

Право

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

3/2014



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционный совет

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

Редакционная коллегия

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

Главный редактор

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

Адрес редакции

119017 Москва, ул. Малая Ордынка, 17, офис 212
Тел.: +7 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Адрес издателя и распространителя

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

© НИУ ВШЭ, 2014

Правовая мысль: история и современность

Л.Р. Сюкияйнен

Совместим ли шариат с современным российским правом? 4

С.Н. Бизюков

Юридические уловки в исламском праве: путь от Средневековья до XXI века 31

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Е.Л. Ковалёва, А.И. Бутовецкий

Новое в земельном законодательстве 55

А.Я. Петров

Коллективные трудовые споры: фундаментальные аспекты трудового права 86

Э. Пато, Н.В. Ростовцева

Похищение детей: европейские и российские перспективы 102

В.Н. Монахов

Утро пятой свободы 121

И.О. Анисимов

Проблемы охраны подводного культурного наследия в Российской Федерации 136

Т.В. Семёнов

Уголовно-правовая охрана корпоративных отношений 144

Право в современном мире

С.О. Казаков

Коллективные переговоры по заключению тарифных договоров и производственных соглашений в Германии 159

A. Volkov

Gas Industry Regulatory Frameworks in BRICS Countries 172

A. Lapteva

Protection against Unfair Competition in the Russian Federation and Cooperation within BRICS 183

T. Akulina

Guarantees to Exercise the Right to Health Protection and Medical Care in the Russian Federation and Opportunities for Cooperation within BRICS 190

Научная жизнь

М.В. Антонов

Рациональность в праве 198

Рецензии

209

Law

JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics

Editorial Council

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

Editorial Board

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

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, Russian Federation)

Address:

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

3/2014



ISSUED QUARTERLY

Legal Thought: History and Modernity

L.R. Syukiyainen
Is Islamic Shariat Compatible with Contemporary Russian Law? 4

S.N. Bizyukov
Legal Subterfuges In Islamic Law: from the Middle Ages to the 21st Century 31

Russian Law: Conditions, Perspectives

E.L. Kovalyova, A.I. Butovetskiy
Changes in the New Land Law 55

A.Ya. Petrov
Collective Labour Disputes: Fundamental Aspects of Labour Law 86

E. Pataut, N.V. Rostovtseva
Child Abduction: European and Russian Perspectives 102

V.N. Monakhov
Morning of the Fifth Freedom 121

I.O. Anisimov
The Issues of Protecting Underwater Cultural Heritage in Russian Federation 136

T.V. Semyonov
Criminal Law Protection of Corporate Relations 144

Law in the Modern World

S.O. Kazakov
Collective Negotiations on Making Tariff Contracts and Production Agreements
in Germany 159

A. Volkov
Gas Industry Regulatory Frameworks in BRICS Countries (in English) 172

A. Lapteva
Protection against Unfair Competition in Russian Federation
and Cooperation within BRICS (in English) 183

T. Akulina
Guarantees to Exercise the Right to Health Protection and Medical Care
in Russian Federation and Opportunities for Cooperation within BRICS
(in English) 190

Scientific Life

M.V. Antonov
Rationality in Law 198

Book Review 209

Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

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

The objectives of the journal include:

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

The following key issues are addressed:

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

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

Совместим ли шариат с современным российским правом?*



Л.Р. Сюкияйнен

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



Аннотация

Статья посвящена анализу форм взаимодействия шариата с действующим законодательством, его совместимости с современным российским правом в целом. Автор анализирует несколько причин возрастающего интереса к роли шариата в правовом развитии России. Среди них — продолжающийся процесс возрождения ислама, социально-политическая активность мусульманских общин за пределами регионов традиционного распространения ислама, сохраняющаяся угроза исламского экстремизма, усиление роли шариата в правовом и политическом развитии мусульманского мира, а также связанные с мусульманскими меньшинствами конфликты в странах Запада. Различаются несколько вариантов обращения к шариату в сопоставлении с законодательством. Один из них представлен действиями мусульманских сепаратистов и экстремистов, которые противопоставляют шариат российскому праву. Другой предполагает включение норм шариата в законодательство. Еще один вариант связан с обращением к шариату в качестве альтернативного регулятора без его противопоставления официальному праву. Обоснование реализации предписаний шариата не отличается единством. Мусульманские радикалы ссылаются лишь на религиозные аргументы в целях замены законодательства шариатом. Некоторые ученые призывают легализовать нормы шариата, но не подкрепляют свои предложения правовыми аргументами. Юристы придерживаются различных взглядов по этому вопросу. Некоторые авторы предлагают концепции законодательного признания местных традиций, включая нормы шариата. Как правило, они касаются регионов Северного Кавказа. Автор выделяет несколько форм возможного взаимодействия шариата и законодательства. Первая представлена прямым включением норм шариата в законодательство. Российское право такую возможность допускает при определенных условиях. Главное из них — выбор среди норм шариата таких предписаний, которые отвечают критериям права и являются исламским правом в точном смысле. Другая форма сводится к включению в законодательство ссылки на исторические или местные традиции, что дает возможность применять отдельные нормы шариата. Кроме того, шариатские предписания могут действовать по вопросам, урегулированным в законодательстве диспозитивными правилами. В целом на поставленный в названии статьи вопрос автор дает положительный ответ.



Ключевые слова

шариат, законодательство, российское право, модели реализации шариата, исторические и местные традиции, адат, полигамия, вакф, шариатский суд, местное самоуправление, диспозитивные нормы

Библиографическое описание: Сюкияйнен Л.Р. Совместим ли шариат с современным российским правом? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 3. С. 4–30.

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

В последнее время проблемы места шариата и исламского права¹ в правовой жизни современной России привлекает все возрастающее внимание. Их активно обсуждают политологи, религиозные лидеры и политические деятели, юристы и ученые иных специальностей. Такой интерес к теме шариата вполне оправдан и объясняется рядом факторов.

Актуальность проблемы шариата в России

Прежде всего, в нашей стране активно продолжается процесс пробуждения ислама, начавшийся еще в 90-е годы XX в. Мусульманский менталитет не сводит ислам к религии в собственном смысле, а рассматривает его как универсальную систему, охватывающую мирскую жизнь, в том числе политику, государство и право. Поэтому активизация ислама неизбежно ставит вопрос о месте шариата в правовой жизни современной России.

Другая причина, объясняющая повышенный интерес к шариату и его влиянию на правовую политику, связана с быстрым численным ростом мусульманских меньшинств за пределами мира ислама. В нашей стране эта тенденция хорошо видна на примере мусульманских общин вне регионов традиционного распространения ислама — Поволжья и Северного Кавказа. Превращение данных групп в заметный элемент общественно-политической жизни зачастую сопровождается конфликтами, в основе которых лежит противостояние социально-нормативных культур. Такие противоречия привлекают особое внимание к шариату, поскольку оцениваются общественным мнением как результат стремления мусульман навязать немусульманскому социуму свой образ жизни, включая шариатские правила.

Еще одно основание актуализации проблематики шариата представлено угрозой исламского экстремизма и религиозного терроризма под исламскими знаменами. Эта опасность не обошла и нашу страну. Программные установки и практическая деятельность мусульманских экстремистов ориентируются на шариатские аргументы². Поэтому вопрос о включении норм и институтов шариата в правовую систему современной России вызывает неподдельный интерес и даже беспокойство.

Не следует также сбрасывать со счетов влияние политических кризисов и реформ в ряде арабских стран, получивших наименование «арабская весна». На начальном этапе этих катаклизмов здесь наблюдалась резкая активизация исламских сил, которым удалось даже на недолгое время прийти к власти в Египте и занять лидирующие позиции в политической жизни ряда других стран. Это сопровождалось укреплением позиций шариата в правовых системах некоторых из них³. Понятно, что такая тенденция отражается на дискуссиях вокруг возможного места шариата в правовой жизни России.

Кроме того, в последнее время много говорят об отрицательном опыте действия шариата на Западе как результате активности мусульманских меньшинств, которые, ориентируясь на исламские правила поведения, зачастую представляют собой замкнутые анклав, противостоящие окружающему социуму. Тем самым шариат преподносится в качестве фактора, который приводит к столкновению западной и исламской социально-

¹ О соотношении этих понятий см.: Сюкияйнен Л.Р. Исламское право: взаимодействие юридического и религиозного начал // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 1. 2007. С. 97–106.

² См.: Сюкияйнен Л.Р. Исламская правовая мысль против экстремизма и терроризма // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2011. № 1. С. 24–43.

³ См.: Сюкияйнен Л.Р. «Арабская весна» и исламская правовая мысль // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2013. № 1. С. 16–37.

нормативных культур⁴. Естественно, что данная характеристика принимается во внимание общественным мнением в нашей стране.

Все эти причины объясняют, почему вопрос о возможности включения норм шариата в российскую правовую систему вызывает острые споры. Инициаторами его постановки являются сами мусульмане, которые зачастую не ограничиваются призывами к «претворению шариата» и предпринимают практические шаги на этом пути. Это подтверждается опытом действия норм шариата в нашей стране и законодательными инициативами в данной сфере.

Опыт реализации шариата в соотношении с законодательством

Можно выделить несколько типичных моделей обращения к шариату и реализации его предписаний в современной России в сопоставлении с действующим законодательством. В качестве основания их классификации может быть взят характер соотношения шариата и позитивного права (законодательства), которые прямо противостоят друг другу, существуют параллельно, не пересекаясь между собой, или взаимодействуют в рамках одной системы юридических норм.

Самым крайним вариантом является использование шариатских норм, институтов и концепций мусульманскими экстремистами и сепаратистами. Они прямо противопоставляют шариат российскому законодательству и видят в нем средство достижения своих политических целей. В этом отношении ярким образцом стало принятие в Чечне летом 1996 г. уголовного кодекса, представлявшего собой кодификацию норм шариата. Власти Ичкерии обосновывали принятие этого кодекса целями построения исламского государства и необходимостью решительно бороться с валом насильственной преступности⁵. А федеральные власти восприняли этот шаг как демонстрацию намерения Чечни выйти из российского правового пространства, что, кстати говоря, не оспаривалось и тогдашним чеченским руководством.

Если Чечня в тот период практически находилась вне российского правового пространства, то другая попытка ввести шариат была предпринята уже на российской в полном смысле земле. В Дагестане на рубеже 1997–1998 гг. группы исламских радикалов стали активно внедрять шариат в нескольких селах Кадарской зоны, а летом 1998 г. объявили о создании там самостоятельной территории, в границах которой российское законодательство было фактически заменено «законами шариата», применявшимися специальным шариатским судом.

Антитеррористическая операция 1999 г. положила конец этому незаконному эксперименту с шариатом. После восстановления конституционного порядка в начале третьего тысячелетия шариатское законодательство и органы правосудия перестали существовать в качестве государственных институтов и в Чеченской Республике. Однако в ее границах до сих пор шариат продолжает применяться радикальными мусульманскими сепаратистами. Шариатская аргументация также лежит в основе действий мусуль-

⁴ См.: Слюкияйнен Л.Р. Право, религия, традиции, политика: конфликт или взаимодействие? (на примере ислама и мусульманских меньшинств в Европе) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 2. С. 23–46.

⁵ См. об этом: Старостина С.А. Шариат в истории российского государства: объективная закономерность или парадокс. Калининград: КЮИ МВД России, 2002. С. 70–76.

манских радикалов, совершающих теракты в различных российских регионах. Такая преступная деятельность может рассматриваться в качестве своеобразной реализации шариата в его экстремистской трактовке. Понятно, что такой опыт не может не сказываться на обсуждении проблемы шариата в нашей стране.

Отмеченный вариант соотношения шариата и российского права представляет собой их абсолютное противопоставление, при котором действие исламских норм символизирует фактический выход территории, где они применяются, из российского правового пространства. Неудивительно поэтому, что российское общественное мнение, как правило, приходит к выводу об абсолютной неприемлемости шариата, невозможности включения его норм в российское законодательство или легального действия в любой иной форме.

Совершенно другую цель преследовали инициативы, выдвигавшиеся примерно в те же годы государственными органами отдельных субъектов Российской Федерации, которые считали возможным и даже необходимым закрепление норм и институтов шариата в действующем праве. Понятно, что авторы подобных шагов исходили из совместимости шариата и российского законодательства. Иногда такие проекты приводили к прямому официальному признанию норм шариата, когда его предписания включались в нормативно-правовые акты.

Так, 19 июля 1999 г. в Ингушетии был принят президентский указ № 166, в соответствии с которым граждане мужского пола получили право заключать до четырех браков с лицами женского пола, не состоящими в браке. А 31 июля того же года Народное собрание (Парламент) Ингушетии приняло закон «О регулировании некоторых вопросов семейно-брачных отношений в Республике Ингушетия». Со ссылкой на складывающуюся демографическую ситуацию и традиционный уклад жизни населения он воспроизвел положение упомянутого выше президентского указа относительно многоженства. Упоминание традиций, безусловно, отражает влияние шариата на местные адаты и образ жизни ингушей.

На основании данного акта в течение примерно одного года в Ингушетии было зарегистрировано несколько десятков полигамных браков. Однако 13 июля 2000 г. по представлению прокурора Ингушетии Верховный суд республики отменил указанные статьи закона о полигамии как противоречащие ст. 14 и 123 Семейного кодекса Российской Федерации. На этом основании республиканский парламент 5 февраля 2001 г. принял закон о внесении изменений в закон 1999 г. Положение о многоженстве было изъято, и соответствующая статья излагалась в новой редакции: «Граждане Республики Ингушетия имеют право на вступление в брак и построение семейных отношений на основе действующего законодательства и с учетом национальных традиций и обычаев».

После таких изменений этот акт, по сути, утратил значение и поэтому был окончательно отменен в 2006 г. Правда, ссылка на учет национальных традиций в регулировании брачно-семейных отношений в законодательстве Ингушетии осталась. В августе 2000 г. в ст. 37 конституции республики было внесено дополнение, в соответствии с которым граждане Ингушетия имеют право на вступление в брак и построение семейных отношений на основе национальных традиций и обычаев. Это в принципе допускает обращение к традиционным, в том числе, шариатским, нормам, за исключением, очевидно, полигамии. Однако и она не сходит с повестки дня в России.

Попытки легализовать полигамию в конце прошлого — начале нынешнего столетия не ограничивались Ингушетией. Так, в парламенте Башкортостана этот вопрос регулярно поднимался с середины 1990-х годов. В обоснование многоженства его сторонники апеллировали к нравственным ценностям, местным традициям, шариатским аргумен-

там и настаивали на необходимости решения проблем сирот и одиноких женщин через возрождение исламских норм⁶.

Еще один интересный опыт законодательного закрепления ссылки на шариат также относится к Ингушетии. В декабре 1997 г. здесь был принят закон о мировых судьях, вступивший в силу в феврале следующего года. Он предусматривал несколько положений, прямо отражавших нормы шариата. Важно иметь в виду, что ингушский законодатель в прямой форме закреплял принцип совместимости соответствующих шариатских норм с российским законодательством. В частности, в данном акте говорилось, что мировые судьи являются независимыми в осуществлении правосудия, подчиняясь только Конституции Российской Федерации, Конституции Ингушетии, федеральному и республиканскому законодательству (ст. 3). В то же время, п. 3 ст. 8 данного акта устанавливал, что при осуществлении судопроизводства мировые судьи должны учитывать обычаи и традиции народа Ингушетии, нормы обычного права и шариата. Понятно, что это сочетание возможно лишь при условии соответствия или, по крайней мере, непротиворечия адата и шариата российскому праву.

Положения закона, закреплявшие связанность мировых судей нормами обычного права и шариата, действовали недолго. Уже в мае 2000 г. в него были внесены изменения, исключившие ссылку на адат и шариат. Однако само принятие такого нормативно-правового акта в первоначальном варианте лишней раз подтвердило, что стремление следовать шариату, зафиксировать его предписания в законодательстве является устойчивой тенденцией в современной России. Правда, в приведенных выше случаях такие попытки не получили поддержки. Казалось бы, нынешнее российское право последовательно отторгает любые нормы, прямо связанные с шариатом. Однако законодательная практика свидетельствует об ином.

Уникальным примером в этом отношении является Закон Республики Татарстан «О свободе совести и о религиозных объединениях» от 14 июля 1999 г. Статья 18 этого акта первоначально предусматривала, что религиозные организации вправе иметь вакуфное имущество. Напомним, что, по шариату, вакф в целом представляет собой статус имущества (главным образом, недвижимого), изъятого из оборота и предназначенного для использования в пользу определенных лиц или в благотворительных целях. Правовые особенности вакуфного имущества детально разработаны в шариате, а сам указанный институт в течение многих веков имел широкое распространение в мусульманском мире. Он активно использовался и в Российской империи⁷.

Однако положение о праве религиозных организаций иметь вакуфное имущество, закрепленное в законе 1999 г., фактически не действует, что объясняется, в частности, отсутствием соответствующей нормативной базы. К тому же в 2007 г. республиканская прокуратура пришла к выводу о несоответствии указанной нормы российскому праву, поскольку законодательное регулирование имущественных прав входит в предмет

⁶ См.: *Ситдыкова Г.Р.* Шариат и социальные проблемы современной женщины // Шариат: теория и практика: матер. межрегион. науч.-практ. конференции. Уфа, 26–28 сентября 2000 г. Уфа: ТАУ, 2000. С. 181–184; *Бакиров Р.Н.* Полигамия в условиях современного российского законодательства // Шариат: теория и практика: матер. межрегион. науч.-практ. конференции. Уфа, 26–28 сентября 2000 г. Уфа: ТАУ, 2000. С. 195–197; *Абашин С.Н.* Многоженство *запретить нельзя разрешить?* // Юридическая антропология. Закон и жизнь. М.: Стратегия, 2000. С. 101–115.

⁷ См.: *Благотворительность в России: исторический опыт, проблемы возрождения традиций и перспективы развития: матер. междунар. науч.-практ. конференции. Казань, 5 апреля 2007 г. / сост. Р.Р. Хуснутдинов, Р.Р. Салихов. Казань: Милли китап, 2008.*

ведения Российской Федерации, а не ее субъектов. В июле 2008 г. республиканский законодательный орган внес изменение в ст. 18 Закона 1999 г., которая в нынешнем виде гласит: «Религиозные организации вправе иметь вакуфное имущество, правовое положение которого регулируется федеральным законодательством». Но и после такой корректировки ситуация с вакфом осталась прежней, а сам он в качестве правового института так и не заработал.

Приведенные примеры демонстрируют противоположную модель соотношения шариата и позитивного права, которые, по мысли ее сторонников, не находятся в конфликте, а взаимодействуют между собой и могут бесконфликтно сосуществовать. Точнее, данный вариант предполагает, что положения шариата становятся обычным элементом российского законодательства. Правда, такая конструкция пока оказывается практически малопродуктивной. Вместе с тем, в регионах традиционного распространения ислама нашей страны (прежде всего, на Кавказе) имеется принципиально иная практика реализации шариата. Речь идет о фактическом действии его отдельных норм в сочетании с местными обычаями независимо от действующего законодательства. Нередко шариатские предписания используются для решения вопросов, которые в принципе подпадают под действие закона. Однако в силу ряда причин законодательство сознательно игнорируется либо государственные институты, призванные его применять, оказываются неэффективными или просто устраняются от осуществления своих функций.

В этих условиях активизируются традиционные институты разрешения споров, существовавшие еще в советскую эпоху и воссозданные в модифицированном виде к исходу прошлого столетия. Они не являются государственными органами правосудия и не предусмотрены российским законодательством, но пользуются поддержкой мусульманских общин и берут на себя полномочия по улаживанию правовых конфликтов и иных вопросов юридического характера. Для этого такие институты по давней традиции прибегают к нормам шариата и обычаям, существующим вне официальной правовой системы. Понятно, что их решения лишены формальной юридической силы и не признаются государством. Но для мусульман, живущих на территории, где действуют указанные структуры, это не имеет принципиального значения. Ведь их решения обладают значительно более весомым качеством — они пользуются признанием местного сообщества и ориентацией на традиции, которые и гарантируют их исполнение.

Дагестанский вариант такой параллельной квазиправовой и квазисудебной системы явился объектом обстоятельного исследования, прежде всего, в работах В.О. Бобровникова⁸. Однако модификации этой модели можно наблюдать и в других районах Северного Кавказа, в частности в Ингушетии и Кабардино-Балкарии. Здесь также высок авторитет местных обычаев, переплетающихся с шариатом, а официальные правоохранительные структуры на деле бездействуют⁹. При этом традиционная практика разре-

⁸ См., напр.: Бобровников В.О. Археология строительства исламских традиций в дагестанском колхозе // *Ab Imperio*. 2004. № 3. С. 563–593; *Его же*. Колхоз как хранитель исламского уклада // *Ваш выбор*. 1996. № 3. С. 18–23; *Его же*. Ислам и советское наследие в колхозах Северо-Западного Дагестана // *Этнографическое обозрение*. 1997. № 5. С. 132–141; *Его же*. Шариатские суды и правовой плюрализм в Советском Дагестане // *Этнографическое обозрение*. 2001. № 3. С. 77–91; *Его же*. Ислам, власть и общество в бывшем колхозе: дагестанский случай // *Общество как объект и субъект власти. Очерки политической антропологии Кавказа*. СПб.: Петербургское Востоковедение, 2012. С. 9–31. См. также: Абдулаев М.М. К вопросу о роли шариата в современном дагестанском обществе // *Вестник Российской правовой академии*. 2007. № 4. С. 3–8; Dmitri Makarov. Enacting the Sharia Laws in a Dagestani Village // *ISIM Newsletter*. 1998. No 1. P. 19.

⁹ См.: Бабич И.Л. Эволюция правовой культуры адыгов (1860–1990-е годы). М: Ин-т этнологии и антропологии РАН, 1999; *Ее же*. Идеологический фундамент возрождения обычного и мусульманского

шения споров — главным образом, семейных и земельных — на основе адата и шариата не только сохраняется в регионе Северного Кавказа вплоть до настоящего времени, но периодически даже расширяется и приобретает новые формы¹⁰.

Данный образец реализации шариата представляет собой иную модель его соотношения с российским законодательством. Для нее характерно параллельное и независимое друг от друга действие норм шариата и позитивного права. При этом шариат может получать фактическое признание и даже поддержку со стороны власти, регулируя отношения, формально безразличные для закона. Но нередко он подменяет собой официальное право и даже вступает с ним в прямой конфликт, когда законодательство не применяется и мусульмане предпочитают решать свои проблемы по шариату, а не по закону. В итоге противоречащие закону нормы шариата часто применяются даже с молчаливого согласия государственных органов.

Не следует также забывать еще об одной форме действия шариата в современной России, которая близка по правовому смыслу приведенной выше. Она связана с деятельностью мусульманских религиозных организаций. В частности, уставы большинства из них предусматривают, что в своей внутренней деятельности они руководствуются предписаниями шариата. Кроме того, в ряде духовных управлений мусульман введена должность кади (судьи), который полномочен на основе шариата выносить решения и давать рекомендации. Конечно, они не имеют юридической силы, но в глазах мусульман порой пользуются даже большим авторитетом, нежели официальные судебные решения.

В этом отношении показательным примером является функционирование шариатского суда в структуре Духовного управления мусульман Ингушетии. Данный орган, созданный в конце истекшего века, первое время фактически поддерживался властью, а затем начал действовать и продолжает до сих пор функционировать в качестве (общественного) религиозного института. Формально его работа не противоречит действующему законодательству, поскольку его документы не имеют юридической силы. Однако фактически позиции такого суда, основанные на адате и шариате, порой занимают место решений официальных органов правосудия.

Важно также учитывать своеобразную нормотворческую деятельность некоторых мусульманских религиозных центров, которые разрабатывают рекомендации по разрешению конфликтов и регулированию иных вопросов, ориентируясь на адаты и отдельные нормы шариата. Вновь сошлемся на опыт Ингушетии, где на форуме духовного управления несколько лет назад были установлены размеры выкупа за причинение телесных повреждений и компенсации за убийство, а также границы брачного дара (кальма)¹¹.

права в Кабардино-Балкарии // Ислам и право в России: матер. науч.-практ. семинара «Мусульманское право в мире и России» (Северный Кавказ, Поволжье) / сост. и ред. И.Л. Бабич, Л.Т. Соловьева. М.: РУДН, 2004. Вып. 2. С. 186–195; *Албогачиева М.С.-Г.* Особенности взаимодействия российской судебно-правовой системы и традиционных правовых институтов ингушского общества (XIX–XXI вв.) // Общество как объект и субъект власти. Очерки политической антропологии Кавказа. СПб.: Петербургское Востоковедение, 2012. С. 142–208.

¹⁰ См., напр.: *Ярлыкапов Ахмет.* Адат, шариат и российское право на современном Северном Кавказе: итоги и перспективы // Ислам в мультикультурном мире: Мусульманские движения и механизмы воспроизводства идеологии ислама в современном информационном пространстве / отв. ред. Д.В. Брилев. Казань: Казан. ун-т, 2014. С. 367–377.

¹¹ См.: *Албогачиева М.С.-Г.* Конференция мусульман Республики Ингушетия // Антропологический форум № 14 on-line.

Интересно, что указанные нормативы были одобрены в присутствии руководства республики, а глава Ингушетии подробно информировал о них Президента Российской Федерации. Специально подчеркивалось, что установленные нормы не подменяют собой действующее законодательство, а, наоборот, призваны помочь его эффективному применению и борьбе с преступностью. Так, религиозные руководители и ответственные государственные чиновники Ингушетии не раз подтверждали, что даже при вынесении и исполнении приговоров и судебных решений по делам о причинении телесных повреждений и убийстве конфликт между потерпевшим и осужденным либо его семьей будет улажен только после предоставления виновным соответствующей денежной компенсации. Это относится и к дорожно-транспортным происшествиям, приведшим к причинению вреда здоровью или смерти¹².

Следует отметить и иную сопоставимую с таким вариантом практику реализации шариата формально вне правового поля, которая также касается действующего законодательства. Речь идет о традиционном для мусульман полигамном браке, который не был изжит даже при советском строе, а в современной России существует открыто. Известно, что такой обычай достаточно широко распространен не только на Кавказе, но и других регионах страны. В частности, один из мусульманских лидеров Поволжья публично признал, что он состоит в таком браке¹³. Следует учитывать, что, как правило, полигамные браки заключаются и расторгаются в мечети. Ясно, что они не признаются российским законодательством, но мусульмане считают их полноценными и соответствующими шариату. К тому же в нынешней России многобрачие не является преступлением. Поэтому имеющие несколько жен мусульмане не чувствуют себя правонарушителями и убеждены в том, что можно уважать закон и в то же время следовать шариату.

В последние годы применение шариата в качестве своеобразного конкурента действующему российскому законодательству все чаще выходит за пределы Кавказа. В частности, неоднократные проекты создания сначала в 2010 г. в Петербурге, а затем в 2012 г. в Москве так называемых шариатских судов вполне естественно воспринимаются российским общественным мнением как стремление сделать шариат частью правовой системы нашей страны. Ведь шариатских судов, не применяющих шариат, быть не может. При данном видении проблемы дискуссия вокруг таких органов правосудия переводится в плоскость обсуждения перспектив шариата в правовой жизни России¹⁴.

Наконец, вопрос о шариате приобрел особую актуальность в связи с проблемой хиджаба — праве учениц носить традиционный мусульманский головной убор в российских школах. Соответствующие судебные решения, запретившие хиджаб в государственных школах, не только не положили конец спорам вокруг этой проблемы, но, наоборот, придали им дополнительную остроту. Учитывая, что хиджаб представляется многими как символ шариата, стремление мусульман добиться разрешения носить та-

¹² См.: Албаков Д.Х. О применении шариата в Республике Ингушетия // Ислам и право в России: матер. науч.-практ. семинара «Мусульманское право в мире и России» (Северный Кавказ, Поволжье) / сост. и ред. И.Л. Бабич, Л.Т. Соловьева. М.: РУДН, 2004. Вып. 2. С. 81–84.

¹³ См.: URL.: <http://www.om-saratov.ru/novosti/04-June-2013> (дата обращения — 25 августа 2014 г.).

¹⁴ См.: Сюкияйнен Л.Р. Исламская и европейская правовые культуры: формы взаимодействия и перспективы на Кавказе // Государство и право народов Кавказа: проблемы становления и развития: матер. междунар. науч.-практ. конференции / отв. ред. и сост. Д.Ю. Шапсугов. Ростов н/Д: ООО «Издательство «Перо», 2012. С. 9–21.

кую одежду в школах нередко толкуется в качестве первого шага на пути признания его места в российском праве вообще.

Не будем также забывать, что сходная по содержанию проблема возникла еще в 2003 г., когда российские суды неоднократно рассматривали обращения группы мусульманок-жительниц Поволжья по поводу инструкции МВД, которая требовала, чтобы граждане фотографировались на паспорт обязательно с непокрытой головой. Кассационная палата Верховного Суда Российской Федерации отменила действие данного положения, что отечественные СМИ безосновательно расценили как отход от принципов светского государства и уступку сторонникам шариата¹⁵.

Приведенные примеры — лишь иллюстрация большого разнообразия форм реализации норм и институтов шариата в правовой жизни современной России либо в сферах, имеющих отношение к действующему праву.

Аргументы в пользу и против шариата

Бросаются в глаза различные варианты оправдания обращения к шариату в правовой жизни современной России. Те, кто видят в шариате альтернативу действующему праву, как правило, не задумываются о юридической интерпретации своих проектов либо ориентируются на чисто религиозные постулаты. Это типично для отдельных мусульман или их сообществ, которые не отвергают государственное законодательство и считают себя лояльными власти, но предпочитают жить по шариатским предписаниям, насколько это возможно. Такое же отношение проявляют мусульмане, заключившие полигамные браки. Они прямо не говорят о своем неуважении к закону, но фактически строят свои семейные связи по иным, религиозным, меркам. Хотя при этом один из своих браков (как правило, первый) мусульмане-многоженцы официально регистрируют в соответствии с законодательством, а другие заключают в мечети и готовы исполнять вытекающие из них обязанности под угрозой ответственности перед Аллахом.

Правда, для некоторых мусульманских деятелей шариат является, безусловно, приоритетным в сравнении с позитивным правом, которое считается недостойным уважения. Например, в конце истекшего века один из мусульманских лидеров, бывший в то время депутатом Госдумы, прямо утверждал, что мусульмане должны подчиняться заповедям Аллаха, а не созданным грешными людьми законам, в которых воплощается воля сатаны¹⁶.

На этом фоне особый интерес представляет отношение российских государственных структур и отдельных представителей власти к шариату в его сопоставлении с действующим законодательством. Единого понимания этого вопроса нет. В частности, И.Л. Бабич на основе исследования ситуации в Кабардино-Балкарии выделяет три основных подхода, которые разделяют властные структуры, правоохранительные органы, депутатский корпус и общественные движения. Первый исходит из признания существующего положения вещей, фактически действующих сейчас норм адата и шариата

¹⁵ См.: Пчелинцев А.В. Опыт правовой защиты российских мусульман // Ислам и право в России: матер. науч.-практ. семинара «Проблемы реализации законодательства о свободе совести и религиозных объединениях в отношении российских мусульман» (Северный Кавказ, Поволжье). Вып. 1 / сост. и ред. И.Л. Бабич, Л.Т. Соловьева. М.: РУДН, 2004. С. 196–198.

¹⁶ См.: Хачилаев Н. Союз мусульман России. Ответственность, политика и ислам. У правителей не должно быть чувства вседозволенности и бесконтрольности // Независимая газета. 1997. 27 сентября.

без их законодательного закрепления, но и без искусственного возрождения оставшихся в прошлом традиций.

Второй предполагает принятие законодательства, включающего сохранение местных традиций и обычаев, которые играют позитивную роль. Сторонники такого решения проблемы уверены, что реформирование судебной и правовой системы с учетом традиционного права всегда являлось краеугольным камнем во взаимоотношениях между Россией и Кавказом.

Наконец, третьего варианта придерживается большинство чиновников и депутатов местных парламентов, которые последовательно отстаивают единство сложившейся в современной России правовой системы и считают, что образ жизни местного населения кардинально изменился, сведя влияние прежних традиций к минимуму. Поэтому говорить о какой-то параллельной закону действующей системе норм адата и шариата нет оснований, а их возрождение и тем более легализация не являются актуальной проблемой¹⁷.

Взгляды российских исследователей на проблему шариата и его взаимодействия с действующим законодательством отличаются большей взвешенностью. Правда, и здесь наблюдаются различия в подходах. В частности, имеются работы историков, этнографов и отдельных правоведов, которые ограничиваются изложением фактов действия шариата в нынешней России без детального юридического анализа ситуации¹⁸. Другие авторы избегают простой описательности и делают акцент на тех сферах общественных связей, где, по их мнению, может и должен применяться шариат как правовой инструмент, или отмечают отдельные вопросы, которые следует решать на основе его юридических норм¹⁹.

Однако эти суждения страдают существенным недостатком — декларативностью, а также отсутствием юридической оценки проблемы и обоснования возможности обращения к шариату с правовых позиций. Поэтому выдвигаемые их авторами предложения об использовании шариата в российской правовой системе выглядят как личные субъективные предпочтения того или иного исследователя, не подкрепленные никакими доводами правового порядка.

Аналогичную оценку следует дать и призыву известного российского этнографа найти шариату правовую нишу на Кавказе²⁰. Понятно, что автор ратует за то, чтобы фактическое использование шариата в традиционном жизненном укладе на Кавказе было легализовано, получило юридическое признание в той или иной форме. Данный подход

¹⁷ См.: *Бабич И.Л.* Формирование правового плюрализма в советское и постсоветское время на Северо-Западном Кавказе // *Юридическая антропология. Закон и жизнь*. М.: Стратегия, 2000. С. 116–127. О различных позициях по данному вопросу см. также: *Теунов М.К.* Шариат в процессе трансформации традиционных правовых институтов на Северном Кавказе // *Право и безопасность*. 2010. № 3 (36). С. 102–105.

¹⁸ См., напр.: *Ярлыкапов А.* Указ. соч.; *Албогачиева М.С.-Г.* Особенности взаимодействия российской судебно-правовой системы и традиционных правовых институтов ингушского общества (XIX–XXI вв.).

¹⁹ См., напр.: *Албаков Д.Х.* Указ. соч.; *Боронбеков С.* Шариат. М: Моск. ин-т МВД России, 2002. С. 17–35; *Керимов Г.М.* О возможности применения некоторых норм мусульманского права и шариата в регионах Северного Кавказа и Поволжья // *Ислам и право в России: матер. науч.-практ. семинара «Мусульманское право в мире и России» (Северный Кавказ, Поволжье)* / сост. и ред. И.Л. Бабич, Л.Т. Соловьева. М.: РУДН, 2004. Вып. 2. С. 208–212.

²⁰ См.: *Арутюнов С.А.* Шариату на Северном Кавказе необходимо создать легальную правовую нишу // *Итоги*. 1999. № 3 (138). С. 14–16.

перекликается с позициями других исследователей, которые уверены в том, что с мусульманским правом не нужно бороться. Его необходимо всесторонне изучить и направить в нужное русло, согласовав с федеральным законодательством²¹. Но никаких аргументов правового характера в поддержку предлагаемой позиции ее приверженцы не приводят.

Юридическое обоснование в пользу или против шариата можно найти в немногочисленных публикациях юристов, которые, однако, придерживаются различных, порой прямо противоположных мнений по данной проблеме. Одни исследователи делают акцент на непреодолимых противоречиях между исламским и российским правом²², снимая тем самым проблему их совместимости. Другие отвергают шариат в принципе, формулируя свою позицию в виде максимы: исламу «да», шариату «нет»²³, что демонстрирует их полное незнание соотношения этих двух феноменов. Из этого подхода вытекает очевидный вывод, который не нуждается в специальной аргументации: ни о каком позитивном взаимодействии шариата с российским законодательством и речи быть не может.

Обращает на себя внимание еще один взгляд на обсуждаемую проблему, который по существу совпадает с отмеченной выше позицией, но опирается на иные концептуальные доводы юридического характера. Он сводит мусульманское право к шариату, трактуя его исключительно в качестве религии. На этом основании шариат, а вслед за ним — и мусульманское право в целом, приверженцы такого понимания не относят к юридическим явлениям²⁴. Правда, прямо они ничего не говорят о соотношении шариата с законодательством. Но для них такого вопроса, очевидно, вообще не существует. Ведь отрицание за мусульманским правом (шариатом) статуса правового феномена, по сути, означает, что у него нет места в правовой системе России.

Вместе с тем выделяются позиции тех отечественных юристов, которые предпринимают попытки найти правовое обоснование возможности и даже необходимости обращения к шариату в современной российской правовой действительности, включения его норм, принципов и институтов в законодательство. Так, А.А. Ливеровский предлагает, пожалуй, самую развернутую концепцию решения данного вопроса на общетеоретическом, историко-правовом и конституционном уровнях применительно к Северному Кавказу²⁵. Ссылаясь на опыт Дагестана, ученый подчеркивает, что на бытовом уровне традиционные нормы, связанные с шариатом и адатом, никогда не исчезали из социальной практики. Такие правила он считает правовыми, а исторически сложившуюся систему местных обычаев и религиозных исламских предписаний называет обычным правом, которое представляет собой социально-нормативную субкультуру народов указанной республики.

²¹ См.: *Старостина С.А.* Указ. соч. С. 77–78.

²² См., напр.: *Петров Э.А.* Государственно-политические конфликты институтов российского и мусульманского права в процессах реализации социальной доктрины ислама: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2003.

²³ См.: *Азаркин Н.* Исламу — «да», шариату — «нет» // *Юридический вестник.* 2000. № 10(240). С. 5; *Давыдов А. И* все-таки шариату — твердое «нет» // *Юридический вестник.* 2000. № 12(242). С. 10.

²⁴ См.: *Раянов Ф.М., Гилязутдинова Р.Х.* Юридическая природа мусульманского права // *Шариат: теория и практика: матер. межрегион. науч.-практ. конференции.* Уфа, 26–28 сентября 2000 г. Уфа: ТАУ, 2000. С. 24–31; *Гилязутдинова Р.Х.* Природа мусульманского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Уфа, 2001.

²⁵ См.: *Ливеровский А.А.* Перспективы претворения шариата и адата в современной России. Махачкала: ИПЦ ДГУ, 2012.

По его мнению, не замечать обычное право или делать вид, что в нашей стране существует единая правовая система, чревато уходом в тень многих реально функционирующих механизмов межнациональных и социальных отношений. Игнорировать обычное право или, что еще хуже, бороться с его применением бесполезно и даже опасно. Ведь подобная недальновидная линия будет лишь создавать основу для национального и религиозного размежевания и даже распространения радикальных мусульманских движений. Поэтому главным автор считает решение проблемы совместимости двух культур, двух цивилизаций в рамках правовой системы России, при обязательном уважении к содержанию субкультур, сложившихся на Северном Кавказе. Соблюдение норм обычного права, которые отражают субкультуру, созданную народом на определенной территории, и его нравственных оснований, исходящих из религиозных предписаний, является необходимым условием выживаемости этого народа.

Данную теоретическую конструкцию исследователь предлагает конкретизировать на конституционном уровне. В частности, он ссылается на ст. 5 Конституции Российской Федерации, в которой говорится о равенстве и самоопределении народов. По мнению А.А. Ливеровского, право на самоопределение включает не только выбор народом своего государственно-правового статуса. Одновременно оно предоставляет народу возможность законодательно обеспечить свое социальное и культурное развитие в рамках правового регулирования сфер общественных отношений, отнесенных к предметам ведения соответствующего субъекта Российской Федерации или совместного ведения Федерации и ее субъектов. Пользуясь этим правом, субъекты Российской Федерации могут наполнять избранную форму самоопределения реальным содержанием, которое должно быть юридическим отражением социально-нормативную субкультуры, сформированной народом субъекта Российской Федерации на своей территории.

На взгляд исследователя, подобной субкультурой в Дагестане является обычное право. Причем уже сейчас Конституция Дагестана закрепляет его особую роль, когда предусматривает, что республика гарантирует защиту прав всех народов и национальных меньшинств, проживающих на ее территории, признает и уважает национально-культурную и историческую самобытность народов Дагестана, создает условия для сохранения и развития их культурных и исторических традиций, а каждому из народов гарантируется равное право на защиту жизненных интересов. Такая защита, полагает А.А. Ливеровский, невозможна без конституционного признания обычного права. Поэтому он задается вопросом: каким образом, оставаясь в рамках Конституции Российской Федерации и максимально используя преимущества федеративного устройства, отразить в конституционном законодательстве особенности субъектов Российской Федерации, связанные с существованием специфических субкультур, которые возникли на их территориях и укрепляются в постсоветской России?

Ученый обсуждает два варианта решения указанной проблемы. Один из них предполагает внедрение в законодательство республик Северного Кавказа норм, которые обеспечивают социальное и культурное развитие их народов, защищают их жизненные интересы, и в то же время не противостоят российской правовой системе в целом. Он считает, что данные нормы должны соответствовать обычаям, традициям, религиозному и социальному укладу, характерному для каждой республики. Речь идет о легализации обычного права, в основном его норм, которые касаются гражданско-правовых отношений.

А.А. Ливеровский считает такой формат неприемлемым. На примере Дагестана он приходит к выводу об отсутствии общего адата дагестанцев и единых исламских ре-

лигиозных предписаний, которыми руководствовались бы все население республики. В условиях полиэтничности и множественности мусульманских традиций включение в законодательство норм одного из местных адатов или положений одной из конкурирующих школ мусульманского права не станет объединяющим фактором, а, напротив, приведет к межэтническому и внутрирелигиозному конфликту.

Поэтому исследователь предлагает иной вариант решения проблемы, основанный на опыте совместного проживания этнических групп и религиозных общин, сложившейся практике урегулирования возникающих между ними конфликтов. Он выступает за создание на уровне субъектов Российской Федерации правовых условий, позволяющих членам этнических или религиозных общин по установленным в законодательном порядке вопросам (в основном, гражданско-правового характера) руководствоваться нормами своего обычного права. А.А. Ливеровский называет их «общинным законодательством». Одновременно предлагается создать двухуровневую систему квазисудебных органов. Первый уровень включает институты разрешения внутренних споров в рамках определенного варианта «общинного законодательства» по добровольным обращениям членов одной общины. На втором уровне действует своего рода согласительный орган, в состав которого входят представители всех зарегистрированных общин. Его полномочия сводятся к проведению примирительных процедур в целях улаживания конфликтов между членами различных общин.

На наш взгляд, концепция А.А. Ливеровского имеет рациональное зерно. В частности, следует согласиться, что власть в российских регионах традиционного распространения ислама не использует в достаточной мере свои конституционные полномочия по предметам ведения субъектов Российской Федерации, а также совместного ведения Федерации и ее субъектов для принятия законодательства, отражающего исторические и культурные традиции проживающих в них народов. Можно поддержать вывод, что ряд норм адата и шариата сохраняет положительный потенциал для защиты интересов этнических и религиозных общин. Некоторые традиционные правила и институты отвечают юридическим критериям и поэтому могут найти свое место в правовой действительности нашей страны, прежде всего, на региональном уровне. Кроме того, вызывает интерес попытка дать конституционное обоснование обращению к шариату и найти правовую формулу его взаимодействия с российским законодательством.

Вместе с тем суждения А.А. Ливеровского о месте шариата в современном российском праве оставляют сомнения в их обоснованности и реалистичности. Это относится, например, к его характеристике адата и шариата. Ученый, на наш взгляд, некритически оценивает и даже идеализирует традиционные нормы, составляющие субкультуру народов ряда регионов Северного Кавказа, которые он называет обычным правом. Автор практически обходит вопрос о том, что среди указанных правил есть не только такие, которые защищают жизненный уклад соответствующих общин и совместимы с российским правом. Многие обычаи и предписания шариата этому критерию никак не отвечают.

Кроме стремления сохранить традиционный уклад и защитить жизненные интересы горцев надо решать и иную проблему — выработать юридически корректное отношение к традиционным нормам, действие которых представляет собой очевидные правонарушения, в том числе и преступления. Понятно, что такие традиции необходимо преодолевать, а не сохранять и защищать, тем более создавать легальные условия для их консервации.

А.А. Ливеровский не останавливается на критериях, отделяющих эти две группы норм адата и шариата друг от друга, а также на контроле над тем, чтобы правонарушающие традиции не получали правовой поддержки даже в косвенном виде. Если система такого контроля (например, в судебном порядке) будет создана и станет работать эффективно и юридически корректно, то она неминуемо должна будет отсеять многие традиционные нормы как противоправные. И это при том, что они могут реально защищать жизненные интересы этнических и религиозных общин, а также сложившиеся у них традиционные модели поведения в целом.

В итоге включение обычного права в правовую систему России в предлагаемом варианте, скорее всего, даст неоднозначные результаты. Наряду с продвижением по пути преодоления противоречий между традиционной социально-нормативной культурой и российским законодательством такая линия может даже усилить указанное противостояние. Традиционный жизненный уклад местных общин практически не изменится, а применение норм адата и шариата, прямо противоречащих официальному законодательству (например, относительно кровной мести, жестоких расправ с нарушителями обычая, ущемления прав женщин), будет продолжаться.

