлен до 90 дней лицами, принявшими решение о ее проведении<sup>33</sup>. По окончании проверки кадровая служба обязана ознакомить государственного служащего с результатами проверки с соблюдением законодательства Российской Федерации о государственной тайне<sup>34</sup>.

По результатам проверки должностному лицу, назначившему государственного служащего на должность и принявшему решение о проведении проверки, руководитель кадровой службы представляет в установленном порядке доклад о ее результатах. При этом в докладе должно содержаться одно из следующих, в частности, предложений: об отсутствии оснований для применения к государственному служащему мер юридической ответственности; о применении к государственному служащему мер юридической ответственности; о представлении материалов проверки в соответствующую комиссию по соблюдению требований к служебному поведению федеральных государственных служащих и урегулированию конфликта интересов<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> См.: п. 18 Положения.

<sup>30</sup> См.: п. 19 Положения.

<sup>31</sup> См.: п. 20 Положения.

<sup>32</sup> См.: п. 21 Положения.

<sup>33</sup> См.: п. 12 Положения.

<sup>34</sup> См.: п. 23 Положения.

<sup>35</sup> См.: п. 28 Положения.

Сведения о результатах проверки с письменного согласия лица, принявшего решение о ее проведении, предоставляются кадровой службой с одновременным уведомлением об этом государственного служащего, в отношении которого проводилась проверка, правоохранительным и налоговым органам, постоянно действующим руководящим органам политических партий и зарегистрированных в соответствии с законом иных общероссийских общественных объединений, не являющихся политическими партиями, и Общественной палате Российской Федерации, предоставившим информацию, явившуюся основанием для проведения проверки, с соблюдением законодательства Российской Федерации о персональных данных и государственной тайне<sup>36</sup>.

Если в ходе проверки или по ее результатам будет установлено, что гражданский служащий совершил действия, указывающие на признаки преступления или административного правонарушения, материалы об этом представляются в государственные органы в соответствии с их компетенцией<sup>37</sup>. Представляется, что в этом случае руководитель государственного органа должен обеспечить передачу через кадровую службу заверенных копий полученных материалов в органы дознания, органы предварительного следствия, а также судьям, органам или должностным лицам, уполномоченным рассматривать дела об административных правонарушениях. Причем заверенные копии материалов проверки необходимо направлять в органы прокуратуры и судебные органы по их запросу в обязательном порядке, а в другие государственные органы — по усмотрению руководителя государственного органа.

Обращаем внимание, что конкретные цели такой проверки в вышеназванных или каких-либо иных нормативных правовых актах федерального уровня не указаны, а механизм прописан лишь в общих чертах. Следовательно, необходимо определить эти цели и алгоритм детальных действий по проведению и оформлению результатов проверки. Полагаем, что, в общем, проверка должна проводиться в целях выявления фактов, обстоятельств, причин совершения гражданским служащим действий (образующих юридический факт дисциплинарного проступка), за которые он подлежит увольнению в связи с утратой доверия в соответствии со статьей 59.2. Исходя из анализа правоприменительной практики, в процессе проверки необходимо объективно и всесторонне установить факт совершения указанного (указанных) в ст. 59.2 действия (действий) или бездействия, время, место, обстоятельства их совершения, гражданского служащего, совершившего такое действие (действия) или проявившего непозволительное бездействие, иных лиц, если таковые имеются, причастных к совершению соответствующего действия (действий), вину гражданского служащего при совершении такого действия (действий) или при проявленном бездействии, причинно-следственную связь между действием (действиями) либо бездействием гражданского служащего и наступившими неблагоприятными последствиями, степень морального ущерба, причиненного гражданским служащим авторитету государственного органа в результате совершения неблагоприятного действия (действий), отношение гражданского служащего к совершенному им действию (действиям) или проявленному бездействию и его (их) последствиям, причины и условия, которые способствовали совершению действия (действий) или проявлению бездействия. Необходимо также обосновать предложение о достаточности (недостаточности) оснований для применения пред-

---

<sup>36</sup> См.: п. 29 Положения.

<sup>37</sup> См.: п. 30 Положения.

усмотренной статьей 59.2 меры дисциплинарной ответственности гражданского служащего, совершившего коррупционное действие (действия) или проявившего бездействие, образующее состав правонарушения коррупционного характера, сформулировать предложения об организации и о проведении предупредительно-профилактических мероприятий, направленных на устранение причин и условий, способствовавших совершению такого действия (действий) или проявлению недопустимого бездействия, оформить документально все сведения о совершенном гражданским служащим действии (действиях) или проявленном бездействии.

Попытаемся выстроить примерную модель составления и содержания доклада по итогам проверки, так как эти вопросы никак не урегулированы в правовом плане, за исключением вариантов предложений, оговоренных в п. 28 Положения. На наш взгляд, имея в виду в том числе возможную судебную перспективу, в тексте доклада важно не забывать указывать: основание для проведения проверки, наименование и реквизиты приказа (распоряжения) руководителя государственного органа о назначении проверки, должности, фамилии, инициалы лиц, осуществляющих проверку; сроки проведения проверки; факт, обстоятельства, время, место, условия совершения действия (действий) либо проявленного бездействия; сведения о гражданском служащем (должность, классный чин, фамилия, имя и отчество, период гражданской службы в замещаемой должности), совершившем действие (действия) либо проявившем бездействие, а также, возможно, о других гражданских служащих, причастных к происшедшему; нарушенные гражданским служащим требования законодательства Российской Федерации, нормативных и иных правовых актов государственного органа, должностного регламента; отношение гражданского служащего к совершенному действию (действиям) либо проявленному им бездействию согласно его письменному объяснению; правовую квалификацию совершенного гражданским служащим действия (действий) либо проявленного бездействия; степень морального ущерба, причиненного авторитету государственного органа в результате совершенного действия (действий) либо проявленного бездействия; предложения о привлечении к дисциплинарной ответственности гражданского служащего, совершившего неблагоприятное действие (действия) либо проявившего бездействие; предложения о проведении в государственном органе необходимых соответствующих предупредительно-профилактических мероприятий.

Доклад по результатам проверки обязательно должен быть подписан лицами, ее проводившими. В случае невозможности подписания доклада кем-либо из них по объективным причинам (отпуск, командировка, болезнь, иные уважительные причины) непосредственный руководитель такого лица должен представить руководителю государственного органа документы, подтверждающие факт отсутствия этого лица. В случае несогласия с выводами и предложениями, приведенными в докладе (в целом или с отдельными их положениями) участвовавшему в проверке лицу надлежит письменно изложить свое особое мнение, которое следует приобщить к докладу.

Действующими нормативными правовыми актами предусматривается также возможность рассмотрения результатов проверки комиссией государственного органа по соблюдению требований к служебному поведению федеральных государственных служащих и урегулированию конфликта интересов<sup>38</sup>. Так, соглас-

<sup>38</sup> Подробнее об организации работы комиссий в целом см., напр.: Кабанов П.А. О требованиях к членам комиссий по соблюдению требований к служебному поведению государ-

но Положению, должностное лицо, назначившее государственного служащего на должность федеральной государственной службы, рассмотрев доклад и содержащееся в нем предложение, вправе применить к государственному служащему меры юридической ответственности или представить материалы проверки в комиссию государственного органа по соблюдению требований к служебному поведению федеральных государственных служащих и урегулированию конфликта интересов<sup>39</sup>.

Далее следует строго придерживаться порядка деятельности такой комиссии, установленного Положением о комиссиях по соблюдению требований к служебному поведению федеральных государственных служащих и урегулированию конфликта интересов (далее — Положение о комиссиях), которое утверждено Указом Президента Российской Федерации от 1 июля 2010 г. № 821 «О комиссиях по соблюдению требований к служебному поведению федеральных государственных служащих и урегулированию конфликта интересов» (в ред. от 13 марта 2012 г. № 297)<sup>40</sup>.

Председатель комиссии при поступлении к нему материалов и результатов проверки в трехдневный срок назначает дату заседания комиссии (при этом дата заседания комиссии не может быть назначена позднее семи дней со дня поступления материалов), организует ознакомление с данными материалами государственного служащего, в отношении которого комиссией рассматривается вопрос, его представителя, членов комиссии и других лиц, участвующих в заседании комиссии<sup>41</sup>. Заседание комиссии проводится в присутствии государственного служащего, а при

---

ственных гражданских служащих и урегулированию конфликта интересов, не занимающим должности государственной службы // Административное и муниципальное право. 2012. № 4; Кабанов П.А. Процессуальные основания и порядок отмены обязательных решений, принимаемых Комиссиями по соблюдению требований к служебному поведению государственных гражданских (муниципальных) служащих и урегулированию конфликта интересов // Административное и муниципальное право. 2012. № 7; Кабанов П.А. Правовое регулирование мониторинга эффективности деятельности комиссий по соблюдению требований к служебному поведению государственных (муниципальных) служащих и урегулированию конфликта интересов в Республике Татарстан: опыт, проблемы, перспективы // Административное и муниципальное право. 2012. № 2; Кабанов П.А. Основания и порядок вывода членов комиссий по соблюдению требований к служебному поведению государственных (муниципальных) служащих и урегулированию конфликта интересов из их состава // Административное и муниципальное право. 2012. № 3; Кабанов П.А. Прекращение производства по материалам, поступающим на рассмотрение комиссий по соблюдению требований к служебному поведению государственных (муниципальных) служащих и урегулированию конфликта интересов: основания и порядок // Административное и муниципальное право. 2012. № 1; Кабанов П.А. Прокурорский надзор за формированием и деятельностью комиссий по соблюдению требований к служебному поведению государственных (муниципальных) служащих и урегулированию конфликта интересов // Административное и муниципальное право. 2012. № 6; Чаннов С.Е. О направлениях активизации деятельности комиссий по урегулированию конфликтов интересов // Административное право и процесс. 2011. № 5.

<sup>39</sup> См.: п. 31 Положения.

<sup>40</sup> См.: Указ Президента Российской Федерации от 1 июля 2010 г. № 821 «О комиссиях по соблюдению требований к служебному поведению федеральных государственных служащих и урегулированию конфликта интересов» (в ред. от 13 марта 2012 г. № 297). В ред. от 13 марта 2012 г. документ опубликован не был. Доступ из СПС «Консультант Плюс». Первоначальный текст документа см.: СЗ РФ. 2010. № 27. Ст. 3446 (далее — Положение о комиссиях).

<sup>41</sup> См.: п. 18 Положения о комиссиях.

наличии его письменной просьбы — в его отсутствие. В случае неявки государственного служащего или его представителя на заседание комиссии при отсутствии письменной просьбы государственного служащего о рассмотрении указанного вопроса без его участия рассмотрение вопроса откладывается. В случае вторичной неявки государственного служащего или его представителя без уважительных причин комиссия может принять решение о рассмотрении вопроса в отсутствие государственного служащего<sup>42</sup>. На заседании комиссии заслушиваются пояснения государственного служащего (с его согласия) и иных лиц, рассматриваются материалы по существу предъявляемых государственному служащему претензий, а также дополнительные материалы<sup>43</sup>.

Если комиссия устанавливает, что сведения, представленные государственным служащим, являются недостоверными и (или) неполными, или что государственный служащий не соблюдал требования к служебному поведению и (или) требования об урегулировании конфликта интересов, комиссия рекомендует руководителю государственного органа применить к государственному служащему конкретную меру ответственности или при наличии к тому оснований комиссия может принять иное решение. Основания и мотивы принятия такого решения должны быть отражены в протоколе заседания комиссии<sup>44</sup>. Решения комиссии по данным вопросам принимаются тайным голосованием (если комиссия не примет иное решение) простым большинством голосов присутствующих на заседании членов комиссии. Решения комиссии оформляются протоколами, которые подписывают члены комиссии, принимавшие участие в ее заседании. В протоколе заседания комиссии указываются: дата заседания комиссии, фамилии, имена, отчества членов комиссии и других лиц, присутствующих на заседании; формулировка каждого из рассматриваемых на заседании комиссии вопросов с указанием фамилии, имени, отчества, должности государственного служащего, в отношении которого рассматривается вопрос о соблюдении требований к служебному поведению и (или) требований об урегулировании конфликта интересов; предъявляемые к государственному служащему претензии, материалы, на которых они основываются; содержание пояснений государственного служащего и других лиц по существу предъявляемых претензий; фамилии, имена, отчества выступивших на заседании лиц и краткое изложение их выступлений; источник информации, содержащей основания для проведения заседания комиссии, дата поступления информации в государственный орган; другие сведения; результаты голосования; решение и обоснование его принятия<sup>45</sup>. Член комиссии, несогласный с ее решением, вправе в письменной форме изложить свое мнение, которое подлежит обязательному приобщению к протоколу заседания комиссии и с которым должен быть ознакомлен государственный служащий<sup>46</sup>.

Копии протокола заседания комиссии в трехдневный срок со дня заседания направляются руководителю государственного органа, полностью или в виде выписок из него — государственному служащему, а также по решению комиссии — иным заинтересованным лицам. Руководитель государственного органа обязан рассмо-

<sup>42</sup> См.: п. 19 Положения о комиссиях.

<sup>43</sup> См.: п. 20 Положения о комиссиях.

<sup>44</sup> См.: п. 23, 25, 26 Положения о комиссиях.

<sup>45</sup> См.: п. 29–31 Положения о комиссиях.

<sup>46</sup> См.: п. 32 Положения о комиссиях.

треть протокол заседания комиссии и вправе учесть в пределах своей компетенции содержащиеся в нем рекомендации при принятии решения о применении к государственному служащему мер ответственности, предусмотренных нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также по иным вопросам организации противодействия коррупции. О рассмотрении рекомендаций комиссии и принятом решении руководитель государственного органа в письменной форме уведомляет комиссию в месячный срок со дня поступления к нему протокола заседания комиссии. Решение руководителя государственного органа оглашается на ближайшем заседании комиссии и принимается к сведению без обсуждения<sup>47</sup>. Копия протокола заседания комиссии или выписка из него приобщается к личному делу государственного служащего, в отношении которого рассмотрен вопрос о соблюдении требований к служебному поведению и (или) требований об урегулировании конфликта интересов<sup>48</sup>.

При принятии решения учитываются характер совершенного гражданским служащим коррупционного правонарушения, его тяжесть, обстоятельства, при которых оно совершено, соблюдение гражданским служащим других ограничений и запретов, требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и исполнение им обязанностей, установленных в целях противодействия коррупции, а также предшествующие результаты исполнения гражданским служащим своих должностных обязанностей<sup>49</sup>. Увольнение в связи с утратой доверия применяется не позднее одного месяца со дня поступления информации о совершении гражданским служащим коррупционного правонарушения, не считая периода временной нетрудоспособности гражданского служащего, пребывания его в отпуске, других случаев его отсутствия на службе по уважительным причинам, а также времени проведения проверки и рассмотрения ее материалов комиссией по урегулированию конфликтов интересов. При этом увольнение должно быть осуществлено не позднее шести месяцев (в совокупности) со дня поступления информации о совершении коррупционного правонарушения<sup>50</sup>.

Важен еще один момент. Как показывает практика, нередко руководители и работники кадровых служб испытывают сомнения при выборе основания увольнения, которое должно указываться в трудовой книжке увольняемого. Некоторые из них считают, что увольнение необходимо осуществлять на основании ст. 59.2, и в акте об увольнении (и в трудовой книжке) гражданского служащего в случае совершения им коррупционного правонарушения в качестве основания применения данной меры указывается именно ст. 59.2<sup>51</sup>. Большинство же полагают, что таким основанием должна быть также введенная Федеральным законом № 329-ФЗ норма, содержащаяся в п. 1.1 ч. 1 ст. 37 Федерального закона («Расторжение служебного контракта по инициативе представителя нанимателя»). Эта норма предусматривает увольнение с гражданской службы в случае «утраты представителем нанимателя

---

<sup>47</sup> См.: п. 33, 34 Положения о комиссиях.

<sup>48</sup> См.: п. 37 Положения о комиссиях.

<sup>49</sup> См.: ч. 2 ст. 59.3 Федерального закона в ред. от 21 ноября 2011 г.; подп. «в» п. а 10 ст. 18 Федерального закона № 329-ФЗ.

<sup>50</sup> См.: ч. 3 ст. 59.3 Федерального закона в ред. от 21 ноября 2011 г.

<sup>51</sup> См.: ч. 4 ст. 59.3 Федерального закона в ред. от 21 ноября 2011 г.; подп. «в» п. а 10 ст. 18 Федерального закона № 329-ФЗ.

доверия к гражданскому служащему в случаях несоблюдения ограничений и запретов, требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и неисполнения обязанностей, установленных в целях противодействия коррупции настоящим Федеральным законом и Федеральным законом от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции».

На этот счет полагаем убедительным указать следующее. Статья 59.2 определяет не основания увольнения в связи с утратой доверия, а правонарушения, которые дают основания для утраты доверия к гражданскому служащему. В ч. 4 ст. 59.3, устанавливающей порядок применения дисциплинарных взысканий за коррупционные правонарушения, речь идет именно об основаниях применения дисциплинарного взыскания, которые должны быть указаны в акте о применении такого взыскания к гражданскому служащему в случае совершения им коррупционного правонарушения. Здесь важно также помнить, что ст. 37 Федерального закона наряду с основаниями расторжения служебного контракта по инициативе представителя нанимателя предусматривает и определенные гарантии гражданским служащим при увольнении их по данным основаниям. В частности, гражданский служащий не может быть освобожден от замещаемой должности гражданской службы и уволен с гражданской службы по инициативе представителя нанимателя в период его пребывания в отпуске, в том числе отпуске по беременности и родам, и в период его временной нетрудоспособности в связи с увечьем, профессиональным заболеванием или иным повреждением здоровья, связанным с исполнением должностных обязанностей. Увольнение гражданского служащего в связи с утратой доверия в случаях, предусмотренных ст. 59.2, не по основаниям, указанным в ст. 37 Федерального закона, необоснованно лишало бы их таких гарантий.

Следовательно, основанием увольнения гражданского служащего, совершившего коррупционное правонарушение, предусмотренное ст. 59.2, является п. 1.1 ч. 1 ст. 37 Федерального закона: утрата представителем нанимателя доверия к гражданскому служащему в случаях несоблюдения ограничений и запретов, требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и неисполнения обязанностей, установленных в целях противодействия коррупции настоящим Федеральным законом, Федеральным законом от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» и другими федеральными законами.

Копия акта о применении к гражданскому служащему данной меры дисциплинарного взыскания с указанием коррупционного правонарушения и нормативных правовых актов, положения которых им нарушены, или об отказе в применении к гражданскому служащему такого взыскания с указанием мотивов вручается гражданскому служащему под расписку в течение пяти дней со дня издания соответствующего акта<sup>52</sup>.

Федеральным законом установлено, что гражданский служащий вправе обжаловать взыскание в письменной форме в комиссию государственного органа по служебным спорам или в суд<sup>53</sup>. Поэтому при моделировании возможного рассмотрения иска уволенного в связи с утратой доверия гражданского служащего в судебных инстанциях рекомендуется принимать во внимание возможные оценки судами правомерности увольнения по ст. 59.2.

<sup>52</sup> См.: ч. 5 ст. 59.3 Федерального закона в ред. от 21 ноября 2011 г.

<sup>53</sup> См.: ч. 6 ст. 59.3 Федерального закона в ред. от 21 ноября 2011 г.

Так, анализ содержания кассационного определения Хабаровского краевого суда от 18 января 2012 г. по делу № 33-154/2012<sup>54</sup> показывает, на каких положениях законодательства основывался суд при отказе в удовлетворении иска территориального органа одного из федеральных органов исполнительной власти, оспаривавшего решение суда первой инстанции о восстановлении на гражданской службе гражданского служащего, уволенного по ст. 59.2. В частности, суд указал на следующее.

Пунктами 13 и 14 ч. 1 ст. 33 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» предусмотрено, что общими основаниями прекращения служебного контракта, освобождения от замещаемой должности гражданской службы и увольнения с гражданской службы являются несоблюдение ограничений и невыполнение обязательств, установленных настоящим Федеральным законом и другими федеральными законами; нарушение запретов, связанных с гражданской службой, предусмотренных ст. 17 настоящего Федерального закона.

В соответствии со ст. 73 настоящего Федерального закона федеральные законы, иные нормативные правовые акты Российской Федерации, законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права, применяются к отношениям, связанным с гражданской службой, в части, не урегулированной настоящим Федеральным законом. В связи с указанным регулирование правоотношений сторон при решении вопросов увольнения гражданских служащих осуществляется на основании положений Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации».

Несоблюдение ограничений и невыполнение обязательств, установленных настоящим Федеральным законом и другими федеральными законами, может являться основанием к увольнению государственного гражданского служащего при соблюдении условий, предусмотренных Федеральным законом «О государственной гражданской службе Российской Федерации». Ограничения, несоблюдение которых может послужить основанием для увольнения гражданского служащего, предусмотрены ч. 1 ст. 16 данного Федерального закона. Причем несоблюдение некоторых из этих ограничений указано как основание увольнения в ряде других статей Федерального закона о гражданской службе. Пункт 10 ч. 1 ст. 16 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» определил, что гражданский служащий не может находиться на гражданской службе в случае утраты представителем нанимателя доверия в случаях несоблюдения ограничений и запретов, требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и неисполнения обязанностей, установленных в целях противодействия коррупции настоящим Федеральным законом и Федеральным законом «О противодействии коррупции».

Обязанности гражданского служащего не исчерпываются собственно должностными обязанностями. Федеральное законодательство возлагает на него и ряд общих обязанностей, вытекающих из особенностей государственной службы. Федеральным законом от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» на государственных служащих возложены обязанности представлять сведения о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера и уведомлять представителя нанимателя (работодателя) об обращениях в целях склонения к совершению коррупционных правонарушений. Нарушение этих обязанностей мо-

<sup>54</sup> Кассационное определение Хабаровского краевого суда от 18 января 2012 г. по делу № 33-154/2012 // Документ опубликован не был. Доступ из СПС «Консультант Плюс».

жет повлечь увольнение гражданского служащего по п. 13 ч. 1 ст. 33 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации».

Таким образом, Федеральным законом «О государственной гражданской службе Российской Федерации» предусмотрена возможность привлечения государственного гражданского служащего к дисциплинарной ответственности за несоблюдение ограничений и запретов, требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и неисполнение обязанностей, установленных в целях противодействия коррупции настоящим Федеральным законом, Федеральным законом от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» и другими федеральными законами. В этом случае налагаются следующие дисциплинарные взыскания: замечание; выговор; предупреждение о неполном должностном соответствии, что предусмотрено ст. 59.1 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации».

Увольнение в виде дисциплинарного взыскания применяется к государственному гражданскому служащему, согласно ст. 59.2, в связи с утратой доверия в случаях (перечисляются указанные в ст. 59.2 пять оснований увольнения).

Следовательно, действующее законодательство, регулирующее вопросы увольнения государственного гражданского служащего, содержит исчерпывающий перечень оснований для увольнения в связи с утратой доверия представителя нанимателя в отношении государственного гражданского служащего в случаях несоблюдения ограничений и запретов, требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и неисполнения обязанностей, установленных в целях противодействия коррупции.

В соответствии со ст. 56 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации применительно к рассмотрению судами дел об увольнении гражданских служащих государственными органами в таких случаях должны представляться доказательства совершения гражданским служащим являющихся достаточным основанием к увольнению нарушений, предусмотренных ст. 59.2. Так как такие доказательства представлены не были, решение районного суда о восстановлении на гражданской службе гражданского служащего было признано кассационной инстанцией обоснованным.

В апелляционном определении Московского городского суда от 20 сентября 2012 г. по делу № 11-22664<sup>55</sup>, подтвердившем обоснованность решения суда первой инстанции о правомерности увольнения гражданского служащего одного из федеральных органов исполнительной власти за представление заведомо неполных сведений о своих доходах, также приведены существенные доводы, которыми руководствовался суд при рассмотрении апелляции.

Суд сослался на п. 9 ч. 1 ст. 15 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации», согласно которому гражданский служащий обязан представлять в установленном порядке предусмотренные федеральным законом сведения о себе и членах своей семьи, и ч. 1 ст. 20 Федерального закона, которой предусмотрено, что гражданский служащий, замещающий должность гражданской службы, включенную в перечень, установленный нормативными правовыми актами Российской Федерации, ежегодно, не позднее 30 апреля года, следующего за отчетным, представляет представителю нанимателя сведения о своих доходах, имуществе и обязатель-

<sup>55</sup> Апелляционное определение Московского городского суда от 20 сентября 2012 г. по делу № 11-22664 // Документ опубликован не был. Доступ из СПС «Консультант Плюс».

ствах имущественного характера, а также о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера членов своей семьи. Указанная обязанность гражданского служащего, отметил суд, установлена также ст. 8 Федерального закона от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции».

Апелляционной инстанцией указано, что в соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 59.2 гражданский служащий подлежит увольнению в связи с утратой доверия в случае непредставления им сведений о своих доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера, а также о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера своих супруги (супруга) и несовершеннолетних детей либо представления заведомо недостоверных или неполных сведений. Приказом государственного органа на основании информационного письма одного из правоохранительных органов в отношении гражданского служащего было назначено проведение проверки по факту возможного предоставления неполных сведений о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера. Гражданский служащий был уведомлен о назначении и проведении проверки. Проверкой было установлено, что у гражданского служащего в период прохождения гражданской службы в данном государственном органе имелись счета банковских карт, на которые производились безналичные зачисления денежных средств от физических лиц. В личном деле гражданского служащего указанные сведения отсутствуют.

По результатам рассмотрения материалов проверки комиссия федерального органа исполнительной власти по соблюдению требований к служебному поведению федеральных государственных гражданских служащих и урегулированию конфликта интересов подтвердила представление гражданским служащим неполных сведений о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера и рекомендовано руководителю государственного органа уволить гражданского служащего в связи с утратой доверия.

В апелляционном определении суда отмечено, что гражданский служащий был уволен в связи с утратой доверия по причине представления им заведомо неполных сведений о своих доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера на основании п. 1 ч. 1 ст. 59.2.

Обратим внимание на показательный вывод суда: в связи с тем, что истец уволен на основании нормы п. 2 ч. 1 ст. 59.2, действующей в момент издания оспариваемого приказа об увольнении и увольнения истца, проведение проверки до вступления в силу данной нормы не влияет на законность увольнения.

В заключение и в дополнение к изложенному считаем уместным высказать следующие соображения.

Кадровым службам государственных органов может представляться затруднительным определить направленность конкретного ограничения, запрета, обязанности или требования, неисполнение которых гражданским служащим образует состав дисциплинарного проступка коррупционного свойства. Это следует иметь в виду при возникновении соответствующих проблемных ситуаций, связанных с оценкой соответствующего действия (действий) или бездействия гражданского служащего. Чреваты судебным оспариванием увольнения гражданского служащего и неправильное, поверхностное прочтение соответствующих правовых норм и их применение в конкретном деле. Вместе с тем, даже если такие действия будут квалифицированы правильно и объективно, но процедура хотя бы частично, пусть даже в нюансах, не будет соблюдена, рассчитывать на поддержку решения об

увольнении по ст. 59.2 судебными инстанциями в случае судебных исков о восстановлении в должности будет весьма затруднительно.

С учетом подходов, уже практикуемых, как мы убедились, судами при рассмотрении такого рода дел, кадровым службам государственных органов во избежание неблагоприятных для государственных органов соответствующих судебных решений следует в рамках процедуры увольнения в соответствии со ст. 59.2 обеспечивать представление достаточных правовых и фактических оснований увольнения, и в первую очередь представлять веские доказательства вины гражданского служащего. Основаниями для утраты доверия должны быть подтвержденные письменными доказательствами конкретные факты совершения гражданским служащим таких виновных действий, которые дают достаточные основания для утраты доверия. Увольнение гражданского служащего должно быть основано на событиях, а не на подозрении. Если такие доказательства не будут представлены, будут представлены не в полном объеме или будут недостаточно убедительными, и тем более если вина гражданского служащего в совершении конкретных действий коррупционного характера не установлена, гражданский служащий не может быть уволен по мотивам утраты доверия. Суд, безусловно, признает такое увольнение незаконным и вынесет решение о восстановлении гражданского служащего на гражданской службе.

Кроме того, при рассмотрении вопроса об увольнении совершивших коррупционные правонарушения гражданских служащих представляется целесообразным и важным принимать решение об их увольнении только за нарушения установленных российским законодательством запретов, ограничений и обязанностей. Необходимо руководствоваться фактами обнаружения действий или проявлений бездействия, дающими основания для утраты доверия, правильно определять и фиксировать основания увольнения в зависимости от характера коррупционного правонарушения, рассматривать вопрос об увольнении гражданских служащих только на основании результатов проверок полноты и достоверности сведений о доходах и (или) соблюдения требований к служебному поведению.

Важно также обеспечивать обоснование правомерности проведения проверки (например, представление прокурора, если оно не содержит указания лица, совершившего правонарушение, не может быть принято в качестве основания для принятия решения о проведении проверки), соблюдение правил наделения соответствующих должностных лиц полномочиями по проведению проверки фактов правонарушений коррупционного характера, утверждения состава комиссии и порядка ее работы (кто, когда и как утверждает), оформление решения о проведении проверки факта совершения противоправных действий и определения вины гражданского служащего, получение объяснений от гражданского служащего, совершившего действия, дающие основания представителю нанимателя для утраты доверия, обязательность наличия доклада (не протокола заседания!) комиссии по проведению проверки по факту коррупционных проявлений со стороны гражданского служащего, правильное оформление результатов проверки.

В каждом конкретном случае необходимо оценивать как характер и последствия совершения коррупционного правонарушения, так и личность гражданского служащего, для чего стараться все-таки выносить этот вопрос на заседание комиссии государственного органа по соблюдению требований к служебному поведению федеральных государственных служащих и урегулированию конфликта интересов (коллегиального и совещательного органа). Не следует забывать также, что рассма-

тривать увольнение следует в качестве лишь одной из возможных мер дисциплинарной ответственности гражданских служащих.

В рамках общего алгоритма действий по увольнению гражданского служащего в связи с утратой доверия важно также правильное оформление приказа об увольнении, соблюдение срока, в течение которого можно издать приказ (распоряжение) об увольнении с гражданской службы в связи с утратой доверия, применение дисциплинарного взыскания в виде увольнения до истечения срока привлечения гражданского служащего к дисциплинарной ответственности, учитывать, что дисциплинарное взыскание не может налагаться в период нахождения гражданского служащего в отпуске, служебной командировке или на лечении.

Таким образом, очевидно, что учесть все возможные нюансы в одной статье не представляется возможным. Вместе с тем не сомневаемся, что изложенные в ней доводы будут с признательностью приняты правоприменителями во внимание, на что и рассчитываем.

Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2008. № 52 (часть 1). Ст. 6228.

Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 280-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с ратификацией Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции от 31 октября 2003 года и Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию от 27 января 1999 года и принятием Федерального закона «О противодействии коррупции» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2008. № 52 (часть 1). Ст. 6235.

Федеральный закон от 25 ноября 2011 г. № 329-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия коррупции» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2011. № 48. Ст. 6730.

Федеральный закон от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» (в редакции от 21 ноября 2011 г.) // В данной редакции документ опубликован не был. Доступ из СПС «Консультант Плюс» // Первоначальный текст документа опубликован в издании: Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 31. Ст. 3215.

Указ Президента Российской Федерации от 18 мая 2009 г. № 559 «О представлении гражданами, претендующими на замещение должностей федеральной государственной службы, и федеральными государственными служащими сведений о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера» (в редакции указов Президента Российской Федерации от 12 января 2010 г. № 59, от 13 марта 2012 г. № 297) // В данной редакции документ опубликован не был. Доступ из СПС «Консультант Плюс» // Первоначальный текст документа опубликован в издании: Собрание законодательства Российской Федерации. 2009. № 21. Ст. 2544.

Указ Президента Российской Федерации от 1 июля 2010 г. № 821 «О комиссиях по соблюдению требований к служебному поведению федеральных государственных служащих и урегулированию конфликта интересов» (в редакции от 13 марта 2012 г. № 297) // В редакции от 13 марта 2012 г. документ опубли-

кован не был. Доступ из СПС «Консультант Плюс» // Первоначальный текст документа опубликован в издании: Собрание законодательства Российской Федерации. 2010. № 27. Ст. 3446.

Указ Президента Российской Федерации от 13 марта 2012 г. № 297 «О Национальном плане противодействия коррупции на 2012-2013 годы и внесении изменений в некоторые акты Президента Российской Федерации по вопросам противодействия коррупции» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2012. № 12. Ст. 1391.

Положение о проверке достоверности и полноты сведений, представляемых гражданами, претендующими на замещение должностей федеральной государственной службы, и государственными служащими, и соблюдения федеральными государственными служащими требований к служебному поведению, утвержденное Указом Президента Российской Федерации от 21 сентября 2009 г. № 1065 (в редакции указов Президента Российской Федерации от 12 января 2010 г. № 59, от 01 июля 2010 г. № 821, от 21 июля 2010 г. № 925, от 13 марта 2012 г. № 297) // В данной редакции документ опубликован не был. Доступ из СПС «Консультант Плюс» // Первоначальный текст документа опубликован в издании: Собрание законодательства Российской Федерации. 2009. № 39. Ст. 4588.

Типовое положение о подразделении по профилактике коррупционных и иных правонарушений кадровой службы федерального государственного органа, утвержденное Заместителем Председателя Правительства Российской Федерации — Руководителем Аппарата Правительства Российской Федерации, членом президиума Совета при Президенте Российской Федерации по противодействию коррупции С.Собяниным 18 февраля 2010 г. № 647п-П16 // Документ опубликован не был. Доступ из СПС «Консультант Плюс».

Кассационное определение Хабаровского краевого суда от 18 января 2012 г. по делу № 33-154/2012 // Документ опубликован не был. Доступ из СПС «Консультант Плюс».

Белова С.В., Алексеева Л.Г. Соблюдение законодательства в борьбе с коррупцией // Законность. 2011. № 8.

Ватель А.Ю. Административно-правовое регулирование разрешения конфликта интересов на государственной службе в механизме противодействия коррупции // Административное и муниципальное право, 2012. № 6.

Изолитов И.С. Институт конфликта интересов на государственной и муниципальной службе: постановка проблемы // Муниципальная служба: правовые вопросы. 2012. № 2.

Кабанов П.А. О требованиях к членам комиссий по соблюдению требований к служебному поведению государственных гражданских служащих и урегулированию конфликта интересов, не занимающим должности государственной службы // Административное и муниципальное право. 2012. № 4.

Кабанов П.А. Основания и порядок вывода членов комиссий по соблюдению требований к служебному поведению государственных (муниципальных) служащих и урегулированию конфликта интересов из их состава // Административное и муниципальное право. 2012. № 3.

Кабанов П.А. Правовое регулирование мониторинга эффективности деятельности комиссий по соблюдению требований к служебному поведению государственных (муниципальных) служащих и урегулированию конфликта интересов в Республике Татарстан: опыт, проблемы, перспективы //Административное и муниципальное право. 2012. № 2.

Кабанов П.А. Прекращение производства по материалам, поступающим на рассмотрение комиссий по соблюдению требований к служебному поведению государственных (муниципальных) служащих и урегулированию конфликта интересов: основания и порядок //Административное и муниципальное право. 2012. № 1.

Кабанов П.А. Прокурорский надзор за формированием и деятельностью комиссий по соблюдению требований к служебному поведению государственных (муниципальных) служащих и урегулированию конфликта интересов // Административное и муниципальное право. 2012. № 6.

Кабанов П.А. Процессуальные основания и порядок отмены обязательных решений, принимаемых Комиссиями по соблюдению требований к служебному поведению государственных гражданских (муниципальных) служащих и урегулированию конфликта интересов //Административное и муниципальное право. 2012. № 7.

Кудашкин А.В., Козлов Т.Л. Порядок регулирования конфликта интересов нуждается в совершенствовании // Российская юстиция. 2010. № 10.

Макаров А.В., Фирсов О.В. Проблемы совершенствования норм оперативно-розыскного законодательства, регулирующих проверку достоверности сведений /Российский следователь. 2012. № 7.

Пономарева Е.А. Урегулирование конфликта интересов на гражданской службе и противодействие коррупции // Безопасность бизнеса. 2012. № 1.

Чаннов С.Е. За коррупцию семья в ответе // ЭЖ-Юрист. 2012. № 13.

Чаннов С.Е. О направлениях активизации деятельности комиссий по урегулированию конфликтов интересов // Административное право и процесс. 2011. № 5.

Чаннов С.Е. Публичная дисциплинарная ответственность государственных служащих: проблемы построения модели // Государственная власть и местное самоуправление. 2011. № 2.

Чаннов С.Е. Совершенствование антикоррупционных законов // ЭЖ-Юрист. 2012. № 10.

.....

## **Organizational and Legal Mechanism of Dismissing Civil Servants for Loss of Trust Caused by Corruption Crimes**

**A.G. Gurinovich**

Professor, Department of Law Theory and Comparative Legal Studies, HSE Law Faculty, 17, Malaya Ordynka str., Moscow, 119017, Russian Federation.

## Abstract

The article considers the problem of applying in practice the legal norms enacted at the end of 2011 governing the dismissal of civil servants on the basis of article 59.2 of the Federal law On State Civil Service of the Russian Federation.

## Keywords

Civil servant, representative of the employer, loss of trust, corruption offenses, investigation, dismissal, registration

## References

Federal'nyi zakon ot 25 dekabrya 2008 g. #273-FZ "O protivodeystvii korruptsii". Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoy Federatsii. 2008, #52 (chast' 1). St. 6228.

Federal'nyi zakon ot 25 dekabrya 2008 g. #280-FZ " O vnesenii izmenenii v otdel'nye zakonodatel'nye akty Rossiiskoy Federatsii v svyazi s ratifikatsiyey Konventsii Organizatsii Ob'edinennykh Natsii protiv korruptsii ot 31 oktyabrya 2003 goda I Konventsii ob ugolovnoy otvetstvennosti za korruptsiyu ot 27 yanvarya 1999 goda i prinyatiem Federal'nogo zakona " O protivodeystvii korruptsii". Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoy Federatsii. 2008, #52 (chast' 1). St. 6235.

Federal'nyi zakon ot 25 noyabrya 2011 g. #329-FZ " O vnesenii izmenenii v otdel'nye zakonodatel'nye akty Rossiiskoy Federatsii v svyazi s sovershenstvovaniem gosudarstvennogo upravleniya v oblasti protivodeystvoya korruptsii". Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoy Federatsii. 2011, #48. St. 6730.

Federal'nyi zakon ot 27 iyulya 2004 g. #79-FZ " O gosudarstvennoy grazhdanskoj sluzhbe Rossiiskoy Federatsii" (v redaktsii ot 21 noyabrya 2011 g.). V dannoy redaktsii document opublikovan ne byl. Dostup iz SPS "Konsul'tant Plyus". Pervonachal'nyy tekst dokumenta opublikovan ne byl. Dostup iz SPS Konsul'tant plyus. Pervonachal'nyy tekst dokumenta opublikovan v izdanii: Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoy Federatsii. 2004, #31. St. 3215.

Ukaz Prezidenta Rossiiskoy Federatsii ot 18 maya 2009 g. #559 "O predstavlenii grazhdanami, pretenduyushchimi na zameshchenie dolzhnostey federal'noy gosudarstvennoy sluzhby, I federal'nymi gosudarsvennymi sluzhashchimi svedenii o dokhodah, ob imushchestve I obyazatel'stvakh imushchestvennogo kharaktera" (v redaktsii ukazov Prezidenta Rossiiskoy Federatsii ot 12 yanvarya 2010 g. #59, ot 13 marta 2012 g. #297). V dannoy redaktsii document opublikovan ne byl. Dostup iz SPS "Konsul'tant Plyus". Pervonachal'nyy tekst dokumenta opublikovan ne byl. Dostup iz SPS Konsul'tant plyus. Pervonachal'nyy tekst dokumenta opublikovan v izdanii: Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoy Federatsii. 2009, #21. St. 2544.

Ukaz Prezidenta Rossiiskoy Federatsii ot 1 iyulya 2010 g. #821 "O komissiyakh po sobliudeniyu trebovaniy k sluzhebnomu povedeniyu federal'nykh gosudarstvennykh sluzhashchikh I uregulirovaniyu konflikta interesov" (v redaktsii ot 13 marta 2012 g. #297). V redaktsii ot 13 marta 2012 g. document opublikovan ne byl. Dostup iz SPS "Konsul'tant Plyus". Pervonachal'nyy tekst dokumenta opublikovan v izdanii: Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoy Federatsii. 2010. #27. St. 3446.

Ukaz Prezidenta Rossiiskoy Federatsii ot 13 marta 2012 g. #297 “O Natsional’nom plane protivodeystviyu korruptsii na 2012-2013 godu i vnesenii izmeneniy v nekotorye akty Prezidenta Rossiiskoy Federatsii po voprosam protivodeystviyu korruptsii. Sobranie zakonodatel’sтва Rossiiskoy Federatsii. 2012. #12. St. 1391.

Polozhenie o provereke dostovernosti I polnoty svedenii, predstavlyaemykh grazhdanami, pretenduyushchimi na zameshenie dolzhnosteni federal’noi gosudarstvennoi sluzhby, I gosudarstvennymi sluzhashchimi, I sobliudeniya federal’nymi gosudarstvennymi sluzhashchimi trebovaniy k sluzhebnomu povedeniyu, utverzhdennoe Ukazom Prezidenta Rossiiskoy Federatsii ot 21 sentyabrya 2009 g. #1065 (v redaktsii Ukazov Prezidenta Rossiiskoy Federatsii ot 12 yanvarya 2010 g. #59 ot 1 iyulya 2010 g. #821, ot 21 iyulya 2010 g. # 925, ot 13 marta 2012 g. #297). V dannoy redaktsii document opublikovan ne byl. Dostup iz SPS “Konsul’tant Plyus”. Pervonachal’nyy tekst dokumenta opublikovan v izdanii: Sobranie zakonodatel’sтва Rossiiskoy Federatsii. 2009, #39. St. 4588.

Tipovoe polozhenie o podrazdelenii po profilaktike korruptsionnykh I inykh pravonarusheniy kadrovoi sluzhby federal’nogo gosudarstvennogo organa, utverzhdennoe Zamestitelem Predsedatelya Pravitel’sтва Rossiiskoi Federatsii — Rukovoditelem Apparata Pravitel’sтва Rossiiskoi Federatsii, chlenom prezidiuma Soveta pri Prezidente Rossiiskoi Federatsii po protivodeystviyu korruptsii S. Sobyanim 18 fevralya 2010 g. #647 p-P16. Document opublikovan ne byl. Dostup iz SPS “Konsul’tant Plyus”.

Apelyatsionnoe opredelenie Moskovskogo gorodskogo suda ot 20 sentyabrya 2012 g. po delu № 11-22664. Document opublikovan ne byl. Dostup iz SPS “Konsul’tant Plyus”.

Kassatsionnoe opredelenie Khabarovskogo kraevogo suda ot 18 yanvarya 2012 g. po delu № 33-154/2012. Document opublikovan ne byl. Dostup iz SPS “Konsul’tant Plyus”.

Belova S.V., Alekseeva L.G. Soblyudenie zakonodatel’sтва v bor’be s korruptsией [Legislation tackling corruptions]. *Zakonnost’ — Legality*, 2011, no. 8.

Vatel’ A.Yu. *Administrativno-pravovoe regulirovanie razresheniya konflikta interesov na gosudarstvennoy sluzhbe v mekhanizme protivodeystviya korruptsii* [Administrative and legal regulation of settling conflict of interests at state service in the anti-corruption mechanism]. *Administrativnoe i munitsipal’noe pravo — Administrative and municipal law*, 2012, no. 6.

Izolotov I.S. Institut konflikta interesov na gosudarstvennoy i munitsipal’noy sluzhbe: postanovka problemy [Institution of the conflict of interests at the state and municipal service: setting up a problem]. *Munitsipal’naya sluzhba: pravovye voprosy — Municipal service: legal questions*, 2012, no. 2.

Kabanov P.A. O trebovaniyakh k chlenam komissiy po soblyudeniyu trebovaniy k sluzhebnomu povedeniyu gosudarstvennykh grazhdanskikh sluzhashchikh i uregulirvaniyu konflikta interesov, ne zanimayushchim dolzhnosti gosudarstvennoy sluzhby [On the requirements to the members of commissions to monitor the requirements to behavior at service of state civil servants and settling conflict of interests and members of the commission not taking state offices]. *Administrativnoe i munitsipal’noe pravo — Administrative and municipal law*, 2012, no. 4.

Kabanov P.A. Osnovaniya i poryadok vyvoda chlenov komissiy po sobludenoyu trebovaniy k sluzhebnomu povedeniyu gosudarstvennykh (munitsipal'nykh) sluzhashchikh [Grounds and order of removing members of the commission on the requirements to behavior at service of state (municipal) servicemen. Administrativnoe i munitsipal'noe pravo — Administrative and municipal law, 2012, no. 3.

Kabanov P.A. Pravovoe regulirovanie monitoringa effektivnosti deyatelnosti komissiy po sobludenoyu trebovaniy k sluzhebnomu povedeniyu gosudarstvennykh (munitsipal'nykh) sluzhashchikh i uregulirovaniyu konflikta interesov v Respublike Tatarstan: opyt, problemy, perspektivy [Legal regulation of monitoring efficiency in the activity of the commission on the requirements to behavior at service of state (municipal) servicemen and settling conflicts of interests in the Republic of Tatarstan: experience, problems, outlook]. Administrativnoe i munitsipal'noe pravo — Administrative and municipal law, 2012, no. 2.