Такая ситуация серьезно не поколеблет общинную обособленность, но наверняка усилит восприятие этническими и религиозными группами собственных традиций в качестве «своего» образа жизни в противовес государственному закону как «чуждому» и даже чуждому порядку. Причем «свои» обычаи окажутся легализованными, хотя и в косвенном виде. В то же время многие из них не просто останутся за пределами правовой системы, но и сохранятся в качестве действующего в обход закона альтернативного регулятора, более значимого в глазах членов общин, нежели позитивное право. В результате с течением времени в жизненном укладе этих групп нужно будет находить нишу уже не для шариата и адата, а для государственного законодательства.

Выдвинутые А.А. Ливеровским предложения относительно законодательного решения проблемы претворения норм адата и шариата также выглядят дискуссионными и даже противоречивыми. В частности, он считает, что региональный законодатель может признать применение таких правил по гражданско-правовым вопросам, в частности, касающимся наследования. Неясно, какие конкретно вопросы имеет в виду автор. Включение традиционных норм по указанным вопросам в законодательство субъектов Российской Федерации противоречит российской Конституции, которая относит принятие гражданского законодательства к ведению Федерации. Если речь идет об обращении к традиционным нормам по тем гражданско-правовым вопросам, по которым законодательство позволяет субъектам правоотношений самим урегулировать свои взаимные права и обязанности, предусматривая лишь диспозитивные правила, то такая возможность имеется уже сейчас. Для этого нет необходимости в дополнительных законодательных мерах.

Кроме того, автор считает, что органы внутриобщинного разрешения конфликтов могут создаваться и функционировать в рамках российского закона о медиации. В нынешних условиях такое предложение вряд ли осуществимо. Во-первых, в этнических и религиозных общинах на Северном Кавказе сложились свои традиционные способы, формы и процедуры улаживания споров, ставшие неотъемлемым элементом местной социально-нормативной субкультуры. Отказ от них в пользу институтов, предусмотренных законом, означает свертывание традиций, которые ученый предлагает защищать, что представляется нелогичным. Во-вторых, использование возможностей, предоставляемых законодательством о медиации, предполагает знание позитивного права

и умение его использовать. Но такого необходимого опыта у общин нет. Похоже, они в нем и не нуждаются.

Безусловно, нужно бережно относиться к местным историческим и культурным традициям, включая выработанную общинами социально-нормативную субкультуру, поддерживать и даже законодательно закреплять те нормы адата и шариата, которые не противоречат действующему законодательству и на самом деле имеют позитивный потенциал. Но одновременно не менее важно — а с позиций российского права даже более актуально — приобщать эти социальные группы к правовым ценностям, стимулировать овладение ими правовыми способами и средствами защиты своих интересов.

А.А. Ливеровский практически обходит вниманием этот центральный вопрос. Показательно, что он видит основную задачу в том, чтобы отразить в законодательстве субъектов Российской Федерации статус местных традиционных социально-нормативных культур, а не в решении проблемы их взаимодействия с российским правом в целом. Получается, что концепция автора нацелена на законодательное признание обычного права, а не на поиск путей его совместимости с позитивным правом.

Между тем в правовом поле при конкуренции различных социально-нормативных культур приоритет должен принадлежать юридическому началу. Если этнические и религиозные группы могут отдавать предпочтение другим правилам, то у государства нет иного выбора, кроме поддержки правовых ценностей перед лицом альтернативных регуляторов. Такая стратегия, исходящая из приоритета правовых ценностей, даст двойной эффект. Во-первых, появится надежда на утверждение правовых начал в общинах, которые составляют часть российского общества и живут в России, провозглашенной ее Конституцией правовым государством. Во-вторых, приобщение к правовой культуре позволит тем же общинам юридически грамотно и эффективно применять собственные традиционные нормы адата и шариата в рамках действующего законодательства или, по крайней мере, без его нарушения. Иными словами, использование таких правил в рамках российского права требует юридической грамотности. Хочешь соблюдать предписания шариата при решении правовых вопросов и в целях защиты своих прав, где бы ты ни находился, в том числе за пределами своей общины, — овладевай правовой культурой, приобретай юридические знания и опыт.

Главное в решении вопроса о соотношении традиционных норм и российского законодательства состоит в точке отсчета, определении приоритетов. Если основную цель видеть в сохранении традиционного уклада жизни этнических и религиозных общин, то позитивное право оказывается второстепенным, поскольку ему отводится роль инструмента, призванного обеспечить действие норм адата и шариата. В том же случае, когда главное усматривается в утверждении правовых начал, в действительном превращении России в правовое государство, проблема сводится не к защите традиций любой ценой вне зависимости от их содержания. Она состоит в корректном и юридически грамотном отношении к ним, принципиальном отграничении норм адата и шариата, совместимых с современным российским правом, от таких форм традиционных социальных связей, которые противоречат позитивному праву. А также в том, чтобы найти правовые инструменты и формы, позволяющие реально вывести позитивные традиционные нормы из тени и отвести им подобающее место в правовом развитии России с учетом всех параметров ее правовой системы.

Принимая во внимание данные критерии, следует прийти к выводу, что реализация предложений А.А. Ливеровского может дать ограниченный эффект. Безусловно, в кон-

ституционном законодательстве республик Северного Кавказа вполне логично в более четкой форме закрепить возможность местных общин следовать своим традициям в регулировании некоторых вопросов. Наверное, признание в такой форме традиционных норм на конституционном уровне может иметь определенное правовое значение. Но, скорее всего, более оправданно говорить о политическом и психологическом эффекте, смысл которого — показать, что власть с уважением относится к национальным традициям и обычаям и еще раз подтверждает возможность использования норм адата и шариата в рамках действующего законодательства.

Данный момент высвечивает еще одну особенность позиции А.А. Ливеровского. Он рассматривает проблему места адата и шариата в правовой системе нашей страны лишь применительно к республикам традиционного распространения ислама, а также — и это главное — ограничивает ее законодательным признанием традиционных норм (обычного права), которые в его концепции занимают центральное место.

Близкие по своей направленности мысли развивают З.Х. Мисроков и Т.З. Мисроков²⁶ Они анализируют категорию традиций в контексте законодательного регулирования системы местного самоуправления. Авторы полагают, что регулирование этой системы должно ориентироваться не только на сугубо правовые критерии, а принимать во внимание также нравственные и культурные принципы, исторические и национальные традиции, этнокультурный уклад жизни населения. Все это представляет собой необходимую духовную предпосылку соответствующего законодательства, которое призвано претворять данные ценности.

Со ссылкой на закон «Об общих принципах организации и деятельности местного самоуправления в Российской Федерации» исследователи делают акцент на том, что цели этой системы охватывают стабилизацию межнациональных отношений и обеспечение жизненных потребностей и интересов населения. Одновременно они отмечают неоднократно заявлявшуюся линию российской власти на поддержку институтов, которые являются носителями традиционных ценностей, исторически доказали свою способность передавать их из поколения в поколение. В подтверждение данного вывода приводится Указ Президента Российской Федерации о стратегии государственной национальной политики от 19 декабря 2012 г., в котором среди принципов такой политики отмечается взаимное уважение традиций и обычаев народов России, а также преемственность исторических традиций.

При этом подчеркивается, что в российской науке пока не сложилась общепринятая юридическая трактовка исторических и иных местных традиций, упоминаемых в действующем законодательстве. Вместе с тем ученые полагают, что указанные традиции можно считать правовой категорией и культурно-правовым феноменом. На их взгляд, поскольку во многих регионах России как федеративном государстве сложилась своя специфическая культура с правовой составляющей, правовой статус исторических традиций применительно к местному самоуправлению представляет собой не пустую декларацию, а юридический императив. Отсюда правовые нормы об учете исторических традиций относятся к демократическим принципам организации местного самоуправления, являются ее неотъемлемым элементом.

²⁶ См.: Мисроков З.Х., Мисроков Т.З. Исторические традиции как конституционная категория: вопросы институционализации в контексте местного самоуправления // Актуальные проблемы теории и практики конституционного судопроизводства (вып. VIII): сб. науч. тр. Казань: ООО «Офсет-сервис», 2013. С. 313–318.

Рассуждая об исторических традициях, З.Х. Мисроков и Т.З. Мисроков в прямой форме не упоминают нормы адата и шариата. Однако когда речь идет о российских регионах распространения ислама, указанные нормы должны рассматриваться в качестве важнейшей части исторических традиций. Понятно, что если авторы относят данные традиции к правовым основам организации и деятельности системы местного самоуправления, они, естественно, исходят из их совместимости с российским правом. Само собой разумеется, что это распространяется и на шариат в той мере, в какой он является стержнем исторических традиций в ряде российских регионов.

Между тем проблема совместимости шариата с современным российским правом не может рассматриваться лишь на региональном уровне и сводиться к законодательному признанию традиционных норм в той или иной форме. Она должна ставиться значительно шире — не только в масштабах отдельных регионов, а на уровне российской правовой системы в целом. Обычай и нормы шариата значимы для всех мусульман нашей страны вне зависимости от того, где они живут. Вопрос о совместимости этих регуляторов с позитивным правом должен решаться в масштабах всей правовой системы. Тем более что, в отличие от традиционных норм, которые характеризуются партикуляризмом и разнообразием, правовая жизнь нашего государства в целом строится по общим принципам даже с учетом его федеративного устройства. Единство правовой системы исключает решение проблемы традиционных социально-нормативных субкультур на уровне одного или нескольких субъектов Российской Федерации в такой форме, которая противоречит ее общим принципам и основам.

Формы взаимодействия шариата с российским законодательством

Проведенный анализ позволяет выделить несколько вариантов взаимодействия шариата с действующим законодательством, а значит — дать принципиальный ответ на вопрос о его совместимости с современным российским правом. На наш взгляд, различаются три основные такие формы.

Прежде всего, имеется опыт прямого включения норм и институтов шариата в современное российское законодательство. Правда, как уже отмечалось, он пока сводится к единственному образцу — упоминанию вакуфного имущества в законодательстве Татарстана о свободе совести. Однако подобную практику в принципе нельзя исключать. На наш взгляд, прямое закрепление отдельных норм шариата в нормативно-правовых актах не противоречит общим принципам российского законодательства и в целом допустимо при соблюдении определенных условий. Для осуществления религиозных прав мусульман, гарантированных (как и прав других верующих) ст. 28 Конституции Российской Федерации, обращение к шариату просто неизбежно. Культурные вопросы в области исполнения мусульманами своих религиозных обязанностей регулируются шариатом, а многие из них напрямую касаются права. Поэтому конкретные организационно-правовые меры (направленные на создание условий для совершения молитвы, осуществление паломничества, соблюдение поста и т.д.) должны приниматься органами власти с учетом соответствующих шариатских предписаний. Но дело не ограничивается религиозно-культурными вопросами.

Следует сразу оговориться, что законодательное закрепление норм шариата может иметь место при соблюдении двух важных взаимосвязанных условий. Первое — по-

следовательно правовой подход к отбору и использованию исламского социально-нормативного наследия. Для России, где мусульмане составляют конфессиональное меньшинство, а государство имеет светский характер, единственно приемлемым является освоение не шариата вообще, а именно исламского права, той стороны шариата, которая отвечает юридическим критериям. Светская правовая система может воспринять лишь те элементы исламского образа жизни, которые в нее вписываются, а значит — напрямую не связаны с религией и представлены мирскими правилами поведения²⁷. При таком условии обращение к нормативному наследию ислама дает возможность использовать опыт исламского права как оригинальной правовой системы, не нарушая светского характера государства.

Вторым условием освоения достижений исламской правовой культуры в виде прямого включения норм шариата в законодательство является их совместимость с общими началами российской правовой системы, прежде всего — конституционными. При этом речь идет не только о соответствии положений шариата указанным началам, но и о том, чтобы включаемые в законодательство принципы и нормы шариата гармонично вписывались в правовую систему России по своим технико-юридическим, структурным характеристикам. О том, что такая адаптация реальна, свидетельствует опыт современных мусульманских стран, изучение которого весьма актуально для России²⁸. При соблюдении указанных условий учет отдельных норм, принципов, институтов исламского права и включение их в правовую систему европейского образца — вполне вероятная перспектива развития законодательства ряда республик в составе Российской Федерации.

В связи с этим специального внимания заслуживает так называемый личный статус — отрасль исламского права, регулирующая важнейшую сторону правового положения мусульман. Предметом данной отрасли являются брачные, семейные и наследственные отношения, взаимные обязанности родственников, опека, попечительство и некоторые другие, примыкающие к ним вопросы. Поскольку большинство норм о личном статусе содержатся в основополагающих источниках шариата — Коране и Сунне, — для мусульман они имеют особое значение. Важно подчеркнуть, что и за другими конфессиями ислам признает право строить аналогичные отношения (прежде всего, брачно-семейные) в соответствии с принятыми у них правилами. Причем регулирование личного статуса по конфессиональному признаку характерно не только для современного мусульманского мира, но и для ряда других государств, например, для многих африканских стран, включая ЮАР, а также для Израиля, Индии и даже отдельных регионов Греции, где мусульмане в брачно-семейных отношениях придерживаются норм исламского права, закрепленных в специальном законодательстве.

В России личные неимущественные отношения не поставлены в зависимость от вероисповедания заинтересованных лиц, но это не означает, что отдельные положения данной отрасли исламского права не могут быть использованы. Российская Конституция в принципе такую возможность допускает, относя семейные вопросы к области совместного ведения федерации и ее субъектов. Как уже отмечалось, Конституция Ингушетии уже предусматривает, что граждане республики имеют право на вступление в брак и построение семейных отношений на основе действующего законодательства

²⁷ См.: Сюкияйнен Л.Р. Исламское право: взаимодействие юридического и религиозного начал.

²⁸ См.: Сюкияйнен Л.Р. Исламское право в правовых системах мусульманских стран: от доктрины к законодательству // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2008. № 2. С. 97–109.

и с учетом национальных традиций и обычаев. Очевидно, подобный принцип должен быть закреплен и в республиканском семейном законодательстве, которое одновременно вполне может предусмотреть и ряд конкретных шариатских норм. Конечно, только при том условии, что институт полигамии, который, безусловно, защищает традиционный жизненный уклад многих местных этнических и религиозных общин, не может быть признан, поскольку противоречит федеральному закону.

Это позволяет республикам с преобладающим мусульманским населением принимать по указанным вопросам законы, учитывающие отдельные положения шариата. Понятно, что речь идет о закреплении именно правовых принципов и норм, а не о регулировании семейных отношений по религиозному признаку. Примером может служить брачный договор, тщательно разработанный в исламском праве, выводы которого вполне могут использоваться в законодательстве субъектов Российской Федерации для детального регулирования данного института семейного права.

Вероятно, подобный подход может быть распространен и на некоторые другие вопросы, касающиеся предмета ведения субъектов Российской Федерации или совместного ведения Федерации и ее субъектов. Так, перспективным представляется опыт решения вопросов опеки, попечительства и благотворительности в исламском праве. Примечательно, что хотя они считаются институтами личного статуса, регулирующее их законодательство во многих мусульманских странах распространяется на всех граждан вне зависимости от конфессиональной принадлежности и не воспринимается как закрепление религиозных постулатов. Это косвенно подтверждает правовой характер указанных институтов.

Для регулирования благотворительной деятельности несомненный интерес может представить уже упоминавшийся институт вакфа. Отточенный исламской правовой доктриной статус имущества, изъятого из оборота и предназначенного для использования в благотворительных целях, на протяжении столетий широко использовался для поддержки образования и науки, а в настоящее время применяется и для финансирования социальных программ. Причем исламское право значительно эффективнее, нежели действующее российское законодательство, регулирует правовой статус и взаимные права и обязанности трех основных сторон благотворительной деятельности — донора, выгодополучателя и лица, уполномоченного управлять вакуфным имуществом.

Определение направлений потенциального использования исламской правовой культуры в форме закрепления в законодательстве норм шариата требует детального изучения исторического опыта действия исламского права, в том числе и в России, а также новейших достижений современной исламской правовой мысли, которые отвечают правовым критериям и могут быть востребованы правовой системой нашей страны.

К примеру, необходим тщательный анализ российского гражданского, коммерческого и иного законодательства для определения возможности введения в него отражающих шариатские принципы норм, обеспечивающих организацию и деятельность исламских предпринимательских структур, прежде всего банков и страховых компаний. Следует иметь в виду, что в последние десятилетия исламские банки получили распространение не только в мусульманском мире, но и во многих западных странах. Казалось бы, исламское право, известное запретом на получение процентов за предоставление кредита или просрочку погашения долга, противоречит принципам современной банковской деятельности. Однако занявшие несколько лет сравнительно-правовые исследования способствовали тому, что сделкам, осуществляемым исламскими банками, была прида-

на форма, которая, с одной стороны, соответствует требованиям европейского банковского права, а с другой — не отходит от основополагающих принципов шариата.

Правда, для этого необходимо преодолеть общее априорно негативное отношение к шариату как абсолютно неприемлемому для России феномену. Необходимо признать, что такая отрицательная оценка преобладает в российском общественном мнении. Ее разделяют и некоторые российские государственные учреждения, которые безоговорочно отрицают даже теоретическую возможность включения любых шариатских норм в российскую правовую систему. В обоснование указанной позиции приводятся различные аргументы правового характера. Пожалуй, основной из них сводится к тому, что признание шариата в любой форме противоречит российской Конституции. Ведь она провозглашает светский характер государства и его отделение от религии, в то время как шариат — религиозное явление.

С этим постулатом тесно связано и другое возражение юридического плана, которое делает акцент на невозможности существования в России «лоскутной» правовой системы, действующей — пусть и по отдельным вопросам — по конфессиональному признаку, что нарушает единство такой системы. Данный тезис принимает за аксиому, что любое использование шариатской культуры на уровне правовой системы обязательно приведет к ее разделу по религиозному принципу, т.е. исходит из принадлежности исламского права к религии.

При этом не принимается в расчет, что определенная часть шариата, которая может быть названа исламским правом, носит правовой, юридический характер и не является неотъемлемым элементом религии. Поэтому обращение к этой стороне шариата отнюдь не посягает на закрепленный конституцией светский характер государства и единство правовой системы, а имеет своей целью использование позитивного опыта другой правовой системы.

Очень важный в теоретико-правовом отношении аргумент против признания шариата исходит из невозможности сочетания и тем более объединения в рамках национальной правовой системы элементов, принадлежащих к различным правовым культурам — европейской и исламской, точнее — из неприемлемости включения в европейскую по своим юридическим параметрам правовую систему положений шариата. Между тем исламское право вполне эффективно взаимодействует с европейской правовой культурой, о чем свидетельствует опыт правовых систем многих арабских стран, ориентирующихся на европейскую правовую традицию²⁹.

Хотя отторжение шариата мотивируется не вполне убедительными в правовом отношении аргументами, отличается преобладанием эмоциональных предвзятых суждений и поверхностных политизированных характеристик, российская власть на федеральном уровне склонна смотреть на шариат практически однозначно критически. Для подтверждения данного заключения достаточно вспомнить не совсем адекватную раздраженную реакцию государственных структур на инициативу создания шариатских судов в городах Санкт-Петербург и Москва несколько лет назад. Органы прокуратуры даже проводили соответствующие проверки и предупреждали инициаторов таких проектов о вероятности привлечения их к ответственности за экстремистскую деятельность. К сожалению, практически никто из представителей власти даже не вспомнил, что в России действует законодательство о третейских судах и медиации, в рамках ко-

²⁹ См.: Сюкияйнен Л.Р. Взаимодействие исламской и европейской правовых культур: современный опыт // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 2. 2009. С. 171–188.

тогого вполне могут создаваться и функционировать институты разрешения споров, использующие шариатские нормы, принципы и процедуры.

Показательной является также позиция Генеральной прокуратуры, которая склонна видеть в любом упоминании шариата в уставах мусульманских религиозных организаций нарушение действующего законодательства. В обоснование такого вывода приводится, казалось бы, убедительный аргумент юридического характера — позиция Европейского суда по правам человека. В частности, упоминается его известное решение 2003 г. по иску турецкой партии Рефах. В нем, действительно, говорится, что нормы шариата несовместимы с фундаментальными принципами демократии и явно противоречат системе ценностей, закрепленных Европейской конвенцией прав человека и основных свобод (1950).

Однако такая характеристика шариата неразрывно связана с оценкой судом деятельности указанной партии, которая ставила своей целью ликвидацию светского государства и создание правовой системы, построенной на дискриминации граждан по религиозному признаку. Поэтому она никак не может распространяться на шариат в целом как на исламскую социально-нормативную культуру. Известно, что ее достижения в свое время обогатили европейское право. Они и сейчас применяются в Европе, допускаются соответствующими государственными органами, включая суды. Однако органы прокуратуры игнорируют данное обстоятельство, не проявляют желания провести точный юридический анализ данной проблемы.

Представляется, что такой ограниченный и очевидно односторонний взгляд на шариат не помогает дать корректный в правовом отношении ответ на вопрос о перспективах шариата и исламского права в правовом развитии современной России. Он наглядно демонстрирует, что российские властные структуры в целом пока не проявляют готовности и умения посмотреть на шариат с последовательно юридических позиций и обнаружить в нем правовое начало, которому есть место в российской правовой системе.

Другая форма взаимодействия шариата с законодательством представлена общей ссылкой на исторические и местные традиции, содержащейся в ряде актов. Примером является уже отмечавшееся положение Конституции Ингушетии относительно регулирования семейных вопросов с учетом традиций и обычаев, к которым в данной республике, несомненно, принадлежит шариат. В этом же ряду стоит упоминание исторических и иных местных традиций в законе об общих принципах организации и деятельности местного самоуправления в Российской Федерации, что применительно к отдельным регионам, где издавна утвердился ислам, вполне может толковаться как косвенное признание предписаний шариата.

Такая трактовка касается даже Конституции Российской Федерации, которая предусматривает, что местное самоуправление осуществляется на всей территории России с учетом исторических и иных местных традиций. Аналогичным образом допустимо трактовать и ссылку на местные традиции и обычаи в законодательстве о коренных малочисленных народах, если речь идет о народах, исповедующих ислам.

Представляется, что при юридически корректном понимании данные законодательные положения могут использоваться для признания в той или иной форме норм шариата, совместимых с современным российским правом. Вместе с тем, такой вывод может быть поставлен под сомнение на основании приведенных выше аргументов против возможности обращения к шариату в принципе. Однако эти возражения оказываются беспочвенными применительно к еще одной форме взаимодействия шариата с современным российским правом, которая пока практикуется в ограниченных рамках.

Речь идет об обращении к положениям шариата в сфере действия диспозитивных норм законодательства. С позиции права данная ситуация может квалифицироваться как использование таких норм, а с точки зрения шариата — реализация его предписаний. Примером может служить оформление своих сделок исламскими страховыми компаниями, которые действуют в рамках российского законодательства и одновременно используют предусмотренные им возможности для соблюдения требований шариата. На аналогичных началах осуществляется выпуск исламских банковских карт или ценных бумаг.

Российское законодательство может использоваться для реализации норм шариата и в других вариантах. При этом современная исламская правовая мысль рекомендует следовать принципу: если позитивное право формально не допускает действие шариата по какому-либо вопросу, то надо разработать альтернативное решение, которое не будет противоречить закону и в то же время позволит реализовать шариатское предписание в максимально возможной степени. Причем достижение цели такого положения важнее соблюдения формы.

Так, российское законодательство расходится с нормами шариата, устанавливающими точную долю имущества, наследуемого определенными категориями наследников. Одновременно шариат предусматривает, что относящиеся к данным категориям лица не могут наследовать по завещанию. Но это не мешает в принципе реализовать указанные шариатские правила по их смыслу, не нарушая закона. Например, в завещании можно предусмотреть передачу своего имущества после смерти в соответствии с шариатскими правилами, в том числе, и относительно наследников, чья доля заранее определена. Но для этого наследодатель должен уметь составить такое завещание, а наследник — соблюсти все установленные законом требования для принятия наследства и реального получения завещанного имущества.

Рассмотренные формы взаимодействия шариата с действующим законодательством свидетельствуют, что шариат при определенных условиях совместим с современным российским правом. Такой вывод опирается на практический опыт, выводы теории права и сравнительного права, положения действующего законодательства и общие основы правовой системы нашей страны. Правда, чтобы владеть всеми возможными способами реализации шариата в российской правовой жизни, в том числе и в области действия диспозитивных норм, требуются знание права и умение использовать предписания законодательства. Для этого в правовом отношении значительно продуктивнее работать над повышением уровня правовой культуры мусульман и их организаций, нежели добиваться законодательного признания норм шариата. Без грамотного в юридическом отношении обращения с позитивным правом закрепление в законе в прямой или косвенной форме указанных норм останется пустой буквой.

Важно отметить, что требование корректно в правовом отношении анализировать взаимодействие шариата с российским правом следует адресовать и государственным структурам, включая органы прокуратуры. В то же время им, как и мусульманскому сообществу России, не хватает знаний подходов современной исламской правовой мысли к шариату и его взаимодействию с современным позитивным правом в светском государстве, что должно стать предметом самостоятельного исследования.

Овладение достижениями современного исламского правоведения даст дополнительные основания для положительного ответа на вопрос, поставленный в названии настоящей статьи.



Библиография

- Абашин С.Н. Многоженство запретить нельзя разрешить? // Юридическая антропология. Закон и жизнь. М.: Стратегия, 2000. С. 101–115.
- Абдулаев М.М. К вопросу о роли шариата в современном дагестанском обществе // Вестник Российской правовой академии. 2007. № 4. С. 3–8.
- Азаркин Н. Исламу — «да», шариату — «нет» // Юридический вестник. 2000. № 10 (240). С. 4–8.
- Албаков Д.Х. О применении шариата в Республике Ингушетия // Ислам и право в России. Вып. 2. М.: РУДН, 2004. С. 81–84.
- Албогачиева М.С.-Г. Конференция мусульман Республики Ингушетия // Антропологический форум № 14. Режим доступа: http://www.intelros.ru/pdf/Antropo_Forum_online/2011_14/albogachieva2_link.pdf (дата обращения — 19 июля 2014 г.).
- Албогачиева М.С.-Г. Особенности взаимодействия российской судебно-правовой системы и традиционных правовых институтов ингушского общества (XIX—XXI вв.) // Общество как объект и субъект власти. Очерки политической антропологии Кавказа. СПб.: Петербургское Востоковедение, 2012. С. 142–207.
- Арутюнов С.А. Шариату на Северном Кавказе необходимо создать легальную правовую нишу // Итоги. 1999. № 3 (138). С. 14–16.
- Бабич И.Л. Идеологический фундамент возрождения обычного и мусульманского права в Кабардино-Балкарии // Ислам и право в России. Вып. 2. М., 2004. С. 186–196.
- Бабич И.Л. Формирование правового плюрализма в советское и постсоветское время на Северо-западном Кавказе // Юридическая антропология. Закон и жизнь. М.: Стратегия, 2000. С. 116–127.
- Бабич И.Л. Эволюция правовой культуры адыгов (1860–1990-е годы). М.: Ин-т этнологии и антропологии РАН, 1999.
- Бакиров Р.Н. Полигамия в условиях современного российского законодательства // Шариат: теория и практика: матер. Межрегион. науч.-практ. конференции. Уфа: ТАУ, 26–28 сентября 2000 г. Уфа, 2000. С. 20–24.
- Благодарительность в России: исторический опыт, проблемы возрождения традиций и перспективы развития. Казань: Ин-т истории им. Ш. Марджани АН РТ, 2008.
- Бобровников В.О. Археология строительства исламских традиций в дагестанском колхозе // Ab Imperio. 2004. № 3. С. 563–593.
- Бобровников В.О. Ислам, власть и общество в бывшем колхозе: дагестанский случай // Общество как объект и субъект власти. Очерки политической антропологии Кавказа. СПб.: Петербургское Востоковедение, 2012. С. 9–31.
- Бобровников В.О. Ислам и советское наследие в колхозах Северо-Западного Дагестана // Этнографическое обозрение. 1997. № 5. С. 132–142.
- Бобровников В.О. Колхоз как хранитель исламского уклада // Ваш выбор. 1996. № 3. С. 18–23.
- Бобровников В.О. Шариатские суды и правовой плюрализм в Советском Дагестане // Этнографическое обозрение. 2001. № 3. С. 77–91.
- Боронбеков С. Шариат. М.: МВД России, 2002.
- Гилязутдинова Р.Х. Природа мусульманского права: автореф. дис. ... канд. юр. наук. Уфа, 2001.
- Давыдов А. И все-таки шариату — твердое «нет» // Юридический вестник. 2000. № 12 (242). С. 20–25.
- Керимов Г.М. О возможности применения некоторых норм мусульманского права и шариата в регионах Северного Кавказа и Поволжья // Ислам и право в России. Вып. 2. М.: РУДН, 2004. С. 208–212.
- Ливеровский А.А. Перспективы претворения шариата и адата в современной России. Махачкала: ИПЦ ДГУ, 2012.
- Мисроков З.Х., Мисроков Т.З. Исторические традиции как конституционная категория: вопросы институционализации в контексте местного самоуправления // Актуальные проблемы теории и практики конституционного судопроизводства. Вып. VIII. Казань: Офсет-Сервис, 2013. С. 313–318.

Петров Э.А. Государственно-политические конфликты институтов российского и мусульманского права в процессах реализации социальной доктрины ислама: автореф. дис. ... канд. юр. наук. Ростов н/Д, 2003.

Пчелинцев А.В. Опыт правовой защиты российских мусульман // Ислам и право в России. Вып. 1. М.: РУДН, 2004. С. 196–198.

Раянов Ф.М., Гилязутдинова Р.Х. Юридическая природа мусульманского права // Шариат: теория и практика: матер. Межрегион. науч.-практ. конференции. Уфа, 26–28 сентября 2000 г. Уфа: ТАУ, 2000. С. 24–31.

Ситдыкова Г.Р. Шариат и социальные проблемы современной женщины // Шариат: теория и практика: матер. Межрегион. науч.-практ. конференции. Уфа, 26–28 сентября 2000 г. Уфа: ТАУ, 2000. С. 181–184.

Старостина С.А. Шариат в истории российского государства: объективная закономерность или парадокс. Калининград: КЮИ МВД России, 2002.

Сюкияйнен Л.Р. «Арабская весна» и исламская правовая мысль // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2013. № 1. С. 16–37.

Сюкияйнен Л.Р. Взаимодействие исламской и европейской правовых культур: современный опыт // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 2. 2009. С. 171–188.

Сюкияйнен Л.Р. Исламская и европейская правовые культуры: формы взаимодействия и перспективы на Кавказе // Государство и право народов Кавказа: проблемы становления и развития. Ростов н/Д, 2012. С. 9–21.

Сюкияйнен Л.Р. Исламская правовая мысль против экстремизма и терроризма // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2011. № 1. С. 24–43.

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

Сюкияйнен Л.Р. Исламское право: взаимодействие юридического и религиозного начал // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 1. 2007. С. 97–106.

Сюкияйнен Л.Р. Право, религия, традиции, политика: конфликт или взаимодействие? (на примере ислама и мусульманских меньшинств в Европе) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 4. С. 23–46.

Теунов М.К. Шариат в процессе трансформации традиционных правовых институтов на Северном Кавказе // Право и безопасность. 2010. № 3. С. 102–105.

Хачилаев Н. Союз мусульман России. Ответственность, политика и ислам. У правителей не должно быть чувства вседозволенности и бесконтрольности // Независимая газета. 1997. 27 сентября. С. 5–7.

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

Makarov D. Enacting the Sharia Laws in a Dagestani Village // ISIM Newsletter. 1998. No 1. P. 19.

Is Islamic Shariat Compatible with Contemporary Russian Law?



Leonid Syukiyaynen

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



Abstract

The article is devoted to analysis of the forms of interaction between Shariat and legislation in action as well as compatibility of Shariat with contemporary Russian law in general. The author touches several reasons of increasing interest to the role which Shariat plays in legal development of Russia. Among these reasons he pays attention to the up-going process of renaissance of Islam, social and political activity of Muslim communities outside the regions where Islam is traditionally spread, the existing threat of Islamic extremism, increasing influence of Shariat upon political and legal development of the Muslim world. Also there are numerous conflicts linked with Muslim minorities in the West which contribute a lot to the interest paid to Shariat.

Several modes of referring to Shariat can be differentiated as far as its correlations with positive legislation are concerned. One of them manifests itself in the actions of Muslim separatists and extremists who directly oppose Shariat to the Russian law. Another mode provides for including of Shariat norms in the official legislation. There is one more form of the above mentioned correlation which is related with the action of Shariat as alternative regulator without opposing it to the official state law.

There is no one definite justification for the realization of Shariat provisions. For instance Muslim radicals refer only to religious arguments to fulfil their plans aiming at replacing official legislation by Shariat. Some Russian scientists call for legalizing of Shariat norms but they do not put down any legal grounds or justification for their proposals. Russian jurists have different approaches to this issue. Some authors elaborate general conceptions which key point is legal recognition of local traditions and customs including Shariat norms. As a rule these theories concern Russian regions of Northern Caucasus.

The author examines several patterns of possible correlation between Shariat and state legislation. The first one is represented by the direct inclusion of Shariat norms into the legislation. The Russian law provides for such implementation under some conditions. The leading one is choosing among Shariat provisions those which meet criteria of legal norm and can be considered as Islamic law in proper sense. The other form of the correlation mentioned above manifests itself in legal acts which refer to the historical and local traditions. It means in indirect form the possibility of implementation of some Shariat norms. Besides that Shariat provisions can be used for solving issues which are provided for by dispositive norms of state legislation. Generally the author gives positive answer to the question put in the title of the article.



Keywords

Shariat, legislation, Russian law, modes of Shariat norms implementation, historical and local traditions, adat, polygamy, waqf, Shariat court, local government, dispositive norms.

Citation: Syukiyaynen L. (2014) Is Islamic Shariat Compatible with Contemporary Russian Law? *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 4–30. (in Russian)



References

- Abashin S.N. (2000) *Mnogozhenstvo zapretit' nel'zya razreshit'?* [Polygamy: allowed or forbidden]. *Yuridicheskaya antropologiya. Zakon i zhizn'* [Legal Anthropology. Law and Life], Moscow: Strategiya, pp. 101–115. (in Russian)
- Abdulaev M.M. (2007) *K voprosu o roli shariata v sovremennom dagestanskom obshchestve* [To the Issue of the Role of Sharia in Modern Dagestani society]. *Vestnik Rossiyskoy pravovoy akademii*, no 4, pp. 3–8.
- Azarkin N. (2000) *Islam — «da», shariatu — «net»* [Islam — yes, Sharia — no]. *Yuridicheskiy vestnik*, no 10 (240), pp. 4–8.

- Albakov D.Kh. (2004) O primeneni shariata v Respublike Ingushetiya [On Applying Sharia in Ingushetia]. *Islam i pravo v Rossii* [Islam and Law in Russia], no 2, Moscow: PFUR, pp. 81–84.
- Albogachieva M.S.-G. Konferentsiya musul'man Respubliki Ingushetiya. Antropologicheskii forum no 14. Available at: http://www.intelros.ru/pdf/Antropo_Forum_online/2011_14/albogachieva2_link.pdf accessed 19.07.2014.
- Albogachieva M.S.-G. (2012) Osobennosti vzaimodeystviya rossiyskoy sudebno-pravovoy sistemy i traditsionnykh pravovykh institutov ingushskogo obshchestva (XIX—XXI vv.) [Features of the Interaction of Russian Legal System and Traditional Legal Institutions of Ingushi Society (19–21 centuries)]. *Obshchestvo kak ob"ekt i sub"ekt vlasti. Ocherki politicheskoy antropologii Kavkaza* [Society as a Subject and Object of Power. Essays on Political Anthropology of the Caucasus]. Saint Petersburg: Peterburgskoe Vostokovedenie, pp. 142–207.
- Arutyunov S.A. (1999) Shariatu na Severnom Kavkaze neobkhodimo sozdat' legal'nyuyu pravovuyu nishu [Sharia in North Caucasus Requires a Legal Niche]. *Itogi*, no 3 (138), pp. 14–16.
- Babich I.L. (2004) Ideologicheskii fundament vozrozhdeniya obychnogo i musul'manskogo prava v Kabardino-Balkarii [Ideological Basis for Common and Muslim Law in Kabardino Balkaria]. *Islam i pravo v Rossii* [Islam and Law in Russia], no 2, Moscow, pp. 186–196.
- Babich I.L. (2000) Formirovanie pravovogo plyuralizma v sovetskoe i postsovetskoe vremya na Severo-zapadnom Kavkaze [Legal Pluralism in Soviet and Post soviet times in North Western Caucasus]. *Yuridicheskaya antropologiya. Zakon i zhizn'* [Legal Anthropology. Law and Life]. Moscow: Strategia, pp. 116–127.
- Babich I.L. (1999) *Evolutsiya pravovoy kul'tury adygov (1860-1990-e gody)* [Evolution of Legal Culture among Adygean People (1860s — 1990s)]. Moscow: Institute of Ethnology and Anthropology. (in Russian)
- Bakirov R.N. (2000) Poligamiya v usloviyakh sovremennogo rossiyskogo zakonodatel'stva [Poligamy under Modern Russian Law]. *Proceedings of International Research Conference Sharia: Theory and Practice*. September 26–28, 2000, Ufa: TAU, pp. 20–24.
- Institute of History named. S. Mardzhani AS RT *Blagotvoritel'nost' v Rossii: istoricheskii opyt, problemy vozrozhdeniya traditsiy i perspektivy razvitiya*. (2008) [Charity in Russia: historical Experience, problems of reviving Traditions and Perspectives]. Kazan'.
- Bobrovnikov V.O. (2004) Arkheologiya stroitel'stva islamskikh traditsiy v dagestanskom kolkhoze [Archeology of Constructing Islamic Traditions in Dagestani Kolkhoz]. *Ab Imperio*, no 3, pp. 563–593.
- Bobrovnikov V.O. (2012) Islam, vlast' i obshchestvo v byvshem kolkhoze: dagestanskii sluchay [Islam, Power and Society in the former Kolkhoz: A Daghestani Case]. *Obshchestvo kak ob"ekt i sub"ekt vlasti. Ocherki politicheskoy antropologii Kavkaza*. Saint Petersburg: Peterburgskoe Vostokovedenie, pp. 9–31.
- Bobrovnikov V.O. (1997) Islam i sovetskoe nasledie v kolkhozakh Severo-Zapadnogo Dagestana [Islam and Soviet Heritage in the Kolkhozs of Northwestern Dagestan]. *Etnograficheskoe obozrenie*, no 5, pp. 132–142.
- Bobrovnikov V.O. (1996) Kolkhoz kak khranitel' islamskogo ukhada [Kolkhoz as a guardian of Islamic traditions]. *Vash vybor*, no 3, pp. 18–23.
- Bobrovnikov V.O. (2001) Shariatskie sudy i pravovoy plyuralizm v Sovetskom Dagestane [Sharia Courts under Legal Pluralism in Soviet Dagestan]. *Etnograficheskoe obozrenie*, no 3, pp. 77–91.
- Boronbekov S. (2002) *Shariat* [Sharia]. Moscow: RF Ministry of Internal Affairs. (in Russian)
- Gilyazutdinova R. Kh. (2001) *Priroda musul'manskogo prava* [Nature of Muslim Law. (PhD Thesis), Ufa: Bashkir State University.
- Davydov A. (2000) I vse-taki shariatu – tverdoe «net» [A Flat No to Sharia]. *Yuridicheskii vestnik*, no 12 (242), pp. 20–25.
- Kerimov G.M. (2004) O vozmozhnosti primeneniya nekotorykh norm musul'manskogo prava i shariata v regionakh Severnogo Kavkaza i Povolzh'ya [On possible application of some norms of Muslim Law and Sharia in North Caucasus]. *Islam i pravo v Rossii* [Islam and Law in Russia], no 2, Moscow: PFUR, pp. 208–212.
- Liverovskiy A.A. (2012) *Perspektivy pretvoreniya shariata i adata v sovremennoy Rossii* [Perspectives of Sharia and Adat in Modern Russia]. Makhachkala: IPC DGU. (in Russian)

- Misrokov Z.Kh., Misrokov T.Z. (2013) Istoricheskie traditsii kak konstitutsionnaya kategoriya: voprosy institutsionalizatsii v kontekste mestnogo samoupravleniya [Historical Traditions as a Constitutional Category: issues of industrialization in the context of local government]. *Aktual'nye problemy teorii i praktiki konstitutsionnogo sudoproizvodstva*, no VIII, Kazan': Ofset-Servis, pp. 313–318.
- Petrov E.A. (2003) *Gosudarstvenno-politicheskie konflikty institutov rossiyskogo i musul'manskogo prava v protsessakh realizatsii sotsial'noy doktriny islama* [State and Political Conflicts between the Institutions of Russian and muslim law in the processes of implementing Islamic social doctrine]. (PhD Thesis), Rostov-on-Don: The North Caucasus Research Center of Higher School.
- Pchelintsev A.V. (2004) Opyt pravovoy zashchity rossiyskikh musul'man [Case of Legal Protection of Russian Muslims]. *Islam i pravo v Rossii*, no 1, Moscow: PFUR, pp. 196–198.
- Rayanov F.M., Gilyazutdinova R.Kh. (2000) Yuridicheskaya priroda musul'manskogo prava [Legal Nature of Muslim Law]. *Proceedings of International Research Conference Sharia: Theory and Practice*. September 26 – 28, 2000, Ufa: TAU, pp. 24–31.
- Sitdykova G.R. Shariat i sotsial'nye problemy sovremennoy zhenshchiny [Sharia and Social Issues of a Modern Woman]. *Proceedings of International Research Conference Sharia: Theory and Practice*. September 26–28, 2000, Ufa: TAU, pp. 181–184.
- Starostina S.A (2002) *Shariat v istorii rossiyskogo gosudarstva: ob "ektivnaya zakonomernost' ili paradoks* [Sharia in the History of Russian State: Objective Consequence or Paradox]. Kaliningrad: RF Ministry of Internal Affairs. (in Russian)
- Syukiyaynen L.R. (2013) «Arabskaya vesna» i islamskaya pravovaya mysl' [Arabian Spring and islamic legal Thought]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 16–37.
- Syukiyaynen L.R. (2009) Vzaimodeystvie islamskoy i evropeyskoy pravovykh kul'tur: sovremennyy opyt [Interaction of Islamic and European Legal Cultures: Modern Experience]. *Ezhegodnik libertarno-yuridicheskoy teorii*, no 2, pp. 171–188.
- Syukiyaynen L.R. (2012) *Islamskaya i evropeyskaya pravovye kul'tury: formy vzaimodeystviya i perspektivy na Kavkaze* [Islamic and European Legal Cultures: Forms of Interaction and Perspectives in the Caucasuses]. *Gosudarstvo i pravo narodov Kavkaza: problemy stanovleniya i razvitiya*. Rostov-on-Don: Pero, pp. 9–21.
- Syukiyaynen L.R. (2011) Islamskaya pravovaya mysl' protiv ekstremizma i terrorizma [Islamic Legal Thought against Extremism and Terrorism]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 24–43.
- Syukiyaynen L.R. (2008) Islamskoe pravo v pravovykh sistemakh musul'manskikh stran: ot doktriny k zakonodatel'stvu [Islamic Law in Legal Systems of Muslim Countries: from a doctrine to legislation]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 97–109.
- Syukiyaynen L.R. (2007) Islamskoe pravo: vzaimodeystvie yuridicheskogo i religioznogo nachal [Islamic Law: Interaction of Legal and Religious Sources]. *Ezhegodnik libertarno-yuridicheskoy teorii*, no 2, pp. 97–106.
- Syukiyaynen L.R. (2010) Pravo, religiya, traditsii, politika: konflikt ili vzaimodeystvie? (na primere islama i musul'manskikh men'shinstv v Evrope) [Law, Religion, Traditions, Politics: Conflict or Dialogue]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 23–46.
- Teunov M.K. (2010) Shariat v protsesse transformatsii traditsionnykh pravovykh institutov na Severnom Kavkaze [Sharia in the Process of Transformation of Traditional Legal Institutions in North Caucasuses]. *Pravo i bezopasnost'*, no 3 (36), pp. 102–105.
- Khachilaev N. (1997) Soyuz musul'man Rossii. Otvetstvennost', politika i islam. U praviteley ne dolzhno byt' chuvstva vsedoivolnosti i beskontrol'nosti [Union of the Muslims of Russia. Responsibility, Politics and Islam. Rulers should not have the feeling of permissiveness]. *Nezavisimaya gazeta*, pp. 5–7.
- Yarlykapov, A.A. (2014) Shariat i rossiyskoe pravo na sovremennom Severnom Kavkaze: itogi i perspektivy [Sharia and Russian Law in the Modern North Caucasuses: Results and perspectives]. *Islam v mul'tikul'turnom mire: Musul'manskie dvizheniya i mekhanizmy vosproizvodstva ideologii islama v sovremennom informatsionnom prostranstve*. Kazan': Kazan' University, pp. 367–377.
- Makarov D. (1998) Enacting the Shariat Laws in a Dagestani Village. *ISIM Newsletter*, no 1, p. 19.

Юридические уловки в исламском праве: путь от Средневековья до XXI века



С.Н. Бизюков

управляющий партнер Адвокатского бюро «Пактум» Адвокатской палаты Санкт-Петербурга. Адрес: 197022, Российская Федерация, г. Санкт-Петербург, Малый пр. П.С., д. 87, офис 315. E-mail: sb_casa@mail.ru.



Аннотация

Статья посвящена анализу роли и значения юридических уловок в финансовых инструментах и сделках, используемых в исламской банковско-финансовой (далее — ИБФ) сфере. Дается понятие уловок, приводятся примеры их использования, а также краткий обзор исламских правовых концепций для определения законности применения уловок. Предполагается, что юридические уловки, существовавшие в средневековый период в виде определенных сделок для обхода коранического запрета прибытка «риба», изначально понимаемого как денежный излишек (лихва), образуемый в результате ссудно-заемных операций, а в современной исламской экономике как ссудный процент. В ходе начавшейся в 70–80-х годах прошлого века кампании по «исламизации знаний», сфера которой охватывала целый ряд наук, включая экономику, возникшие в период Средневековья правовые уловки были восприняты в качестве форм для современных исламских финансовых инструментов. Многие из них стали средством для обхода *риба* в значении ссудного процента, запрещенного в исламе. Приводится анализ использования уловок для обхода запрета ссудного процента *риба* в современных операциях исламской банковско-финансовой системы. Показана изменившаяся роль исламского права в сфере финансов, которое более не является правом, регулирующим операции ИБФ, и нормы которого более не признаются юридически обязательными, а имеют характер неких этических принципов, лишенных правового содержания. Более того, ссылка в тексте финансового контракта на исламское право (шариат) рассматривается лишь как «шариатский риск», увеличивающий оспоримость такой сделки в суде. В статье делается вывод, что практически все рассмотренные исламские финансовые инструменты и схемы построены на таких уловках. Вполне очевидно, что в современных условиях высокой конкуренции с конвенциональными банками в исламских странах и, особенно, в области международных финансов эта исламская банковско-финансовая модель без использования уловок для обхода запрета ссудного процента *риба* становится неконкурентоспособной.



Ключевые слова

юридические уловки, *хийал фикхийя*, шариат, исламская банковско-финансовая сфера, исламское право, шкала «пяти категорий», превентивное блокирование правовых средств, *риба*, *гарар*, *бай' ал-ина*, *бай' ал-вафа*, *бай' би-таман аджил*, *таваррук*, *мурабаха*, *мударара*, *мушарака*, *profit-and-loss sharing*, «шариатский риск»

Библиографическое описание: Бизюков С.Н. Юридические уловки в исламском праве: путь от средневековья до XXI века // Право. Журнал Высшей школ экономики. 2014. № 3. С. 31–54.

Одной из характерных черт исламского права является наличие в нем концепции так называемых юридических стратагем или уловок (*хийал*), которые в общем виде

определяются как юридические приемы или фикции для обхода соответствующих предписаний и запретов шариата, избегая при этом их формального нарушения.

Юридические уловки (хийал): понятие, возникновение, сферы применения

Слово *хила* (мн. ч. — *хийал*) в арабском языке имеет общее значение «хитрость, уловка, выдумка, изобретательность»¹. В правовом смысле наиболее точным представляется определение, предложенное Йозефом Шахтом, который представлял правовые уловки (*хийал фикхийа*) как «юридические приемы, которые составляли неотъемлемую часть исламского права в его практическом применении и которые могут быть определены как использование правовых средств для [достижения] неправовых результатов, т.е. результатов, которые, будучи законными или незаконными, не могли бы быть достигнуты непосредственно с использованием средств, предоставляемых шариатом»².

По общему мнению исламских правоведов, юридические уловки (*хийал*) не существовали в период жизни Мухаммада и его сподвижников (Сахаба), а появились в виде первых юридических заключений (*фетв*) по поводу использования уловок в начале периода правления династии Аббасидов, т.е. после 750 г.³ На протяжении многих веков юридические уловки применялись во многих сферах жизни, относящихся к отправлению религиозных обязанностей, брачно-семейным отношениям и наследованию, к области совершения различных сделок. Наиболее известной уловкой, описанной во многих классических трудах по исламскому праву (*фикх*), является так называемый освобождающий брак, который использовался в случае окончательного (троекратного) развода с женой, когда отвергнутая жена могла вернуться к мужу только после того, как выйдет замуж за другого мужчину и разведется с ним. Муж, желающий вернуть отвергнутую жену и избежать обязательного в этом случае ее замужества с другим мужчиной, после развода с которым она вправе возвратиться к нему, договаривается (часто — за деньги) с человеком о формальном заключении брака и немедленном разводе со своей женой.

Примеры других уловок: выполнение религиозных обязанностей за другого человека, хотя необходимо выполнять их лично; отправление в паломничество *хадж*, но с сугубо личными целями; уклонение от уплаты налога *закята* в установленном размере; исполнение обета за умершего; уклонение от уплаты выкупа за невесту (*махр*); совершение брака по обычаю, когда отец отдает в жены свою дочь человеку, который в ответ находит для отца жену, и оба уклоняются от затрат на выкуп за невесту; «временный» брак» (араб. досл. — «брак для развлечения»); нарушение принадлежащего другому человеку преимущественного права покупки дома; лжесвидетельство; уловки, связанные с обходом запрета прирбытка (*риба*) путем женитьбы опекуна (*вали*) на находящейся под его покровительством девушке-сироте с целью уплаты выкупа (*махр*) в уменьшенном размере. Применялись также уловки, связанные с обходом запрета получения и уплаты прирбытка (*риба*) путем заключения таких сделок, как: *бай 'ал-'ина*, *бай 'ал-вафа'*, *таваррук*.

¹ Баранов Х.К. Арабско-русский словарь. М.: «Русский язык», 1989. С. 204.

² Schacht Joseph. *Hiyal* // Encyclopaedia of Islam. 2nd ed. Vol. III. Leiden: Brill, 1960. P. 510–513.

³ Подробно об истории появления *хийал*, взглядах исламских правоведов прошлого и настоящего на юридические уловки см.: Визюков С.Н. Правовые уловки в исламском праве: история появления, религиозная и правовая оценка, современный подход // Вестник БНЦ СО РАН. 2014. № 1(13). С. 240–253.

Современный подход к проблеме хийал. Методы оценки законности и соответствия уловок высшим целям шариата

В современной литературе по вопросам юридических уловок наиболее логичной и приспособленной к нынешним условиям жизни исламского общества, в том числе в сфере экономической деятельности, представляется позиция по классификации *хийал*, приведенная в статье «Уловка» (*хила*) в Кувейтской энциклопедии фикха⁴. В этой статье правовые уловки подразделяются на законные, т.е. разрешаемые шариатом, и запретные. Под законными понимаются уловки, направленные на устранение последствий дурного поступка для достижения разрешенного, законного результата или получения права, устранения несправедливости. Такие уловки не разрушают установленного законного порядка и не противоречат законным интересам людей⁵.

Использование запрещенных уловок направлено на достижение запретного результата или нарушение прав других людей, или на сокрытие обмана, или подмену законного результата его ложным подобием. Такие уловки разрушают установленные исламским правом устои или нарушают законные интересы мусульманской общины. Выделяются три вида запрещенных уловок: 1) уловка является запрещенной и направлена на достижение запретного результата; 2) уловка по своей сути является допустимой, но осуществляется для запретной цели (например, отправиться в путь с целью заниматься грабежом или убивать невинных людей); 3) уловка формально не является средством для запретного и обычно используется для достижения законного результата, но человек использует ее для достижения запретной цели⁶.

Основным поводом для запрета уловок является то, что они разрушают основополагающие предписания шариата и нарушают законные интересы, например, когда запрещенные уловки основываются на обмане, вводе в заблуждение, мошенничестве, на использовании допускаемых или запрещаемых шариатом средств для достижения запретных целей⁷.

В исламском праве существуют концепции, которые позволяют оценивать законность и допустимость тех или иных действий/бездействия людей, в том числе и законность использования юридических уловок. В первую очередь имеется в виду одна из центральных концепций мусульманской правовой доктрины, в соответствии с которой оценка всех деяний верующих осуществляется исходя из так называемой шкалы пяти категорий — должного, рекомендованного, разрешенного, осуждаемого и запретного. Выработанные правоведами в Средние века, эти категории не являются правовыми в общепринятом смысле, а служат своеобразной шкалой религиозно-этической оценки деяний мусульман: правовая квалификация того или иного деяния не может противоречить оценке, даваемой в шкале пяти категорий⁸. В сугубо правовом смысле действия и поступки людей, включая сделки, в исламском праве признаются действительными,

⁴ См.: Энциклопедия фикха. Министерство вакфов и исламских дел: в 45 т. Т. 18. Эль-Кувейт, 1990. С. 328–334 (на араб. яз.).

⁵ См.: Там же. С. 330.

⁶ См.: Там же. С. 331.

⁷ См.: Там же. С. 334.

⁸ См.: Бизюков С.Н. Вопросы ответственности в мусульманской правовой теории // Правоведение. Изд-во Ленингр. ун-та. 1989. Вып. 6. С. 80–81. Более подробно также см.: Schacht Joseph. An Introduction to Islamic Law. N.Y.: Oxford University Press, 1982; Hallaq Wael. A History of Islamic Legal Theories: An introduction to Sunni Uşul al-Fiqh. Cambridge University Press, 2007. P. 40–41.

ничтожными или дефектными. Сделка (действие) признается действительной, если ее характер и основные элементы, а также обстоятельства, связанные с ней, соответствуют нормам исламского права. Учитываются также предпосылки, необходимые условия и отсутствие препятствий для применения правовой нормы⁹.

Особенность исламского права состоит в том, что обе шкалы — религиозной и сугубо юридической оценки — применяются одновременно к одним и тем же фактам. Любые действия, не запрещаемые религией, допустимы с религиозной точки зрения и, таким образом, юридически законны. Если, например, договор купли-продажи заключен с соблюдением всех юридических требований, он не только разрешается религией, но также действителен и обязателен к исполнению. Вместе с тем нередко каждая из шкал оценивает ситуацию по-разному¹⁰. Это, в частности, относится к ситуациям, в которых применяются юридические уловки, когда сделка, заключаемая с использованием запрещенной уловки, может быть формально действительной, но запрещенной с точки зрения религиозной оценки, которая должна быть превалирующей.

В исламском праве существует также концепция превентивного запрета разрешенного, которая практически может приводить к порочным или запретным результатам. В практическом аспекте использование этой концепции состоит в предотвращении недобросовестного использования правовых средств для достижения неправового результата¹¹. Эта концепция прямо соотносится с важным религиозно-этическим принципом исламского права «следование предписанному и воздержание от [совершения] порицаемого». Законодатель как бы преграждает путь к юридически запрещенным деяниям, а человек, использующий уловку, наоборот, посредством ее открывает себе дорогу к таким незаконным результатам¹².

Кроме того, при оценке законности уловки (как и любого иного действия или сделки) с позиции исламского права должен обязательно применяться важный правовой принцип первостепенности учета в действиях людей намерения (*нийя*), основывающийся на высказывании Пророка: «Воистину дела по намерениям, и для каждого человека [воздаяние] по тому, что он вознамерился»¹³. Этот принцип предписывает при оценке действий (в нашем случае — финансовых инструментов), схем и сделок необходимость принимать во внимание реальные намерения (*нийя*) людей, имея в виду, что действительность намерения определяет действительность (законность) деяния¹⁴.

Необходимо отметить, что с позиций каждой из вышеприведенных концепций оценки использования правовых уловок в том виде, в котором они применяются в ИБФ (т.е.,

⁹ См.: Бизюков С.Н. Вопросы ответственности в мусульманской правовой теории. С. 81–82.

¹⁰ См.: Там же. С. 82.

¹¹ См.: Encyclopaedia of Islam. 2nd ed. Vol. VIII. Leiden: Brill, 1960. P. 718.

¹² *Ибн Кайим ал-Джаузий Мухаммад бин Абу Бакр*. Извещение ожидающих о Господине миров: в 6 т. Эль-Риад, Саудовская Аравия, 1423 г/х. (на арабском языке). Т. 5. С. 66. См. также: Бизюков С.Н. Правовые уловки в исламском праве. С. 247; Постановления и рекомендации Совета исламской академии правопедения (*фикха*) / пер. с араб. М.Ф. Муртазина. М., 2003. С. 205–206.

¹³ См.: *Аль-Бухари Мухаммад бин Исмаил Абу Абдуллах аль-Джу'фи*. Достоверный краткий сборник сказаний о делах, преданиях и жизни Посланника Аллаха (Сахих ал-Бухари): 9 ч. в 4 т. Дар Таук аль-Наджат, Бейрут, Ливан, 1422 г/х (на араб. яз.). Ч. 9. Т. 4. С. 22.

¹⁴ См.: Бизюков С.Н. Правовые уловки в исламском праве. С. 253. См. также: Бизюков С.Н. К вопросу о понятии «нийя» и его роли в системе религиозно-правового регулирования шариата // Вестник Санкт-Петербургского университета. Сер. 9: Филология, Востоковедение, Журналистика. 2009. Вып. 2. Ч. 2. С. 241–247.

главным образом для обхода строгого запрета *риба* как ссудного процента), является с религиозно-этической точки зрения запретным, а с позиции исламского права — действительным или ничтожным.

Современная исламская банковско-финансовая система (ИБФ), являясь фактически единственным практическим воплощением исламской экономики (как науки и конкретной экономической деятельности), включает в себя собственно исламские банки, а также инвестиционные и страховые компании, благотворительные фонды, вакфы (неотчуждаемое имущество, выделенное или завещанное на религиозные и благотворительные цели и не облагаемое налогом *закят*), а также иные небанковские учреждения¹⁵. В источниках на русском языке удачным следует признать определение, предложенное Р.И. Беккиным: «Исламскую финансовую систему можно охарактеризовать как совокупность методов и механизмов финансирования, позволяющих осуществлять экономическую деятельность без нарушения базовых принципов, сформулированных в шариате (мусульманском праве)»¹⁶. К сожалению, указывая на то, что нельзя нарушать, автор не указал правовую основу регулирования функционированием этой системы. Кроме того, финансирование не является единственным видом деятельности исламских финансовых институтов.

Основными запретами, установленными шариатом в экономической и коммерческой сферах, во многом определяющими деятельность исламских банков и других финансовых институтов, являются: 1) *риба* (прибавок, лихва) — прежде всего в значении ссудного процента; 2) *гарар* (в значении «неопределенность», «риск», «опасность обмана», а в коммерции — продажа вещи, отсутствующей у продавца, или вещи, имеющей неопределенные свойства, а также иные случаи неопределенности в сделках); 3) *майсир* — в данном контексте означающий сделки, основанные на удаче, азартные игры, а также спекулятивные сделки¹⁷.

Указанные запреты являются основными факторами, наличие которых определяет действительность/недействительность сделки, а также устанавливает границы в совершении финансовых операций, которые не могут быть преодолены ни при каких условиях. При этом основным из них является запрет прибавка (*риба*), который в значении ссудного процента является центральным вопросом всей исламской экономики и деятельности исламских банков. В целом среди правоведов и банкиров сложился определенный консенсус по поводу того, что *риба* в ИБФ означает ссудный процент. Этот подход нашел единодушную поддержку на многих форумах, посвященных исламской экономике и банкингу и, в частности, вопросам запрета *риба* и ссудного процента. Это получило нормативно-правовое закрепление в Постановлении № 10 (10/2) от 22–28 декабря 1985 г. Совета Исламской академии правоповедения (*фикха*) при Организации Исламской Конференции (после 2011 г. — Организация исламского сотрудничества (далее — ОИС))¹⁸.

¹⁵ См., напр.: *Warde Ibrahim*. Islamic Finance in the Global Economy. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2000.

¹⁶ См.: *Беккин Р.И.* Исламская экономическая модель и современность. М.: Издат. дом Марджани, 2010. С. 16.

¹⁷ См.: *Ayub Muhammad*. Understanding Islamic Finance. Chichester, England, 2007. P. 43.

¹⁸ См.: Постановления и рекомендации Исламской академии правоповедения (*фикха*). С. 31–32. Более подробно о *рибе* и ссудном проценте см.: *Беккин Р.И.* Исламская экономическая модель и современность. С. 45–54.

«Исламизация знаний» как путь хийал в современную ИБФ сферу

С появлением первых исламских банков к середине 70-х годов прошлого столетия началась широкая кампания по исламизации знаний (Islamization of Knowledge — ИОК), целью которой было объединение усилий мусульманских ученых для исламизации различных отраслей знаний, включая философию науки, психологию, антропологию, право, искусство, архитектуру и т.п., но прежде всего — сферу экономики¹⁹. Первая международная конференция по исламской экономике состоялась в феврале 1976 г. в Мекке. Впоследствии были проведены еще шесть подобных конференций (1983–2008). Кроме того, проводилось множество иных конференций, семинаров и симпозиумов, были написаны тысячи книг, статей, материалов к конференциям и т.п.²⁰ Именно в этот период для исламизации экономики были взяты традиционные формы контрактов, существовавшие в исламском праве со времен раннего Средневековья, а некоторые из них — с доисламских времен.

При этом были включены в оборот и формы сделок, сами с давних времен признанные уловками. В частности, в корпус материала, заимствованного для исламизации экономики, вошли, например, такие сделки, как *бай' ал-'ина*, *бай'ал-вафа*, *таваррук*, которые со времен Средневековья считались уловками для обхода запрета *риба* и до сих пор остаются таковыми. В своем новом качестве они были адаптированы для использования в банковской сфере как формы финансирования. Насколько эти адаптированные средневековые уловки стали соответствовать религиозно-правовым предписаниям ислама, мы рассмотрим ниже.

Юридические уловки в основных финансовых инструментах, применяемых в практике исламских банков

Наиболее простыми по своей схеме и, возможно, первыми по времени появления в исламской финансовой сфере и банковской практике уловками для обхода запрета *риба* являлись сделки категории *буйу' ал-аджал* (досл. — «сделки с отсрочкой платежа»), которые в общем смысле предполагают оплату товара в рассрочку или кредит под проценты. В практике, существующей в Малайзии и других странах, как синоним используется термин «*бай'би-таман аджил*» или ББА. Основой этого вида сделок является наиболее распространенный способ финансирования под процент, который был известен арабам еще в доисламскую эпоху и в раннем исламе, а именно — договор *бай' ал-'ина* (араб. — продажа или покупка в рассрочку или кредит), который по исламскому праву рассма-

¹⁹ См., напр.: *Siddiqi Mohammad Nejatullah*. Islamization of Knowledge: Reflections on Priorities // The American Journal of Islamic Social Sciences 28:3; *Zarqa Muhammad Anas*. Islamization of Economics: The Concept and Methodology // J.KAU: Islamic Econ. Vol. 16. № 1. P. 3–42 (1424 A.H / 2003 A.D); *Rahman Fazlur*. Islamization of Knowledge: A Response // The American Journal of Islamic Social Science. 1988. Vol. 5. № 1; *Toward Islamization of Disciplines*. International Islamic Publishing House and The International Institute of Islamic Thought. Herndon, Virginia, 1989; *Dimas Bagus Wiranata Kusum*. Islamic World View and Islamization of Knowledge Agenda // URL: <http://ebookbrowse.com/gdoc.php?id=186977846&url=40e9a1ea97e830f4126736f843a7b964> (дата обращения — 14 августа 2013 г.).

²⁰ *Haneef Mohamed Aslam, Furqani Hafas*. Contemporary Islamic Economics: The Missing Dimension of Genuine Islamization // Thoughts on Economics. 2009. Vol. 19. № 04. P. 29–48 // URL: <http://www.ifikr.isra.my/documents/10180/16168/1.%20Contemporary%20Islamic%20Economics%20%28English%29.pdf> (дата обращения — 14 августа 2013 г.).

тривается как уловка для получения займа с ссудным процентом *риба* и представляет собой двойную куплю-продажу одной и той же вещи.

Сделка бай' ал-'ина со времен Средневековья представляет собой уловку для займа под проценты путем двойной продажи между одними и теми же лицами. Один человек (займодавец) продает другому (заемщику) какую-либо вещь (которая может реально и не передаваться) по цене в рассрочку, а затем выкупает вещь обратно с немедленной оплатой, но по меньшей цене. Разница между ценой в рассрочку и ценой обратного выкупа и составляла прибыль *риба*²¹. В другом варианте такой сделки один человек продает в кредит вещь другому и тут же обратно покупает ее с оплатой немедленно, но за меньшую цену без процентов за рассрочку, а разница между двумя суммами составляет *риба*²². В сделках *бай' ал-'ина* существуют разновидности, когда продается вещь, по которой уже уплачивается кредит, для приобретения вещи с более продолжительным сроком кредита. В общем смысле все разновидности этих сделок *бай' ал-'ина* представляют собой уловку для прикрытия займа под проценты, т.е. обход запрета *риба*²³. Известный ученый Вахба Зухайли подчеркивает, что с чисто правовой точки зрения сделки *ал-'ина* разными правоведомы прошлого признавались как недействительными (*фасид*), так и ничтожными (*батил*)²⁴. Кроме того, учитывая, что разница между двумя суммами составляет излишек или *риба* для владельца вещи, он, выкупая свою вещь, совершает мнимую сделку²⁵. Мнимая сделка, т.е. сделка, совершенная лишь для вида, без намерения создать соответствующие правовые последствия, в исламском праве считается ничтожной.

Эта форма сделок официально применяется в Пакистане, где наиболее распространенной сделкой финансирования с маржой (*mark-up financing*) является договор двойной продажи *'ина*. Например, фирма, которой требуется финансирование оборотных средств, продает свой товар банку с немедленным получением денежных средств и сразу же выкупает этот товар с рассрочкой в кредит. В такой схеме стороны даже не утруждают себя указанием характеристик товара. Банковская система Малайзии также использует эту форму сделок²⁶. При этом необходимо отметить, что концепция *бай' ал-'ина* используется в Малайзии в исламской банковской системе и на рынке ценных бумаг для удовлетворения потребностей в свободных денежных средствах участников финансового рынка со того времени, когда исламская финансовая система только появилась в стране. Кроме этого, концепция сделок *бай' ал-'ина* применяется в Малайзии для обеспечения конкурентоспособности ее финансовой системы по сравнению с обычной (конвенциональной) банковской системой. Она также применяется в рыночных денежных транзакциях, выпуске долговых ценных бумаг (бондов), секьюритизации (обращении в ценные бумаги) долговых обязательств.

Другой популярной уловкой является продажа имущества с правом обратного выкупа *бай' ал-вафа* (араб. — продажа под обещание возможности обратного выкупа), при которой заемщик, владеющий имуществом, продает его займодавцу, который в свою очередь сдает это имущество заемщику в аренду и в качестве арендной платы по-

²¹ См.: Аз-Зухайли Вахба. Исламский фикх и его источники: в 8 т. Т. 4. Дамаск, 1985. С. 467 (на араб. яз.).

²² См.: Там же.

²³ См.: Там же.

²⁴ См.: Там же. С. 468.

²⁵ См.: Там же. С. 467.

²⁶ См.: Vogel F.E., Hayes S.L. III. Islamic Law and Finance: Religion, Risk and Return. Leiden — London: BRILL, 2006. P. 40.

лучает сумму ссудного процента. Займодавец затем получает право выкупить это имущество по изначальной цене продажи²⁷. Несмотря на осуждение со стороны Академии фикха при Организации исламского сотрудничества, договоры *бай' ал-вафа*, по некоторым сведениям, используются даже в странах Персидского залива²⁸. Кстати, договоры *бай' ал-вафа* запрещены светским законодательством ряда арабских стран — например, ст. 465 Гражданского кодекса Египта²⁹.

Схема *таваррук* может рассматриваться как усовершенствованный вариант сделки *бай' ал-'ина*, в котором участвуют уже три лица. Нуждающийся в денежных средствах человек покупает какой-нибудь товар в кредит и тут же продает его третьему лицу с немедленной оплатой. *Таваррук* является финансовой схемой, которая используется с давних времен в классической исламской юриспруденции. Зухайли, объясняя эту схему, указывает, что этимология слова «*таваррук*» идет от слов *варк*, *вирк* и *вурк* в значении «серебро, серебряные монеты, дирхамы». С помощью *таваррука* кредитор становится богатым, получая серебряные монеты или (в современном мире) обычные деньги³⁰. В экономическом значении *таваррук* означает покупку товара на условии рассрочки платежа и затем его продажу другому лицу (но не продавцу товара) на условии немедленной оплаты, но за меньшую сумму. Сторонами сделки являются продавец или кредитор (*муваррик*), покупатель товара (*муставрик* или *мутаваррик*), а предметом сделки — товар, свойства и характеристики которого обычно значения не имеют. В современных условиях понятие «*таваррук*» в юридико-техническом смысле означает «сделку, при которой человек покупает товар [у покупателя] в кредит и продает его за наличные третьему лицу по цене меньше той, по которой он изначально купил [этот товар], и, тем самым, смог приобрести [в кредит] наличные деньги»³¹. Вместе с тем при применении схемы *таваррук* в операциях исламских банков для целей финансирования у покупателя-клиента отсутствует реальное намерение фактически приобрести или продать какой-либо товар. Его единственной целью является получение от банка денежных средств или иной ликвидности.

В отличие от обычной классической схемы *таваррук* исламские банки практикуют так называемый *таваррук муназзам*, или *организованный таваррук*. Современная схема организованного *таваррука* подразумевает, что нуждающийся в финансировании участник сделки (*муставрик*) через свой банк покупает товар на местном или международном рынке на условии отсрочки платежа. Банк-*муваррик* организует эту сделку купли-продажи самостоятельно или через своего агента, продавая товар *муставрику*. Одновременно участник-*муставрик* и финансовый институт-*муваррик* совершают сделку купли-продажи товара, где финансист-*муваррик* покупает у *муставрика* указанный товар обычно за низкую спотовую цену. Из этого вида сделки образуется схема *обратного (или реверсивного) таваррука*, когда финансирование требуется исламскому банку. Она сход-

²⁷ См.: Ibid. P. 39.

²⁸ См.: Ibidem.

²⁹ См.: Гражданский кодекс Арабской Республики Египет. Каир: Изд-во Профсоюза адвокатов, 2006. Ст. 465 (на араб. яз.).

³⁰ См.: *Al-Zuhaili Wahbah*. Tawarruq, Its Essence and Its Types: Mainstream Tawarruq and Organized Tawarruq. P. 2 // URL <http://www.isra.my/media-centre/downloads/finish/20-oic-fiqh-academy-19th-session/79-tawarruq-its-essence-and-its-types-mainstream-tawarruq-and-organized-tawarruq-english/0.html> (дата обращения — 12 сентября 2013 г.).

³¹ См.: Энциклопедия фикха. Т. 14. Эль-Кувейт, 1990. С. 147 (на араб. яз.); *Uslmani M.T. Verdicts on At-Tawarruq and Its Banking Applications*. P. 1 // URL: <http://ru.scribd.com/doc/35096309/Tawarruq-by-Taqi-Usmani> (дата обращения — 22 октября 2013 г.).

на со сделкой организованного *таваррука*, но *муставриком* является исламский банк, который в этой схеме выступает как клиент, нуждающийся в финансировании³².

Схема *таваррука* является очень популярным методом финансирования и, возможно, наиболее часто используемой, а иногда и единственной схемой обеспечения ликвидности по сравнению, например, с применяемыми в Малайзии сделками *бай'би-таман аджил* и *бай' ал-'ина*. *Таваррук* используется практически во всех странах, в которых существует исламская финансовая система. Эта схема является основой для сделок с кредитными банковскими картами (в основном в странах Персидского залива), а биржа Малайзии (Bursa Malaysia) продолжает совершенствовать платформу для использования схемы *таваррук*³³.

Несмотря на все выгоды и преимущества для исламских банков, которые представляются использованием различных схем и моделей организованного *таваррука*, Международный совет Академии фикха (МСАФ) при ОИС принял решение о признании организованного *таваррука* неприемлемым для использования (Решение 179/9/5 от 26–30 апреля 2009 г.). В качестве основной причины такого решения указывается, что эта схема входит в противоречие с *макасид аш-шари'а* — основополагающими целями шариата³⁴. Впрочем, необходимо отметить, что указанное Решение МСАФ каких-либо заметных изменений в практике использования организованного *таваррука* исламскими банками не вызвало. Жизнь *таваррука* продолжается, так как в ней заложены серьезные коммерческие интересы.

Договор *мурабаха* считается финансовым инструментом, наиболее часто применяемым современными исламскими банками. Эта форма договора является древней формой финансирования, известной еще с доисламских времен. В Средние века *мурабаха* была просто контрактом, использовавшимся в торговле товарами по первоначальной известной покупной цене с известной наценкой (*зийада рибх*), которая могла быть выражена конкретной суммой или в десятых долях от первоначальной цены. При заключении такого договора продавец сообщал свои затраты или первоначальную цену приобретения, а также сумму наценки. Наценка могла начисляться на первоначальную стоимость всего товара или на его отдельные части³⁵. Необходимым условием юридической действительности договора *мурабаха*, а также других договоров, относящихся к этой группе (договоры *тавлиия*, *ширак* и *вади'а*), было знание покупателем начальной

³² См.: OIC Fiqh Academy Ruled Organised Tawarruq Impermissible in 2009 / ISRA Portal 20 Mar. 2010 // URL: <http://www.isra.my/component/content/article/355.html> (дата обращения — 6 ноября 2013 г.); *Al-Zuhaili Wahbah*. Tawarruq, Its Essence and Its Types: Mainstream Tawarruq and Organized Tawarruq. P. 16–17 // URL: <http://www.isra.my/media-centre/downloads/finish/20-oic-fiqh-academy-19th-session/79-tawarruq-its-essence-and-its-types-mainstream-tawarruq-and-organized-tawarruq-english/0.html> (дата обращения — 2 ноября 2013 г.).

³³ *Nikan Firoozie*. Tawarruq: Shariah Risk or Banking Conundrum? // *Opalesque Islamic Finance Intelligence*, issue 1, 23 June. 2009. P. 4 // URL: <http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Economics/c380.pdf> (дата обращения — 2 ноября 2013 г.).

³⁴ См.: OIC Fiqh Academy Ruled Organised Tawarruq Impermissible in 2009 / ISRA Portal 20 Mar. 2010 // URL: <http://www.isra.my/component/content/article/355.html> (дата обращения — 6 ноября 2013 г.); *Khan Salman H.* Why Tawarruq Needs To Go: AAOIFI and the OIC Fiqh Academy: Divergence or agreement? // *Islamic Finance News*. 4th September. 2009. P. 17 // URL: <https://www.google.ru/url?sa=t&rcct=j&q=&resrc=s&source=web&cd=15&ved=0CEUQFjAEOAo&url=http%3A%2F%2Fwww.assaif.org%2Fcontent%2Fdownload%2F9962%2F53909%2Ffile%2Fstudy&ei=4klyUqChKqnJ4gSgx4CoCw&usq=AFQjCNGUUGUWfjVovHbN0yWWR1pR260Fw&bv=bv.55819444.d.bGE&cad=rjt> (дата обращения — 6 ноября 2013 г.).

³⁵ См.: *Аз-Зухайли Вахба*. Исламский фикх и его источники. Т. 4. С. 703–704.

цены товара или цены приобретения вещи продавцом для справедливого назначения суммы наценки³⁶. Зухайли подчеркивает, что наличие денежной составляющей *риба* в первоначальной цене товара не позволяет владельцу продавать этот товар через сделку *мурабаха*, но можно для этого использовать договоры *тавлиа* или *ишрак*³⁷.

Впоследствии, когда эта схема торгового контракта стала применяться исламскими банками в качестве инструмента финансирования, раскрытие информации о компонентах, составляющих наценку, прекратилось, а механизм финансирования стал очень похож на разновидность займа под проценты. При этой схеме банк договаривается с клиентом купить от имени последнего некий товар по цене, соответствующей размеру необходимого финансирования, а затем продать его клиенту с отсрочкой оплаты и наценкой, всегда отражающей обычную принятую в конкретной местности ставку процента. Характеристики товара не имеют значения для обеих сторон, а сам товар может не выбывать из владения продавца³⁸.

Как развитие вышеприведенной схемы существует ее разновидность «*commodity murabah*» (товарная *мурабаха*), если эта форма договора применяется совместно с исламским банком, который покупает указанный покупателем товар у брокера на товарном рынке на условиях немедленной оплаты, а затем продает товар клиенту в рассрочку с оплатой своих текущих расходов, связанных со сделкой, которые в реальности являются процентами. Обычно продажа товара основывается на известной заранее цене. Если цена не известна или не определена, то продажа может осуществляться на основе получаемого дохода и компенсации расходов, понесенных продавцом при приобретении товара. Оплата производится при передаче товара. Если в такой сделке товар продается в кредит, то сумма, уплачиваемая покупателем, увеличивается сообразно длительности рассрочки платежа. В случае, когда надбавка начисляется на цену товара, законный договор *мурабаха* утрачивает основания своей законности и допустимости с точки зрения шариата и становится обычной сделкой, содержащей запретную *рибу*.

Несмотря на лишь видимость соответствия финансовой схемы *мурабаха* правилам шариата, современные исламские ученые одобряют этот способ действия в качестве переходного механизма, ссылаясь на кажущееся им уместным правило насущной необходимости «*дарура*». Вместе с тем финансовые эксперты оценивают, что схема финансирования *мурабаха*, составляющая в настоящее время 80–90% объемов всех совершаемых сделок³⁹, обеспечивает большую часть финансовых поступлений в исламскую банковско-финансовую систему и не может в ближайшее время быть заменена другой, более подходящей (более соответствующей шариату) схемой⁴⁰.

³⁶ См.: Там же. С. 704.

³⁷ См.: Там же. С. 706.

³⁸ См.: *Namoudi Haider Ala*. You Say You Want a Revolution: Interpretive Communities and the Origins of Islamic Finance // *Virginia Journal of International Law*. Vol. 48. Issue 2. 2008. P. 291–292.

³⁹ См. статистические таблицы: *Nagaoka Shinsuke*. Beyond the Theoretical Dichotomy in Islamic Finance: Analytical Reflections on *Murāba ah* Contracts and Islamic Debt Securities // *Kyoto Bulletin of Islamic Area Studies*. 2007. № 1–2. P. 90; *Nagaoka Shinsuke*. Critical Overview of the History of Islamic Economics: Formation, Transformation, and New Horizons // *Asian and African Area Studies*. 2012. № 11 (2). P. 123 // URL: http://www.asafas.kyoto-u.ac.jp/dl/publications/no_1102/AA112_03_Nagaoka.pdf (дата обращения — 10 ноября 2013 г.).

⁴⁰ См.: *Qazi Irfan*. Murabaha Financing VS Lending on Interest: A thin line making big difference in the understanding of Riba. 2008. July 22 // URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1803651 (дата обращения — 29 октября 2013 г.).

Схема *мурабаха* широко применялась с самого начала деятельности исламских банков в Малайзии. К настоящему времени концепция *мурабаха* получила дальнейшее развитие в качестве финансового продукта, применяемого для получения ликвидности от различных финансовых институтов Малайзии, для чего существует специальная Программа товарной *мурабахи* (Commodity Murabahah Programme — CMP)⁴¹. Рассматривая вопрос схожести механизмов финансовой *мурабахи* и конвенциональной системы долгового финансирования под процент, следует отметить отсутствие практических различий между финансированием по схеме *мурабахи* и финансированием, основанным на других классических торговых контрактах, описанных в шариате и исламском *фикхе*, например, *бай' би-таман аджил* или *бай' муа'джал*⁴². Необходимо отметить, что эти формы договоров являются более современными аналогами средневекового договора-уловки *бай' ал-'ина*.

К этому стоит добавить закономерный вопрос о порядке и структуре формирования у исламского банка прибыли сверх расходов по договору товарной *мурабахи*, а именно — соответствует ли такая схема принципу законности сделки с точки зрения исламского права. При использовании финансирования при схеме *мурабаха* ставка прибыли банка определяется ее элементами, которые также используются в конвенциональном банкинге. Сюда включаются размер суммы кредита, накладные расходы, премия за риск и банковская надбавка. В то же время надбавка (ставка прибыли), определяемая исламской банковской системой, также соотносится со ставкой LIBOR (Лондонская межбанковская ставка предложения)⁴³. Подобная взаимосвязь прибыли исламского банка, начисляемая к сумме финансирования (а не наценка к первоначальной стоимости формально используемого в сделке товара), ясно свидетельствует о притворности и, соответственно, ничтожности с точки зрения шариата *такой* сделки *мурабаха*, совершаемой с целью прикрыть другую реально осуществляемую сделку (финансирование исламским банком под ставку процента). Данная схема будет ничтожной и по причине прямого нарушения запрета *риба* с помощью такой уловки.

Относительно таких сделок Абдулла Саид поясняет, что ставки ссудного процента принимаются во внимание при определении банковской маржи, начисляемой на сделку *murābaḥa*, как мера против инфляции. При этом размер маржи и ставка коммерческого процента сопоставимы друг с другом. Абдулла Саид высказывает предположение, что определение ставки прибыли при сделке *мурабаха* должно основываться на процентной ставке коммерческих банков⁴⁴. Существуют и другие варианты определения ставки банковской маржи⁴⁵. Из этого можно сделать вывод, что схема «товарной *мурабахи*», полностью отличающейся от своего классического аналога, в юридическом смысле яв-

⁴¹ См.: M. Pisol B Mat Isa, Asmak Ab Rahman, Hezlina Bt M Hashim, Abd Mutalib B Embong. Shariah Views on the Components of Profit Rate / Al-Murabahah Asset Financing in Malaysian Islamic Bank // World Academy of Science, Engineering and Technology. 2012. № 67. P. 1311 // URL: <http://www.waset.org/journals/waset/v67/v67-238.pdf> (дата обращения — 5 июня 2013 г.).

⁴² См.: Qazi Irfan. Murabaha Financing vs Lending on Interest: A thin line making big difference in the understanding of Riba. 2008. July 22 // URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1803651 (дата обращения — 29 октября 2013 г.).

⁴³ См.: M. Pisol B Mat Isa, Asmak Ab Rahman, Hezlina Bt M Hashim, Abd Mutalib B Embong. Op. cit.

⁴⁴ Saeed Abdullah. Islamic Banking and Interest: A Study of Prohibition of Interest and its Contemporary Interpretation. Leiden: Brill, 1999. P. 81–83.

⁴⁵ Подробнее см.: M. Pisol B Mat Isa, Asmak Ab Rahman, Hezlina Bt M Hashim, Abd Mutalib B Embong. Op. cit.

ляется притворной сделкой, прикрывающей реальные отношения исламского банка с клиентами по финансированию под ссудный процент *риба*, подпадающий под строгий религиозно-правовой запрет. Вместе с тем использование схемы финансовой *мурабахи* позволяет исламской банковской системе конкурировать с обычными коммерческими банками, так как подавляющее число сделок и наибольший объем финансирования (80–90% и более в зависимости от страны) осуществляются с применением данной схемы.

Альтернативами механизма *мурабаха* для генерирования оборотного капитала для бизнеса и потребительского кредитования являются схема *бай' ал-'ина*, применяемая в Малайзии, и схема *таваррука*, используемая в странах Персидского залива⁴⁶.

Концепция симметричного разделения прибылей и убытков между участниками финансовой операции (Profit-and-Loss Sharing — PLS), завершающая рассмотрение исламских финансовых инструментов и схем, используемых в ИБФ, практически всеми исламскими авторами декларируется в качестве основного принципа построения правоотношения исламского банка с клиентами⁴⁷.

Концепция PLS в исламском банкинге реализуется в двух сходных видах сделок: *мудароба* и *мушарака*, которые известны в исламе с давних времен, а в современной банковской системе адаптированы как финансовые инструменты. Эта концепция, т.е. принцип симметричного разделения прибылей и убытков, впервые была обозначена еще в 40-х годах прошлого века в трудах исламских ученых Анвара Икбала Куреши «Islam and the Theory of Interest»⁴⁸ и шейха Махмуда Ахмада «Economics of Islam: A Comparative Study»⁴⁹. Концепция получила дальнейшее развитие в трудах Мухаммада Узайра⁵⁰ и Мухаммада Неджатуллы Сиддики «Banking Without Interest»⁵¹, который распространил сферу применения принципа PLS на отношения между коммерческими банками и центральным банком. Можно сказать, что вклад Сиддики заключался в представлении целостной картины исламской финансовой системы, основанной на концепции *мудароба*⁵².

⁴⁶ См.: *Alsayyed Nidal*. The Uses and Misuses of Commodity Murabaha: Islamic Economic Perspective // MPRA Paper. 2010. 27 January. No 20262. P. 4 // URL: http://mpra.ub.uni-muenchen.de/20262/1/MPRA_paper_20262.pdf (дата обращения — 20 сентября 2013 г.).

⁴⁷ См., напр.: *El-Hawary Dahlia, Grais Wafik, Iqbal Zamir*. Regulating Islamic Financial Institutions: the Nature of the Regulated // World Bank Policy Research Working Paper. March 2004. No 3227. P.5–6 // URL: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSPContentServer/WDSP/IB/2004/06/03/000009486_20040603173425/additional/112512322_20041117151025.pdf (дата обращения — 10 мая 2013 г.); *Hassan M. Kabir, Lewis Mervyn K.* Islamic Banking and Finance at the Crossroads. Presentation 12.8.2007. P. 11 // URL: <http://www.uni-marburg.de/cnms/studium/lehmaterialien/hassan-lewis-praesentation> (дата обращения — 10 мая 2013 г.); *Feisal Khan*. How 'Islamic' is Islamic Banking? // Journal of Economic Behavior & Organization. 2010. No 76. P. 807 // URL: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167268110001940> (дата обращения — 20 мая 2013 г.).

⁴⁸ См.: *Qureshi Anwar Iqbal*. Islam and the Theory of Interest. 1st ed. Lahore: Ashraf, 1945.

⁴⁹ См.: *Mahmud Ahmad Shaikh*. Economics of Islam: A Comparative Study. Idarah-i-Adabiyat, Delhi, 1947; *Shaikh Mahmud Ahmad*. Economics of Islam: A Comparative Study. Lahore: Ashraf, 1947.

⁵⁰ См.: *Uzair Mohammad*. Interest Free Banking. Karachi: Royal Book Company, 1978.

⁵¹ См.: *Siddiqi Muhammad Nejatullah*. Banking Without Interest // The Islamic Foundation. Leicester, U.K., 1983.

⁵² См.: *Nagaoka Shinsuke*. Critical Overview of the History of Islamic Economics: Formation, Transformation and New Horizons // Asian and African Area Studies. 2012. No 11 (2). P. 114–136 // URL: http://www.asafas.kyoto-u.ac.jp/dl/publications/no_1102/AA112_03_Nagaoka.pdf (дата обращения — 10 ноября 2013 г.); см. также: *Siddiqi Muhammad Nejatullah*. Issues in Islamic Banking: Selected Papers // The Islamic Foundation. Leicester, U.K., 1983. P. 97–105.

Наиболее полно концепция симметричного разделения прибылей и убытков реализуется в схеме *мудараба*, которая в западной терминологии соответствует понятиям *sleeping partnership* или *commenda partnership*, а в российской правовой терминологии — товарищество на вере или коммандитное товарищество (ст. 82–85 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Понятие и практика *мудараба* существовала в Аравии — очевидно, еще с доисламской эпохи. Слова и фразы, производные от *мудараба*, содержатся в Коране, *мудараба* упоминается и в Сунне. Сделка *мудараба* или товарищество (*ширкат*) *мудараба* в терминологии жителей Ирака (синоним, использовавшийся в Хиджазе — *кырад* или *мукарада*, а также нейтральный синоним *му'амала*) относились к разновидности партнерства или товарищества. В правовом смысле этот вид товарищества предполагает, что владелец имущества *рабб ал-мал* наделяет им своего партнера-предпринимателя (*мудариб*) для ведения торговли или иной коммерческой деятельности. Полученная прибыль делится в заранее установленной пропорции, а убытки единолично несет владелец имущества⁵³. Вахба Зухайли выделяет два вида классической *мударабы*: *мудараба мутлака* (абсолютная *мудараба*), когда владелец имущества дает предпринимателю-*мударibu* деньги или имущество без какого-либо ограничения, указывая только то, как будет делиться прибыль; *мудараба мукаййада* (ограниченная *мудараба*), когда владелец имущества предоставляет предпринимателю деньги или товар для торговли в определенном городе или районе или устанавливает другие условия⁵⁴.

Схема *мушарака* (товарищество), которая нами не рассматривается в контексте применения юридических уловок, в определенных деталях сходна с *мударабой* и представляет собой способ финансирования, также принятый в исламских банках.

В идеальном виде банковская деятельность без ссудного процента, в которой реализуется принцип пропорционального разделения прибыли и убытков, основывается на концепции *мудараба* — коммандитного товарищества. Схема двухступенчатой *мударабы* представляет собой форму отношений, в которой наиболее полно реализуется принцип разделения прибыли и убытков. В этой схеме на первой стадии исламский банк, действуя в качестве *мудариб*, выполняет роль финансового посредника по мобилизации денежных средств из сберегательных и накопительных вкладов, получаемых от вкладчиков-физических лиц (коллективно обозначаемых и действующих как единый вкладчик — *rabb al-māl*). На второй стадии исламский банк, действуя уже как инвестор, направляет эти мобилизованные средства управляющим-*мударибам* в сделках *мудараба*, заключенных банком на основе принципа PLS партнерства⁵⁵.