Kabanov P.A. Prekrashchenie proizvodstva po materialam, postupayushchim na rassmotrenie komissiy po soblyudeniyu trebovanii k sluzhebnomu povedeniyu gosudarstvennykh (munitsipal'nykh) sluzhashchikh i uregulirovaniyu konflikta interesov: osnovaniya i poryadok [Termination of procedure due to the materials submitted to the commission on the requirements to behavior at service of state (municipal) servicemen and settling conflicts of interests: grounds and order], Administrativnoe i munitsipal'noe pravo — Administrative and municipal law, 2012, no.1.

Kabanov P.A. Prokurorskiy nadzor za formirovaniem i deyatelnosti komissii po sobludenoyu trebovaniy k sluzhebnomu povedeniyu gosudarstvennykh (munitsipal'nykh) sluzhashchikh i uregulirovaniyu konflikta interesov [Procuratorial supervision of the process of establishing and activity of the commission on the requirements to behavior at service of state (municipal) servicemen and settling conflicts of interests]. Administrativnoe i munitsipal'noe pravo — Administrative and municipal law, 2012, no. 6.

Kabanov P.A. Protsessual'nie osnovaniya i poryadok otmeny obyazatel'nykh reshenii, prinimaemykh komissiy po sobludenoyu trebovaniy k sluzhebnomu povedeniyu gosudarstvennykh (munitsipal'nykh) sluzhashchikh i uregulirovaniyu konflikta interesov [Procedural grounds and order of cancelling obligatory decisions taken by the commissions on the requirements to behavior at service of state (municipal) servicemen and settling conflicts of interests]. Administrativnoe i munitsipal'noe pravo — Administrative and municipal law, 2012, no. 7.

Kudashkin A.V., Kozlov T.L. Poryadok regulirovaniya konflikta interesov nuzhdaetsya v sovershenstvovanii [Procedure of settling conflict of interests requires improvement]. Rossiyskaya justitsiya — Russian justice], 2010, no.10.

Makarov A.V., Firsov O.V. Problemy sovershenstvovaniya norm operativno-rozysknogo zakonodatel'stva, reguliruyushchikh proverku dostovernosti svedenii [Improving norms of operational investigation legislation, regulating checking data reliability]. Rossiyskiy sledovatel' — Russian Investigator. 2012, no.7.

Ponomareva E.A. Uregulirovanie konflikta interesov na grazhdanskoj sluzhbe i protivodeystvie korruptsii [Settling conflict of interests at the state service and counteracting corruption]. Bezopasnost' biznesa — Security of business, 2012, no.1

Channov S.E. Za korruptsiyu sem'ja v otvete [Family is responsible for corruption]. EZh-Yurist –Lawyer.

Channov S.E. O napravleniyakh aktivizatsii deyatel'nosti komissii po uregulirovaniyu konfliktov interesov [On the trends of boosting activity of the commissions on settling conflicts of interests]. Administrativnoe pravo i protsess — Administrative law and process, 2011, no. 5.

Channov S.E. Publichnaya distsiplinarnaya otvetstvennost' gosudarstvennykh sluzhashchikh: problemy postroeniya modeli [Public disciplinary liability of state servants: problems of making up a model]. Gosudarstvennaya vlast' i mestnoe samoupravlenie — State power and local self government, 2011, no.2.

Channov S.E. Sovershenstvovanie antikorruptsioonykh zakonov [Improving anti-corruption laws] EZh-Yurist –Lawyer.

**П.Н. Панченко**

профессор, заведующий  
кафедрой уголовного  
права и уголовного  
процесса Национального  
исследовательского  
университета «Высшая  
школа экономики»  
(г. Нижний Новгород),  
заслуженный юрист  
Российской Федерации,  
доктор юридических наук\*

## План наступления на преступность: опыт формирования проекта уголовной политики второго десятилетия XXI века (обзор представлений студентов-юристов)

*В статье на основе анализа состояния преступности, ее причин, предпринимаемых в целях борьбы с ней мер, а также с учетом представлений студентов, какой должна быть уголовная политика в России во втором десятилетии нового века, намечены контуры данной политики на ее ближайшую и более отдаленную перспективу. Показаны ее направления, раскрыто их содержание, сформулированы предложения по повышению эффективности организационной, правовой и иной деятельности в соответствующей сфере.*

**Ключевые слова:** анализ, преступность, причины, борьба, меры, политика, перспектива, направления, содержание, эффективность, деятельность, сфера.

Несмотря на радужные прогнозы отдельных криминологов и активизацию антикриминальных мер, на шаги по реформированию правоохранительной системы и общему экономическому, социальному, культурному и иному оздоровлению ситуации в стране (борьба с бедностью, обращение к «духовным скрепам», рост влияния Русской православной церкви (РПЦ) и др.), преступность в начале второго десятилетия нового века не намерена сдавать позиции. Более того, она реально не только не сдает их, но и, похоже, занимает все новые рубежи, причем во все более широких масштабах и во все ускоряющемся темпе.

Становится очевидным, что предпринимаемые меры недостаточны, нужно еще что-то делать для того, чтобы преступность наконец-то остановилась и, может быть, даже в какой-то своей части пошла, образно говоря, на попятную. Но что именно необходимо сделать для этого? С таким вопросом автор обратился (апрель 2011 г.) к студентам второго курса дневной формы обучения факультета права Ни-

---

\* E-mail: panvest@mail.ru

жегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Статус исследовательского вуза обязывал каждого из студентов обстоятельно поразмыслить над поставленным вопросом и дать на него достаточно вразумительный и, конечно же, аргументированный и убедительный ответ. На анализ проблемы и письменное оформление ответа отводились две недели и две страницы стандартных листов бумаги.

В качестве главной цели предпринятого проекта выдвигалось формирование с участием студентов комплексного плана наступления на преступность во втором десятилетии XXI в., а именно такого плана, реализация которого могла бы обеспечить необратимую динамику сокращения этого общественно опасного явления — по крайней мере, до того минимального уровня, который вообще возможен при существующем порядке вещей.

Студенты (84 чел.) только приступили к изучению уголовного права<sup>1</sup>, но именно их неискушенность и располагала к широте мышления. С одной стороны, эти молодые люди, как можно было полагать, вполне осознанно сделали свой профессиональный выбор, поступив учиться в вуз именно на юриста, но, с другой — их сознание пока еще не было заштамповано преподавательскими суждениями, для которых, как правило, свойственны доминирующие в учебной литературе концепции и прочий учебно-научный официоз.

Говоря другими словами, нужен был взгляд на поставленный вопрос как бы со стороны. Студенты-юристы (делаем на этом особый акцент) хотя и, так сказать, свои люди в интересующей нас проблематике (по ходу учебы они и из других источников черпали много полезной для себя информации о преступности и мерах борьбы с ней), но, безусловно, еще не поднаторели в различных юридических премудростях — по крайней мере до той степени, которая позволяла бы им достаточно легко ориентироваться в вопросах преодоления преступности в условиях нынешней непростой действительности.

Понятно, что в настоящее время по таким вопросам издается много книг, статей и других материалов, книжные магазины завалены подобной литературой, ломается от нее и полки библиотечных фондов, немало интересной информации можно найти в Интернете. Полны криминальных хроник средства массовой информации, падкие, как правило, до «жареных» фактов. Особенно преуспевает в показе различных криминальных сюжетов телевидение, что в известной мере спровоцировано некоторым всплеском преступности в период мирового финансового кризиса (2008–2010 гг.), сильно ударившего и по экономике нашей страны.

Все это заставляет задуматься о преступности не только студентов-юристов, но просто всех мыслящих людей — тем более, не равнодушных к острейшим проблемам современности. Но если ты, ко всему прочему, еще и студент-юрист, то тебе, как рассуждал автор, и карты в руки. Что же касается собственной задачи, то ее автор видел в том, чтобы подвести студенческие выводы — относительно дальнейших шагов наступления на преступность в текущий момент — к какому-то общему знаменателю. Естественно, в каких-то случаях нам приходилось, отталкиваясь от студенческих мыслей, допускать и какое-то присутствие в них своих суждений —

---

<sup>1</sup> О криминологии и других уголовно-правовых дисциплинах они пока еще вообще ничего не слышали, если, конечно, не считать самых общих представлений, почерпнутых из вводной лекции по уголовному праву.

например, в порядке их логического развития, придания им определенной выразительности, полноты, завершенности.

Для обобщения отбирались в основном те записи, которые были по делу и, так или иначе, гармонировали с нашими позициями. Или, по крайней мере, были созвучны с ними, а если и различались, то, может быть, лишь в каких-то нюансах. Если что-то и отсортировывалось, то только такие фрагменты записей, которые, выходя за рамки здравого смысла, как-то (прямо или косвенно) оправдывали преступления («все мы — преступники...», «против лома — нет приема...», «на то и щука в реке, чтобы карась не дремал...» и т.п.), либо вообще не относились к теме («надо больше работать с потерпевшими — чтобы они не попадались под горячую руку преступников...», «чем прикармливать полицейских, лучше создавать нормальные условия для нормальных людей...», «дураков у нас много, а поэтому Россия для преступников — рай...» и т.п.).

Касаясь состояния проблемы в целом, студенты в своих записях не без оснований указывали, что вследствие финансовых потрясений в мире и стране в последние три года первого десятилетия нового века преступность как бы обрела новое дыхание, взбодрилась, вышла на широкий оперативный простор, охватив собою, по существу, все сферы жизнедеятельности. Обозначились такие явления, как крышевание правоохранительными органами преступности, наметилась прямая их смычка с криминалом, как и непосредственное участие сотрудников названных органов в совершаемых преступлениях, в том числе и самых опасных. Дело доходило до того, что за взятки сотрудники потворствовали трудовым мигрантам, незаконно пребывающим в нашей стране. Оборотней в погонах и без погон в годы кризиса появилось так много, что уже к 2011 г. стало понятным — без наступления на преступность по всему фронту имеющихся сил и средств продолжать двигаться вперед страна не сможет.

Как известно, 2011 год стал у нас годом реформирования милиции в полицию, начались процедуры обновления кадров, преобразования затронули и другие правоохранительные структуры. На преодоление криминогенных факторов, наряду с федеральными, были нацелены также региональные и местные властно-управленческие структуры, поддерживались соответствующие инициативы различных институтов гражданского общества — в частности, формировались дружины, на поддержание правопорядка вышло казачество, что-то делали в этом же направлении администрации организаций.

Несмотря на успокаивающую статистику преступности в последние годы (судя по ее данным, преступность постепенно снижается), «горячее дыхание» криминала ощущается пока еще весьма сильно. Его постоянно испытывает на себе едва ли не каждый россиянин: кого-то избил или «обхулиганили», другого и вовсе грохнули, у третьего угнали машину, четвертого кинули с выплатой страхового возмещения, пятого обобрал как липку таксист — вкупе с сотоварищами (например, заманив обманом в машину, содрал с него за 1 километр пути 10 тыс. руб.), в отношении шестого занимается, по существу, тем же, но иными методами, продавец, работник сферы услуг или коррумпированный чиновник.

С возрастающим рвением преступники продолжают безнаказанно бомбить гаражи, крушить дачные постройки, устраивать шмон в общественном транспорте, грабить и убивать припозднившихся путников (порой у их же подъездов), насиловать малолетних детей — и уже даже в больницах, не говоря о лифтах, кустах,

подъездах и других излюбленных местах педофилов. Преступники начали обворовывать и грабить даже храмы, причем иногда попутно убивая священников.

Но студент есть студент, и казалось, пока не придет время сдавать зачет или экзамен, для него все это, так сказать, по барабану. Однако не тут-то было. Студенты заинтересованно делились своими суждениями о том, что надо делать с преступностью — пока она сама с нами, как говорится, не сыграла злую шутку, т.е. не сделала чего-то такого, после чего предпринимаемые усилия вообще могут оказаться безрезультатными.

Студенты внесли в общей сложности 376 предложений. Сила, вес и ценность их были, конечно, разными, но уже первое ознакомление с ними показало, что работать есть над чем. Полученный материал сам собой напрашивался на обобщение, что и было сделано.

Короче говоря, желание пообщаться со студентами, пока еще не умудренными глубокими познаниями в области криминологии и других уголовно-правовых наук, по вопросу о том, как добиться снижения преступности, оказалось, как потом выяснилось, не напрасным. Главное, что удалось выяснить в ходе опроса, — это то, что, по мнению студентов, активизация борьбы с преступностью *назрела*, но, чтобы эта борьба была эффективной и действительно привела к снижению преступности, ее надо правильно спланировать, организовать и осуществлять.

Как заметил один из студентов, если даже половина из внесенных лично им предложений (а он внес целых 10 предложений!) будет реализована, то с преступностью у нас если и не будет полностью покончено, то, во всяком случае, напряженка с ней спадет. Многие предложения оказались весьма радикальными — вплоть до отмены моратория на смертную казнь и введения (легализации) самосуда над лицами, совершающими тяжкие и особо тяжкие преступления.

Разговор обо всем этом еще впереди, а пока продолжим обзор студенческих взглядов. Вначале поясним, что опрос не был анонимным. Хотя студентам предоставлялась возможность укрыться от нежелательного критического внимания преподавателя под псевдонимом, но никто из них не воспользовался этим шансом, что отнюдь не помешало открытости в суждениях, в том числе в ряде случаев довольно категоричных. Кто-то клеймил позором власть, требовал призвать ее к ответу (в частности, за раздрай в стране, за торжество преступности, господство мафий), кто-то предупреждал власть о перспективе смуты, о возможности «российской Ливии» и даже нового раскола страны. Но не это было основным в высказываниях. Главным в них было то, что звучала искренняя озабоченность судьбой страны и той опасностью, которая может исходить от преступности — если ее не поставить в какие-то довольно жесткие рамки и не ударить по ней всей предназначенной для этого мощью.

В частности, все студенты сошлись в том, что «победить преступность» может лишь власть, имеющая на этот счет твердо выраженную политическую волю. При этом власть, как они считали, должна опираться не только на уголовное право, но и на широкий комплекс других мер, начиная от политических, экономических, социальных, культурных, организационных и кончая мерами общей и индивидуальной профилактики преступлений. В том числе это должны быть меры адаптации лиц, освобождаемых из мест лишения свободы, к условиям открытого пространства, меры оказания помощи им в трудоустройстве, обретении крыши над головой, получении необходимого профессионального образования. В целом вносимые сту-

дентами предложения были вдумчивы, корректны, взвешены, а следовательно, заслуживали рассмотрения.

Например, предлагалось формировать уголовную политику на основе ее задач, принципов, стратегии и тактики, глубокого и всестороннего изучения преступности и предпринимаемых в целях борьбы с ней мер, выявления эффективных и неэффективных ее сторон, средств и методов, налаживания точной, полной, объективной и систематизированной статистики преступности, реформирования *всей* системы правоохранительных органов (а не только органов внутренних дел), использования соответствующего зарубежного опыта. Наряду с внедрением в деятельность правоохранительных органов принципа неотвратимости ответственности, опрошенные предлагали сделать реальным и принцип независимости судей, что, конечно же, является актуальным.

Предлагая делать ставку на науку, опрошенные выступали за более тщательное, глубокое и всестороннее изучение причин преступности. Если мы не знаем, откуда у преступности растут ноги, заявил один из студентов, то надо спросить об этом самих преступников, в том числе на следствии, в суде или во время отбывания наказания, — они-то, мол, знают, почему совершили преступления. Нельзя интересоваться доказательствами и совершенно не думать о том, почему тот или иной человек совершил то или иное преступление. Студенты твердо были уверены и в том, что, прежде всего, лица, совершившие преступления, могут дать достаточно полные пояснения относительно того, что надо было делать на направлении преодоления преступности.

Есть определенное мнение по данному вопросу и у тех, кто работает, так сказать, на земле, т.е. реально осуществляет противодействие преступлениям. Этим, как считали студенты, тоже надо интересоваться — как и мнением на этот счет широких кругов нашей общественности, в том числе представителей инженерно-технического корпуса, учителей, врачей, рабочих, сельских тружеников.

Но в каких-то случаях студенты, переводя, так сказать, стрелки на *других* (спросите, мол, у них), сами рассказывали немало интересного и важного о том, какими все-таки мерами можно было бы если не победить преступность, то, во всяком случае, поставить ее в те рамки, в которых она сильно не высовывалась бы, не была заметна невооруженному взгляду, не бросалась в глаза. То есть если ты сам так или иначе не завязан на борьбу (не служишь в органах, не являешься адвокатом, судебным экспертом, сотрудником исправительного учреждения или иным работником, прямо или косвенно связанным с правоохранительной деятельностью), то для тебя преступности вроде бы и не существует.

Общий спектр предложенных студентами мер преодоления преступности, способных укрепить правопорядок, включал меры политического, экономического, социального, культурного, просветительского, организационного, информационного, правового, педагогического, психологического, медицинского, научного и образовательного характера. Такой спектр мер прямо и непосредственно вытекал из представлений студентов о соответствующих причинах преступности:

- *политические* причины студенты усматривали в основном в отсутствии в стране эффективной уголовной политики;
- *экономические* — в слабом материально-техническом обеспечении правоохранительных органов;
- *социальные* — в низком материальном уровне жизни значительной части населения;

- *культурные* — в падении нравов;
- *просветительские* — в отсутствии целенаправленной системной работы по правовому просвещению населения;
- *организационные* — в отсутствии надлежащего взаимодействия между различными подразделениями правоохранительных органов;
- *информационные* — в недостаточном информировании населения о состоянии правопорядка и предпринимаемых в целях борьбы с преступностью мерах;
- *правовые* — в несовершенстве наших законов и практики их применения;
- *педагогические* — в отсутствии хорошо отлаженной системы социальной педагогики, которая была бы ориентирована, прежде всего, на несовершеннолетних с противоправной и аморальной активностью;
- *психологические* — в отсутствии психологической помощи нуждающимся в ней гражданам;
- *медицинские* — в отсутствии хорошо отработанной системы лечения лиц, страдающих алкоголизмом, наркоманией, токсикоманией, ВИЧ-инфекцией, психическими расстройствами, другими болезнями, так или иначе связанными с совершением тех или иных преступлений;
- *научные* — в отсутствии предварительной научной проработки принимаемых законов и предпринимаемых правоохранительными органами антикриминальных мер;
- *образовательные* — в отсутствии в программах школьного, среднего специального, довузовского, вузовского и послевузовского образования учебных дисциплин, которые были бы посвящены вопросам укрепления правопорядка и борьбы с преступностью.

В своих представлениях о *политических* мерах снижения преступности студенты больше упирали на необходимость формирования рациональной и эффективной уголовной политики. Но были и пожелания к власти быть более динамичной, обрести политическую волю преодолеть преступность в наиболее опасных ее проявлениях, причем в достаточно короткие сроки, настойчивее проводить в жизнь соответствующие антикриминальные мероприятия.

Предлагалось, в частности, возвести борьбу с преступностью в одно из приоритетных направлений политики, разработать широкомасштабные программы в данной сфере (федеральную, региональные, местные) и последовательно их осуществлять. Говорилось о необходимости большей самостоятельности правоохранительных органов, укрепления авторитета руководителей всех звеньев их системы — тогда сотрудники этих органов не будут чувствовать себя «временщиками», всецело зависимыми от воли начальников: сегодня, мол, они *работают*, а завтра вполне могут быть сметены с постов по произволу вышестоящего начальства. В правовом государстве именно закон должен быть главным инструментом управления, а не «голое» начальственное усмотрение.

Высказывались мнения и о том, чтобы руководители — по крайней мере низовых структур правоохранительных органов — *избирались* населением, проживающим на соответствующей территории, являясь как бы «шерифами» — по типу известных американских блюстителей порядка. Например, на пять лет — с правом продления полномочий на тот же срок — при отсутствии существенных к тому препятствий и с возможностью досрочного отзыва с выборной должности в случае возникновения таких препятствий. Важно ввести периодическую отчетность (по меньшей мере раз в год) этих руководителей перед своими избирателями. Тогда,

как полагали студенты, взятка будет меньше (если они вообще будут — кто же захочет потерять достаточно высокую, почетную и к тому же хорошо оплачиваемую должность?), а порядка — больше.

Уголовная политика, полагали студенты, не может ограничиваться только задачами, принципами и другими общими положениями, касающимися правоохранительной деятельности в области снижения преступности, непосредственно вытекающими из Конституции Российской Федерации и общепризнанных принципов и норм международного права. Она должна формировать и конкретные направления данной деятельности — как стратегические, так и тактические. Если стратегия должна быть нацелена на борьбу со всей преступностью в целом, то тактика — на те преступления, которые совершаются чаще, являются более опасными и эффективное противодействие которым может привести к снижению всей преступности в целом.

Так, если в настоящее время в структуре преступности преобладают хищения, вымогательства, незаконное предпринимательство, занятие игорным бизнесом, торговлей фальсифицированным продуктом, происки разного рода посредников («черных маклеров»), злоупотребления сотрудников страховых организаций и банков, криминальный наркотизм, коррупционные преступления, то на все это и должно быть направлено главное острие уголовной политики. Расширение имущественных санкций должно *дополнять*, а не подменять санкции, воздействующие непосредственно на личность — например, такие, как лишение и ограничение свободы.

Примечательно, что при ознакомлении со всеми этими суждениями совсем не возникало такого впечатления, что яйца курицу учат. Становилось понятным, почему некоторые профессора в своих обращениях к студентам используют термин «коллеги». Это не от заискивания и, тем более, не от лукавства, а от тех реалий, при которых студенты, буквально «купаясь» в знаниях, идущих от преподавателей, одновременно становятся вместе с последними довольно мощным их генератором. Тем самым не только оправдывается статус вуза как Национального исследовательского университета, но и наглядно видно, как этот вузовский статус работает на студента, на его профессиональную подготовку.

В связи с этим представляются вполне уместными постоянные ссылки студентов в своих суждениях на положительный опыт обуздания преступности за рубежом — тем более, что значительная часть их уже побывала за границей и воочию убедилась в том, что, например, Европа по успехам в преодолении преступности оказалась далеко впереди, и нам есть чему у нее поучиться. Хотя, как свидетельствовали те же студенты, и там есть свои проблемы, ссылаясь на отдельные факты совершенных на их глазах правонарушений, в том числе в отношении их самих. Например, в Италии у одной из студенток похитили в автобусе сумочку с деньгами и документами, в Англии у одного из студентов разбило стекло в машине (брал на прокат) и тоже что-то похитили, во Франции кому-то грубо нахамили.

Основной упор в уголовной политике должен быть сделан, по мнению студентов, на изучении причин преступности и разработке мер их ограничения, блокирования, устранения. В правоохранительных органах предлагалось создать подструктуры, задачей которых стала бы профилактика преступлений, рассчитанная как на широкие массы определенных категорий населения. В первую очередь, например, на лиц, ранее судимых — в особенности на алкоголиков и наркоманов, лиц без определенного места жительства, не работающих, приезжих из других регионов

или из ближнего зарубежья, бродяг — как и на всех тех, от которых в силу определенных «симптомов» можно ожидать совершения того или иного преступления. Должна планироваться и проводиться работа по оказанию внимания к нуждам лиц, осуждаемых без лишения свободы.

Несколько озадачивала политическая заостренность в суждениях отдельных студентов, идущая, видимо, в какой-то мере от изучения на первом курсе дисциплин методологического плана, а главным образом — от бурного обсуждения соответствующих вопросов в средствах массовой информации. Некоторые из охваченных этой исследовательской работой студентов были даже вовлечены в митинговые страсти, происходившие от случая к случаю на площадях города.

Политическая воля к решительному наступлению на преступность появляется, звучали утверждения, лишь в том случае, если власть действительно представляет народ, являющийся по Конституции Российской Федерации «носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации» (ч. 1 ст. 3). Но поскольку наши представительные органы пока еще по существу на все 100% состоят из предпринимателей, то можно с уверенностью сказать, что *народ* они не представляют. Ввиду этого одной из важнейших задач сегодняшнего дня является, по мнению студентов, задача сделать наши представительные органы такими, чтобы они действительно представляли народ — по крайней мере, наиболее многочисленные его слои, включая рабочих, учителей, врачей, инженеров, ученых, писателей и т.д. Но и в этом случае нужен общественный контроль над властью. Тогда власть действительно станет *представительной*, и решительное наступление на преступность по всему широкому фронту имеющихся для этого сил и средств станет лишь делом времени.

Предпринимателю, да еще с чиновничьими полномочиями, а, тем более, чиновнику с предпринимательскими возможностями (а у нас почти все чиновники так или иначе завязаны на бизнес, в том числе посредством систематического получения коррупционных поступлений от него) не нужна борьба с преступностью, поскольку эти люди от преступности и так основательно дистанционированы, то есть отгорожены от того пространства, в котором она совершается, толстыми стенами, высокими заборами, частоколом охранников, бронированными сейфами, охранной сигнализацией и т.д.

А по ту сторону всего этого, добавили бы мы, преступность в какой-то мере, может быть, даже нужна власти, поскольку позволяет ей оттачивать репрессию, в том числе для того, чтобы быть готовой в любой момент обрушиться всей своей мощью на любую неудобную силу. Красива, но, по большому счету, неверна известная лирическая фраза о том, что «если звезды зажигаются, значит это кому-то нужно». Но очень даже верна, как представляется, другая (правда, совсем уже прозаическая) фраза — если преступления совершаются, то, значит, это кому-то нужно. Если бы преступления были никому не нужны, то власть их, как нетрудно предположить, в один миг прихлопнула бы. Как это сделать — это уже другой вопрос. Но посмотрим, что еще пишут на этот счет наши претендующие на всезнайство студенты.

На состояние правопорядка и преступности, указывали они, влияют, наряду с другими факторами, также положение человека в обществе и положение страны в мире. Если держава великая, а человек в ней маленький, то этот маленький человек с неизбежностью разрушит ее — как в начале 1990-х годов был разрушен СССР. Если же человек большой, а страна, в которой он живет, маленькая (в смысле ее

статуса на международной арене), то человек с течением времени тоже мельчает, а следовательно, перестает быть патриотом, становится на путь совершения преступлений. И страна тоже, в конце концов, разрушается.

Что тут скажешь? Максимализм здесь — в квадрате, если не в кубе. Заострять рассматриваемые вопросы до их предельной остроты — первый признак творческого подхода, но мы бы все же не драматизировали ситуацию. Во всяком случае, именно таким образом. Не так опасно то, что сегодня, как отмечается в прессе, «власть слилась с бизнесом в жарком экстазе», как то, что пока у нас нет возможности разомкнуть эту гибельную для страны смычку. Необходимо насаждать (может быть, даже буквально как «картошку») институты гражданского общества, которые контролировали бы и власть, и бизнес, и их взаимоотношения, — тогда этот экстаз сам по себе сойдет на нет, и все станет на свои места. В представительные органы пойдет народ, а ему преступность не нужна, как говорится, ни с какого боку.

Что касается *экономических* мер борьбы с преступностью, то, по мнению студентов, они должны состоять, прежде всего, в выделении на данную борьбу достаточных средств. Надо привести в порядок здания правоохранительных органов, обновить транспортный парк, компьютерную и иную технику. Хотя, как утверждал известный советский политик, «экономика должна быть экономной», но *экономно* обеспечивать правопорядок — это окончательно загубить это чрезвычайной важности дело.

По мнению студентов, является нонсенсом то, что несметные природные богатства России мало сказываются на уровне материальной обеспеченности населения. Хотя экономический потенциал страны — шестой в мире, а золотовалютный — третий, но по материальной обеспеченности граждан она занимает в мире лишь 66-е место, а по продолжительности жизни — 152-е. Естественно, что сказываются, например, такие неблагоприятные факторы, как суровые климатические условия (2/3 территории — вечная мерзлота, остальное — зона рискованного земледелия), необходимость в связи с огромными пространствами (12% всей мировой суши) и некоторыми другими особенностями страны содержать большой штат чиновников, сравнительно низкая производительность труда, не позволяющая нам подняться по ВВП на душу населения выше 77-го места в мире (18 000 долларов США в год)<sup>2</sup>. Тем более надо включать имеющиеся резервы, предпринимать новые усилия по выходу из сложившейся ситуации.

Могут ли сотрудники правоохранительных органов сами что-то зарабатывать для нужд правоохранительной деятельности? Да, могут, полагали студенты. Конечно, они не могут совмещать свою деятельность с работой, например, грузчиками, таксистами, дворниками и т.д., но им вполне по силам прицельно охранять гаражные кооперативы, дачные участки, магазины, школы, больницы, детские учреждения, физкультурно-оздоровительные комплексы, поддерживать правопорядок при проведении массовых мероприятий, сопровождать перемещение ценных грузов. Каждая исправительно-трудовая колония должна стать, вместе с тем, и структурой, производящей нужные населению товары, оказывающей необходимые ему услуги, осуществляющей какие-то строительные работы.

---

<sup>2</sup> Кстати, вся эта тревожная статистика постоянно находится в поле зрения прессы — см., напр.: *Радиховский Л.* Глобус вращается // Российская газета. 2013. 13 августа. Похоже, такая статистика мало волнует наших политиков, больше занятых, как видно, заботами о сиюминутных результатах своей деятельности.

Эффективная экономика и ее социальная и правоохранительная ориентированность — главное в вытеснении преступности. Поэтому, как резонно замечали студенты, надо последовательно снижать уровень инфляции — до максимально возможного минимума. Важно помнить, что призвание экономики — не перемалывание человеческих судеб, не превращение жизни людей в ад на земле, не постоянное унижение их чести и достоинства, а возвышение человеческой личности, обогащение ее внутреннего мира, физическое, интеллектуальное и нравственное возвышение.

Должны достигаться договоренности обо всем этом и на межгосударственном уровне. По мнению студентов, любые устремления той или иной страны к созданию социально ориентированной экономики (экономики с человеческим лицом) должны положительно восприниматься мировым сообществом, а не вызывать его ярость и гнев, желание раскалывать страны и континенты, устраивать бомбометания («авиацией коалиционного возмездия»), устраивать разного рода государственные перевороты, организовывать иные губительные действия — например, типа «оранжевых», «цветных», «цветочных» и тому подобных революций. Как оказалось, студенты весьма чувствительны и к таким событиям. Это не явилось неожиданностью, так сегодня каждому понятно, что разбой, будь он совершен в каком-то темном переулке или на большой дороге мирового пространства, есть именно разбой. Хотя и с разными губительными последствиями.

Социальные меры подавления преступности — это преодоление бедности, безработицы, пьянства, алкоголизма, наркомании. Но студенты обратили внимание еще и на такое явление, как незанятость по собственному желанию<sup>3</sup>. Естественно, что все эти люди — не «бродские» и не «перельманы», выбившиеся из обычной трудовой колеи в связи с увлечением делами общемирового значения. Факт остается фактом — если бы не прибывающие в страны мигранты, не работающие пенсионеры и не долгожители-женщины, копающиеся в грядках и занимающиеся внуками, то экономика страны давно уже рухнула бы. Поэтому желательно приглашать «джентльменов свободы» к участию во всем том, чем занят народ. Пусть и они подставят под заботы и нужды страны свои основательно отдохнувшие от созидательного труда плечи. Если же такие приглашения не будут срабатывать, то, как полагали студенты, в ход должны идти и некоторые более убедительные меры. Кто же хочет, чтобы страна погибла только оттого, что многомиллионная армия «свободно определяющихся» людей не желает помочь ей в образовательных, медицинских, научных, оборонных и других жизненно важных делах?

Чем здоровее во всех отношениях будет общество, рассуждали студенты, тем более широкими будут возможности для формирования здорового резерва гражданского общества, производительного потенциала, той же правоохранительной системы, государственного и муниципального аппаратов. И тем меньше будет в обществе криминала.

С другой стороны, настала пора, указывали в своих записях студенты, внедрять в нашу экономику новую технику и новые технологии. Нужны, в частности, раз-

<sup>3</sup> Кстати, сегодня этим озабочена и вице-премьер Ольга Голодец. По ее данным, 38 млн. людей трудоспособного возраста находится в «непрозрачных условиях» (как видно, имеются в виду теневая экономика, скрытая безработица, те же лица, не работающие «по собственному желанию». — П.П.), что представляет серьезную опасность для всего общества. См.: URL: [www.interfax.ru/russia/news.asp?id=299143](http://www.interfax.ru/russia/news.asp?id=299143) (Дата обращения: 6 августа 2013 г.)

нообразные манипуляторы. Сделанные «с умом» машины могли бы взять на себя если не всю трудоемкую работу, то, во всяком случае, значительную ее часть. Надо посмотреть, *что* в этом плане мы можем позаимствовать за рубежом, а что сможем сделать и сами. Робототехника в значительной мере сделает необязательным труд прибывающих из-за рубежа мигрантов, а также пенсионеров, инвалидов, подростков. Россияне получают все, что им нужно для жизни. Они не будут надирать здоровье, не будут «вымирать как класс» и, естественно, не будут совершать преступления — по крайней мере, так часто, как это имеет место сейчас.

Люди должны всецело заниматься развитием своих физических и интеллектуальных способностей, осуществлением своих творческих замыслов, рациональной организацией досуга, общением с родными и близкими. В свое время рабовладельческий строй, избавлявший, с одной стороны, значительную часть населения Древнего мира от тяжелого физического труда, а с другой — заставлявший не менее другую часть населения оттачивать до филигранной точности и ярчайшего блеска искусство труда, дал миру невиданные образцы культуры, создал непревзойденные Семь чудес света, поднял понятия «государство», «право», «гражданство», «честь», «достоинство», «достояние», «свобода» до таких высот, до которых нам пока еще и сегодня далеко не всегда удастся дотянуться. Главное, чтобы создаваемые человеком роботы были именно роботами-созидателями, а не роботами-солдатами, роботами-бандитами или роботами-террористами.

В систему социальных мер противодействия преступности должны быть включены и такие меры, как забота о материнстве и детстве. Все дети входят в этот мир с предвкушением чудес, радости, счастья. Первые их улыбки, слова, шаги внушают надежду на прекрасное будущее. Но проходит время, и мы видим, как одни из действительно становятся порядочными людьми, а другие, увы, — ворами, грабителями, разбойниками, убийцами, насильниками, бандитами, террористами, педофилами, проститутками и т.п. Где тот момент, в который нами что-то упущено в детях? В поисках ответа на данный вопрос надо обратиться к науке. Она, безусловно, подскажет, когда, что и как нужно делать для того, чтобы потом не кусать локти.

Надо, конечно, сокращать сложившуюся огромную разницу в доходах граждан. Пресса информирует нас о том, что самый бедный человек в России получает доход в 16 раз меньше, чем тот, кто получает самый большой доход. Но когда в той же прессе читаем, что есть в нашей стране и люди, которые получают в день доходы в десятки и даже сотни миллионов рублей, то простая арифметика подсказывает, что разница здесь не в 16 раз, а намного больше. Можно, конечно, закрывать на это глаза, но тогда надо закрывать глаза и на ту преступность, которая является следствием такой социальной несправедливости.

Не надо, считают студенты, создавать программы по поддержке малообеспеченных слоев общества, а надо вообще исключить саму возможность появления у нас людей с крайне низкими доходами. Зарплата должна устанавливаться не с учетом минимального месячного ее уровня, а с учетом уровня, определяемого ценностью создаваемого работником продукта. Если человек не имеет возможности удовлетворить свои насущные нужды, то он, как считают студенты, глух к законам и нарушает их с такой же легкостью, с какой делает и все остальные свои дела.

Жилая площадь должна быть гарантирована человеку самим фактом его рождения. И, прежде всего, самой семье необходимо позаботиться об этом. Но как она может это сделать, если зачастую и сама не имеет надлежащих жилищных усло-

вии — как и реальных перспектив их улучшения. К тому же, как известно, примерно 3/4 всех браков распадаются. Как показывают наблюдения, значительная часть (более половины) тех семей, которые еще «живы» — конфликтны. Любопытно, что в 1/3 таких семей мужья терроризируют жен, в 1/3 — жены мужей, а в 1/3 — «позвожовщина» взаимная.

И тут, как и во многих других случаях, студенты обращают свои взоры на государство. Оно — большое, и должно подумать о том, чтобы нефтегазовые и другие особо ценные природные ресурсы являлись достоянием *всех* (а не только отдельных людей). Надо в банках открывать счета на каждого родившегося ребенка и ежегодно перечислять на них какие-то суммы, полученные в результате разработки наших общих природных богатств. Пусть вначале эти суммы будут сравнительно небольшими, но время идет, и пополнения будут возрастать. К совершеннолетию вполне могут образоваться нужные средства. Можно в этом случае ожидать и улучшения демографической ситуации. И где только, спрашивается, были студенты с подобными предложениями раньше? Сегодня мы все (вместе и порознь) клянем (конечно же, вполне справедливо) чубайсовские ваучеры, но что лучшее мы придумали за истекшие два десятилетия? Ничего. Так будем же думать. В том числе вместе с нашими вездесущими студентами.

*Культурный «срез»* правоохранительной деятельности по преодолению преступности в стране предполагает, по мнению студентов, необходимость такого порядка вещей, при котором каждая экономическая структура была бы не только ударным «штыком» нашей экономики, но и определенным очагом культуры — в своем городе, районе, поселке, селе. Если предприятие только тем и занимается, что выжимает последние соки из работника, ничего не давая ни его уму, ни сердцу, то это плохое предприятие. Рано или поздно оно обанкротится, рухнет под тяжестью собственных проблем. В этом случае не будет пользы ни самому предприятию, ни его работникам, ни обществу, ни государству.

Мало спонсировать строительство или ремонт какой-либо деревянной церквушки на прилегающей к предприятию территории, поддерживать в нормальном состоянии сквер или парк, озеленить улицу или сделать на ней хорошие тротуары — надо еще и так организовать жизнь своего коллектива, чтобы это действительно была *его* жизнь, а не надругательство над ней, не жизнь по обслуживанию других жизней. В конце концов, люди должны чувствовать себя не только работниками, но еще и действительно людьми. Тогда и трудовая отдача от них будет больше, и предприятие сохранит свои позиции на рынке соответствующих товаров или услуг, причем при любом колебании конъюнктуры.

Дело здесь заключается не только и, пожалуй, не столько в художественной самодетельности, коллективном праздновании памятных дат, пикниках, КВНах, кроссах и прочих культурных мероприятиях (хотя это все тоже необходимо), сколько в таком культурном деле, которое было бы поставлено профессионально грамотно. При каждом достаточно крупном предприятии (а не только в каждом районе) нужны физкультурно-оздоровительные комплексы. Ну, и конечно же, надо, как полагают студенты, создавать какие-то общественные формирования по поддержанию правопорядка на укрепленной за предприятием территории.

*Просветительные* меры сводятся к сокращению преступности должны сводиться, по мнению студентов, главным образом к толковым выступлениям грамотных юристов в средствах массовой информации. Важно, чтобы редакции газет, журналов, радио

и телевидения сами проявляли в этом инициативу, не дожидаясь, когда ее проявит тот или иной юрист. Если, как говорят на Востоке, гора не идет к Магомеду, то Магомед должен идти к ней. Но и интервью (добавим это уже от себя) — далеко не лучший способ просветительства. Человек, дающий интервью, часто оказывается застигнутым вопросами врасплох. Потому и ответы на них даются, как правило, невпопад: законы надо менять, правоохранительные органы — тоже, население не помогает, чиновники озабочены стремлением не потерять «кресло», предприниматели — сохранением доходов, интеллигенции, которая жила бы интересами людей, у нас пока, к сожалению, нет, среднего класса — нет, хороших инженеров, учителей и врачей — нет, добросовестных рабочих и крестьян — нет, порядка в стране — следовательно, тоже.

Компилируемые из подобных сентенций материалы на правовые темы — это, конечно, не правовое просвещение населения, а, скорее, прививка настроений правового нигилизма, в том числе, чувства неприятия законов, культивирование представлений о них как о некоей помехе, которую не просто *можно*, а даже *нужно* обойти — мол, навывдумывали юристы законов, а ты мучайся. Дежурные колонки штатных обозревателей различных СМИ в рубриках типа «Ваши права» неинтересны, скучны, а чаще всего — неверны по самой сути. Публикуемые судебные хроники представляют собой, как правило, обычную «бытовуху», «чернуху», «мокруху», призванную накручивать тиражи газет и журналов. Совершенно очевидно, что люди должны *обстоятельно* готовиться к выступлениям в прессе: слово, как говорят — не воробей, вылетит — не поймаешь.

Демонстрируемые по телевидению стилизованные судебные процессы обычно представляют собой просто более или менее занимательные зрелища — о том, как у нас судят людей. Но и таких просветительских материалов мало. А других и вовсе нет.

Надо думать над тем, как по-настоящему «разговорить» наших политиков, политологов, ученых-юристов, юристов-практиков, юристов-руководителей, других специалистов — чтобы правовое просвещение было именно таким, каким оно должно быть, т.е. приносящим реальную пользу правопорядку и законности.

В последние годы, говорят студенты, у людей, похоже, существенно притупились чувства долга, справедливости, чести, достоинства. Многие воспринимают закон не как требование, а как некоторое пожелание. То, что мы не должны обворовывать, грабить и убивать друг друга — это еще понятно, а вот то, что нужно хорошо трудиться, соблюдать элементарные правила правопорядка, начиная от правил дорожного движения и кончая правилами профессиональной этики — это усваивается с трудом.

Беспокоит студентов и ручной режим управления в сфере правопорядка. Пока президент или премьер лично не приедет на вокзал, в аэропорт или в больницу, пока он сам не возьмется обеими руками за терроризм, экстремистов и сепаратизм, за игровые заведения, наркопритоны, коррупцию, за разного рода оборотней, не гнушающихся тридцатью серебряниками, пока не пройдет по детским садикам, школам, лицам, колледжам, вузам — дело с места не стронется, считают студенты. Одна из важных задач правового просвещения заключается в том, чтобы забота о правопорядке проявлялась не только сверху, но и снизу.

Мешает делу пропаганды закона, как ни парадоксально это звучит, порой и сам закон. Например, если он устанавливает заповедные штрафы за нарушение правил парковки, да еще при отсутствии самих парковок, то как, спрашивается, можно

его пропагандировать? Невозможно объяснить 35-миллионной армии российских водителей и, по меньшей мере, еще такому же числу членов их семей (а штрафы, конечно же, бьют и по семьям водителей) разумность подобных мер. Закон должен воплощать высшую мудрость жизни, а не удовлетворять посредством повышения размеров штрафов корыстные устремления чиновников, в том числе состоящие в том, чтобы обеспечивать себе регулярное повышение окладов и высокую собираемость взяток. Прежде всего надо привести в порядок сами законы, а уже потом пропагандировать их необходимость, важность, полезность.

Организационные меры противодействия преступности состоят, как полагают студенты, в том, чтобы реформировать не только милицию (переименовав ее в полицию), но буквально *все* структуры правоохранительной структуры, включая прокуратуру, следствие, суд, адвокатуру, нотариат, таможенный контроль, наркоконтроль и т.д. Прежде всего, важно реформировать ФСБ, так как эта структура еще имеет много общего с бывшим КГБ, в котором десятки и сотни тысяч людей были заняты в основном тем, что держали под контролем умонастроения граждан, не допуская роста среди них протестных настроений. Даже если бы в стране были лишние деньги, то и тогда их не следовало бы тратить на то, что по нелепой случайности досталось нам в наследство от советской власти. В свое время люди не для того сносили памятник Ф.Э. Дзержинскому в Москве, чтобы худшее в делах этого деятеля продолжалось, а для того, чтобы вбить в это худшее, образно говоря, большой осиновый кол.

Но если без такой конторы вообще нельзя обойтись, то надо, как считают студенты, хотя бы сократить ее штаты до минимума. Это тем более необходимо, что, как показывает жизнь, работающие в ФСБ люди нередко не имеют четких представлений о том, что такое честь, достоинство, мораль, совесть. Часто воплощая в себе далеко не лучшие человеческие качества, они, тем не менее, пользуются достаточно широкими полномочиями и преференциями. А если последние представляются сотрудникам недостаточными, то они добивают все это, так сказать, явочным порядком.

По мнению студентов, 10–15 хорошо подготовленных, безупречных в морально-нравственном отношении и работающих в условиях жесткого общественного контроля сотрудников ФСБ в каждом субъекте Федерации вполне справились бы с теми задачами, которые поставлены перед ними государством, обществом, гражданами. Освободившиеся здания было бы целесообразно передать учреждениям науки, образования, культуры, здравоохранения. Высвободившиеся кадры (с учетом в целом их неплохого физического состояния) могли бы вполне стодиться в хозяйственной и близких к ней сферах деятельности — например, в деле приведения в порядок парков, скверов, скамеек у подъездов жилых домов (чтобы люди могли культурно отдыхать на свежем воздухе), в деле сноса незаконно построенных у жилых домов сараев (уродуют вид), в деле обустройства тротуаров (пешеходы ломают на них руки, ноги ребра).

Как минимум, половину штатов полиции (а лучше — 2/3) надо передать в ведение субъектов Федерации, сохранив лишь контроль над ними со стороны федерального центра. В структуре такой региональной полиции предлагается выделить отдел по борьбе с распространенными преступлениями (ОБРП), а именно с кражами, грабежами, разбойными нападениями, вымогательствами, угонами транспортных средств, хулиганством и др. Эти отделы должны в максимальной степени

полагаться на содействие со стороны населения, так как, в первую очередь, именно население страдает от подобных преступлений. При этом правоохранительные органы должны активнее взаимодействовать с иными органами (государственными и муниципальными), а также с экономическими структурами и институтами гражданского общества.