На практике исламские банки отклоняются от двухступенчатой схемы PLS. Со стороны депозитов большинство средств (в денежном выражении) мобилизуются на основании договоров *мудараба PLS*, хотя здесь задействованы также депозиты, сформированные на беспроцентной основе как беспроцентный «хороший» заем, или сберегательные вклады, на которые исламский банк может делать платежи *ex gratia* (добро-

⁵³ См.: Аз-Зухайли Вахба. Исламский фикх и его характерные черты. С. 836–837.

⁵⁴ См.: Там же. С. 840.

⁵⁵ См.: Hassan M. Kabir, Lewis Mervyn K. Ends and Means in Islamic Banking and Finance // Review of Islamic Economics. Vol. 11. Special Issue. 2007. P. 7–8; Nagaoka Shinsuke. Critical Overview of the History of Islamic Economics: Formation, Transformation, and New Horizons // Asian and African Area Studies. 2012. No 11 (2). P. 119 // URL: http://www.asafas.kyoto-u.ac.jp/dl/publications/no_1102/AA112_03_Nagaoka.pdf (дата обращения — 10 ноября 2013 г.).

вольно). Однако со стороны активов инструменты PLS используются крайне редко⁵⁶. Вместо них значительно чаще используются различные варианты квазидолговых способов финансирования, предназначенных для использования в коммерческих сделках, включающих заранее согласованные формулы раздела прибыли. Например, вместо того, чтобы давать заем клиенту для покупки имущества или товара, исламский банк покупает этот актив самостоятельно, а затем перепродает его покупателю с заранее установленной долей прибыли.

Для обеспечения большей безопасности сделки и защиты от риска неполучения платежа банк предпочитает использовать схему финансовой или «товарной» *мурабахи* (в которой товар играет вспомогательную формальную роль как предлог для получения финансирования) и самостоятельно участвовать в договоре покупки и перепродажи товара по схеме *мурабаха*. С помощью этой схемы банк по заказу клиента самостоятельно приобретает имущество у поставщика, затем перепродает его клиенту на условиях «плюс затраты и наценка», а сам получает оплату с рассрочкой или по частям, включая свою прибыль. Отклонение такого типа финансирования с наценкой (*mark-up*) от идеальной схемы финансирования товарищества по принципу PLS (при котором распределение прибыли обуславливается конечными результатами или судьбой проекта) всегда было и продолжает быть источником разногласий между практиками-банкирами и специалистами по шариату и исламскому праву⁵⁷.

Иными словами, в декларируемом основном принципе деятельности исламского банкинга по симметричному разделению прибылей и убытков, реализуемом в «идеальной» двухступенчатой схеме *мударобы*, успешно действует только первая ступень — стадия мобилизации денежных ресурсов из депозитов и сберегательных счетов вкладчиков. На этой стадии банк действует как *мудариб*, призванный управлять средствами и, при получении прибыли, — уплачивать по этим счетам добровольные премии, которые в некоторых случаях можно расценивать как ссудный процент. Вторая ступень указанной схемы в режиме PLS практически не используется или используется редко. В основном применяется более надежная, но с элементами долгового конвенционального финансирования схема финансовой *мурабахи*, которую многие авторы считают разновидностью уловок. Однако эта *мурабаха* на современном этапе является самой популярной схемой финансирования, поэтому любой упрек в ее сторону просто экономически вреден.

По этому поводу уместно привести мнение бывшего председателя Федерального шариатского суда Пакистана доктора Танзилура Рахмана, который пишет: «Нельзя отрицать тот факт, что две важнейших альтернативы или замены *рибы* — *мудароба* и *мушарака* — не смогли привлечь [должное внимание] исламских банков и финансовых институтов в течение последних двадцати лет. Я могу сказать, что [их] ответная реакция была слишком незначительна, по крайней мере, в Пакистане. Я знаю, что только благодаря личным усилиям бывшего президента Пакистана генерала Зия [уль-Хака] в течение 1980–1985 гг. всего лишь несколько соглашений *мушарака* между банками и част-

⁵⁶ Подробнее см. статистические таблицы: *Nagaoka Shinsuke*. Beyond the Theoretical Dichotomy in Islamic Finance: Analytical Reflections on *Murābahah* Contracts and Islamic Debt Securities // *Kyoto Bulletin of Islamic Area Studies*. 2007. No 1–2. P. 72–91; *Nagaoka Shinsuke*. Critical Overview of the History of Islamic Economics: Formation, Transformation and New Horizons // *Asian and African Area Studies*. 2012. No 11 (2). P. 114–136 // URL: http://www.asafas.kyoto-u.ac.jp/dl/publications/no_1102/AA112_03_Nagaoka.pdf (дата обращения — 10 ноября 2013 г.).

⁵⁷ См.: *Hassan M. Kabir, Lewis Mervyn K*. Ends and Means in Islamic Banking and Finance // *Review of Islamic Economics*. Vol. 11. Special Issue. 2007. P. 8.

ными лицами смогли быть доведены до конца, только после того, как банки согласились на определенное облегчение условий в подготовленном ими первоначальном проекте соглашения *Мушарака*⁵⁸. В ряде случаев наблюдалось, отмечает Рахман, что схема финансирования *мудароба* как альтернатива *рибе* работала только в качестве инструмента для привлечения денежных средств⁵⁹.

Все сказанное о практической реализации декларируемого в качестве основного принципа разделения прибылей и убытков в деятельности исламских банков объясняет удручающую статистику, приведенную Синсукэ Нагаокой по банкам Bank Islam Malaysia Berhad (BIMP) (1984–2006) и Bank Islam Malaysia (1984–2009) по способам финансирования в процентах от общих объемов финансирования. Доли этих объемов по схемам финансирования *muḍāraba/mushāraka* (которые и основываются на принципе PLS) за указанные периоды в среднем составили не более 1,7%, в то время как соответствующие объемы по схемам *мурабаха* за эти же периоды достигали 80–90%⁶⁰. Подобная статистика по другим исламским странам и банкам может отличаться, но несущественно.

Уловки и шариат в ИБФ XXI века: некоторые выводы и соображения

В результате рассмотрения основных финансовых инструментов, применяемых в современной исламской банковско-финансовой системе, можно сделать вывод, что практически все они (кроме схемы *мудароба* PLS, используемой крайне мало и почти исключительно для мобилизации денежных средств, находящихся на счетах вкладчиков банков, для последующего финансирования бизнеса) являются юридическими уловками или используются в качестве таковых. Такой вывод разделяет и Мухаммад Тахир Мансури, известный исламский специалист по уловкам в ИБФ⁶¹.

Следует обратить внимание, что воспринятые исламской банковской системой и адаптированные для использования в современном банкинге архаичные средневековые формы договоров, предназначенные в основном для мелкотогровых сделок и уже в тогда признававшихся уловками, продолжили свое существование в современной системе ИБФ в несколько измененном виде, но в том же качестве юридических уловок — например, сделки *бай' ал-'ина*, *бай' би-таман аджил*, *бай' ал-вафа*, *таваррук* и «организованный» *таваррук*. Интересно и другое: архаичные формы сделок, считавшихся в Средневековье вполне законными, попали в ИБФ и после некоторого косметического преобразования и изменения мелкотогровой сферы применения на сферу финансовых операций превратились в популярные уловки — например, схемы договоров финансирования по типу «товарная» *мурабаха* и др.

⁵⁸ См.: *Rahman Tanzilur*. Mudaraba and the Pakistan Perspective. P. 18 // URL: <http://www.irtipms.org/PubText/67.pdf> (дата обращения — 20 октября 2013 г.)

⁵⁹ См.: *Ibid*. P. 19.

⁶⁰ См. статистические таблицы: *Nagaoka Shinsuke*. Beyond the Theoretical Dichotomy in Islamic Finance: Analytical Reflections on *Murābahah* Contracts and Islamic Debt Securities // *Kyoto Bulletin of Islamic Area Studies*. 2007. No 1–2. P. 90; *Nagaoka Shinsuke*. Critical Overview of the History of Islamic Economics: Formation, Transformation, and New Horizons // *Asian and African Area Studies*. 2012. No 11 (2). P. 123 // URL: http://www.asafas.kyoto-u.ac.jp/dl/publications/no_1102/AA112_03_Nagaoka.pdf (дата обращения — 10 ноября 2013 г.).

⁶¹ См.: *Mansoori Muhammad Tahir*. Use of *ḥiyal* in Islamic Finance and its *Sharī'ah* Legitimacy // *Journal of Islamic Business and Management*. Vol. 1. 2011. № 1. P. 84.

Нельзя сказать, что исламские религиозные деятели и правоведы оставались безучастными к интенсивному использованию юридических уловок в деятельности банков. Правомочность исламского банкинга с точки зрения его соответствия шариату неоднократно была предметом жарких споров о том, что современная исламская банковская практика по своей сути не является исламской по причине интенсивного использования *хийал* для обхода шариатских запретов, касающихся *риба* и *гарар*. Ученые, придерживавшиеся этой позиции, к категории уловок также причисляли сделки *мурабаха* и *иджара* (лизинг, аренда), которые по сути являются *хийал*, но не реальными исламскими альтернативами конвенциональному банкингу.

По этим и другим причинам 29 августа 2008 г. ученые, принадлежащие к ведущим религиозным школам Пакистана, издали *фетву*, в которой было объявлено, что существующие в стране исламские банки не являются по своей сути исламскими. Основным доводом являлось то, что их деятельность в основном построена на уловках *хийал*, что нарушало высшие цели шариата (*макасид аш-шари'а*). При этом, как считали ученые, разработанные банками финансовые продукты, могли соответствовать букве исламского права, но противоречили его духу и целям⁶².

Теоретически предполагается (и в это верят миллионы правоверных мусульман во многих странах мира), что исламская банковско-финансовая сфера основывается на предписаниях шариата, относящихся к средневековой коммерческой деятельности и торговле и впоследствии адаптированных в трудах современных ученых и в практике исламских банков к экономическим реалиям и потребностям исламских финансов, что привело к созданию новой отрасли исламского религиозного права. Например, российский автор Р.И. Беккин утверждал, что «исламская экономика — основанный на положениях Корана и Сунны, а также выводах мусульманско-правовой доктрины способ организации хозяйственной жизни общества»⁶³. И это абсолютно справедливо, если экономика исламская. Но когда в большинстве схем финансирования, применяемых в исламском банкинге во всех странах, где он функционирует, постоянно нарушаются содержащиеся в Коране и Сунне строгие запреты *рибы* и *гарар*, то разве такой банкинг — исламский? Вопрос риторический.

Так называемый «финансовый *фикх*» в том виде, в каком можно представить его существование в трудах исламских и западных авторов (иногда несогласных друг с другом), является сугубо искусственным продуктом, состоящим порой из различных мнений ученых, внесивших свой вклад в этот продукт в отсутствие каких-либо полномочий от компетентного государственного органа. Подобный «финансовый *фикх*», если он будет кем-то и когда-то систематизирован, все равно не сможет стать правовым или религиозно-правовым регулятором банковско-финансовой сферы, поскольку он не включен в действующую правовую систему. Данный регулятор может выполнять свое предназначение при условии наличия в нем юридического механизма для изменения действующих правовых норм, их толкования, применения мер ответственности за нарушение религиозно-правовых норм, признания сделок недействительными или ничтожными через соответствующую судебную систему, действующую в соответствии с таким религиозно-государственным законом.

В ряде исламских стран (например, в Пакистане и Малайзии) приняты законы, регулирующие деятельность исламских банков с позиций исламского права. Однако их

⁶² См.: Mansoori Muhammad Tahir. Use of *hiyal* in Islamic Finance and its *Shari'ah* Legitimacy // Journal of Islamic Business and Management. Vol. 1. 2011. № 1. P. 70–71.

⁶³ Круглый стол «Исламская экономика», 22 декабря 2008 г. // Труды Вольного экономического общества России. Т. 106. 2009. № 1. М., 2009. С. 93–136.

судебная система (как вообще в подавляющем большинстве исламских стран) основана и действует в соответствии со светскими законами.

В таких условиях чрезвычайно показательной является судьба исков ряда граждан Малайзии к крупнейшему исламскому банку Bank Islam Malaysia Bhd (Bank Islam) о незаконности взыскания процентов при дефолте граждан по уплате платежей по договорам *бай' би-таман аджил* (продажа с оплатой в кредит/рассрочку) для целей домашнего финансирования. В сентябре 2008 г. суд первой инстанции в многотомном решении иски удовлетворил, указав, что контракты *бай' би-таман аджил* противоречат действующим в Малайзии правилам функционирования исламских банков, а именно Закону об исламских банках 1983 г. (Islamic Banking Act 1983). В марте 2009 г. Апелляционный суд рассмотрел апелляции банка и, к радости всех банкиров Малайзии, отменил ранее принятое решение, указав, что сделки *бай' би-таман аджил* как операции в сфере торговли являются законными и соответствуют правилам шариата. Взыскание процентов при дефолте заемщиков также является законным, так как эти договоры относятся к торговле товарами, а не к заемным (финансовым) операциям, поэтому и начисление процентов допустимо в качестве наценки⁶⁴.

Вынесенное апелляционным судом решение абсурдно в исламской стране с действующей системой ИБФ: всем известно, что договоры *бай' би-таман аджил* в исламском банковском секторе в настоящее время являются исключительно договорами финансирования, а «торговля товарами» служит лишь уловкой для прикрытия договора займа под проценты. Это решение показывает, что даже квазиисламское законодательство (в нашем примере это малазийский Закон об исламских банках 1983 г., основанный на соответствующих нормах исламского права) и суд, деятельность которого регулируется светским законодательством, не обращают внимания на такие «мелочи», как использование юридических уловок при совершении сделок, направленных на обход запрета *рибы*.

Мухаммад Бакир ас-Садр, автор классического труда «Наша экономика», писал: «Исламская экономика... является частью религии ислама, которая распространяется на все сферы жизни»⁶⁵. Подчеркивая роль религии и исламского государства, он также указывал, что экономическая наука может реально зародиться только тогда, когда она будет претворяться в жизнь в обществе, полностью основанном на шариате⁶⁶. Если признать это утверждение правильным в качестве условия для функционирования исламской экономики и ИБФ, то получается, что в современных условиях исламская экономика и исламская банковско-финансовая сфера, действующие в полном соответствии с шариатом, практически невозможны. В настоящее время среди мусульманских стран, декларативно-формально провозгласивших шариат основой своего законодательства, нет таких, в которых исламское право являлось бы действующей правовой системой, составляющей основу законодательства государства.

Более того, исламское право не регулирует деятельность исламских банковско-финансовых институтов, а в исламской финансовой сфере предписания шариата приме-

⁶⁴ См. подробнее: Malaysia's Court of Appeal reverses High Court BBA ruling // Islamic Finance Asia Wednesday, April 1, 2009 // URL: <http://islamicfinanceasia.blogspot.com/2009/04/malaysias-court-of-appeal-reverses-high.html> (дата обращения — 7 ноября 2013 г.).

⁶⁵ См.: Muhammad Bāqir as-Sadr. Iqtisaduna (Our Economics). Translated from Arabic (WOFIS) (World Organization for Islamic Services). 2nd ed. Vol.1. Part 2. Tehran Iran, 1994. P. 89.

⁶⁶ См.: Khan Mohd Lateef. Economic Thought of Muhammad Baqir al-Sadr: A Study of Iqtisaduna (Our Economics). Master of Philosophy dissertation. University of Kashmir, September 2011. P. 122–123 // URL: <http://dspace.uok.edu.in/jspui/bitstream/1/1142/1/M.Phil%20Disseratation%20by%20Mohd%20Lateef%20Khan%20Islamic%20Studies.pdf> (дата обращения — 25 августа 2014 г.).

няются в качестве этических принципов, но не правовых норм⁶⁷. За нарушение предписаний шариата можно стыдиться, но оставаться спокойным — юридическая или религиозно-правовая ответственность не наступает.

Следует добавить, что в сфере финансов исламское право более не воспринимается как «право», а рассматривается как «риск». Назначение права в сфере финансов — обеспечивать безопасность сделки юридически, т.е. гарантировать, что сделка при необходимости может быть исполнена принудительно через судебную процедуру. В системе исламских финансов роль исламского права существенно иная — ссылка на правила шариата может повредить принудительному исполнению сделки в суде общей юрисдикции, применяющего нормы действующего светского закона⁶⁸. Вероятность оспоримости исламской финансовой сделки по причине несоответствия исламскому праву называется «шариатский риск» (Shariat risk). Сейчас понятие «шариатский риск» отражает изменившуюся и даже приниженную роль исламского права в сфере исламских финансов⁶⁹.

Основным предназначением юридических уловок, применяемых в современной исламской банковско-финансовой сфере, является обход содержащегося в Коране запрета получения и уплаты прибыли *«риба»*, формируемого в результате совершения финансовых операций. Практически все рассмотренные исламские финансовые инструменты и схемы построены на таких уловках. Очевидно, что в современных условиях высокой конкуренции с конвенциональными банками в исламских странах и, особенно, в области международных финансов, эта исламская банковско-финансовая модель без использования уловок для обхода запрета ссудного процента *риба* становится неконкурентоспособной.

Учитывая то, что в данной статье ИБФ сфера рассматривалась в основном с точки зрения использования в ней юридических уловок для обхода запрета ссудного процента, в целом на эту проблему могут существовать и иные мнения.



Библиография

Аль-Бухари Мухаммад бин Исмаил Абу Абдуллах аль-Джу'фи. Достоверный краткий сборник сказаний о делах, преданиях и жизни Посланника Аллаха (Сахих ал-Бухари): 9 ч. в 4 т. Дар Таук аль-Наджат, Бейрут, Ливан, 1422 г.х. (на араб. яз.).

Аз-Зухайли Вахба. Исламский фикх и его источники: в 8 т. Т. 4. Дамаск, 1985 (на араб. яз.).

Баранов Х.К. Арабско-русский словарь. М.: «Русский язык», 1989.

Беккин Р.И. Исламская экономическая модель и современность. М.: Издат. дом Марджани, 2010.

Бизюков С.Н. Вопросы ответственности в мусульманской правовой теории // Правоведение. 1989. Вып. 6. С. 80–87.

Бизюков С.Н. К вопросу о понятии «нийа» и его роли в системе религиозно-правового регулирования шариата // Вестник Санкт-Петербургского университета. Сер. 9: Филология, Востоковедение, Журналистика. 2009. Вып. 2. Ч. 2. С. 241–247.

Бизюков С.Н. Правовые уловки в исламском праве: история появления, религиозная и правовая оценка, современный подход // Вестник БНЦ СО РАН. 2014. № 1(13). С. 239–256.

⁶⁷ См.: Bälz Kilian. Sharia Risk? How Islamic Finance Has Transformed Islamic Contract Law / Occasional Publications 9 September 2008 Islamic Legal Studies Program. Harvard Law School, Cambridge, MASS. USA, 2008. P. 6–7 // URL: <http://www.law.harvard.edu/programs/ilsp/publications/balz.pdf> (дата обращения — 12 октября 2013 г.).

⁶⁸ См.: Ibid. P. 8.

⁶⁹ См.: Ibid. P. 23.

- Гражданский кодекс Арабской республики Египет. Каир: Профсоюз адвокатов, 2006 (на араб. яз.).
- Ибн Ибрахим Мухаммад. Юридические уловки в финансовой сфере. Каир, 2008 (на араб. яз.).
- Ибн Каййим ал-Джаузия Мухаммад бин Абу Бакр. Извещение ожидающих о Господине миров: в 6 т. Эль-Рийад, Саудовская Аравия, 1423 г/х. (на араб. яз.).
- Постановления и рекомендации Совета Исламской академии правопедения (*фикха*) / пер. с араб. М.Ф. Муртазина. М.: Научно-издательский центр «Ладомир», 2003.
- Труды Вольного экономического общества России. Т. 106. Круглый стол «Исламская экономика», 22 декабря 2008 г. М., 2009. С. 93–136.
- Энциклопедия фикха. Министерство вакфов и исламских дел: в 45 т. Эль-Кувейт, 1983–2006 (на араб. яз.).
- Al-Bashir Muhammad, al-Amine Muhammad. Risk Management in Islamic Finance: An Analysis of Derivatives Instruments in Commodity Markets. Leiden — Boston: BRILL, 2008.
- Al-Zuhaili Wahbah. Tawarruq, Its Essence and Its Types: Mainstream Tawarruq and Organized Tawarruq [Electronic resource] // Available at: <http://www.isra.my/media-centre/downloads/finish/20-oic-fiqh-academy-19th-session/79-tawarruq-its-essence-and-its-types-mainstream-tawarruq-and-organized-tawarruq-english/0.html> (accessed 12.09.2013).
- Alsayed Nidal. The Uses and Misuses of Commodity Murabaha: Islamic Economic Perspective [Electronic resource] // MPRA Paper. 2010. 27 January. № 20262 // Available at: http://mpa.ub.uni-muenchen.de/20262/1/MPRA_paper_20262.pdf (accessed 20.09.2013).
- Ayub Muhammad. Understanding Islamic Finance. Chichester, UK, 2007.
- Bälz Kilian. Sharia Risk. *How Islamic Finance Has Transformed Islamic Contract Law* // Occasional Publications 9 September 2008. Islamic Legal Studies Program [Electronic resource] // Harvard Law School, Cambridge, MA. USA, 2008. P. 1–29 // Available at: <http://www.law.harvard.edu/programs/ilsp/publications/balz.pdf> (accessed 20.09.2013).
- Dimas Bagus Wiranata Kusum. Islamic Wourld View and Islamization of Knowledge Agenda [Electronic resource] // Available at: <http://ebookbrowse.com/gdoc.php?id=186977846&url=40e9a1ea97e830f4126736f843a7b964> (accessed 14.08.2013).
- El-Hawary Dahlia, Grai sWafik, Iqbal Zamir. Regulating Islamic Financial Institutions: the Nature of the Regulated [Electronic resource] // World Bank Policy Research Working Paper. 2004. March. No 3227 // Available at: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/06/03/000009486_20040603173425/additional/112512322_20041117151025.pdf (accessed 10.05.2013).
- Encyclopaedia of Islam. 2nd ed.: 12 vol. Leiden: Brill, 1986–2004.
- Feisal Khan. How 'Islamic' is Islamic Banking? [Electronic resource] // Journal of Economic Behavior & Organization. 2010. No 76. P. 805–820 // Available at: URL: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167268110001940> (accessed 20.05.2013).
- Hallaq Wael. A History of Islamic Legal Theories: An introduction to Sunni Uşul al-Fiqh. Cambridge University Press, 2007.
- Hamoudi Haider Ala. You Say You Want a Revolution: Interpretive Communities and the Origins of Islamic Finance // Virginia Journal of International Law. 2008. Vol. 48. Issue 2. P. 291–292.
- Haneef Mohamed Aslam, Furqani Hafas. Contemporary Islamic Economics: The Missing Dimension of Genuine Islamization [Electronic resource] // Thoughts on Economics. 2009. Vol. 19. No 4. P. 29–48 // Available at: <http://www.ifikr.isra.my/documents/10180/16168/1.%20Contemporary%20Islamic%20Economics%20%28English%29.pdf> (accessed 12.10.2013).
- Haneef Rafe. Is the Ban on Organized Tawarruq the Tip of the Iceberg? [Electronic resource] // ISRA, Research Paper. 2009. No 2 // Available at: <http://www.isra.my/media-centre/downloads/finish/29-isra-research-on-qorganised-tawarruq-the-tip-of-the-iceberg-no-22009/0.html> (accessed 12.10.2013).
- Hassan M. Kabir, Lewis Mervyn K. Ends and Means in Islamic Banking and Finance // Review of Islamic Economics. 2007. Vol. 11. Special Issue. P. 5–27.
- Hassan M. Kabir, Lewis Mervyn K. Islamic Banking and Finance at the Crossroads. Presentation August 12 2007 [Electronic resource] // Available at: www.uni-marburg.de/cnms/studium/lehrrmaterialien/hassan-lewis-presentation (accessed 10.05.2013).
- Khan Salman H. Why Tawarruq Needs To Go: AAOIFI and the OIC Fiqh Academy: Divergence or agreement? [Electronic resource] // Islamic Finance News. 2009. P. 17–22 // Available at: <https://www.google>.

ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=15&ved=0CEUQFjAEOAo&url=http%3A%2F%2Fww.assaif.org%2Fcontent%2Fdownload%2F9962%2F53909%2Ffile%2Fstudy&ei=4klyUqChKqnJ4gSgx4CoCw&usq=AFQjCNGUUGUwFjBvVovHbN0yWWR1pR260Fw&bvm=bv.55819444.d.bGE&cad=rjt (accessed 15.06.2013).

Nikan Firoozie. Tawarruq: Shariah Risk or Banking Conundrum? // *Opalesque Islamic Finance Intelligence*, issue. 2009. P. 4–7 [Electronic resource] // Available at: <http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Economics/c380.pdf> (accessed 24.05.2013).

M. Pisol B Mat Isa, Asmak Ab Rahman, Hezlina Bt M Hashim, Abd Mutalib B Embong. Shariah Views on the Components of Profit Rate in *Al-Murabahah* Asset Financing in Malaysian Islamic Bank [Electronic resource] // *World Academy of Science, Engineering and Technology*. 2012. No 67. P. 1311–1316 // Available at: <http://www.waset.org/journals/waset/v67/v67-238.pdf> (accessed 05.06.2013).

Mahmud Ahmad, Shaikh. *Economics of Islam: A Comparative Study*. Idarah-i-Adabiyat, Delhi, 1947.

Malaysia's Court of Appeal reverses High Court BBA ruling // *Islamic Finance Asia* Wednesday. 2009. April 1 [Electronic resource] // Available at: URL: http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/06/03/000009486_20040603173425/additional/112512322_20041117151025.pdf (accessed 05.06.2013).

Mansoori Muhammad Tahir. Use of *hiyal* in Islamic Finance and its *Shari'ah* Legitimacy // *Journal of Islamic Business and Management*. 2011. Vol. 1. No 1. P. 69–92.

Muhammad Baqir as-Sadr. *Iqtisaduna (Our Economics)*. Translated from Arabic (WOFIS) (World Organization for Islamic Services). Tehran, 1994. Vol. 2.

Nagaoka Shinsuke. Beyond the Theoretical Dichotomy in Islamic Finance: Analytical Reflections on *Murabahah* Contracts and Islamic Debt Securities // *Kyoto Bulletin of Islamic Area Studies*. 2007. No 1–2. P. 72–91 // Available at: http://www.asafas.kyoto-u.ac.jp/kias/1st_period/contents/pdf/kb1_2/08nagaoka.pdf (accessed 20.04.2013).

Nagaoka Shinsuke. Critical Overview of the History of Islamic Economics: Formation, Transformation, and New Horizons [Electronic resource] // *Asian and African Area Studies*. 2012. № 11 (2). P. 114–136 // Available at: http://www.asafas.kyoto-u.ac.jp/dl/publications/no_1102/AA112_03_Nagaoka.pdf (accessed 10.11.2013).

OIC Fiqh Academy Ruled Organised Tawarruq Impermissible in 2009 [Electronic resource] // *ISRA Portal* 20 March 2010 // Available at: <http://www.isra.my/component/content/article/355.html> (accessed 18.11.2013).

Qazi Irfan. Murabaha Financing VS Lending on Interest: A thin line making big difference in the understanding of Riba [Electronic resource] // Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1803651 (accessed 29.10.2013).

Qureshi Anwar Iqbal. *Islam and the Theory of Interest*. 1st ed. Lahore: Muhammad — Ashraf, 1945.

Rahman Fazlur. Islamization of Knowledge: A Response // *The American Journal of Islamic Social Science*. 1988. Vol. 5. №. 1. P. 3–11.

Rahman Tanzilur. *Mudaraba and the Pakistan Perspective* [Electronic resource] // Available at: <http://www.irtipms.org/PubText/67.pdf> (accessed 20.10.2013).

Saeed Abdullah. *Islamic Banking and Interest: A Study of Prohibition of Interest and its Contemporary Interpretation*. Leiden: Brill, 1999. P. 170.

Schacht Joseph. *An Introduction to Islamic Law*. N.Y.: Oxford University Press, 1982.

Schacht Joseph. *Hiyal* // *Encyclopaedia of Islam*. 2nd ed. Leiden: Brill, 1960. Vol. III. P. 510–513.

Siddiqi Mohammad Nejatullah. Islamization of Knowledge: Reflections on Priorities // *The American Journal of Islamic Social Sciences* 28:3. P. 15–34 // Available at: http://www.siddiqi.com/mns/Islamization_of_Knowledge.pdf (accessed 13.01.2014).

Siddiqi Muhammad Nejatullah. *Banking Without Interest*. The Islamic Foundation. Leicester, U.K., 1983.

Siddiqi Mohammad Nejatullah. Economics of Tawarruq: How its Mafasid overwhelm the Masalih // A position paper to be presented at the Workshop on Tawarruq: A Methodological issue in *Shari'a* — Compliant Finance on February 1. 2007. P. 4 // Available at: http://www.siddiqi.com/mns/Economics_of_Tawarruq.pdf (accessed 20.10.2013).

Siddiqi Muhammad Nejatullah. *Issues in Islamic Banking: Selected Papers*. The Islamic Foundation, 1983.

Shaikh Mahmud Ahmad. *Economics of Islam: A Comparative Study*. Lahore: Ashraf, 1947.

Toward Islamization of Disciplines. International Islamic Publishing House and The International Institute of Islamic Thought. Islamization of Knowledge. Series 6. Herndon, Virginia, 1989.

Uslmani M.T. Verdicts on At-Tawarruq and Its Banking Applications // Available at: <http://ru.scribd.com/doc/35096309/Twarruq-by-Taqi-Usmami> (accessed 10.01.2014).

Uzair Mohammad. Interest Free Banking. Karachi: Royal Book Company, 1978.

Vogel F.E., Hayes S.L. III. Islamic Law and Finance: Religion, Risk and Return. Leiden—London, 2006.

Warde Ibrahim. Islamic Finance in the Global Economy. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2000.

Zarqa Muhammad Anas. Islamization of Economics: The Concept and Methodology // J.KAU: Islamic Econ. Vol. 16. № 1. P. 3–42 (1424 A.H / 2003 A.D).

Legal Subterfuges in Islamic Law: from the Middle Ages to the 21st Century



Sergey Bizyukov

Managing Partner at Law Bureau Paktum, Saint Petersburg Chamber of Lawyers. Address: 87 Maliy Prospekt, Saint Petersburg, 197022, Russian Federation. E-mail: sb_casa@mail.ru.



Abstract

The article is devoted to the role and significance of legal subterfuges in financial instruments applied in the Islamic banking system (hereafter IBS). The paper studies the concept of subterfuges, exemplifies their application and an outline of Islamic legal conceptions which existed in the Middle Ages as certain deals to bypass Quran Prohibition of *riba*, which was originally understood as spare money (interest), resulting from loan operations. When the 1970s and 80s a campaign was launched to Islamize knowledge enveloping such spheres as economics, the subterfuges which appeared in the Middle Ages were understood as forms for modern Islamic financial instruments. Many of them were the means to bypass *riba* as a loan interest forbidden in Islam. The paper analyzes the subterfuges to bypass the prohibition on interest loan *riba* in the current operations of Islamic banking system. The paper shows the changed role of Islamic law in finances which is not law regulating IBF operations and the norms are recognized no more as legally binding but are ethical maxims of a sort lacking legal content. Moreover, the reference in a financial contract to Islamic law (sharia) may be only considered as sharia risk increasing the voidability of the deal in court. The article concludes that almost all the considered Islamic financial instruments and schemes are based on such subterfuges. It is evident that in the conditions of high competition with conventional banks in Islamic countries especially in the area of financial finances, this Islamic banking model without resorting to the subterfuges to bypass the ban on loan interest *riba* is becoming non competitive.



Keywords

Legal subterfuge, hiyal fikhiya, Sharia, Islamic banking and finances, Islamic law, scale of five categories, preventive freeze of legal measures, *riba*, *garar*, *bay' al-'ina*, *bay' al-vafa*, *bay' bi-taman adhil*, *tavarruk*, *murabakha*, *mudaraba*, *musharaka*, profit-and-loss sharing, Shariat risk.

Citation: Bizyukov S. (2014) Legal Subterfuges in Islamic Law: from the Middle Ages to the 21st century. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 31–54. (in Russian)



References

Baranov Kh.K. (1989) *Arabsko-russkiy slovar'* [Arabic — Russian Dictionary]. Moscow: Russkiy yazyk. (in Russian)

Bekkin R.I. (2010) *Islamskaya ekonomicheskaya model' i sovremennost'* [Islamic Economic Model and Modernity]. Moscow: Izdatel'skiy dom Mardzhani. (in Russian)

- Bizyukov S.N. (1989) Voprosy otvetstvennosti v musul'manskoj pravovoy teorii [Issues of Responsibility in Muslim Legal Theory]. *Pravovedenie*. no 6, pp. 80–87.
- Bizyukov S.N. (2009) K voprosu o ponyatii «niya» i ego roli v sisteme religiozno-pravovogo regulirovaniya shariata [To the Concept of niya and its role in the System of Religious Law Regulation of Sharia]. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta. Seriya 9 Filologiya, Vostokovedenie, Zhurnalistika*, no 2, pp. 241–247.
- Bizyukov S.N. (2014) Pravovye ulovki v islamskom prave: istoriya poyavleniya, religioznaya i pravovaya otsenka, sovremennyy podkhod [Legal Subterfuges in Islamic Law: Origin, Religious and Legal Assessment, Modern Approach]. *Vestnik BNTs SO RAN*, no 1(13), pp. 239–256.
- Murtazin M. F. (2003) *Postanovleniya i rekomendatsii Soveta Islamskoy akademii pravovedeniya (fikha)* [Decisions and Recommendations of the Council of the Islamic Legal Academy]. Moscow: Nauchno-izdatel'skiy tsentr «Ladomir». (in Russian)
- Trudy Vol'nogo ekonomicheskogo obshchestva Rossii*. VEO (2009). Kruglyy stol «Islamskaya ekonomika» 22.12.2008 [Proceedings of Free Economic Society of Russia]. Vol. 106. Moscow: VEO, pp. 93–136.
- Al'-Bukhari Mukhammad bin Ismail Abu Abdullakh al'-Dzhu'fi. *Dostovernyy kratkiy sbornik skazaniy o delakh, predaniyakh i zhizni Poslannika Allahha (Sakhikh al-Bukhari)*. 9 chastey v 4 tomakh. Dar Tauk al'-Nadzhah, Beyrut, Livan 1422 g.kh. (in Arabic)
- Az-Zukhayli V. (1985) *Islamskiy fikkh i ego istochniki*. V 8 tomakh. T.4. Damask, S. 467/ (in Arabic)
- Grazhdanskiy kodeks Arabskoy respubliki Egipet. Kair: Profsoyuz advokatov. 2006. (in Arabic)
- Ibn Ibrakhim Mukhammad (2008) *Yuridicheskie ulovki v finansovoy sfere*. Kair. (in Arabic)
- Ibn Kayyim al-Dzhauziya Mukhammad bin Abu Bakr. *Izveshchenie ozhidayushchikh o Gospodine mirov. 6 tomov*. El'-Riyad, Saudovskaya Araviya, 1423 g/kh. (in Arabic)
- Entsiklopediya fikha. Ministerstvo vakfov i islamskikh del. V 45 tomakh. El'-Kuveyt, 1983–2006. (in Arabic)
- Al-Bashir M., al-Amine M. (2008) *Risk Management in Islamic Finance: An Analysis of Derivatives Instruments in Commodity Markets*. Leiden — Boston: BRILL.
- Al-Zuhaili W. Tawarruq, Its Essence and Its Types: Mainstream Tawarruq and Organized Tawarruq [Electronic resource]. Available at: <http://www.isra.my/media-centre/downloads/finish/20-oic-fiqh-academy-19th-session/79-tawarruq-its-essence-and-its-types-mainstream-tawarruq-and-organized-tawarruq-english/0.html> accessed 12.09.2013.
- Alsayed N. The Uses and Misuses of Commodity Murabaha: Islamic Economic Perspective [Electronic resource]. MPRA Paper № 20262. 27 January. 2010. Available at: http://mpra.ub.uni-muenchen.de/20262/1/MPRA_paper_20262.pdf accessed 20.09.2013.
- Ayub M. (2007) *Understanding Islamic Finance*. Chichester: Wiley.
- Bälz K. Sharia Risk? How Islamic Finance Has Transformed Islamic Contract Law / Occasional Publications 9 September 2008. Islamic Legal Studies Program [Electronic resource]. Harvard Law School, Cambridge, MASS. USA, 2008. P. 1–29. Available at: <http://www.law.harvard.edu/programs/ilsp/publications/balz.pdf> accessed 20.09.2013.
- Dimas Bagus Wiranata Kusum. Islamic World View and Islamization of Knowledge Agenda [Electronic resource]. Available at: <http://ebookbrowse.com/gdoc.php?id=186977846&url=40e9a1ea97e830f4126736f843a7b964> accessed 14.08.2013.
- Ei-Hawary Dahlia, Grai Wafik, Iqbal Zamir. Regulating Islamic Financial Institutions: the Nature of the Regulated [Electronic resource]. World Bank Policy Research Working Paper 3227. 2004. March. 48 p. // Available at: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/06/03/00009486_20040603173425/additional/112512322_20041117151025.pdf accessed 10.05.2013.
- Encyclopaedia of Islam. 2nd edition. 12 volumes. Leiden: Brill, 1986–2004.
- Feisal K. (2010) How 'Islamic' is Islamic Banking? [Electronic resource]. *Journal of Economic Behavior & Organization*. no 76, pp. 805–820.
- Hallaq W. (2007) *A History of Islamic Legal Theories: An introduction to Sunni Uşûl al-Fiqh*. Cambridge University Press.
- Hamoudi H.A. (2008) You Say You Want a Revolution: Interpretive Communities and the Origins of Islamic Finance. *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, no 2, pp. 291–292.
- Haneef M.A., Furqani Hafas. (2009) Contemporary Islamic Economics: The Missing Dimension of Genuine Islamization [Electronic resource] // *Thoughts on Economics*, vol. 19, no 04, pp. 29–48. Available at:

<http://www.ifikr.isra.my/documents/10180/16168/1.%20Contemporary%20Islamic%20Economics%20%28English%29.pdf> accessed 12.10.2013.

Haneef R. (2009) Is the Ban on Organized Tawarruq the Tip of the Iceberg? [Electronic resource] ISRA, Research Paper. № 2. Available at: <http://www.isra.my/media-centre/downloads/finish/29-isra-research-on-qorganised-tawarruq-the-tip-of-the-iceberg-no-22009/0.html> accessed 12.10.2013.

Kabir H.M., Mervyn L.K. (2007) Ends and Means in Islamic Banking and Finance. *Review of Islamic Economics*, vol. 11, special issue, pp. 5–27.

Kabir H.M., Mervyn L.K. Islamic Banking and Finance at the Crossroads. Presentation August 12 2007 [Electronic resource]. Available at: www.uni-marburg.de/cnms/studium/lehmaterialien/hassan-lewis-praesentation accessed 10.05.2013.

Khan S.H. (2009) Why Tawarruq Needs To Go: AAOIFI and the OIC Fiqh Academy: Divergence or agreement? [Electronic resource]. *Islamic Finance News*, pp. 17–22. Available at: <https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=15&ved=0CEUQFjAEOAo&url=http%3A%2F%2Fwww.assaif.org%2Fcontent%2Fdownload%2F9962%2F53909%2Ffile%2Fstudy&ei=4klyUqChKqJ4gSgx4CoCw&usq=AFQjCNGUUGUWfJbVovHbN0yWWR1pR260Fw&bvm=bv.55819444,d.bGE&cad=rjt> accessed 15.06.2013.

Nikan F.T. (2009) Shariah Risk or Banking Conundrum? [Electronic resource]. Available at: <http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Economics/c380.pdf> accessed 24.05.2013.

M. Pisol B Mat Isa, Asmak Ab Rahman, Hezlina Bt M Hashim, Abd Mutalib B Embong. (2012) Shariah Views on the Components of Profit Rate in *Al-Murabahah* Asset Financing in Malaysian Islamic Bank. *World Academy of Science, Engineering and Technology*, no 67, pp. 1311–1316.

Mahmud Ahmad, Shaikh (1947) *Economics of Islam: A Comparative Study*. Delhi. Idarah-i-Adabiyat.

Mansoori M.T. (2011) Use of *hiyal* in Islamic Finance and its *Shari'ah* Legitimacy. *Journal of Islamic Business and Management*, vol. 1, no 1, pp. 69–92.

Muhammad Baqir as-Sadr. *Iqtisaduna (Our Economics)*. Translated from Arabic (WOFIS) (World Organization for Islamic Services). Tehran. Vol. 2.

Nagaoka S. (2007) Beyond the Theoretical Dichotomy in Islamic Finance: Analytical Reflections on *Murabahah* Contracts and Islamic Debt Securities. *Kyoto Bulletin of Islamic Area Studies*. no 1–2, pp. 72–91. Available at: http://www.asafas.kyoto-u.ac.jp/kias/1st_period/contents/pdf/kb1_2/08nagaoka.pdf accessed 20.04.2013.

Nagaoka S. (2012) Critical Overview of the History of Islamic Economics: Formation, Transformation, and New Horizons [Electronic resource]. *Asian and African Area Studies*, no 11 (2), pp. 114–136. Available at: http://www.asafas.kyoto-u.ac.jp/dl/publications/no_1102/AA112_03_Nagaoka.pdf accessed 10.11.2013.

OIC Fiqh Academy Ruled Organised Tawarruq Impermissible in 2009 [Electronic resource]. Available at: <http://www.isra.my/component/content/article/355.html> accessed 18.11.2013.

Qazi I. Murabaha Financing vs Lending on Interest: A thin line making big difference in the understanding of Riba [Electronic resource]. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1803651 accessed 29.10.2013.

Qureshi A.I. (1945) *Islam and the Theory of Interest*. 1st ed. Lahore: Ashraf.

Rahman F. (1988) Islamization of Knowledge: A Response. *The American Journal of Islamic Social Science*, vol. 5, no 1, pp. 3–11.

Rahman T. *Mudaraba and the Pakistan Perspective* [Electronic resource]. Available at: <http://www.irtipms.org/PubText/67.pdf> accessed 20.10.2013.

Saeed A. (1999) *Islamic Banking and Interest: A Study of Prohibition of Interest and its Contemporary Interpretation*. Leiden: Brill.

Schacht J. (1982) *An Introduction to Islamic Law*. New York: Oxford University Press.

Schacht J. (1960) *Hiyal / Encyclopaedia of Islam*. 2nd edition. Leiden: Brill, vol. III, pp. 510–513.

Siddiqi M.N. Islamization of Knowledge: Reflections on Priorities. *The American Journal of Islamic Social Sciences*, vol. 28, no 3, pp. 15–34.

Siddiqi M.N. (1983) *Banking Without Interest*. Leicester: The Islamic Foundation.

- Siddiqi M.N. (2007) Economics of Tawarruq: How its Mafasid overwhelm the Masalih / *A position paper to be presented at the Workshop on Tawarruq: A Methodological issue in Shari'a — Compliant Finance on February 1*. Available at: http://www.siddiqi.com/mns/Economics_of_Tawarruq.pdf accessed 20.10.2013.
- Siddiqi M.N. (1983) *Issues in Islamic Banking: Selected Papers*. Leicester: The Islamic Foundation.
- Shaikh M.A. (1947) *Economics of Islam: A Comparative Study*. Lahore: Ashraf.
- International Islamic Publishing House and The International Institute of Islamic Thought (1989). *Toward Islamization of Disciplines. Islamization of Knowledge*. Series 6. Virginia: Herndon.
- Usmani M.T. *Verdicts on At-Tawarruq and Its Banking Applications*. Available at: <http://ru.scribd.com/doc/35096309/Tawarruq-by-Taqi-Usmeni> accessed 10.01.2014.
- Uzair M. (1978) *Interest Free Banking*. Karachi: Royal Book Company.
- Vogel F.E., Hayes S.L. III. (2006) *Islamic Law and Finance: Religion, Risk and Return*. Leiden: Brill.
- Warde I. (2000) *Islamic Finance in the Global Economy*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Zarqa M.A. (2003) Islamization of Economics: The Concept and Methodology. *J.KAU: Islamic Econ*, vol. 16, no 1, pp. 3–42 (1424 A.H).

Новое в земельном законодательстве

**(обзор положений Федерального закона
от 23 июня 2014 года № 171-ФЗ «О внесении
изменений в Земельный кодекс Российской
Федерации и отдельные законодательные акты
Российской Федерации»)**



Е.Л. Ковалёва

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



А.И. Бутовецкий

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



Аннотация

Статья посвящена обзору Федерального закона от 23 июня 2014 г. № 171-ФЗ «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации», основные положения которого вступают в силу с 1 марта 2015 г. Авторы провели подробный анализ масштабных изменений, внесенных в Земельный кодекс Российской Федерации, Гражданский кодекс Российской Федерации и иные законодательные акты. Данные изменения направлены на выполнение ряда задач, поставленных Президентом Российской Федерации, в том числе в целях гармонизации земельного законодательства с Гражданским кодексом и законодательством о градостроительной деятельности, повышения прозрачности процедур в сфере земельных отношений, исключения коллизий между федеральными законами и положений, способствующих возникновению коррупциогенных проявлений на практике. Авторы уделили особое внимание новому порядку образования и предоставления земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, новым институтам земельного законодательства и переходным положениям, предусмотренным Федеральным законом от 23 июня 2014 г. № 171-ФЗ «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации», подчеркнуты правовые особенности норм, имеющих важное значение для формирования правоприменительной и судебной практики. Авторами высказано мнение о последствиях реализации перечисленных нововведений как для органов публичной власти, так и для граждан и юридических лиц, заключающихся в повышении доступности земельных ресурсов для населения страны, в том числе для льготных категорий граждан, а также для инвесторов. В статье также обоснованы причины появления ключевых нововведений, изучена судебная практика, указывающая на существование спорных вопросов, на разрешение которых направлены новые нормы законодательства. Авторами перечислены подзаконные акты и законы субъектов Российской Федерации, которые должны быть приняты в целях реализации положений Федерального закона от 23 июня 2014 г. № 171-ФЗ «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации».



Ключевые слова

Федеральный закон от 23 июня 2014 г. № 171-ФЗ «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации», Земельный кодекс Российской Федерации, земельные участки, предоставление земельных участков, образование земельных участков, недвижимость, строительство

Библиографическое описание: Ковалева Е.Л., Бутовецкий А.И. Новое в земельном законодательстве (обзор положений Федерального закона от 23 июня 2014 года № 171-ФЗ «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации») // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 3. С. 55–85.

На необходимость совершенствования законодательства, регулирующего предоставление земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, руководство страны в последнее время все чаще обращает особое внимание. Сходные позиции высказываются и представителями законодательных органов, общественных организаций, бизнес-сообщества, экспертов в области земельных отношений. Так, в частности, в рекомендациях парламентских слушаний на тему «О проекте федерального закона № 444365-6 «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования порядка предоставления земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности» отмечено, что «правовое регулирование порядка предоставления земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, характеризуется недостаточным уровнем нормативно-правового регулирования, наличием множества коллизий и противоречий, препятствующих быстрому и эффективному процессу вовлечения в хозяйственный оборот земельных участков, а также повышению привлекательности инвестиционного климата в Российской Федерации. Правоприменительная практика также указывает на существование достаточно большого количества административных барьеров в сфере строительства и земельных отношений, являющихся следствием как несовершенства законодательства в данной сфере, так и действий (бездействия) органов государственной власти и органов местного самоуправления на местах»¹.

Первым шагом к реализации Основ государственной политики использования земельного фонда Российской Федерации на 2012–2017 гг.² стало принятие Федерального закона от 23 июня 2014 г. № 171-ФЗ «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»³ (далее — Закон № 171-ФЗ), направленного на совершенствование порядка предоставления находящихся в государственной или муниципальной собственности земельных участков гражданам и организациям, порядка образования таких земельных участков, а также предусматривающего введение в российское законодательство новых институтов и механизмов, направленных на повышение эффективности управления земельным фондом в целом. Основные положения Закона № 171-ФЗ вступают в силу с 1 марта 2015 г.

¹ Официальный сайт Комитета Государственной Думы по земельным отношениям и строительству: www.komitet3.km.duma.gov.ru

² Утверждены распоряжением Правительства Российской Федерации от 3 марта 2012 г. № 297-р // СЗ РФ. 2012. № 12. Ст. 1425.

³ СЗ РФ. 2014. № 26 (ч. I). Ст. 3377.

Однако учитывая масштабность предусмотренных данным законом изменений, а также пересмотр концептуальных подходов к взаимодействию граждан и юридических лиц с органами публичной власти по вопросам предоставления земельных участков, требуется заранее проанализировать все нововведения и оценить их возможные последствия.

I. Образование земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности

Одним из нововведений, предусмотренных Законом № 171-ФЗ, является изменение принципов образования земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности. Земельным кодексом Российской Федерации (далее — ЗК РФ) и иными федеральными законами в настоящее время предусматривается целый ряд документов, на основании которых могут быть образованы земельные участки, находящиеся в государственной или муниципальной собственности. К числу таких документов можно отнести:

- решение органа государственной власти или органа местного самоуправления, уполномоченного на распоряжение земельными участками, находящимися в государственной или муниципальной собственности (п. 1 ст. 11³ ЗК РФ);
- схема расположения земельного участка на кадастровом плане или кадастровой карте территории, являющаяся приложением к акту выбора земельного участка (п. 5 ст. 31 ЗК РФ);
- схема расположения земельного участка на кадастровом плане или кадастровой карте территории, подготавливаемая для образования земельных участков для целей, не связанных со строительством (п. 4 ст. 34 ЗК РФ);
- проект организации и застройки территории садоводческого, огороднического или дачного некоммерческого объединения граждан (п. 4 ст. 11⁴ ЗК РФ, ст. 32 Федерального закона от 15 апреля 1998 г. № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан»⁴ (с изменениями и дополнениями);
- описание земельного участка, подготовленное гражданином для целей бесплатного предоставления земельного участка садового, огородного или дачного земельного участка (п. 4 ст. 28 того же федерального закона);
- проектная документация о местоположении, границах, площади и об иных количественных и качественных характеристиках лесных участков (ч. 1 ст. 69 Лесного кодекса Российской Федерации);
- проект планировки и проект межевания территорий (ч. 2 ст. 6 Федерального закона от 29 декабря 2004 г. № 191-ФЗ «О введении в действие Градостроительного кодекса Российской Федерации»⁵ (с изменениями и дополнениями)).

Данная документация может дублировать друг друга либо иметь противоречия, поскольку, например, наличие утвержденного проекта межевания территории не является препятствием для подготовки и утверждения органом, уполномоченным на предоставление земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, схемы расположения земельного участка на кадастровом плане или кадастровой карте соответствующей территории. Проектируемые границы такого земельного участка могут не соответствовать границам земельных участков, которые указаны в проекте межевания территории.

⁴ СЗ РФ. 1998. № 16. Ст. 1801.

⁵ СЗ РФ. 2005. № 1. Ст. 17.

В целях совершенствования порядка образования земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, Закон № 171-ФЗ предусматривает изложение ст. 11³ ЗК РФ в новой редакции, предусматривающей, что образование таких земельных участков осуществляется на основании одного из следующих документов:

- 1) проект межевания территории, утвержденный в соответствии с Градостроительным кодексом Российской Федерации (далее — ГрК РФ);
- 2) проектная документация о местоположении, границах, площади и об иных количественных и качественных характеристиках лесных участков;
- 3) утвержденная схема расположения земельного участка или земельных участков на кадастровом плане территории.

Образование земельных участков из земель или земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, допускается на основании утвержденной схемы расположения земельных участков только при отсутствии утвержденного проекта межевания территории.

Пункт 3 ст. 11³ ЗК РФ также устанавливает случаи, когда земельные участки, находящиеся в государственной или муниципальной собственности, могут быть образованы исключительно в соответствии с утвержденным проектом межевания территории, а образование земельных участков на основании схемы расположения на кадастровом плане территории не допускается. К таким случаям относится образование земельных участков:

- 1) из земельного участка, предоставленного для комплексного освоения территории;
- 2) из земельного участка, предоставленного некоммерческой организации, созданной гражданами, для ведения садоводства, огородничества, дачного хозяйства либо для ведения дачного хозяйства иным юридическим лицам;
- 3) в границах территории, в отношении которой в соответствии с законодательством о градостроительной деятельности заключен договор о ее развитии;
- 4) в границах элемента планировочной структуры, застроенного многоквартирными домами;
- 5) для размещения линейных объектов федерального, регионального или местного значения.

Установленный приоритет утвержденного проекта межевания территории позволит наиболее рационально организовать процесс образования земельных участков, в том числе, для целей дальнейшего предоставления гражданам и юридическим лицам. Образование земельного участка на основании проекта межевания территории отвечает принципам устойчивого развития территорий и осуществлению строительства на основании документации по планировке территории, на которых основано законодательство о градостроительной деятельности (п. 4 ст. 2 ГрК РФ). Так, в частности, согласно ч. 5 ст. 43 ГрК РФ проект межевания территории включает в себя чертежи межевания территории, на которых отображаются красные линии, утвержденные в составе проекта планировки территории; линии отступа от красных линий в целях определения места допустимого размещения зданий, строений, сооружений; границы застроенных земельных участков, в том числе границы земельных участков, на которых расположены линейные объекты; границы формируемых земельных участков, планируемых для предоставления физическим и юридическим лицам для строительства; границы земельных участков, предназначенных для размещения объектов капитального строительства федерального, регионального или местного значения; границы территорий объектов культурного наследия; границы зон с особыми условиями использования территорий; границы зон действия публичных сервитутов.

Таким образом, образование земельных участков на основании проекта межевания территории позволяет учитывать все особенности развития соответствующей территории, в том числе планируемые и существующие территории общего пользования, земельные участки, предназначенные для размещения объектов инфраструктуры, а также установленные ограничения в использовании объектов недвижимости.

Кроме того, установление необходимости образования земельных участков на основании проектов межевания территории позволит существенно увеличить значимость и роль такого инструмента, как публичные слушания. В соответствии со ст. 46 ГрК РФ подготовка и утверждение документации по планировке территории, разрабатываемой на основании решения органа местного самоуправления поселения или городского округа, осуществляется с учетом результатов публичных слушаний. В связи с этим население сможет выражать собственное мнение относительно утверждаемой документации по планировке территории также и в отношении проектируемых границ будущих земельных участков, формирующихся для дальнейшего предоставления гражданам и юридическим лицам.

Следует напомнить, что, как отмечено в Определении Конституционного Суда Российской Федерации от 15 июля 2010 г. № 931-О-О⁶, публичные слушания, будучи публично-правовым институтом, призванным обеспечить открытое, независимое и свободное обсуждение общественно значимых проблем (вопросов), имеющих существенное значение для граждан, проживающих на территории соответствующего публичного образования, по смыслу ст. 3 Конституции Российской Федерации и федерального законодательства, которым регулируется их проведение, не являются формой осуществления власти населением. Тем не менее, они предоставляют каждому, кого может затронуть предполагаемое решение, правомочие на принятие которого принадлежит компетентным органам и должностным лицам, возможность участвовать в его обсуждении независимо от наличия специальных знаний либо принадлежности к определенным организациям и объединениям. Конечная цель такого обсуждения — выработка рекомендаций по общественно значимым вопросам либо получение общественной оценки правового акта. Соответственно, процесс принятия управленческих решений становится более открытым для граждан. Эта открытость обеспечивается принудительной силой закона, обязывающего органы власти проводить публичные слушания по определенным вопросам.

Необходимо обратить внимание, что в целях обеспечения возможности использования проекта межевания территории в качестве документа, в соответствии с которым образуются земельные участки, Закон № 171-ФЗ устанавливает, что подготовка проекта планировки территории и проекта межевания территории осуществляется в соответствии с системой координат, используемой для ведения государственного кадастра недвижимости.

Законодатель посчитал целесообразным сохранить и возможность образования земельных участков на основании схемы расположения земельного участка, поскольку, во-первых, применительно далеко не ко всем территориям в настоящее время разработаны и утверждены проекты межевания, позволяющие образовать земельные участки в соответствии с такими проектами. Во-вторых, в соответствии с ч. 1 ст. 43 ГрК РФ подготовка проектов межевания территорий осуществляется применительно к застроенным и подлежащим застройке территориям, расположенным в границах элементов планировочной структуры, существуют случаи, когда подготовка проекта межевания не целесообразна (например, на территориях с низкой плотностью застройки и низким спросом на земельные участки) или запрещена (например, образование земельных участков для выпаса скота, ведения личного подсобного хозяйства за пределами границ населенного пункта).

⁶ Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2011. № 2.

В Законе № 171-ФЗ реализовано поручение Президента Российской Федерации по итогам заседания Президиума Государственного совета Российской Федерации от 9 октября 2012 г. (подп. «а» п. 2 Перечня поручений Пр-2869 от 26 октября 2012 г.)⁷ в части установления возможности и порядка образования земельных участков гражданами и юридическими лицами за счет собственных средств из земель, находящихся в государственной или муниципальной собственности, и обязанности органов государственной власти и органов местного самоуправления выставлять такие земельные участки на торги по заявлениям граждан и юридических лиц. В связи с этим с 1 марта 2015 г. в ЗК РФ разграничиваются случаи, когда подготовка схемы расположения земельного участка осуществляется публичными органами власти либо заинтересованными в предоставлении земельных участков гражданами и юридическими лицами (ст. 11¹⁰ ЗК РФ). В частности, для граждан и юридических лиц устанавливается возможность подготовить схему расположения земельных участков для дальнейшего образования и предоставления таких земельных участков без проведения торгов, а также на торгах, за исключением случаев, если эти земельные участки находятся в границах субъектов Российской Федерации — городов федерального значения Москвы, Санкт-Петербурга, Севастополя или в иных населенных пунктах.

Изменения, затронувшие главу I¹ ЗК РФ, предусматривают более подробное, по сравнению прежним порядком образования земельных участков, регулирование вопросов, связанных с понятием, подготовкой и юридической силой такого документа, как схема расположения земельного участка на кадастровом плане территории. Так, в соответствии с п. 1 ст. 11¹⁰ ЗК РФ схема расположения земельного участка или земельных участков на кадастровом плане территории представляет собой изображение границ образуемого земельного участка или образуемых земельных участков на кадастровом плане территории. Как следует из положений указанной статьи, подготовка схемы должна осуществляться путем изображения границ образуемого земельного участка на кадастровом плане территории, форма которого утверждена приказом Министерства экономического развития Российской Федерации от 28 декабря 2012 г. № 831 «Об утверждении форм кадастровых паспортов здания, сооружения, объекта незавершенного строительства, помещения, земельного участка, кадастровых выписок о земельном участке, о здании, сооружении, объекте незавершенного строительства и кадастрового плана территории»⁸.

Кроме того, п. 2 ст. 11¹⁰ ЗК РФ устанавливает правила, исключающие возможность произвольного определения границ земельных участков при подготовке схемы расположения земельного участка на кадастровом плане территории. Эти правила предусматривают, что подготовка схемы расположения земельного участка осуществляется с учетом утвержденных документов территориального планирования, правил землепользования и застройки, проекта планировки территории, землеустроительной документации, положения об особо охраняемой природной территории, наличия зон с особыми условиями использования территории, земельных участков общего пользования, территорий общего пользования, красных линий, местоположения границ земельных участков, местоположения зданий, сооружений (в том числе размещение которых предусмотрено государственными программами Российской Федерации, государственными программами субъекта Российской Федерации, адресными инвестиционными программами), объектов незавершенного строительства.

⁷ Официальный сайт Президента России: www.kremlin.ru

⁸ Российская газета. 2013. 28 мая. № 112.

Из этого следует, что лица, осуществляющие подготовку схемы расположения земельного участка на кадастровом плане территории, ограничены объективными обстоятельствами, указывающими на необходимость учета документов, устанавливающих различные ограничения использования соответствующей территории, а также прочих фактов и особенностей, установленных применительно к землям или земельному участку, из которых предполагается осуществить образование нового земельного участка. При этом в п. 16 ст. 11¹⁰ ЗК РФ приведен закрытый перечень оснований для отказа в утверждении схемы расположения земельного участка на кадастровом плане территории. Однако субъекты Российской Федерации до 1 января 2020 г. наделяются правом принимать решения об отказе в утверждении схемы расположения земельного участка на кадастровом плане территории по основаниям, предусмотренным законами данных субъектов Российской Федерации, которые должны быть приняты не позднее 1 января 2016 г. (п. 29, 32 ст. 34 Закона № 171-ФЗ).

Существенным нововведением является также утверждение единой формы схемы расположения земельного участка на кадастровом плане территории, применяемой на всей территории Российской Федерации. Такая форма должна быть установлена полномоченным Правительством Российской Федерации федеральным органом исполнительной власти.

В настоящее время ЗК РФ (ст. 31, 34, 36) хотя и предусматривает необходимость подготовки и утверждения схемы расположения земельного участка на кадастровом плане или кадастровой карте территории, форму такой схемы не устанавливает. В связи с этим органы государственной власти и органами местного самоуправления при отсутствии соответствующих полномочий утверждают различные формы схемы расположения земельных участков на кадастровом плане или кадастровой карте территории и устанавливаются требования к подготовке таких схем⁹.

В целом основным направлением совершенствования процедуры образования земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, реализованным в Законе № 171-ФЗ, является гармонизация положений ЗК РФ и ГрК РФ и максимальное приближение процесса образования земельных участков с градостроительной документацией.

II. Предоставление земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности

Законом № 171-ФЗ предусмотрено существенное изменение порядка предоставления земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности. Так, законодатель отказался от существующего двойственного подхода к

⁹ См., напр.: Закон Самарской области от 4 марта 2011 г. № 16-ГД «О Схеме расположения земельного участка на кадастровом плане или кадастровой карте соответствующей территории» // СПС «Консультант Плюс»; постановление главы Можайского муниципального района Московской области от 1 июля 2010 г. № 609-П «Об утверждении порядка подготовки и утверждении схемы расположения земельного участка на кадастровом плане (карте) соответствующей территории в Можайском муниципальном районе» // СПС «Консультант Плюс»; постановление Администрации г. Курска от 15 мая 2009 г. № 473 «Об утверждении схемы расположения земельного участка на кадастровом плане или кадастровой карте» // СПС «Консультант Плюс»; постановление Администрации г. Барнаула от 9 сентября 2013 г. № 3026 «Об утверждении Порядка подготовки и утверждения схем расположения земельных участков на кадастровом плане или кадастровой карте соответствующей территории в границах городского округа — города Барнаула Алтайского края» // СПС «Консультант Плюс».

регулированию процедур предоставления земельных участков в зависимости от цели такого предоставления — для строительства и для целей, не связанных со строительством. Это обусловлено в том числе и тем, что во многих случаях разрешенное использование земельного участка допускает строительство на нем, а также предусматривает и возможность использования такого земельного участка без его застройки.

Например, в соответствии со ст. 1 Федерального закона от 15 апреля 1998 г. № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» садовый земельный участок — это земельный участок, предоставленный гражданину или приобретенный им для выращивания плодовых, ягодных, овощных, бахчевых или иных сельскохозяйственных культур и картофеля, а также для отдыха (с правом возведения жилого строения без права регистрации проживания в нем и хозяйственных строений и сооружений); дачный земельный участок — это земельный участок, предоставленный гражданину или приобретенный им в целях отдыха (с правом возведения жилого строения без права регистрации проживания в нем или жилого дома с правом регистрации проживания в нем и хозяйственных строений и сооружений, а также с правом выращивания плодовых, ягодных, овощных, бахчевых или иных сельскохозяйственных культур и картофеля)¹⁰. Таким образом, разрешенное использование дачных и садовых земельных участков предусматривает возможность, но не обязанность правообладателя такого земельного участка осуществлять строительство.

Имеют место ситуации, когда градостроительный регламент, определяя виды разрешенного использования земельного участка, предусматривает в качестве основных видов разрешенного использования как строительство определенных объектов, так и использование земельного участка без застройки. При этом согласно ч. 4 ст. 37 ГрК РФ основные и вспомогательные виды разрешенного использования земельных участков и объектов капитального строительства правообладателями земельных участков и объектов капитального строительства, за исключением органов государственной власти, органов местного самоуправления, государственных и муниципальных учреждений, государственных и муниципальных унитарных предприятий, выбираются самостоятельно без дополнительных разрешений и согласования. Такая правовая неопределенность зачастую приводит к формированию разной практики применения ст. 34 ЗК РФ, регулирующей порядок предоставления земельных участков для целей, не связанных со строительством¹¹.

Кроме того, само регулирование порядка предоставления земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, для целей, не связанных со строительством, допускает неоднозначное понимание и применение норм. Так, ст. 34 ЗК РФ говорит о предоставлении земельных участков для целей, не связанных со строительством, только гражданам. В связи с этим на практике постоянно возникает вопрос — применим ли порядок, установленный настоящей статьей, к случаям предоставления земельных участков юридическим лицам, а если нет — каким образом должны предоставляться земельные участки юридическим лицам для целей, не связанных со строительством? На сегодняшний день данный вопрос не урегулирован, за исключением случаев приобретения юридическими лицами земельных участков из земель сельскохозяйственного назначения в соответствии с Федеральным законом от 24 июля 2002 г. № 101-ФЗ «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения»¹².

¹⁰ СЗ РФ 998. № 16. Ст. 1801; 2006. № 27. Ст. 2881.

¹¹ См., напр.: Определение Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2010 г. № 5-Г10-14 // СПС «Консультант Плюс».

¹² СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3018.

Практика выявила многочисленные недостатки правового регулирования процедуры предоставления земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, для строительства. В качестве примера можно привести следующие. Ст. 30 ЗК РФ предусматривает две различные процедуры предоставления земельных участков для строительства:

1) без предварительного согласования мест размещения объектов путем проведения торгов (конкурсов, аукционов) по продаже земельного участка или продаже права на заключение договора аренды земельного участка или путем передачи земельных участков в аренду без проведения торгов (конкурсов, аукционов) при условии предварительной и заблаговременной публикации сообщения о наличии предлагаемых для такой передачи земельных участков в случае, если имеется только одна заявка;

2) с предварительным согласованием мест размещения объектов.

При этом из п. 6 ст. 30 ЗК РФ следует, что в случае, если земельный участок сформирован, но не закреплен за гражданином или юридическим лицом, его предоставление для строительства осуществляется без предварительного согласования, т.е. путем проведения торгов или передачи в аренду без проведения торгов при условии предварительной или заблаговременной публикации. На практике такая ситуация нередко приводит к тому, что при наличии земельного участка, поставленного на кадастровый учет и необходимого для строительства объектов государственного или муниципального значения, вынуждены искусственно изменять местоположение границ такого участка, для того чтобы предоставить его без торгов с предварительным согласованием места размещения объекта в аренду государственному или муниципальному предприятию. Эта же проблема характерна и при предоставлении сформированных земельных участков на праве постоянного (бессрочного) пользования лицам, указанным в ст. 20 ЗК РФ, поскольку согласно п. 3 ст. 30 ЗК РФ предоставление земельных участков для строительства указанным лицам в постоянное (бессрочное) пользование осуществляется с предварительным согласованием места размещения объекта.

Согласно п. 11 ст. 30 ЗК РФ предварительное согласование места размещения объекта не проводится при размещении объекта в городском или сельском поселении в соответствии с градостроительной документацией о застройке и правилами землепользования и застройки (зонированием территорий), а также в случае предоставления земельного участка для нужд сельскохозяйственного производства или земельных участков из состава земель лесного фонда либо гражданину для индивидуального жилищного строительства, ведения личного подсобного хозяйства.

Вместе с тем ГрК РФ не содержит понятия «градостроительная документация о застройке», в связи с чем основной принцип разграничения случаев предоставления земельных участков на торгах и без проведения торгов характеризуется правовой неопределенностью¹³. Так, например, предоставление земельного участка с предварительным согласованием места размещения объекта допускается даже при наличии утвержденного проекта планировки территории и проекта межевания территории, которыми определено планируемое размещение объектов капитального строительства и местоположение земельных участков.

Стоит обратить внимание и на проблемы, возникающие на практике, при реализации такой процедуры, как предварительное согласование места размещения объек-

¹³ См., напр.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 2 июля 2013 г. № 1633/13 // СПС «Консультант Плюс».

та¹⁴. В соответствии с п. 2 ст. 31 ЗК РФ орган местного самоуправления по заявлению гражданина или юридического лица либо по обращению исполнительного органа государственной власти обеспечивает выбор земельного участка на основе документов государственного кадастра недвижимости с учетом экологических, градостроительных и иных условий использования соответствующей территории и недр в ее границах посредством определения вариантов размещения объекта и проведения процедур согласования в случаях, предусмотренных федеральными законами, с соответствующими государственными органами, органами местного самоуправления, муниципальными организациями. Вместе с тем федеральными законами не предусматриваются случаи, когда необходимо проведение процедур согласования с государственными органами, органами местного самоуправления, муниципальными организациями при выборе земельных участков для строительства. Кроме того, положения ст. 31 ЗК РФ не устанавливают, на кого возлагается обязанность получать согласования, предусмотренные соответствующим актом выбора земельного участка, не предусмотрены основания для отказа в получении тех или иных согласований.

Необходимо учитывать, что с учетом сложившейся судебной практики выполнение процедуры предварительного согласования места размещения объекта не всегда обеспечивает дальнейшее предоставление земельного участка без проведения торгов даже для крупных инфраструктурных проектов, имеющих важное социальное и экономическое значение. Это создает огромный риск для будущих застройщиков и инвесторов. Так, согласно Постановлению Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14 сентября 2010 г. № 4224/10¹⁵, исходя из системного толкования предусмотренных ст. 31 ЗК РФ стадий и условий выбора земельного участка под строительство, акт о выборе земельного участка может быть оформлен конкретному лицу только после такого публичного информирования. При этом порядок предоставления земельного участка для строительства с предварительным согласованием места размещения объекта в случае, если на данный земельный участок претендуют нескольких лиц, в ЗК РФ не урегулирован. Поэтому, по мнению Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, в такой ситуации право на заключение договора аренды земельного участка подлежит выставлению на торги по правилам п. 4 ст. 30 ЗК РФ. Такой способ предоставления земельных участков отвечает принципу сочетания интересов общества и конкретных граждан, закрепленному в п. 11 ст. 1 ЗК РФ, а также позволяет обеспечить справедливость, публичность, открытость и прозрачность процедуры предоставления земельного участка конкретному лицу.

Закрытый перечень случаев, когда земельный участок предоставляется для целей жилищного строительства без торгов, фактически привел к невозможности для многих инвалидов и семей, имеющих в своем составе детей-инвалидов, воспользоваться первоочередным правом на получение земельного участка для целей индивидуального жилищного строительства.

Эти и многие другие проблемы и противоречия земельного законодательства, выявленные при предоставлении находящихся в государственной или муниципальной

¹⁴ Необходимость предварительного согласования места размещения объекта для дальнейшего предоставления земельных участков предусматривалась нормативными правовыми актами: Земельный кодекс РСФСР от 1 июля 1970 г. // Ведомости ВС РСФСР. 1970. № 28. Ст. 581; Земельный кодекс РСФСР от 25 апреля 1991 г. № 1103-1 // Ведомости СНД и ВС. 1991. № 22. Ст. 768; до 1 марта 2015 г. предусматривается в ЗК РФ.

¹⁵ СПС «Консультант Плюс».

собственности земельных участков, обусловили необходимость коренных преобразований в данной области и поиска новых подходов к регулированию указанных правоотношений.

В качестве основных новелл в регулировании порядка предоставления земельных участков можно выделить отказ от различных подходов в зависимости от того, будет ли осуществляться на земельном участке строительство, а также в зависимости от того, требуется ли формирование земельного участка. В основу положен принцип — все предоставление земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, осуществляется на торгах, проводимых в форме аукциона, за исключением случаев, предусмотренных ЗК РФ. Можно выделить следующие группы случаев, когда предоставление земельных участков осуществляется без проведения торгов:

1) предоставление гражданину или юридическому лицу (его членам) земельных участков, образованных из ранее предоставленного такому гражданину или юридическому лицу земельного участка (например, для комплексного освоения территории, для развития застроенной территории, для ведения дачного хозяйства, садоводства, огородничества и т.д.);

2) предоставление земельного участка собственнику или иному правообладателю расположенного на таком земельном участке здания, сооружения, помещений в них;

3) переоформление права постоянного (бессрочного) пользования на земельный участок;

4) предоставление земельных участков определенным лицам (крестьянскому (фермерскому) хозяйству, сельскохозяйственной организации, религиозным организациям, казачьим обществам) в случаях, установленных Федеральным законом от 24 июля 2002 г. № 101-ФЗ «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения»;

5) предоставление земельных участков, предназначенных для ведения сельскохозяйственного производства и переданных в аренду гражданину или юридическому лицу, при условии надлежащего использования такого земельного участка в течение установленного срока;

6) отдельным категориям граждан и (или) некоммерческим организациям, созданным гражданами, в случаях, предусмотренных федеральными законами, отдельным категориям граждан в случаях, предусмотренных законами субъектов Российской Федерации¹⁶. В эту группу можно включить и предоставление земельных участков гражданам, имеющим трех и более детей, при установлении законом субъекта Российской Федерации соответствующих случая и порядка;

7) предоставление земельных участков для реализации государственных функций и решения вопросов местного значения (в соответствии с указом или распоряжением Президента Российской Федерации, в соответствии с распоряжением Правительства Российской Федерации, высшего должностного лица субъекта Российской Федерации

¹⁶ Например, право на бесплатное предоставление в собственность земельных участков для индивидуального жилищного строительства, дачного строительства, ведения личного подсобного хозяйства, садоводства и огородничества установлено для Героев Социалистического Труда, Героев Труда Российской Федерации и Полных Кавалеров Ордена Трудовой Славы, Героев Советского Союза, Героев Российской Федерации и Полных Кавалеров Ордена Славы. См.: Закон Российской Федерации от 15 января 1993 г. № 4301-1 «О статусе Героев Советского Союза, Героев Российской Федерации и Полных Кавалеров Ордена Славы» // Ведомости Съезда Народных Депутатов и Верховного Совета Российской Федерации. 1993. № 7. Ст. 247; Федеральный закон от 9 января 1997 г. № 5-ФЗ «О предоставлении социальных гарантий Героям Социалистического Труда, Героям Труда Российской Федерации и Полным Кавалерам Ордена Трудовой Славы» // СЗ РФ. 1997. № 3. Ст. 349.

для размещения объектов социально-культурного назначения, реализации масштабных инвестиционных проектов при условии соответствия указанных объектов, инвестиционных проектов критериям, установленным Правительством Российской Федерации, законами субъектов Российской Федерации, а также для выполнения международных обязательств Российской Федерации, для размещения объектов, предназначенных для обеспечения электро-, тепло-, газо- и водоснабжения, водоотведения, связи, нефтепроводов, объектов федерального, регионального или местного значения и т.п.);

8) взамен изымаемых для государственных или муниципальных нужд земельных участков;

9) предоставление земельного участка лицу для осуществления деятельности, право на осуществление которой данным лицом предусмотрено законами, иными нормативными правовыми актами или возникло в связи с разрешением (лицензией) или договором, полученным или заключенным в соответствии с отраслевым законодательством, в том числе и в результате проведения торгов (государственной компании «Российские автомобильные дороги», ОАО «Российские железные дороги», недропользователю, концессионеру, лицу, с которым заключено охотохозяйственное соглашение, и т.п.). Федеральными законами от 21 июля 2014 г. № 217-ФЗ «О внесении изменений в Жилищный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части законодательного регулирования отношений по найму жилых помещений жилищного фонда социального использования»¹⁷ и от 21 июля 2014 г. № 224-ФЗ «О внесении изменений в Градостроительный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹⁸ ЗК РФ также дополнен новыми основаниями для предоставления земельных участков в аренду без проведения торгов — лицу, с которым заключен договор об освоении территории в целях строительства и эксплуатации наемного дома коммерческого использования или об освоении территории в целях строительства и эксплуатации наемного дома социального использования, в случаях, предусмотренных законами субъектов Российской Федерации; некоммерческим организациям, созданным субъектами Российской Федерации или муниципальными образованиями для освоения территорий в целях строительства и эксплуатации наемных домов социального использования; либо лицу, с которым заключен договор об освоении территории или о комплексном освоении территории в целях строительства жилья экономического класса. При этом условия таких договоров и порядок их заключения урегулированы в ГрК РФ. Понятие наемного дома и условия его использования раскрываются в Жилищном кодексе Российской Федерации;

10) предоставление гражданину для сенокосения, выпаса сельскохозяйственных животных, ведения огородничества или земельного участка, расположенного за границами населенного пункта, гражданину для ведения личного подсобного хозяйства, т.е. случаев, когда земельные участки предоставляются для удовлетворения потребностей конкретного гражданина (бытовых нужд) и проведение торгов нецелесообразно.

При этом в Законе № 171-ФЗ четко указано, на каком праве предоставляется земельный участок без проведения торгов (аренда или собственность), а также в каких случаях предоставление в собственность осуществляется на основании договора купли-продажи земельного участка, а в каких — бесплатно на основании решения уполномоченного органа. В случае если допускается предоставление земельного участка без проведения

¹⁷ Российская газета. 2014. 23 июля.

¹⁸ Официальный интернет-портал правовой информации: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения — 22 июля 2014 г.).

торгов на нескольких видах прав, выбор такого права осуществляется заинтересованным в предоставлении земельного участка гражданином или юридическим лицом.

Отдельно хотелось бы отметить, что в целях развития сельских территорий, привлечения сельскохозяйственных товаропроизводителей в районы, нуждающиеся в увеличении производства, переработки и сбыта сельскохозяйственной продукции, а также в целях привлечения к работе на этих территориях специалистов, Законом № 171-ФЗ введена норма о предоставлении гражданам в безвозмездное пользование земельных участков для ведения личного подсобного хозяйства или для осуществления крестьянским (фермерским) хозяйством своей деятельности в муниципальных образованиях, определенных законом субъекта Российской Федерации, а также для индивидуального жилищного строительства гражданам, которые работают по основному месту работы в таких муниципальных образованиях по специальностям, установленным законом субъекта Российской Федерации. Если гражданин использовал в течение пяти лет земельный участок в соответствии с установленным разрешенным использованием (если участок предоставлен для индивидуального жилищного строительства, гражданин также работал по основному месту работы в муниципальном образовании и по специальности, которые определены законом субъекта Российской Федерации), он вправе получить такой земельный участок в собственность бесплатно.

Законодатель также устранил правовую коллизию¹⁹ и решил вопрос о праве и условиях, на которых земельный участок предоставляется гражданам, в отношении которых законодательством не установлено право на бесплатное получение земельного участка в собственность, а предусмотрено право на первоочередное или внеочередное приобретение земельных участков²⁰. Согласно Закону № 171-ФЗ таким гражданам земельные участки предоставляются однократно без проведения торгов в аренду, при этом размер арендной платы за земельный участок определяется в размере не выше размера земельного налога, рассчитанного в отношении такого земельного участка. Аналогичный подход к определению размера арендной платы законодатель установил и для случаев заключения договора аренды земельного участка с лицом, которое имеет право на предоставление в собственность бесплатно земельного участка без проведения торгов, но такой земельный участок зарезервирован для государственных или муниципальных нужд либо ограничен в обороте. Представляется, что такой подход соответствует принципу социальной справедливости и учитывает баланс интересов государства и конкретного гражданина.

Также в Законе № 171-ФЗ установлен закрытый перечень лиц и случаев, когда земельный участок, находящийся в государственной или муниципальной собственности,

¹⁹ См.: Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за второй квартал 2008 г., утв. постановлением Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 17 сентября 2008 г. // СПС «Консультант Плюс». В Обзоре отмечено, что в рамках аукциона, проведение которого предполагает соблюдение определенных условий (внесение задатка, «шаг аукциона» и т.д.), а также обязательное участие нескольких лиц, невозможна реализация принципа первоочередности предоставления гражданам земельных участков.

²⁰ См.: Закон Российской Федерации от 15 мая 1991 г. № 1244-1 «О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС» // Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 21. Ст. 699; Федеральный закон от 24 ноября 1995 г. № 181-ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4563; Федеральный закон от 27 мая 1998 г. № 76-ФЗ «О статусе военнослужащих» // СЗ РФ. 1998. № 22. Ст. 2331; Федеральный закон от 10 января 2002 г. № 2-ФЗ «О социальных гарантиях гражданам, подвергшимся радиационному воздействию вследствие ядерных испытаний на Семипалатинском полигоне» // СЗ РФ. 2002. № 2. Ст. 128.

предоставляется на праве постоянного (бессрочного) пользования и праве безвозмездного пользования. Применительно к лицам, имеющим право на получение земельного участка в постоянное (бессрочное) пользование, законодатель воспроизвел положения действующего п. 1 ст. 20 ЗК РФ. Перечень случаев и лиц, имеющих право на получение земельных участков в безвозмездное пользование, претерпел изменения. В него дополнительно включены случаи предоставления земельных участков гражданам под служебными жилыми помещениями в виде жилого дома; лицам, относящимся к коренным малочисленным народам Севера, Сибири и Дальнего Востока, и их общинам в местах традиционного проживания и традиционной хозяйственной деятельности для размещения зданий, сооружений, необходимых в целях сохранения и развития традиционных образа жизни, хозяйствования и промыслов коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока и др.

Следует отметить, что Законом № 171-ФЗ в ЗК РФ и ряде иных федеральных законов право безвозмездного срочного пользования на земельный участок заменено правом безвозмездного пользования. Это обусловлено необходимостью гармонизации гражданского и земельного законодательства. В соответствии с ч. 18 ст. 34 Закона № 171-ФЗ земельные участки, находящиеся в государственной или муниципальной собственности и предоставленные в безвозмездное срочное пользование, считаются предоставленными в безвозмездное пользование. При этом замена ранее выданных документов или внесение изменений в такие документы, записи Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним, содержащие слова «безвозмездное срочное пользование», не требуется.

Закон № 171-ФЗ также предусматривает ряд переходных положений, позволяющих реализовать возможность предоставления без проведения торгов земельного участка лицу, по заявлению которого до 1 марта 2015 г. были начаты соответствующие процедуры (например, принято решение о предварительном согласовании места размещения объекта, утверждена схема расположения земельного участка на кадастровом плане или кадастровой карте территории в целях его предоставления для целей, не связанных со строительством, или в целях предоставления такого земельного участка для осуществления крестьянским (фермерским) хозяйством его деятельности, на основании заявления гражданина опубликовано сообщение о приеме заявлений о предоставлении в аренду земельного участка для индивидуального жилищного строительства).

Несмотря на отказ от дифференциации порядка предоставления земельных участков в зависимости от их планируемой застройки, следует отметить, что законодатель по тем или иным причинам сохранил определенные особенности предоставления земельных участков. Это в основном касается двух случаев. *Первый случай* — предоставление земельных участков гражданам для индивидуального жилищного строительства, ведения личного подсобного хозяйства в границах населенного пункта, садоводства, дачного хозяйства, гражданам или крестьянским (фермерским) хозяйствам для осуществления крестьянским (фермерским) хозяйством его деятельности. При поступлении заявления заинтересованного гражданина или крестьянского (фермерского) хозяйства предусмотрено опубликование информации о предоставлении земельного участка для указанных целей. В случае отсутствия в течение месячного срока заявлений иных граждан, заинтересованный гражданин или крестьянское (фермерское) хозяйство обеспечивает образование земельного участка (при необходимости) и получает его без торгов. При поступлении в указанный срок заявлений иных граждан уполномоченный орган самостоятельно обеспечивает образование такого земельного участка и проводит аукцион

по его продаже или продаже права на заключение договора аренды такого земельного участка. Указанные особенности предоставления земельных участков обусловлены необходимостью обеспечения открытости, гласности процедур предоставления, с одной стороны, и максимального учета прав и интересов граждан — с другой.

Во многом предусмотренная процедура повторяет действующий порядок предоставления земельных участков гражданам для индивидуального жилищного строительства. Однако можно выделить две существенные новеллы. Во-первых, это распространение данного порядка также на случаи предоставления земельных участков гражданам для ведения личного подсобного хозяйства в границах населенного пункта, садоводства, дачного хозяйства, гражданам или крестьянским (фермерским) хозяйствам для осуществления крестьянским (фермерским) хозяйством его деятельности. Следует отметить, что впервые на уровне федерального закона урегулирован вопрос предоставления земельных участков индивидуально гражданам для ведения дачного хозяйства и садоводства. Сегодня законодательство регламентирует только вопросы предоставления земельных участков некоммерческим объединениям граждан для указанных целей. В связи с этим на практике сложилась ситуация, при которой приобретение садового, огородного или дачного земельного участка из земель сельскохозяйственного назначения допускается только, если заинтересованное лицо является членом соответствующего садоводческого, огороднического или дачного некоммерческого объединения²¹.

Однако такой подход является не совсем состоятельным. Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 3 апреля 1998 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности пунктов 1, 2 и 4 статьи 32 и пунктов 2 и 3 статьи 49 Федерального закона от 15 июня 1996 года «О товариществах собственников жилья»²² в связи с запросом Советского районного суда города Омска» отметил, что из смысла и содержания ч. 2 ст. 30 Конституции Российской Федерации вытекает невозможность принуждения к вступлению в какое-либо объединение или пребыванию в нем. Любое объединение, его структура и организационно-правовые формы управления им должны быть основаны на личной инициативе, добровольном волеизъявлении и, следовательно, на добровольном членстве в таком объединении. Там же отмечено, что приобретение права собственности на имущество не может быть поставлено в зависимость от членства в каком-либо объединении.

Новеллой также является возможность при отсутствии заявлений иных граждан по выбору заинтересованного гражданина приобрести без торгов земельный участок в собственность или в аренду (на сегодняшний день без торгов только в аренду).

Второй случай, в отношении которого установлен особый порядок предоставления земельного участка без торгов, — это получение земельных участков отдельными категориями граждан, для которых федеральными законами, законами субъектов Российской Федерации предусмотрено право приобрести земельные участки в собственность бесплатно. При этом установлено, что такой порядок, а также порядок постановки

²¹ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за четвертый квартал 2013 г., утвержденный Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 4 июня 2014 г., где отмечено, что «действующее земельное законодательство закрепляет возможность предоставления земельных участков сельскохозяйственного назначения для осуществления садоводства, огородничества и ведения дачного хозяйства только гражданам, входящим в состав соответствующего некоммерческого объединения. Выделение названных земель гражданам в индивидуальном порядке законом не предусмотрено» // СПС «Консультант Плюс».

²² Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1998. № 4.

граждан на учет в качестве лиц, имеющих право на предоставление земельных участков в собственность бесплатно, порядок снятия граждан с данного учета, предельные размеры земельных участков, предоставляемых этим гражданам, устанавливаются законами субъектов Российской Федерации, если иное не установлено федеральным законом. Это связано с необходимостью учета социальной, демографической ситуации, складывающейся в конкретном регионе. Вместе с тем, учитывая, что отсутствие закона субъекта Российской Федерации не может являться основанием для отказа в реализации прав граждан, предусмотренных федеральным законом, ст. 34 Закона № 171-ФЗ установлено, что в таком случае применяется общий порядок предоставления земельных участков без проведения торгов.

В целях недопущения долгостроя и обеспечения эффективного использования земельных участков Законом № 171-ФЗ предусмотрено, что предоставление путем проведения торгов земельных участков, в соответствии с основным видом разрешенного использования которых предусмотрено строительство зданий, сооружений, осуществляется только в аренду. Договор аренды земельного участка заключается на срок, превышающий в два раза срок, установленный уполномоченным Правительством Российской Федерации федеральным органом исполнительной власти в качестве срока, необходимого для выполнения инженерных изысканий, осуществления архитектурно-строительного проектирования и строительства зданий, сооружений, до установления указанного срока — по выбору уполномоченного органа на срок не менее пяти лет и не более 49 лет.

Если договор аренды такого земельного участка прекратился (не зависимо от оснований) и объект не был введен в эксплуатацию, то согласно введенной в ГК РФ новой ст. 239¹, такой объект незавершенного строительства может быть изъят у собственника по решению суда путем продажи с публичных торгов. Вместе с тем, учитывая, что нередко несвоевременный ввод объектов в эксплуатацию связан не столько с недобросовестными действиями застройщика, сколько с иными факторами, в п. 3 ст. 239¹ предусмотрено, что требование о продаже объекта незавершенного строительства не подлежит удовлетворению, если собственник этого объекта докажет, что нарушение срока строительства объекта связано с действиями (бездействием) органов государственной власти, органов местного самоуправления или лиц, осуществляющих эксплуатацию сетей инженерно-технического обеспечения, к которым должен быть подключен (технологически присоединен) объект.

Правило об изъятии объекта незавершенного строительства в связи с прекращением договора аренды земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности и предоставленного в аренду по результатам торгов, не применяется в отношении к объектам долевого строительства, строительство (создание) которых осуществляется с привлечением средств участников долевого строительства в соответствии с Федеральным законом от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации», а также если договор аренды земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, заключен до 1 марта 2015 г.

Целесообразно также отметить, каким образом законодатель решил болезненный в настоящее время вопрос о приобретении прав на земельный участок собственниками объектов незавершенного строительства. Предусмотренное ст. 36 ЗК РФ исключительное право на приобретение земельных участков распространяется только на правооб-

ладателей зданий, строений, сооружений, расположенных на таких земельных участках, не учитывая наличие такой категории лиц, как собственники объектов незавершенного строительства.

В настоящее время собственники таких объектов могут приобрести права на земельный участок в соответствии с Федеральным законом от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества»²³, в случае, если право частной собственности на такие объекты возникло в результате их приватизации²⁴, либо в соответствии с п. 21 ст. 3 Федерального закона от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации»²⁵, согласно которому право приобрести земельный участок без торгов в аренду имеет собственник расположенного на таком земельном участке объекта незавершенного строительства, право собственности на который зарегистрировано до 1 января 2012 г.