В борьбу с преступностью, как считают студенты, должно быть вовлечено максимально большое число граждан. Определенную помощь делу правопорядка могут оказать, по мнению студентов, и религиозные организации. Может быть, интуитивно понимая, что религия есть, прежде всего, *напоминание* всем нам о страданиях, призванное помочь людям избегать их, студенты, на наш взгляд, справедливо возлагали на нее определенные надежды в деле сохранения важнейших ценностей жизни, защиты их от посягательств. Конечно, религия многолика, но в основе ее всегда одни и те же ценности, а именно: разум, труд, закон, нравственность, взаимоуважение, бесконфликтность, добро, справедливость, почитание старших, забота о детях и т.д. Поэтому здесь действительно есть о чем подумать под соответствующим углом зрения.

Должен быть создан единый для всех правоохранительных органов штаб борьбы с преступностью — с учреждением его региональных и местных структур. Наряду с представителями правоохранительных органов в него должны входить представители органов общей компетенции, а также гражданского общества.

*Информационные* меры сокращения преступности должны состоять, как полагают студенты, в максимально полном, точном, объективном и систематизированном информировании граждан о состоянии законодательства, о вносимых в него изменениях, назначении этих изменений, о том, как реализуется законодательство, какие преступления чаще всего совершаются, где, как, когда, при каких обстоятельствах и в силу каких причин это происходит.

Например, если под колесами транспортных средств ежедневно в стране погибает до 100 человек и до 200 человек получает при этом увечья (нередко тоже со смертельным исходом), то людей надо информировать, на каких улицах, перекрестках, участках трасс, в какое время суток, по какой причине и по чьей вине это чаще всего происходит. При получении водительских прав, прохождении техосмотров, диагностике транспортных средств, в автосервисах, при остановке транспортного средства сотрудниками патрульно-постовой службы водителям должна предоставляться возможность приобрести подобную литературу.

Для выполнения информационной функции правоохранительные органы должны, как считают студенты, иметь свои печатные издания, а также соответствующие возможности для использования радио, телевидения и Интернета. Люди имеют право знать, как и в какой степени криминализировано то общество, в котором они живут. Соккрытие подобной информации от населения, несомненно, представляет опасность для жизни и здоровья людей, поэтому в соответствующих случаях следует инициировать в отношении такого сокрытия применение ст. 237 УК РФ (сокрытие информации об обстоятельствах, создающих опасность для жизни и здоровья людей).

Необходимо осуществлять фильтрацию информации на TV. Понятно, что это не должна быть какая-то новая цензура, но этика должна оставаться этикой. Пока у нас ее нет, так называемые тупые материалы и материалы, обильно усеянные сценами насилия, по-прежнему будут преобладать. Они должны если не сниматься с

показа, то, по крайней мере, сопровождаться соответствующими комментариями специалистов. Радио, которое в настоящее время является в основном музыкальным, надо сделать, как минимум, наполовину говорящим. Нужны аналитические, познавательные и другие полезные передачи, несущие людям идеалы разума, добра, справедливости, культуры и т.д.

*Правовые* меры наступления на преступность должны состоять, по мнению студентов, прежде всего, в совершенствовании законодательства и практики его реализации. Главные направления такой работы — это восполнение пробелов в системе криминализации деяний, устранение дублирований в данной системе, согласование составов преступлений между собой — с учетом как характера (по горизонтали), так и степени (по вертикали) общественной опасности преступлений, более четкое проведение линии, отграничивающей преступления на нижней границе их общественной опасности от непроступных деяний, в том числе, от иных правонарушений и аморальных проступков, а также от так называемых нейтральных поступков (поступков, не являющихся ни противоправными, ни аморальными) и поступков, характеризующихся той или иной общественной пользой.

Требуются более детальные дифференциации наказаний в санкциях, более последовательное обеспечение соразмерности строгости наказаний тяжести преступлений, отмена (как считают некоторые студенты) моратория на применение смертной казни — например, в отношении актов терроризма, повлекших гибель многих людей, похищения людей, захвата заложников, изнасилования малолетних, других преступлений, повлекших особо тяжкие последствия.

Целесообразна переориентация сил и средств правоохранительных органов с экономических преступлений на преступления насильственные, т.е. сопровождающиеся применением физического или (и) психического насилия. Что касается экономических правонарушений, то здесь необходимо больше ориентироваться на административно-правовые средства. Уголовно-правовые же средства надо сохранить в отношении лишь тех экономических деяний, административно-правовые средства противодействия которым оказываются неэффективными, т.е. при рецидиве преступлений или в случаях, когда экономические деяния совершаются в особо крупных размерах и (или) влекут особо крупный ущерб.

В самостоятельной криминализации нуждаются такие деяния, общественная опасность которых с особой силой проявилась в последние годы. Это, в частности, рейдерские захваты предприятий и так называемый «черный» бизнес, т.е. «предпринимательство», состоящее в совершении преступлений в виде промысла, а именно с целью получения постоянного или временного (но существенного) источника существования. Это могут быть, в например, наркобизнес, порнобизнес, организация и содержание притонов для занятия проституцией, торговля оружием, фальсификация продуктов, лекарств, поставленная «на поток» криминальная контрабанда и т.д.

В деле борьбы с преступностью все правоохранительные органы должны тесно взаимодействовать друг с другом, а также со своими зарубежными партнерами — учитывая широкую практику перемещения криминала по миру. Для противодействия транснациональной преступности (криминальная контрабанда, незаконная миграция, торговля оружием, наркотиками и др.) настала пора создать на базе существующего ныне Интерпола *оперативную* международную полицию.

Надо последовательнее внедрять в практику правоохранительной деятельности принцип неотвратимости ответственности за преступления — прежде всего, за

преступления рецидивные, а также тяжкие и особо тяжкие. Необходимо упразднить депутатскую неприкосновенность, со всей силой «ударить» по латентной преступности. Необходимо исключить практику укрытия преступлений от учета, т.е. по существу — от уголовно-правового реагирования. Но все это должно быть сделано в условиях максимального исключения судебных ошибок. Нельзя взвинчивать наказания и сохранять при этом возможность привлечения к уголовной ответственности невиновных лиц.

Нужно обратиться к положительному зарубежному законодательному и право-реализующему опыту — в особенности, таких государств, в которых преступность практически сведена к минимуму.

Следует возвести в повсеместную и повседневную практику криминологическую экспертизу принимаемого законодательства, в особенности, экономическое — прежде всего, с учетом возможности таких коррупционных последствий принятия закона, как взяточничество, коммерческий подкуп, казнокрадство и другие корыстные преступления, совершаемые с использованием служебного положения.

*Педагогические* меры преодоления преступности должны быть ориентированы на несовершеннолетних с отклоняющимся (девиантным) поведением. Речь идет о *социальной* педагогике, которая осуществлялась бы в том числе в детских домах, спецшколах, спецучилищах, воспитательных колониях. Создаваемая ювенальная юстиция должна проводить профилактическую работу с трудными подростками и детьми, а также с их родителями.

Пора открыть в педагогических вузах факультеты или (и) кафедры социальной педагогики, которые готовили бы специалистов, способных работать в том числе на направлении профилактики преступлений. Важно не переносить существующий опыт обращения с взрослыми правонарушителями на несовершеннолетних с отклоняющимся поведением. Может быть, есть смысл называть соответствующую категорию несовершеннолетних *лицами с ненормативной активностью* — чтобы не бросать на соответствующую категорию подростков и детей тень какого-то порока.

В каждом районе города должно быть построено достаточное количество физкультурно-оздоровительных комплексов, дворцов школьников, дворцов молодежи, а вблизи вузов — дворцов студентов, где бы ребята могли заниматься по интересам и увлечениям, в том числе наукой, техникой, моделированием, музыкой, танцами, пением, историей, иностранными языками. Постоянные посетители таких учреждений едва ли будут втянуты в правонарушения или аморальные проступки.

Студенты предлагают повысить ответственность родителей за совершение их детьми правонарушений. Это должна быть административная ответственность, но если совершение правонарушения подростком явилось следствием жестокого обращения с ним со стороны родителя, то и уголовная.

Необходимо в рамках краткосрочных курсов давать родителям основные знания по обращению с детьми. Любое бытовое устройство, начиная от обычного утюга и кончая холодильником, требует соблюдения определенных правил. Тем более определенные правила должны вырабатываться и соблюдаться в обращении с ребенком — чтобы он развивался в полноценных условиях и стал жизнеспособным во всех отношениях человеком.

*Психологические* меры обуздания преступности могли бы выражаться, как полагают студенты, в учреждении сети служб оказания психологической помощи граж-

данам. Если обстоятельства, образно говоря, прижали человека к стенке («окружили», «обложили», «достали»...), то он должен знать, где, в каком месте, когда и у кого можно получить необходимую помощь и поддержку. Психологи способны не только устранить беспокойство человека, способное привести его к преступлению, но и предупредить само его появление.

Основная причина появления подобного беспокойства, с точки зрения студентов — это потеря интереса к жизни, повседневная обыденность, будничность, серость, каждый день — одно и то же, а именно, непомерный труд, скука, проблемы, нехватка средств к существованию — к тому же на фоне пресыщенной богатством элиты (предпринимательской, политической, чиновничьей...), на каждом шагу — препятствия, злость, агрессия, ругань, настороженность, подозрения, неудобства... Все перед глазами движется, мельтешит, суетится — непонятно, зачем, отчего, почему. Никому до тебя нет дела, никому ты не нужен, никто тебе не нужен, все заняты собой, своими собственными делами. Что с тобой происходит — никто не знает и знать не желает — у каждого своих забот по горло. Понятно, что дальше так жить нельзя. А как можно, никто не подскажет. В таких условиях некоторые рано или поздно паникуют, срываются, допускают ошибки, в том числе совершают преступления.

Конечно, идеальной жизни нет нигде. Никогда ее нигде не было и не будет. Но можно свести к минимуму все то, что вызывает в человеке беспокойство, заставляет его пренебрегать человеческим в себе и других, толкает на путь совершения преступления. Если это невозможно сделать самостоятельно, то появляются основания для вмешательства в ситуацию психолога, который может выработать у человека сопротивляемость воздействию беспокоящих факторов.

Здесь есть о чем поразмышлять — например, о том, почему в развитых странах людей, подверженных различным формам депрессии, не меньше, а преступлений совершается там все же меньше. Может быть, заслуга в этом психологов? В какой-то мере, да, но главное здесь заключается в том, что в развитых странах человек имеет больше относительно здоровых способов снять напряжение, разрядиться, расслабиться... У нас же это, как правило — водка, наркотики, любовные столкновения с начальством, коллегами, родными, близкими, соседями и т.д. Поэтому в нашей стране психолог — это в известном смысле больше, чем психолог. Это еще и как бы своего рода учитель для взрослых, врач для мозгов, священник для исповеди...

Студенты предлагают включить в учебные планы школ, специальных средних и высших учебных заведений такую дисциплину, как наука жизни («жизнелогия»). Сегодня мы хорошо знаем, как человек должен вести себя, скажем, в лесу, в горах, в море, в сибирской тайге и даже... на Северном полюсе, но при этом никто из нас не обучен тому, как вообще жить на свете. Нет такой учебной дисциплины. Философия толкует о *смысле* жизни, но о том, как надо человеку жить, она умалчивает, логика учит правильно мыслить, но не в крутых житейских ситуациях, а вообще, религия говорит о том, что главное в жизни — это достойно попроситься с ней, готовясь в молитвах к переходу в лучший мир.

Исходя из вороха студенческих записей о том, как нам побороть преступность, вырисовывается, например, такая структура предлагаемой учебной дисциплины: 1) жизнь; 2) человек; 3) другая жизнь и другие люди; 4) твоя жизнь и жизнь других людей; 5) вершины жизни и твои вершины; 6) жизнь у подножья жизни; 7) жизнь в

гуще жизни; 8) жизнь на вершине жизни; 9) жизнь вне жизни; 10) одиночество как подарок судьбы и как порок; 11) жизнь в опасности; 12) жизнь вне опасности; 13) жизнь нужная и ненужная; 14) жизнь без преступлений; 15) справедливая жизнь и жизнь несправедливая. Естественно, через всю программу дисциплины красной нитью должна проходить идея о роли в жизни власти, закона, морали, нравственности, этики, эстетики и т.д. То есть всего того, с чем человек постоянно сталкивается и взаимодействует.

Многие юристы пишут о необходимости оберегать детей и подростков от тлетворного влияния улицы. Да, сегодня наши улицы представляют собой, пожалуй, самое насыщенное средоточие всякого рода криминогенных факторов. Здесь свободно разгуливают люди, по которым, как говорится, давно тюрьма плачет, в том числе рецидивисты и лица, уклоняющиеся от тюрьмы посредством коррупции, прочие темные личности, здесь немало страдающих от безделья людей, здесь навязчиво рекламируются (прямо или косвенно) и продаются вино, пиво, сигареты, здесь молодого человека зазывают проститутки и их сутенеры, здесь совсем просто купить травку, здесь воровская малина обсуждает свои насущные вопросы — где, что, у кого и как украсть, здесь хулиганы и грабители вынашивают очередные планы нападения на припозднившихся прохожих, здесь... Короче говоря, на улице есть все для того, чтобы оказавшийся на ней подросток по существу мгновенно сошел с истинного пути.

Что мешает превратить наши улицы из криминогенных в доброоогенные? Ничего. Так в чем же дело? Надо незамедлительно приступать к этой работе, к превращению наших улиц не только в надежную заградительную сеть для преступности, но и в элемент облагораживающего, возвышающего и вдохновляющего свойства. Но как это сделать? Наверное, по мере последовательного перешагивания студентов с курса на курс они определяются и с этим вопросом.

*Медицинские* меры ограничения преступности призваны целенаправленно предупреждать болезни и лечить людей, в том числе от таких болезней, которые имеют ту или иную связь с преступлениями. Например, это могут быть алкоголизм, наркомания, ВИЧ-инфекция. Должны быть строго регламентированы законом правовые основания применения принудительных мер медицинского характера, включающие совершение не только запрещенных уголовным законом деяний, но и любых других противоправных или глубоко аморальных действий, если они однозначно и достаточно убедительно свидетельствуют о том, что поведение человека носит устойчиво выраженный предкриминальный характер. Наука должна выработать комплекс признаков, по которым можно было бы определять такую устойчивость и своевременно предпринимать необходимые предупредительные меры.

*Научные* меры искоренения преступности должны обязательно включать аналитическую проработку вопросов, связанных с совершенствованием законодательства, правореализующей практики и реформированием правоохранительных органов. Нельзя начинать эту работу, основываясь лишь на одном личном опыте, одной логике, одной интуиции или на одном только здравом смысле. Здесь нужен подлинно научный подход.

В уголовной политике не должно быть мелочей. Любой шаг в ней должен сопровождаться предварительными научными выкладками, тщательным изучением проблемы, проверкой целесообразности и возможной результативности намечаемых

решений. Страна пока еще располагает достаточно большим и сильным корпусом ученых-юристов, и их потенциал должен использоваться максимально полно.

Нуждается в уточнении и само понятие «преступность». Сегодня все юристы сходятся в том, что преступность — это не простая сумма совершаемых в обществе преступлений, а нечто более объемное. Но что именно? Исходя из соображений студентов (не знакомых, напомним, еще с криминологией), преступность — это не только совершаемые преступления, но и лица, их совершающие, и идеология преступлений, и их причины, и сопутствующие явления. Это еще и иные правонарушения, и совершающие их лица (в их предкриминальных состояниях), и ущербы, причиняемые преступлениями, и затраты, которые общество вынуждено нести в связи с борьбой с преступлениями (в том числе, средства, выделяемые государством на содержание правоохранительных органов и их материально-техническое обеспечение), и многое другое. Все это должно учитываться при разработке стратегии и тактики борьбы с преступностью.

*Образовательные* меры преодоления преступности — это, прежде всего, совершенствование системы подготовки юристов. Все филиалы столичных или иных вузов надо сделать, по общему правилу, более самостоятельными. Они должны больше взаимодействовать с однопрофильными учебными заведениями в своих регионах. Вместе они могли бы проводить исследования, устраивать конференции, готовить учебные и методические материалы, нацеливаться на решение каких-то региональных задач. Думается, что в таком случае и студентам, и преподавателям жилось бы лучше, интереснее, плодотворнее.

Назрела необходимость сделать цивильными все вузы, готовящие специалистов в области борьбы с преступностью. Что значит «загнать» молодого человека, обучающегося, например, на офицера полиции, в прокрустово ложе специализированного вуза МВД России? Это значит оторвать его на пять лет от жизни, от социума, от тех условий, в которых живут нормальные люди, а затем, вооружив, бросить на правопорядок, т.е. на регулирование жизни, социума, взаимоотношений между людьми. Естественно, такой специалист уже с первых шагов своей самостоятельной работы наломает дров, что мы довольно часто и наблюдаем. В лучшем случае, говорят студенты, страна получит просто обычного взяточника (что чаще всего и происходит), а в худшем — лучшего друга воров, убийц и бандитов.

\* \* \*

Вынося на широкой суд научной общественности суждения своих питомцев относительно поистине гамлетовского вопроса — быть или не быть правопорядку в России, мы, конечно же, не рассчитываем на какие-то рукоплескания (хотя если они и будут, то... кто бы возражал). Более того, автор в полной мере отдает себе отчет в том, что в воспроизведенных суждениях можно отыскать (тем более, если постараться) и многие спорные положения. Но как же без них?

Были и суждения, которые, отличаясь категоричностью, не ложились в контекст обобщения, а поэтому остались за его рамками, например, «менять власть», осуществлять ее «фильтрацию», «ротацию», «искоренять в ней цинизм, невежество, чванство...», «ликвидировать монополизм одной партии», «делать революцию» и т.д. В конце концов, мы юристы, а не политики. Наше дело — дело правопорядка.

Так сказать, в сухом остатке оказалось немало ценных, как мы полагаем, мыслей. Именно их мы и попытались здесь представить — в развернутом, систематизиро-

ванном и относительно завершённом виде. Местами сохранена даже лексика студенческих записей, в том числе многообразие используемых терминов. Так, миссию правоохранительных органов в области уголовной политики студенты определяли как их обязанность, в частности, *побороть, победить, превозмочь, сократить, снизить, вытеснить, преодолеть, обуздать, опрокинуть, откинуть, отбросить, подавить, свернуть, свергнуть, ограничить, умерить, искоренить* преступность. Поэтому все эти слова с учетом контекста и присутствуют в статье.

Конечно, мы (автор и студенты) рассчитываем на отклики. Обмануться на этот счет было бы крайне нежелательным, так как работа в избранном направлении проведена значительная, а случае поступления дельных соображений (предложения, замечания, советы и т.п.) может быть продолжена. И план наступления на преступность в новом десятилетии нового века обретет более отчетливые и, может быть, даже более весомые черты.

.....

## **Project of Tackling Criminality: an Experience of Drafting a Project of Criminal Policy in the 2<sup>nd</sup> decade of the 21<sup>st</sup> century (based partially on the ideas of law students)**

**P.N. Panchenko**

Professor, Head of Department of Civil Law and Criminal Procedure, National Research University Higher School of Economics (Nizhniy Novgorod), Honoured Lawyer of the Russian Federation. E-mail: panvest@mail.ru

### **Abstract**

On the basis of analyzing criminality and its causes, measures taken to tackle it and the ideas of students as to Russian criminal policy in the second decade of the 21<sup>st</sup> century, the article outlines the policy for the near and long-run outlook. The article shows the main trends, reveals their essence, makes up the ideas to increase the efficiency of organizational, legal and other activity in this area.

### **Keywords**

Analysis, criminality, causes, fighting, policy, outlook, trends, essence, efficiency, activity, area.

**К.Л. Сазонова**

доцент кафедры  
государствоведения  
и права Российской академии  
народного хозяйства  
и государственного  
управления при Президенте  
Российской Федерации,  
кандидат юридических наук,  
кандидат политических наук\*

# Индивидуальная и коллективная самооборона как элементы системы коллективной безопасности

*Статья посвящена анализу места, которое занимает право на индивидуальную и коллективную самооборону в современной системе коллективной безопасности. Система коллективной безопасности призвана минимизировать применение силы в международных отношениях. Реализация права на индивидуальную и коллективную самооборону, законная с позиций действующего международного права, на практике представляет собой применение силы. В связи с этим чрезвычайно важно определить с правовой точки зрения основания и пределы самообороны, чтобы реализация данного права не подрывала основы системы коллективной безопасности.*

**Ключевые слова:** самооборона, международное право, индивидуальная и коллективная самооборона, государства, безопасность, система коллективной безопасности

Коллективная безопасность определяется как «система совместных действий государств в целях поддержания международного мира и противодействия актам агрессии»<sup>1</sup>. Термин возник в 1922 г. в рамках Лиги Наций, впоследствии был закреплен в Уставе ООН 1945 г., а также в документах ряда региональных организаций.

В сложившейся системе коллективной безопасности выделяются два уровня — универсальная и региональная коллективная безопасность. Универсальная коллективная безопасность реализуется через систему Организации Объединенных Наций. В рамках данной системы в случае возникновения споров и конфликтов в международных отношениях либо используются мирные средства разрешения споров, перечисленные в ст. 33 Устава ООН, либо, если Совет Безопасности ООН констатирует угрозу для международного мира и безопасности, принимается решение о проведении миротворческой операции. Таким образом, коллективная безопасность — это и принцип, руководящее начало международных отношений, основанный на неделимости безопасности и взаимозависимости субъектов, и одновременно — это система конкретных мер, которые международное сообщество предпринимает для реализации данного принципа.

---

\* E-mail: kira\_sazonova@mail.ru

<sup>1</sup> Юридический словарь. 2000 // <http://dic.academic.ru/dic.nsf/lower/15381>

На Всемирном саммите ООН в 2005 г. справедливо отмечалось, что «современные угрозы не признают национальных границ и взаимосвязаны... ими необходимо заниматься на глобальном, региональном и национальном уровнях»<sup>2</sup>. Раздел III Итогового документа Саммита даже озаглавлен соответственно — «Мир и коллективная безопасность». Однако, несмотря на положительную динамику, на практике по-прежнему возникает множество вопросов, связанных с функционированием системы коллективной безопасности. Наиболее проблемными являются аспекты, связанные с разграничением миротворческой деятельности ООН и региональных структур, т.е. соотношение систем универсальной и коллективной безопасности, а также с местом права на самооборону в системе коллективной безопасности. На протяжении всей истории существования Устава ООН, формально закрепившего право на самооборону, в научной и политической среде постоянно возникают дискуссии относительно того, как право на индивидуальную и коллективную самооборону, реализация которого подразумевает неизбежное применение силы, вообще вписывается в действующую концепцию коллективной безопасности.

В доктрине существует множество определений индивидуальной самообороны. Например, «индивидуальная самооборона представляет собой ответные вооруженные действия государства, предпринимаемые им для защиты или восстановления своей политической независимости и территориальной неприкосновенности, нарушенных другим государством путем вооруженного нападения»<sup>3</sup>. Э.И. Скакунов дает определение самообороны как права государства на принудительное обеспечение своей территориальной неприкосновенности и политической независимости от насильственного акта в форме вооруженного нападения, осуществляемого с соблюдением норм международного права<sup>4</sup>. Но, по большому счету, определение индивидуальной самообороны не вызывает существенных расхождений между исследователями, гораздо сложнее все обстоит с понятиями, раскрывающими содержание термина, а именно, «основания самообороны», «пределы самообороны» и пр.

Неоднозначна и ситуация осуществления коллективной самообороны, когда в качестве субъекта реализации этого права выступает международная организация или союз государств. По действующему международному праву ООН является главным гарантом системы международной безопасности, и все военно-силовые решения должны проводиться через Совет Безопасности. Кроме того, у коллективной самообороны иная, по сравнению с индивидуальной самообороной, юридическая природа: «Коллективная самооборона — это не просто совместные действия государств, одновременно подвергающихся нападению. Она отличается от индивидуальной тем, что при коллективной самообороне право на нее возникает для государства не из факта нападения на него, а из факта нападения на другое государство»<sup>5</sup>. В основе коллективной самообороны зачастую лежат взаимные обя-

<sup>2</sup> Итоговый документ Всемирного саммита ООН 2005 г. Принят резолюцией № 60/1 Генеральной Ассамблеи ООН от 16 сентября 2005 г. // [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/declarations/outcome2005\\_ch3.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/outcome2005_ch3.shtml)

<sup>3</sup> Дипломатический словарь. М.: Наука, 1986. Т. 3. С. 10.

<sup>4</sup> См. Скакунов Э.И. Самооборона в международном праве. М.: Международные отношения, 1973. С. 12.

<sup>5</sup> Фатеев К.В. Обеспечение военной безопасности Российской Федерации: теория и практика правового регулирования. М.: «За права военнослужащих», 2005. С. 41.

зательства государств по какому-либо договору в сфере безопасности. В.К. Собакин полагал, что «право коллективной самообороны означает право государства, не подвергшегося вооруженному нападению, оказать вооруженную помощь государству, которое подверглось такому нападению и просит о помощи»<sup>6</sup>. Наличие подобных обязательств играет определенную превентивную роль, так как потенциальный агрессор в случае осуществления вооруженного нападения будет иметь дело не с одним государством, а, как минимум, с несколькими или даже с целой группой государств. Э.И. Скакунов утверждал, что термин «самооборона» вообще применим лишь к индивидуальной самообороне, «в то время как суть института коллективной самообороны была бы более верно выражена понятием «коллективная оборона»<sup>7</sup>. На протяжении всей истории международных отношений в основе большинства военных союзов и альянсов лежал именно принцип коллективной самообороны.

Ряд исследователей придерживается мнения, что право на индивидуальную и коллективную самооборону фактически выступает в качестве санкции на вооруженное нападение, т.е. противоречит принципу неприменения силы и угрозы силой, сформулированному в п. 4 ст. 2 Устава ООН. Соответственно, по логике данных исследователей, невозможно одновременно реализовывать принцип самообороны и поддерживать систему коллективной безопасности. Так, британский исследователь Д. Боуэтт утверждал, что «право на самооборону устанавливает главное, если не единственное исключение из общего запрещения применения индивидуальной силы»<sup>8</sup>. Кроме того, характер исключения из общего принципа неприменения силы подчеркивали такие западные исследователи, как К. Грей, Г. Кельзен, А. Фердросс<sup>9</sup>. Некоторые западные исследователи также отмечают, что идея коллективной самообороны основана на силовом подходе к международным отношениям: «Самооборона отражает идею международного порядка, базирующегося на борьбе государств»<sup>10</sup>.

Необходимо отметить, что в среде западных ученых исключительный характер принципа самообороны вызывает достаточно положительную оценку, а вот видный отечественный специалист в области международного права Н.А. Ушаков, рассуждая о региональной коллективной безопасности, утверждал, что военно-политические соглашения «реально подрывают предусмотренную Уставом ООН систему коллективной безопасности»<sup>11</sup>. Некоторые авторы, наоборот, подчеркивают, что самооборона ни в коем случае не является исключением из принципа неприменения силы и угрозы силой: «Применение вооруженной силы в порядке самообороны — не исключение из п. 4 ст. 2 Устава ООН, а, напротив, необходимая

<sup>6</sup> Собакин В.К. Коллективная безопасность — гарантия мирного сосуществования. М.: 1962. С. 300.

<sup>7</sup> Скакунов Э.И. Самооборона в международном праве. М.: Международные отношения, 1973. С. 5.

<sup>8</sup> Bowett D.W. Self-Defence in International Law. L., 1958. P. 5.

<sup>9</sup> Gray C. International Law and the Use of Force. N.Y., 2000; Kelsen H. Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht // Zeitschrift für öffentliches Recht. Bd. XII. Nr. 4. Springer. 1932; Фердросс А. Международное право. М., 1959.

<sup>10</sup> Krisch N. Self-Defence and Collective Security // Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Band 151. 2001. P. 405.

<sup>11</sup> Ушаков Н.А. Правовое регулирование использования силы в международных отношениях. М.: ИГПАН РАН, 1997.

мера, направленная на то, чтобы обеспечить соблюдение нормы, согласно которой запрещается использовать вооруженную силу в агрессивных целях»<sup>12</sup>.

Существует также «компромиссная» между указанными полярными мнениями позиция, заключающаяся в том, что, исходя из духа Организации Объединенных Наций и всеобъемлющего характера системы универсальной коллективной безопасности, «когда всеобщий мир становится важнее безопасности отдельных государств, самооборона утрачивает свой основополагающий, абсолютный характер»<sup>13</sup>. Таким образом, этот принцип, с одной стороны, является исключением из принципа неприменения силы, но, с другой, он реализуется не бесконтрольно, а в рамках существенных ограничений действующей системы миротворческой деятельности ООН. Например, в рамках данной теории, сам факт вмешательства Совета Безопасности ООН в конфликт признается ограничивающим право на самооборону: «Совет Безопасности вправе по своему усмотрению сократить право потерпевшего государства на самооборону для того, чтобы быстро прекратить боевые действия»<sup>14</sup>.

Некоторые авторы также отмечают, что прогрессивное развитие международного права позволило естественным образом ограничить применение силы при реализации права на самооборону: «Отождествление права на самооборону с самосохранением в современном международном праве... не учитывает прогрессивного развития международного права, в частности того, что с принятием Устава ООН произошли изменения в действующих нормах, регулирующих вопросы применения силы»<sup>15</sup>. Кроме того, можно согласиться с тем, что в процессе развития международного права «понимание самообороны как выражения фактической защиты, эволюционировало в категорию «необходимость»<sup>16</sup>.

То, что правомерность самообороны сегодня в принципе ставится под сомнение некоторыми исследователями, позволяет констатировать общую прогрессивную тенденцию гуманизации современной системы международного права и международных отношений. Еще 100 лет назад это право было настолько неоспоримым, что практически не обсуждалось и специально не оговаривалось. Лишь в XIX в. право на самооборону стало включаться в документы, что можно связать с ростом взаимозависимости государств и повышением уровня всеобщей координации в международных отношениях. Одними из первых формально закрепили свое неотъемлемое право на самооборону американцы в доктрине Монро 1823 г.

В Парижском пакте 1928 г., содержащем запрет на использование войны в качестве средства внешней политики, содержалось положение, что ничто в договоре «не ограничивает и не суживает каким бы то ни было образом что бы то ни было в праве на самозащиту»<sup>17</sup>. Любопытно, что при подписании Парижского пакта Великобритания сделала следующую оговорку: «Существуют определенные регионы в мире, благополучие и целостность которых составляет особый и жизненный ин-

<sup>12</sup> Курс международного права. Т. 4 / отв. ред. И.И. Лукашук. М., 1990. С. 394.

<sup>13</sup> *Krisch N. Self-Defence and Collective Security // Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Band 151. 2001. P. 405.*

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> *Орбелян А.С. Становление и развитие института самообороны в международном праве. Ереван: Изд-во ЕГУ, 2010. С. 157.*

<sup>16</sup> Там же.

<sup>17</sup> Договор об отказе от войны в качестве орудия национальной политики (Пакт Бриана-Келлога). Париж, 27 августа 1928 г. // <http://zaki.ru/pagesnew.php?id=1500>

терес для нашего мира и безопасности... Их защита от нападений также является для Британской империи самообороной»<sup>18</sup>.

Устав ООН 1945 г. в ст. 51 еще раз подтвердил и формально закрепил право государств на индивидуальную и коллективную самооборону. «Право на самооборону в ответ на свершившееся нападение — устоявшийся институт международного права, возникший задолго до принятия Устава ООН. Устав лишь подтвердил его, подчеркнув, что сам он «ни в коей мере не затрагивает» этого неотъемлемого атрибута всякого суверенного государства»<sup>19</sup>. Профессор Ю.Н. Малеев поддерживает подобное толкование права на самооборону: «Самооборону в принципе следует связывать не с правом, а со свойством государства. Со свойством, как бы я выразился, давать сдачи. И никакой Устав ООН или другой международный документ не в состоянии устанавливать такое право»<sup>20</sup>. Кроме того, почти 60 лет спустя после принятия Устава ООН в проекте Статей об ответственности государств 2001 г. Комиссией международного права ООН самооборона была отнесена к обстоятельствам, исключающим противоправность действий государств<sup>21</sup>.

Важнейшим международно-правовым вопросом является проблема оснований для самообороны. В ситуации вооруженного конфликта порой достаточно сложно установить, являлись ли те или иные действия государства ответом на внешнюю агрессию и провокацию, были ли достаточные основания для реализации принципа самообороны, и если да, то насколько далеко может потерпевшее государство зайти в практической реализации своего права на самооборону. При этом крайне важны именно юридические формулировки, так как «два акта могут быть идентичными в военном смысле, но с юридической точки зрения один из них будет актом агрессии, а другой — правомерным ответом»<sup>22</sup>. Практическая реализация самообороны представляет собой военные действия, а также имеет формальные признаки агрессии, однако «с юридической точки зрения они (самооборона и агрессия. — К.С.) должны квалифицироваться по-разному и регулироваться различными нормами»<sup>23</sup>.

Поскольку речь идет о применении силы, пусть и легитимном, определение границ и возможностей самообороны представляется чрезвычайно важным. Даже раскрытие данного понятия, например, как «ответных вооруженных действий двух или более государств, предпринимаемых ими для восстановления политической независимости, территориальной целостности и неприкосновенности того из них, которое стало жертвой вооруженного нападения»<sup>24</sup> также, как и в случае с индивидуальной самообороной, не дает исчерпывающего перечня возможных действий при реализации права на коллективную самооборону и может создавать почву для злоупотреблений силой.

<sup>18</sup> Цит. по: *Green L. Essays on the Modern Law of War*. N.Y., 1999. P. 101.

<sup>19</sup> *Тузмухамедов Б.Р. Пределы самообороны* // [http://www.ng.ru/politics/2004-09-29/2\\_predel.html](http://www.ng.ru/politics/2004-09-29/2_predel.html)

<sup>20</sup> *Малеев Ю.Н. Реабилитация адекватного и пропорционального применения силы* // *Московский журнал международного права*. 2004. № 3/55. С. 36.

<sup>21</sup> Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН № A/56/83 от 12 декабря 2001 г.

<sup>22</sup> *Скакунов Э.И. Самооборона в международном праве*. М., 1973. С. 8.

<sup>23</sup> *Орбелян А.С. Становление и развитие института самообороны в международном праве*. Ереван, 2010. С. 155.

<sup>24</sup> *Юридический словарь* // <http://dic.academic.ru/dic.nsf/lower/18051>

Как определить границы, пределы вмешательства при реализации принципа коллективной самообороны? Конечно, применение силы, по возможности, должно быть пропорциональным, «в ответ на локальный пограничный конфликт нельзя разворачивать полномасштабные военные действия»<sup>25</sup>, однако, по моему мнению, на практике практически невозможно реализовать право на самооборону, не нарушив при этом обязательств по Уставу ООН и не превысив пределы самообороны.

Что касается начала права на реализацию принципа коллективной самообороны, в 1987 г. Международный суд ООН в решении по делу «Никарагуа против США» постановил, что коллективная самооборона должна быть ограничена следующими условиями: «Подвергнувшееся нападению государство должно официально заявить, что оно является жертвой вооруженного нападения; необходимо также его обращение к союзному государству об оказании помощи в порядке коллективной самообороны»<sup>26</sup>. В вопросе окончания реализации права на самооборону очевидно, что вмешательство правомерно до тех пор, пока не будет восстановлено состояние мира, и определение этого состояния является прерогативой Совета Безопасности ООН. Классик международного права Ф.Ф. Мартенс справедливо отмечал, что «с точки зрения международного общения принуждение должно прекратиться, если нарушенное право восстановлено или дано требуемое удовлетворение. Борьба для борьбы немыслима и преступна»<sup>27</sup>.

В настоящее время также актуален вопрос о праве государств применять силу для защиты своих граждан за рубежом. Возникает резонный вопрос — можно ли применение силы в подобном случае рассматривать как основание для осуществления права на самооборону? Однозначного ответа на этот вопрос доктрина международного права не дает. Классик отечественного международного права И.И. Лукашук полагал, что «применение силы для спасения своих граждан не запрещено международным правом», однако только в случаях, когда оно используется «исключительно по целевому назначению, когда нет иных путей спасения жизни своих граждан»<sup>28</sup>. Кроме того, именно защита граждан за рубежом является одним из ключевых аргументов сторонников концепции «гуманитарной интервенции», весьма неоднозначно оценивающейся в доктрине международного права.

Еще одним часто используемым в последнее десятилетие основанием для реализации права на самооборону, особенно для западных стран, стала борьба с международным терроризмом. Данное основание, в частности, использовалось США для оправдания вторжения в Ирак и Афганистан, кроме того, оно тесно связано с весьма неоднозначной концепцией «превентивной самообороны», которая формально закреплена во всех стратегиях национальной безопасности США, начиная с 2002 г., и которая вызывает весьма противоречивые оценки со стороны других субъектов международного права.

Можно согласиться с тем, что «в идеальном мире Устава ООН право на самооборону возникает в ответ на вооруженное нападение, и хотя Устав не утверждает

<sup>25</sup> Лукашук И.И. Международное право. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 286.

<sup>26</sup> Case concerning the Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America). ICJ Judgment of 27 June 1986 // <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>

<sup>27</sup> Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. СПб., 1905. С. 484.

<sup>28</sup> Лукашук И.И. Указ. соч. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 289.

однозначно, что такое нападение совершает лишь государство, иного варианта авторы этого договора не предвидели»<sup>29</sup>, что, однако, не умаляет необходимости следования данному договору. Необходимо также отметить, что хотя отцы-основатели ООН не могли предвидеть нападение на государство не другим государством, а, например, террористической организацией, они предусмотрели, что Совет Безопасности может принимать решения относительно правовой оценки и классификации любых возникающих вызовов и угроз.

Можно констатировать, что самая большая и авторитетная организация коллективной безопасности в мире на сегодняшний день — это Организация Объединенных Наций, объединяющая большинство государств мира. Именно ООН через Совет Безопасности квалифицирует то или иное действие как представляющее угрозу международному миру и безопасности, а также имеет право на легитимное применение силы в ответ на агрессию. Незаконное применение силы или угрозы силой против какого-либо государства, входящего одновременно в какой-либо военно-политический альянс и в ООН, активирует право на коллективную самооборону по обоим направлениям — и по линии альянса, и по линии ООН. Это актуально потому, что большинство государств входит и в ООН, и в различные региональные организации или военно-политические блоки. При этом с позиций действующего международного права приоритетное значение имеют обязательства по Уставу ООН, а не по уставу той или иной региональной структуры.

Любые организации коллективной самообороны занимают подчиненное по отношению к ООН положение, так как им делегируются полномочия лишь на то время, пока достаточно сложно организованная в административном плане Организация Объединенных Наций среагирует на незаконное применение силы в том или ином регионе мира. Любые варианты применения силы группой государств или международной организацией, оправдываемые «коллективной самообороной», однако осуществляемые в обход указанных принципов, являются противоправным. Именно поэтому представляется необходимым разрабатывать вопрос об ответственности соответствующих международных организаций и групп государств за превышение пределов коллективной самообороны.

Кроме того, очевиден слишком большой «разброс» в трактовках субъектами международных отношений и представителями академического мира таких важнейших понятий, как основания самообороны и ее пределы, в то время как злоупотребления в этой сфере случаются с неутешительной регулярностью, подрывая основы действующей системы коллективной безопасности.

Договор об отказе от войны в качестве орудия национальной политики (Пакт Бриана-Келлога). Париж, 27 августа 1928 г. // <http://zaki.ru/pagesnew.php?id=1500>

Дипломатический словарь. М.: Наука, 1986. Т. 3.

Итоговый документ Всемирного саммита ООН 2005 г. Принят резолюцией № 60/1 Генеральной Ассамблеи ООН от 16 сентября 2005 г. // [http://www.un.org/ru/documents/daec1\\_conv/declarations/outcome2005\\_ch3.shtml](http://www.un.org/ru/documents/daec1_conv/declarations/outcome2005_ch3.shtml)

---

<sup>29</sup> Тузмухамедов Б.Р. Пределы самообороны // [http://www.ng.ru/politics/2004-09-29/2\\_predel.html](http://www.ng.ru/politics/2004-09-29/2_predel.html)

- Курс международного права. Т. 4 / отв. ред. И.И. Лукашук. М., 1990.
- Лукашук И.И. Международное право. М.: Волтерс Клувер, 2005.
- Малеев Ю.Н. Реабилитация адекватного и пропорционального применения силы // Московский журнал международного права. 2004. № 3/55. С. 31–47.
- Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. СПб., 1905.
- Орбелян А.С. Становление и развитие института самообороны в международном праве. Ереван: Изд-во ЕГУ, 2010. С. 150–167.
- Скакунов Э.И. Самооборона в международном праве. М.: Международные отношения, 1973.
- Собакин В.К. Коллективная безопасность — гарантия мирного сосуществования. М.: 1962.
- Тузмухамедов Б.Р. Пределы самообороны // [http://www.ng.ru/politics/2004-09-29/2\\_predel.html](http://www.ng.ru/politics/2004-09-29/2_predel.html)
- Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН № А/56/83 от 12 декабря 2001 г.
- Ушаков Н.А. Правовое регулирование использование силы в международных отношениях. М.: ИГПАН РАН, 1997.
- Фатеев К.В. Обеспечение военной безопасности Российской Федерации: теория и практика правового регулирования. М.: «За права военнослужащих», 2005.
- Фердросс А. Международное право. М., 1959.
- Юридический словарь. 2000 // <http://dic.academic.ru/dic.nsf/lower/15381>
- Bowett D.W. Self-Defence in International Law. London, 1958.
- Case concerning the Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America. ICJ Judgement of 27 June 1986 // <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>
- Gray C. International Law and the Use of Force. N.Y., 2000.
- Green L. Essays on the Modern Law of War. N.Y, 1999.
- Kelsen H. Unrecht und Unrechtsfolge im Volkerrecht // Zeitschrift für öffentliches Recht. Bd. XII. Nr. 4. Springer. 1932. P. 481–608.
- Krisch N. Self-Defence and Collective Security // Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Band 151. 2001. P. 405–412.

.....

## **Individual and Collective Self-Defence as Elements of Collective Security System**

### **K.L. Sazonova**

Assistant professor, Department of State Studies and Law, the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration. Address: 119602, Fl.46, H.1, b.1, Pokryshkina str., Moscow, the Russian Federation. E-mail: kira\_sazonova@mail.ru

## Abstract

The article deals with the analysis of relevance of the right to individual and collective self-defence within the framework of modern collective self-defence system. The collective self-defence system aims to minimize the use of force in international relations. Implementing the right to individual and collective self-defence being legal in terms of applicable international law represents the use of force. Hence, the grounds and limits of self-defence require additional research to avoid any possible ambiguities in the application of collective security system when implementing this right.

## Keywords

Self-defence, international law, states, security.

## References

Dogovor ob otkaze ot voyni v kachestve orudiya natsional'noy politiki (Pakt Briana — Kelloga). Parizh, 27 avgusta 1928 g. (General Treaty for Renunciation of War as an Instrument of National Policy. The Kellogg–Briand Pact). Available at: <http://zaki.ru/pagesnew.php?id=1500>

Diplomatičeskii slovar' [Diplomatic dictionary]. Moscow, 1986, 752 p.

Itogovi document Vsemirnogo sammita OON 2005 g. Prinyat resolyutsiyey #60/1 General'noy assamblei OON ot 16. 09 2005. [World Summit Outcome 2005]

Available at [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/declarations/outcome2005\\_ch3.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/outcome2005_ch3.shtml)

Kurs mezhdunarodnogo prava. T.4 [Course on international law. V. 4]. Ed. Lukashuk I.I. Moscow, 1990, 272 p.

Lukashuk I.I. *Mezhdunarodnoye pravo* [International law]. Moscow, Wolters Kluwer, 2005, 432 p.

Maleev Yu. N. Reabilitatsiya adekvatnogo i proporcional'nogo primeneniya sily [Rehabilitation of adequate and proportionate use of force]. *Moskovskii zhurnal mezhdunarodnogo prava — Moscow journal of international law*. 2004, no. 3/55, pp. 31-47.

Martens F.F. *Sovremennoe mezhdunarodnoe pravo tsvilizovvannykh narodov* [Modern international law of civilized peoples]. Saint Petersburg, 1905, 686 p.

Orbelyan A.S. *Stanovlenie i razvitie instituta samooborony v mezhdunarodnom prave* [Formation and development of the institution of self-defence in international law]. Yerevan, YGU, 2010, pp. 150-167.

Skakunov E.I. *Samooborona v mezhdunarodnom prave* [Self-defence in international law]. Moscow, Mezhdunarodniye otnosheniya, 1973, 176 p.

Sobakin V.K. *Kollektivnaya bezopasnost' — garantiya mirnogo sosuschestvaniya* [Collective security — guaranty of peaceful coexistence]. Moscow, 1962, 518 p.

Tuzmukhamedov B.R. *Predely samooborony* [Limits of self-defence]. Available at [http://www.ng.ru/politics/2004-09-29/2\\_predel.html](http://www.ng.ru/politics/2004-09-29/2_predel.html)

Rezolutsiya General'noi assamblei OON A/56/83 [Resolution adopted by the General Assembly]

Ushakov N.A. *Pravovoe regulirovaniye ispol'zovaniya sily v mezhdunarodnykh ot-nosheniyakh* [Legal regulation of using force in international relations]. Moscow, IGPAN RAN, 1997, 96 p.

Fateev K.V. *Obespecheniye voennoy bezopasnosti Rossiyskoy Federatsii: teoriya i praktika pravovogo regulirovaniya* [Ensuring military security of the Russian Federation: theory and practice of legal regulation]. Moscow, Za prava voennosluzh-aschykh, 2005, 467 p.

Ferdross A. *Mezhdunarodnoye pravo* [International law]. Moscow, 1959, 652 p.

Yuredicheskii slovar' [Legal dictionary]. Available at: <http://dic.academic.ru/dic.nsf/lower/15381>

Bowett D.W. *Self-Defence in International Law*. London, 1958. 294 p.

Case concerning the Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America. ICJ Judgement of 27 June 1986 // <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>

Gray C. *International Law and the Use of Force*. N.Y., 2000. 430 p.

Green L. *Essays on the Modern Law of War*. N.Y., 1999. 604 p.

Kelsen H. *Unrecht und Unrechtsfolge im Volkerrecht // Zeitschrift für öffentliches Recht*. Bd. XII. Nr. 4. Springer. 1932.P. 481–608.

Krisch N. *Self-Defence and Collective Security // Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*. Band 151. 2001. P. 405–412.

**А.Б. Панов**

кандидат юридических наук

## Процессуальные нарушения — причина принятия неправильного судебного акта

*В статье рассматриваются вопросы надлежащего извещения лица при рассмотрении дела об административном правонарушении. По итогам анализа судебной практики обнаружена тенденция, когда судьи выявляют отсутствие фиксации явки или неявки тех или иных лиц при рассмотрении дел об административных правонарушениях, что существенно осложняет правосудие. Анализируются конкретные судебные дела арбитражных судов, выявляются пробелы в действующем законодательстве, в том числе в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях (КоАП РФ).*

**Ключевые слова:** административная ответственность, арбитражные суды, извещение, КоАП РФ, судебная практика, Президиум ВАС России, судебные акты.

Предметом рассмотрения Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации 9 апреля 2013 г., надзорное производство № 15363/12, стал процессуальный аспект процедуры рассмотрения дела об административном правонарушении, а именно фиксирование явки (неявки) лиц на рассмотрение дела об административном правонарушении.

Закрытое акционерное общество (далее — Общество) обратилось в арбитражный суд с заявлением к Астраханской таможне (далее — Таможня) о признании незаконным и отмене постановления года о привлечении к административной ответственности на основании отсутствия состава административного правонарушения и нарушения процедуры привлечения к административной ответственности.

Материалами дела установлено, что в Астраханский таможенный пост на обработку были представлены документы для завершения процедуры таможенного транзита на товар — швеллер, поступивший в адрес Общества для дальнейшей отправки морским транспортом в другую страну.

Общество без разрешения таможенного органа выгрузило товар, после чего последний был помещен на хранение. Факт осуществления грузовых операций с товарами, находящимися под таможенным контролем без разрешения таможенно-

го органа был расценен Астраханской таможней в качестве нарушения обществом ст. 222 и 223 Таможенного кодекса Таможенного союза (далее — ТК ТС).

По данному факту таможенным органом было возбуждено дело об административном правонарушении по ч. 1 ст. 16.13 КоАП РФ и составлен протокол об административном правонарушении.

Из материалов дела следует, что 13 декабря 2011 г. исполняющим обязанности начальника Астраханской таможни было вынесено постановление по делу об административном правонарушении, которым Общество было признано виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена ч. 1 ст. 16.13 КоАП РФ. Обществу было назначено наказание в виде административного штрафа.

В заявлении, поданном в арбитражный суд, Общество поясняет, что согласно п. 2 ст. 25.1 КоАП РФ дело об административном правонарушении рассматривается с участием лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении. В отсутствие указанного лица дело может быть рассмотрено лишь в случаях, предусмотренных ч. 3 ст. 28.6 кодекса, либо если имеются данные о надлежащем извещении лица о месте и времени рассмотрения дела и если от лица не поступило ходатайство об отложении рассмотрения дела, либо если такое ходатайство оставлено без удовлетворения.

Рассмотрение дела об административном правонарушении было назначено на 29 ноября 2011 г. на 14:00 часов, однако определением от 29 ноября 2011 г. оно было отложено, и назначено новое рассмотрение на 13 декабря 2011 г. на 16:00 часов, а срок рассмотрения дела об административном правонарушении был продлен до 27 декабря 2011 г. Несмотря на это, 14 декабря 2011 г. Таможня направила в адрес заявителя телеграмму о рассмотрении дела об административном правонарушении 27 декабря 2011 г. Кроме того, хотя Общество было извещено об отложении рассмотрения дела на 27 декабря 2011 г., 26 декабря 2011 г. в его адрес поступило постановление от 13 декабря 2011 г.

В своем решении Арбитражный суд Астраханской области признал постановление таможенного органа о привлечении Общества к административной ответственности незаконным, тем самым удовлетворив требования Общества и отметив следующее<sup>1</sup>.

Довод административного органа, согласно которому телеграмма дана ошибочно, не был принят судом, поскольку в силу ч. 1 ст. 29.11 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении объявляется немедленно по окончании рассмотрения дела, а согласно ч. 2 данной статьи копия постановления вручается под расписку законному представителю юридического лица либо высылается в течение трех дней. Таким образом, если 13 декабря 2011 г. было вынесено постановление в отсутствие лица, привлекаемого к административной ответственности, то копия постановления ему должна быть направлена в течение трех дней (с учетом выходных) — не позднее 17 декабря 2011 г.

Из обстоятельств дела следует, что 14 декабря 2011 г. направляется телеграмма о новой дате рассмотрения дела 27 декабря 2011 г. за пределами срока привлечения к административной ответственности, установленного ст. 4.5 КоАП РФ, и тогда

---

<sup>1</sup> Решение Арбитражного суда Астраханской области от 13 марта 2012 г. по делу № А06-48/2012.

22 декабря 2011 г. направляется копия постановления от 13 декабря 2011 г. При этом административный орган не принимает никаких мер по устранению допущенной, по его утверждению, ошибки о назначении дела на 27 декабря 2011 г.

На основании указанных обстоятельств суд пришел к выводу, что постановление о привлечении к ответственности Общества от 13 декабря 2011 г. не оглашалось и на момент направления телеграммы текст постановления отсутствовал, поскольку если бы был изготовлен текст постановления, то возникла бы обязанность направить его копию, а не телеграмму о назначении другой даты рассмотрения. Исходя из того, что копия постановления направлена заявителю 22 декабря 2011 г., возникает предположение, что постановление было изготовлено в период после 14 декабря 2011 г. и до 22 декабря 2011 г., следовательно, доказательств о времени рассмотрения дела и надлежащем извещении об этом времени лица, привлекаемого к ответственности, в материалах административного дела не имеется.

Не согласившись с результатами рассмотрения дела, таможенный орган обратился в апелляционную инстанцию с соответствующим заявлением.

Постановлением Двенадцатого арбитражного апелляционного суда решение суда первой инстанции отменено по следующим основаниям<sup>2</sup>.

Рассмотрение дела об административном правонарушении было назначено на 29 ноября 2011 г. на 14 часов 00 минут, однако определением от 29 ноября 2011 г. было отложено и назначено новое рассмотрение на 13 декабря 2011 г. в 16 часов 00 минут, а срок рассмотрения дела об административном правонарушении был продлен до 27 декабря 2011 г. В свою очередь, 14 декабря 2011 г. таможенный орган направил в адрес Общества телеграмму о назначении рассмотрения дела об административном правонарушении на 27 декабря 2011 г.

Однако, несмотря на то что Общество было извещено об отложении рассмотрения дела на 27 декабря 2011 г., 26 декабря 2011 г. в его адрес поступило постановление от 13 декабря 2011 г. Исходя из указанных обстоятельств, суд первой инстанции пришел к выводу, что постановление о привлечении общества к ответственности 13 декабря 2011 г. не оглашалось, и на момент направления телеграммы текст постановления отсутствовал, поскольку если бы был изготовлен текст постановления, то возникла бы обязанность направить его копию, а не телеграмму о назначении другой даты рассмотрения.

Исходя из того, что копия постановления направлена заявителю 22 декабря 2011 г., возникло предположение, что постановление было изготовлено в период после 14 декабря 2011 г. и до 22 декабря 2011 г., следовательно, доказательств о времени рассмотрения дела и надлежащем извещении об этом времени лица, привлекаемого к ответственности, в материалах административного дела не имеется.

В силу прямого указания ч. 6 ст. 210 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ) при рассмотрении дела об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности, арбитражный суд, наряду с иными обстоятельствами, имеющими значение для дела, определяет, соблюден ли установленный порядок привлечения лица к административной ответственности.

При привлечении к административной ответственности должны быть соблюдены требования ст. 25.1, 28.2 и 29.7 КоАП РФ, обеспечивающие гарантию прав

---

<sup>2</sup> Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 21 мая 2012 г. по делу № А06-48/2012.

и интересов лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении.

Согласно п. 1 ст. 25.1 КоАП РФ лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами в соответствии с настоящим кодексом.

В силу ч. 4.1 ст. 28.2 КоАП РФ протокол об административном правонарушении составляется в отсутствие законного представителя юридического лица *при наличии у административного органа данных о надлежащем извещении лица*, привлекаемого к административной ответственности, о времени и месте составления протокола. Копия протокола об административном правонарушении направляется лицу, в отношении которого он составлен, в течение трех дней со дня составления указанного протокола.

Как следует из протокола об административном правонарушении, он был составлен 14 ноября 2011 г. в отсутствие представителя Общества. О времени и месте составления протокола Общество было уведомлено телеграммой, полученной 10 ноября 2011 г., что подтверждается уведомлением о вручении телеграммы и не оспаривается заявителем.

Дело об административном правонарушении рассматривается с участием лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении. В отсутствие указанного лица дело может быть рассмотрено лишь в случаях, предусмотренных ч. 3 ст. 28.6 КоАП РФ, либо если имеются данные о надлежащем извещении лица о месте и времени рассмотрения дела и если от лица не поступило ходатайство об отложении рассмотрения дела, либо если такое ходатайство оставлено без удовлетворения.

Как следует из материалов дела, постановление по делу об административном правонарушении было вынесено Таможней 13 декабря 2011 г. в отсутствие законного представителя Общества. О времени и месте рассмотрения административного дела (13 декабря 2011 г. в 16 часов 00 минут) Общество было уведомлено определением от 29 ноября 2011 г. Данное определение с сопроводительным письмом от 29 ноября 2011 г. было направлено в адрес Общества и получено им 2 декабря 2011 г. и 5 декабря 2011 г., что подтверждается почтовыми уведомлениями о вручении корреспонденции.

Однако 13 декабря 2011 г. Общество явку представителя на рассмотрение административного дела не направило. Этим же числом дело было рассмотрено Таможней в отсутствие законного представителя Общества и вынесено постановление о привлечении к административной ответственности. Тот факт, что 14 декабря 2011 г., после вынесения постановления, административным органом в адрес общества была направлена телеграмма о том, что 27 декабря 2011 г. состоится рассмотрения дел об административных правонарушениях в отношении Общества, в том числе спорного дела, не свидетельствует о незаконности вынесенного при надлежащем уведомлении привлекаемого лица постановления.

Факт направления постановления обществу 22 декабря 2011 г. также не свидетельствует о том, что оно было вынесено в иное время, нежели 13 декабря 2011 г. Таким образом, суд апелляционной инстанции пришел к выводу о соблюдении таможенным органом порядка привлечения общества к административной ответственности. Срок привлечения к ответственности Таможней был соблюден.

Суд кассационной инстанции, рассмотрев заявление Общества, не нашел оснований для отмены постановления суда кассационной инстанции.

Общество обратилось с заявлением в Высший Арбитражный Суд Российской Федерации. Коллегией судей были обнаружены основания для передачи рассматриваемого дела в Президиум ВАС России, среди которых можно выделить следующие.

Доводы Таможни, что телеграмма от 14 декабря 2011 г. с указанием даты рассмотрения дела об административном правонарушении направлена в адрес заявителя ошибочно, не подтверждены какими-либо доказательствами, равно как и нет каких-либо доказательств, что фактическое рассмотрение дела состоялось 13 декабря 2011 г. Также в материалах дела отсутствуют доказательства, свидетельствующие, что таможенным органом предпринимались какие-либо меры по устранению допущенной ошибки, связанной с назначением к рассмотрению дела об административном правонарушении на 27 декабря 2011 г.

При таких обстоятельствах вывод суда первой инстанции о нарушении порядка рассмотрения дела об административном правонарушении является правильным, в связи с чем оснований для отмены решения суд апелляционной инстанции не имел.

Постановлением Президиума ВАС России постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда и постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа были отменены, решение Арбитражного суда Астраханской области оставлено без изменения.

**На основании изложенного можно сделать следующие выводы.**

*1. Факт надлежащего извещения административным органом лица, в отношении которого ведется административное производство, тесным образом связан с реальной возможностью этого лица, привлекаемого к ответственности, осуществлять права на защиту, гарантированные Конституцией Российской Федерации, КоАП РФ и иными нормативными актами.*

Лицо имеет право участвовать в рассмотрении дела, пользоваться помощью защитника, возражать относительно протокола об административном правонарушении, знакомиться с материалами дела. Отсутствие данных о надлежащем извещении лица (привлекаемого к ответственности) приводит к нарушению конституционных прав на защиту.

*2. Наряду с направлением телеграмм и извещений о времени и месте судебного заседания при их возврате необходимо предпринимать иные возможные меры — извещения, включая телефонограммы, использовать извещения курьером с приложением соответствующей информации в дело.*

Таможенный орган в рамках рассматриваемого дела не приложил усилий к тому, чтобы устранить якобы допущенную ошибку в виде отправки телеграммы Обществу.

*3. В материалах дела отсутствуют свидетельства, что Общество уклонялось от получения какой-либо информации о ходе рассмотрения административного производства.*

Лишь только в случае уклонения Общества от участия в производстве по делу можно было говорить, что оно отказывается от реализации своих прав.

*4. В действующем законодательстве, в том числе КоАП РФ, присутствует определенный правовой пробел в сфере фиксации явки лиц для рассмотрения дела об административном правонарушении во внесудебном порядке.*

Так, термин «надлежащее извещение», которым оперирует АПК РФ, означает соблюдение совокупности условий извещения: повестка отправляется в срок, разумно достаточный для подготовки сторон и иных лиц, участвующих в деле, к защите своего интереса, сбора необходимых материалов, явки в суд; адреса, по которым должны доставляться повестки, указываются в заявлении, поданном в суд; фиксируется результат уведомления, что будет служить подтверждением надлежащего извещения (квитанция об отправлении телеграммы, выписка из журнала телефонограмм, факсограмм и т.д.)<sup>3</sup>.

Применительно к внесудебному рассмотрению дел об административных правонарушениях вышеназванные термины четко не прописаны.

Названный пробел лишь частично восполняет судебная практика, анализ которой позволяет сделать вывод, что процессуальные нарушения со стороны компетентных органов влекут серьезные правовые последствия, в том числе отмену самих постановлений о привлечении к административной ответственности.

Так, в постановлении от 25 августа 2009 г. по делу № А27-2598/2009-5 Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа пришел к выводу, что неупоминание законного представителя юридического лица, привлекаемого налоговым органом к ответственности, является основанием для отмены принятого ненормативного акта.

Однако в тех же судебных актах можно выявить тенденцию, когда судьи выявляют отсутствие фиксации явки или неявки тех или иных лиц (при рассмотрении дел об административных правонарушениях), что существенно осложняет правосудие.

Подобная проблема содержится в постановлении суда апелляционной инстанции от 1 декабря 2008 г. по делу № А40-56000/08-92-470, когда суд был вынужден констатировать отсутствие доказательств о явке (неявке) К. и Ч. в административный орган для рассмотрения дела об административном правонарушении.

Считаем, что нормативные изменения в этой сфере существенно упростят реализацию своих прав в судебных инстанциях, как административным органам, так и лицам, привлекаемым к административной ответственности.

Так, КоАП РФ содержит в себе перечень прав и обязанностей лиц, участвующих в производстве по делу об административном правонарушении (гл. 25). Целесообразно было бы включить в данную главу императивную норму о необходимости фиксации явки (неявки лиц) для участия в производстве по делам об административных правонарушениях.

Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 21 мая 2012 г. по делу № А06-48/2012.

Решение Арбитражного суда Астраханской области от 13 марта 2012 г. по делу № А06-48/2012.

*Черных И.И.* Гражданское процессуальное право: учеб. / С.А. Алехина, В.В. Блажеев и др.; под ред. М.С. Шакарян. М., 2004

---

<sup>3</sup> *Черных И.И.* Гражданское процессуальное право: учеб. / С.А. Алехина, В.В. Блажеев и др.; под ред. М.С. Шакарян. М., 2004. С. 239.

.....

## **Procedural Violations as a Cause for Incorrect Court Acts**

**Panov A.B.**

### **Abstract**

The article studies the questions of proper notification of a person when hearing a case on administrative violation. The analysis of court practice showed the tendency when judges face the absence of any document on appearance or non-appearance in court of people when hearing administrative cases that makes the procedure more challenging. The analysis of specific court cases of arbitral courts reveal drawbacks in the applicable laws including the Russian Federation Administrative Offences Code.

### **Keywords**

Administrative liability, Arbitration courts, notification, Russian Federation Administrative Offences Code, legal practice, telegrams, Presidium of the Russian Federation Supreme Arbitration Court, legal acts, appearance

### **References**

Reshenie Arbitrazhnogo suda Astrakhanskoy oblasti ot 13 marta 2012 goda po delu № A06-48/2012.

Postanovlenie Dvenadsatogo arbitrazhnogo apellyatsionnogo suda ot 21 maya 2012 goda po delu № A06-48/2012.

Chernykh I.I. *Grazhdanskoe processual'noe pravo. Uchebnik* [Civil procedural law: a textbook]. Ed. Shakaryan M.S. Moscow, 2004.

**А.В. Моргун**

аспирантка кафедры ЮНЕСКО  
по авторскому праву и другим правам  
интеллектуальной собственности  
Национального исследовательского  
университета «Высшая школа  
экономики»\*

# Практика применения законодательства о рекламе

*Правоприменительная практика показала, что некоторые весьма серьезные аспекты рекламной деятельности не были урегулированы Федеральным законом от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон «О рекламе») должным образом, а некоторые запреты послужили причиной новых информационных споров и жалоб. Так, остались неразрешенными информационные споры, связанные с разграничением редакционного материала и информации рекламного характера. Отдельным блоком выделены информационные споры, связанные с несовершенством конструкций некорректных сравнений, зонтичных брендов в Закона «О рекламе», а также информационные споры, связанные с этикой рекламы и проблемами саморегулирование и медиации в сфере рекламы в России.*

**Ключевые слова:** право, реклама, информационные споры, саморегулирование, несовершенство конструкций закона, «ProductPlacement».

Правоприменительная практика показала, что некоторые весьма серьезные аспекты рекламной деятельности не были урегулированы Федеральным законом от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон «О рекламе») должным образом, а некоторые запреты послужили причиной новых информационных споров и жалоб. Так, причиной массового нарушения интересов потребителя рекламы стала отмена нормы-запрета прерывать художественные фильмы чаще, чем через каждые 15 минут, ранее зафиксированной в п. 1 ст. 11 Федерального закона «О рекламе» 1995 г. В настоящее время отмена этой нормы представляет собой существенный пробел законодательства о рекламе. Время демонстрации художественных фильмов является самым популярным эфирным временем для массового телезрителя, и, соответственно, лакомым куском для рекламодателей. Исчезновение этой нормы — яркий пример лоббирования интересов рекламодателей на законодательном уровне.

В соответствии с п. 10 ст. 14 Закона «О рекламе» художественные фильмы могут прерываться рекламой таким образом, чтобы продолжительность каждого прерывания указанных телепередач рекламой не превышала четырех минуты. Таким образом, теперь художественные фильмы можно дробить четырехминутными рекламными роликами без ограничений. Указанный подход не сопоставим с нормами европейского законодательства. В Евросоюзе, например, запрещено прерывать рекламой художественные фильмы чаще, чем через каждые 45 минут<sup>1</sup>.

\* Москва, 119017, ул. Малая Ордынка, 17. E-mail: Albina.morgun@yandex.ru

<sup>1</sup> Европейская конвенция о трансграничном вещании // <http://conventions.coe.int/treaty/rus/Treaties/Html/132.htm>

Очевидна необходимость возврата ранее действующей нормы в п. 10 ст. 14 Закона «О рекламе».

Нарушающим права потребителей стало появление рекламы, не урегулированной Законом «О рекламе», — рекламы при переключении каналов на платном телевидении<sup>2</sup>. Реклама при переключении каналов — это вид рекламной информации, передаваемой телематическим способом, которая появляется при переключении каналов спутникового телевидения и занимает от ¼ до 100% площади кадра.

В Интернете потребители платного кабельного телевидения высказывают недовольство и обсуждают указанный вид рекламы. Основной вопрос, который возникает у потребителей, — как отказаться от получения такой рекламы<sup>3</sup>. Несмотря на серьезный резонанс, возникший в общественной среде по поводу указанной рекламы, существуют единичные случаи, когда антимонопольной службе удалось оштрафовать распространителя рекламы, а судебные инстанции оставляли это решение без изменений. В качестве примера разрешения подобного спора между потребителем рекламы и рекламораспространителем можно привести решение УФАС по г. Москве по делу № 3-14-122/77-11, оставленное без изменений решением Арбитражного суда г. Москвы по делу № А40-72707/12-17-699.

Поводом для данного разбирательства послужило обращение гражданина Князева В.Л. о нарушении законодательства о рекламе, адресованное Президенту Российской Федерации и поступившее в УФАС по Москве. В своем обращении Князев В.Л. указал, что в течение 2011–2012 гг. на пяти каналах («Первый канал», «ТВЦ», «Культура», «Спорт», «Звезда») распространялась многочасовая реклама в виде прямоугольника, расположенного по центру экрана, мешавшего просмотру телепрограмм и содержащего следующую информацию: «Пакет «Ночной» (18+) теперь КРУГЛОСУТОЧНО: Всего за 500 руб. в год! Оплати в салонах «Евросет», платежных терминалах, на [www.tricolcr.tv](http://www.tricolcr.tv)»<sup>4</sup>.

Комиссия УФАС по Москве установила, что ЗАО «Национальная спутниковая компания» («Триколор ТВ») телематическим путем осуществляло рассылку абонентам информации, которая появлялась у абонента в виде прямоугольника, расположенного по центру экрана и наложенного на кадр транслируемой телепрограммы. Данные услуги предоставляются в соответствии с Правилами оказания телематических услуг связи, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 10 сентября 2007 г. №575, и распространяются с помощью программного обеспечения CASDRJECRYPT» (вх. М 30764 от 15 декабря 2011 г.).

В соответствии с п. 16 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25 декабря 1998 г. № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» и п. 1 ст. 3 Закона «О рекламе» Арбитражный суд г. Москвы, подтверждая позицию УФАС по Москве, признал информацию, передаваемую телематическим путем, рекламой. Эта информация, очевидно ассоциирующаяся у потребителя с определенным товаром, работами, услугами, должна рассматриваться как реклама этого товара, работ, услуг<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> <http://www.youtube.com/watch?v=GpIeXR1yAV0>

<sup>3</sup> <http://otvety.google.ru/otvety/thread?tid=5653024b80337cc3>

<sup>4</sup> Решение Арбитражного суда г. Москвы по делу № А40-72707/12-17-699 // <http://kad.arbitr.ru/Card/65415011-c997-47a6-9a74-da0a689ca547>

<sup>5</sup> Пункт 16 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25 декабря 1998 г. № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» // [http://www.arbitr.ru/as/pract/vas\\_info\\_letter/3015.html](http://www.arbitr.ru/as/pract/vas_info_letter/3015.html)

Важным обстоятельством дела является факт, что нарушение законодательства о рекламе Арбитражный суд г. Москвы усмотрел в том, что площадь распространяемой ЗАО «Национальная спутниковая компания» рекламы в нарушение п. 1 ч. 2 ст. 14 Закона «О рекламе» составила примерно 12% площади кадра, т.е. более 7% площади кадра, что является нарушением п. 1 ч. 2 ст. 14 Закона «О рекламе».

В данном случае мы наблюдаем следующую ситуацию: для того чтобы защитить потребителя рекламы от указанной информации, УФАС по Москве и Арбитражный суд г. Москвы были вынуждены применить две совершенно разные, конфликтующие информационные нормы. С одной стороны, информацию признали рекламой в телепрограммах и телепередачах (ст. 14 Закона «О рекламе»), с другой стороны, она была признана рекламой, передаваемой телематическим путем, что по своей сути подпадает под правила ст. 18 Закона «О рекламе» о рекламе, передаваемой по сетям электросвязи.

К сожалению, этот спор не стал решающим для ограничения «рекламы при переключении каналов». Поэтому потребители рекламы вновь и вновь наблюдают рекламу, размещенную путем наложения на кадр, что свидетельствует о необходимости решить данную проблему на законодательном уровне.

Но это не единственная проблема, связанная с рекламой на платном телевидении.

На данный момент в соответствии с п. 2 ч. 15 ст. 14 Закона «О рекламе» ограничения, установленные настоящим законом в отношении рекламы отдельных видов товаров в телепрограммах, не распространяются на рекламу, распространяемую в телепрограммах и телепередачах по телеканалам, доступ к которым осуществляется исключительно на платной основе с применением декодирующих технических устройств. В соответствии с Федеральным законом от 18 июля 2011 г. № 218-ФЗ с 23 июля 2012 года п. 2 ч. 15 ст. 14 дополнен словами «за исключением рекламы алкогольной продукции». Учитывая, что в отношении платного телевидения между потребителем рекламы и непосредственно рекламораспространителем существуют договорные отношения, снятие ограничений на рекламу отдельных видов товаров представляется нецелесообразным.

Потребитель рекламы общего телевидения от потребителя рекламы платного телевидения отличается только фактом вступления в договорные отношения с рекламораспространителем. Соответственно, целесообразным будет полное исключение п. 2 ч. 15 ст. 14 Закона «О рекламе». Что касательно нововведений Закона «О рекламе», оказавшихся не столь однозначным на практике, то здесь стоит упомянуть о полном запрете на использование так называемых «зонтичных брендов».

В соответствии с п. 3 ч. 2 ст. 5 Закона «О рекламе» недобросовестной признается реклама, которая представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте, если она осуществляется под видом рекламы другого товара, товарный знак или знак обслуживания которого тождествен или сходен до степени смешения с товарным знаком или знаком обслуживания товара, в отношении рекламы которого установлены соответствующие требования и ограничения, а также под видом рекламы изготовителя или продавца такого товара. Иными словами, в случаях, когда производитель товара выпускает продукцию, реклама которой ограничена, реклама иных товаров, выпускаемых таким производителем, будет незаконной в силу указанной статьи.

Ситуация весьма неоднозначная. С одной стороны, данная норма предотвращает многочисленные попытки производителей продукции, ограниченной в рекламе,

иным образом довести информацию о своем продукте до потребителя. С другой стороны, эта норма фактически вводит ограничение на рекламу продукции производителя даже в том случае, когда он производит продукцию различных классов МКТУ помимо той, реклама которой ограничена.

С точки зрения рыночной системы подобная ситуация выглядит немного иным образом: чаще всего производители товаров, реклама которых ограничена, являются обладателями огромных финансовых ресурсов, что позволяет им с легкостью инвестировать новые проекты и занимать новые экономические ниши. С этой позиции получается, что, полностью запрещая рекламу товаров, которые выпускаются под товарным знаком продукции, ограниченной в рекламе, законодатель лишил производителя права расширять свой бизнес и рекламировать продукцию, отличную от той, которая ограничена.

Существует масса примеров производителей, не ограничивающихся выпуском табачной, алкогольной и иной продукции, реклама которой в силу Закона «О рекламе» ограничена. Показательным примером является марка «Davidoff». Под указанной маркой выпускаются не только сигареты и сигары, но и парфюм, обувь, аксессуары, кофе.

Удивительная ситуация сложилась вокруг товаров ЗАО МПБК «Очаково». Эта организация является производителем пивных, алкогольных и безалкогольных напитков (небезызвестный квас) одновременно. Тем не менее, ЗАО МПБК «Очаково» ни разу не привлекалось к административной ответственности за нарушение законодательства о рекламе, в том числе и исследуемой нормы о «зонтичных брендах». По данным пресс-службы компании «Очаково» всем известный слоган «Квас «Очаковский» — во всех холодильниках страны!» прозвучал с экранов федеральных телеканалов: «Первый канал», «Россия», «ТНТ», «НТВ», «ПерецТВ», «5 канал» и «ТВЦ», транслируемых по всей России<sup>6</sup>. В тоже время полным ходом идет производство пива марки «Очаково», а также целой серии слабоалкогольных напитков — так называемых коктейлей.

Существует масса примеров привлечения производителей различного рода товаров к административной ответственности в связи с нарушением нормы об использовании зонтичных брендов. Тем не менее случай с ЗАО МПБК «Очаково» указывает на то, что существуют исключения.

Позиция судебных инстанций в этом вопросе также неоднозначна. Стоит привести в пример постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 20 октября 2008 г. № Ф08-6339/08, который в похожей ситуации попытки привлечения к ответственности распространителя рекламы безалкогольной продукции, выпускаемой под одинаковым товарным знаком с алкогольной, сослался на то, что «реклама не содержит информации, направленной на привлечение внимания неопределенного круга лиц именно к алкогольной продукции, так как объекты рекламы — минеральная вода и сладкая газированная вода — не являются алкогольной продукцией»<sup>7</sup>.

Как итог, с одной стороны, запрет использования зонтичных брендов был одним из ожидаемых запретов по итогам правоприменительной практики, с другой — под

---

<sup>6</sup> Данные пресс-службы компании «Очаково» // <http://pivnaya.ru/news/pressreliz/1348-kvas-ochakovskii-vo-vseh-holodilnikah-strani.html>

<sup>7</sup> СПС Гарант.

формулировку, указанную в ст. 5 Закона «О рекламе», подпадают не только зонтичные бренды, но и реклама товаров, производитель которых выпускает продукцию различных классов МКТУ, используя один товарный знак. В случае последнего запрет, установленный в ст. 5 Закона «О рекламе», в силу несовершенства конструкции закона представляется необоснованным.

Поводом для многочисленных споров также стала норма, перешедшая из Закона Российской Федерации от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации» об объемах рекламы в СМИ в Законе «О рекламе».

В соответствии с ч. 2 ст. 15 Закона «О рекламе» в радиопрограммах, не зарегистрированных в качестве средств массовой информации и специализирующихся на сообщениях и материалах рекламного характера, продолжительность рекламы не может превышать 20% времени вещания в течение суток. В соответствии со ст. 16 Закона «О рекламе» объем рекламы в периодических печатных изданиях, не специализирующихся на сообщениях и материалах рекламного характера, должен составлять не более чем 40% объема одного номера периодических печатных изданий.

При этом согласно п. 70 Административного регламента предоставления Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций государственной услуги по регистрации средств массовой информации Минкомсвязи России, утвержденному приказом Минкомсвязи России от 29 декабря 2011 г. №362 (далее — Административный регламент), при регистрации СМИ рекламного характера уплачивается государственная пошлина, в несколько раз превышающая государственную пошлину при регистрации нерекламных СМИ<sup>8</sup>. Для примера — зарегистрировать периодическое печатное издание стоит 4000 рублей, а зарегистрировать тоже СМИ рекламного характера — 20 000 рублей. Соответственно, регистрировать СМИ в качестве рекламного просто невыгодно, что и приводит к нежеланию учредителя СМИ при регистрации прямо указывать цель своей деятельности.

При этом в соответствии со ст. 14.3 КоАП РФ штрафы за превышение указанных объемов рекламного текста отнюдь не маленькие (от 200 000 до 500 000 рублей — теле- и радиопрограммы, от 40 000 до 100 000 рублей — периодические печатные СМИ).

Соответственно, на мотив самого средства массовой информации размещать информацию под видом рекламной, категорически невозможно сослаться как на юридический факт. Вот тут-то и возникает вопрос — как определять объемы рекламы в СМИ и что вообще считать информацией рекламного характера?

Если ориентироваться на законодательное определение рекламы, то любые сообщения СМИ, в которых пусть даже косвенно фигурирует товар или услуга, представляют собой распространенную любым способом, в любой форме и с использованием любых средств информацию, адресованную неопределенному кругу лиц и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии с п. 2 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 8 октября 2012 г. № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»» при анали-

<sup>8</sup> <http://www.rsoc.ru/mass-communications/smi-registration/>

зе информации на предмет наличия в ней признаков рекламы судам необходимо учитывать, что размещение отдельных сведений, очевидно вызывающих у потребителя ассоциацию с определенным товаром, имеющее своей целью привлечение внимания к объекту рекламирования, должно рассматриваться как реклама этого товара, поскольку в названных случаях для привлечения внимания и поддержания интереса к товару достаточно изображения части сведений о товаре (в том числе, товарного знака). В этом случае данная информация должна быть исследована судом на предмет соответствия требованиям, предъявляемым Законом «О рекламе», в том числе установленным гл. 3 в отношении отдельных видов товаров<sup>9</sup>.

Получается, что разграничение информации рекламного характера и редакционного материала находится полностью в зоне ответственности контролирующих и судебных органов, что может представлять собой коррупционную составляющую деятельности таких органов. В то же время привлечение саморегулируемых организаций, неспособных в сущности повлиять на решение вышеуказанных органов, не является на данный момент решением данной проблемы. Возможно, решением может быть исключение из Закона «О рекламе» норм об объемах рекламы, а также исключение из Административного регламента Минкомсвязи России норм о процедуре регистрации СМИ, специализирующихся на сообщениях и материалах рекламного характера.

Известно, что реклама является одним из основных источников доходов СМИ, в связи с чем отмена разграничений СМИ при регистрации и ответственности за размещение рекламы приведет к укреплению независимости СМИ от государственной помощи и иных источников финансирования, что само по себе является неплохим результатом. При этом права потребителя рекламы не нарушаются, так как у него остается выбор — покупать то или иное издание, содержащее большое количество рекламы, или нет.

Вторая проблема, связанная с разграничением редакционного, художественного и рекламного материалов, — это отсутствие правового регулирования рекламного контента в кино- и теле-продукции. Ранее в Федеральном законе от 18 июля 1995 г. № 108-ФЗ «О рекламе» существовал полный запрет на использование в радио-, теле-, видео-, аудио- и кинопродукции, а также в печатной продукции нерекламного характера целенаправленного обращения внимания потребителей рекламы на конкретную марку (модель, артикул) товара либо на изготовителя, исполнителя, продавца для формирования и поддержания интереса к ним без надлежащего предварительного сообщения об этом.

Стоит обратить внимание, что гипотеза нормы, содержащейся в абз. 2 п. 1 ст. 5 Закона «О рекламе» 1995 г., состояла в наличии предварительного сообщения либо пометки о рекламе. Следовательно, наличие материала рекламного характера в перечисленной продукции в случае предварительного сообщения об этом было не запрещено. Тем не менее, в соответствии с абз. 4 п. 1 ст. 5 Закона «О рекламе» 1995 г., организациям СМИ запрещалось взимать плату за размещение рекламы под видом информационного, редакционного или авторского материалов, что фактически полностью уничтожило интерес СМИ к размещению рекламы.

В действующем Законе «О рекламе» размещение рекламы в СМИ и кинопродукции под видом редакционного и художественного материалов фактически было

<sup>9</sup> Вестник ВАС РФ. 2012. № 12.

выведено из правового поля. В соответствии с подп. 9 п. 2 ст. 2 Закона «О рекламе» упоминание о товаре, средствах его индивидуализации, об изготовителе или о продавце товара, которые органично интегрированы в произведения науки, литературы или искусства и сами по себе не являются сведениями рекламного характера, не подпадает под действие указанного закона. Важно, что в этой формулировке употребляется термин «сведения рекламного характера». Именно данный термин возвращает нас к проблеме разграничения рекламного, редакционного и художественного материалов.

Явление, которое мы в дальнейшем будем называть «Product Placement», с принятием Закона «О рекламе» 2006 г. стало развиваться быстрыми темпами. Новая кинопродукция, выходящая на телеэкраны, стала все больше и больше наполняться товарами и упоминаниями об операторах различных услуг. Существует огромное количество примеров: фильмы «Елки» и «Выкрутасы», новый фильм «Соловей-Разбойник» и т.д. Популярные телепередачи также стали анонсировать все новые и новые товары (телепроект «Дом-2»).

Зарубежная практика сводится к тому, что в общем «Product Placement» признается как рекламное явление, и существует определенная история его правового регулирования. В частности, как на уровне европейского законодательства, так и на национальном уровне есть условия правомерности использования техники «Product Placement» и есть жесткие запреты, связанные с ним. С проблемой коммерциализации теле- и киноиндустрии в связи с повсеместным использованием «Product Placement» столкнулись и в США, но это больше связано с влиянием прецедентного права отдельных штатов к решению данной проблемы<sup>10</sup>.

Стоит отметить, что понятие «Product Placement» с точки зрения иностранного законодателя и правоприменителя по смыслу более совпадает с явлением, описанным в абз. 2 п. 1 ст. 5 Закона «О рекламе» 1995 г., чем с «упоминанием, интегрированным в произведение науки, литературы и искусства»<sup>11</sup>. Множество споров вызывает соотношение явления «Product Placement» и скрытой рекламы, запрещенной п. 9 ст. 5 Закона «О рекламе» 2006 г.

Возможно, предотвратить споры о разграничении редакционного, художественного и рекламного материалов можно путем закрепления понятия «Product Placement» в законе, определив его термином «косвенная реклама» и распространив на такую рекламу ограничения и требования, существующие в действующем законодательстве. Введение подобного термина позволит увеличить налоговую базу в рекламном бизнесе и, соответственно, значительно увеличить поступления доходов от рекламной деятельности в бюджет.

Отдельным блоком стоят проблемы, связанные с толкованием понятия недобросовестной рекламы в форме некорректных сравнений. Согласно п. 1 ч. 2 ст. 5 Закона «О рекламе» реклама, содержащая некорректные сравнения рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами, признается недобросовестной.

<sup>10</sup> Product Placement in European Audiovisual Productions. Christina Angelopoulos. European Audiovisual Observatory. Iris Plus. 2010 // [http://www.obs.coe.int/oea\\_publ/iris/iris\\_plus/index.html](http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/index.html)

<sup>11</sup> Пункт 9 ч. 2 ст. 2 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» // СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232.

Существует мнение, что данная норма применяется и «к случаям, когда в рекламе используется сравнение со всеми иными товарами, представленными на данном товарном рынке без упоминания конкретного наименования производителя или продавца»<sup>12</sup>.

В судебной практике на данный момент встречаются полностью противоположные позиции. В одном случае позиция суда сводится к тому, что некорректным является сравнение с определенным товаром, в другом случае к недобросовестной рекламе относят некорректное сравнение не с каким-то конкретным товаром, а с группой товаров того же класса МКТУ либо со всеми конкурентами, существующими на рынке. Что удивительно — в каждом из случаев судебные инстанции приводят вполне рациональные аргументы.

Данная проблема не получила должного внимания ни со стороны Федеральной антимонопольной службы, ни со стороны Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Внимание этих инстанций скорее привлекло соотношение недобросовестной рекламы и понятия недостоверной рекламы. В частности, в п. 9 постановления Пленума ВАС России от 8 октября 2012 г. № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» есть четкое указание на необходимость анализа достоверности сведений, которые относятся и к рекламируемому товару и к товару конкурентов.

Отдельным требованием Пленума ВАС России является обязанность судов учитывать недопустимость сравнения, основанного на несопоставимых критериях или неполном сравнении товаров, поскольку это искажает представление о рекламируемом товаре и не позволяет объективно оценить его свойства. На то, что существует объективная проблема с толкованием термина «некорректные сравнения», указывает не только судебная практика, но и ряд теоретических исследований, ставящих вопрос не столько о субъектах некорректных сравнений, сколько о соотношении данной нормы с нормами законодательства о защите конкуренции.

Но мы не будем сильно углубляться в этот вопрос, поскольку на этот аспект термина «некорректные сравнения» Пленум ВАС России все-таки обратил внимание: «При разграничении сферы применения ст. 14.33 (недобросовестная конкуренция) и ст. 14.3 (нарушение законодательства о рекламе) КоАП РФ судам необходимо исходить из того, что если ложные, неточные или искаженные сведения, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации, некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами, находящимися в состоянии конкуренции с указанным лицом, а также иная информация, распространение которой отвечает признакам недобросовестной конкуренции, содержатся в рекламе, то применяется административная ответственность, установленная статьей 14.3 КоАП РФ, а не статьей 14.33 КоАП РФ»<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Свиридова Е.А. Правовое регулирование рекламы: учеб. пособие. М.: ЮНИТИ-ДАНА; Закон и право, 2009. С. 165–167.

<sup>13</sup> Пункт 9 Постановления Пленума ВАС России от 8 октября 2012 г. № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами федерального закона о рекламе» // Вестник ВАС РФ. 2012. № 12.

Отдельный блок споров, неразрешенных Законом «О рекламе», связан с определением этики рекламы. Ранее у органов саморегулирования были полномочия, позволяющие выступать экспертами в сфере рекламы, что несоизмеримо сдерживало поток судебных разбирательств в данной области. Однако в настоящее время подход законодателя в отношении саморегулирования в сфере рекламы существенно изменился. Если ранее у органов саморегулирования был ряд полномочий, позволяющих им защищать права неопределенного круга потребителей рекламы в случае нарушения их прав, предусмотренных законодательством Российской Федерации о рекламе, то в новом Законе «О рекламе» саморегулируемые организации сохранили свои полномочия только в отношении своих членов. На наш взгляд, фактически были уничтожены зачатки медиации в сфере рекламы.

Практика саморегулирования в сфере рекламы, например, Великобритании, показывает, что в отличие от консервативных законодательных механизмов, она может быстро, гибко и без лишних затрат обеспечить гармоничные отношения между участниками рекламных отношений и, безусловно, за этим будущее.

Итогом к приведенному обзору может послужить следующий вывод: неоспоримо велико позитивное влияние принятия в 2006 г. нового Федерального закона «О рекламе», тем не менее этот закон требует доработки в связи с новыми вызовами практики и несовершенством некоторых правовых конструкций внутри данного правового акта.

Product Placement in European Audiovisual Productions. Christina Angelopoulos. European Audiovisual Observatory. Iris Plus. 2010 // [http://www.obs.coe.int/oea\\_publ/iris/iris\\_plus/index.html](http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/index.html)

Административный регламент предоставления Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций государственной услуги по регистрации средств массовой информации Минкомсвязи России, утвержденный приказом Минкомсвязи России от 29 декабря 2011 г. № 362 // <http://www.rsoc.ru/mass-communications/smi-registration/>

Европейская конвенция о трансграничном вещании // <http://conventions.coe.int/treaty/rus/Treaties/Html/132.htm>

Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25 декабря 1998 г. № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» // [http://www.arbitr.ru/as/pract/vas\\_info\\_letter/3015.html](http://www.arbitr.ru/as/pract/vas_info_letter/3015.html)

Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях.

Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 8 октября 2012 г. № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» // Вестник ВАС РФ. 2012. № 12.

Пресс-служба компании «Очаково» // <http://pivnaya.ru/news/pressreliz/1348-kvas-ochakovskii-vo-vseh-holodilnikah-strani.html>

Решение Арбитражного суда г. Москвы по делу № А40-72707/12-17-699 // <http://kad.arbitr.ru/Card/65415011-c997-47a6-9a74-da0a689ca547>

Решение Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 20 октября 2008 г. № Ф08-6339/08 // СПС «Гарант».

Свиридова Е.А. Правовое регулирование рекламы: учеб. пособие. М.: ЮНИТИ-ДАНА; Закон и право, 2009. С. 165–167.

Федеральный закон от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» // СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232.

.....

## Practice of Applying Law on Advertising

### A.V. Morgun

National Research University Higher School of Economics, Post-graduate student of the UNESCO Chair on copyright and other intellectual property rights, 17 Malaya Ordynka str., Moscow, 119017, Russian Federation. E-mail: Albina.morgun@yandex.ru

### Abstract

Practice shows that some very serious aspects of advertising have not been resolved properly by the Federal Law of 13.03.2006 № 38 — FZ *On Advertising* (hereafter — FZ *On Advertising*), adopted in 2006, and some prohibitions caused new information disputes and complaints.

In particular, the cause of massive violations of consumer interests was the cancellation of prohibitive advertising rules to interrupt movies more often than once every 15 minutes, specified in paragraph 1 of Art. 11 of the 1995 FZ *On Advertising*. No fewer consumer complaints from advertising consumers has been caused by the lack of legal regulation of “advertising by switching channels,” i.e. the information transmitted by telematics, on TV, accessible only on a fee basis decoding using technical devices.

Information disputes relating to separating editorial material and advertising information have remained unsolved. It is not just about the disputes on the amount of advertising information in the media, but the disputes related to the lack of legal regulation of advertising information in the form of product placement.

Special attention should be paid to information disputes relating to the application of irrelevant comparisons and “umbrella brands” in the federal law *On Advertising*, and related to the ethics of advertising. However, every problem would have its solution.

### Keywords

Law, advertising, information disputes, self-regulation, drawbacks of the law, product placement.