Решение вопроса — допускать или нет приобретение прав на земельный участок под объектами незавершенного строительства — не является очевидным, поскольку, с одной стороны, наличие на земельном участке объекта незавершенного строительства, на который зарегистрировано право собственности, фактически выводит этот участок из оборота. С другой стороны, предоставление собственнику такого объекта исключительного права на выкуп или приобретение в аренду земельного участка, учитывая отсутствие в законодательстве требований к объектам незавершенного строительства, на которые может быть зарегистрировано право собственности, может привести к массовому возведению на земельных участках отдельных строительных конструкций, регистрации прав на них с целью захвата земельных участков без реального намерения освоения таких земельных участков.

С учетом указанных обстоятельств в Законе № 171-ФЗ предусмотрено, что предоставление земельного участка, на котором расположен объект незавершенного строительства, осуществляется в аренду без проведения торгов однократно для завершения строительства этого объекта:

1) собственнику объекта незавершенного строительства, право собственности на который приобретено по результатам публичных торгов по продаже этого объекта, изъятого у предыдущего собственника в связи с прекращением действия договора аренды земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности;

2) иному собственнику объекта незавершенного строительства, в случае, если уполномоченным органом в течение шести месяцев со дня истечения срока действия ранее заключенного договора аренды земельного участка, на котором расположен этот объект, в суд не заявлено требование об изъятии этого объекта путем продажи с публичных торгов либо судом отказано в удовлетворении данного требования или этот объект не был продан с публичных торгов по причине отсутствия лиц, участвовавших в торгах;

3) собственнику объекта незавершенного строительства, в случае, если такой объект расположен на земельном участке, находящемся в государственной или муниципальной собственности, и право собственности на указанный объект зарегистрировано до 1 марта 2015 г. или такой земельный участок предоставлен до 1 марта 2015 г. в аренду.

В первом из указанных случаев договор аренды заключается на срок, устанавливаемый для договоров аренды земельных участков, в соответствии с основным видом раз-

²³ СЗ РФ. 2002. № 4. Ст. 251.

²⁴ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23 декабря 2008 г. № 8985/08 // СПС «Консультант Плюс».

²⁵ СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4148; 2011. № 51. Ст. 7448.

решенного использования которых предусмотрено строительство зданий, сооружений, а в остальных случаях — на 3 года. В случае прекращения действия договора аренды земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, который заключен без проведения торгов в целях завершения строительства объекта незавершенного строительства, объект незавершенного строительства также может быть изъят у собственника по правилам ст. 239¹ ГК РФ.

Закон № 171-ФЗ существенно изменил и порядок предоставления земельных участков некоммерческим организациям граждан для ведения дачного хозяйства, садоводства и огородничества. Анализ норм ЗК РФ и Федерального закона от 15 апреля 1998 г. № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» позволяет сделать вывод, что в настоящее время возможными способами первоначального предоставления земельных участков садоводческим, дачным, огородническим некоммерческим объединениям граждан является предоставление земельного участка в аренду с предварительным согласованием места размещения объекта либо предоставление земельного участка в совместную собственность членов объединения²⁶.

С 1 марта 2015 г. вступают в силу новые правила, согласно которым предоставление земельных участков для ведения дачного хозяйства осуществляется только по результатам торгов, участниками которых могут быть исключительно юридические лица. Земельные участки для ведения садоводства и огородничества предоставляются только некоммерческим объединениям граждан в безвозмездное пользование. При этом законом установлены правила расчета максимальной площади земельных участков, которые могут быть предоставлены для ведения садоводства и огородничества. После разработки документации по планировке территории, образования земельных участков и их распределения между членами некоммерческой организации граждан, такие земельные участки предоставляются данным членам в собственность или аренду без проведения торгов.

Закон № 171-ФЗ детально урегулировал процедурные вопросы проведения аукционов по продаже земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, аукционов на право заключения договоров аренды таких земельных участков, а также предоставления земельных участков без проведения торгов. Такой подход представляется оправданным, поскольку именно недостаточное правовое регулирование указанных вопросов приводит к неоднозначному пониманию и применению норм на практике, а соответственно, и к злоупотреблениям как со стороны органов власти, так и со стороны граждан и юридических лиц.

Так, поэтапно раскрыты процедуры образования, подготовки и проведения аукционов по инициативе уполномоченных органов и по заявлениям заинтересованных граждан и юридических лиц. С 1 июня 2015 г. вступает в силу норма, устанавливающая обязанность органов государственной власти и органов местного самоуправления утвердить схему расположения земельного участка и принять решение о проведении аукциона на основании поступившего заявления заинтересованного лица при отсутствии установленных законом оснований для отказа в проведении такого аукциона. Также поэтапно описана процедура предоставления земельных участков без проведения торгов.

Необходимо отметить, что предусмотренный этап предварительного согласования предоставления земельного участка не является аналогом ныне действующего пред-

²⁶ См., напр.: письма Министерства экономического развития Российской Федерации от 22 июня 2011 г. № ОГ-Д23-148 и от 18 августа 2011 г. № Д23-3492 // СПС «Консультант Плюс»; определения Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 2 июля 2012 г. № ВАС-5309/12 и от 5 июля 2012 г. № ВАС-5355/12 // СПС «Консультант Плюс».

варительного согласования места размещения объекта. Так, Законом № 171-ФЗ предусмотрена обязанность заинтересованного гражданина или юридического лица самостоятельно подготовить схему размещения земельного участка или указать земельный участок, образование которого предусмотрено проектом межевания территории и на который претендует указанное лицо. При этом уполномоченный орган вправе отказать в утверждении схемы и принятии решения о предварительном согласовании предоставления земельного участка только при наличии оснований, предусмотренных законом.

Данный подход представляется более продуктивным, чем действующий порядок, предусматривающий подбор земельного участка органом местного самоуправления, по мнению которого в большинстве случаев свободные участки для заявленных целей просто отсутствуют. Кроме того, существенное отличие указанных процедур — это отсутствие необходимости получения согласований в целях принятия решения о предварительном согласовании предоставления земельного участка. Это обусловлено тем, что возможность использования земельного участка в соответствии с тем или иным видом разрешенного использования должна решаться не в каждом конкретном случае индивидуально, а определяется при подготовке документов территориального планирования, градостроительного зонирования и документации по планировке территории.

Установлен исчерпывающий перечень оснований для отказа в проведении аукциона или в предоставлении земельного участка без проведения торгов. Указанные основания имеют объективный характер и связаны, как правило, с существующим запретом на предоставление земельного участка, например, в связи с его ограниченностью в обороте, с наличием исключительных прав иных лиц на приобретение таких земельных участков или с намерением использовать земельный участок для государственных или муниципальных нужд (что должно подтверждаться документами территориального планирования, документацией по планировке территории, инвестиционными программами и т.д.). Однако субъекты Российской Федерации до 1 января 2020 г. наделяются правом принимать решения об отказе в проведении аукционов или в предоставлении земельных участков без проведения торгов по основаниям, предусмотренным законами данных субъектов Российской Федерации, которые должны быть приняты не позднее 1 января 2016 г. (п. 30–32 ст. 34 Закона № 171-ФЗ).

Детальным образом регламентированы вопросы определения начальной цены предмета аукциона, порядок его проведение, перечень предоставляемых документов, а также основания для отказа в допуске к участию в аукционе, порядок заключения договоров по результатам аукциона. Установлена правило о заключении договоров купли-продажи или аренды земельного участка в случае признания аукциона несостоявшимся: с лицом, подавшим единственную заявку на участие в аукционе, которая соответствует указанным в извещении о проведении аукциона требованиям и условиям аукциона; с заявителем, признанным единственным участником аукциона; с единственным участником, принявшим участие в аукционе. При этом заключение такого договора является обязанностью как для уполномоченных органов, так и для указанных лиц. Помимо прочего введен реестр недобросовестных участников аукциона, наличие сведений в котором является основанием для отказа в допуске к участию в аукционе.

Следует отметить такую новеллу, как установление запрета на внесение изменений в заключенный по результатам аукциона договор аренды земельного участка в части изменения видов разрешенного использования такого земельного участка.

Не менее подробно урегулированы процедура предоставления земельных участков без проведения торгов, полномочия органов государственной власти и органов местно-

го самоуправления в части установления порядка определения цены земельного участка или размера арендной платы; урегулированы последствия поступления в уполномоченный орган схем расположения земельного участка на кадастровом плане территории при наличии на рассмотрении органа иной схемы расположения земельного участка, предусматривающих полное или частичное совпадение таких земельных участков (в этом случае рассмотрение поступившей позднее схемы приостанавливается до принятия решения в отношении ранее поступившей схемы); установлены сроки аренды земельных участков в зависимости от цели предоставления, при этом введено правило, что заявитель самостоятельно выбирает срок аренды земельного участка в пределах, установленных законом.

Предусмотрен целый ряд подзаконных нормативных правовых актов, необходимых для реализации Закона № 171-ФЗ. Можно отметить требования к рекультивации земель и земельных участков; порядок и способы подачи заявлений об утверждении схемы расположения земельного участка, о проведении аукциона, о предварительном согласовании предоставления земельного участка, заявление о предоставлении земельного участка, если они подаются в форме электронных документов с использованием информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», и требования к их формату; порядок ведения реестра недобросовестных участников аукциона; перечень документов, подтверждающих право заявителя на приобретение земельного участка без проведения торгов.

Новеллой земельного законодательства является аукцион по продаже земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, либо аукцион на право заключения договора аренды земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, проводимый в электронной форме. Однако данное положение будет применяться только со дня вступления в силу федерального закона, устанавливающего порядок проведения таких аукционов в электронной форме. В настоящее время такой федеральный закон отсутствует. При этом аукцион не проводится в электронной форме, если земельный участок предоставляется гражданам для индивидуального жилищного строительства, ведения личного подсобного хозяйства, дачного хозяйства, садоводства, гражданам или крестьянским (фермерским) хозяйствам для осуществления крестьянским (фермерским) хозяйством его деятельности либо предназначен для сельскохозяйственного производства.

В завершение анализа изменений процедуры предоставления находящихся в государственной или муниципальной собственности земельных участков, хотелось бы отметить изменения, коснувшиеся института комплексного освоения земельных участков в целях жилищного строительства.

Во-первых, законодатель разделил существующий договор аренды земельного участка для его комплексного освоения в целях жилищного строительства на два взаимосвязанных договора. Это договор аренды земельного участка, порядок заключения которого регулируется ЗК РФ, и договор о комплексном освоении территории. При этом содержание договора о комплексном освоении территории, права и обязанности сторон, порядок расторжения данного договора урегулированы ГрК РФ. Такое разделение следует признать обоснованным, поскольку включение всех условий, связанных непосредственно с комплексным освоением территории (разработка документации по планировке территории, строительство, благоустройство), с одной стороны, не соответствует предмету договора аренды земельного участка, с другой — непонятны последствия образования из исходного земельного участка, в отношении которого заключен

договор аренды для комплексного освоения, иных земельных участков, поскольку, по сути, меняется предмет договора аренды и требуется заключение нового договора.

Во-вторых, учитывая, что в целом идея комплексного освоения территории показала свою эффективность, поскольку позволяет осваивать значительные по площади земельные участки, Законом № 171-ФЗ предусмотрено распространение института комплексного освоения территории на случаи любого строительства, а не только жилищного.

В-третьих, исключена возможность расторжения договора комплексного освоения территории по соглашению сторон — только по решению суда, а также уточнены условия такого договора, введена необходимость разработки графиков освоения территории с детальной регламентацией каждого мероприятия, что направлено на более эффективное освоение земельных участков.

Таким образом, необходимо отметить, что предусмотренные Законом № 171-ФЗ изменения порядка предоставления земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, направлены на устранение многочисленных проблем, выявленных в правоприменительной практике, в целях обеспечения максимальной прозрачности, понятности и объективности соответствующих процедур, создания условий для вовлечения земельных участков в хозяйственный оборот и обеспечения их наиболее эффективного использования.

III. Изменения, направленные на совершенствование процесса управления земельными ресурсами в целом

Законом № 171-ФЗ ЗК РФ дополнен новой главой V², устанавливающей возможность обмена земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, на земельный участок, находящийся в частной собственности, а также регулирующей условия и правила такого обмена. Вопрос о возможности мены таких земельных участков до внесения данных изменений являлся дискуссионным. Так, например, в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 21 июня 2011 г. № 18545/10²⁷ высказана правовая позиция, согласно которой распоряжение земельным участком, находящимся в государственной или муниципальной собственности, путем заключения договора мены не допускается, поскольку ЗК РФ содержит исчерпывающий перечень способов распоряжения такими земельными участками.

Согласно ст. 39²¹ ЗК РФ обмен земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, на земельный участок, находящийся в частной собственности, допускается при обмене:

1) земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, на земельный участок, находящийся в частной собственности и изымаемый для государственных или муниципальных нужд;

2) земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, на земельный участок, который находится в частной собственности и предназначен в соответствии с утвержденными проектом планировки территории и проектом межевания территории для размещения объекта социальной инфраструктуры (если размещение объекта социальной инфраструктуры необходимо для соблюдения

²⁷ СПС «Консультант Плюс».

нормативов градостроительного проектирования), объектов инженерной и транспортной инфраструктуры или на котором расположены указанные объекты.

Таким образом, фактически возможность заключения договора мены в указанных случаях должна быть обоснована со стороны соответствующего органа государственной власти или органа местного самоуправления необходимостью передачи в государственную или муниципальную собственность земельного участка, находящегося в частной собственности. Такие потребности органов публичной власти должны быть подтверждены решением об изъятии земельного участка для государственных или муниципальных нужд (что допускается только в случаях, предусмотренных ст. 49 ЗК РФ) либо наличием утвержденных проекта планировки территории и проекта межевания территории, которыми определено, что земельный участок, находящийся в частной собственности, предназначен для размещения объекта инфраструктуры, необходимого для развития территории муниципального образования или субъекта Российской Федерации. Следует напомнить, что согласно ст. 42 и 43 ГрК РФ в перечисленных видах документации по планировке территории отображаются границы зон планируемого размещения объектов социально-культурного и коммунально-бытового назначения, иных объектов капитального строительства, границы зон планируемого размещения объектов федерального значения, объектов регионального значения, объектов местного значения, а также границы земельных участков, предназначенных для размещения объектов капитального строительства федерального, регионального или местного значения.

Глава V³ ЗК РФ посвящена правовому регулированию вопросов, связанных с установлением сервитута в отношении земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности. При этом следует отличать сервитуты, устанавливаемые на основании соглашений, заключаемых в отношении земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, от публичных сервитутов, возможность установления которых сохранена в ст. 23 ЗК РФ. Статьей 39²³ ЗК РФ конкретизированы, хотя и не исчерпывающим образом, цели, для достижения которых допускается заключение соглашения об установлении сервитута в отношении земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности. К таким целям относятся:

1) размещение линейных объектов, сооружений связи, специальных информационных знаков и защитных сооружений, не препятствующих разрешенному использованию земельного участка;

2) проведение изыскательских работ;

3) ведение работ, связанных с использованием недр.

Как видно, перечень таких целей, как и применительно к целям установления публичного сервитута, не является исчерпывающим²⁸, что, учитывая многообразие видов деятельности, допустимой к осуществлению на земельных участках, представляется

²⁸ В судебной практике встречается иное мнение. В Определении Верховного Суда Российской Федерации от 11 сентября 2013 г. № 73-АПГ13-2 указано, что «...суд правильно руководствовался положениями пункта 3 статьи 23 Земельного кодекса Российской Федерации, в котором установлен исчерпывающий перечень оснований для установления публичного сервитута». Там же отмечено, что «...ссылка в апелляционной жалобе на неправильное применение судом норм материального права в связи с неприменением положений подпункта 9 пункта 3 статьи 23 Земельного кодекса Российской Федерации, предусматривающего установление публичного сервитута для временного пользования земельным участком в целях проведения изыскательских, исследовательских и других работ, является несостоятельной, поскольку строительство воздушной линии электропередачи нельзя отнести к другим видам изыскательских или исследовательских работ» // СПС «Консультант Плюс».

вполне логичным. В соответствии со ст. 274 ГК РФ сервитут также может устанавливаться для обеспечения прохода и проезда через соседний земельный участок. Статьей 39²⁴ ЗК РФ подробно урегулированы случаи, когда заключение соглашения об установлении сервитута в отношении земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности осуществляется не органами публичной власти, а правообладателями таких земельных участков.

Если иное не установлено федеральными законами, плата по соглашению об установлении сервитута в отношении земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, определяется:

1) в порядке, установленном Правительством Российской Федерации, в отношении земельных участков, находящихся в федеральной собственности;

2) в порядке, установленном органом государственной власти субъекта Российской Федерации, в отношении земельных участков, находящихся в собственности субъектов Российской Федерации, и земельных участков, государственная собственность на которые не разграничена;

3) в порядке, установленном органом местного самоуправления, в отношении земельных участков, находящихся в муниципальной собственности.

Законом № 171-ФЗ в ЗК РФ также внесены изменения, направленные на развитие относительно нового института земельного законодательства, — перераспределение земель и земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности. Юридическая природа данного института заключается фактически в возможности изменения местоположения границ земельных участков, в том числе с увеличением площади таких земельных участков за счет земель и земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности. Указанный механизм может быть реализован как органами государственной власти и органами местного самоуправления при перераспределении между собой земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, так и при перераспределении с земельными участками, находящимися в частной собственности.

Вместе с тем возможность перераспределения земель и (или) земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, и земельных участков, находящихся в частной собственности, допускается только в следующих случаях:

1) перераспределение таких земель и (или) земельных участков в границах застроенной территории, в отношении которой заключен договор о развитии застроенной территории, осуществляется в целях приведения границ земельных участков в соответствие с утвержденным проектом межевания территории;

2) перераспределение таких земель и (или) земельных участков в целях приведения границ земельных участков в соответствие с утвержденным проектом межевания территории для исключения вклинивания, вкрапливания, изломанности границ, чересполосицы при условии, что площадь земельных участков, находящихся в частной собственности, увеличивается в результате этого перераспределения не более чем до установленных предельных максимальных размеров земельных участков;

3) перераспределение земель и (или) земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, и земельных участков, находящихся в собственности граждан и предназначенных для ведения личного подсобного хозяйства, огородничества, садоводства, дачного хозяйства, индивидуального жилищного строительства, при условии, что площадь земельных участков, находящихся в собственности

граждан, увеличивается в результате этого перераспределения не более чем до установленных предельных максимальных размеров земельных участков;

4) земельные участки образуются для размещения объектов капитального строительства, предусмотренных п. 1 ст. 49 ЗК РФ, в том числе в целях изъятия земельных участков для государственных или муниципальных нужд.

Таким образом, использование механизма перераспределения предполагается в тех случаях, когда в целом для изменения местоположения границ земельного участка, находящегося в частной собственности, прямых препятствий не существует, а в некоторых случаях такая процедура является желательной. Однако предоставление и образование для этих целей самостоятельного земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, запрещено или нецелесообразно.

В частности, распространенным явлением в настоящее время, особенно применительно к территории сложившейся застройки, представляется вклинивание, вкрапливание, изломанность границ и чересполосица, существование которых зачастую препятствует установлению единой границы между смежными земельными участками, способствует появлению ограждений неправильной конфигурации, искажению архитектурного облика элементов планировочной структуры, возникновению споров о местоположении границ земельных участков (в том числе на территории садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан), предопределяет невозможность выбора удобных вариантов размещения объектов инфраструктуры. Для целей устранения подобных проблем предлагается использовать механизм перераспределения земель и земельных участков путем приведения местоположения границ земельных участков в соответствие с проектом межевания территории, утвержденным ГрК РФ.

Закон № 171-ФЗ установил возможность перераспределения земель и (или) земельных участков для граждан, которым принадлежат земельные участки, предназначенные для ведения личного подсобного хозяйства, огородничества, садоводства, дачного хозяйства, индивидуального жилищного строительства. Это должно способствовать решению проблем оформления так называемых прирезок или излишков земель, как фактически используемых гражданами, так и в случае, когда земельный участок не запользован, но для целей предоставления не может быть сформирован без нарушения требований, предусмотренных ст. 11⁹ ЗК РФ. Следует напомнить, что в настоящее время в соответствии со ст. 27 Федерального закона от 24 июля 2007 г. № 221-ФЗ «О государственном кадастре недвижимости» допускается изменение площади земельного участка при уточнении его границ, если площадь земельного участка будет больше площади, сведения о которой содержатся в государственном кадастре недвижимости, на величину более чем предельный минимальный размер земельного участка, установленный в соответствии с федеральным законом для земель соответствующего целевого назначения и разрешенного использования, или, если такой размер не установлен, на величину более чем 10% площади, сведения о которой содержатся в государственном кадастре недвижимости.

Вместе с тем данной нормой не могут воспользоваться правообладатели земельных участков, сведения о местоположении границ которых внесены в государственный кадастр недвижимости и соответствуют требованиям Федерального закона от 24 июля 2007 г. № 221-ФЗ «О государственном кадастре недвижимости», поскольку в соответствии с ч. 3 ст. 24 данного закона кадастровый учет в связи с изменением площади земельного участка и (или) изменением описания местоположения его границ осущест-

вляется, если такие изменения связаны с уточнением описания местоположения границ земельного участка, кадастровые сведения о котором не соответствуют установленным требованиям к описанию местоположения границ земельных участков.

Механизм перераспределения земельных участков также предполагается использовать при изъятии земельных участков для государственных или муниципальных нужд как наименее болезненный способ решения вопросов размещения объектов государственного и муниципального значения для лиц, у которых изымаются земельные участки. В таком случае фактически прекращения прав на земельные участки не происходит, а осуществляется изменение местоположения их границ с целью обеспечения возможности размещения таких объектов. Данное утверждение подтверждается закреплением возможности перераспределения земельных участков при изъятии для государственных нужд в ряде специальных федеральных законов, принятых в целях реализации крупнейших государственных проектов²⁹.

Главой V⁵ ЗК РФ предусматриваются условия и порядок безвозмездной передачи земельных участков, находящихся в федеральной собственности, в муниципальную собственность или в собственность субъектов Российской Федерации. Разграничение случаев, при которых тот или иной земельный участок должен быть передан в собственность того или иного муниципального образования или субъекта Российской Федерации, предусматривается ст. 39³⁰ ЗК РФ. Так, земельные участки, находящиеся в федеральной собственности, подлежат передаче:

- 1) в собственность поселений, городских округов, утвердивших генеральные планы поселений, генеральные планы городских округов, правила землепользования и застройки, если такие земельные участки расположены на территориях соответствующих поселений, городских округов;
- 2) в собственность муниципальных районов, утвердивших схемы территориального планирования муниципальных районов, если такие земельные участки расположены на межселенных территориях соответствующих муниципальных районов;
- 3) в собственность субъектов Российской Федерации, если такие земельные участки в соответствии с утвержденными документами территориального планирования субъектов Российской Федерации, проектами планировки и межевания территории предназначены для размещения объектов регионального значения;
- 4) в собственность субъектов Российской Федерации — городов федерального значения Москвы, Санкт-Петербурга, Севастополя, — если такие земельные участки расположены на территориях указанных субъектов Российской Федерации.

Отсутствие в государственном кадастре недвижимости сведений о местоположении границ земельного участка, который предлагается передать, не является основанием для принятия решения об отказе в передаче земельного участка.

Вместе с тем далеко не все земельные участки, находящиеся в федеральной собственности, должны быть переданы в государственную или муниципальную собственность после 1 марта 2015 г. Перечень земельных участков, не подлежащих такой передаче,

²⁹ См., напр.: ст. 30 Федерального закона от 7 июня 2013 г. № 108-ФЗ «О подготовке и проведении в Российской Федерации чемпионата мира по футболу FIFA 2018 года, Кубка конфедераций FIFA 2017 года и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 23. Ст. 2866; ст. 10, 12 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 43-ФЗ «Об особенностях регулирования отдельных правоотношений в связи с присоединением к субъекту Российской Федерации — городу федерального значения Москве территорий и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1651.

предусматривается п. 2 ст. 39³⁰ ЗК и обоснован объективными причинами необходимости сохранения федеральной собственности на такие земельные участки для реализации полномочий Российской Федерации в различных сферах государственного управления. Кроме того, согласно п. 3 ст. 39³⁰ ЗК РФ в случае, если в отношении земельных участков, находящихся в федеральной собственности, установлены иные основания и (или) иной порядок их передачи в муниципальную собственность или собственность субъектов Российской Федерации, то передача земельных участков из федеральной собственности в муниципальную собственность или собственность субъектов Российской Федерации осуществляется в порядке, установленном соответствующим федеральным законом.

К таким федеральным законам следует отнести Федеральный закон от 8 декабря 2011 г. № 423-ФЗ «О порядке безвозмездной передачи военного недвижимого имущества в собственность субъектов Российской Федерации — городов федерального значения Москвы и Санкт-Петербурга, муниципальную собственность и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»³⁰, положения которого также предусматривают передачу земельных участков, находящихся в федеральной собственности, в муниципальную собственность и в государственную собственность субъектов Российской Федерации — городов федерального значения Москвы и Санкт-Петербурга.

Пристальное внимание следует обратить на совершенно новый институт земельного законодательства, предусматривающий возможность использования земель и земельных участков без установления сервитута и без их предоставления гражданам и юридическим лицам (гл. V⁶ ЗК РФ). Возможность использования земель и земельных участков без установления сервитута и без их предоставления допускается в следующих случаях:

- 1) проведение инженерных изысканий;
- 2) капитальный или текущий ремонт линейного объекта;
- 3) строительство временных или вспомогательных сооружений (включая ограждения, бытовки, навесы), складирование строительных и иных материалов, техники для обеспечения строительства, реконструкции линейных объектов федерального, регионального или местного значения;
- 4) осуществление геологического изучения недр;
- 5) осуществление деятельности в целях сохранения и развития традиционных образа жизни, хозяйствования и промыслов коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока в местах их традиционного проживания и традиционной хозяйственной деятельности, за исключением земель и земельных участков в границах земель лесного фонда;
- 6) размещение нестационарных торговых объектов, рекламных конструкций, а также иных объектов, виды которых устанавливаются Правительством Российской Федерации.

В вышеприведенных случаях, за исключением случая, предусмотренного подп. 6 п. 1 ст. 39³³ ЗК РФ, использование земель и земельных участков осуществляется на основании разрешения, выдаваемого органом государственной власти или органом местного самоуправления, уполномоченным на распоряжение соответствующими земельными участками или землями.

Согласно подп. 1 п. 1 ст. 1 ЗК РФ одним из главных принципов земельного законодательства является учет значения земли как основы жизни и деятельности человека,

³⁰ СЗ РФ. 2011. № 50. Ст. 7365.

согласно которому регулирование отношений по использованию и охране земли осуществляется исходя из представлений о земле как о природном объекте, охраняемом в качестве важнейшей составной части природы, природном ресурсе, используемом в качестве средства производства в сельском хозяйстве и лесном хозяйстве и основы осуществления хозяйственной и иной деятельности на территории Российской Федерации, и одновременно как о недвижимом имуществе, об объекте права собственности и иных прав на землю.

Руководствуясь данным принципом, законодателю в подп. 1–6 п. 1 ст. 39³³ ЗК РФ удалось выделить цели использования земель и земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности при которых приоритетными являются только определенные свойства земли. Например, при проведении инженерно-геологических изысканий и осуществлении геологического изучения недр, а также при ремонте линейного объекта лица, осуществляющие эти работы, проявляют интерес к соответствующей части земной поверхности только как к недвижимому имуществу, под поверхностью которого находится интересующий их объект (в данном случае участок недр или линейный объект). При этом природные свойства земли или возможность ее использования как средства производства в сельском или лесном хозяйстве таких лиц не интересуют. Аналогичным образом земля или земельный участок только в качестве «пространственной опоры» используется в случаях строительства временных или вспомогательных сооружений (включая ограждения, бытовки, навесы), складирования строительных и иных материалов, техники, а также для размещения нестационарных торговых объектов, рекламных конструкций.

Напротив, при осуществлении деятельности в целях сохранения и развития традиционных образа жизни, хозяйствования и промыслов коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока в местах их традиционного проживания и традиционной хозяйственной деятельности, земля представляет интерес именно в качестве природного объекта, природного ресурса. В таком случае речь не идет о земле как об объекте права собственности и иных прав на землю, поскольку предоставление земельных участков не осуществляется.

Однако следует учитывать, что степень юридической защиты права на использование земельного участка на основании разрешения является значительно более низкой по сравнению с вещными правами, а также арендой и правом безвозмездного пользования, поскольку согласно п. 2 ст. 39³⁴ ЗК РФ действие разрешения на использование земель или земельного участка прекращается со дня предоставления земельного участка гражданину или юридическому лицу. Вместе с тем использование земельного участка на основании разрешения не освобождает лиц, которым выдано такое разрешение, от обязанности соблюдать требования земельного законодательства и законодательства в области охраны окружающей среды. В частности, на этих лиц возлагается обязанность по приведению земель или земельных участков в состояние, пригодное для их использования в соответствии с разрешенным использованием, а также по выполнению необходимых работы по рекультивации таких земель или земельных участков.

Размещение нестационарных торговых объектов и рекламных конструкций на земельных участках, находящихся в государственной или муниципальной собственности, осуществляется также без предоставления земельных участков и установления сервитута, но и без выдачи разрешения подп. 6 п. 1 ст. 39³³ ЗК РФ. Данный подход обусловлен тем, что размещение нестационарных торговых объектов и рекламных конструкций осуществляется по правилам, предусмотренным специальными федеральными зако-

нами, которыми устанавливаются соответствующие юридические основания для размещения таких объектов на земельных участках, находящихся в государственной или муниципальной собственности.

Так, в соответствии со ст. 10 Федерального закона от 28 декабря 2009 г. № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»³¹ размещение нестационарных торговых объектов на земельных участках, в зданиях, строениях, сооружениях, находящихся в государственной собственности или муниципальной собственности, осуществляется в соответствии со схемой размещения нестационарных торговых объектов с учетом необходимости обеспечения устойчивого развития территорий и достижения нормативов минимальной обеспеченности населения площадью торговых объектов. Схема размещения нестационарных торговых объектов разрабатывается и утверждается органом местного самоуправления, определенным в соответствии с уставом муниципального образования, в порядке, установленном уполномоченным органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации.

Согласно ч. 5¹ ст. 19 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе»³² заключение договора на установку и эксплуатацию рекламной конструкции на земельном участке, здании или ином недвижимом имуществе, находящимся в государственной или муниципальной собственности, осуществляется на основе торгов (в форме аукциона или конкурса), проводимых органами государственной власти, органами местного самоуправления или уполномоченными ими организациями в соответствии с законодательством Российской Федерации. Торги на право заключения договора на установку и эксплуатацию рекламной конструкции на земельном участке, который находится в государственной собственности, муниципальной собственности или государственная собственность на который не разграничена, а также на здании или ином недвижимом имуществе, находящихся в собственности субъектов Российской Федерации или муниципальной собственности, после утверждения схем размещения рекламных конструкций проводятся органом государственной власти, органом местного самоуправления муниципального района или органом местного самоуправления городского округа либо уполномоченной ими организацией только в отношении рекламных конструкций, указанных в данных схемах.

Таким образом, утвержденная схема размещения нестационарных торговых объектов на земельных участках, находящихся в государственной или муниципальной собственности либо заключенный договор на установку и эксплуатацию рекламной конструкции на таком земельном участке является достаточным основанием для использования земельного участка. При этом предоставление и образование земельного участка либо установление сервитута также не требуется. Однако в судебной практике встречаются случаи, когда собственники нестационарных торговых объектов, не являющихся недвижимым имуществом, имеют намерение на приобретение земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, для целей размещения и эксплуатации нестационарных торговых объектов, в том числе, указывая на то, что такие объекты являются недвижимостью³³.

Важной новеллой является наделение Правительства Российской Федерации полномочиями по установлению перечня объектов, которые также можно размещать на зе-

³¹ СЗ РФ. 2010. № 1. Ст. 2.

³² СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232; 2007. № 30. Ст. 3807; 2013. № 19. Ст. 2325.

³³ См., напр.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 24 января 2012 г. № 12576/11 // СПС «Консультант Плюс».

мельных участках, находящихся в государственной или муниципальной собственности без предоставления и установления сервитута. Представляется, что с помощью данного акта Правительства Российской Федерации должен быть значительно упрощен порядок размещения некоторых объектов, по сути, не являющихся объектами недвижимости, но процесс размещения и оформления которых подчиняется в настоящее время законодательству, регулирующему такие процедуры применительно к недвижимости. В частности, речь может идти об отдельных видах линейно-кабельных сооружений, а также объектах, предназначенных для подключения (технологического присоединения) объектов капитального строительства к сетям инженерно-технического обеспечения и других подобных объектах.

Нельзя не обойти вниманием и изменения, коснувшиеся полномочий органов местного самоуправления в части распоряжения земельными участками, государственная собственность на которые не разграничена. Так, с 1 марта 2015 г. в соответствии со ст. 3³ Федерального закона от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации»³⁴ (с изменениями и дополнениями) полномочиями по распоряжению земельными участками, государственная собственность на которые не разграничена, расположенными в границах городских и сельских поселений, наделяются органы местного самоуправления этих поселений. При этом органы местного самоуправления муниципальных районов сохраняют полномочия по распоряжению земельными участками, государственная собственность на которые не разграничена, только в отношении земельных участков, расположенных на межселенных территориях. В соответствии со ст. 3⁴ Федерального закона от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации» полномочиями по распоряжению земельными участками, государственная собственность на которые не разграничена, в порядке и случаях, предусмотренных указанной нормой, наделяется Федеральный фонд содействия развитию жилищного строительства.

Подводя итог проанализированным положениям Закона № 171-ФЗ, можно сказать, что в данном федеральном законе реализован целый ряд идей, поднимающих качество и прозрачность земельного законодательства на новую ступень. Данная задача была выполнена совместными усилиями органов исполнительной и законодательной власти, в том числе с учетом результатов общественного обсуждения, что позволило обеспечить комплексное решение проблем в сфере земельных отношений, следствием чего должно являться повышение доступности земельных ресурсов для населения и инвесторов. Нельзя не признать, что современные условия развития общества и государства требуют, чтобы принимаемые законы не только решали существующие проблемы участников земельных отношений, но и стали основой развития и повышения уровня их правовой культуры при формировании отношений на рынке земли, а также сближения населения с органами публичной власти в вопросе использования земельных ресурсов.



Библиография

Рекомендации парламентских слушаний на тему «О проекте федерального закона № 444365-6 «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования порядка предоставления земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности» // Официальный сайт Комитета Государственной Думы по земельным отношениям и строительству: www.komitet3.km.duma.gov.ru (дата обращения — 10 августа 2014 г.).

³⁴ СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4148.

Рекомендации парламентских слушаний на тему «О ходе разработки, утверждения и реализации документов территориального планирования, градостроительного зонирования и планировки территории: проблемы и направления совершенствования законодательства» // Официальный сайт Комитета Государственной Думы по земельным отношениям и строительству: www.komitet3.km.duma.gov.ru (дата обращения — 10 августа 2014 г.).

Стенограмма заседания президиума Государственного Совета «О повышении эффективности управления земельными ресурсами в интересах граждан и юридических лиц» от 9 октября 2012 г. // Официальный сайт Президента России: www.kremlin.ru (дата обращения — 10 августа 2014 г.).

Changes in the New Land Law (Review of the Provisions of the Federal Law of June 23 2014 No 171-FZ On Making Alterations to Russian Federation Land Code and Other Russian Federation Legislative Acts)



Elena Kovalyova

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



Aleksey Butovetskiy

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



Abstract

The article deals with the review of the Federal Law of June 23, 2014 No 171-FZ On Making Alterations to the Russian Federation Land Code and other Russian Federation Legislative Acts, which is to be enacted March 1, 2015. The authors have carried out a detailed analysis of significant changes in the Russian Federation Land Code, the Russian Federation Civil Code and other legislative acts. These changes target a number of tasks set by the Russian Federation President to harmonize the Land Code with the Russian Federation Civil Code and the legislation on urban development, increase the transparency of the procedures as to land relations, exclude collisions between federal laws and clauses causing corruption. The authors have focused on the new order of arranging and providing land plots which are in state or municipal ownership, new institutions of land legislation and transitional rules provided by the Federal Law of June 23, 2014 No 171-FZ On Making Alterations to the Russian Federation Land Code and other Russian Federation Legislative Acts, stress legal features of norms pivotal to arrange enforcing and court practice. The authors express the opinion on the consequences of the alterations both for public authorities, legal entities and natural persons, as the land resources will be easier to get into possession for the country's population including benefit-entitled citizens and investors. The paper also justifies the causes for the key alterations, studies case practice showing some controversial issues which the new legislative norms may facilitate. The authors specify norms and the laws of the Russian Federation subjects which may be adopted to implement the Federal Law of June 23, 2014 No 171-FZ On Making Alterations to the Russian Federation Land Code and other Russian Federation Legislative Acts.



Keywords

The Federal Law of June 23, 2014 No 171-FZ On Making Alterations to the Russian Federation Land Code and other Russian Federation Legislative Acts, the Russian Federation Land Code, land plots, allocation of land plots, arranging land plots, real estate, construction.

Citation: Kovalyova E., Butovetskiy A. (2014) Changes in the New Land Law (Review of the Provisions of the Federal Law of June 23 2014. No. 171-FZ On Making Alterations to Russian Federation Land Code and other Russian Federation Legislative Acts). *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 55–85. (in Russian)



References

Rekomendatsii parlamentskikh slushaniy na temu «O proekte federal'nogo zakona № 444365-6 «O vnesenii izmeneniy v Zemel'nyy kodeks Rossiyskoy Federatsii i otdel'nye zakonodatel'nye akty Rossiyskoy Federatsii v chasti sovershenstvovaniya poryadka predostavleniya zemel'nykh uchastkov, nakhodyashchikhsya v gosudarstvennoy ili munitsipal'noy sobstvennosti». Available at: www.komitet3.km.duma.gov.ru accessed 10.08.2014.

Rekomendatsii parlamentskikh slushaniy na temu «O khode razrabotki, utverzhdeniya i realizatsii dokumentov territorial'nogo planirovaniya, gradostroitel'nogo zonirovaniya i planirovki territorii: problemy i napravleniya sovershenstvovaniya zakonodatel'stva». Available at: www.komitet3.km.duma.gov.ru accessed 10.08.2014.

Stenogramma zasedaniya prezidiuma Gosudarstvennogo soveta «O povyshenii effektivnosti upravleniya zemel'nymi resursami v interesakh grazhdan i yuridicheskikh lits» ot 9 oktyabrya 2012 goda. Available at: www.kremlin.ru accessed 10.08.2014.

Коллективные трудовые споры: фундаментальные аспекты трудового права



А.Я. Петров

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



Аннотация

В статье на основе норм Трудового кодекса Российской Федерации и доктрины трудового права исследуются вопросы дефиниций коллективных трудовых споров, примирительные процедуры их рассмотрения и разрешения. Предпринята попытка сформулировать новые подходы к определению концепции коллективных трудовых споров в российском трудовом праве. В науке трудового права не разработана в должной мере концепция коллективных трудовых споров, что закономерно обуславливает проблемы в применении соответствующих норм Трудового кодекса Российской Федерации, иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, коллективных договоров, социально-партнерских соглашений, локальных нормативных актов. Цель исследования — совершенствование концепции коллективных трудовых споров, примирительных процедур их рассмотрения и разрешения (примирительной комиссией, с участием посредника и (или) в трудовом арбитраже), участия государственных органов по урегулированию коллективных трудовых споров.

В статье решены следующие задачи: 1) выявлены характерные признаки коллективных трудовых споров, конфликтов и разногласий; 2) определено понятие коллективных трудовых споров и представлена их классификация; 3) дан системный анализ требований работников, профессиональных союзов и их объединений, примирительных процедур их рассмотрения и разрешения (примирительной комиссией, с участием посредника и (или) в трудовом арбитраже), участия государственных органов по урегулированию коллективных трудовых споров; 4) внесены предложения по совершенствованию гл. 61 Трудового кодекса Российской Федерации. Научная новизна работы — на основе теоретических конструкций и положений Конституции Российской Федерации, конвенций и рекомендаций Международной организации труда (МОТ), решений Комитета по свободе объединения Административного совета МОТ, Трудового кодекса Российской Федерации исследуются фундаментальные вопросы и проблемы рассмотрения и разрешения коллективных трудовых споров в современных социально-экономических условиях. Сформулированные теоретические положения и выводы развивают концептуальную модель рассмотрения и разрешения коллективных трудовых споров, служат предпосылкой для дальнейших исследований в этой области, могут быть использованы в работе по совершенствованию Трудового кодекса Российской Федерации и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права.



Ключевые слова

правовые теоретические определения, термины, понятие коллективных трудовых споров, примирительные процедуры рассмотрения и разрешения, примирительная комиссия с участием посредника, трудовой арбитраж, глава 61 Трудового кодекса Российской Федерации, совершенствование

Библиографическое описание: Петров А.Я. Коллективные трудовые споры: фундаментальные аспекты трудового права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 3. С. 86–101.

Основу правового регулирования коллективных трудовых споров составляют нормы и принципы международного трудового права, прежде всего, положения, предусмотренные в конвенциях и рекомендациях Международной организации труда (далее — МОТ), а именно:

- с целью способствовать предупреждению и разрешению трудовых конфликтов между работодателями и работниками должны создаваться органы по добровольному примирению, соответствующие национальным условиям (Рекомендация МОТ № 92);
- представительство работников и работодателей при разрешении коллективного трудового спора и предоставление возможностей, необходимых для осуществления их функций (Конвенция МОТ № 87);
- органы и процедуры разрешения трудовых конфликтов создавались таким образом, чтобы содействовать коллективным переговорам. Коллективные переговоры проходят в рамках примирительного и/или арбитражного механизма или органов, в которых стороны, ведущие коллективные переговоры, добровольно принимают участие (Конвенция МОТ № 154);
- при необходимости должны приниматься соответствующие национальным условиям меры, чтобы процедуры урегулирования трудовых конфликтов помогали сторонам, ведущим переговоры, самостоятельно разрешать конфликты, возникающие между ними в ходе переговоров о соглашениях, конфликты в связи с толкованием и применением соглашений или конфликты, предусмотренные Рекомендацией МОТ 1967 г. о рассмотрении жалоб (Рекомендация МОТ № 163);
- особая защита трудящихся как одной из сторон коллективного трудового спора по сравнению с работодателями (Конвенция МОТ № 135 и Рекомендация МОТ № 143);
- необходимость различных видов содействия в разрешении коллективных трудовых споров со стороны государства (Конвенция МОТ № 154, Рекомендация МОТ № 158);
- бесплатность для работников при обращении в юрисдикционные органы разрешения коллективных трудовых споров и оперативность;
- в орган по добровольному примирению, создаваемому на смешанной основе, должно входить равное количество предпринимателей и трудящихся¹;
- все соглашения, достигнутые сторонами в ходе или в результате переговоров по примирению, составляются в письменной форме и имеют равную силу с договорами, заключаемыми в обычном порядке;
- обязательность соглашения, достигнутого сторонами коллективного трудового спора при осуществлении примирительных процедур (Рекомендация МОТ № 92).

Для рассмотрения и разрешения коллективных трудовых споров принципиально важны позиции (разработанные Комитетом по свободе объединения Административного совета МОТ), не допускающие, чтобы разрешение коллективного трудового спора в случае ограничения или запрета права на забастовку, осуществлялось правительством. Положения, которые устанавливают, что при отсутствии договоренности между сторонами спорные вопросы должны быть урегулированы путем арбитража, осуществляемого органами власти, не соответствуют принципу добровольных переговоров, содержащиеся в ст. 4 Конвенции МОТ № 98. Кроме того, по мнению Комитета Административного совета МОТ, система принудительного арбитража, осуществляе-

¹ Часть 3 ст. 402 Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ) не совсем согласуется с международным стандартом труда, поскольку закреплено правило не о равном количестве представителей, а об их равноправии.

мого органом управления в сфере труда, при том что спор не был разрешен с помощью других средств, может привести к значительному ограничению права трудящихся на организацию их деятельности².

Коллективный трудовой спор — это неурегулированные разногласия между работниками (их представителями) и работодателями (их представителями) по поводу установления и изменения условий труда (включая заработную плату), заключения, изменения и выполнения коллективных договоров, соглашений, а также в связи с отказом работодателя учесть мнение выборного представительного органа работников при принятии локальных нормативных актов (ст. 398 ТК РФ). Следовательно, предмет спора — это:

- 1) установление и изменение условий труда (включая заработную плату);
- 2) заключение, изменение и выполнение коллективных договоров, соглашений;
- 3) отказ работодателя учесть мнение выборного представительного органа работников при принятии локальных нормативных актов³.

Обоснованно подчеркивается, что споры о невыполнении коллективного договора следует относить к коллективным трудовым спорам, поскольку речь идет о коллективных правах и интересах, закрепленных в коллективном договоре. После достижения соглашения и заключения коллективного договора у его сторон появляются соответствующие обязанности, связанные с его выполнением. Существовавшие изначально законные интересы сторон коллективного правоотношения реализуются в субъективные права с соответствующими обязанностями⁴.