### References

Product Placement in European Audiovisual Productions. Christina Angelopoulos. European Audiovisual Observatory. Iris Plus. 2010 // [http://www.obs.coe.int/oea\\_publ/iris/iris\\_plus/index.html](http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/index.html)

Administrativniy reglament prodostavleniya Federal'noy sluzhboy po nadzoru v sfere svyazi, informatsionnykh tekhnologii i massovykh kommunikatsii gosudarstvennoy uslugi po registratsii sredstv massovoy informatsii Minkomsvyazi Rossii, utverzhdeniy prikazom Minkomsvyazi Rossii ot 29.12.2011 g [Administrative rules of providing by the federal service on control in the area of connection, information technologies and mass communications of government service on registering mass media by the Russian Communication Ministry as established by the order of the Russian Communication Ministry as of 29/12/2011, #362]. Available at: <http://www.rsoc.ru/mass-communications/smi-registration/>

European Convention on Transfrontier Television. Available at: <http://conventions.coe.int/treaty/rus/Treaties/Html/132.htm>

Informatsionnoe pis'mo Prezidiuma Vyshego Arbitrazhnogo Suda Rossiskoy Federatsii ot 25 dekabrya 1998 goda #37 «Obzor praktiki rassmotreniya sporov, svyazannykh s primeneniem zakonodatel'stva v reklame» [Information letter of the Presidium of the RF Supreme Arbitration Court of December 25<sup>th</sup> 1998, # 37 Review of practice of considering cases connected with the application of legislation in advertising]. Available at: [http://www.arbitr.ru/as/pract/vas\\_info\\_letter/3015.html](http://www.arbitr.ru/as/pract/vas_info_letter/3015.html)

Kodeks Rossiyskoy Federatsii ob administrativnykh pravonarusheniyakh ot 30.12.2001 № 195-FZ [RF Code on Administrative violations of 30.12.2001 # 195-FZ]. KonsultantPlus.

Postanovlenie Plenuma Vyshego Arbitrazhnogo Suda Rossiyskoy Federatsii ot 08.10.2012 № 58 O nekotorykh voprosakh praktiki primeneniya arbitrazhnimi sudami Federal'nogo zakona O reklame [Resolution of RF Supreme Arbitration Court plenum of 08.10.2012 № 58 On some questions of practice of applying the federal law *On Advertising* by arbitration courts]. *Vestnik VAS RF — Bulletin of RF VAS*, 2012, no. 12.

Press-sluzhba kompanii Ochakovo [Press service of company Ochakovo]. Available at: <http://pivnaya.ru/news/pressreliz/1348-kvas-ochakovskii-vo-vseh-hodilnikah-strani.html>

Reshenie Arbitrazhnogo suda g. Moskvy po delu № A40-72707/12-17-699 [Decision of Moscow Arbitration court on case № A40-72707/12-17-699]. Available at: <http://kad.arbitr.ru/Card/65415011-c997-47a6-9a74-da0a689ca547>

Reshenie Federal'nogo arbitrazhnogo suda Severo-Kavkazskogo okruga ot Decision of 20.10.2008. № Ф08-6339/08 [Decision of Federal arbitration court of North Caucas District of 20.10.2008 # Ф08-6339/08]. Garant.

Sviridova E.A. Pravovoe regulirovanie reklamy: Ucheb posobie dlya studentov vuzov, obuchayusschikhsya po spetsial'nosti "Yurisprudentsiya" [Legal regulation of advertising: A text book for the students specializing in jurisprudence]. Moscow, Unity-Dana; Zakon I Pravo, 2009, pp. 165-167.

Federal'niy zakon ot 13.03.2006 № 38-FZ O Reklame [Federal law On Advertising of 13.03.2006 # 38-FZ].

**В.О. Калятин**

*старший научный  
сотрудник научно-  
учебной лаборатории  
по информационному  
праву Национального  
исследовательского  
университета «Высшая  
школа экономики»,  
профессор Российской  
школы частного права,  
кандидат юридических  
наук\**

## О некоторых тенденциях в развитии концепции «добросовестного использования» в современном авторском праве стран «общего права»<sup>1</sup>

*Статья посвящена доктрине добросовестного использования, которая, в рамках правовых систем США и Великобритании, обеспечивает возможность заимствования и последующего использования фрагментов чужой работы. Этот механизм дает правовой системе необходимую гибкость и направлен на устранение сбоев функционирования рыночной системы, но является чрезвычайно сложным и на практике порождает различного рода проблемы.*

**Ключевые слова:** авторское право, ограничения авторского права, добросовестное использование.

Право является постоянно развивающейся системой. В меняющемся мире оно должно быстро реагировать на новые вызовы, давая обществу необходимые инструменты и ориентиры для разрешения возникающих проблем. Традиционно считается, что модель «общего права» является более гибкой, чем континентальная, позволяя быстрее и с меньшими сложностями находить решения новых проблем, реагировать на изменившиеся экономические и технические условия. Одним из самых важных инструментов, применяемым с этой целью в области авторского права, является доктрина «добросовестного использования», определяющая допустимость свободного использования произведения не на основании заранее определенного перечня разрешенных действий, а опираясь на сложившееся на текущий момент общественное представление о справедливости ограничения правообладателя.

---

\* Адрес: Москва, ул. Малая Ордынка, 17.

<sup>1</sup> Исследование осуществлено в рамках Программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2012 г.

Законодательство об авторском праве находится в начале нового этапа своего развития — этапа глобального использования произведений в цифровой форме. Многие изменилось за прошедшие годы, но еще больше будет меняться, и не случайно тема будущего развития авторского права является одной из самых популярных не только в доктрине, но и среди рядовых пользователей Интернета. В этом отношении важно понять, отвечает ли в большей степени потребностям современного общества подход, при котором вместо прямо указанных в законе случаев ограничения исключительного права определяются лишь принципы допустимого поведения. Не вдаваясь в технические детали концепции «добросовестного использования» в «общем праве», рассмотрим, в каком направлении развивается эта концепция в рамках двух основных своих вариантов — американском и английском в ответ на проблемы, возникающие в связи с меняющимся характером и условиями использования произведений.

Доктрина «добросовестного использования» (fair use) впервые сформулированная в судебной практике США в 1841 г.<sup>2</sup>, она зачастую считается наиболее заметной особенностью американского подхода к ограничению прав автора. В максимально упрощенном виде эта концепция предусматривает возможность свободного использования объектов авторского права в случае, если такое использование является разумным<sup>3</sup>. Ориентация на общий принцип оценки поведения лица дает возможность не закреплять в законодательстве конкретный ограниченный перечень разрешенных действий. С другой стороны, это позволяет суду делать изъятия в зависимости от потребностей бизнеса даже в части традиционно допускаемых действий; в этом случае мы имеем дело уже с инструментом ограничения сферы свободного использования произведений.

Такой механизм выглядит весьма легко адаптируемым к развитию технологий, появлению новых способов использования произведений, потребностям общества и т.д. Но в условиях активного применения современных информационных систем он сталкивается с определенными проблемами.

В рамки «добросовестного использования» традиционно включается значительная часть случаев, обычно рассматриваемых в континентальном праве как самостоятельные ограничения авторских прав: использование произведения в целях критики, комментирования, подготовки сообщений о текущих новостях, обучения, в исследовательских целях, создание пародий, использование произведения в ходе судебных процедур и т.д. Естественно, сюда могут попадать и новые способы использования произведений, однако применение данной доктрины к некоммерческому использованию оказывается ограниченным.

Связано это с тем, что в качестве назначения доктрины fair use обычно указывают корректировку рыночных механизмов в случаях сбоев<sup>4</sup>. Такое положение

<sup>2</sup> Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass 1841).

<sup>3</sup> См.: Patterson L.R., Lindberg S.W. The Nature of Copyright. A Law of User' Rights. The University of Georgia Press, Athens&London, 1991. P. 59. См. также определение, данное Н. Ball: «Привилегии иных лиц, чем обладатель авторского права, использовать охраняемый авторским правом материал в разумной манере без его согласия». Цит. по: Joco C., Patry W., Leaffer M., Jaszi P. Copyright Law. Matthew Bender, 1997. P. 846.

<sup>4</sup> См., напр.: Gordon W.J. Fair Use as Market Failure: a Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors // Columbia Law Review. 1982. P. 1600.

доктрины было обусловлено ее целью уже в момент возникновения: изначально она касалась действий не пользователей произведений, а только других авторов, создающих конкурирующие работы. Иными словами, на момент создания это был специфический механизм регулирования конкурентных действий, уже только потом расширивший сферу своего применения.

Конечно, фактически значение данной доктрины может выходить за указанные рамки, однако трактовка *fair use* как инструмента, обеспечивающего проведение принципов справедливости, разумности, публичных интересов и т.д., будет некорректной за пределами рыночных или экономических характеристик<sup>5</sup>. В связи с этим в отличие от континентальной системы доводы нерыночного характера не будут оказывать существенного влияния на сужение сферы действия авторских прав или установление изъятий из нее.

Такой подход является вполне эффективным в традиционной экономике, но в рамках современного информационного общества ценность обеспечения движения информации не может быть сведена исключительно к четко выраженным рыночным показателям, так как от существования условий для свободного обмена информацией начинает зависеть возможность дальнейшего развития общества. В результате доктрина *fair use* оказывается малоприменимой ко многим ситуациям, которые в то же время не могут быть оценены как безразличные для общества.

С другой стороны, существует угроза ущемления общественных интересов, не находящих выражения в рыночных индикаторах. Неудивительно, что ограниченность возможности воздействия на сферу авторского права в публичных интересах сыграла заметную роль в распространении в США идей коренного реформирования законодательства об интеллектуальной собственности<sup>6</sup>. Но нужно признать, распространенность и популярность подобных идей не в последнюю очередь обусловлены тем, что при традиционном подходе ограничиваются интересы не только конечно пользователя, но и значительной части современного бизнеса.

Проблемы возникают и в отношении определения условий использования произведения. В качестве ориентира для установления, является ли соответствующее использование произведения добросовестным, Закон об авторском праве 1976 г. указывает четыре критерия (что не запрещает суду использовать и иные ориентиры в зависимости от особенностей дела<sup>7</sup>):

- цель и характер использования, включая оценку, имеет ли такое использование коммерческий характер или осуществляется для некоммерческих образовательных целей (здесь учитывается и то, изменялась ли работа, не носило ли такое использование характер пародии и т.д.);
- характер работы (т.е. принимается во внимание, была ли работа обнародована или нет, носила ли она художественный или информационный характер и т.д.);
- объем и существенность заимствования в отношении охраняемой работы в целом;

<sup>5</sup> См. также: *Weinreb L. Fair's Fair: A Comment on the Fair Use Doctrine // Harvard Law Review. 1990. № 103. P. 1137.*

<sup>6</sup> См., напр.: *Лессинг Л. Свободная культура: Прагматика культуры. М., 2007; Lessing L. Code Version. 2.0, Basic Books. N.Y., 2006; Bessen J., Meurer J. Patent Failure. How Judges, Bureaucrats and Lawyers Put Innovators at Risk. New Jersey, 2008, Boldrin M., Levine D.K. Against Intellectual Monopoly. Cambridge University Press, N.Y., 2008.*

<sup>7</sup> § 107 Закона об авторском праве.

- воздействие, которое такое использование оказывает на потенциальный рынок или ценность охраняемого произведения.

Как замечают Р. Паттерсон и В. Линдберг, в этой части формулировки закона, направленные на ограничение монополии авторского права, в действительности расширяют данную монополию<sup>8</sup>. Это внутреннее противоречие повлияло на развитие кризиса доктрины «добросовестного использования», когда изменившиеся условия ее применения привели к затруднительности сохранения баланса интересов общества и правообладателей.

Безусловно, рассматриваемая доктрина в силу своей гибкости в решении соответствующих вопросов по-прежнему сохраняет очевидные достоинства, позволяя принимать решения в зависимости от изменяющихся обстоятельств, зачастую в нестандартных ситуациях. Примером может быть дело *Kelly v. Arriba Soft Corporation*, в котором суд, опираясь на доктрину *fair use*, признал допустимым создание поисковым сервером уменьшенных копий изображений (*thumbnailsizescopies*) с сайта истца<sup>9</sup>.

Однако эта гибкость означает, что общественный и технический прогресс все время будет заставлять искать новые решения и пересматривать старые, давать новые трактовки указанным критериям и вновь возвращаться к, казалось бы, уже решенным вопросам. Применение этой доктрины обычно весьма непросто для судов и ее характеристика, как «может быть... одного из наиболее сложных вопросов... для судебного рассмотрения»<sup>10</sup>, данная еще в XIX в., сохраняет свою справедливость и сегодня.

Примером может служить проблема оценки негативных для правообладателя последствий совершенного действия. Те действия, которые раньше не затрагивали значительно интересы правообладателя и поэтому могли быть допущены им, теперь становятся слишком опасными в силу того, что цифровое копирование произведения практически не требует затрат времени или средств. Расширение возможностей и масштабов использования произведений в современном информационном мире заставляет искать пути определенного ограничения разрешенного использования произведения.

Например, таким целям может служить сужение допустимых объемов использования произведения. Соответственно, исходя из сложившейся практики, использование может признаваться добросовестным, только если оно осуществляется в отношении части произведения, а не всего произведения в целом. В связи с этим в одном из судебных споров ссылка ответчика на добросовестность размещения документов Церкви сайентологии в Интернете была отвергнута<sup>11</sup>. Суд также отверг ссылку ответчика на дело *Universal City Studios, Inc v. Sony Corp. of America*<sup>12</sup>, в котором было признано добросовестным осуществление записи телепрограммы на магнитофон с целью просмотра в удобное время, поскольку в рассматриваемом деле правообладатель в принципе не давал согласия на размещение произведения

---

<sup>8</sup> См.: *Patterson L.R., Lindberg S.W.* Op. cit. P. 103.

<sup>9</sup> *Kelly v. Arriba Soft Corp.* 336 F 3d 811 (9<sup>th</sup> Cir, 2003), 818-22.

<sup>10</sup> *Lawrence v. Dana*, 15 F. Cas. 26, 59 (C.C.D. Mass 1869).

<sup>11</sup> *Religious Technology Center v. Lerma*, 40 U.S.P.Q.2d 1569 (E.D. Va. 1996).

<sup>12</sup> 464 U.S. 417 (1984).

в Интернете, а в другом деле суд признал допустимым использование коротких фрагментов из этих документов для целей репортажа о новостях дня<sup>13</sup>.

Однако даже использование части произведения с помощью современных средств информации может серьезно затронуть интересы правообладателей, что заставляет и дальше ограничивать указанный подход. В этом отношении показателен спор между компаниями Authors Guild, Inc. et al и Google Inc. Компания Google в 2004 г. запустила процесс оцифровки книг нескольких крупных библиотек, что вызвало возражения ряда издательств и авторов. Позиция Google была основана на том, что сканирование и последующее предоставление доступа к отрывкам из произведений является допустимым, исходя из доктрины «добросовестного использования».

Однако в ходе судебного разбирательства было заключено мировое соглашение, разрешающее Google Inc. взамен определенных выплат продолжить сканирование книг, продавать электронный доступ к отдельным книгам и рекламное пространство на страницах книг, демонстрировать части книги в формате предварительного просмотра в целях стимулирования покупки электронного доступа к книгам и краткие отрывки из книг, осуществлять иные действия<sup>14</sup>. Несмотря на то что формально решение по делу, запрещающее оцифровку и использование в Интернете охраняемых работ, не было вынесено, данное дело ослабило позицию сторонников свободного использования произведений в Интернете, продемонстрировав, что доктрина fair use не может рассматриваться как надежное средство защиты в отношении использования отдельных фрагментов произведений.

Зачастую как добросовестное рассматривается использование в рамках частной сферы. Но этот подход применяется далеко не в каждом случае. Сейчас именно в частной сфере возникают наиболее серьезные угрозы для правообладателей, например, файлообменные сети. Самым громким судебным спором в этой области стало дело Napster. Организатор, пожалуй, наиболее известного файлообменного сервиса среди других аргументов ссылался, что копирование файлов может рассматриваться как частное в рамках «добросовестного использования» (например, как копирование произведения для пробы до его приобретения или копирование для целей просмотра в удобное для зрителя время). Однако очевидно, что ссылка на подобные обстоятельства является явной натяжкой.

Так, первый аргумент неприменим, поскольку в рассматриваемом случае отсутствовали какие-либо ограничения копирования, которые могут устанавливаться правообладателем. Второй аргумент не работает, поскольку действия Napster приводили к доступности произведений для миллионов человек, в то время как в случае с записью произведения для просмотра в удобное время (например, в упомянутом деле Universal City Studios, Inc v. Sony Corp. of America) произведение не передается другому лицу<sup>15</sup>.

Таким образом, само по себе наличие частных целей копирования произведения не позволяет вывести его из сферы контроля правообладателя; основанием освобождения от ответственности является не частный характер планируемого использования, а соответствие конкретным случаям «свободного использования». В связи с этим изъятия для сферы частного использования в праве США в целом становятся еще более узкими, чем в законодательстве стран континентального права.

---

<sup>13</sup> Religious Technology Ctr. V. Pagliarina, 908 F. Supp 1353 (E.D. Va 1995).

<sup>14</sup> Об условиях мирового соглашения см. подробнее: <http://www.googlebooksettlement.com/>

<sup>15</sup> A&M Records, Inc, v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1014 (9<sup>th</sup> Cir. 2001).

При этом подход к определению «рыночного вреда» ужесточается для пользователя. Так, в одном из решений по делу *Napster* суд указал, что учитываться должен не только вред, причиненный истцу на существующем рынке, но и то, что действия *Napster* создают истцу препятствия для развития альтернативных рынков. Давая возможность скачивать произведение бесплатно, он мешает истцу выйти на рынок цифровых загрузок и брать за это деньги<sup>16</sup>. В таком случае значительно облегчается доказывание причинения вреда, ведь что бы не делал пользователь, теоретически он бы мог заплатить правообладателю. Конечно, суд не будет так жестко подходить к вопросу, но то, что пользователь утрачивает ясные ориентиры для оценки своих действий, очевидно.

Данные изменения в доктрине выглядят частными корректировками в ответ на возникающие проблемы. Однако в действительности это проявления общей тенденции, ведущей к расширению контроля правообладателя за счет сферы свободного использования. По сути, в правовой системе США происходит смена парадигмы — переход от понимания авторского права как специальной модели, закрепляющей компромисс ради определенных общественно полезных целей, к признанию права полного контроля правообладателя за использованием произведения<sup>17</sup>. Д. Литман видит проявление этой тенденции в изменении двух важнейших концепций американского авторского права — доктрины первой продажи и доктрины *fair use*<sup>18</sup>.

Но как бы ни относиться к общей тенденции, изменения в части *fair use* являются практически вынужденными в силу самой ориентации данной доктрины на оценку рыночных факторов и устранение препятствий (или неоправданных затрат) для приобретения возможности использовать произведение. Электронные коммуникации не только создают новые угрозы для правообладателя, но и существенно облегчают пользователю получение права на использование произведения по договору, поскольку автоматизированные системы лицензирования начинают играть доминирующую роль среди средств распространения контента.

С другой стороны, с точки зрения правообладателя использование технологических мер контроля произведения вместе со средствами договорного регулирования позволяют гораздо проще обеспечить требуемые ему ограничения действий пользователя, чем реализация сложного механизма *fair use*<sup>19</sup>.

В таких условиях оснований для применения данной доктрины становится совсем мало — ведь любой пользователь без труда может получить доступ к произведению и использовать его. Соответственно, незачем дополнительно ограни-

<sup>16</sup> 239 F 3dat 1017.

<sup>17</sup> Здесь важно отметить существенное различие с континентальной системой: во многих случаях считающиеся в континентальной системе разрешенными для свободного использования, американская модель рассматривает их находящимися в сфере контроля правообладателя (с правом взимания соответствующего вознаграждения). Но, например, в случае, когда необходимость поиска правообладателя и согласование с ним условий лицензирования начинает мешать рынку, допускается соответствующее ограничение прав на произведение (и соответствующего контроля за его использованием). Если же механизм лицензирования настолько автоматизируется и упрощается, что о значительном вреде рынку уже говорить не приходится, контроль правообладателя восстанавливается в максимальном объеме.

<sup>18</sup> См.: *Litman J. Digital Copyright*. Amherst, N.Y., Prometheus Books, 2000. P. 81–84.

<sup>19</sup> См. также: *Guilbault L. Copyright Limitations and Contracts*. Kluwer, The Hague, 2002. P. 85–86.

чивать исключительное право, если рыночная цель уже достигнута, marketfailure предотвращено. Это дает возможность отдельным исследователям рассматривать механизм fair use как пережиток прошлого, не являющийся необходимым в современном цифровом мире<sup>20</sup>.

Но доктрина fair use не может обеспечить в полной мере и интересы пользователей, даже в традиционном своем выражении, без учета отмеченной тенденции к сужению, поскольку она не предполагает установления для правообладателя каких-либо обязанностей или ограничений в его действиях. Это в условиях активного применения технических средств контроля (с прямым запретом их преодоления) также снижает ее практическую ценность как средства выстраивания баланса интересов сторон<sup>21</sup>.

В результате доктрина fair use становится слишком неопределенной для того, чтобы нормально обеспечивать интересы и правообладателей и пользователей. Рост количества прямых ограничений в законодательстве об авторском праве США не в последнюю очередь за счет ограничения сферы fair use говорит о том, что традиционный вариант fair use оказывается не вполне подходящим для современных условий эксплуатации произведений в цифровом мире.

Верховный Суд США неоднократно отмечал, что законодательный механизм является более подходящим для выстраивания баланса интересов в сфере авторского права, чем суды<sup>22</sup>. Это уже означает принципиальное изменение взглядов в американском праве на роль судебной системы в регулировании общественных отношений по сравнению с доцифровой эпохой.

Посмотрим, как меняется подход к «добросовестному использованию» произведений в другом варианте концепции — английском. Здесь она выражена в доктрине «добросовестных действий» (fair dealing). На первый взгляд очевидна ее близость с американской доктриной «добросовестного использования» (fair use). Вполне понятно, что терминологическое расхождение («use» и «dealing») в данном случае обусловлено не столько каким-то акцентом английского права на сделках, а не на использовании, сколько традициями<sup>23</sup>, поэтому обращать внимание на него нет необходимости.

Данная доктрина была введена в Великобритании в 1911 г. Она предполагает оценку действий лица с точки зрения того, поступил ли бы справедливый и честный человек таким же образом, как ответчик для достижения соответствующей цели<sup>24</sup>. Уже в этом отношении заметна разница с fair use, ориентированной более на общую оценку справедливости или разумности совершения соответствующих действий. Однако в реальности вопрос гораздо сложнее. Даже не вдаваясь в тонкости концептуальных различий применительно к оценке действий ответчика, можно заметить, что Закон об авторском праве, дизайнах и патентах (1988) (далее — Закон

---

<sup>20</sup> См.: *Bell T.W. Fared Use v. Fair Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright Fair Use Doctrine // North Carolina Law Review. 1998. № 76. P. 557–619; Gordon W. The «Market Failure» and Intellectual Property: A Response To Professor Lunney // 82 B.U.L. Rev. 1031.*

<sup>21</sup> См., напр.: *Universal Studios v. Remerdes, 82 F. Supp. 2d 211 (S.D.N.Y. 2000).*

<sup>22</sup> См.: *Noguchi Y. Digital Copyright in the U.S. and Japan. VDM Verlag Dr. Müller, Saarbrücken, 2009. P. 85.*

<sup>23</sup> *Dworkin G., Taylor R.D. Op. cit. P. 72.*

<sup>24</sup> См., напр.: *Hyde Park Residence Ltd v Yelland (2001).*

1988 г.) серьезно ограничивает применение указанной доктрины по сравнению с доктриной *fair use*.

Прежде всего, Закон предполагает возможность использования концепции *fair dealing* только применительно к трем целям: исследованиям<sup>25</sup> или частному изучению<sup>26</sup>; критике или обзору; репортажу о текущих событиях. При этом оценка целей производится с объективной, а не субъективной позиции, т.е. возможные заблуждения пользователя в отношении того, подпадают ли его действия под указанные категории, в расчет не принимаются<sup>27</sup>.

Другое важное ограничение действия этой концепции связано с установлением перечня объектов, в отношении которых она может использоваться. Так, ст. 29 Закона 1988 г. ограничивает применение этой концепции в целях исследования или частного изучения только литературными, драматическими, музыкальными, художественными произведениями печатными изданиями (сюда будут попадать и базы данных, но не фильмы). В целях репортажа о текущих событиях данная концепция может применяться ко всем объектам, кроме фотографий<sup>28</sup>. Только для целей критики или обзора действие этой концепции охватывает все объекты<sup>29</sup>. Однако необходимость разграничения указанных видов произведений не только создает дополнительные сложности, но и имеет мало практического смысла при использовании произведений в информационных сетях: цифровая форма уравнивает все виды произведений с точки зрения возможностей их использования.

Важно обратить внимание на то, что вследствие имплементации в Великобритании положений Директивы ЕС «О гармонизации определенных аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе» от 22 мая 2001 г. исследования или частное изучение в рамках данной модели могут осуществляться только в некоммерческих целях. Это сразу же исключает любые исследования, проводимые коммерческими организациями.

Оправданность такого решения может быть поставлена под сомнение. Подобные действия в сфере авторского права сами по себе не наносят вреда официальным продажам произведения, они осуществляются вне публичной сферы и призваны привести к новым научным достижениям, стимулировать научно-технический прогресс. Но положение исследователей в некоммерческой сфере остается недостаточно определенным — научные исследования, как правило, завершаются коммерческой публикацией<sup>30</sup>. В результате применительно к научным исследованиям эффективность данной модели оказывается значительно ослабленной.

---

<sup>25</sup> В судебной практике известно следующее определение исследования — «это усердное и систематическое изучение расследования для того, чтобы определить факты или принципы». См.: De Garisv. Neville Geffress Pidler (1990), 18 I.P.R.292 (Federal Court of Australia).

<sup>26</sup> Наличие противопоставления исследований и частного использования указывает, что первое из этих ограничений относится не только к копированию произведения для последующего изучения, но и к включению необходимых фрагментов в новую работу (в противном случае наличия ссылки на частное использование было бы достаточно и без упоминания исследований).

<sup>27</sup> *Bently L., Sherman B. Intellectual Property Law. Oxford University Press, N.Y., 2001. P. 193.*

<sup>28</sup> Пункт 2 ст. 30 Закона 1988 г.

<sup>29</sup> Пункт 1 ст. 30 Закона 1988 г.

<sup>30</sup> *Torremans P. Op. cit. P. 272.*

Наконец, Закон 1988 г. устанавливает определенные условия, которые должны быть выполнены для применения этой концепции в перечисленных случаях: так, использование произведения в целях исследования или частного изучения возможно, только если создаются единичные копии. При использовании произведения в целях критики или обзора обязательно указание на используемое произведение; это же нужно делать и при осуществлении репортажа о текущих событиях, кроме создания репортажа в виде звукозаписи, фильма, программы эфирного или кабельного вещания. Это весьма ограничивает применение данных инструментов по сравнению с законодательством других стран.

Кроме того, копирование произведения иным лицом, чем сам исследователь или студент, не будет считаться «добросовестным использованием», если библиотечарь или лицо, действовавшее от его имени, вышло за пределы копирования, прямо разрешенные им в законе; в случае с иными лицами — если такое лицо знает или имеет основания полагать, что его действия приведут к созданию копий существенно того же материала, который предоставляется более, чем одному человеку примерно в одно и то же время и для существенно схожих целей<sup>31</sup>. И в этом случае можно заметить возникновение постоянной угрозы для образовательного учреждения, причем при очевидной оправданности исключительного права с точки зрения общественных интересов.

Прямое исключение сделано для компьютерных программ: не рассматривается в качестве «добросовестного использования» (кроме как в случае разрешенной декомпиляции) перевод компьютерной программы с языка низкого уровня на язык высокого уровня, даже если это сделано в указанных выше целях, а также воспроизведение ее в ходе совершения таких действий<sup>32</sup>. Также не считается «добросовестным использованием» наблюдение, изучение или тестирование функционирования компьютерной программы для целей определения идей и принципов, лежащих в основе любого элемента программы, кроме случая, когда это осуществляется правомерным пользователем экземпляра программы в процессе загрузки, показа, запуска, передачи или сохранения программы на которые он был уполномочен<sup>33</sup>.

Несмотря на имевшее место обсуждение о целесообразности применения концепции *fair dealing* ко всем произведениям авторского права и всем целям их использования, на данный момент законодатель не счел правильным делать это. Таким образом, речь не идет об установлении общих правил свободного использования результатов интеллектуальной деятельности, но об относительно узкой группе ограничений исключительных прав.

Это означает, что такие ограничения смогут применяться к цифровым формам использования только в относительно редких случаях, причем это будет зависеть от толкований судами новых терминов и понятий. Так, возможность применения соответствующих ограничений к мультимедийным произведениям будет зависеть от того, как их рассматривать, в частности, будут ли они признаны драматическими произведениями или фильмами, или базами данных и т.д.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Пункт 3 ст. 29 Закона 1988 г.

<sup>32</sup> Пункт 4 ст. 29 Закона 1988 г.

<sup>33</sup> Пункт 4А ст. 29, ст. 50ВА Закона 1988 г.

<sup>34</sup> См., напр.: *Aplin T. Copyright Law in The Digital Society*. Hart Publishing, Oxford — Portland Oregon, 2005. P. 197–198, 200–201.

Но и в этих сферах использование произведения может осуществляться лишь постольку, поскольку является справедливым. В отличие от США, законодательство Великобритании прямо не указывает критериев для признания использования справедливым, но такие критерии выработаны в судебной практике. Одним из основных ориентиров для определения справедливости использования является судебное дело *Hubbard v. Vosper*<sup>35</sup>. В данном деле судья Деннинг указал три фактора, которые в обычном случае должны быть приняты во внимание:

- количество и объем цитирования и использованных фрагментов;
- цели использования (например, в случае предоставления той же информации, что и автор, в целях конкуренции, использование может не быть признано справедливым);
- соотношение заимствованных фрагментов и добавленных к ним комментариев.

Учитываются также определенные мотивы действий<sup>36</sup>, было ли произведение обнародовано<sup>37</sup>, как произведение было получено пользователем<sup>38</sup>, могла ли цель быть достигнута другим путем<sup>39</sup> и т.д.

Как правило, опираясь на эти факторы, суды пытаются определить: степень, в которой рассматриваемое использование конкурирует с использованием произведения правообладателем (не должна совершаться замена такого использования); пределы использования и важность использованной части (в частности, нужно ли для достижения соответствующей цели использовать произведение именно в таком объеме); обнародовано ли произведение. При этом принимаются в расчет многочисленные обстоятельства, например, легкая доступность на рынке лицензий на использование желаемого продукта существенно снижает вероятность признания свободного использования произведения допустимым. Это означает, что в условиях применения систем автоматического лицензирования, поле для *fair dealing* сужается.

Более того, оценка справедливости выступает в доктрине *fairdealing* не как основание защиты («использование, являющееся «справедливым», разрешается»), а как уточнение, дополнительное ограничение в рамках разрешенных случаев использования определенных объектов в определенных целях. Таким образом, доктрина *fair dealing* не может рассматриваться как ограничение общего характера, существующее в США (в рамках *fair use*) или в странах континентального права (например, в качестве «использования в личных целях»). Такая узость доктрины делает проблематичным обеспечение с помощью этого механизма полноценного информационного обмена<sup>40</sup>.

Другая проблема с указанным выше тестом, по словам известных английских юристов Баррелла и Коулмена, заключается в том, что он не обеспечивает потенциальному ответчику уверенности в том, какой размер произведения может быть

<sup>35</sup> *Hubbard v. Vosper*, [1972] 2 Q.B. 84, 94.

<sup>36</sup> *Hyde Park Residence Ltd v. Yelland* [2001] Ch 149, 174 идр.

<sup>37</sup> *British Oxygen Co. Ltd. v. Liquid Air Ltd* [1925] Ch 383, 393 идр.

<sup>38</sup> *Beloff v. Pressdram* [1973] 1 All ER 241.

<sup>39</sup> *Newspaper Licensing Agency v. Marks & Spencer plc.* [199] EMLR 369, 382-3.

<sup>40</sup> Показательно, например, утверждение, что закон не отражает возрастающую важность «нетекстуальных» средств как для изучения, так и для исследования. См.: *Garnett k., Davies G., Rayner J. (eds). Copinger and Skone James on Copyright.* Sweet & Maxwell, L., 1999. Para. 9-08.

безопасно скопирован. В условиях глобального использования результатов интеллектуальной деятельности такая неопределенность становится неприемлемой, так как она снижает привлекательность английских проектов для иностранных инвесторов.

Используемые в некоторых отраслях инструкции и ориентиры также не могут гарантировать, что ответчик не будет привлечен к ответственности<sup>41</sup>. В отдельных судебных решениях указывались и другие критерии, например, требование определить имеет ли место конкуренция в коммерческой сфере с эксплуатацией произведения правообладателем<sup>42</sup>, было ли произведение уже доступно публике и т.д.

Как замечает Торреманс, несмотря на то что в расчет принимается ряд количественных критериев, конечная оценка будет являться качественной. На практике защита на основе доктрины *fair dealing* может быть недоступной лицу, которое лишь незначительно превышает минимально существенную часть работы и, наоборот, может быть доступна в случае копирования почти всей работы<sup>43</sup>. Таким образом, достоинство доктрины «добросовестного использования» — ее гибкость — превращается в ее недостаток, когда ориентиры становятся настолько неопределенными, что практически утрачивают свое значение в качестве средства предварительной оценки планируемых действий. Если такое положение может быть в определенной степени терпимо в сфере частного использования произведений (хотя бы потому, что отклонения не будут существенными ни для правообладателя, ни для пользователя), то в бизнесе это положение является неприемлемым.

Рассматривая существующие правила, относящиеся к добросовестным действиям, авторы известного исследования по вопросам ограничения исключительных прав Р. Баррелл и А. Коулмен отмечают, что «пересечение между авторским правом и свободой выражения или свободой информации более значительно, чем большинство судей и комментаторов привыкли признавать... Во-первых... есть обстоятельства, в которых авторское право может быть использовано для предотвращения попадания информации, доказательств или мнений в общественное достояние... Во-вторых... авторское право может повлиять на интересы в отношении возможности выражения более поздних авторов... согласование авторского права и свободы выражения является сложным вопросом, в особенности когда требуется согласовать интересы правообладателя и соответствующих авторов, поскольку существует множество возможностей для добросовестных расхождений по поводу того, где провести границу между авторско-правовой охраной и свободой выражения»<sup>44</sup>. При этом авторы признают существующее регулирование «добросовестных действий» очевидно неадекватным задаче согласования интересов авторского права со свободой выражения или свободой информации.

Одновременно стремление устранить угрозу со стороны «добросовестного использования» в отношении бизнеса правообладателей привело к тому, что препятствия в отношении движения информации стали мешать экономическому раз-

---

<sup>41</sup> *Burrell R., Coleman A. Copyright Exceptions. The Digital Impact*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006. P. 59.

<sup>42</sup> *Associated Newspapers Group plc. v. News Group Newspapers Ltd.* [1986] RPC 515.

<sup>43</sup> *Torremans P. Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*. Oxford University Press, 2010. P. 271.

<sup>44</sup> *Burrell R., Coleman A. Op. cit.* P. 61.

виту. Характерно, что премьер-министр Великобритании Дэвид Кэмерон отмечал в ноябре 2010 г.: «Основатели «Гугла» заявили, что они никогда не начали бы свой бизнес в Британии. Услуги, которые они предоставляют, зависят от возможности делать одновременно «моментальный снимок» всего содержания Интернета, и они чувствуют, что наша система авторского права не является столь же дружественной по отношению к подобным инновациям, как в Соединенных Штатах. Там они имеют то, что называется положениями о добросовестном использовании, которые, как многие полагают, дают компаниям больше свободного пространства для создания новых продуктов и услуг»<sup>45</sup>.

Профессор Голдстейн указывает, что особый инструмент — ссылка на публичный интерес — в определенных случаях предоставляет защиту, сравнимую в некоторых отношениях с *fair use*<sup>46</sup>, однако в целом бизнес ощущает определенную ограниченность имеющихся средств защиты. Так, судья Альдус в деле *Yelland v. Hyde Park Residences* подчеркивал, что как только появляется ссылка на авторское право, лишь наиболее явные случаи «неравенства» могут оправдать действия ответчика<sup>47</sup>. Возможности использования ссылок на «публичный интерес» оказались ограниченными и в результате имплементации Директивы ЕС «О гармонизации определенных аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе».

Очевидно, что концепция *fair dealing* должна быть расширена в части возможного использования, а также дополнена более четкими ориентирами. Показательно, например, что в последние годы это было непосредственно отражено в ряде правительственных документов. Например, в части использования произведений в целях исследования или частного изучения Правительство Великобритании в обнародованном в декабре 2012 г. отчете отмечало необходимость расширения этого ограничения на звукозаписи, фильмы и вещание, а также предоставление образовательным учреждениям, библиотекам, архивам и музеям возможности открывать доступ к соответствующим охраняемым объектам с помощью электронных средств в помещениях библиотек; распространения концепции *fair dealing* на образовательную сферу и т.д.<sup>48</sup> Изменения в законодательство планируется осуществить в течение 2013 г.

При этом стоит заметить, что правительство при проведении консультаций прямо ставило вопрос о целесообразности частичной замены критериев «*fair dealing*» на применяющиеся в Европейском союзе стандарты «справедливости», что только было бы признанием имеющего место сближения двух систем. Однако ряд опрошенных исследователей отрицательно отнеслись к этому, так как подобная замена означала бы отход от сложившейся судебной практики и могла бы привести к путанице.

Таким образом, содержание доктрины *fair dealing* будет меняться при сохранении внешней ее формы. В то же время то внимание, которое уделяет Правитель-

<sup>45</sup> Цит. по: *Hargreaves I.* Op. cit. P. 44.

<sup>46</sup> *Goldstein P.* Op. cit. P. 293.

<sup>47</sup> *Yelland v. Hyde Park Residences* [2000] R.P.C. 604 CA.

<sup>48</sup> *Modernizing Copyright: A Modern, Robust and Flexible Framework.* Government Response to Consultation on Copyright Exceptions and Clarifying Copyright Law // <http://www.ipo.gov.uk/response-2011-copyright-final.pdf>

ство Великобритании различным, достаточно узким аспектам доктрины *fair dealing* в последние годы, показывает, что расширение этой доктрины будет не столь значительным, как могло бы быть, и изменения будут производиться лишь в той мере, в какой их неизбежность уже признана бизнес-сообществом, обычно консервативным по своей природе.

Может создасться впечатление, что тенденции изменения модели «добросовестного использования» в Великобритании и США являются разнонаправленными, если не противоположными. В действительности, каждая из стран идет по своему пути, но в целом они движутся к большей конкретизации условий и форм разрешенного использования. Это означает качественно новый этап в развитии этих доктрин.

Возвращаясь к поставленному в начале статьи вопросу, является ли более отвечающей потребностям современного общества система ограничения исключительного права с помощью установления общих принципов допустимого поведения, следует заметить, что в ситуации, когда свободное движение информации становится необходимым для развития общества, неопределенность условий возможного использования может стать не просто ограничением для частного использования продукта, но и препятствием для дальнейшего прогресса, что мы и видим в рассмотренных случаях.

В таких обстоятельствах доктрина «добросовестного использования» требует последующей корректировки. При этом, как показала практика, попытки ограничиться изменениями, ориентированными на решение частных вопросов, только порождают новые сложности в применении доктрины. Это не означает, конечно, необходимости отказа от нее и вряд ли страны англосаксонского права пойдут на это. Но меняться она будет, и весьма значительно. Взаимное обогащение континентальной и англосаксонской систем права позволит выработать подходы, наиболее отвечающие потребностям сегодняшнего дня.

Aplin T. *Copyright Law in The Digital Society*. Hart Publishing, Oxford — Portland Oregon, 2005.

Bell T.W. *Fared Use v. Fair Use: The Impact of AutomatedRights Management on Copyright Fair Use Doctrine* // *North Carolina Law Review*. 1998. № 76.

Bently L., Sherman B. *Intellectual Property Law*. Oxford University Press, New York, 2001.

Bessen J., Meurer J. *Patent Failure. How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk*. New Jersey, 2008.

Boldrin M., Levine D.K. *Against Intellectual Monopoly*. Cambridge University Press, New York, 2008.

Burrell R., Coleman A. *Copyright Exceptions. The Digital Impact*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

Garnett k., Davies G., Rayner J. (eds). *Copinger and Skone James on Copyright*. Sweet & Maxwell, London, 1999.

Gordon W. *Fair Use as Market Failure: a Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors* // *Columbia Law Review*. 1982.

Gordon W. *The «Market Failure» and Intellectual Property: A Response To Professor Lunney* // 82 *B.U.L. Rev.* 1031.

- Guilbault L. Copyright Limitations and Contracts. Kluwer, The Hague, 2002.
- Joce C., Patry W., Leaffer M., Jaszi P. Copyright Law. Matthew Bender, 1997.
- Lessig L. Code Version. 2.0, Basic Books. New York, 2006.
- Litman J. Digital Copyright. Amherst, New York, Prometheus Books, 2000.
- Modernizing Copyright: A modern, robust and flexible framework. Government response to consultation on copyright exceptions and clarifying copyright law // <http://www.ipso.gov.uk/response-2011-copyright-final.pdf>
- Noguchi Y. Digital Copyright in the U.S. and Japan. VDM Verlag Dr. Müller, Saarbrücken, 2009.
- Patterson L.R., Lindberg S.W. The Nature of Copyright. A Law of User's Rights. The University of Georgia Press, Athens & London, 1991.
- Torremans P. Holyoak and Torremans Intellectual Property Law. Oxford University Press, 2010.
- Weinreb L. Fair's Fair: A Comment on the Fair Use Doctrine // Harvard Law Review. 1990. № 103.
- .....

## **On Some Trends in the Development of the Concept of *Fair Use* in Modern Copyright Law of Common Law Countries**

**V.O. Kalyatin**

senior researcher of the Laboratory on Information Law, National Research University Higher School of Economics, professor of Russian School of Private Law, 17, Malaya Ordynka str., Moscow, 119017, Russian Federation.

### **Abstract**

The article is devoted to *fair use* / *fair dealing* doctrine, which permits borrowing portions of a work and its further use without necessity to obtain consent of the copyright owner in US/UK legal systems. This mechanism provides flexibility in the legal systems and exists to correct "market failures". However, it is extremely complicated and causes different problems in application.

### **Keywords**

Copyright, copyright exceptions, fair use, fair dealing.

### **References**

- Aplin T. Copyright Law in The Digital Society. Hart Publishing, Oxford — Portland Oregon, 2005.
- Bell T.W. Fair Use v. Fair Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright Fair Use Doctrine // North Carolina Law Review. 1998. No. 76.

- Bently L., Sherman B.* Intellectual Property Law. Oxford University Press, New York, 2001;
- Bessen J., Meurer J.* Patent Failure. How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk. New Jersey, 2008;
- Boldrin M., Levine D.K.* Against Intellectual Monopoly. Cambridge University Press, New York, 2008;
- Burrell R., Coleman A.* Copyright Exceptions. The Digital Impact, Cambridge University Press, Cambridge, 2006;
- Garnett k., Davies G., Rayner J. (eds.)*. Copinger and Skone James on Copyright. Sweet & Maxwell, London, 1999;
- Gordon W.* Fair Use as Market Failure: a Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors // Columbia Law Review. 1982;
- Gordon W.* The “Market Failure” and Intellectual Property: A Response To Professor Lunney // 82 B.U.L. Rev. 1031.
- Guilbault L.* Copyright Limitations and Contracts. Kluwer, The Hague, 2002;
- Joce C., Patry W., Leaffer M., Jaszi P.* Copyright Law. Matthew Bender, 1997.
- Lessig L.* Code Version.2.0, Basic Biioks. New York, 2006;
- Litman J.* Digital Copyright. Amherst, New York, Prometheus Books, 2000;
- Modernising Copyright: A modern, robust and flexible framework. Government response to consultation on copyright exceptions and clarifying copyright law // <http://www.ipo.gov.uk/response-2011-copyright-final.pdf>;
- Noguchi Y.* Digital Copyright in the U.S. and Japan. VDM Verlag Dr. Müller, Saarbrücken, 2009;
- Patterson L.R., Lindberg S.W.* The Nature of Copyright. A Law of User' Rights. The University of Georgia Press, Athens & London, 1991;
- Torremans P.* Holyoak and Torremans Intellectual Property Law. Oxford University Press, 2010;
- Weinreb L.* Fair's Fair: A Comment on the Fair Use Doctrine // Harvard Law Review. 1990. № 103.

**Л.В. Терентьева**

доцент кафедры  
международного частного  
права МГЮА им. О.Е.  
Кутафина, старший научный  
сотрудник лаборатории  
по информационному  
праву Национального  
исследовательского  
университета «Высшая  
школа экономики», кандидат  
юридических наук\*

# Коллизионное регулирование авторских отношений в условиях развития Интернета (на примере России, США и Японии)

*В статье продемонстрированы основные проблемы международного частного права в сфере защиты авторских прав. Основные коллизионные нормы, предусмотренные в Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г., как показывает практика национальных судов США, Японии и России, не имеют единообразного толкования. Кроме того, трансграничный характер сети Интернет и ограниченная территориальная компетенция каждого отдельного государства осложняют применение коллизионных норм в сфере авторского права. В статье дан обзор международных и национальных коллизионных привязок в сфере авторских прав и предложены наиболее адекватные формулы прикрепления, учитывая технические характеристики сети Интернет. Статья также включает критический обзор оснований международной юрисдикции США, Японии и России, принимая во внимание нарушение авторских прав в сети Интернет.*

**Ключевые слова:** интеллектуальная собственность, авторское право, применимое право, юрисдикция, Интернет, коллизионные нормы.

Одной из существенных особенностей международного авторского права является территориальный характер защиты прав, а именно, права на объекты авторского права, возникшие на территории одного государства, будут охраняться и защищаться на территории другого государства только при наличии соответствующего международного договора<sup>1</sup>. Международные договоры в большинстве

---

\* Москва, 119017, Малая Ордынка, 17.

<sup>1</sup> Исследование осуществлено в рамках Программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2012 году. При этом термины «охрана» и «защита» не являются синонимами и имеют различное содержание. В отношении интеллектуальной собственности действуют общие отправные положения гражданского права относительно охраны и защиты субъективных прав: защита осуществляется лишь в отношении нарушенных прав, охрана носит непрерывный характер и имеет одной из главных целей предупреждение возможных на-

своим содержат материально-правовые предписания с ограниченным перечнем коллизионных норм, согласно которым решаются вопросы определения применимого права в отношении объема охраняемых прав, сроков и условий охраны. Материально-правовой способ, основанный на нормах международного договора, является основным, но, безусловно, не исчерпывающим способом регулирования в сфере авторского права.

В национальных правовых системах отмечается определенное сходство в соотношении материальных и коллизионных норм, регулирующих отношения в сфере авторского права. Фактически во всех национальных законах иностранных государств содержится небольшое количество коллизионных норм, формулы прикрепления которых отражают основные коллизионные привязки, предусмотренные в конвенционном материале, и детально разработанные внутренние материальные нормы.

Схожесть зарубежного законодательства отмечается не только в соотношении коллизионного и материального нормативного составов в сфере авторского права, но и в закреплении относительно одинаковых коллизионных принципов. Данное обстоятельство обусловлено тем, что большинство государств являются участниками международных договоров: Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г., Всемирной конвенции об авторском праве 1952 г., соответственно, коллизионные нормы данных конвенций были имплементированы во внутреннее законодательство государств. Так, Бернская конвенция 1886 г. содержит в себе такие коллизионные формулы прикрепления, как страна происхождения произведения и страна, где истребуется охрана. Хотя данные коллизионные формулы и были восприняты в законодательстве многих государств, единообразного толкования соответствующих норм не сложилось. Данное обстоятельство порождает еще более глубокую коллизию — конфликт квалификации соответствующих норм, когда терминологически одинаковые положения толкуются в рамках отдельных правовых систем неодинаково, что является серьезным препятствием для унификации отношений в сфере авторского права.

Реализация авторских отношений в сети Интернет также обусловила необходимость критического переосмысления коллизионных норм, применение которых к соответствующим отношениям фактически становится затруднительным<sup>2</sup>. Основ-

---

рушений. Право на защиту имеет скорее внутрисударственный характер, т.е. возникает и реализуется при совершении конкретного нарушения авторских прав путем обращения в компетентные органы государства и спор разрешается на основе внутренних законодательных актов. Охрана авторских прав осуществляется одновременно и на международном, и на национальном уровнях. См.: *Артамонова А.Е.* Охрана авторских прав по международному частному и российскому гражданскому законодательству: сравнительно-правовой анализ: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

<sup>2</sup> В российской и иностранной литературе ставился вопрос, может ли Интернет относиться к территории. Авторы, принимая во внимание определение территории в качестве национального юридического порядка, образующего пространство, в пределах которого государство распространяет свою власть, приходят к выводу, что к Интернету, скорее всего, применимо понятие международной территории (Антарктика, космическое пространство, моря за пределами территориальных вод), находящейся в общем пользовании всего человечества, на которую не распространяется суверенитет какого-либо государства. См.: *Darrel C. Menthe.* Jurisdiction in Cyberspace: A theory of international spaces // <http://www.mttl.org/>

ное противоречие возникает между внетерриториальным характером Интернета и положенными в основу коллизионных норм привязками, которые опираются на территорию определенного государства — местонахождение, место причинения вреда, место исполнения обязательств, страна происхождения произведения, страна, где истребуется охрана, и т.п.

## 1. Национально-правовое и международно-правовое коллизионное регулирование отношений в сфере авторского права в иностранных государствах

Главной задачей международных соглашений об авторском праве является обеспечение охраны авторских прав, возникших первоначально в одном государстве, на территории всех других государств-участников этих конвенций. Заключение международных конвенций не приводит к созданию какого-то единообразного авторского права в мире, а является компромиссом национального законодательства государств, который осуществлен странами-участницами таких конвенций.

В основе современной международно-правовой охраны интеллектуальной собственности лежат, прежде всего, Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г. в ее многочисленных редакциях и Всемирная конвенция об авторском праве 1952 г., измененная в 1971 г. Бернская и Всемирная конвенции не содержат положений, напрямую касающихся защиты интеллектуальной собственности в Интернете, тем не менее, они затрагивают общие вопросы, без которых невозможна охрана авторского права в Интернете. В настоящее время наблюдается снижение роли Всемирной конвенции, изначальная цель которой заключалась в объединении государств с различными системами авторского права, для которых высокий уровень охраны, установленный в Бернской конвенции, не являлся приемлемым. Всемирная конвенция содержит немного материально-правовых норм, в основном отсылая к внутреннему законодательству. Универсальный характер делает возможным участие в ней стран с различным законодательством в области авторского права. В преамбуле к Всемирной конвенции договаривающиеся государства декларируют, что Конвенция является дополнением уже действующих международных систем охраны и не затрагивает их. В первую очередь это заявление касается Бернского союза.

Согласно Дополнительной декларации Всемирной конвенции, относящейся к ст. 17, если страна выйдет после 1 января 1951 г. из состава Бернского союза, то не будет пользоваться в странах этого Союза охраной, предоставляемой Всемирной конвенцией. Данное правило было введено во избежание выхода стран-членов из Бернского союза ради более низкого уровня охраны, предоставляемой Всемирной конвенцией. На укрепление положения Бернского союза направлено и второе правило данной Декларации, согласно которому Всемирная конвенция не применяется к охране произведений в отношении стран, связанных Бернской конвенцией. В настоящий момент, когда количество стран-участников Бернской и Всемирной конвенций фактически сравнялось, Всемирная конвенция во все меньшей степени по сравнению с Бернской конвенцией регулирует охрану прав авторов.

---

volfour/menthe.html; Дашян М.С. Право информационных магистралей (Law of information highways): вопросы правового регулирования в сфере Интернет. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 39.

Бернская конвенция содержит немного коллизионных норм. К основным коллизионным началам Бернской конвенции следует отнести отсылки к праву страны, в которой истребуется охрана произведения, а также отсылки к праву страны происхождения, под которой в Конвенции понимается страна первой публикации произведения. Что касается коллизионного правила страны, в которой истребуется охрана произведения, то согласно п. 2 ст. 5 оно применяется помимо установленных Конвенцией положений для определения объема охраны и средств защиты, предоставляемых автору для охраны его прав.

В американской литературе было высказано мнение, что выражение «страна, в которой истребуется охрана» следует понимать в смысле «страна, для которой истребуется охрана»<sup>3</sup>. Такое толкование было дано судебной практикой некоторых стран и используется в Регламенте Европейского союза о праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам («Рим II»), где предусматривается принцип, согласно которому «правом, подлежащим применению к внедоговорному обязательству, возникающему вследствие нарушения права интеллектуальной собственности, является право страны, применительно к которой предъявляется требование о защите»<sup>4</sup>.

Иная группа американских специалистов полагает, что «объем охраны, равно как и средства защиты, обеспечиваемые автору для ограждения его прав» (п. 2 ст. 5 Бернской конвенции), касается только ответственности за нарушение права и регулируется исключительно законодательством страны, в которой истребуется охрана<sup>5</sup>.

Представляется ошибочным уравнивать коллизионный принцип «страна, где истребуется охрана» с принципом закон страны суда (*lex fori*), поскольку упомянутые в п. 2 ст. 5 средства защиты не носят исключительно судебного характера, и в тексте также одновременно подводится «объем охраны» под регулирование законодательством страны, в которой истребуется охрана. Выражение «объем охраны» не может быть истолковано как касающееся исключительно последствий нарушения эксклюзивного права<sup>6</sup>. Так, если автор подает иск в другой суд, нежели суд страны, где имело место нарушение авторских прав, например, используя принципы подсудности споров с иностранным элементом (например, предъявляет иск в суде той страны, где нарушитель имеет собственность), то в этом случае для применения закона страны суда уже не будет никаких оснований<sup>7</sup>. В связи с этим необходимо четко разграничивать привязки «страна, где истребуется охрана» и страна суда (*lex fori*).

Представляет интерес японская судебная практика и доктрина, где для решения вопросов, нарушены ли авторские права и какая ответственность должна быть

---

<sup>3</sup> См.: *Andre L.* Item 6 of the Provisional Agenda. Applicable Law in Copyright Infringement Cases in the Digital Environment // [http://portal.unesco.org/culture/en/files/27402/11189966001digcxiii\\_5\\_e.pdf/digcxiii\\_5\\_e.pdf](http://portal.unesco.org/culture/en/files/27402/11189966001digcxiii_5_e.pdf/digcxiii_5_e.pdf)

<sup>4</sup> Регламент (ЕС) № 864/2007 Европейского Парламента и Совета // <http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/collision/vnedogovornoe.htm>

<sup>5</sup> См.: *Ginsburg J.* The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change // Hague Academy of International Law. 1998. P. 99.

<sup>6</sup> Межправительственный комитет по авторскому праву. Тринадцатая сессия Комитета Всемирной конвенции, пересмотренной в 1971 г. Париж, 22–24 июня 2005 г. // <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139652r.pdf>

<sup>7</sup> См.: *Andre L.* Op. cit.

установлена, сформулирован иной принцип, нежели право страны, где истребуется защита, а именно — закон страны, где нарушение имело место<sup>8</sup>. Японские коллизионные нормы закреплены в Акте, устанавливающем правила определения применимого права, 1898 г. (далее — Акт 1898 г.), который подвергся серьезным изменениям в 2006 г. (вступили в силу в 2007 г.). Акт 1898 г. содержит положения о правоспособности и дееспособности, опеке и попечительстве, признании безвестно отсутствующим, договорные и внедоговорные обязательства, но не определяет применимое право применительно к авторским отношениям, осложненным иностранным элементом. Учитывая, что нарушение в сфере авторского права может носить как договорный, так и внедоговорной (деликтный) характер, к данным отношениям должны быть применимы коллизионные нормы, предусмотренные для соответствующих отношений.

С внесением в 2006 г. изменений в ст. 17 Акта 1898 г. установлено, что к деликтным отношениям применяется право **места наступления вредоносных последствий**<sup>9</sup>. В качестве субсидиарного правила установлено, что если сторона не могла предвидеть место наступления вредоносных последствий, то должно быть применимо право места причинения вреда. В Законе также предусмотрена возможность избрания сторонами права после совершения действия или обстоятельства, повлекших причинение вреда. Выбор сторонами применимого права может не учитываться судом, если деликтные отношения будут связаны с правом другого государства.

Так, в судебном деле истец — американский покупатель Л. Кем — закупил макеты кукол у японского ответчика — производителя Х. Секи, оригинальный дизайн которых был разработан П. Камаром, владельцем компании Камар Inc. При этом ответчик Х. Секи при производстве проданных истцу кукол не выполнил требования автора дизайна кукол П. Камара прикрепить этикетку с надписью «Living Dolls and Pets T.M. Kamar Inc., made in Japan». Л. Кем был привлечен в суд П. Камаром за нарушение авторского права и выплатил убытки. Впоследствии истец Л. Кем предъявил иск Х. Секи. При рассмотрении в японском суде было установлено, что поскольку вредоносное действие было совершено в Японии, должен быть применен японский Закон об авторском праве, устанавливающий ответственность ответчика. Суд постановил ответчику выплатить убытки истцу.<sup>10</sup>

Таким образом, можно заключить, что в силу неоднозначности толкования международной коллизионной нормы, закрепленной в Бернской конвенции, — страна, где истребуется охрана, — это привязка трактуется в практике и доктрине Японии преимущественно как страна, где нарушение имело место.

<sup>8</sup> Doi T. Japanese Copyright Law in the 21<sup>st</sup> Century. Oceana Publications, Inc. Dobbs Ferry, N.Y., 2001. P. 46.

<sup>9</sup> С внесением изменений в 2006 г. в японский Акт, устанавливающий правила определения применимого права, 1898 г. произошла дифференциация коллизионного регулирования. До внесения изменений в законе содержались три основные коллизионные привязки при выборе права из внедоговорных обязательств: место причинения вреда, тесной связи и возможности выбор права сторонами после причинения вреда. Между тем в доктрине не было полной ясности относительно того, что считать местом причинения вреда: место совершения акта причинения вреда или место наступления вредоносных последствий.

<sup>10</sup> Louis Kem v. Hiroshi Seki, Hanrei Taimuzu (Number 242) 298 (Tokyo District Court, 3 October 1969).

## 1.1. Определение применимого права в отношении правомерности обладания авторским правом

Коллизионные нормы Бернской конвенции сформулированы в отношении далеко не всех вопросов, возникающих при регулировании отношений в сфере авторского права. Так, объем охраны, равно как и средства защиты, представляемые автору для охраны его прав, регулируются законодательством страны, в которой истребуется охрана (п. 2 ст. 5); срок охраны регулируется в соответствии с законом страны происхождения произведения. Ряд вопросов в отношении применимого права к разным аспектам споров, вытекающих из авторских отношений, не получил своего решения в международном договоре. Так, остается не вполне ясным, какое право должно быть применимо в отношении: 1) правомерности обладания объектом авторского права истцом; 2) охраняемого объекта авторского права; 3) оригинальности произведения.

В деле *ITAR-TASS Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc*<sup>11</sup> американский суд сформулировал новый коллизионный принцип в отношении вопроса о владении авторскими правами — право страны происхождения произведения, а не право страны, где истребуется охрана, сформулированный в Бернской конвенции. Между тем, как было отмечено в литературе, применение в отношении вопроса о владении авторскими правами права страны происхождения произведения является спорным<sup>12</sup>. Во-первых, формулировка отдельных положений Бернской конвенции позволяет заключить, что нормы, отсылающие к стране происхождения произведения, должны применяться как исключение. На это могут указывать п. 7 ст. 2 Бернской конвенции (произведения прикладного искусства), п. 8 ст. 7 (норма, регулирующая сравнение сроков), ст. 14bis.2 (форма письменного соглашения, которое авторы подписывают в пользу изготовителя кинематографического произведения), ст. 14ter.2 (право долевого участия)<sup>13</sup>. Во-вторых, подп. «а» п. 2 ст. 14bis (в котором предусмотрено, что «определение лиц — владельцев авторского права на кинематографическое произведение сохраняется за законодательством страны, в которой истребуется охрана») можно толковать расширительно. В связи с этим в доктрине сложилось мнение, что хотя положения п. 2 ст. 5 Конвенции сформулированы неудачно, но, несмотря на неудачную редакцию, авторы текста ставили перед собой задачу сформулировать общую коллизионную норму, включающую в себя и вопросы правообладания<sup>14</sup>.

Оппоненты указанного подхода по-иному трактуют подп. «а» п. 2 ст. 14bis Бернской конвенции — как исключение, которое применяется только в отношении кинематографических произведений. Что касается остальных объектов авторского права, то вопрос о правообладании можно решать на усмотрение закона страны

<sup>11</sup> United States District Court for the Southern District of New York. *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.* — 886 F. Supp. 1120 (S.D.N.Y. 1995). P. 144–149.

<sup>12</sup> Межправительственный комитет по авторскому праву. Тринадцатая сессия Комитета Всемирной конвенции, пересмотренной в 1971 г. Париж, 22–24 июня 2005 г. // <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139652r.pdf>

<sup>13</sup> Там же.

<sup>14</sup> См.: *Plenter S. Choice of Law Rules for Copyright Infringements in the Global Information Infrastructure: A Never-ending Story?* EIPR 2000. P. 313–320.

происхождения произведения. Право страны, в которой истребуется охрана произведения, применяется только к определению объема охраны, равно как и средств защиты, обеспечиваемых автору для ограждения его прав, и касается только ответственности за нарушение права<sup>15</sup>.

Четкое регулирование вопросов применимого права в отношении правообладания объектами авторского права отсутствует не только в Бернской конвенции, но и в национальном законодательстве. Поэтому судьи национальных судов встают перед необходимостью формулирования определенных коллизионных принципов.

## **1.2. Определение применимого права к вопросу об оригинальности и охраноспособности объектов, подпадающих под защиту авторского права**

В авторском праве зарубежных стран оригинальность произведения является обязательным признаком, закрепленным законодательно. Так, в Законе об авторском праве США (1976) в п. «а» ст. 102 прямо говорится, что правовая защита предоставляется только «оригинальным авторским работам»<sup>16</sup>. Законодатель в Законе США не отнес к объектам защиты также работы, которые не были представлены в осязаемой форме выражения (например, хореографические работы, которые не были зафиксированы или записаны, или импровизационные речи или представления, которые не были письменно зафиксированы или записаны); заглавия, имена, короткие фразы и лозунги; популярные символы или образцы (дизайн); простые вариации типографских узоров, надписи, или окраска; простые списки ингредиентов или содержимого.

В странах «общего права» произведение является оригинальным, если оно не является результатом простого копирования.

В споре, рассматриваемом в американском суде *Eastern America Trio Products v. Tang Electronic Corp*, ответчик (корпорация Tang) распространял каталоги и рекламные листовки истца, авторские права на которые были зарегистрированы. Ответчик признал копирование некоторых фотографий из каталога истца, но отрицал существование авторских прав на данные объекты у истца. Исследуя уровень оригинальности, суд принимал во внимание экспозицию объектов фотографии, ракурс, освещение, а также было исследовано, были ли изображения увеличены на компьютере для достижения желаемого результата. Кроме того, суд отметил, что почти любая фотография может быть защищена авторским правом, если сложность при ее изготовлении превышала сложность сканирования<sup>17</sup>.

Статья 102(a) Закона об авторском праве США дает исчерпывающий перечень объектов, которые являются охраноспособными: 1) литературные произведения; 2) музыкальные произведения; 3) драмы; 4) пантомимы и хореографические работы; 5) произведения живописи, скульптуры, графические работы; 6) архитектурные работы; 7) кинематографические и иные аудиовизуальные произведения;

<sup>15</sup> См.: *Ginsburg J.* The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change // Hague Academy of International Law, 1998. P. 99.

<sup>16</sup> [www.copyright.gov/Copyright Law of the United States of America](http://www.copyright.gov/Copyright%20Law%20of%20the%20United%20States%20of%20America)

<sup>17</sup> См.: *Dobson K.N.* The Originality of Photographs for Purposes of Copyright Law Before and after *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.* // *Florida Coastal Law Review*. Vol. X:319. 2009. P. 44–69.

8) звукозаписи. Однако, как показывает практика, данный перечень носит не исчерпывающий, а иллюстративный характер. В ряде стран произведения дизайна исключены из охраны авторским правом, тогда как в США, где основным критерием охраноспособности является оригинальность произведения, объекты дизайна будут подпадать под охрану авторского права, если они являются оригинальными. В случае, если произведение является охраноспособным в США, оно должно получать охрану на территории США.

Что касается вопроса применения права страны происхождения в отношении оригинальности произведения, то он является дискуссионным. При решении вопроса об оригинальности произведения американские суды преимущественно используют американское право. Показательным стало дело Библиотеки искусства Бриджмена против корпорации Corel, распространяющей диски с цифровыми фотографиями произведений<sup>18</sup>. Библиотека искусства Бриджмена предъявила иск корпорации Corel в окружной суд США по южному округу Нью-Йорка о незаконности воспроизведения фотографий, которые Библиотека сделала с картин, находящихся в общественном достоянии. Учитывая, что истец — Библиотека искусства Бриджмена — являлась английской компанией, а ответчик — корпорация Corel — занималась коммерческим распространением фотографических изображений, являющихся общественным достоянием, в Великобритании, США и Канаде, истец настаивал, что должно применяться право Великобритании, согласно которому такое воспроизведение недопустимо. Суд в качестве применимого права избрал право США и исследовал три аспекта оригинальности фотографии: элементы, от которых не зависит создание сцены (освещение, использование теней и фильтров, вспышка, экспозиция), элементы, влияющие на сцену (расположение, размещение объектов), элементы времени (захват сцены, повтор которой затруднителен)<sup>19</sup>. Суд вынес решение в пользу ответчика, компании Corel, мотивируя, что точные фотографические копии изображений, находящихся в общественном достоянии, не могут быть защищены авторским правом, потому что в них отсутствует новизна.

При этом судья, рассматривавший дело, подчеркнул, что, хотя оба государства (Великобритания и США) — участники Бернской конвенции, последняя для США не является самоисполнимой. Обязательства США по Бернской конвенции могут быть исполнены только путем включения их в национальное законодательство. В связи с этим к вопросам оригинальности произведения должно применяться внутреннее право США, учитывая, что в Бернской конвенции отсутствуют нормы по выбору права применимого к вопросам оригинальности произведения<sup>20</sup>. Кроме того, в отношении стран, не присоединившихся к Конвенции, решение вопроса об оригинальности должно решаться аналогичным образом, а именно, по закону суда<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.* Cite as 25 F.Supp.2d 421 (S.D.N.Y. 1998). P. 201—214.

<sup>19</sup> См.: *Atkinson-Bonasio A. Intellectual Property in Photographs: Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.* 2011 // <http://www.alicebonasio.com/Research/PDFs/Intellectual%20Property%20in%20Photographs.pdf>.

<sup>20</sup> См.: *Patry W. Choice of Law and International Copyright.* Law Journal Library. 2000. Vol. 48. P. 383–470.

<sup>21</sup> В Великобритании в мае 2007 г. дело было заочно пересмотрено, в результате чего было принято решение в пользу *Bridgeman Art Library*. Ключевым в решении была ссылка на защиту британским Законом об авторском праве навыков, труда и суждения создателя

Четвертая часть Гражданского кодекса Российской Федерации, регулирующая отношения в области интеллектуальной собственности, содержит понятие оригинальности только в отношении такого объекта патентного права, как промышленный образец. При этом понятие оригинальности закон не раскрывает, уточняя лишь в ст. 1352 ГК РФ, что промышленный образец признается оригинальным, если его существенные признаки обусловлены творческим характером особенностей изделия. В гл. 70 ГК РФ такой признак произведения, как оригинальность, совсем не упоминается.

Хотя в российском законодательстве не сформулирована коллизионная норма, определяющая применимое право к решению вопроса оригинальности произведения, равно как к его охраноспособности, в то же время, принимая во внимание перечень дополнительных исключений из охраны авторским правом, можно заключить, что оригинальность произведения, равно как и его охраноспособность, определяются в соответствии с российским правом<sup>22</sup>.

Возникает вопрос, будет ли охраняться произведение, которое не является объектом охраны в стране происхождения. В основном, американские ученые полагают, что в силу принципа национального режима произведения, не охраняемые в странах происхождения произведений, должны получать правовую охрану в США, если они являются охраноспособными. Другие авторы отрицают данную возможность<sup>23</sup>.

Иллюстрацией охраноспособности в США произведения, не являющегося таковым в стране происхождения, является дело *Hasbro Bradley v. Sparkle*. Хасбро Брэдли (*Hasbro Bradley*) — американская компания, разработавшая серию роботизированных игрушек-трансформеров, — поручила производство данных игрушек японской компании Такара (*Takara*). В 1983 г. компания «Такара» создала оригинальный дизайн для двух игрушек («Топсин» и «Твин Твист»). Японское законодательство по авторскому праву не охраняет продукцию, которая предназначена для рынка товаров массового производства. В 1984 г. американская компания «Хасбро Брэдли» приобретает права у компании «Такара» и включает игрушки «Топсин» и «Твин Твист» в линию роботизированных игрушек-трансформеров. Американская компания — производитель игрушек «Спаркл» (*Sparkle Toys*) — копирует оригинальные модели игрушек «Такары» «Топсин» и «Твин Твист» и дистрибьютирует копии в США. В судебном процессе, инициированном компанией «Хасбро Брэдли», компания — производитель игрушек «Спаркл» настаивала на том, что произведения, изначально не защищаемые в стране происхождения, не могут получать защиту в США<sup>24</sup>.

Судья при рассмотрении дела отверг аргументы компании «Спаркл» на основании толкования ст. 104 Закона об авторском праве США 1976 г., которая, по мнению судьи, устанавливает, что произведение, первоначально опубликованное в иностранном государстве, которое на момент публикации является членом Всемирной конвенции об авторском праве, должно подпадать под охрану американского Закона об

---

интеллектуальной собственности, известных как *sweat of the brow* (отсылка к библейскому выражению «в поте лица своего»), наряду с новизной.

<sup>22</sup> Не охраняются авторским правом идеи, концепции, принципы, методы, процессы, системы, способы, решения технических, организационных и иных задач, открытия, факты, языки программирования (п. 5 ст. 1259 ГК РФ).

<sup>23</sup> См.: *Patry W. Op. cit.*

<sup>24</sup> *Hasbro Bradley INC v. Sparkle Toys INC.*, 780 F.2d 189 (2nd Cir. 1985) // [http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/780\\_F2d\\_189.htm/](http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/780_F2d_189.htm/)

авторском праве. Таким образом, даже если соответствующие игрушки не являлись объектом охраны авторского права Японии, они охранялись на территории США, принимая во внимание участие данных государств во Всемирной конвенции.

В литературе отмечалось, что ст. 104 Закона об авторском праве США 1976 г. была неверно истолкована, так как она предусматривает возможность иностранных авторов истребовать защиту в судах при условии, что государство автора и государство суда являются участниками Всемирной конвенции<sup>25</sup>. Иными словами, цель ст. 104 заключается в установлении, кто вправе предъявить требование о защите произведения, а не согласно какому праву истец обладает авторским правом. В частности, авторы задаются вопросом: почему США должны запрещать своим гражданам использовать произведения, которым отказано в защите в стране их происхождения? Аргументацию свободного использования произведений, охраноспособных в США и не получивших защиту в стране происхождения, авторы видят в ст. IX(4) (а) Всемирной конвенции, содержащей правило о сравнении сроков: «Ни одно Договаривающееся Государство не обязано обеспечивать охрану произведения в течение срока, более продолжительного, чем срок, установленный для произведений данной категории, в случае не выпущенного в свет произведения — законом участвующей в Конвенции страны автора, и в случае выпущенных в свет произведений — законом участвующей в Конвенции страны, в которой произведение впервые выпущено в свет». Таким образом, если произведение не получает охраны в стране происхождения, то срок его охраны должен быть нулевым, и, соответственно, в стране, где истребуется его охрана, срок охраны не должен превышать нулевой отметки, иными словами, охрана не должна предоставляться<sup>26</sup>.

Японская судебная практика (аналогично американской) также демонстрирует приверженность коллизионному принципу — право страны происхождения произведения при определении охраноспособности произведения. Так, в деле, *Weis Manufacturing California N-Shirts v. KK Universal Hanbai*, рассмотренном районным судом Токио, был поставлен вопрос, какое коллизионное правило должно быть применимо при решении вопроса, является ли произведение охраняемым объектом авторского права. Истец (калифорнийская корпорация) предъявила иск против японской компании, которая занималась продажей маек с рисунком, который являлся копией рисунка, изображенного на майках истца. Суд, исследуя коллизионные привязки Бернской конвенции — закон страны происхождения произведения и закон страны, где истребуется охрана произведения, — нашел, что решение вопроса, является ли произведение объектом охраны, не входит в объем указанных коллизионных норм. В связи с этим было установлено, что для решения указанного вопроса должна использоваться коллизионная привязка — закон страны, где истребуется охрана произведения, а именно, японский Закон об авторском праве<sup>27</sup>.

Между тем здесь, как представляется, имеет место необоснованное расширение принципа национального режима, предусмотренного в Конвенции и имеющего строго ограниченную сферу распространения на страны — участницы Конвенции:

---

<sup>25</sup> См.: *Patry W. Op. cit.*

<sup>26</sup> См.: *Ibid.*

<sup>27</sup> *Doi T. Japanese Copyright Law in the 21<sup>st</sup> Century.* Oceana Publications. Inc. Dobbs Ferry, N.Y., 2001. P. 46.

«В отношении произведений, по которым авторам предоставляется охрана в силу настоящей Конвенции, авторы пользуются в странах Союза, кроме страны происхождения, правами, которые предоставляются в настоящее время или будут предоставлены в дальнейшем соответствующими законами этих стран своим гражданам, а также правами, особо предоставляемыми настоящей Конвенцией» (ст. 5). Таким образом, Конвенция предусматривает так называемую формальную взаимность, согласно которой иностранным лицам предоставляются те же права, которые имеются у отечественных юридических лиц и граждан. Принцип национального режима позволяет ассимилировать права иностранных граждан с отечественными. При этом цель национального режима состоит в том, чтобы дать авторам возможность избежать дискриминации в предоставлении собственным гражданам более широкого круга прав, нежели иностранным авторам. Национальный режим в большей степени связан со статусом иностранцев, а не с установлением коллизионной нормы об определении права, применимой к произведениям<sup>28</sup>. Между тем, исходя из судебной практики по вопросам охраноспособности произведения, суды зарубежных стран избирают право страны, где истребуется охрана, и которое зачастую неверно синонимизируют с правом страны суда. Хотя представляется более логичным решать вопросы охраноспособности произведения, не охраняемого в стране происхождения, по праву страны происхождения, учитывая установленное в Бернской конвенции правило сравнения сроков охраны.

### 1.3. Коллизионное регулирование лицензионных договоров

Правообладатель вправе распорядиться принадлежащим ему авторским правом в гражданско-правовых договорах, направленных на отчуждение авторских прав или использование соответствующих объектов авторского права. Если в обязательственных отношениях присутствует иностранный элемент, то они регулируются соответствующими международными материально-правовыми или коллизионными нормами. На сегодняшний день практически во всех правовых системах распространен универсальный принцип автономии воли. Между тем данный принцип имеет разную географическую сферу.

В США международные и межштатные коллизии решаются на основании одинаковых коллизионных положений. Ряд коллизионных норм закреплен в Единообразном торговом кодексе США<sup>29</sup>, впервые опубликованном в 1952 г. Единообразный торговый кодекс является модельным актом и действует через законы штатов, которые инкорпорировали его нормы в свои внутренние законы. В § 1–301 (подп. «а») ЕТК в ред. 2008 г. закреплена возможность выбора сторонами права, когда сделка имеет разумную связь со штатом суда, а также с другим штатом или государством. В литературе отмечено, что в настоящее время США являются едва ли не единственным государством с развитым правопорядком, применяющим требование о наличии объективной связи между договором и выбранным сторонами правом<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Межправительственный комитет по авторскому праву. Тринадцатая сессия Комитета Всемирной конвенции, пересмотренной в 1971 г. Париж, 22–24 июня 2005 г. // <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139652r.pdf>

<sup>29</sup> Uniform Commercial Code 1952 г. // URL: <http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html>

<sup>30</sup> Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 264.

Что касается европейских стран, то для членов Европейского союза в настоящее время действуют регламенты ЕС «Рим I» и «Рим II», в регламенте «Рим I» закреплена географически неограниченная автономия воли сторон в сфере обязательственных отношений. Выбор сторонами применимого права может быть как прямо выражен в договоре, так и подразумеваться, исходя из его условий или обстоятельств дела. При отсутствии выбора права «Рим I» предусматривает привязку характерного исполнения — *lex venditoris*. Указанная привязка означает применение к договору права той стороны, которая осуществляет характерное исполнение.

Согласно п. 1 ст. 122 Федерального закона Швейцарии о международном частном праве (1987) установлен принцип, в соответствии с которым «договоры, касающиеся интеллектуальной собственности, регулируются правом государства, которое является обычным местожительством субъекта, передающего или переуступающего право интеллектуальной собственности»<sup>31</sup>.

В Гражданском кодексе Российской Федерации (подп. 19 п. 3 ст. 1211) содержится коллизийная норма применительно к лицензионному договору. Генеральной коллизийной привязкой является автономия воли, согласно которой стороны вправе выбрать любое право без каких-либо географических ограничений. В случае отсутствия автономии воли право выбирает суд на основе принципа тесной связи, под которой третья часть ГК РФ понимает право страны, где находится местожительство или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. В отношении лицензионного договора стороной, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, признается, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, сторона, являющаяся лицензиаром. Под лицензиаром в лицензионном договоре понимается та сторона, которая предоставляет другой стороне (лицензиату) возможность за соответствующую плату использовать принадлежащее лицензиару исключительное право или комплекс исключительных прав.

В российской доктрине предлагается критерием наиболее тесной связи в отношении указанного вида договоров считать страну использования произведения, исходя из ориентира ведения коммерческой деятельности либо обычного местонахождения стороны, являющейся приобретателем исключительного авторского права<sup>32</sup>. В проект третьей части ГК РФ внесены соответствующие изменения: в отношении лицензионного договора применимым правом предлагается считать право страны, на территории которой лицензиату разрешается использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, а если такое использование разрешается на территории одновременно нескольких стран — право страны, где находится местожительства или основное место деятельности лицензиара<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Международное частное право: сб. норм. актов / сост. Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова. М.: Проспект, 2004. С. 134.

<sup>32</sup> См.: *Евстафьева И.В.* Правовое регулирование международного оборота имущественных авторских прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2012. С. 5.

<sup>33</sup> Проект федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // <http://komitet2-10.km.duma.gov.ru/site.xp/051054056124054053054.html>.

Японское законодательство предусматривает возможность выбора применимого права к трансграничным обязательственным отношениям. Эти нормы охватывают также и авторские договоры (ст. 7 Акта 1898 г.). В соответствии со ст. 8, если стороны не выбрали право, суд выбирает право страны, с которой отношение наиболее тесно связано<sup>34</sup>. В договорных отношениях выбор применимого права географически не лимитируется японским законодательством.

## 2. Особенности коллизионного регулирования авторского права в Интернете

Использование объектов авторского права в Интернете еще больше осложняет вопросы коллизионного регулирования.

Коллизионные привязки Бернской конвенции «место происхождения произведения» и «место, где истребуется охрана» получили неоднозначное толкование в доктрине и арбитражной практике разных государств на предмет содержания вопросов, которые должны регулироваться правом, применяемом согласно этим привязкам. Помимо данной несогласованности распространение авторских отношений в Интернете дополнительно осложнило фактическое применение таких привязок, учитывая принципиальную сложность локализации места происхождения произведения и места нарушения авторских прав в Интернете. Указанные сложности возникают в связи с тем, что коллизионные привязки, сформулированные в Бернской конвенции, в своей основе содержат географический принцип, т.е. привязку к территории определенного государства. Между тем, несмотря на то что в литературе часто говорится о территории — «интернет-территория свободы», «интернет-территория закона», «Интернет — миссионерская территория» — все эти обозначения условны.

Интернет имеет транснациональный и децентрализованный характер. Таким образом, в отношении объектов авторского права в Интернете принципы коллизионного регулирования должны претерпевать определенные изменения. Коллизионный принцип «страна происхождения произведения» в отношении произведений, опубликованных в Сети, не может быть установлен, поскольку не решен вопрос о юрисдикции государства в отношении отдельных функциональных и национальных сегментов Интернета. Поэтому решение вопроса о юрисдикции в Сети является первоначальным.

Решением вопроса могло бы стать отнесение национальных сегментов Интернета в сферу полной территориальной юрисдикции соответствующих государств. В то же время наличие большого количества функциональных доменов, а также то, что Интернет не является структурированной сетью, усугубляет трудности, связанные с установлением места регистрации сайтов. В литературе были предложены различные критерии, которые стали бы альтернативными критериями при возникновении сложностей установления места происхождения произведения, опубликованного в Интернете. В качестве таковых были предложены место постоянного

---

<sup>34</sup> До принятий изменений 2006 г. согласно ст. 7(2) при отсутствии прямо выраженной автономии воли сторон, суд должен определить молчаливо подразумеваемый выбор права сторонами, который вытекает из совокупности таких обстоятельств, как место заключения или исполнения контракта, местонахождения имущества, являющегося объектом спорных отношений. Если автономия воли сторон невозможно установить ни прямо, ни косвенно, суд применяет право места совершения сделки.

проживания или местожительство автора,. Вместе с тем, как указывают авторы, предложившие данные критерии, их использование также привело бы к сложностям установления авторства в отношении произведения, написанного несколькими соавторами (это касается, прежде всего, аудиовизуальной продукции)<sup>35</sup>.

В литературе в качестве коллизионного принципа было предложено использовать ряд специальных критериев, адаптированных к техническим характеристикам сети Интернет, а именно страна передачи произведения, закон места нахождения сервера, а также критерий страны места регистрации домена<sup>36</sup>. Между тем использование подобных критериев позволило бы авторам искусственно устанавливать в отношении своих произведений желаемую правовую охрану. Здесь хотелось бы отметить, что разработчики Конвенции ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах (2005) при определении сферы применения Конвенции решили опираться на традиционные критерии местонахождения коммерческих предприятий сторон, дополнительно указав, что ни местонахождение оборудования, ни адрес электронной почты или доменного имени не должны приниматься во внимание, чтобы не создавать искусственных привязок к странам, не имеющим тесной связи со сторонами сделок<sup>37</sup>. Равно также расширение дискреционных полномочий суда выбирать применимое право, опираясь в зависимости от фактических обстоятельств на критерии места проживания владельца сайта, либо закона страны нахождения сервера, либо принципа тесной связи, влечет еще большую правовую неопределенность<sup>38</sup>.

В настоящее время имеются две точки зрения, что считать страной происхождения произведения, опубликованного в сети «Интернет»: страну обнародования произведения или страны, в которых имеется доступ к произведению.

Пункт 2 ст. 5 Бернской конвенции, устанавливающий, что при нарушении авторского права применяется закон страны, где истребуется охрана, применяется и при нарушении авторского права в Интернете, учитывая, что участники Договора ВОИС по авторскому праву соблюдают ст. 1–21 и Дополнительный раздел Бернской конвенции. Между тем данный коллизионный принцип является проблемным при применении к авторским отношениям в Интернете, принимая во внимание сложности локализации авторских прав. Неясным является вопрос, где считать нарушенным авторское право: в стране передачи произведения, в стране приема произведения или в какой-либо другой стране. Кроме того, какую страну следует считать страной передачи.

---

<sup>35</sup> Межправительственный комитет по авторскому праву. Тринадцатая сессия Комитета Всемирной конвенции, пересмотренной в 1971 г. Париж, 22–24 июня 2005 г. // <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139652r.pdf>

<sup>36</sup> *Dogauchi M.* Private International Law on Intellectual Property: a Civil Law Overview. WIPO document WIPO/PIL/01/8. Geneva, 2001 // [http://www.wipo.int/pilforum/en/documents/doc/pil\\_01\\_8.doc](http://www.wipo.int/pilforum/en/documents/doc/pil_01_8.doc).

<sup>37</sup> Конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах 2005 г. // [http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454_Ebook.pdf)

<sup>38</sup> Применение указанных критериев было предложено в рамках международной научно-практической конференции в г. Пермь в 2011 г. // Второй пермский конгресс ученых юристов: материалы международной научно-практической конференции г. Пермь, Пермский государственный национальный исследовательский университет, 28–29 октября 2011 г. С. 340.

Как показывает практика США, в настоящее время широко используется коллизионный принцип страны приема произведения. С 2011 г. на основании данного принципа США применяют экстерриториальную юрисдикцию в отношении иностранных граждан, совершивших противоправные деяния в Интернете. Иммиграционная и таможенная полиция США (ICE) начинает направлять запросы на экстрадицию иностранных граждан, если они будут заподозрены в нарушении американских законов об авторских правах, вне зависимости от того, где размещены их сервера, ссылаются ли они на источники из США, а также легален или нет соответствующий контент на территории государств, к которым иностранные граждане принадлежат<sup>39</sup>. Значение для американской судебной системы имеет только доменная зона. Все web-страницы доменных зон .com и .net, распространяющие нелегализованный контент, будут закрываться и преследоваться законом. При этом США борются не только с теми web-ресурсами, которые публикуют информацию, нарушающую права интеллектуальной собственности, но и с теми, кто предоставляет ссылки на незаконные материалы.

Кроме того, широкое применение экстерриториальной юрисдикции закрепляли не прошедшие Конгресс США в декабре 2011 г. проекты законов SOPA (Stop on-line piracy act) и PIPA (Protect intellectual property act), направленных на защиту интеллектуальной собственности в сети Интернет. Применение указанных актов было целенаправленно ориентировано на пиратские сайты, зарегистрированные за рубежом. Правонарушением по данным актам считалось распространение незаконных копий, контрафактных товаров, а также технологий преодоления технических средств защиты авторских прав. Указанные акты позволяли Министерству юстиции США и правообладателям ходатайствовать в суде о конфискации собственности, обязать финансовые институты прекратить денежные переводы, платежным системам проводить платежи в пользу сервисов, поисковым серверам исключить из обработки ссылки на пиратские ресурсы. В случае неисполнения указанных мер любой из прямых и косвенных контрагентов обвиняемого сайта должен был расцениваться как его соучастник.

Таким образом, США стали одним из первых государств, решивших принять меры по защите своей интеллектуальной собственности в международном масштабе.

В связи с этим коллизионные привязки «страна, где истребуется охрана», «страна происхождения произведения», «страна происхождения произведения», «место причинения вреда» имеют жестко территориальные характеристики, и в целях адаптации данных привязок к отношениям в сети Интернет изначально должен быть решен вопрос юрисдикционного разграничения сетевого пространства. В настоящий момент судебная практика многих государств идет по пути охвата национального сетевого пространства в сферу юрисдикции соответствующего государства. При этом в отношении функциональных доменов верхнего уровня, как было показано на примере США, наблюдается тенденция установления юрисдикция государства, на территории которого находится орган, осуществляющий регистрацию доменов верхнего уровня.

Что касается другого критерия, а именно места наступления вредоносных последствий в условиях киберпространства, то здесь может наступать эффект нару-

---

<sup>39</sup> Нарушители авторских прав со всего мира будут экстрадированы в США // <http://www.securitylab.ru/news/406190.php> (последнее посещение — 3 октября 2012 г.).

шения прав интеллектуальной собственности фактически в любой стране, например, при незаконном воспроизведении результата интеллектуальной деятельности. В связи с этим представляется разумным предусматривать ограничение данного принципа. Суды для поиска надлежащего права могут применять принцип места незаконного использования результатов интеллектуальной собственности в отношении тех стран, где был произведен основной ущерб правообладателю. Кроме того, при применении права на основе принципа наступления вредоносных последствий представляется разумным устанавливать дополнительный критерий субъективного характера, а именно, факт предвидения деликвентом наступления данных последствий в соответствующем государстве.

### **3. Принципы международной юрисдикции в отношении споров в сфере авторских отношений, реализующихся в Интернете**

Учитывая, что в ряде стран вопросы коллизионного права и международного гражданского процесса рассматриваются как имеющие тождественное содержание (США, Великобритания, Германия), в настоящем разделе будут также исследованы вопросы международной судебной юрисдикции. Другим обоснованием включения вопросов международного гражданского процесса в данный раздел является то, что помимо особенностей национального права отдельных государств, где международное частное и международное гражданское процессуальное право являются взаимозаменяемыми, следует учитывать, что в сфере международного гражданского процесса применяются традиционные для международного частного права понятия и институты. В частности, принципы, на которых основывается компетенция правоприменительных органов при разрешении споров с участием иностранных лиц, конструктивно схожи с формулами прикрепления коллизионного права, что является дополнительной аргументацией включения вопросов международной юрисдикции в настоящую главу. Связь международного гражданского процесса с международным частным правом также проявляется в том, что от решения вопроса, какой суд будет компетентным рассматривать спор, будет зависеть, какие коллизионные нормы будут применимы. Каждый суд должен применять только свои коллизионные нормы, входящие в правовую систему государства: международные и национальные коллизионные нормы. Поскольку содержание и толкование коллизионных норм не отличается единообразием в национальном праве, рассмотрение споров в сфере авторского права также не будет отличаться единообразием.

В английском праве вопросы международной судебной юрисдикции регулируются Законом о судах графств 1984 г., Правилами гражданского судопроизводства 1999 г., Законом о Верховном суде 1981 г. и т.п. Основной принцип определения юрисдикции английских судов по делам с участием иностранных лиц заключается в следующем: согласно концепциям «общего права» английский суд уполномочен разрешить абсолютно любое гражданское дело, если истец сумел вручить лично иностранному ответчику, когда последний находился в Англии, копию приказа о явке в суд<sup>40</sup>. При этом английские суды могут устанавливать свою юрисдикцию и при отсутствии тесной связи отношения и страны суда, а лишь на основании за-

---

<sup>40</sup> См.: *Мамаев А.А.* Международная судебная юрисдикция по трансграничным гражданским делам. М., 2008. С. 24.

ключения договора на территории Англии, подчинения договора английскому праву, осуществления платежа в Англии и др.

Из генерального принципа личного вручения судебного приказа ответчику при определении международной юрисдикции предусмотрен ряд ограничений. Так, суд может себя признать компетентным в отношении споров об имуществе, находящемся на территории Англии, в отношении зарегистрированных компаний на территории Англии, нарушения договора, имевшего место на территории Англии, и т.п.<sup>41</sup> В то же время английский суд может на основании теории *forum non conveniencie* при наличии условий своей компетенции отказать в рассмотрении спора при наличии другого альтернативного суда, если этот суд является надлежащим<sup>42</sup>.