Небезынтересна точка зрения, что коллективные трудовые споры о праве не включены в определение понятия «коллективный трудовой спор» (ч.1 ст. 398 ТК РФ). Это существенно подрывает значение коллективных трудовых споров в системе социально-партнерских отношений. Необходимо дополнить указанное понятие, включив в него «коллективные трудовые споры по применению трудового законодательства»⁵.

Коллективный трудовой спор возникает между работниками и работодателем (работодателями). Однако коллективный характер разногласий сторон не может служить основанием для признания конфликта коллективным трудовым спором. В данном аспекте необходим следующий конститутивный признак, характеризующий коллективный трудовой спор, — его предмет. Так, условия труда устанавливаются трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, но к коллективным трудовым спорам относятся лишь те условия труда, которые устанавливаются работодателем (например, ст. 144 ТК РФ).

Очевидно, что коллективные трудовые споры следует отличать от трудового протеста, под которым отдельные исследователи понимают открытую форму трудового конфликта, в рамках которого работники предприятия (организации, корпорации) или

² См.: Сборник решений, принятых Комитетом по свободе объединения Административного совета МОТ и выработанных им принципов. Женева: Международное бюро труда, 1997. П. 518, 521.

³ К сожалению, условия труда трактуются федеральным законом неоднозначно. Так, в ч. 1 ст. 74 ТК РФ — как организационные и технологические условия труда, т.е. изменения в технике и технологии производства, в структурной реорганизации производства, а в части 2 ст. 209 ТК РФ условия труда определены как совокупность факторов производственной среды и трудового процесса, оказывающих влияние на работоспособность и здоровье работника.

⁴ Стрыгина М.А. Законные интересы и их реализация в трудовом праве Российской Федерации: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Воронеж, 2012. С. 22.

⁵ Павловская О.Ю. Коллективные трудовые споры в современной России: теоретико-правовой аспект: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2009. С. 8.

трудовая группа предпринимают действия, направленные на отстаивание своей социально-трудовой позиции путем воздействия на работодателя или других субъектов, определяющих позицию работодателя, с целью ее изменения⁶.

Для реализации права на протест используются следующие формы:

- приостановление работы из-за задержки выплаты заработной платы более двух недель (ст. 142 ТК РФ);
- отказ от выполнения работ в случае возникновения опасности для жизни и здоровья вследствие нарушения требований охраны труда, до устранения такой опасности (ст. 219 ТК РФ).

Кроме того, трудовой протест осуществляется теми категориями работников, право на забастовку которых ограничено (ст. 413 ТК РФ).

Коллективные трудовые споры являются поединством российского трудового права. Поэтому представляется спорными следующие тезисы: «Суть института коллективных трудовых споров состоит в их разрешении путем переговоров с привлечением различных посредников...»⁷ В отечественной правовой науке и практике институт коллективных трудовых споров появился сравнительно недавно — с принятием Закона СССР от 9 октября 1989 г. «О порядке разрешения коллективных трудовых споров (конфликтов)». Институт рассмотрения коллективных трудовых споров является одним из ключевых для международно-правового регулирования труда⁸.

Классификация коллективных трудовых споров

В зависимости от уровня рассмотрения и разрешения споров можно выделить следующие уровни: локальный (организации, индивидуального предпринимателя); территориальный; отраслевой (межотраслевой); региональный и межрегиональный; федеральный.

Коллективные трудовые споры подразделяются также по предмету.

Коллективный трудовой спор может возникнуть на стадии коллективных переговоров и носить «преддоговорный характер». По принятой международной классификации такой спор считается спором *интересов*, т.е. спором, возникшим из конфликта интересов, когда юридических прав ни у одной стороны еще не возникло. Иногда такие споры называют экономическими, подчеркивая их неправовой характер.

Другая категория коллективных трудовых споров — споры о праве. Это неурегулированные разногласия о выполнении условий заключенного коллективного договора, соглашения⁹.

В науке трудового права распространен такой критерий классификации как характер регулируемой деятельности (особенности предмета спора, содержание спора, характер правомочий спорного правоотношения). В связи с этим выделяют два вида коллективных трудовых споров:

⁶ См.: Бизюков П.В. Трудовые протесты в России в 2008–2011 гг. // Трудовое право в России и за рубежом. 2011. № 4. С. 31.

⁷ Сафарова Е. Трудовые споры: индивидуальные и коллективные // Трудовое право. 2010. № 11. С. 101.

⁸ См.: Лютов Н.Л. Коллективные трудовые споры. Сравнительно-правовой анализ. М.: Проспект, 2007. С. 51, 103 и др.

⁹ См.: Куренной А.М. Правовое регулирование коллективных трудовых споров. М.: Юстицинформ, 2010. С. 21–22.

1) споры, связанные с реализацией и применением действующих норм права и условий труда;

2) споры, связанные с установлением новых или изменением существующих условий труда. К ним относятся споры, возникающие:

а) при заключении и изменении коллективных договоров и соглашений;

б) при выдвижении требований, не влекущих заключения или изменения коллективного договора или соглашения; в связи с отказом работодателя учесть мнение выборного представительного органа работников при принятии локальных нормативных актов.

Другим распространенным критерием классификации коллективных трудовых споров является характер правовых норм, регулирующих спорные правоотношения. При этом выделяются:

1) споры материального характера, которые возникают по поводу норм трудового права;

2) споры нематериального характера (организационные, процедурные и процессуальные) и т.д.¹⁰

По мнению некоторых исследователей, правильнее было бы называть индивидуальные трудовые споры — «трудовые споры о праве», а коллективные — «трудовые споры об интересах». Но из этого правила есть одно исключение: споры по поводу выполнения коллективных договоров и соглашений, согласно ст. 381 и 398 ТК РФ, могут рассматриваться и как индивидуальные и как коллективные¹¹.

Примирительные процедуры — рассмотрение коллективного трудового спора в целях его разрешения примирительной комиссией, с участием посредника и (или) в трудовом арбитраже¹².

В соответствии с Конвенцией МОТ от 11 июля 1947 г. № 84 «О праве на объединение и регулировании трудовых конфликтов на территориях вне метрополий» предприниматели и трудящиеся поощряются к тому, чтобы избегать конфликтов, а в случае, если они произойдут, — к справедливому урегулированию их путем примирения. Всякая процедура разбора конфликтов между предпринимателями и трудящимися должна быть настолько проста и быстра, насколько это возможно. Согласно Рекомендации МОТ от 29 июня 1967 г. № 130 «О рассмотрении жалоб на предприятии с целью их разрешения» процедура рассмотрения спора должна применяться таким образом, чтобы существовала реальная возможность достижения на каждой стадии урегулировании вопроса, добровольно принятого решения трудящимся и предпринимателем.

Можно полагать, что примирительная процедура включает в себя примирительно-посредническую и третейскую процедуру. Представляется обоснованным, что решение примирительно-посреднических и третейских органов должно касаться лишь несогласованности экономических интересов сторон. Урегулирование отношений по разрешению коллективных трудовых споров о праве с помощью примирительно-посред-

¹⁰ См.: Скобелкин В.Н., Передерин С.В., Чуча С.Ю., Семенюта Н.Н. Трудовое процедурно-процессуальное право: учеб. пособие. Воронеж: ВГУ, 2002. С. 356–359.

¹¹ Лютов Н.Л. Коллективные трудовые отношения // Защита трудовых прав работников в России и Финляндии / отв. ред. Е. Мачульская, М. Миккола. М.: б/и, 2013. С. 26.

¹² Представляется спорным тезис, что Конституция Российской Федерации, закрепляя право на коллективные трудовые споры, предусматривает возможность такой стадии этих споров как забастовка. См.: Куренной А.М. Указ. соч. С. 26.

нических и третейских процедур недопустимо; такие дела должны передаваться под юрисдикцию соответствующего суда для защиты субъективных прав¹³.

День начала коллективного трудового спора — день сообщения решения работодателя (его представителя) об отклонении всех или части требований работников (их представителей) или несообщение работодателем (его представителем) в соответствии со ст. 400 ТК РФ своего решения.

Выдвижение требований работников и их представителей

Правом выдвижения требований обладают работники и их представители, определенные в соответствии со ст. 29–31 и ч. 5 ст. 40 ТК РФ. Требования, выдвинутые работниками и (или) представительным органом работников организации (филиала, представительства или иного обособленного структурного подразделения), индивидуального предпринимателя, утверждаются на соответствующем собрании (конференции) работников, излагаются в письменной форме и направляются работодателю представительным органом работников, уполномоченным на разрешение коллективного трудового спора.

Собрание работников считается правомочным, если на нем присутствует более половины работающих. Конференция считается правомочной, если на ней присутствует не менее 2/3 избранных делегатов. Решение об утверждении выдвинутых требований принимается большинством голосов работников (делегатов), присутствующих на собрании (конференции). При невозможности проведения собрания (созыва конференции) представительный орган работников имеет право утвердить свое решение, собрав подписи более половины работников в поддержку выдвинутых им требований. Требования работников могут быть оформлены: протоколом собрания; протоколом конференции; посредством сбора подписей работников. Работодатель обязан предоставить работникам или их представителям необходимое помещение для проведения собрания (конференции) по выдвижению требований и не вправе препятствовать его (ее) проведению.

Требования профессиональных союзов и их объединений (общероссийских и межрегиональных профессиональных союзов, их территориальных организаций, объединений профессиональных союзов и объединений территориальных организаций профессиональных союзов) выдвигаются их выборными коллегиальными органами, уполномоченными на это уставами профессиональных союзов и уставами их объединений, и направляются соответствующим сторонам социального партнерства. Требования (копии требований) могут быть направлены в соответствующий государственный орган по урегулированию коллективных трудовых споров, в том числе в форме электронного документа. В этом случае государственный орган по урегулированию коллективных трудовых споров обязан проверить получение требований (копии требований) другой стороной коллективного трудового спора.

Рассмотрение требований работников, профессиональных союзов и их объединений

Работодатель обязан принять к рассмотрению направленные ему требования работников. О принятом решении работодатель сообщает в представительный орган работ-

¹³ См.: Ясинская-Казаченко А. Примирительно-посреднические и третейские процедуры в процессе разрешения коллективных трудовых споров // Кадровик. Трудовое право для кадровика. 2013. № 4. С. 64.

ников организации (филиала, представительства или иного обособленного структурного подразделения), индивидуального предпринимателя в письменной форме в течение двух рабочих дней со дня получения указанных требований. Объединения работодателей, иные представители работодателей, определенные в соответствии со ст. 34 ТК РФ, обязаны принять к рассмотрению направленные им требования профессиональных союзов (их объединений) и сообщить в письменной форме профессиональным союзам (их объединениям) о принятом решении в течение трех недель со дня получения указанных требований.

Требования, выдвигаемые работниками для рассмотрения и разрешения в качестве коллективного трудового спора, не должны быть связаны с нарушением трудового законодательства, иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права.

Порядок разрешения коллективного трудового спора состоит из следующих этапов:

- рассмотрение коллективного трудового спора примирительной комиссией;
- рассмотрение коллективного трудового спора с участием посредника и (или) в трудовом арбитраже.

Рассмотрение коллективного трудового спора примирительной комиссией является обязательным этапом. Каждая из сторон коллективного трудового спора в любой момент после его начала имеет право обратиться, в том числе в форме электронного документа, в соответствующий государственный орган по урегулированию коллективных трудовых споров для уведомительной регистрации спора.

Ни одна из сторон коллективного трудового спора не имеет права уклоняться от участия в примирительных процедурах. Представители сторон, примирительная комиссия, посредник, трудовой арбитраж, государственный орган по урегулированию коллективных трудовых споров обязаны использовать все предусмотренные законодательством возможности для разрешения возникшего коллективного трудового спора.

Примирительные процедуры проводятся в сроки, предусмотренные ТК РФ. В случае необходимости сроки, предусмотренные для проведения примирительных процедур, могут быть продлены при согласии сторон коллективного трудового спора. Решение о продлении срока оформляется протоколом. Работники имеют право в установленном федеральным законом порядке проводить собрания, митинги, демонстрации, пикетирование в поддержку своих требований в период рассмотрения и разрешения коллективного трудового спора, включая период организации и проведения забастовки.

В теории трудового права отмечается, что правоотношения по рассмотрению коллективных трудовых споров возникают с момента сообщения решения работодателя (его представителя) об отклонении всех или части требований работников (их представителей) либо несообщения работодателем (его представителем) своего решения в срок, указанный в ст. 400 ТК РФ, либо с даты составления протокола разногласий в ходе коллективных переговоров. Данное основание возникновения правоотношения будет относиться к юридическим фактам — правомерным односторонним действиям, юридическим актам, односторонним сделкам.

Основаниями изменения правоотношения по рассмотрению коллективных трудовых споров являются частичный отказ работников от заявленных требований, соглашение об удовлетворении части заявленных требований. Основаниями прекращения данного вида правоотношения могут быть как отказ работников от заявленных требований, так и вынесение примирительной комиссией решения по заявленным в ходе коллективного трудового спора требованиям, а также достигнутое сторонами коллективного трудового спора соглашение, либо решение суда о признании забастовки незаконной¹⁴.

¹⁴ См.: Долова А.З. Юридические факты в трудовом праве. М.: Проспект, 2009. С. 50–51.

Эта трактовка процедурно-процессуального правоотношения нуждается в уточнении. Вряд ли правильно указывать на работников (их представителей), участвующих в коллективном трудовом споре (в ч. 2 ст. 399 ТК РФ предусмотрено: требования, выдвинутые работниками и (или) представительным органом работников организации (филиала, представительства или иного обособленного структурного подразделения), индивидуального предпринимателя).

В основаниях прекращения правоотношения нет такого юридического факта как решение трудового арбитража.

Рассмотрение коллективного трудового спора примирительной комиссией

Согласно ст. 6 Конвенции МОТ № 84 о праве на объединение и регулировании трудовых конфликтов на территории вне метрополии трудящиеся и предприниматели поощряются к тому, чтобы избегать конфликтов, а в случае, если они произойдут, — к справедливому урегулированию их путем примирения. Кроме того, Конвенция предусматривает содействие со стороны государства в осуществлении деятельности органов примирения. В ст. 5 Конвенции МОТ № 154 о содействии коллективным переговорам закреплено, что органы и процедуры разрешения трудовых споров должны создаваться таким образом, чтобы содействовать коллективным переговорам. Согласно Рекомендации МОТ № 92 «О добровольном примирении и арбитраже» (1951) должны приниматься меры, чтобы эта процедура могла начинаться по инициативе любой из участвующих в конфликте сторон или *ex officio* — органом по добровольному примирению.

Если по соглашению между всеми заинтересованными сторонами к конфликту применяется примирительная процедура, то сторонам следует рекомендовать воздерживаться от забастовок и локаутов в течение всего времени ведения переговоров о примирении. Если по соглашению между всеми заинтересованными сторонами к конфликту применяется примирительная процедура, то сторонам следует рекомендовать воздержаться от забастовок и локаутов в течение всего времени ведения переговоров и примирения. Основная цель Рекомендации МОТ № 92 сводится к максимальному содействию промышленному миру. При этом ни одно из положений Рекомендации не может истолковываться как ограничение в каком бы то ни было отношении права на забастовку.

В основе процедур разрешения споров о праве, т.е. споров, связанных с действительным или предполагаемым нарушением юридически обязательного правового акта, заключается в том, что, если эти споры не урегулированы с помощью переговоров, то они должны разрешаться в судебном порядке или арбитрами, а не с помощью забастовок, поскольку они связаны с определением существующих прав и обязанностей¹⁵.

В случае возникновения коллективного трудового спора на локальном уровне социального партнерства примирительная комиссия создается в срок до двух рабочих дней со дня начала коллективного трудового спора, а в случае возникновения коллективного трудового спора на иных уровнях социального партнерства — в срок до трех рабочих дней со дня начала коллективного трудового спора. Решение о создании примирительной комиссии при разрешении коллективного трудового спора на локальном уровне социального партнерства оформляется соответствующим приказом (распоряжением) рабо-

¹⁵ Доклад Административного совета МОТ на 262 сессии (март–апрель 1995 г.). Женева, 1995. С. 34.

тодателя и решением представителя работников. Решения о создании примирительных комиссий при разрешении коллективных трудовых споров на иных уровнях социального партнерства оформляются соответствующими актами (приказом, распоряжением, постановлением) представителей работодателей и представителей работников.

Примирительная комиссия формируется из представителей сторон коллективного трудового спора на равноправной основе. Стороны коллективного трудового спора не имеют права уклоняться от создания примирительной комиссии и участия в ее работе. Работодатель (представитель работодателей) создает необходимые условия для работы примирительной комиссии.

Коллективный трудовой спор на локальном уровне социального партнерства должен быть рассмотрен примирительной комиссией в срок до трех рабочих дней, а коллективный трудовой спор на иных уровнях социального партнерства — в срок до пяти рабочих дней со дня издания соответствующих актов о ее создании. Решение примирительной комиссии принимается по соглашению сторон коллективного трудового спора, оформляется протоколом, имеет для сторон этого спора обязательную силу и исполняется в порядке и сроки, которые установлены решением примирительной комиссии.

При недостижении согласия в примирительной комиссии стороны коллективного трудового спора приступают к переговорам о рассмотрении коллективного трудового спора с участием посредника и (или) в трудовом арбитраже¹⁶.

Рассмотрение коллективного трудового спора с участием посредника¹⁷

Не позднее следующего рабочего дня после дня составления примирительной комиссией протокола разногласий стороны коллективного трудового спора обязаны провести переговоры о рассмотрении коллективного трудового спора с участием посредника. При недостижении согласия сторон коллективного трудового спора оформляется протокол об отказе сторон или одной из сторон от данной примирительной процедуры, и они приступают к переговорам о рассмотрении коллективного трудового спора в трудовом арбитраже.

При согласии сторон коллективного трудового спора о рассмотрении коллективного трудового спора с участием посредника заключается соответствующее соглашение, после чего стороны коллективного трудового спора обязаны в срок не более двух рабочих дней согласовать кандидатуру посредника. При необходимости стороны коллективного трудового спора могут обратиться за рекомендацией кандидатуры посредника в соответствующий государственный орган по урегулированию коллективных трудовых споров. Если в течение указанного срока стороны коллективного трудового спора не

¹⁶ Представляется необоснованным предложение дополнить ст. 195 ТК РФ положением, содержащим перечень возможных действий представителей работодателя, определяемых в качестве уклонения от создания и участия в работе примирительной комиссии, и включить в данный перечень следующие нарушения: несообщения работодателем в установленный срок о своем решении относительно членов примирительной комиссии; отказ оформить создание комиссии соответствующим приказом (распоряжением); невыполнение обязанности по созданию условий, необходимых для работы примирительной комиссии, неявку на ее заседание без уважительных причин. См.: Павловская О.Ю. Указ соч. С. 9.

¹⁷ Вряд ли правильно полагать, что посредничество является институтом, который может применяться не только для разрешения коллективных трудовых споров, но и индивидуальных. См.: Матненко М.В. Третейское урегулирование разногласий в трудовых отношениях: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 26.

достигли согласия относительно кандидатуры посредника, то они приступают к переговорам о рассмотрении коллективного трудового спора в трудовом арбитраже.

Порядок рассмотрения коллективного трудового спора с участием посредника определяется соглашением сторон коллективного трудового спора с участием посредника. Посредник имеет право запрашивать у сторон коллективного трудового спора и получать от них необходимые документы и сведения, касающиеся этого спора.

Рассмотрение коллективного трудового спора с участием посредника осуществляется на локальном уровне социального партнерства в срок до трех рабочих дней, а на иных уровнях социального партнерства — в срок до пяти рабочих дней со дня приглашения (назначения) посредника — и завершается принятием сторонами коллективного трудового спора согласованного решения в письменной форме или составлением протокола разногласий.

Рассмотрение коллективного трудового спора в трудовом арбитраже

Трудовой арбитраж представляет собой орган по рассмотрению коллективного трудового спора. Временный трудовой арбитраж создается сторонами коллективного трудового спора совместно с соответствующим государственным органом по урегулированию коллективных трудовых споров для рассмотрения данного коллективного трудового спора. Согласно Рекомендации МОТ № 92, если по соглашению между всеми заинтересованными сторонами конфликт передан на окончательное разрешение арбитражного органа, то сторонам следует рекомендовать воздерживаться от забастовок и локаутов в течение времени рассмотрения вопроса арбитражным органом и признать арбитражное решение.

Комитетом по свободе объединения Административного совета МОТ было указано — положения, которые устанавливают, что при отсутствии договоренности между сторонами спорные вопросы должны быть урегулированы путем арбитража, осуществляемого органами власти, не соответствует принципу добровольных переговоров, содержащимся в ст. 4 Конвенции МОТ № 98¹⁸.

Решением соответствующей трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений при ней может создаваться постоянно действующий трудовой арбитраж для рассмотрения и разрешения коллективных трудовых споров, передаваемых ему для рассмотрения по соглашению сторон. Не позднее следующего рабочего дня после дня составления протокола разногласий по завершении рассмотрения коллективного трудового спора с участием посредника, либо после истечения срока, в течение которого стороны коллективного трудового спора должны достичь соглашения относительно кандидатуры посредника, либо после оформления протокола об отказе сторон или одной из сторон коллективного трудового спора от рассмотрения коллективного трудового спора с участием посредника стороны коллективного трудового спора обязаны провести переговоры о рассмотрении коллективного трудового спора в трудовом арбитраже.

При согласии сторон коллективного трудового спора о рассмотрении коллективного трудового спора в трудовом арбитраже заключается соответствующее соглашение, содержащее условие об обязательном выполнении сторонами решений трудового арбитража. После этого стороны коллективного трудового спора обязаны при его разрешении на локальном уровне социального партнерства в срок до двух рабочих дней, а при разрешении коллективного трудового спора на иных уровнях социального партнер-

¹⁸ См.: Сборник решений, принятых Комитетом по свободе объединений Административного совета МОТ и выработанных им принципов. Женева: Международное бюро труда. 1997. П. 518, 521.

ства — в срок до четырех рабочих дней — создать совместно с соответствующим государственным органом по урегулированию коллективных трудовых споров временный трудовой арбитраж для рассмотрения данного спора либо передать его на рассмотрение в постоянно действующий трудовой арбитраж, созданный при соответствующей трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений.

Состав и регламент временного трудового арбитража устанавливаются решением работодателя (представителя работодателей), представителя работников и государственного органа по урегулированию коллективных трудовых споров. В постоянно действующем трудовом арбитраже порядок формирования его состава для разрешения конкретного трудового спора и его регламент определяются положением о постоянно действующем трудовом арбитраже (уставом постоянно действующего трудового арбитража), утверждаемым соответствующей трехсторонней комиссией по регулированию социально-трудовых отношений. Федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере труда с учетом мнения Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений может утверждаться типовое положение о постоянно действующем трудовом арбитраже (типовой устав постоянно действующего трудового арбитража).

Коллективный трудовой спор рассматривается в трудовом арбитраже с участием представителей сторон данного спора при разрешении коллективного трудового спора на локальном уровне социального партнерства в срок до трех рабочих дней (при разрешении коллективного трудового спора на иных уровнях социального партнерства — в срок до пяти рабочих дней) со дня создания временного трудового арбитража или передачи коллективного трудового спора на рассмотрение в постоянно действующий трудовой арбитраж. Трудовой арбитраж рассматривает обращения сторон коллективного трудового спора; получает необходимые документы и сведения, касающиеся этого спора; информирует в случае необходимости органы государственной власти и органы местного самоуправления о возможных социальных последствиях коллективного трудового спора; принимает решение по существу коллективного трудового спора. Решение трудового арбитража по урегулированию коллективного трудового спора передается сторонам этого спора в письменной форме.

В случаях, когда в соответствии с ч. 1 и 2 [ст. 413](#) ТК РФ в целях разрешения коллективного трудового спора не может быть проведена забастовка, рассмотрение коллективного трудового спора в трудовом арбитраже является обязательным, и решение трудового арбитража имеет для сторон обязательную силу независимо от наличия соглашения сторон по данному вопросу. Если стороны не приходят к соглашению о создании временного трудового арбитража, его составе и регламенте либо о передаче коллективного трудового спора на рассмотрение в постоянно действующий трудовой арбитраж, решение по этим вопросам принимает соответствующий государственный орган по урегулированию коллективных трудовых споров.

Гарантии в связи с разрешением коллективного трудового спора

Члены примирительной комиссии и трудовые арбитры на время участия в разрешении коллективного трудового спора освобождаются от основной работы с сохранением средне-

го заработка на срок не более трех месяцев в течение одного года. Участвующие в разрешении коллективного трудового спора представители работников, их объединений не могут быть в период разрешения коллективного трудового спора подвергнуты дисциплинарному взысканию, переведены на другую работу или уволены по инициативе работодателя без предварительного согласия уполномочившего их на представительство органа.

Уклонение от участия в примирительных процедурах

При уклонении одной из сторон коллективного трудового спора от участия в создании или работе примирительной комиссии другая сторона имеет право потребовать проведения переговоров о рассмотрении коллективного трудового спора с участием посредника не позднее следующего рабочего дня после дня предъявления указанного требования. При уклонении одной из сторон коллективного трудового спора от переговоров о рассмотрении спора с участием посредника или от участия в рассмотрении спора с участием посредника другая сторона имеет право потребовать проведения переговоров о рассмотрении коллективного трудового спора в трудовом арбитраже не позднее следующего рабочего дня после дня предъявления указанного требования. При уклонении работодателя (представителя работодателей) от создания временного трудового арбитража, передачи коллективного трудового спора на рассмотрение в постоянно действующий трудовой арбитраж или от участия в рассмотрении спора трудовым арбитражем считается, что примирительные процедуры не привели к разрешению коллективного трудового спора.

Участие государственных органов по урегулированию коллективных трудовых споров

Государственными органами по урегулированию коллективных трудовых споров являются федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по оказанию государственных услуг в сфере урегулирования коллективных трудовых споров, и органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации, участвующие в урегулировании коллективных трудовых споров. Федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по оказанию государственных услуг в сфере урегулирования коллективных трудовых споров:

- производит уведомительную регистрацию коллективных трудовых споров по поводу заключения, изменения и выполнения соглашений, заключаемых на федеральном уровне социального партнерства, коллективных трудовых споров в организациях, финансируемых из федерального бюджета, а также коллективных трудовых споров, возникающих в случаях, когда в соответствии с ч. 1 и 2 ст. 413 ТК РФ в целях разрешения коллективного трудового спора забастовка не может быть проведена;

- содействует урегулированию указанных коллективных трудовых споров;
- ведет базу данных по учету трудовых арбитражей;
- организует подготовку трудовых арбитражей.

Органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации, участвующие в урегулировании коллективных трудовых споров:

- производят уведомительную регистрацию коллективных трудовых споров, за исключением коллективных трудовых споров, указанных в части второй настоящей статьи;
- содействуют урегулированию указанных коллективных трудовых споров.

Государственные органы по урегулированию коллективных трудовых споров в пределах своих полномочий:

- проверяют в случае необходимости полномочия представителей сторон коллективного трудового спора;
- выявляют, анализируют и обобщают причины возникновения коллективных трудовых споров, готовят предложения по их устранению;
- оказывают методическую помощь сторонам коллективного трудового спора на всех этапах его рассмотрения и разрешения;
- организуют в установленном порядке финансирование примирительных процедур.

Государственные органы по урегулированию коллективных трудовых споров при организации работы по их урегулированию взаимодействуют с представителями работников и работодателей.

Работники государственных органов по урегулированию коллективных трудовых споров имеют право в порядке, установленном федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, беспрепятственно при предъявлении удостоверения установленного образца посещать любых работодателей (организации независимо от их организационно-правовых форм и форм собственности, а также работодателей — физических лиц) в целях урегулирования коллективных трудовых споров, выявления и устранения их причин.

Соглашения, достигнутые в ходе разрешения коллективного трудового спора

Соглашения, достигнутые сторонами коллективного трудового спора в ходе его разрешения, в том числе соглашение об урегулировании коллективного трудового спора, оформляются в письменной форме и имеют для сторон коллективного трудового спора обязательную силу. Контроль за их выполнением осуществляется сторонами коллективного трудового спора.

Совершенствование главы 61 Трудового кодекса Российской Федерации.

Анализ главы 61 ТК РФ позволяет предположить ее определенное несовершенство. Название главы «Рассмотрение и разрешение индивидуальных трудовых споров» следовало бы сформулировать так: «Коллективные трудовые споры», ибо содержание данной главы существенно шире ее названия. В частности, в ст. 398 ТК РФ даны следующие основные понятия: «Коллективный трудовой спор» и «День начала коллективного трудового спора». При этом в них даже не упоминаются нормы (положения) о рассмотрении и разрешении коллективных трудовых споров.

Представляется не совсем правильным и логичным употребление термина «работодатели (их представители)». Вследствие этого, коллективным трудовым спором могут быть только неурегулированные разногласия, стороной которых является два и более работодателя (их представителя). Таким образом, неурегулированные разногласия с одним работодателем (его представителем) нельзя признать коллективным трудовым спором.

Вряд ли уместны в названии и содержании ст. 399 ТК РФ термины «выдвижение», «выдвижения», «выдвинутые». Корректнее было бы предусмотреть в этой статье слова: «предъявить требования», «предъявление требований» и т.д. Например, название ст. 399 кодекса необходимо сформулировать так: «Предъявление требований работников и (или) их представителей».

Название ст. 400 ТК РФ «Рассмотрение требований работников, профессиональных союзов и их объединений» не совсем соответствует ее содержанию, а также ст. 399 кодекса, где дана более широкая трактовка представителей работников, т.е. не только профессиональных союзов, но и иных представителей работников (ст. 31 ТК РФ). Например, в ч. 1 ст. 400 ТК РФ предусмотрено, что работодатель обязан принять к рассмотрению направленные ему требования работников. О принятом решении работодатель сообщает в представительный орган работников организации (филиала, представительства, или иного обособленного структурного подразделения), индивидуального предпринимателя в письменной форме в течение двух рабочих дней со дня получения указанных требований.

Часть 1 ст. 401 ТК РФ не согласуется с названием гл. 61. Согласно этой части порядок разрешения коллективного трудового спора состоит из следующих этапов:

- рассмотрение коллективного трудового спора примирительной комиссией;
- рассмотрение коллективного трудового спора с участием посредника и (или) в трудовом арбитраже.

Рассмотрение коллективного трудового спора примирительной комиссией является обязательным этапом. Закономерен вопрос: а примирительная комиссия имеет право разрешать эти споры?! В то же время в ст. 1 ТК РФ предусмотрено, что одной из задач трудового законодательства является правовое регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений, в том числе, по разрешению трудовых споров (к сожалению, в данном случае не указано «рассмотрению и...»).

В то же время ч. 4 ст. 401 ТК РФ предусматривает, что представители сторон, примирительная комиссия, посредник, трудовой арбитраж, государственный орган по урегулированию коллективных трудовых споров обязаны использовать все предусмотренные законодательством возможности для разрешения возникшего коллективного трудового спора. В связи с этим нельзя не отметить названия ст. 402–404 ТК РФ: «Рассмотрение коллективного трудового спора примирительной комиссией», «Рассмотрение коллективного трудового спора с участием посредника», «Рассмотрение коллективного трудового спора в трудовом арбитраже». Таким образом, данные статьи не согласуются со ст. 1 и названием гл. 61 ТК РФ.

Далее, ст. 402 ТК РФ называется «Рассмотрение коллективного трудового спора примирительной комиссией», но ее содержание существенно шире. В частности, она закрепляет следующие нормы (положения): «В случае возникновения коллективного трудового спора на локальном уровне социального партнерства примирительная комиссия создается в срок до двух рабочих дней со дня начала коллективного трудового спора, а в случае возникновения коллективного трудового спора на иных уровнях социального партнерства — в срок до трех рабочих дней со дня начала коллективного трудового спора».

Решение о создании примирительной комиссии при разрешении коллективного трудового спора на локальном уровне социального партнерства оформляется соответствующим приказом (распоряжением) работодателя и решением представителя работников. Решения о создании примирительных комиссий при разрешении коллективных трудовых споров на иных уровнях социального партнерства оформляются соответствующими актами (приказом, распоряжением, постановлением) представителей работодателей и представителей работников.

Примирительная комиссия формируется из представителей сторон коллективного трудового спора на равноправной основе. Стороны коллективного трудового спора не

имеют права уклоняться от создания примирительной комиссии и участия в ее работе. Работодатель (представитель работодателей) создает необходимые условия для работы примирительной комиссии».

В связи с этим представляется целесообразным предусмотреть в ТК РФ отдельную статью, например 401-1 «Образование примирительной комиссии» (или «Организация примирительной комиссии»). Представляется также более логичным и правильным привести название ст. 414 ТК РФ в соответствие с ее содержанием, а именно, вместо слов «Гарантии и правовое положение работников в связи с проведением забастовки» предусмотреть «Гарантии и компенсации работникам в связи с проведением забастовки».



Библиография

Бизюков П.В. Трудовые протесты в России в 2008–2011 гг. // Трудовое право в России и за рубежом. 2011. № 4. С. 30–34.

Долова А.З. Юридические факты в трудовом праве. М.: Проспект, 2009.

Куренной А.М. Правовое регулирование коллективных трудовых споров. М.: Юстицинформ, 2010.

Люттов Н.Л. Коллективные трудовые отношения // Защита трудовых прав работников в России и Финляндии / отв. ред. Е. Мачульская, М. Миккола. М.: б/и, 2013.

Люттов Н.Л. Коллективные трудовые споры. Сравнительно-правовой анализ. М.: Проспект, 2007.

Матненко М.В. Третейское урегулирование разногласий в трудовых отношениях: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009.

Павловская О. Ю. Коллективные трудовые споры в современной России: теоретико-правовой аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009.

Сафарова Е. Трудовые споры: индивидуальные и коллективные // Трудовое право. 2010. № 11. С. 91–102.

Скобелкин В.Н., Передерин С.В., Чуча С.Ю., Семенюта Н.Н. Трудовое процедурно-процессуальное право: учеб. пособие. Воронеж: ВГУ, 2002.

Стрыгина М.А. Законные интересы и их реализация в трудовом праве Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2012.

Ясинская-Казаченко А. Примирительно-посреднические и третейские процедуры в процессе разрешения коллективных трудовых споров // Кадровик. Трудовое право для кадровика. 2013. № 4. С. 63–73.

Collective Labour Disputes: Fundamental Aspects of Labour Law



Alexey Petrov

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



Abstract

The paper studies the issues of defining collective labour disputes, conciliation procedure of considering and resolving them. To study the concept RF Labour Code and labour law doctrine have been applied. The paper attempts to make up new approaches to defining the concept of collective labour disputes which determines consistently the problems in applying RF labour law norms, other normative legal acts which determines the problems in applying RF labour code norms other legal acts containing labour law norms, collective agreements, social and partner agreements, local normative acts. The aim of the

research is to improve the concept of collective labour disputes, conciliation procedures, their study and resolving (by a conciliation commission involving a mediator or in a labour arbitration), participation of state bodies to settle collective labour disputes. The paper solves the following tasks: 1) characteristic features of collective labour disputes and disagreements, 2) the definition of collective labour disputes and their classification, 3) the paper gives a systematic analysis of the employers, trade unions and their associations, settlement procedures to consider them and resolve Procedures to consider and resolve them (by a conciliation commission involving a mediator and or in labour arbitration court), participation of state bodies settle collective labour disputes (by a settlement commission involving a mediator or in labour arbitration court), participation of state bodies to settle collective labor disputes; 4) suggestions have been made to improve them for article 61 of RF Labour code. The novelty of the research is that on the basis of theoretical patterns and provisions of RF Constitution, conventions and recommendations of the International Labour Organization (ILO), decisions of the Freedom of Association Committee of the ILO Governing Body, RF Labour Code fundamental problems and issues have been studied to consider and settle collective labour disputes in the current social and economic conditions. The theoretical principles and conclusions contribute to the development of conceptual model to consider and settle collective labour disputes, serve a basis for other research in this area, may be applied for further improvement of the RF Labour Code and other normative acts with the elements of labour law norms.



Keywords

theoretical legal definitions, terms, the concept of collective labour disputes, conciliation procedures to consider and resolve, conciliation commission Involving a mediator, labour arbitration, chapter 61 of Russian Federation Labour Code, improvement.

Citation: Petrov A. (2014) *Collective Labour Disputes: Fundamental Aspects of Labour Law. Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 86–101. (in Russian)



References

- Bizyukov P.V. (2011) *Trudovye protesty v Rossii v 2008–2011 gg* [Labour Protests in Russia 2008 – 2011]. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom*, no 4, pp. 30–34.
- Dolova A.Z. (2009) *Yuridicheskie fakty v trudovom prave* [Legal Facts in Labour Law]. Moscow: Prospekt. (in Russian)
- Kurennoy A.M. (2010) *Pravovoe regulirovanie kollektivnykh trudovykh sporov* [Legal Regulation of Collective Labour Disputes]. Moscow: Yustitsinform. (in Russian)
- Lytov N.L. (2013) *Kollektivnye trudovye otnosheniya* [Collective Labour Relations]. *Zashchita trudovykh prav rabotnikov v Rossii i Finlyandii*, E. Machul'skaya, M. Mikkola (eds). Moscow: no publisher, pp. 103–110.
- Lytov N.L. (2007) *Kollektivnye trudovye spory. Sravnitel'no-pravovoy analiz* [Collective Labour Disputes. A Comparative Law Analysis]. Moscow: Prospekt. (in Russian)
- Matnenko M.V. (2009) *Treteyskoe uregulirovanie raznoglasiy v trudovykh otnosheniyyakh* [Arbitration settlement of Disagreements in Labour Relations. (PhD Thesis), Moscow: Academy of Labor and Social Relation.
- Pavlovskaya O. Yu. (2009) *Kollektivnye trudovye spory v sovremennoy Rossii: teoretiko-pravovoy aspekt* [Collective Labour Disputes in Modern Russia: Legal Theory Aspect] (PhD Thesis) Moscow: Moscow New Juridical Institute.
- Safarova E. (2010) *Trudovye spory: individual'nye i kollektivnye* [Labour Disputes: Individual and Collective]. *Trudovoe pravo*, no 11, pp. 91–102.
- Skobelkin V.N., Perederin S.V., Chucha S.Yu., Semenyuta N.N. (2002) *Trudovoe protsedurno-protsessual'noe pravo. Uchebnoe posobie* [Labour Procedural Law. A Manual]. Voronezh: VSU. (in Russian)
- Strygina M.A. (2012) *Zakonnye interesy i ikh realizatsiya v trudovom prave Rossiyskoy Federatsii* [Legal Interests and their Implementation in RF Labour Law] (PhD Thesis). Voronezh: VSU.
- Yasinskaya-Kazachenko A. (2013) *Primiritel'no-posrednicheskie i treteyskie protsedury v protsesse razresheniya kollektivnykh trudovykh sporov* [Conciliation and Mediation Arbitration Procedures in Resolving Collective Labour Disputes], *Kadrovik. Trudovoe pravo dlya kadrovika*, no 4, pp. 63–73.

Похищение детей: европейские и российские перспективы

Э. Пато

профессор кафедры исследований международных частных отношений Школы права Университета Париж I Пантеон-Сорбонна, доктор права. Адрес: 75005, Франция, г. Париж, 75005, Площадь Пантеона, д. 12. E-mail: Etienne.Pataut@univ-paris1.fr.

Н.В. Ростовцева

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

Аннотация

В статье рассматривается одна из наиболее острых проблем, возникающих в сфере международного частного права, — международное похищение детей одним из родителей. В *первой части* статьи представлен анализ основных положений Гаагской конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей от 25 октября 1980 г. (далее — Конвенция); раскрыты основные понятия Конвенции (похищение, права опеки, права доступа, Центральный орган); указаны условия, при которых ребенок, перемещенный в другую страну, может быть возвращен в страну его обычного проживания, а также случаи, при которых возврат ребенка не представляется возможным. Во *второй части* статьи исследуются проблемы применения Конвенции в Европейском Союзе (далее — ЕС), в частности, анализируются два правовых режима: установленного для взаимодействия между странами — членами ЕС Регламентом Совета ЕС от 27 ноября 2003 г. № 2201/2003 «О юрисдикции, признании и приведении в исполнение судебных решений по семейным делам и делам об обязанностях родителей», и функционирующего между странами ЕС и другими странами (на примере России). Здесь же рассматривается практика Европейского суда по правам человека по вопросу похищения детей. *Третья часть* статьи посвящена проблемам применения Конвенции в России. На примере дела Ирины Беленькой обращается внимание на трудности, возникавшие до присоединения России к Конвенции и связанные с невозможностью принудительного исполнения иностранного судебного решения в России и во Франции и препятствовавшие эффективной защите интересов детей; показана важность присоединения Российской Федерации к Конвенции; анализируется роль центрального органа, которым в России является Министерство образования и науки. Особо выявлены обстоятельства, препятствующие эффективному применению Конвенции в России: несоответствие отдельных положений российского законодательства правилам Конвенции (отличные от Конвенции значения в российском праве понятий «похищение», «опека»; отсутствие определения в Конвенции термина «место обычного проживания»). Обращено внимание на недавние законодательные изменения в связи с присоединением Российской Федерации к Конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей (федеральный закон от 5 мая 2014 г. № 126-ФЗ).

Ключевые слова

международное похищение детей, незаконное перемещение ребенка, защита детей, права опеки, права доступа, место обычного проживания, центральный орган, процедура возвращения ребенка, Конвенция о похищении

Библиографическое описание: Пато Э., Ростовцева Н.В. Похищение детей: европейские и российские перспективы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 3. С. 102–120.

Международное похищение детей одним из родителей относится к той болезненной для человека категории проблем, разрешение которых правовыми средствами представляется достаточно сложным. Первые подобные решения имели уголовно-правовую природу. Тем не менее, тюремное наказание или штраф, налагаемые на родителя, похитившего ребенка, не стали адекватной мерой воздействия. Такие санкции показали свою неэффективность, и они мало отвечали интересам ребенка. Наиболее предпочтительным в настоящее время является гражданско-правовой способ решения проблем, возникающих в связи с международным похищением детей. Именно этот метод применяется в Гаагской конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей от 25 октября 1980 г. (далее — Конвенция), так называемой Конвенции о похищении. Данная Конвенция является, бесспорно, одним из основных достижений организации Гаагская конференция по международному частному праву (далее — МЧП), членами которой на сегодняшний день являются более чем 90 стран. Число стран-участниц, ратифицировавших или присоединившихся к Конвенции, постоянно увеличивается. Это свидетельствует о том, что текст Конвенции полностью отвечает насущным потребностям.

Конвенция действительно создала систему международного сотрудничества по вопросу похищения детей. Хотя она и не разрешает всех трудностей, но по крайней мере позволяет улучшить ситуацию в этой сфере, что показывает анализ основных принципов, в соответствии с которыми функционирует Конвенция. Какой бы удачной ни была Конвенция, она предусматривает совокупность решений, направленных на обеспечение шаткого и находящегося под угрозой баланса. В этом отношении трудности, возникающие при ее применении, не являются абсолютно одинаковыми в Европейском Союзе (далее — ЕС) и России. В ЕС проблемы связаны в первую очередь с большим количеством источников, в то время как в России, недавно присоединившейся к Конвенции, возникают трудности в первую очередь в части применения ее норм.

I. Основные положения Конвенции

Основные положения Конвенции на сегодняшний день достаточно известны, поэтому ограничимся только напоминанием о наиболее важных¹. Фундаментальный принцип Конвенции — необходимость прекратить правонарушение, являющееся международным похищением, предотвратить его длящийся характер.

Механизм, заложенный в Конвенции, направлен на возврат ребенка, похищенного родителем, в страну его обычного проживания. Для этого предусмотрена специфическая гражданско-правовая процедура, посредством которой компетентные органы государства, в которое был перемещен ребенок, обязываются выдать предписание по возвращению ребенка (ст. 8 и последующие Конвенции). Эта процедура составляет основу Конвенции и применяется в случае, когда речь идет о перемещении ребенка, не достигшего 16 лет, проживающего до момента своего перемещения в одном из государств — участников Конвенции. Гражданство ребенка, так же как и гражданство его родителей, значения не имеет.

Понятие «похищение» определено в ст. 3 Конвенции. Оно охватывает два возможных варианта: перемещение ребенка с нарушением прав опеки, с одной стороны, и не-

¹ Более подробный анализ норм Конвенции см., в частности: *Gallan E. Enlèvement international d'enfants: la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 // J. Cl. Droit International. Fasc. 594-30. 2013.*

возвращение ребенка после его законного перемещения (после каникул, например), с другой стороны. Права опеки закреплены в ст. 5 Конвенции и включают «права, относящиеся к заботе о личности ребенка, и, в частности, право определять место жительства ребенка». В случае раздельного проживания родителей права опеки могут осуществляться одним из них или совместно. Данные права могут возникнуть, в частности, в соответствии с законом либо на основании судебного или административного решения, либо на основании соглашения, влекущего юридические последствия по законодательству этого государства (ст. 3).