Указанные правила юрисдикции не будут применяться в отношении стран участниц Евросоюза, так как на основе Регламента ЕС № 44/2001 о юрисдикции и признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам (Брюссель I) стандартным правилом является предъявление иска по месту нахождения ответчика. Например, такое правило действует, если ответчик происходит из ЕС (ст. 2). Но в ряде случаев, например, в ситуации деликта, суды признают возможность предъявления иска и по месту причинения вреда.

Таким образом, конвенционные правила установления юрисдикции являются более жесткими, нежели те, которые предусмотрены во внутреннем праве Англии, и менее подходящими для установления юрисдикции в отношении споров при использовании произведений в сети Интернет из-за трудностей локализации места совершения соответствующего действия или места причинения вреда.

В США, аналогично английским правилам установления международной судебной юрисдикции, также установлена нетипично широкая компетенция по рассмотрению трансграничных споров. Практика судов США, чья доктрина международного частного права исходит, прежде всего, из процессуальных позиций, приобретает особую значимость в исследовании принципов установления юрисдикции. Проблемы коллизионной юрисдикции (*conflict jurisdiction*) относятся к предмету международного частного права США, которое традиционно именуется «конфликтным» или «коллизионным» правом (*law of conflict of laws*).

Процессуальное законодательство США, касающееся споров американских лиц с иностранными лицами, отличается от процессуального законодательства стран романо-германской системы: в законодательстве США не предусматривается принцип предъявления иска «по ответчику», если ответчиком является гражданин или юридическое лицо США. Решение юрисдикционной проблемы судами США в отношении споров, вытекающих из правоотношений в сети Интернет, представляет интерес также потому, что одновременно рассматривается вопрос, будет ли отношение носить международный характер.

Большая часть исков граждан рассматривается в судах штатов, а не в федеральных судах. Для того, чтобы суды штатов могли рассматривать споры с участием иностранных лиц, в том числе, когда истец предъявляет иск иностранному ответчику, он должен обладать судебной юрисдикцией (*judicial jurisdiction*) или, как ее

---

<sup>41</sup> См.: Там же. С. 25.

<sup>42</sup> См.: Смирнова К.В. Некоторые особенности применения правила *forum non conveniencie* // Журнал международного частного права. 2008. № 3(61). С. 5–12.

еще называют, персональной юрисдикцией (personal jurisdiction)<sup>43</sup>. Под судебной или персональной юрисдикцией понимают полномочия соответствующего суда рассматривать и разрешать исковые требования против иностранных лиц (foreign persons) или их собственности. Эта юрисдикция осуществляется на тех же процессуальных принципах, которые применяются и при разрешении внутренних споров, однако с учетом некоторых особенностей.

Персональная юрисдикция представляет собой географическое ограничение, налагаемое на право суда вызывать ответчиков в суд для защиты своих прав. Для осуществления персональной юрисдикции необходимо соблюдение так называемого «правила длинной руки» (long-arm statutes). В соответствии с данным правилом суды могут осуществлять юрисдикцию, основанием которой являются специфические контакты, правоотношения, установленные между ответчиком и штатом, в котором предъявлен иск<sup>44</sup>.

В законодательстве США не дается определение общему понятию «статут длинной руки». Такие статуты стали логическим следствием развития конституционного процесса в США, когда было установлено, что «минимальные контакты» между ответчиком и штатом являются необходимым и достаточным основанием для осуществления судами персональной юрисдикции в отношении иностранного ответчика. Впервые указанные принципы были сформулированы в 1945 г. в решении Верховного суда США по делу *International Shoe v. Washington*. Таким образом, США обозначили отход от традиционного территориального принципа при формулировании юрисдикционного правила минимальных контактов.

С развитием Интернета, выходящего за границы государства, закономерен процесс более широкого толкования оснований для установления судебной юрисдикции над ответчиками за пределами территории государства суда. В связи с этим юрисдикционные полномочия судов, основывающиеся на правиле минимальных контактов, приобретают существенное значение. Глобальный доступ к информации, размещенной в Интернете, позволяет статуту «длинной руки» играть решающую роль, поскольку для того, чтобы нарушить законы того или иного государства, лицу не обязательно физически проникать на территорию данного государства.

В то же время правило минимальных контактов может привести к широкому применению судами *lex fori* ко всем правоотношениям с иностранным элементом. Так, суд может установить свою компетенцию в отношении любого субъекта, разместившего информацию в сети Интернет, к которой имеется доступ. Кроме того, заинтересованное лицо получает возможность выбора наиболее удобного для себя суда и правопорядка, что вряд ли можно считать справедливым. В связи с этим в судебной практике были разработаны определенные ограничительные механизмы на юрисдикционные полномочия, основывающиеся на правиле минимальных контактов. Основным правилом установления юрисдикции является соответствие критериям разумности и целесообразности<sup>45</sup>. Критерием установления юрисдикции суда штата будет служить также правовая связь деятельности ответчика с дан-

---

<sup>43</sup> Федеральные правила гражданского процесса (Federal Rules of Civil Procedure) от 1935 г. с послед. изменениями и дополнениями в 1989 г.

<sup>44</sup> См.: Белов А.П. Разрешение внешнеэкономических споров в судебном порядке // Право и экономика. 2001. № 4. С. 32.

<sup>45</sup> *International Shoe*, 326 U.S. at 317.

ным штатом, которая должна проявляться, во-первых, в целенаправленно ориентированной на данный штат деятельности ответчика, во-вторых, основание иска должно вытекать из данной деятельности<sup>46</sup>. Кроме того, в постановлении Верховного суда США говорится, что для установления специальной юрисдикции необходимо предвидение ответчиком судебного разбирательства в данном штате<sup>47</sup>.

Так, в деле CompuServe против Patterson суд пришел к выводу, что техасская компания Patterson, осуществлявшая загрузку и дальнейшую продажу программного обеспечения через информационную систему фирмы CompuServe с местонахождением в штате Огайо, должна быть подчинена юрисдикции данного штата. Контакты компании Patterson с резидентами штата Огайо являются существенными, и, соответственно, указанная компания должна была разумно предвидеть возможность своего привлечения к суду штата Огайо<sup>48</sup>.

В последующем для выяснения вопроса, компетентен ли суд разрешить спор, вытекающий из правоотношений в сети Интернет, критерии определения целенаправленно ориентированной деятельности в Интернете были подвергнуты пересмотру. Модификация критерия целенаправленной деятельности выразилась в установлении скользящей шкалы для квалификации интернет-сайтов<sup>49</sup> на две категории: активные и пассивные<sup>50</sup>. К категории активных сайтов американские суды стали относить сайты, посредством которых осуществляются деятельность и непосредственный информационный контакт владельца сайта с резидентами других штатов или государств. При этом информационные контакты с резидентами других штатов и государств должны порождать прямые фактические отношения, выражающиеся в целенаправленной и периодически осуществляемой передаче компьютерных файлов через Интернет. В данном случае персональная юрисдикция является надлежащей.

Пассивная категория интернет-сайтов ограничивается простым размещением информации в Интернете, которая может быть доступна пользователям других штатов и иностранных государств. Судебная практика исходит из принципа, что потенциальный доступ к интернет-сайту посредством сети Интернет не должен порождать автоматическую юрисдикцию суда любого штата, откуда был совершен доступ. В целях разграничения пассивных и активных сайтов суду было предложено оперировать таким оценочным понятием, как интерактивность интернет-сайта, т.е. учет степени интенсивности деятельности, осуществляемой через Интернет.

В деле Weber v. Jolly Hotels резидент штата Нью-Джерси предъявил иск к итальянской корпорации Jolly Hotels в суде данного штата, обосновывая юрисдикцию суда тем, что реклама соответствующей корпорации была размещена в сети Интернет, доступной резидентам штата Нью-Джерси. Суд постановил, что один лишь

<sup>46</sup> См.: *Brand R.A.* Tort Jurisdiction in a Multilateral Convention: The Lessons of the Due Process Clause and the Brussels Convention. 26 Brook, 1998.

<sup>47</sup> См.: *Hoegle R.L., Boam C.P.* The Internet and Jurisdiction International Principles Emerge but Confrontation Looms // *The Journal of World Intellectual Property*. 2000. Vol. 3. No. 1. P. 43.

<sup>48</sup> *CompuServe, Inc. v. Patterson*, 89 F.3d 1257 (6th Cir. 1996).

<sup>49</sup> Понятия «сайт» и «интернет-сайт» рассматриваются в данной работе как равнозначные.

<sup>50</sup> См.: *McWinney S., Wooden S., McKnown J., Ryan J., Green J.* The «Sliding Scale» of Personal Jurisdiction Via the Internet // *Dorsey & Whitney, LLP*. 2003. P. 101.

факт размещения итальянской корпорацией Jolly Hotels рекламы в сети Интернет не является достаточным для осуществления персональной юрисдикции<sup>51</sup>.

На сегодняшний день американскими судами до сих пор не выработано четких критериев, по которым могла бы осуществляться оценка интерактивности веб-сайта в целях решения юрисдикционных вопросов. Принципы разграничения пассивных и активных сайтов вырабатываются судом в каждом конкретном случае.

Большое количество обращений пользователей конкретного штата к сайту является также одним из оснований установления специальной юрисдикции судов данного штата. В качестве минимальных контактов, необходимых для установления юрисдикции, признавалось также наличие электронных коммуникаций между сторонами. В споре *Plus system, Inc. v. New England Network, Inc.*<sup>52</sup> стороны договорились проводить электронные расчеты через специальную платежную систему, управляемую истцом. Юрисдикция суда была признана по месту нахождения центрального компьютера этой платежной системы (штат Колорадо). В других спорах юрисдикция признавалась при наличии факта рассылки потенциальным клиентам рекламных материалов, образцов товаров и т.п., поддержания контактов с посетителями сайта (включая заключение с ними договоров), указания на сайте списка событий, специально отобранных, чтобы заинтересовать посетителей, живущих на определенной территории, и др.<sup>53</sup>

Интенсивность информационных контактов как основание компетенции суда может иметь различный характер. Один лишь факт включения бесплатного телефонного номера для входящих звонков клиентов (toll-free) на интернет-сайте не может повлечь юрисдикцию суда соответствующего штата, в котором номер используется. Размещение информации на английском языке также не всегда говорит об ориентации на североамериканский рынок, что требует от судов изучения дополнительных показателей ориентированности ответчика на определенный регион.

Очевидно, что составить исчерпывающий список факторов, определяющих интерактивность сайта, невозможно и суду необходимо самостоятельно оценивать обстоятельства дела и выявлять определенную совокупность признаков, свидетельствующих о частоте и интенсивности контактов. Как справедливо заметил А.Г. Лисицин-Светланов, помимо факторов, характеризующих действия ответчика, судам при решении юрисдикционного вопроса надлежит принимать во внимание ряд дополнительных факторов: природу и качество контактов со штатом суда, число таких контактов, интерес штата суда в предоставлении юрисдикции для своих резидентов, удобство для сторон<sup>54</sup>.

Отсутствие четких критериев деления веб-сайтов на активные и пассивные предоставляет судам определенную свободу в толковании содержания веб-сайта и в решении вопроса о своей компетенции. Учитывая специфику среды Интернет, следует отметить целесообразность модификации юрисдикционных критериев, принятых американскими судами, при определении своей компетенции в отношении споров в сети Интернет. При этом данные критерии должны быть применимы

---

<sup>51</sup> *Bensusan Restaurant Corp. v. King*, 937 F. Supp 295 (S.D.N.Y. 1996).

<sup>52</sup> 804 F.Supp.111,1992 U.S.Dist.

<sup>53</sup> См.: *Калятин В.О.* Право в сфере Интернета. М., 2004. С. 79.

<sup>54</sup> См.: *Лисицин-Светланов А.Г.* Тенденции развития международного гражданского процесса: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2002. С. 150.

исключительно к спорам, вытекающим из правоотношений в сети Интернет, что ставит дополнительную задачу перед судом: выяснить, является ли роль Интернета в конкретном споре ключевой или факультативной. Традиционные правила установления юрисдикции должны применяться только к таким спорам, где Интернет не играет ключевой роли, а используется, например, для рекламных целей. Применение таких правил к деятельности, осуществляемой исключительно в сети Интернет, недопустимо: это может привести к широко толкуемой юрисдикции.

Что касается японского права, то до 2011 г. в Японии не было предусмотрено законодательных положений, которые бы устанавливали компетенцию судов по разрешению гражданских дел с международными характеристиками. Правоприменитель основывался преимущественно на судебных прецедентах и принципах, закрепленных в гражданском процессуальном кодексе, к которым относились место причинения вреда и место нахождения имущества<sup>55</sup>. При этом суд должен был рассматривать дело на основе принципов справедливости и добросовестности по отношению к сторонам, а также эффективности и быстроты судебного производства.

19 мая 2011 г. вступил в силу новый Акт, касающийся установления юрисдикции японских судов в отношении дел с участием иностранных лиц, который содержит ряд изменений к гражданскому процессуальному кодексу Японии. Общими юрисдикционными принципами являются местонахождение ответчика, место исполнения контрактных обязательств, местонахождение имущества и т.п. Ст. 3–3 Акта в п. viii устанавливает основания юрисдикции применительно к деликтным отношениям. Общим правилом является место **причинения вреда**, а также **место наступления вредоносных последствий**, которые причинитель вреда мог предвидеть. Кроме того, в ст. 3-5 Акта установлена исключительная юрисдикция японского суда в отношении споров, связанных с регистрацией объектов интеллектуальной собственности, которая имела место в Японии. При этом под термином «интеллектуальная собственность» понимаются патентные права, права на товарный знак, авторские права и т.п.<sup>56</sup>

В литературе подчеркивалась неадекватность установления юрисдикции на основе критерия «место причинения вреда» применительно к спорам в сфере интеллектуальной собственности<sup>57</sup>. К основным недостаткам данного критерия был отнесен территориальный характер интеллектуальной собственности. До внесения изменений в процессуальное законодательство японские суды строго не придерживались критерия установления юрисдикции суда на основе места причинения вреда, предусмотренного в качестве разграничения компетенции отечественных судов. В 1996 г. Верховный суд разработал определенный алгоритм при принятии судом решения о своей юрисдикции в отношении дела с участием иностранных лиц, который отличается от положений процессуального законодательства. В соответствии с данным алгоритмом судья решал вопрос о своей юрисдикции в соответствии с трехступенчатым тестом, который включал в себя: 1) сложившиеся прецеденты, 2) основания, предусмотренные в гражданском процессуальном кодексе,

<sup>55</sup> Judgment on November 11th 1996, *Minshu* Vol. 51. No. 10. P. 4055.

<sup>56</sup> *Takahashi K.* Japan's New Act on International Jurisdiction, 2011. Published on Smashwords. (<https://www.smashwords.com/books/view/81536#download>).

<sup>57</sup> *Kono T.* Enforcement of Foreign Intellectual Rights in Japan: Jurisdiction and applicable law // CASRIP Publication Series: Rethinking Int'l Intellectual Property. No. 6. 2000. P. 21.

3) учет специфических обстоятельств<sup>58</sup>. Как отмечено в литературе, последний пункт имел более значимую роль в судебной практике, что может быть проиллюстрировано на следующем примере<sup>59</sup>.

Истец — японская корпорация — предъявила ответчику в районный суд Токио требования возместить убытки, вызванные несанкционированным использованием авторских прав. Истец обосновывал юрисдикцию японского суда, основываясь на положениях гражданского процессуального кодекса: Япония являлась местом причинения вреда и местом нахождения имущества. При этом второй критерий юрисдикции — «место нахождения имущества» мог трактоваться как «место возникновения и существования авторских прав». Тем не менее, районный суд Токио посчитал данные основания неубедительными для установления своей юрисдикции.

Если ответчик не domiciliрован в Японии, юрисдикция суда должна быть основана на внутренних процессуальных нормах. При этом даже если одно из юрисдикционных оснований указано в процессуальном кодексе и обосновывает юрисдикцию японского суда, в ней может быть отказано, если имеются специфические обстоятельства, которые вступают в противоречие с принципами справедливости и добросовестности по отношению к сторонам, а также эффективности и быстроты судебного производства. К таким специфическим обстоятельствам суд отнес:

1) все основные действия имели место за пределами Японии. Даже если произведение было создано в Японии, его использование за пределами Японии должно осуществляться в соответствии с законами об авторском праве соответствующей страны;

2) привлечение иностранного ответчика к судебному разбирательству в Японии представляется затруднительным и вступает в противоречие с принципами справедливости и добросовестности, а также эффективности и быстроты судебного производства<sup>60</sup>.

Таким образом, как видно из данного примера, судья пренебрег первыми двумя критериями, предложенными Верховным судом (обоснование юрисдикции на основе своего собственного усмотрения и гражданского процессуального кодекса), и сразу же обратился к третьему критерию, который в большей степени должен был использоваться в виде исключения — специфические обстоятельства.

Как было указано принятие 19 мая 2011 г. нового Акта, касающихся установления юрисдикции японских судов в отношении дел с участием иностранных лиц, нивелировал предложенные Верховным судом критерии 1996 г. и установил четкие правила международной подсудности в Японии. Между тем жестко формализованные критерии установления международной подсудности не вполне отвечают вызовам современной эпохи.

В условиях возрастающего объема внетерриториальных отношений в сети Интернет основания подсудности не должны быть детерминированы территориальной локализацией материального отношения. Для надлежащего обеспечения правопорядка на своей территории суду необходимо расширять правила международной юрисдикции и за основу брать уже не столько место нахождения ответчика

<sup>58</sup> Judgment on November 11th 1996 // *Minshu*. Vol. 51. No. 10. P. 4055.

<sup>59</sup> *Kono T. Enforcement of Foreign Intellectual Rights in Japan: Jurisdiction and applicable law // CASRIP Publication Series: Rethinking Int'l Intellectual Property*. 2000. № 6. P. 21.

<sup>60</sup> *Kono T. Enforcement of Foreign Intellectual Rights in Japan: Jurisdiction and applicable law // CASRIP Publication Series: Rethinking Int'l Intellectual Property*. 2000. № 6. P. 21.

или физическую связь некоторых элементов правоотношения с государством суда (место нахождения имущества, место причинения вреда и т. д.), а фактическую связь спорного отношения с государством суда. Территориальные привязки в качестве критериев определения компетенции суда теряют свою значимость в силу того, что процессуальное отношение складывается позднее, нежели материальное отношение и субъекты материального отношения могут изменить свою территориальную локализацию. Оценка наличия связи правоотношения с правопорядком государства должна лежать в сфере судебного усмотрения. Данный подход, безусловно, ведет к увеличению роли судов, что вызывает определенные опасения в злоупотреблении судебным усмотрением. Но, как показывает современная практика зарубежных государств, правовая действительность демонстрирует примеры «судейской активности», позволяющие говорить об обозначившейся тенденции признания судебного правотворчества источником права. В связи с этим четкая территориальная локализация юрисдикционных критериев японского Гражданского процессуального кодекса не соответствует современным мировым тенденциям расширения оснований юрисдикции национальных судов.

В законодательстве Российской Федерации четкого разграничения международной юрисдикции государственных судов по спорам, вытекающим из правоотношений в сети Интернет, не предусмотрено. Вместе с тем в Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации (АПК РФ) отражен прогрессивный подход к определению подсудности по делам с участием иностранных лиц, позволяющий российским арбитражным судам считать себя компетентными и в других, кроме перечисленных в ст. 247 случаях, «при наличии тесной связи спорного правоотношения с территорией Российской Федерации».

Из этого можно сделать вывод, что российский законодатель пошел по пути расширения компетенции арбитражных судов, если суд установит тесную, с его точки зрения, связь правоотношения с территорией России. Следует отметить, что именно такие гибкие правила критерия правовой связи при определении международной юрисдикции предоставляют суду возможность оперативного реагирования на изменения, связанные с развитием правоотношений в сети Интернет.

Между тем возникает вопрос, почему критерий «тесной связи» не может применяться как основание для установления подсудности и в отношении дел, не имеющих предпринимательский характер. АПК РФ и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации были приняты фактически одновременно и вряд ли можно допустить, что отсутствие закрепления данного критерия в гражданском процессуальном кодексе является случайным.

Кроме того, в Российской Федерации действуют региональные международные договоры со странами СНГ — Минская конвенция о порядке разрешения семейных, гражданских и уголовных дел 1993 г. и Киевское соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности 1992 г., закрепляющих традиционные критерии международной подсудности, в которых отсутствует критерий тесной связи, установленной в АПК РФ. В этой связи арбитражный суд Российской Федерации, рассматривая спор между субъектами, находящимися в странах — участницах соглашений, будет применять критерии международных договоров, а не прогрессивный критерий тесной связи, установленный в АПК РФ. Данное обстоятельство обуславливает необходимость модификации критериев международной подсудности, установленных в международных договорах.

- Артамонова А.Е. Охрана авторских прав по международному частному и российскому гражданскому законодательству: сравнительно-правовой анализ: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.
- Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: Инфотропик Медиа, 2012.
- Белов А.П. Разрешение внешнеэкономических споров в судебном порядке // Право и экономика. 2001. № 4.
- Дашян М.С. Право информационных магистралей (Law of information highways): вопросы правового регулирования в сфере Интернет. М.: Волтерс Клувер, 2007.
- Евстафьева И.В. Правовое регулирование международного оборота имущественных авторских прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2012.
- Калятин В.О. Право в сфере Интернета. М., 2004.
- Лисицин-Светланов А.Г. Тенденции развития международного гражданского процесса: дис. ... докт. юрид. наук. М., 2002.
- Мамаев А.А. Международная судебная юрисдикция по трансграничным гражданским делам. М., 2008.
- Смирнова К.В. Некоторые особенности применения правила *forum non conveniencie* // Журнал международного частного права. 2008. № 3(61).
- Andre L. Item 6 of the Provisional Agenda. Applicable Law in Copyright Infringement Cases in the Digital Environment // [http://portal.unesco.org/culture/en/files/27402/11189966001digcxiii\\_5\\_e.pdf/digcxiii\\_5\\_e.pdf](http://portal.unesco.org/culture/en/files/27402/11189966001digcxiii_5_e.pdf/digcxiii_5_e.pdf).
- Atkinson-Bonasio A. Intellectual Property in Photographs: Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp. 2011 // <http://www.alicebonasio.com/Research/PDFs/Intellectual%20Property%20in%20Photographs.pdf>.
- Brand R.A. Tort Jurisdiction in a Multilateral Convention: The Lessons of the Due Process Clause and the Brussels Convention. 26 Brook, 1998.
- Darrel C. Menthe. Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces // <http://www.mttl.org/volfour/menthe.html>.
- Dobson K.N. The Originality of Photographs for Purposes of Copyright Law Before and after Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel. Corp. // Florida Coastal Law Review. Vol. X:319. 2009.
- Dogauchi M. Private International Law on Intellectual Property: a Civil Law Overview. WIPO document WIPO/PIL/01/8. Geneva.2001. [http://www.wipo.int/pil-forum/en/documents/doc/pil\\_01\\_8.doc](http://www.wipo.int/pil-forum/en/documents/doc/pil_01_8.doc).
- Doi T. Japanese Copyright Law in the 21<sup>st</sup> Century. Oceana Publications, Inc. Dobbs Ferry, N.Y., 2001.
- Ginsburg J. The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change. Hague Academy of International Law. 1998.
- Hoegle R.L. , Boam C.P. The Internet and Jurisdiction International Principles Emerge but Confrontation Looms // The Journal of World Intellectual Property. 2000. Vol. 3. № 1.

Kono T. Enforcement of Foreign Intellectual Rights in Japan: Jurisdiction and applicable law // CASRIP Publication Series: Rethinking Int'l Intellectual Property. 2000. № 6. P. 21.

McWinney S., Wooden S., McKnown J., Ryan J., Green J. The "Sliding Scale" of Personal Jurisdiction Via the Internet. Dorsey & Whitney, LLP, 2003.

Patry W. Choice of Law and International Copyright // Law Journal Library. 2000. Vol. 48.

Plenter S. Choice of Law Rules for Copyright Infringements in the Global Information Infrastructure: A Never-ending Story? EIPR, 2000.

Takahashi K. Japan's New Act on International Jurisdiction, 2011. Published on Smashwords // <https://www.smashwords.com/books/view/81536#download>

---

## **Conflict of Laws Regulation of Copyright Relations on the Internet (comparing Russia, US and Japan)**

**Terentyeva L.V.**

Department of International Private Law of Kutafin Moscow State Law Academy, associate professor, senior researcher of HSE Laboratory on Information Law, 17, Malaya Ordynka str., Moscow, 119017, Russian Federation.

### **Abstract**

The article shows the major problems of private international law on copyright. General conflict of laws rules provided by Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of 1886 are not sufficient to ensure uniform solutions to the international protection of copyrighted works. As is shown on the example of the USA, Japan and Russia the courts of the countries have a great deal of discretion to decide the applicable law for protection of copyrighted works at the international level. The problems of choice of law in the copyright are aggravated with the development of the Internet and its transnational character and limitation of territorial competence of states. The article reviews the current rules of the applicable law and suggests the most relevant rules in the context of the Internet. The article also includes the critical review of the grounds of the courts' international jurisdiction of the USA, Japan and Russia taking into consideration the copyright infringement on the Internet.

### **Keywords**

Intellectual property, copyright, applicable law, jurisdiction, conflict of law rules

### **References**

Artamonova A.E. *Okhrana avtorskykh prav po mezhdunarodnomu chastnomu i rossiiskomu grazhdanskomu zakonodatel'stvu: sravnitel'no-pravovoy analiz: Diss...*

*kand. Jurid. Nauk.* [Copyright protection under international private and Russian civil legislation: a comparative analysis. Dissertation of candidate of juridical science]. Moscow, 2005

Asoskov A.V. *Kollizionnoe regulirovanie dogovornykh obyazatel'stv* [Conflict of laws regulation of contractual obligations]. Moscow, Infotropic Media, 2012, 264 p.

Belov A.P. Razreshenie vneshneekonomicheskikh sporov v sudebnom poryadke [Resolution of foreign trade disputes in court]. *Pravo i ekonomika — Law and economics*, 2001, no. 4, p.32.

Dashyan M.S. *Pravo informatsionnykh magistraley* [Law of information highways]. Moscow, Volters Kluwer, 2007, p. 39.

Evstafieva I.V. *Pravovoe regulirovanie mezhdunarodnogo oborota imishestvennykh avtorskikh prav. Avtoref. Diss. ... kand yurid. Nauk* [Legal regulation of international turnover of proprietary copyright. Summary of candidate of juridical science dissertation]. Saratov, 2012, p. 5.

Kalyatin V.O. *Pravo v sfere Interneta* [Law in the area of Internet]. Moscow, 2004, p. 79

Lisitsin-Svetlanov A.G. *Tendentsii razvitiya mezhdunarodnogo grazhdanskogo protsessa: Diss. doct. Yurid. nauk.* [Trends in the development of international civil process. Dr. jurid. Sci. Diss.]. Moscow, 2002, 150 p.

Mamaev A.A. *Mezhdunarodnaya sudebnaya yurisdiksiya po transgranichnym grazhdanskim delam* [International judicial jurisdiction on transborder civil cases]. Moscow, 2008, p. 24.

Smirnova K.V. Nekotorye osobennosti primeneniya pravila forum non convenience [Some features of applying *forum non convenience* principle]. *Zhurnal mezhdunarodnogo chastnogo prava — Journal of international private law*, 2008 no 3 (61), pp. 5–12.

Andre L. Item 6 of the Provisional Agenda. Applicable Law in Copyright Infringement Cases in the Digital Environment // [http://portal.unesco.org/culture/en/files/27402/11189966001digcxiii\\_5\\_e.pdf/digcxiii\\_5\\_e.pdf](http://portal.unesco.org/culture/en/files/27402/11189966001digcxiii_5_e.pdf/digcxiii_5_e.pdf).

Atkinson-Bonasio A. Intellectual Property in Photographs: Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp. 2011 // <http://www.alicebonasio.com/Research/PDFs/Intellectual%20Property%20in%20Photographs.pdf>.

Brand R.A. Tort Jurisdiction in a Multilateral Convention: The Lessons of the Due Process Clause and the Brussels Convention. 26 Brook, 1998.

Darrel C. Menthe. Jurisdiction in Cyberspace: A theory of international spaces // <http://www.mttl.org/volfour/menthe.html>.

Dobson K.N. The Originality of Photographs for Purposes of Copyright Law Before and after Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel. Corp. // *Florida Coastal Law Review*. Vol. X:319. 2009. P. 44—69.

Dogauchi M. Private International Law on Intellectual Property: a Civil Law Overview. WIPO document WIPO/PIL/01/8. Geneva.2001. [http://www.wipo.int/pilforum/en/documents/doc/pil\\_01\\_8.doc](http://www.wipo.int/pilforum/en/documents/doc/pil_01_8.doc).

Doi T. Japanese Copyright Law in the 21<sup>st</sup> Century. Oceana Publications, Inc Dobbs Ferry, N.Y., 2001. P. 46.

Ginsburg J. The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change // Hague Academy of International Law. 1998. P. 99.

Hoegle R.L., Boam C.P. The Internet and Jurisdiction International Principles Emerge but Confrontation Looms // The Journal of World Intellectual Property. 2000. Vol. 3. No. 1. P. 43.

Kono T. Enforcement of Foreign Intellectual Rights in Japan: Jurisdiction and applicable law. CASRIP Publication Series: Rethinking Int'l Intellectual Property No. 6, 2000. P. 21.

McWinney S., Wooden S., McKnown J., Ryan J., Green J. The "Sliding Scale" of Personal Jurisdiction Via the Internet // Dorsey & Whitney, LLP. 2003. P.101.

Patry W. Choice of Law and International Copyright. Law Journal Library. 2000. Vol. 48. p. 383-470.

Plenter S. Choice of Law Rules for Copyright Infringements in the Global Information Infrastructure: A Never-ending Story? EIPR 2000. P. 313—320.

Takahashi K. Japan's New Act on International Jurisdiction, 2011. Published on Smashwords. (<https://www.smashwords.com/books/view/81536#download>).

**Е.П. Иванова**

ведущий юристконсульт  
ГТК «Телеканал «Россия»

**А.Г. Серго**

Профессор кафедры «Авторского права, смежных прав и частноправовых дисциплин» Российской государственной академии интеллектуальной собственности, доктор юридических наук

# Борьба с пиратством в сети Интернет

*Статья содержит обзор правовых проблем, возникающих при охране и защите авторских прав на произведения, размещенные в сети Интернет, а также обобщает подходы, направленные на решение этих проблем. Материал основан как на анализе существующих теоретических правовых подходов к решению данных вопросов, так и на судебной практике, сформировавшей к настоящему времени свою позицию по некоторым из рассматриваемых вопросов.*

**Ключевые слова:** авторское право, правообладатель, Интернет, интернет-провайдер, контент-провайдер, магистральный провайдер, торрент, администратор домена, арбитражный суд.

В Окинавской хартии Глобального информационного общества, подписанной Президентом Российской Федерации 22 июля 2000 г., указано, что информационно-коммуникационные технологии являются одним из наиболее важных факторов, влияющих на формирование общества XXI в. Защита прав интеллектуальной собственности на информационные технологии признана важным фактором в деле продвижения нововведений, связанных с информационными технологиями, развития конкуренции и широкого внедрения новых технологий.

Широкое развитие информационных технологий и глобальной сети Интернет подняло проблему пиратства до невиданных ранее высот. Согласно исследованию, проведенному аналитической компанией IDC, самым популярным источником пиратского контента оказался Интернет: оттуда софт скачивают в 46% случаев, тогда как, например, на рынке или у знакомых его приобретают в 25 и 18% случаев. Исследование проводилось с декабря 2012 г. по февраль 2013 г. в 10 странах, включая Россию<sup>1</sup>.

Предоставляемая интернет-провайдерами, администраторами и владельцами доменов возможность размещать объекты интеллектуальной собственности (программы, музыкальные, литературные и иные произведения) в сети и скачивать их с ресурсов по всему миру лишает правообладателей существенной доли дохода. Общая сумма прямого ущерба для российских компаний при использовании пиратских программ — 4 млрд долл., а потенциальный ущерб от потери данных — 14 млрд долл.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> [http://www.vedomosti.ru/tech/news/10275361/rasplata\\_zh\\_piratstvo#ixzz2O9VOMHcx](http://www.vedomosti.ru/tech/news/10275361/rasplata_zh_piratstvo#ixzz2O9VOMHcx)

<sup>2</sup> Там же.

Российское и международное законодательство в этой сфере немногочисленно, но достаточно эффективно. Основными документами, регулирующими отношения авторов охраняемых произведений в сети Интернет на международном уровне, являются:

- 1) Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений, подписанная 9 сентября 1886 г.;
- 2) Всемирная конвенция об авторском праве, принятая в Женеве 6 сентября 1952 г.;
- 3) Договор ВОИС по авторскому праву 1996 г.;
- 4) Директива 2001/29/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского союза «О гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе» от 22 мая 2001 г.

Проблема незаконного использования контента является общемировой, но в России она особенно актуальна, так как законодательная база находится в стадии активного развития. Факторы внутреннего и внешнего характера (необходимость привести законодательство в соответствие с постоянно развивающимися потребностями общества и требованиями международного права, унифицировать его с международными нормами и гарантиями) стали одним из стимулов для разработки и принятия части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), которая консолидировала ранее существовавшее гражданское законодательство в сфере интеллектуальной собственности.

Несмотря на суровость санкций в сфере нарушения авторских прав, отсутствие уверенности в неотвратимости наказания способствует многочисленным нарушениям. Действующим законодательством Российской Федерации установлена уголовная, административная и гражданско-правовая ответственность за нарушение прав авторов и иных правообладателей.

Статьей 146 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) предусмотрена ответственность за незаконное использование объектов авторского права или смежных прав, а равно приобретение, хранение, перевозку контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта, совершенные в крупном размере (свыше 100 тыс. руб.) (ч. 2), либо совершенные группой лиц по предварительному сговору или организованной группой, либо в особо крупном размере (свыше 1 млн руб.), либо лицом с использованием своего служебного положения (ч. 3).

С конца 2011 г. произошла частичная декриминализация ст. 146 УК РФ, которая выразилась в увеличении минимальной суммы, достижение которой необходимо для признания преступления совершенным в крупном и в особо крупном размерах (ранее таковыми считались 50 и 250 тыс. руб.). В результате приблизительно 40% нарушений авторских прав перестали быть уголовно наказуемыми деяниями<sup>3</sup>. С формальной точки зрения следствием этого стало уменьшение абсолютного количества расследуемых уголовных дел по данному составу преступления (положительная динамика по данным МВД России). Однако оценка специалистами столь существенного повышения размера деяния неоднозначна: по информации, приведенной Некоммерческим партнерством поставщиков программных продуктов, по результатам 2012 г. уровень пиратства прекратил снижение. Негативные

<sup>3</sup> Компьютерное пиратство: методы и средства борьбы: метод. пособие. 23-е изд., с изм. и доп. М.: НППП, 2013.

последствия для правовой защищенности объектов авторского права можно было бы уменьшить одновременным симметричным усилением административной ответственности, но этого пока не произошло.

Вопрос недостаточности размеров санкций для предотвращения нарушения авторских прав неоднократно являлся предметом обсуждений специалистов. В частности, необходимость повышения размера административных штрафов до превентивного уровня включена в число основных действий, направленных на усиление степени защиты интеллектуальной собственности, сформулированных в Плане совместных действий США и России по защите интеллектуальной собственности<sup>4</sup>.

В текущем варианте административная ответственность установлена ч. 1 ст. 7.12 и ч. 2 ст. 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ):

- ввоз, продажа, сдача в прокат или иное незаконное использование экземпляров произведений в целях извлечения дохода в случаях, если экземпляры произведений или фонограмм являются контрафактными, а равно иное нарушение авторских и смежных прав в целях извлечения дохода (п. 1 ст. 7.12 КоАП РФ). Санкция данной статьи предполагает наложение административного штрафа в размере от полутора до двух с половиной тысяч рублей — на граждан; от 10 до 20 тыс. руб. — на должностных лиц и от 30 до 40 тыс. руб. — на юридических лиц (с конфискацией);
- недобросовестная конкуренция, выразившаяся во введении в оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, средств индивидуализации продукции, работ, услуг (ч. 2 ст. 14.33 КоАП РФ). Совершение данного правонарушения влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере 20 тыс. руб. либо дисквалификацию на срок до трех лет; на юридических лиц — от 1/100 до 15/100 размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено правонарушение, но не менее 100 тыс. руб.

Фактически размеры санкций за совершение правонарушения по указанным статьям существенно ниже выгоды, которую извлекают правонарушители из незаконного использования произведений. В результате такого несоответствия риск привлечения к административной ответственности не имеет превентивного характера и не удерживает нарушителей от совершения деяния.

Наиболее эффективные санкции в области защиты нарушенных авторских прав сегодня находятся в гражданско-правовой сфере. Общие принципы гражданско-правовой ответственности за нарушение прав авторов установлены в ст. 1250 ГК РФ, защита личных неимущественных прав — в ст. 1251 ГК РФ, исключительных прав — в ст. 1252 ГК РФ. Новеллой части четвертой ГК РФ является норма, предусматривающая ликвидацию юридического лица или прекращение деятельности индивидуального предпринимателя в случае неоднократного или грубого нарушения исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности или на средства индивидуализации (ст. 1253 ГК РФ). Границы материальной ответственности предусмотрены в ст. 1301 ГК РФ — от 10 тыс. до 5 млн руб. по усмотрению суда либо в двукратном размере стоимости экземпляров произведения/права использования произведения. По смыслу статьи в совокупности с нормой п. 3

---

<sup>4</sup> <http://issuu.com/ekaterinaorlova/docs/actplan>

ст. 1252 ГК РФ компенсация может быть потребована за каждый случай неправомерного использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации либо за допущенное правонарушение в целом.

В целях повышения эффективности борьбы с «пиратством» предлагаются самые разные инициативы. Так, 29 мая 2013 г. Комитет Государственной Думы по культуре выступил с инициативой ввести уголовную ответственность за осуществление незаконной записи аудиовизуального произведения при его публичном показе. Санкция статьи предполагает наложения штрафа (до 200 тыс. руб. или в размере дохода осужденного за период до 18 месяцев), привлечение к выполнению обязательных работ (до 480 часов), исправительных работ (до одного года), либо ареста (сроком до шести месяцев), либо лишения свободы (на срок до двух лет).

25 июня 2013 г. Комитет Государственной Думы по конституционному законодательству и государственному строительству внес на рассмотрение законопроект о включении в КоАП РФ новой нормы — ст. 13.29 «Непринятие мер по ограничению доступа к информационным ресурсам, распространяющим информацию с нарушением интеллектуальных прав», диспозиция которой предлагает привлекать к административной ответственности информационных посредников, не принявших меры для удаления информации и (или) ограничения доступа к информационным ресурсам. Предполагаемая санкция выражается в наложении административного штрафа в размере пяти тысяч рублей для физических лиц, 50 тыс. руб. для должностных лиц, и от 300 тысяч до одного миллиона рублей — для юридических лиц.

Важным этапом в деле борьбы с интернет-пиратством могло стать принятие долгожданных поправок в ч. IV ГК РФ. Законопроект № 47538-6, предполагавший внесение изменений сразу во все четыре части ГК РФ, был принят в первом чтении 27 апреля 2012 г.

Комитетом Государственной Думы по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству была подготовлена редакция для второго чтения. Однако дальнейшее движение законопроекта было приостановлено, и полгода спустя Государственная дума издала постановление № 1150-6 ГД от 16 ноября 2012 г. о рассмотрении и принятии отдельных положений указанного проекта в качестве самостоятельных законопроектов. Таким образом, поправки в ч. IV ГК РФ не будут приняты в рамках единого документа, а размываются во времени.

Некоторые из таких законопроектов, в частности касающиеся внесения изменений в часть первую и ст. 1153 ГК РФ, уже приняты (Федеральный закон от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ и Федеральный закон от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ).

Особое внимание следует обратить на принятый 2 июля 2013 г. Федеральный закон № 187-ФЗ, регулирующий некоторые вопросы защиты интеллектуальной собственности в сети Интернет и иных информационно-телекоммуникационных сетях. Он дополняет ч. IV ГК РФ ст. 1253.1, касающейся особенностей ответственности информационного посредника.

Увы, с 2000 г. России так и не удалось вплотную приблизиться к идеалам Окинавской хартии и выстроить эффективную систему защиты прав авторов. Интернет-пиратство сохраняет устойчивые организованные формы. «Современные «компьютерные пираты» активно используют пробелы национального законодательства и создают новые технологические способы распространения объектов интеллектуальной собственности в сети Интернет»<sup>5</sup>. Ярким примером такой адап-

<sup>5</sup> Паламарчук А.В. Защита исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности в сети Интернет // Законность. 2010. № 7. С. 16–18.

тации является широкое распространение пиринговых сетей (от англ. peer-to-peer, P2P — равный к равному), в том числе торрент-трекеров, сетей ED2K и др., законность которых является дискуссионным вопросом мирового масштаба. Некоторые из социальных сетей предоставляют своим пользователям неограниченный доступ к объектам интеллектуальной собственности, загруженным в сеть другими пользователями. При использовании произведений в сети Интернет особое значение приобретает право автора на имя: нередко многочисленные скачивания приводят к потере имени автора и знака охраны<sup>6</sup>.

Таким образом, очевидно, что сегодня отношения правообладателей и потребителей нельзя назвать гармоничными — между этими двумя группами существует явный диссонанс: пользователи получают доступ к объектам интеллектуальной собственности без выплаты лицензионного вознаграждения. Правообладатели, в свою очередь, расценивают это как нанесение вреда их законным интересам и пытаются всеми способами ограничить несанкционированный доступ к принадлежащим им объектам.

С одной стороны, интересы правообладателей нуждаются в защите — одним из способов защиты является предъявление требований к владельцам торрент-трекеров. В мировой судебной практике уже существует пример подобного иска — знаменитый «spectrial» (комбинация слов «спектакль» (англ. spectacle) и «судебный процесс» (англ. trial)) — процесс против четырех создателей крупнейшего в мире BitTorrent-трекера The Pirate Bay (Швеция). 17 апреля 2009 г. Стокгольмский окружной суд признал подсудимых виновными и приговорил их к одному году тюремного заключения с выплатой штрафа в размере 2,7 миллиона евро. Большинство шведских судебных экспертов считало, что суд признает обвиняемых виновными, однако они были удивлены строгостью приговора. В обществе также было распространено мнение, что приговор будет изменен в сторону смягчения в судах высших инстанций. Адвокаты осужденных вовсе настаивали на невинности своих подзащитных и подали апелляцию на решение суда<sup>7</sup>. 26 ноября 2010 г. был оглашен вердикт апелляционной инстанции: суд отметил, что «The Pirate Bay в известной степени способствовал нелегальному обмену данными, что повлекло за собой уголовную ответственность для тех лиц, которые запускали ресурс»<sup>8</sup>. Согласно вердикту сроки тюремного заключения для трех обвиняемых были сокращены, а размер штрафа существенно увеличен. Аналогичные иски к владельцам торрент-трекеров есть и в нашей стране, однако пока ни один из них не имеет окончательного судебного решения.

С другой стороны, несмотря на высокую активность правообладателей в борьбе с нелегальным распространением их произведений, нельзя забывать и про законные права пользователей: в современном обществе существует интерес и объективная необходимость в постоянном обмене информацией.

<sup>6</sup> Данилина И.В. Информационные отношения в сети Интернет по поводу объектов авторских прав. Законы России: опыт, анализ, практика. 2010. № 4 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>7</sup> Судебный процесс над основателями The Pirate Bay // [http://ru.wikipedia.org/wiki/%D1%F3%E4%E5%E1%ED%FB%E9\\_%EF%F0%EE%F6%E5%F1%F1\\_%ED%E0%E4\\_The\\_Pirate\\_Bay#cite\\_note-20](http://ru.wikipedia.org/wiki/%D1%F3%E4%E5%E1%ED%FB%E9_%EF%F0%EE%F6%E5%F1%F1_%ED%E0%E4_The_Pirate_Bay#cite_note-20) (по состоянию на 16.04.2011 г.)

<sup>8</sup> The Pirate Bay trial // <http://en.wikipedia.org/wiki/Spectrial> (перевод с англ. яз. по состоянию на 16 апреля 2011 г.)

Пункт 4 ст. 29 Конституции Российской Федерации устанавливает право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом. Необходимость обеспечения свободы получения информации закреплена также и в нормах ГК РФ: п. 1 ст. 1274 допускает без согласия автора и иного правообладателя и без выплаты вознаграждения, но с обязательным указанием имен автора, произведение которого используется, и источника заимствования, цитирование в оригинале и в переводе в научных, полемических/критических или информационных целях правомерно обнародованных произведений в объеме, оправданном целью цитирования. В целях облегчения обмена и распространения информации создана сеть Интернет. Нарушение данного принципа противоречит самой сути глобальной Сети<sup>9</sup>.

Одним из общепризнанных плюсов свободного распространения контента в сети Интернет является возможность так называемой «раскрутки» молодых авторов и исполнителей и популяризации их интеллектуальной продукции, что впоследствии предоставляет возможность получения дохода. В России первым ярким примером медиа-раскрутки через сеть Интернет является Музыкальный коллектив Петра Налича, видеоклип песни которого набрал рекордное количество просмотров в российском youtube, сделав коллектив популярным по всей стране.

Более того, есть точки зрения, согласно которым существование пиринговых сетей и других файлообменных ресурсов нельзя однозначно назвать вредоносным для правообладателей: к примеру, детальные исследования влияния Интернет-пиратства на рынок контента, проведенные в Гарвардском университете в 2010 году, привели к интересным выводам:

- снижение продаж на рынке музыки зависит от активности пиринговых сетей не более, чем на 20%;
- пиринговые сети увеличивают спрос на живую музыку и цену на билеты.

Ранее Правительство Канады пришло к выводу, что пиринговые сети не уменьшают, а увеличивают продажу музыки. Каждые 12 скаченных песен увеличивают продажи на 0,44 CD (2007 год). К аналогичному выводу привели результаты исследования Норвежской школы менеджмента BI 2009 г.: была выявлена следующая зависимость — те, кто больше скачивают бесплатной музыки, и больше покупают музыку (в среднем в два раза)<sup>10</sup>.

На практике существующее разнообразие подходов, связанных с решением правовых проблем использования в сети Интернет произведений, охраняемых авторским правом, сводится к трем основным подходам:

- 1) охрана авторских и смежных прав в Интернете нецелесообразна вообще;
- 2) охрана авторских и смежных прав в Интернете традиционными правовыми способами невозможна. Необходимо создать принципиально новый правовой аппарат для решения проблемы;
- 3) охрана авторских и смежных прав в Интернете традиционными способами необходима и возможна путем внесения соответствующих изменений в действующее законодательство<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Серб-Сербин Р. Незаконное распространение контента в сети: ищем правых и виноватых // URL: [http://www.infosud.ru/judicial\\_analyst/20101227/251430986.html](http://www.infosud.ru/judicial_analyst/20101227/251430986.html) (по состоянию на 6 апреля 2011 г.)

<sup>10</sup> Войничанис Е. Вознаграждение в форме «неналогового платежа» // XII Международная конференция «Право и Интернет», Москва, 19.11.2010.

<sup>11</sup> Гришаев С.П. Интеллектуальная собственность // СПС «Гарант».

Сегодня большинство специалистов придерживаются последней точки зрения. Подтверждает это и практика: правообладатели все чаще прибегают к возможностям судебной системы для защиты своих прав.

Однако в теории и практике существуют разные воззрения на проблему определения лиц, ответственных за незаконное использование контента в сети Интернет. Даже судебная практика не выработала единой позиции.

На наш взгляд, вопрос, на кого надо возлагать ответственность за незаконное использование контента: на провайдеров, владельцев доменов или конечных пользователей является весьма неоднозначным. К примеру, скачивая свободно размещенный в сети Интернет контент от неизвестного источника, пользователи, возможно, нарушают закон. С другой стороны, можно сказать, что они поставлены в некую безвыходную ситуацию, так как индустрия распространения контента пока не предоставила им законную и *достаточную* альтернативу — взаимовыгодные варианты сотрудничества, при которых пользователи могли бы свободно, просто и за разумное вознаграждение получать контент, удовлетворяя свою потребность в обмене информацией. Как сообщает интернет-издание Infox.ru: «Данные интернет-опросов свидетельствуют, что значительная часть пользователей даже в России уже сейчас готова платить за скачивание файла, если сумма окажется разумной»<sup>12</sup>. К аналогичному выводу привели и исследования, проведенные Фондом «Общественное мнение» в 2011 г.: четверть россиян готовы платить за контент при условии разумности цены<sup>13</sup>.

Отправной точкой в вопросе привлечения к ответственности провайдеров можно считать правовую позицию, выраженную Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации в 2008 году по спору между ООО «Контент и право» (обладатель исключительных прав на использование и распоряжение некоторыми музыкальными произведениями) и ЗАО «Мастерхост», которое оказывало услуги хостинг-провайдера владельцам сайта [www.zausev.net](http://www.zausev.net). Президиум ВАС России пришел к выводу, что провайдер не несет ответственности за передаваемую информацию, если он не инициирует ее передачу, не выбирает получателя информации и не влияет на целостность передаваемой информации. При этом следует принять во внимание превентивные меры по пресечению нарушений с использованием предоставленных провайдером услуг, предусмотренные договорами, заключенными им со своими клиентами<sup>14</sup>. Со ссылкой на постановление Президиума ВАС России, Федеральный арбитражный суд Центрального округа, разрешая схожий по сути спор по иску ООО «Топ 7» к ООО «Компьютерные технологии» (предметом спора являлось размещение на сайте [www.izumrud.brk.ru](http://www.izumrud.brk.ru) фотографического произведения, права на которые принадлежали истцу), не согласился с выводами первых двух инстанций и требования истца не удовлетворил<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Макряшина А., Костырев В. Интернет-пиратство приведет к сокращению 1,2 млн рабочих мест к 2015 году // URL: [http://www.infox.ru/hi-tech/internet/2010/03/18/Intyernyet\\_piratstvo.phtml](http://www.infox.ru/hi-tech/internet/2010/03/18/Intyernyet_piratstvo.phtml) (по состоянию на 6 апреля 2011 г.)

<sup>13</sup> URL: <http://www.fom.ru>

<sup>14</sup> Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23 декабря 2008 г. № 10962/08.

<sup>15</sup> Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 11 февраля 2011 г. по делу №А09-3432/10.

Вместе с тем, не следует полагать, что провайдер может бездействовать в случаях нарушения авторских прав, даже если он только осуществляет оказание услуг связи. Согласно п. 23 совместного постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 26 марта 2009 г. № 5/29 в силу п. 3 ст. 1250 ГК РФ отсутствие вины нарушителя не освобождает его от обязанности прекратить нарушение интеллектуальных прав, а также не исключает применения в отношении нарушителя мер, направленных на защиту таких прав. Указанное правило подлежит применению к способам защиты соответствующих прав, не относящимся к мерам ответственности. Ответственность за нарушение интеллектуальных прав (взыскание компенсации, возмещение убытков) наступает применительно к ст. 401 ГК РФ<sup>16</sup>. Так, провайдер или владелец сайта с контентом, создаваемым или загружаемым пользователями, будет нести ответственность, если он был уведомлен правообладателем о нарушении, но ничего не предпринял для его устранения (именно по этому пути идет зарубежная практика)<sup>17</sup>.

На сегодняшний день законодатель пошел дальше и прямо установил критерий наличия вины провайдера, необходимой для привлечения его к ответственности за нарушение интеллектуальных прав. Согласно п. 1 ст. 1253.1 ГК РФ информационный посредник несет ответственность за нарушение интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационной сети на общих основаниях, предусмотренных ГК РФ, при наличии вины. Также статья содержит основания, при наличии которых с информационного посредника снимается вина за нарушение интеллектуальных прав.

Пункт 2 ст. 1253.1 устанавливает иммунитет магистральных провайдеров (операторов связи): информационный посредник, осуществляющий передачу материала в информационно-телекоммуникационной сети, не несет ответственности за нарушение интеллектуальных прав, произошедшее в результате этой передачи, при одновременном соблюдении следующих условий:

- 1) он не является инициатором такой передачи и не определяет получателя указанного материала;
- 2) он не изменяет указанный материал при оказании услуг связи, за исключением изменений, осуществляемых для обеспечения технологического процесса передачи материала;
- 3) он не знал и не должен был знать, что использование соответствующего результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации лицом, инициировавшим передачу материала, содержащего результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, является неправомерным.

Норма п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ предусматривает иммунитет хостинг-провайдера: информационный посредник, предоставляющий возможность размещения материала в информационно-телекоммуникационной сети, не несет ответственности за нарушение интеллектуальных прав, произошедшее в результате размещения в информационно-телекоммуникационной сети материала третьим лицом или по

<sup>16</sup> Совместное постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 26 марта 2009 г. №5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

<sup>17</sup> Правовые проблемы права интеллектуальной собственности: матер. круглого стола. Филиал МГЮА им. О.Е. Кутафина в г. Вологде, 2010 г.

его указанию, при одновременном соблюдении информационным посредником следующих условий:

1) он не знал и не должен был знать, что использование соответствующих результатов интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, содержащихся в таком материале, является неправомерным;

2) он в случае получения в письменной форме заявления правообладателя о нарушении интеллектуальных прав с указанием страницы сайта и (или) сетевого адреса в сети Интернет, на которых размещен такой материал, своевременно принял необходимые и достаточные меры для прекращения нарушения интеллектуальных прав. Перечень необходимых и достаточных мер и порядок их осуществления могут быть установлены законом.

Судьба ст. 1253.1 ГК РФ достаточно интересна: ее введение в текст ч. IV ГК РФ было предусмотрено упомянутым ранее законопроектом № 47538-6 о внесении изменений во все четыре части ГК РФ. При этом в редакции законопроекта, принятой в первом чтении, присутствовал критерий наличия вины информационного посредника — магистрального провайдера (п. 2). В редакции, подготовленной ко второму чтению, данной критерий был исключен. Как видно, в результате законодатель предпочел подход, предложенный в первом чтении.

Следующим лицом, наиболее часто привлекаемым к ответственности за нарушение авторских прав, является администратор (владелец) доменного имени. По вопросу привлечения к ответственности владельцев доменов существуют две основные позиции. Первая защищает интересы владельцев доменов, оправдывая факт наличия на их ресурсах незаконного контента презумпцией добросовестности размещения контента пользователями на интернет-ресурсе и большим потоком загружаемых и скачиваемых данных. Во многих случаях контент размещается непосредственно пользователем, а владелец ресурса предоставляет лишь «площадку», т.е. возможность для такого размещения<sup>18</sup>. В некоторых случаях суды также встают на сторону владельцев домена. К примеру, ФАС Западно-Сибирского округа поддержал правовую позицию ООО «В Контакте» (владельца домена [www.vkontakte.ru](http://www.vkontakte.ru)) в разбирательстве по иску ВГТРК о незаконном использовании аудиовизуального произведения: «Невозможность профильтровать с целью предотвращения нарушения авторских прав всю информацию, размещенную на упомянутом социальном сайте... обусловлена огромным количеством пользователей сайта, техническими возможностями изменения информации каждым из этих пользователей в очень короткий период времени»<sup>19</sup>.

Вторая позиция исходит из того, что владельцы доменов должны нести ответственность за незаконно размещенный контент даже в случаях, когда размещение не было осуществлено непосредственно ими. В споре, аналогичном рассмотренному выше, ФАС Московского округа возложил ответственность за незаконное использование аудиовизуального произведения на ответчика — ООО «Рамблер Интернет Холдинг» (администратора домена [www.rambler.ru](http://www.rambler.ru)): «Довод заявителя жалобы о том, что он не является надлежащим ответчиком по настоящему делу, необоснован при наличии установленных судом обстоятельств, что ООО «Рам-

---

<sup>18</sup> Серб-Сербин Р. Указ. соч.

<sup>19</sup> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 25 октября 2010 г. № Ф07-10112/2010 по делу № А56-44999/2008.

блер Интернет Холдинг» является администратором домена, расположенного в сети Интернет по адресу: [www.rambler.ru](http://www.rambler.ru).; владельцем сервиса, имеющего право без предупреждения удалять видеоматериалы и комментарии, нарушающие условия регламента, и блокировать доступ пользователя к сервису; аудиовизуальное произведение «Капитал» размещено на сайте ответчика»<sup>20</sup>. Суд постановил взыскать с ответчика компенсацию в размере 50 тыс. руб., а также расходы по оплате государственной пошлины.

Приведенные примеры споров (ВГТРК и ВКонтакте, ПМИ и Рамблер) иллюстрируют противоречивость существующей судебной практики и выбраны не случайно — на наш взгляд, в их основу положены аналогичные ситуации нарушения авторского права:

- в обоих случаях предметом спора является нарушение авторского права на аудиовизуальное произведение (художественный фильм и музыкальный клип);
- оба ресурса, которыми владеют ответчики, предоставляют пользователям широкие возможности доступа к контенту;
- на обоих ресурсах размещены пользовательские соглашения («Правила пользования сайтом ВКонтакте.ру. Пользовательское соглашение» и «Регламент сервиса RamblerVision»), предусматривающие ограничение прав пользователей по загрузке информации и право администратора домена в любой момент прекратить предоставление услуг сервиса пользователю в случае, если содержание личного раздела пользователя нарушает авторские права третьих лиц;
- администраторы доменов фактически не проводили меры по выявлению случаев нарушения авторского права размещенными на принадлежащих им доменах материалами;
- в ходе судебного разбирательства и ООО «В Контакте», и ООО «Рамблер Интернет Холдинг» в защиту своей позиции, в частности, ссылались, что правообладатели не направляли писем с предупреждениями и требованиями прекратить размещение спорных материалов. При этом ФАС Московского округа дал правовую оценку указанному доводу ответчика — администратора домена: «Также не обоснована ссылка ООО «Рамблер Интернет Холдинг» на отсутствие в деле доказательств, подтверждающих направление истцом ответчику писем с требованием прекратить размещение в сети Интернет видеоклипа «Капитал», поскольку направление такого письма не является обязательным при рассмотрении спора о нарушении исключительных прав на произведение».

Интересно отметить, что суды Московского округа в спорах, связанных с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности, чаще занимают сторону истцов-правообладателей. Так, постановлением от 24 февраля 2011 г. по делу № А40-16928/10-26-101 Девятый арбитражный апелляционный суд оставил без удовлетворения апелляционные жалобы ООО «Видео.ру холдинг», ООО «Видео разработки» и ЗАО «МАТВИЛ РУС», на которых решением суда первой инстанции (Арбитражного суда г. Москвы) была возложена ответственность за незаконное размещение на сайте [www.video.ru](http://www.video.ru) 12 серий телевизионного фильма «Братья детективы», правообладателем которого является ЗАО «Всемирные Русские Студии» (истец). В обоснование своей позиции суды указали, что «ООО «Видео.ру холдинг»,

<sup>20</sup> Постановление ФАС Московского округа от 11 мая 2010 г. № КГ-А40/3891-10 по делу № А40-89751/08-51-773.

является администратором доменного имени video.ru согласно п. 1 Регламента доменной зоны «.ru», утвержденного ЗАО «Региональный Сетевой Информационный Центр». «Администратор домена — лицо, на имя которого зарегистрировано доменное имя, несет ответственность за размещение на указанном интернет-сайте. Администратор домена определяет порядок использования домена, несет ответственность за выбор доменного имени, возможные нарушения прав третьих лиц, связанные с выбором и использованием доменного имени, а также несет риск убытков, связанных с такими нарушениями... ООО «Видео.ру холдинг», как владелец сервера, на котором размещен сайт video.ru, как владелец данного сайта и администратор доменного имени, являясь создателем программного обеспечения и сайта с соответствующими технологическими условиями, имеет широкий объем возможностей, позволяющих упорядочить доступ и размещение информации своими пользователями, в том числе по обеспечению должного контроля за размещением информации... ООО «Видео.ру холдинг» не доказало полного отсутствия своей вины в нарушении исключительного права истца на фильм. Вышеуказанная виновность выражается в том, что при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обстановки, ответчик не предпринял всех мер для предотвращения нарушения исключительного права истца»<sup>21</sup>. «Довод ЗАО «МАТВИЛ РУС» об отсутствии вины ответчиков в нарушении исключительных прав истца не принимается, поскольку ответчиками осуществлены умышленные действия по размещению аудиовизуального произведения — телевизионного фильма «Братья детективы» для всеобщего доступа»<sup>22</sup>. Общий размер компенсации, подлежащий взысканию с ответчиков, составил 2,4 млн руб.

Разрешая спор по иску ООО «Топ 7», предъявленному к ЗАО «Софткей», ООО «Агава-софт» и ООО «Дигната Медиа», Девятый арбитражный апелляционный суд не принял доводы ООО «Агава-софт», что данная организация является провайдером и не может нести ответственность за передаваемую информацию, если она не иницирует ее передачу, не выбирает получателя информации и не влияет на целостность информации. «Как следует из пункта 3 пользовательского соглашения, представленного ООО «Агава-софт», провайдер имеет возможность удалять файлы, нарушающие требования законодательства РФ, в том числе объекты интеллектуальной собственности, копирование которых запрещено владельцами оригиналов»<sup>23</sup>. На каждого из ответчиков судом была возложена обязанность выплатить истцу компенсацию в размере 210 тыс. руб. (по 10 тыс. руб. за каждый неправомерно использованный результат интеллектуальной деятельности), а также возместить расходы по оплате государственной пошлины и судебные расходы. Федеральный арбитражный суд Московского округа полностью поддержал выводы апелляционной инстанции, оставив постановление суда без изменения<sup>24</sup>. Впоследствии Высший Арбитражный Суд Российской Федерации вернул дело на новое рассмотрение и в иске было полностью отказано.

<sup>21</sup> Решение Арбитражного суда г. Москвы от 30 ноября 2010 г. по делу № А40-16928/10-26-101.

<sup>22</sup> Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 24 февраля 2011 г. по делу № А40-16928/10-26-101.

<sup>23</sup> Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 13 сентября 2010 г. по делу № А40-75669/08-110-609.

<sup>24</sup> Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 27 января 2011 г. по делу № А40-75669/08-110-609.

Противоположные позиции судов позиции представляются обоснованными — каждая по-своему. С одной стороны, защита интересов владельцев сайтов обусловлена колоссальным масштабом осуществляемого на сайтах обмена информацией и объективной невозможностью проконтролировать каждое действие пользователей. С другой стороны, многие правообладатели являются производителями аудиовизуальных произведений и иных результатов интеллектуальной деятельности. Производство медиа-контента — сложный, длительный и достаточно дорогостоящий процесс. При этом предоставление почти неограниченных возможностей загружать и скачивать контент является одним из основных способов монетизации интернет-ресурсов его владельцами, что нельзя назвать корректным по отношению к правообладателям. В своем докладе на конференции «Интернет-пиратство в исполнительских искусствах», проводимой Посольством Великобритании в Москве в 2013 году британский продюсер Alby James заострил внимание на уроне, наносимом интернет-пиратством развитию киноиндустрии, и выразил обоснованное опасение, что в отсутствие эффективных методов борьбы с «пиратством» кинопроизводство из массовой индустрии за несколько десятков лет может перейти в категорию эксклюзивного, дорогостоящего и не широко распространенного вида искусства. Количество производимых полнометражных художественных фильмов и доступ к ним может существенно ограничиться, а кинотеатры превратятся в немногочисленные и дорогостоящие заведения. Очевидно, что такие изменения, обусловленные трудностями возврата денежных средств, затраченных правообладателями на производство кино, негативно скажутся и на интересах массового потребителя<sup>25</sup>. В связи с этим эффективная защита прав является принципиальным вопросом для медиа-производителей, и представители второй позиции, в первую очередь, стремятся защитить российский рынок контента и предотвратить возможный коллапс, при котором производители потеряют интерес к запуску новых проектов.

Если исходить из дефиниции новой ст. 1253.1 ГК РФ (п. 1), к информационным посредникам, на которых может быть возложена ответственность за нарушение интеллектуальных прав, относятся:

- лицо, осуществляющее передачу материала в информационно-телекоммуникационной сети;
- лицо, предоставляющее возможность размещения материала или информации, необходимой для его получения с использованием информационно-телекоммуникационной сети;
- лицо, предоставляющее возможность доступа к материалу в информационно-телекоммуникационной сети.

Помимо субъектов ответственности, перечисленных в п. 1 ст. 1253.1, введена важная норма, которая отсутствовала в предыдущих редакциях: п. 5 предусматривает применение правил ст. 1253.1 в отношении лиц, предоставляющих возможность доступа к материалу или информации, необходимой для его получения с использованием информационно-телекоммуникационной сети. Практика может пойти по пути распространения данной формулировки и на интернет-сайты — в первую очередь на поисковые системы, линк-сайты и сайты с пользовательским

---

<sup>25</sup> *Alby James*. Интернет пиратство — урон развитию киноиндустрии // Материалы Конференции «Интернет пиратство в исполнительских искусствах». Посольство Великобритании в Москве, 18.07.2013 г.

контентом. Таким образом, режим ответственности владельцев сайтов может быть приравнен к режиму ответственности информационных посредников при том, что ранее владельцы сайтов несли ответственность на общих основаниях в качестве нарушителей.

В целом, несмотря на имевшую место несогласованность подходов судов, к 2013 году сформировалась положительная для правообладателей практика рассмотрения споров, связанных с нелегальным использованием контента, особенно в музыкальной индустрии. Из анализа дел последних лет<sup>26</sup> можно выделить ряд универсальных выводов, к которым пришли суды при рассмотрении подобных споров:

1) размещение фонограмм музыкальных произведений на сайте ответчика обеспечивает для неограниченного круга лиц возможность получения доступа к ним в любое время и из любого места по выбору пользователя, с единственным условием прохождения простой регистрации, которая не может считаться ограничением доступа к контенту;

2) простого наличия правил пользования сайтом, содержащих запрет размещения пользователями контрафактного контента, недостаточно для утверждения о проявлении ответчиком должной заботливости и осмотрительности;

3) наличие большого набора технических возможностей сайта, объем, формат и критерии которых определяет именно ответчик как владелец ресурса, позволяют сделать вывод о наличии определенной степени вины владельца ресурса, как в использовании, так и в распространении фонограмм музыкальных произведений в социальной сети без получения согласия правообладателей<sup>27</sup>.

Наибольшего успеха в законодательной защите своих прав сегодня добились правообладатели кино- и телефильмов. Федеральный закон № 187-ФЗ внес изменения в ГК РФ, АПК РФ, ГПК РФ и ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и установил механизм защиты правообладателей аудиовизуальных произведений — фильмов, в том числе кинофильмов и телефильмов.

Речь идет об обеспечении защиты интеллектуальных прав в судебном порядке — установлена возможность введения предварительных обеспечительных мер защиты прав на фильмы. Специализированным судом, уполномоченным рассматривать заявления о принятии предварительных обеспечительных мер, является Московский городской суд (ст. 144.1 ГПК РФ, ст. 28 АПК РФ). Ему как суду первой инстанции подсудны дела, связанных с защитой исключительных прав на фильмы, в том числе кинофильмы и телефильмы, в информационно-телекоммуникационных сетях, по которым им приняты предварительные обеспечительные меры (ч. 3 ст. 26 ГПК РФ).

Из текста закона следует, что для эффективной защиты своих прав изначально правообладатель обращается в Московский городской суд с заявлением о принятии предварительных обеспечительных мер. Затем на основании принятого судом определения правообладатель обращается в Федеральную службу по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роском-

---

<sup>26</sup> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 28 мая 2013 г. № Ф07-2092/2013 по делу № А56-16627/2011; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 12 августа 2011 г. № 09АП-18380/2011 по делу № А40-8199/2011 и пр.

<sup>27</sup> О. Ким. Информационный бюллетень «Гала рекордз», 2012.

надзор), которая в административном порядке принимает меры для ограничения доступа к информационному ресурсу с фильмами или информацией, необходимой для их получения, размещенной без разрешения правообладателя.

К заявлению о принятии предварительных обеспечительных мер правообладатель в обязательном порядке прикладывает:

- документы, подтверждающие факт использования в информационно — телекоммуникационной сети объектов исключительных прав заявителя;
- документы, подтверждающие права заявителя на указанные объекты.

Суд выносит определение, в котором устанавливается срок, не превышающий 15 дней со дня вынесения определения, для подачи искового заявления по требованию, в связи с которым были приняты предварительные меры. Если заявитель не подал исковое заявление в установленный срок, суд принимает определение об отмене предварительного обеспечения.

На основании вступившего в силу судебного акта правообладатель обращается в Роскомнадзор с заявлением о принятии мер по ограничению доступа к ресурсам, распространяющим фильмы и информацию.

Роскомнадзор определяет хостинг-провайдера, обслуживающего владельца сайта в Интернете, на котором размещена информация, нарушающая права заявителя. Затем направляет хостинг-провайдеру в электронном виде уведомление о нарушении исключительных прав. В уведомлении указывается наименование произведения, его автор, правообладатель, доменное имя и сетевой адрес, страницы сайта, содержащие подобную информацию.

В течение одного рабочего дня с момента получения уведомления провайдер хостинга информирует владельца сайта. В течение одного рабочего дня владелец сайта обязан удалить информацию.

Если провайдер хостинга и владелец не удаляют информацию, нарушающую интеллектуальные права заявителя, доменное имя сайта в Интернете, его сетевой адрес, указатели страниц сайта, содержащих подобную информацию направляются по системе взаимодействия операторам связи для принятия мер по ограничению доступа:

- к информационному ресурсу (к сайту в сети Интернет);
- к размещенной на нем информации.

На данный момент нет понимания, насколько эффективно будет работать данная система защиты прав правообладателей фильмов, но существенные проблемы в юридической технике поспешной подготовки федерального закона очевидны и скоро дадут о себе знать.

На наш взгляд, существующий конфликт интересов требует от правообладателей и пользователей (провайдеров, владельцев доменов) предпринять шаги навстречу друг другу. На уровне саморегулирования субъектов некоторые из таких шагов уже сделаны: хорошим примером являются сервисы вроде популярных iTunes, Bookmate, ivi.ru, now.ru, LitRes, с помощью которых за разумную цену, а в некоторых случаях и бесплатно, можно удобно и быстро скачивать музыкальные, текстовые и видеоматериалы. К сожалению, в России так организованных сервисов пока недостаточно.

В мире, особенно в Европе и Северной Америке, все большее распространение получает цифровое телевидение, в частности, вещание высокого разрешения; становятся доступными интернет-телевидение и доставка запрошенного мультимедийного контента до конечного пользователя (pay-per-view, pay-per-download, video on demand и др.).

В России процесс развития альтернативных способов легальной доставки контента и удовлетворения интересов потребителя находится в начальной стадии.

В заключение хотелось бы отметить, что, на наш взгляд, борьба с Интернет-пиратством не может иметь только одну форму — форму установления дополнительных ограничений и ужесточения ответственности для пользователей, владельцев/администраторов доменов и провайдеров. Будучи мерами репрессивного характера, такие ограничения, не сопровождаемые разработкой альтернативных вариантов, не приведут к гармонизации отношений между правообладателями и пользователями.

Основная масса правообладателей, обнародовавших принадлежащие им объекты интеллектуальной собственности, заинтересованы в их активном использовании: этому способствуют причины как психологического характера (субъективное желание автора известить о своем произведении), так и экономического (получение вознаграждения за свой труд). Те правообладатели, которые в принципе не хотят предоставлять доступ к своим произведениям, могут воспользоваться закрепленными в п. 2 и 3 ст. 1255 ГК РФ правами на обнародование и отзыв произведения.

Строгое ограничение способов получения доступа к объектам интеллектуальной собственности не соответствует принципу свободы обращения информации (важно отметить, что согласно позиции ООН, Интернет является ценным средством реализации основных прав человека, в частности, права на информацию), а также во многом лишает правообладателей возможности получить дополнительную прибыль.

Представляется, что оптимальный баланс между интересами правообладателей и пользователей достижим, но только путем принятия взаимных мер, направленных на выработку добросовестных и открытых форм взаимодействия. На наш взгляд, попытка воздействовать только на одну причину возникновения конфликтной ситуации в целях ее разрешения не является достаточной и корректной. Мировой опыт по разработке и внедрению альтернативных способов доставки контента, учитывающих потребности всех участников рынка интернет-контента (интернет-телевидение, мультимедийные сервисы и др.), является одним из первых значимых шагов к достижению баланса интересов правообладателей и пользователей.

В отличие от индустрии мультимедиа, сфера компьютерных технологий быстрее отреагировала на вызов современности и сегодня пользователь может выбрать, какую компьютерную программу ему купить: более или менее функциональную, заплатить за нее деньги или получить ее наполненную рекламой. Пользователям предоставлен легальный выбор: платить или не платить, получать больший или меньший функционал, иметь полноценную версию программы или ограниченную и т.д.

Сегодня уже очевидно, что используемые ранее правообладателями способы монетизации принадлежащих им произведений устарели. Отношения правообладателей и пользователей находятся на этапе неизбежного реформирования, но что это будет — революция или эволюция — зависит от каждого из нас.

Конституция Российской Федерации.

Гражданский кодекс Российской Федерации.

Федеральный закон от 2 июля 2013 г. № 187-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях» (СЗ

РФ. 2013. № 27. Ст. 3479). Совместное постановление Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 26 марта 2009 г. № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23 декабря 2008 г. № 10962/08.

Постановление ФАС Московского округа от 11 мая 2010 г. № КГ-А40/3891-10 по делу № А40-89751/08-51-773.

Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 13 сентября 2010 г. по делу № А40-75669/08-110-609.

Постановление ФАС Северо-Западного округа от 25 октября 2010 г. № Ф07-10112/2010 по делу № А56-44999/2008.

Решение Арбитражного суда г. Москвы от 30 ноября 2010 г. по делу № А40-16928/10-26-101.

Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 27 января 2011 г. по делу № А40-75669/08-110-609.

Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 11 февраля 2011 г. по делу № А09-3432/10.

Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 24 февраля 2011 г. по делу № А40-16928/10-26-101.

Войниканис Е. Вознаграждение в форме «неналогового платежа» / XII Международная конференция «Право и Интернет». Москва, 19.11.2010.

Гришаев С.П. Интеллектуальная собственность // СПС «Гарант».

Данилина И.В. Информационные отношения в сети Интернет по поводу объектов авторских прав // Законы России: опыт, анализ, практика. 2010. № 4 / СПС «Консультант+».

А. Макряшина, В. Костырев. Интернет-пиратство приведет к сокращению 1,2 млн. рабочих мест к 2015 году // URL: [http://www.infox.ru/hi-tech/internet/2010/03/18/Intyernyet\\_piratstvo.phtml](http://www.infox.ru/hi-tech/internet/2010/03/18/Intyernyet_piratstvo.phtml) (по состоянию на 15.08.2013 г.).

Игумнова Е. Авторские и смежные права // ЭЖ-Юрист. 2010. № 24.

Паламарчук А.В. Защита исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности в сети Интернет // Законность. 2010. № 7.

Правовые проблемы права интеллектуальной собственности / Материалы круглого стола. Филиал МГЮА им. О.Е. Кутафина в г. Вологде, 2010 г.

Серб-Сербин Р. Незаконное распространение контента в сети: ищем правых и виноватых // URL: [http://www.infosud.ru/judicial\\_analyst/20101227/251430986.html](http://www.infosud.ru/judicial_analyst/20101227/251430986.html) (по состоянию на 15.08.2013 г.).

Судебный процесс над основателями The Pirate Bay // [http://ru.wikipedia.org/wiki/%D1%F3%E4%E5%E1%ED%FB%E9\\_%EF%F0%EE%F6%E5%F1%F1\\_%ED%E0%E4\\_The\\_Pirate\\_Bay#cite\\_note-20](http://ru.wikipedia.org/wiki/%D1%F3%E4%E5%E1%ED%FB%E9_%EF%F0%EE%F6%E5%F1%F1_%ED%E0%E4_The_Pirate_Bay#cite_note-20) (по состоянию на 15.08.2013 г.)

The Pirate Bay trial // <http://en.wikipedia.org/wiki/Spectral> (по состоянию на 15.08.2013 г.)

.....

## Fighting against Piracy on the Internet

**Ivanova E.P.**

senior legal advisor of State TV Channel *Telekanal Rossiya*

**Sergo A.G.**

LLD, Russian State Academy of Intellectual Property, Professor

### Annotation

The article provides a review of the legal problems arising from the copyright protection and protection of works placed on the Internet. The article also summarizes the approaches aimed to solve these problems. The material is based on both the analysis of the existing theoretical legal approaches to solution of these problems and judicial practice which currently has shaped its view on some of the questions considered.

### Keywords

Copyright, right holder, the Internet, Internet provider, content provider, backbone provider, torrent, the domain administrator, arbitration court

### References

Konstitutsiya Rossiiskoy Federatsii. Prinyata vsenarodnym golosovaniem 12 dekabrya 1993 goda [Constitution of the Russian Federation. Adopted at referendum December 12 1993].

Grazhdanskiy kodeks Rossiskoy Federatsii. Chast' pervaya ot 30.11.1994 #51-FZ. (Rossiskaya gazeta #238-239, 08.12.1994). Chast' tretya ot 26.11.2001 #146FZ (Rossiskaya gazeta #233, 28.1.2001). Chast' chetyvirtyaya ot 18.12.2006 #230-FZ (Parlamentskaya gazeta, #214-216, 21.12.2006) [RF Civil Code]

Federal'nyi zakon ot 02.07.2013 #187FZ O vnesenii izmeneniy v otdel'nye zakonodatel'nye akty RF po voprosam zashchity intellektual'nykh prav v informatsionno-telekommunikatsionnykh setyakh (SZ RF 2013 #27 St.3479). Sovmestnoe postanovlenie Plenuma Verkhovnogo suda RF I VAS RF ot 26.03.2009 #5/29 O nekotorykh voprosakh voznikshykh v svyazi s vvedeniem v deistvie chaste chetyvortoi GK RF [Federal Law of 02/07/2013 #187-FZ On amendments to certain legal acts of the RF on protecting intellectual property in information and telecommunication nets].

Postanovlenie Prezidiuma VAS RF ot 23/12/2008 #10962/08. [Decision of RF VAS Presidium of 23/12/2008 #10962/08].

Postanovlenie FAS Moskovskogo okruga ot 11/05/2010. Po delu № КГ-А40/3891-10 № А40-89751/08-51-773 [Decision of FAS of Moscow District of 11/05/2010 on case № КГ-А40/3891-10 № А40-89751/08-51-773]

Postanovlenie Devyatogo arbitrazhnogo apellyatsionnogo suda ot 13/09/10 po delu № A40-75669/08-110-609. [Decision of 9th arbitration appeal court of 13/09/10 on case № A40-75669/08-110-609]

Postanovlenie FAS Severo-Zapadnogo okruga ot 25.10.2010 № Ф07-10112/2010 po delu № A56-44999/2008. [Decision of FAS of Severo-Zapadniy district of 25.10.2010 № Ф07-10112/2010 on case № A56-44999/2008]

Postanovlenie arbitrazhnogo suda Moskvy ot 30/11/10 po delu № A40-16928/10-26-101.

[Decision of Moscow Arbitration court of 30/11/10 on case № A40-16928/10-26-101]

Postanovlenie Federal'nogo arbitrazhnogo suda Moskovskogo okruga ot 27.01.2011. po delu № A40-75669/08-110-609. [Decision of Moscow district FAS of 27.01.2011. on case № A40-75669/08-110-609]

Postanovlenie Federal'nogo arbitrazhnogo suda Tsentral'nogo okruga ot 11.02.2011. po delu № A09-3432/10. [Decision of Central district FAS of 11.02.2011. on case № A09-3432/10.]

Postanovlenie Devyatogo arbitrazhnogo apellyatsionnogo suda ot 24/02/11 po delu № A40-16928/10-26-101. [Decision of 9th arbitration appeal court of 24/02/11 on case № A40-16928/10-26-101]

Voinikanis E. Voznagrazhdenie v forme nenalogovogo platezha [Remuneration in the form of nontax payment]. 12th International Conference Pravo I Internet. Moscow, 19.11.2010.

Grishaev S.P. Intellektual'naya sobstvennost' [Intellectual Property]/SPS Garant.

Danilina I.V. Informatsionnie otnosheniya v seti Internet po povodu ob'ektov avtorskikh prav [Information relations on the Internet as to the objects of intellectual property]. Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika — Laws of Russia: experience, analysis, practice. 2010, #4/ SPS KonsultantPlus

Makryashina A., Kosterev V. Internet-piratstvo privedyot k sokrashcheniyu 1,2 mln rabochykh mest r 2015 godu [Internet piracy will get to close down 1,2 mln jobs by 2015]. Available at: // URL: [http://www.infox.ru/hi-tech/internet/2010/03/18/Intyernyet\\_piratstvo.phtml](http://www.infox.ru/hi-tech/internet/2010/03/18/Intyernyet_piratstvo.phtml)

Igumnova E. Avtorskie i smezhnie prava [Copyright and joint rights]. EZh Yurist 2010, #24.

Palamarchuk A.V. Zashchita isklyuchitel'nykh prav na rezul'taty intellektual'noi deyatel'nosti v seti Internet [Protection of exclusive rights to the results of intellectual activity on the Internet]. Zakonnost' — Legality, 2010, no.7.

Pravovye Problem Prava Intellektual'noi Sobstvennosti [Legal issues of intellectual property]. Materials of Round Table. Kutafin MGUA Campus Vologda, 2010.

Serb-Serbin R. Nezakonnoe Rasprostranenie Kontenta v Seti: Ishchem Pravykh i Vinovatykh [Illegal Distribution of Content on the Internet: in Search of Guilty and Unguilty]. URL: [http://www.infosud.ru/judicial\\_analyst/20101227/25143098.html](http://www.infosud.ru/judicial_analyst/20101227/25143098.html)

Sudebniy process nad osnovatelyami The Pirate Bay [The Pirate Bay trial]. [http://ru.wikipedia.org/wiki/%D1%F3%E4%E5%E1%ED%FB%E9\\_%EF%F0%EE%F6%E5%F1%F1\\_%ED%E0%E4\\_The\\_Pirate\\_Bay#cite\\_note-20](http://ru.wikipedia.org/wiki/%D1%F3%E4%E5%E1%ED%FB%E9_%EF%F0%EE%F6%E5%F1%F1_%ED%E0%E4_The_Pirate_Bay#cite_note-20)

The Pirate Bay trial // <http://en.wikipedia.org/wiki/Spectral>

**Национальный исследовательский университет**  
**«Высшая школа экономики»**  
**XV Апрельская международная научная конференция**  
**«Модернизация экономики и общества»**

1–3 апреля 2014 г. в Москве состоится XV Апрельская Международная научная конференция по проблемам развития экономики и общества, проводимая Национальным исследовательским университетом «Высшая школа экономики» при участии Всемирного банка и Международного валютного фонда. Председателем Программного комитета конференции является научный руководитель НИУ ВШЭ профессор Е.Г. Ясин.

На пленарных заседаниях конференции планируются выступления руководителей Правительства Российской Федерации, Администрации Президента Российской Федерации, представителей Всемирного банка, Международного валютного фонда, Организации экономического сотрудничества и развития, руководителей крупнейших российских и иностранных компаний.

Специальные темы конференции:

- Функции государства в современном мире: модели, проблемы, вызовы;
- Культурная эволюция и модернизация;
- Экономическое развитие и проблемы неравенства;
- Многообразие моделей капитализма.

Специальным темам конференции будут посвящены пленарные заседания, а также отдельные почетные доклады, секции и круглые столы.

После пленарных заседаний и в течение последующих дней будут проводиться сессии с представлением научных докладов и экспертные круглые столы по актуальным проблемам развития экономики.

С основными направлениями секционных заседаний и заседаний круглых столов можно ознакомиться на официальном сайте <http://conf.hse.ru>. Авторы заявок на участие с докладами могут не ограничиваться этими тематическими направлениями, но при отборе заявок Программный комитет будет отдавать приоритет тем заявкам, которые имеют отношение к указанным на сайте темам.

Доклад, заявляемый на конференцию, должен содержать результаты оригинального научного исследования, выполненного с использованием современной исследовательской методологии. Продолжительность презентации доклада на сессии — 15–20 минут. Выступления в рамках экспертных круглых столов, как правило, ограничиваются 5–7 минутами. С учетом поступивших заявок на выступления будут сформированы программы секций и круглых столов.

Рабочими языками конференции являются русский и английский. Пленарное и большинство секционных заседаний будут сопровождаться синхронным переводом.

Заявки на выступление в качестве индивидуальных докладчиков на сессиях следует подавать в режиме on-line по адресу: <http://conf.hse.ru/> с **10 сентября 2013 г. до 11 ноября 2013 г.**

К заявке должна быть приложена развернутая аннотация предполагаемого выступления в формате Word или RTF объемом от 1 до 3 машинописных страниц через 1,5 интервала (до 7 000 знаков). В аннотации должна быть раскрыта тема, показана степень разработанности проблемы, даны характеристики исследования (теоретическая или эмпирическая работа, на какой информационной базе), а также должны быть изложены основные полученные результаты. Заявки с аннотациями, не отражающими основных положений выступления, а также объемом менее 1 стр., не рассматриваются.

Группа авторов индивидуальных заявок, зарегистрированных в режиме on-line, до **11 ноября 2013 г.** может сообщить в Программный комитет конференции о своем желании представить свои доклады в рамках одной сессии. Соответствующее письмо должно быть направлено на адрес [interconf@hse.ru](mailto:interconf@hse.ru) и должно содержать информацию о названии сессии, авторах и темах докладов (не более 3–4, уже зарегистрированных в качестве индивидуальных заявок), а также фамилию, имя, отчество и контактные данные (телефон и адрес электронной почты) предполагаемого руководителя сессии. Один автор может представить на конференции 1 личный доклад и не более 2 докладов в соавторстве. В рамках отдельной сессии не должно быть более 2 докладов, представленных от одной организации. Продолжительность сессии 1,5 часа. Предложения по формированию сессий могут быть учтены Программным комитетом на этапе экспертизы заявок и формирования программы конференции.

Решение Программного комитета о включении докладов в программу конференции будет принято до **28 января 2014 г.** на основании экспертизы с привлечением независимых экспертов.

Авторы докладов, включенных в программу конференции, должны до **5 марта 2014 г.** представить полный текст доклада для размещения на сайте конференции. По итогам конференции будет подготовлен сборник докладов, который будет издан ВШЭ в электронном виде. Докладчики, желающие опубликовать свой доклад в этом сборнике, должны представить его итоговую версию в объеме до 20 тыс. знаков (включая пробелы, в формате Word, RTF) до **20 мая 2014 г.** Решение о публикации докладов в электронном сборнике материалов конференции принимается редколлегией сборника с учетом результатов рецензирования. Доклады, которые не были представлены на конференции, не рассматриваются для публикации.

Доклады, включенные в Программу конференции, после дополнительного рецензирования и рассмотрения редакциями могут быть приняты к публикации в журналах «Вопросы экономики», «Российский журнал менеджмента», «Экономический журнал ВШЭ», «Журнал Новой экономической ассоциации», «Мир России», «Вопросы образования», «Вопросы государственного и муниципального управления», «Экономическая социология», «Экономическая политика» и «ЭКО», которые входят в список ВАК и представители которых приглашены к участию в Программном комитете конференции.

Участникам из стран СНГ и Восточной Европы, приглашенным выступить с докладами, может быть предоставлен грант Представительством Всемирного банка в Москве с целью компенсации расходов по участию в конференции. Заявки на получение гранта должны быть направлены **до 14 февраля 2014 г.** по адресу [interconf@hse.ru](mailto:interconf@hse.ru).

В рамках конференции будет организована серия семинаров для докторантов и аспирантов (с возможностью предоставления грантов на проезд и проживание для отобранных докладчиков). Информация об условиях участия в этих семинарах будет доступна на официальном сайте <http://conf.hse.ru/c> **10 сентября 2013 г.**

Заявки на участие в конференции без доклада принимаются в режиме on-line с **11 ноября 2013 г. до 14 марта 2014 г.** по адресу: <http://conf.hse.ru/>

Информация о размерах и возможностях оплаты организационных взносов доступна на официальном сайте по адресу <http://conf.hse.ru/> .

От уплаты организационного взноса освобождаются почетные гости конференции, работники федеральных и региональных органов исполнительной власти, органов местного самоуправления, руководители секций, председатели сессий, дискуссионты, а также лица, специально приглашенные Оргкомитетом конференции.

С программами и материалами I–XIV международных научных конференций (2000–2013 гг.) можно ознакомиться на сайте: <http://conf.hse.ru/2014/history>.

*Оргкомитет конференции*

ПОДПИСАТЬСЯ НА ЖУРНАЛ  
**«ПРАВО. ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ  
ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ»**

МОЖНО ВО ВСЕХ  
ПОЧТОВЫХ ОТДЕЛЕНИЯХ

КАТАЛОГ «ГАЗЕТЫ И ЖУРНАЛЫ — 2014»  
АГЕНТСТВА «РОСПЕЧАТЬ»  
**подписной ИНДЕКС — 47097**

Распространяется по России и странам СНГ

Дополнительная информация о подписке на сайте  
Издательского дома корпоративного портала НИУ ВШЭ:

<http://www.hse.ru>

или на сайте журнала <http://law-journal.hse.ru>

По вопросам подписки обращаться по тел.: (499) 611-15-08

## **Требования к оформлению текста статей**

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях.

На первой странице следует указать название статьи, ФИО автора, ученую степень, ученое звание, место работы, должность, контактные телефоны, e-mail.

Объем статей — до 1 усл. п.л., рецензий, обзоров зарубежного законодательства — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общее требование и правило составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии, введен в действие 01.01.2009 г.

Статьи должны сопровождаться краткой аннотацией и ключевыми словами на русском и английском языках.

Рукописи направляются по адресу: 109017, Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, оф. 212 (с приложением файла на носителе) или по e-mail: lawjournal@hse.ru.

Рукописи не возвращаются.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При наличии замечаний рецензента рукопись и файл возвращаются автору на доработку. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Позиция редакции необязательно совпадает с мнением авторов.

Перепечатка материалов только по согласованию с редакцией.

---

Свидетельство о регистрации средства массовой информации  
«Право. Журнал Высшей школы экономики»  
ПИ № ФС77-52403 от 28 декабря 2012 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*

Подписано в печать 13.09.2013. Формат 70×100/16  
Усл. печ. л. 16,25. Тираж 600 экз.