Права опеки дополняются правами доступа, которые включают в соответствии с положениями ст. 5 «право взять ребенка на ограниченный период времени в место иное, чем место его обычного проживания». Понятие «место обычного проживания» не определено в Конвенции, и поэтому оно применяется исходя из сложившейся практики Гаагской конференции по МЧП. Наконец, каждое из государств — участников Конвенции назначает административный орган, называемый центральным органом (ст. 6), который призван помогать родителям и взаимодействовать с центральными органами других государств с целью обеспечения скорейшего возвращения ребенка (ст. 7).

Цель Конвенции, как можно увидеть из ее содержания, состоит в том, чтобы ускорить процесс возвращения ребенка в страну его обычного проживания. Эта цель направлена на то, чтобы избежать, по возможности, замораживания ситуации в стране, в которую ребенок был перемещен и судебные органы которой не имеют представления о существе спора. Тем не менее в определенных случаях возврат ребенка не представляется возможным. Конвенция предусматривает условия, при которых в возврате ребенка может быть отказано, и применение данных условий на сегодняшний день, без сомнения, вызывает большие трудности.

Первый случай связан с временными ограничениями. Если требование о возврате ребенка предъявлено более чем через один год с момента перемещения ребенка, ст. 12 в порядке исключения устанавливает положение, в соответствии с которым судебный или административный орган страны, в которую ребенок был перемещен, вправе отказать в выдаче предписания о возвращении, если «ребенок адаптировался в новой среде». Вторым является случай, при котором незаконный характер перемещения ребенка представляется спорным, потому что родитель фактически не осуществлял свои права опеки или потому, что он дал согласие на перемещение ребенка². Третий случай: в возвращении ребенка может быть отказано, если существует «очень серьезный риск, что возвращение ребенка создаст угрозу причинения ему физического или психологического вреда или иным образом поставит его в невыносимые условия» (подп. «b» абз. 1 ст. 13).

Несомненно, эти положения составляют основу Конвенции. К ним систематически будет обращаться похитивший ребенка родитель, если он попытается оценить реальность риска. С этого момента установить точку равновесия — сложная задача. С одной стороны, либерально принимать аргументы родителя-похитителя — значит признать несостоятельность цели Конвенции, допуская длящийся характер правонарушения, являющегося похищением. С другой стороны, неуклонно отказывать родителю-похитителю в осуществлении его прав — значит нести риск причинения серьезного ущерба

² Практические примеры см.: Нитхаммер-Юргенс К. Важные аспекты международного похищения детей с позиции адвоката, практикующего в Германии // Гаагские конвенции о защите детей в Российской Федерации. Применение, исполнение и возможное присоединение. М.: Центр ЮрИнфоР, 2013. С. 409.

целостности ребенка, а также нарушения основных прав, признаваемых в различных международных актах (Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (1950) или Конвенция ООН о правах ребенка (1989))³.

Подпункт «b» абз. 1 ст. 13 следует рассматривать как точку равновесия Конвенции, поскольку он является юридическим проявлением трудного баланса законодательных политик, закрепленных в Конвенции. Разрешить возврат ребенка путем выдачи предписания о возврате означает применить основной принцип наилучшей защиты его интересов, обеспечивая их *in concreto*, в соответствии с обстоятельствами конкретного дела. Баланс между абстрактным видением интересов ребенка и конкретным представлением о них может быть шатким и требующим постоянного урегулирования. Вот почему этот вопрос представляет собой особую проблему, возникающую при применении Конвенции.

II. Применение Конвенции в Европе

Применение Конвенции, вступившей в силу во Франции и в большинстве стран ЕС с 1 декабря 1983 г., достаточно отработано⁴, несмотря на то что множество международных актов по данному вопросу, несомненно, осложняют ситуацию⁵. Во Франции имеется тенденция ограничительного толкования исключения, связанного с угрозой причинения ребенку физического или психологического вреда⁶. Это стремление ограничительного толкования разделяется странами ЕС, которые в 2003 г. приняли особый механизм — Регламент 2201/2003, так называемый Брюссель II bis⁷. С этого момента, таким образом, установлены разные правовые режимы: применяемые в странах ЕС и применяемые в других странах. Функционирование этих двух режимов зависит от Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ), недавняя практика которого показывает, что она будет определяющим образом влиять на применение механизмов взаимодействия между государствами по вопросам похищения детей.

А. Взаимодействие между странами Европейского Союза

По вопросу похищения детей политика ЕС заключалась в повышении эффективности механизмов, направленных на возврат ребенка. Вместо того чтобы приложить текст

³ Нарушение основных прав и свобод, впрочем, может явиться основанием для отказа в возвращении ребенка (ст. 20 Конвенции).

⁴ *Beaumont P., McEleavy P.* The Hague Convention on International Child Abduction. Monographs in Private International Law. Oxford University Press, 1999. Для знакомства с более критическим подходом см., в частности: *Kruger T.* International Child Abduction: The Inadequacies of the Law (Studies in Private International Law). Hart Pub., 2011.

⁵ См.: *Gallant E.* Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé. Defrénois, 2004.

⁶ Для более глубокого анализа французской судебной практики см., в частности: *Gallant E. J. Cl. Précité.* no 77.

⁷ Регламент Совета Европейского Союза от 27 ноября 2003 г. № 2201/2003 «О юрисдикции, признании и приведении в исполнение судебных решений по семейным делам и делам об обязанностях родителей» / *Règlement no 2201/2003 du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale // JOCE L 338 du 23 décembre 2003.* P. 1.

Конвенции к конкретной жизненной ситуации, зачастую принималось решение (иногда, впрочем, подвергавшееся критике⁸), которое опиралось на заложенный в Конвенции режим по возврату ребенка; однако в силу того, что подобный режим применялся в большей степени автоматически, нарушалось установленное в Конвенции равновесие. Речь идет о фундаментальном политическом выборе; поскольку текст основан на большом взаимном доверии, которое и позволяет укрепить обязательства, вытекающие из Конвенции. Идея, которой руководствовались авторы текста, состоит в том, чтобы государства доверяли друг другу в их стремлении эффективно обеспечить интересы ребенка. Таким образом, необходимо было неуклонно содействовать возвращению ребенка. При этом крайне неохотно принимались аргументы, что возврат ребенка может повлечь для него серьезный физический и психологический риск.

С этой целью ст. 10 и 11 Регламента Брюссель II bis устанавливают ограничительный режим. По сути, ст. 10 Регламента предусматривает сохранение юрисдикции судебных органов места обычного проживания ребенка, предшествующей перемещению ребенка⁹. Только эти судебные органы в принципе компетентны рассматривать дела о родительской ответственности, и документ более точно определяет (в отличие от Конвенции 1980 г.) условия, при которых судебные органы государства, в которое перемещен ребенок, приобретают юрисдикцию, — если ребенок там обрел новое место обычного проживания.

Самое главное, что ст. 11 Регламента вводит процедуру возвращения, более жесткую и намного более сложную, чем предусмотренную Конвенцией. Важная особенность — то, что процедура возврата должна быть осуществлена в кратчайшие сроки, и ее продолжительность не должна превышать шести недель (п. 3 ст. 11); суд государства, в которое был перемещен ребенок, не может отказать в возвращении ребенка, если установлено, «что приняты надлежащие меры по обеспечению безопасности ребенка после его возвращения» (п. 4 ст. 11), так же, как и в случае, когда «лицу, подавшему заявление о возвращении ребенка, не была предоставлена возможность высказать свое мнение» (п. 5 ст. 11).

Еще более показательно то, что документ вводит процедуру взаимодействия между государством места обычного проживания ребенка и государством, в которое он был перемещен, что может привести к неожиданным результатам. Предположим, что суд государства, в которое был перемещен ребенок, отказывает в его возвращении. Это означает, что подобное решение, так же как и все относящиеся к делу документы, должны быть переданы в компетентный орган государства, в котором ребенок ранее имел место обычного проживания. Компетентные органы этого государства, обладающего юрисдикцией, должны будут заново решать вопрос об установлении опеки. В конечном счете (и это самое главное!) последующее решение о возвращении, вынесенное в государстве обычного проживания ребенка до его перемещения, вопреки всем обычным правилам передвижения судебных решений, будет иметь преимущественную силу по сравнению с решением о невозвращении, вынесенным в государстве, в которое ребенок был перемещен (п. 8 ст. 11 Регламента). Это правило, обязывающее, таким образом, государство «перемещения ребенка» подчиниться иностранному судебному решению, прекрасно демонстрирует высокую степень взаимодействия и, следовательно, взаимно-

⁸ См.: *McElevay P.* The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership? // *JPrIL*. Vol. 1. April 2005. P. 5.

⁹ Более подробно см.: *Pataut E.* Commentary of Articles 10 and 11 / U. Magnus, P. Mankowski. *European Commentaries on Private International Law — Brussels 2 and Brussels 2 bis Regulations*. Brussels Sellier, 2012. P. 119 etc.

го доверия, которое проявляется на деле. Все это направлено на достижение одной цели: обеспечить возвращение ребенка. Эта цель, достижение которой является сложным и связано с избыточными судебными разбирательствами, опирается на тесное сотрудничество между государствами и взаимное доверие между правовыми системами; трудно представить, что осуществление этой цели возможно на каком-то другом, чем ЕС, объединенном пространстве.

Сотрудничество между странами ЕС и другими странами непременно проходит через канал Конвенции 1980 г. Однако пример недавнего присоединения к Конвенции России показывает, что установить такое сотрудничество не очень просто.

В. Взаимодействие со странами, не являющимися членами Европейского Союза: пример России

Модель, по которой построена Конвенция, — это традиционная межгосударственная модель: каждое государство-участник сотрудничает на равноправной основе с другим государством. Точнее, Конвенция создает серию правил взаимодействия между государством места обычного проживания ребенка с государством местонахождения ребенка. Это сотрудничество, тем не менее, в настоящее время совершенно не приспособлено к реалиям европейского разрешения споров. С одной стороны, государства — члены ЕС вышли из системного блока Конвенции с целью установления собственного и особого порядка взаимодействия. С другой стороны, правила передвижения граждан в ЕС вызвали такую либерализацию, что в настоящее время очень легко перемещать детей из одного государства Европы в другое без какого-либо контроля за моментом перехода границ.

Учитывая это, следовало бы рассматривать ЕС как единый блок, что привело бы к организации и созданию механизмов взаимодействия, которые не являлись бы межгосударственными, но прямо охватывали бы взаимоотношения ЕС, с одной стороны, и других стран, не являющихся членами ЕС, — с другой. Пример России показывает, однако, что до этого еще очень далеко.

В МЧП взаимоотношения со странами, не являющимися членами ЕС, вызывают множество различных вопросов. Как и в случае с ЕС, первый вопрос, который возникает, — это вопрос компетенции. Основное правило, которое действует в ЕС, заключается в том, что «внешняя компетенция», которая позволяет ЕС напрямую принимать общие нормы с государствами, не являющимися членами ЕС, вытекает из «внутренней компетенции», посредством которой государства-члены передали Союзу законотворческие полномочия по определенным вопросам.

В сфере МЧП внутренняя компетенция предоставлена ЕС Амстердамским договором от 2 октября 1997 г., который включал в то время ст. 65, предусматривавшую передачу ЕС компетенции на принятие норм в сфере МЧП. Сложность прежней редакции статьи вызвала большие споры относительно точного объема этой передачи. Однако эти споры сегодня сняты в связи с новой редакцией ст. 65 (ныне ст. 81 Договора о функционировании Европейского Союза) и законодательной деятельностью ЕС, в частности с принятием регламента Брюссель II bis.

Если внутренняя компетенция установлена, остается узнать, может ли она претворяться через внешнюю компетенцию. Зададим этот вопрос, чтобы выяснить, кто наделен компетенцией заключать международные договоры со странами, не являющимися членами ЕС, по вопросам МЧП?

Пересмотр Луганской конвенции¹⁰ позволил разрешить эту проблему. Луганская конвенция, первая редакция которой датируется 1988 г., была для стран ЕС и стран Европейской ассоциации свободной торговли (ЕАСТ) с самого начала калькой Брюссельской конвенции 1968 г.¹¹ Брюссельская конвенция была заключена между членами Европейского экономического сообщества, она унифицировала международную подсудность и признание судебных решений по гражданским и торговым делам. Вследствие передачи компетенции ЕС по вопросам МЧП Брюссельская конвенция была преобразована в Регламент Брюссель I от 22 декабря 2000 г.¹² Учитывая это изменение, пришлось модифицировать в свою очередь параллельную Луганскую конвенцию, т.е. в результате договориться со странами ЕАСТ (Исландией, Лихтенштейном, Норвегией и Швейцарией) о параллельной Конвенции. Снова возник заданный ранее вопрос о внешней компетенции: кто — государства-члены или Союз — имеет право договариваться со странами, не являвшимися членами ЕС, о новом тексте Конвенции?

На этот вопрос ответил Суд ЕС. В заключении С-1/03 от 7 февраля 2006 г. он установил, что внешняя компетенция в сфере МЧП принадлежит ЕС, который с тех пор стал единственной договаривающейся стороной, уполномоченной на заключение международных конвенций по МЧП¹³. Новая Луганская конвенция, подписанная в 2007 г., таким образом, была заключена ЕС. Тем не менее точное соблюдение этого решения по вопросам, которые могут вызвать основные юридические и дипломатические трудности, остается пока спорным. В частности, это видно на примере присоединения России к Конвенции 1980 г.

Обычная практика Гаагской конференции по МЧП исходит из того, что следует различать две группы стран: те, которые являлись членами Конференции на момент подписания конкретной конвенции, и другие страны. Между первыми государствами достаточно ратификации и никакого особого согласия не требуется. Что касается других, они должны присоединиться к конвенции, даже если они потом стали членами Конференции, и это присоединение предполагает получение индивидуального согласия каждого из государств, которые уже являются участниками конвенции.

Гаагская конвенция 1980 г. подчиняется той же модели. Статьи 37 и 38 также различают государства, участвующие в четырнадцатой сессии конференции (ст. 37), и другие государства (ст. 38). Все те государства, которые не были участниками и которые хотят присоединиться к Конвенции, должны, следовательно, к ней присоединиться. На это указывает абз. 4 ст. 38: «Присоединение будет иметь силу только в отношениях между присоединившимся государством и теми Договаривающимися государствами, которые заявят о своем признании присоединения».

Россия возобновила свое участие в Гаагской конференции по МЧП с 6 декабря 2001 г. Она присоединилась к Конвенции 1980 г. 28 июля 2011 г. Для того чтобы Конвенция всту-

¹⁰ Конвенция о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим делам (Лугано, 16 сентября 1988 г.).

¹¹ Брюссельская конвенция по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений по гражданским и торговым делам (Брюссель, 27 сентября 1968 г.).

¹² Речь идет о Регламенте № 44/2001 от 22 декабря 2000 г. о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам. Он вскоре будет заменен на новый Регламент с тем же названием Брюссель I — Регламент 1215/2012 от 12 декабря 2012 г.

¹³ Для комплексного изучения см.: The External Competence of the European Union and Private International Law / v. F. Pocar (dir.) / Studi et pubblicazioni della rivista di diritto internazionale privato e processuale. № 67. CEDAM. 2007.

пила в силу между Россией и другим государством, необходимо, следовательно, чтобы присоединение было признано этим другим государством. Это признание произошло быстро среди некоторых стран ЕС, к которым в первую очередь относится Франция, заявившая о своем согласии 5 октября 2011 г. Между Францией и Россией Конвенция вступила в силу с 1 января 2012 г.¹⁴ Несколько других государств-членов также заявили о своем согласии, но не все. Например, Германия, Польша, Италия и Великобритания не объявили о своем признании, поэтому Конвенция до сих пор не вступила в силу между этими странами и Россией.

Подобную ситуацию нельзя признать удовлетворительной, особенно в вопросе похищения детей. Территория ЕС сейчас находится в сфере регулирования комплекса единых норм; вот почему требуется единое унифицированное решение без каких-либо сомнительных предпочтений. Тем не менее такое решение предполагает наличие внешней компетенции для признания присоединения к Конвенции. Поскольку это решение явно не очевидно, то оно подпадает в сферу компетенции Суда ЕС, который уже получил новый запрос, сформулированный следующим образом: «Признание присоединения страны, не являющейся членом ЕС, к Гаагской конвенции от 25 октября 1980 г. по гражданско-правовым вопросам международного похищения детей, — относится ли этот вопрос к исключительной компетенции Союза?»¹⁵

Напрямую этот вопрос связан с Россией, и не поставить его — значит создать, по меньшей мере, общее препятствие, которое отразится на развитии будущих правоотношений между ЕС и странами, не являющимися его членами. Однако пока это решение не принято, ситуация с Конвенцией применительно к странам, не являющимся членами ЕС, не является полностью удовлетворительной, так как установленный Конвенцией режим действует только по отношению к тем странам, которые признаны.

Такое решение позволяет достаточно легко представить ситуацию с супружеской парой, состоящей из родителей: один — из страны ЕС, другой — из России. Если родитель, являющийся гражданином ЕС, решит, вопреки праву опеки, установленному по российскому закону, похитить ребенка, правила свободного перемещения будут для него большим подспорьем, и ему позволят обосноваться в стране, выбранной по его усмотрению, в частности в стране ЕС, которая не связана с Россией обязательствами по Конвенции 1980 г. О возможности возникновения подобной непредсказуемой ситуации можно только сожалеть, поскольку в этом случае возникает риск несоблюдения основных прав ребенка, хотя именно они должны быть объектом тщательного контроля.

С. Контроль со стороны Европейского суда по правам человека

Вопрос защиты интересов ребенка в сфере похищения является очень тонким, поскольку он включает два противоположных подхода, приводящих к различным решениям. Первый подход, изложенный в Конвенции 1980 г., — это абстрактное видение, которое позволяет оценить интерес ребенка, выражающийся в том, чтобы его никогда не похитили, а если таковое произошло — автоматически запустить механизмы возврата. Второй подход — это видение, из которого исходят конвенции о защите основных прав

¹⁴ Полная информация, относящаяся к ратификации и присоединению к различным конвенциям, размещена на сайте Гаагской конференции по МЧП: www.hcch.net, откуда и приводится информация в настоящем параграфе.

¹⁵ Demande d'avis C-1/13 // JO C 226 du 3 août 2013. P. 2.

и свобод (Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (1950) и Конвенция ООН о правах ребенка (1989), в частности). Это видение более конкретно и направлено на защиту каждого ребенка в зависимости от деталей его ситуации. Не возвращаясь к вопросу о необходимости защиты детей против похищения, а рассматривая исключительно их право находиться с обоими родителями, более конкретный анализ возможного нарушения основных прав ребенка может вызвать обеспокоенность по поводу эффективности механизма возврата ребенка¹⁶. Некоторые ученые, наоборот, возражали по поводу этого опасения, указывая, что исключения возврата ребенка, предусмотренные Конвенцией (в частности, подп. «b» абз. 1 ст. 13), как раз и были направлены на защиту основных прав ребенка, и тогда, когда это возможно, необходимо согласовывать действие Конвенции с защитой основных прав ребенка¹⁷.

Деятельность ЕСПЧ, однако, заставила в этом усомниться. В течение нескольких лет ЕСПЧ, казалось, способствовал применению Конвенции, стимулируя административное взаимодействие¹⁸ и устанавливая ограничительное толкование исключений возврата ребенка¹⁹. Сегодня такое толкование представляется по меньшей мере частично пересмотренным после вынесения постановления по делу Нойлингер от 6 июля 2010 года²⁰. В этом постановлении ЕСПЧ действительно дал тщательную оценку интересов ребенка и, чтобы они не нарушались, было предписано предоставить юрисдикцию государства места перемещения для проведения тщательного расследования (вопреки быстрой и практически автоматической процедуре возврата, установленной Конвенцией). Подобное решение является достаточно странным, и оно, возможно, приведет к некоторому пересмотру механизма возврата. Последний работает действительно на скорость, следовательно, предполагает быструю процедуру возвращения. Обязать осуществить более глубокий анализ исследования обстоятельств дела в стране перемещения ребенка — это значит непременно пытаться произвести пересмотр данного механизма²¹.

Последующая практика ЕСПЧ позволит, возможно, рассеять сомнения, появившиеся сегодня. Представляется, что два последних решения являются особо показательными. Первое («Повзе против Австрии», в котором были приняты во внимание особенности интегрированной системы ЕС и применены почти автоматические механизмы возврата, соответствовало требованиям Конвенции о защите прав человека и основных

¹⁶ См.: *Hammje P. L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé // Mélanges Lagarde. P.: Dalloz, 2005. P. 365.*

¹⁷ См.: *Bucher A. L'intérêt de l'enfant pénètre la convention sur l'enlèvement // Mélanges Gaudemet Tallon. P.: Dalloz, 2008. P. 683.*

¹⁸ По этому вопросу см.: *Marchadier F. La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des Conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative // Rev. Crit. DIP. 2007. 677.*

¹⁹ Более подробно см.: *Beaumont P. The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the ECJ on the Hague Convention on International Child Abduction // Rec. Cours. Acad. DI de La Haye. 2008. Vol. 335. P. 9.*

²⁰ См.: CEDH, Gde Chambre, *Neulinger c. Suisse*, 6 juillet 2010, D. 2011. 1374, obs. F. Jault-Seseke, *RTDCiv.* 2010. Obs. JP Marguénaud, *JCP.* 2011, Chr. 94, obs. F. Sudre, p. 94, *JDI*, 2011. 1338, obs. V. Durand; *Walker L. The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family in the Case Law of the ECHR and the UN Human Rights Committee: the Danger of Neulinger // Journal of Private International Law.* 2010. P. 665. См. также: CEDH, 12 juillet 2011, *Sneersome et Campanella c. Italie*, et 13 décembre 2011, *X. c. Lettonie*, *Rev. Crit.* 2012. 172, note H. Muir Watt, D. 2012. 1239, obs. F. Jault-Seseke.

²¹ См.: *Beaumont P, Walker L. Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention // Mélanges H. van Loon. Intersentia, 2013. P. 17.*

свобод²². Во втором, «Х против Латвии», ЕСПЧ четко установил — не было необходимости, чтобы суд, рассматривавший дело, занимался глубоким анализом всей семейной ситуации. Тем не менее он должен соблюдать двойное процессуальное обязательство: с одной стороны, исследовать доводы о наличии серьезного риска для ребенка в случае его возвращения, что должно выразиться в мотивированном решении по этому вопросу. С другой стороны, суд должен удостовериться в том, чтобы в государстве обычного места жительства ребенку были предусмотрены адекватные гарантии. Несоблюдение этого двойного требования выявил ЕСПЧ, осудив Латвию, которая все же выдала предписание о возврате²³.

Как видно, во имя интересов ребенка ЕСПЧ привнес некоторую неясность. Однако представляется, что само понятие «интересы ребенка», которое является центром защиты его основных прав, — это сложный для урегулирования вопрос. Возможно, придется немного сожалеть об этой сложности тогда, когда некоторые государства, к которым в первую очередь относится Россия, получают доступ к конвенциональному механизму, и, быть может, им потребуется большая определенность в этом вопросе.

III. Применение Конвенции в России

В соответствии со ст. 38 Конвенции любое государство может к ней присоединиться. Применяя это положение, Российская Федерация присоединилась к Конвенции в соответствии с Федеральным законом от 31 мая 2011 г. № 102-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей»²⁴. В России Конвенция вступила в силу 1 октября 2011 г.²⁵

А. Присоединение к Конвенции: значение для России

В соответствии с п. 1 ст. 409 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации «решения иностранных судов, в том числе решения об утверждении мировых соглашений, признаются и исполняются в Российской Федерации, если это предусмотрено международным договором Российской Федерации». Со многими государствами международных договоров о взаимной правовой помощи по гражданским делам до сих пор не заключено. Это большинство стран ЕС, США, Израиль и другие государства.

При отсутствии международного договора принудительное исполнение иностранного судебного решения представлялось затруднительным. При этом те немногочисленные многосторонние и двусторонние договоры, участником которых является Россия²⁶, не могли надлежащим образом обеспечить эффективную защиту прав детей и разрешить семейный конфликт. Как отмечалось в российской юридической литературе,

²² CEDH, 18 juin 2013, *Povse c. Autriche*, demande № 3890/11.

²³ CEDH, 26 novembre 2013, *X. c. Lettonie*, demande № 27853/09.

²⁴ СЗ РФ. 2011. № 23. Ст. 3242.

²⁵ Т.е. в первый день третьего календарного месяца после депонирования документа о присоединении (согласно ст. 38 Конвенции).

²⁶ Например, Россия участвует в Конвенции СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 22 января 1993 г.), в двусторонних международных договорах о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским делам более чем с 35 государствами.

наличие подобных договоров само по себе не гарантировало признание и исполнение на территории России решения суда другого государства²⁷.

В результате практике известны случаи, когда в разных странах по одному и тому же вопросу принимались взаимоисключающие судебные решения. Примером является нашумевшее дело Ирины Беленькой. Мать, гражданка России, Ирина Беленькая, и отец-француз, Жан-Мишель Андре, не смогли договориться об определении места жительства дочери. Их дочь Лиза (Элиза) родилась в Москве в ноябре 2005 г. Семья жила во Франции. В 2007 г. отношения между супругами разладились. В ноябре 2007 г. Жан-Мишель обратился в суд с иском о расторжении брака. Он также просил суд запретить выезд дочери за пределы Франции без согласия обоих родителей. Суд удовлетворил просьбу отца, издав соответствующее постановление. Однако в декабре 2007 г. Ирина тайно вывезла ребенка в Россию.

Французский суд установил факт нарушения Ириной постановления суда о незаконном вывозе ребенка и определил, что решение вопросов воспитания ребенка предоставлено отцу, с которым и должна жить девочка. Жан-Мишель приехал в Россию и попытался уговорить Ирину о возвращении ребенка во Францию, однако получил отказ. Российские правоохранительные органы также отказали Жану-Мишелю в исполнении решения французского суда.

Дело получило широкую огласку со стороны средств массовой информации. Российские власти выступили в защиту интересов Ирины. Французский суд встал на сторону своего гражданина. Юридической возможности урегулировать подобную ситуацию не было ввиду отсутствия международного договора о взаимном признании и исполнении судебных решений. Российский суд не был связан обязательством по исполнению решения французского суда. Россия не была обязана обеспечить возврат ребенка во Францию, даже если родитель незаконно вывез ребенка в Россию.

В сентябре 2008 г. Жан-Мишель забрал ребенка во время прогулки девочки с няней и увез ее во Францию. Ирина в марте 2009 г. второй раз организовала похищение ребенка. Ирину объявили в международный розыск, и она была арестована на венгерской границе. Элиза была передана приехавшему в Венгрию отцу. В октябре 2012 г. исправительный суд города Тараскон приговорил Ирину за похищение ребенка к двум годам тюремного заключения условно.

Как видно, в данной ситуации не существовало согласованного правового механизма для разрешения конфликтной ситуации. Между тем число фактов незаконного вывоза детей из России в государства, с которыми у России отсутствовали международные соглашения, возрастало. Указанные обстоятельства обусловили необходимость присоединения России к Конвенции, международный опыт применения которой показал ее эффективность как инструмента, обеспечивающего защиту прав незаконно перемещенных или удерживаемых детей и позволяющего оперативно разрешить конфликтные ситуации, возникающие в этой сфере. Присоединение Российской Федерации к Конвенции является, кроме того, реализацией Россией взятых на себя международных обязательств, накладываемых, в частности, Конвенцией ООН о правах ребенка (1989)²⁸, п. 1 ст. 11 которой предусматривает обязанность государств-участников принимать меры для борьбы с незаконным перемещением и невозвращением детей из-за границы.

²⁷ См.: Хазова О. Правовые проблемы трансграничных споров между родителями по воспитанию детей // Споры об опеке над детьми в Финляндии и России / под ред. М. Миккола, О. Хазовой. Буквел: Порвоо, 2012. С. 160–161.

²⁸ Вступила в силу для России с 15 сентября 1990 г.

Как уже отмечалось, для России, как государства, присоединившегося к Конвенции, требуется признание ее другими участниками. По состоянию на 9 апреля 2014 г. только 35 из 92 государств признали Россию в качестве участника Конвенции²⁹. Такая ситуация сильно ограничивает сферу территориального применения Конвенции, механизмы взаимодействия которой не могут применяться, если ребенок перемещен в государство, которое не признало Россию в качестве участника, даже если оно само является участником Конвенции. Например, ребенок перемещен в США. Несмотря на то что США являются членом конвенциональной системы, они не признали (пока) Россию в качестве ее члена. Следовательно, никакое взаимодействие не представляется возможным в случае, если ребенок, имеющий место обычного проживания в России, будет перемещен в США, и наоборот. Такая ситуация достойна сожаления.

В. Центральный орган в России

Взаимодействие между государствами по вопросу похищения детей осуществляется через центральные органы государств. Центральный орган принимает необходимые меры для обнаружения местонахождения незаконно перемещенного или удерживаемого ребенка; для обеспечения его добровольного возвращения; для инициирования судебных или административных процедур, чтобы добиться возвращения ребенка; оказывает и другие виды содействия, предусмотренные ст. 7 Конвенции.

Согласно постановлению Правительства Российской Федерации от 22 декабря 2011 г. № 1097³⁰ центральным органом в России определено Министерство образования и науки Российской Федерации, в то время как во Франции таким органом является Министерство юстиции. По мнению ряда российских ученых, назначение Министерства юстиции в качестве центрального органа в России было бы более оправданным в свете тех функций, которые возлагаются на центральный орган, например: «Возбуждение судебного и административного разбирательства, проведение мероприятий по организации права на общение, обеспечение правовой помощи» (ст. 7 Конвенции)³¹.

Важно отметить, что каждый центральный орган самостоятельно несет расходы по применению Конвенции. Центральные органы и другие государственные службы договаривающихся государств не взимают платы в связи с заявлениями, представляемыми в соответствии с Конвенцией (ст. 26 Конвенции). Отдельного внимания заслуживает п. «g» ст. 7 Конвенции, в соответствии с которым центральный орган принимает необходимые меры, чтобы «обеспечивать или способствовать, если этого требуют обстоятельства, оказанию юридической помощи и консультации, включая участие адвоката и советников». Такое правило закреплено в Конвенции не случайно. Возвращение ребенка представляет собой сложный юридический процесс, поэтому оказание адвокатом

²⁹ В частности, Франция, Испания, Финляндия, Греция, Израиль, Аргентина, Бразилия, Армения, Украина, Узбекистан. Полный список см.: http://www.hcch.net/index_fr.php?act=status.accept&mid=1112 (дата обращения — 1 июля 2014 г.).

³⁰ Постановление Правительства Российской Федерации от 22 декабря 2011 г. № 1097 «О центральном органе, отправляющем обязанности, возложенные на него Конвенцией о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей» // СЗ РФ. 2012. № 1. Ст. 141.

³¹ Борминская Д.С. К вопросу о присоединении Российской Федерации к Гаагской конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей 1980 г. // Семейное и жилищное право. 2011. № 5. С. 2–10.

надлежащей правовой помощи имеет важное значение для успешного разрешения семейного конфликта.

Однако следует иметь в виду, что Россия присоединилась к Конвенции со следующей оговоркой: «Российская Федерация... не считает себя связанной обязательством нести... расходы на оплату услуг адвокатов или советников либо судебных издержек, кроме тех, которые могут быть возмещены ее системой юридической помощи и консультирования»³². Право договаривающегося государства сделать подобную оговорку закреплено в Конвенции (ст. 26).

В Российской Федерации действует Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 324-ФЗ (ред. от 28 декабря 2013 г.) «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»³³. Однако данный закон не предусматривает оказание адвокатами бесплатной юридической помощи по делам о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей. Родители, нуждающиеся в услугах адвокатов в связи с перемещением ребенка в другую страну или удерживаемого в другой стране, не значатся в перечне категорий граждан, имеющих право на получение бесплатной юридической помощи в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи (ст. 20 и 21). Таким образом, заявитель, находящийся на территории России, оказывается в более уязвимом положении, чем заявитель, находящийся, например, на территории Франции, которая берет на себя расходы на услуги адвокатов по таким делам.

Вместе с тем следует учитывать, что судебные или административные органы после выдачи предписания о возвращении ребенка вправе в случае необходимости обязать лицо, которое переместило ребенка, оплатить необходимые издержки, понесенные заявителем или от имени заявителя, включая расходы на проезд, расходы, связанные с установлением местонахождения ребенка и юридическим представительством заявителя, расходы по возвращению ребенка (абз. 4 ст. 26 Конвенции).

С. Обстоятельства, препятствующие эффективному применению Конвенции в России

1. Несоответствие отдельных положений российского законодательства правилам Конвенции.

Во-первых, возникает проблема с самим понятием «похищение». Согласно положениям Конвенции перемещение ребенка одним родителем без согласия другого родителя может рассматриваться как незаконное, т.е. может быть признано похищением. Между тем подобные действия с позиции российского законодательства признаются правомерными. Так, в соответствии со ст. 20 Федерального закона «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию»³⁴ несовершеннолетний вправе выезжать из Российской Федерации с одним из родителей. Согласие другого родителя на выезд ребенка за границу не требуется³⁵.

³² Федеральный закон от 31 мая 2011 г. № 102-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей» // СЗ РФ. 2011. № 23. Ст. 3242.

³³ СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6725.

³⁴ Федеральный закон от 15 августа 1996 г. № 114-ФЗ (ред. от 28 декабря 2013 г.) «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» // СЗ РФ. 1996. № 34. Ст. 4029.

³⁵ См. также: сайт Пограничной службы ФСБ России: <http://ps.fsb.ru/faq.htm>

Другое дело, что такое согласие может потребоваться для въезда в некоторые страны и при получении визы. Например, при получении Шенгенской визы в Российской Федерации необходимо представить согласие родителя, если несовершеннолетний путешествует один или в сопровождении одного из родителей. Исключение сделано, когда родителю, с которым путешествует несовершеннолетний, принадлежат все родительские права. В случаях, когда другой родитель скончался или лишен родительских прав, необходимо представить, например, свидетельство о смерти второго родителя или решение суда, передающее право родительской опеки исключительно тому родителю, который подписывает заявление³⁶.

По российскому законодательству выезд ребенка с одним родителем без согласия другого будет незаконным только, если другой родитель заявит о своем несогласии на выезд из России несовершеннолетнего гражданина (ст. 21 Федерального закона «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию»).

Следует также иметь в виду, что понятие «похищение», применяемое в Конвенции, отличается от понимания похищения человека в соответствии с Уголовным кодексом Российской Федерации (далее — УК РФ). Случаи похищения родителем, усыновителем (в том числе и лишенным родительских прав) собственного ребенка у другого родителя или иных лиц, которым ребенок передан в установленном законом порядке на воспитание, а также похищение ребенка близкими родственниками (родными и усыновленными братом, сестрой, дедом, бабушкой), если эти действия совершаются в интересах ребенка, в том числе, и ложно понятых, не образуют состава преступления, предусмотренного ст. 126 УК РФ³⁷. Как отмечалось, Конвенция не регулирует отношения, связанные с совершением преступления. Вместе с тем употребление в Конвенции понятия «похищение» может вызвать в России неоднозначное толкование на практике.

Во-вторых, понятие опеки, применяемое в Конвенции, не имеет ничего общего с понятием опеки, которым оперирует российское законодательство. По российскому праву опека устанавливается над детьми, не достигшими возраста 14 лет, если они остались без попечения родителей (например, в случае смерти родителей, их болезни, по иным причинам). Понятие «опека» не применяется в России в отношении родителей. В соответствии со п. 1 ст. 61 Семейного кодекса Российской Федерации (далее — СК РФ) «родители имеют равные права и несут равные обязанности в отношении своих детей (родительские права)». По российскому праву статус родителей не зависит от того, состоят они в браке или не состоят, проживают ли совместно или раздельно. В связи с этим в контексте Конвенции каждый из них должен рассматриваться как наделенный правом родительской опеки³⁸. Таким образом, применение понятия «право опеки» в значении Конвенции потребует приведения его в соответствие с российским правом.

В-третьих, российскому законодательству неизвестно и «право доступа». Некоторые ученые полагают, что аналогом права доступа в семейном праве России является право

³⁶ См.: Согласованный список подтверждающих документов, предоставляемых заявителями для получения Шенгенской визы в Российской Федерации (подп. «ii» п. 7); информация размещена на сайте Консульской службы МИД России: <http://www.kdmid.ru> (дата обращения — 25 августа 2014 г.).

³⁷ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный). 7-е издание, переработанное и дополненное / отв.ред. А.И. Рапог. М.: Проспект, 2011.

³⁸ См.: Хазова О.А. Присоединение России к Гаагской конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей и вопросы российского семейного права // Закон. 2012. № 5. С. 183.

родителя, проживающего отдельно от ребенка, на общение с ним и участие в его воспитании³⁹. Это право закреплено в п. 1 ст. 66 СК РФ.

В-четвертых, в ст. 4 Конвенции установлено, что ее применение прекращается, когда ребенок достигает возраста 16 лет. Однако согласно Конвенции ООН о правах ребенка и СК РФ ребенком признается лицо, не достигшее возраста 18 лет.

Приведенные примеры показывают, что для эффективного применения Конвенции необходимо внесение существенных изменений в российское законодательство. Некоторые изменения внести будет достаточно просто, другие (например, само понятие «похищение»), возможно, потребуют серьезных изменений во внутреннем законодательстве.

2. Проблемы понимания термина «место обычного проживания».

Место обычного проживания представляет собой понятие, требующее детального регулирования. Намеренно не определенное в Гаагских конвенциях и имеющее чисто «фактический» характер, применение данного понятия приводит к существенным затруднениям как в национальном праве, так и в европейской практике⁴⁰.

Ситуация обостряется в свете применения Конвенции, которая имеет отношение к детям, перемещенным из одного государства в другое. Каким образом определить место обычного проживания ребенка, если он перемещается из одного государства в другое или ребенок зарегистрирован в одном государстве, а фактически проживает в другом? В Конвенции не определены даже примерные ориентиры для идентификации данного юридического факта, что может вызвать сложности на практике. Известны случаи установления для ребенка двух мест обычного проживания одновременно. Так, судья по семейным делам в Лионе (Франция) предоставил право попеременного проживания с трехлетним ребенком отцу и матери, в результате чего на три месяца местом обычного проживания становилась Франция, а на три следующих месяца — Будапешт (Венгрия)⁴¹. Также возникали сложности определения места обычного проживания для грудного ребенка⁴². Для России положение усугубляется еще и тем, что в русском переводе Конвенции понятие «место обычного проживания ребенка» заменено понятием «место постоянного проживания», хотя данные понятия не являются полностью совпадающими. Без сомнения, потребуются несколько лет, чтобы точно обозначить контуры российского толкования понятия «место обычного проживания».

3. Приведение в соответствие российского права.

Россией предприняты определенные шаги в целях разрешения проблем, связанных с применением Конвенции. Совсем недавно принят Федеральный закон от 5 мая 2014 г. № 126-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с присоединением Российской Федерации к Конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей»⁴³. Он предусматривает дополнения в ГПК РФ; изменения в федеральные законы «Об исполнительном производстве» и «О судебных приставах», в Закон Российской Федерации «О частной детективной и охранной

³⁹ См.: Скакун О. Положения Гаагской конвенции о защите детей 1996 г. и российское законодательство: проблемы соответствия // Споры об опеке над детьми в Финляндии и России. С. 198.

⁴⁰ См.: McEleavey P. La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité — perspectives du Common Law // Travaux du Comité Français de Droit International Privé. 2011. P. 127–146.

⁴¹ См.: Шово В., Буаше А. Применение Гаагских конвенций во Франции // Гаагские конвенции о защите детей в Российской Федерации... С. 266.

⁴² CJUE, 22 décembre 2010, C-497/10 PPU, Barbara Mercredi, D. 2011. Pan. 1381, obs. F. Jault-Seseke.

⁴³ СЗ РФ. 2014. № 19. Ст. 2331.

деятельности». Следует поддержать также предложение российских ученых о необходимости разработки и принятия постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации о применении судами законодательства при разрешении споров о детях в рамках реализации положений Конвенции с целью единообразного толкования ее положений⁴⁴.

Международное сотрудничество по вопросу защиты детей является развивающимся направлением в России. Особо следует подчеркнуть, что Россия присоединилась к Гаагской конвенции от 19 октября 1996 г. о юрисдикции, применимом праве, признании, исполнении и сотрудничестве в отношении родительской ответственности и мер по защите детей. Эта Конвенция, уже применяемая в силу в большинстве стран ЕС, вступила в действие в России с 1 июня 2013 г. Подобную эволюцию можно только приветствовать, так как она позволяет рассчитывать на развитие активной политики сотрудничества по данному вопросу.

Заключение

Недавнее вступление в действие Конвенции 1980 г. в России пока не дает возможности подвести полного итога по вопросу ее применения. Тем не менее присоединение России к данной Конвенции — это безусловный и важный прогресс по сравнению с полным отсутствием взаимодействия, которым до недавнего времени характеризовался юридический российский порядок по вопросу похищения детей.

Если говорить более широко, сравнение российской и европейской ситуаций поучительно. С одной стороны, действительно кажется, что принципиальная трудность с европейской стороны — это проблема согласования. Согласование источников, так же как и множественность источников по вопросу похищения вызывают сложности в осуществлении простого и эффективного взаимодействия, которое предусмотрено Конвенцией; согласование политик, в частности по отношению к странам, не являющимся членами Европейского Союза. В этом отношении можно только пожелать, чтобы государства-члены ЕС быстро выработали общую позицию, которая продиктована институтами Союза или самими государствами. С другой стороны, по отношению к России трудности связаны с приведением российского законодательства в соответствие с требованиями Конвенции, которая предполагает введение новых понятий в российское право и изменение многочисленных норм российского законодательства. В обоих случаях дорога еще длинная. Но пройти ее, безусловно, стоит, поскольку за нее обещана хорошая награда — защита высших интересов детей.



Библиография

Борминская Д.С. К вопросу о присоединении Российской Федерации к Гаагской конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей 1980 г. // Семейное и жилищное право. 2011. № 5. С. 2–10.

Гаагские конвенции о защите детей в Российской Федерации. Применение, исполнение и возможное присоединение. М.: Центр ЮрИнфоР, 2013.

⁴⁴ См.: Тригубович Н.В. К вопросу о порядке рассмотрения судами дел о возвращении ребенка и осуществлении прав доступа в рамках реализации положений Гаагской конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей 1980 г. // Гаагские конвенции о защите детей в Российской Федерации... С. 254.

Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный). 7-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. А.И. Рапог. М.: Проспект, 2011.

Споры об опеке над детьми в Финляндии и России / под ред. М. Миккола и О. Хазовой. Порвоо: Буквел, 2012.

Хазова О.А. Присоединение России к Гаагской конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей и вопросы российского семейного права // Закон. 2012. № 5. С. 175–184.

Beaumont P., Walker L. Post Neulinger case law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention // Cambridge: Intersentia: Essay in Honor of Hans van Loon. 2013. P. 17–30.

Beaumont P. The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the ECJ on the Hague Convention on International Child Abduction // Rec. Cours. Acad. DI de La Haye. 2008. Vol. 335. P. 9–103.

Beaumont P., McEavey P. The Hague Convention on International Child Abduction. Monographs in Private International Law. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Bucher A. L'intérêt de l'enfant pénètre la convention sur l'enlèvement // Mélanges Gaudemet Tallon. Paris: Dalloz, 2008.

Gallan E. Enlèvement international d'enfants: la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 // J. Cl. Droit International. Fasc. 594-30. 2013.

Gallant E. Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé. Issy-les-Moulineaux: Defrénois, 2004.

Hammje P. L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé // Mélanges Lagarde. Paris: Dalloz, 2005.

Kruger T. International Child Abduction: The Inadequacies of the Law (Studies in Private International Law). Oxford: Hart Pub., 2011.

Marchadier F. La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des Conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative // Rev. Crit. DIP, no 4, 2007.

McEavey P. The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership? // JPrIL. Vol. 1. April, 2005. P. 5–34.

McEavey P. La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité — perspectives du Common Law // Travaux du Comité Français de Droit International Privé. Paris: Pedone, 2011. P. 127–146.

Pataut E. Commentary of articles 10 and 11 / U. Magnus & P. Mankowski. European Commentaries on Private International Law — Brussels 2 and Brussels 2 bis Regulations. Brussels: Sellier, 2012.

The External Competence of the European Union and Private International Law / v. F. Pocar (dir.) / Studi et pubblicazioni della rivista di diritto internazionale privato e processuale. № 67. PCEDAM. 2007.

Child Abduction: European and Russian Perspectives



Etienne Pataut

Professor, International Private Law Department, School of Law, Sorbonne (Paris-1), Doctor of Law. Address: 12 Place du Pantheon, Paris, 75005, France. E-mail: Etienne.Pataut@univ-paris1.fr.



Natalia Rostovtseva

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



Abstract

The paper studies one of the most topical issues arousing in international private law, i.e. international abduction of children by one of the parents. The first part of the article analyzes the major provisions of

the Hague Convention of 25 October 1980 on the civil law aspects of international Child Abduction (hereafter Convention); reveals the major concepts of the Convention (abduction, rights of custody, right to access, Central body), specifies the conditions under which a child transferred to another country may be returned to the country of his regular residence and the cases when returning a child is impossible. The second part of the article studies the issues of applying the Convention in the EU, in particular two legal regimes established for the interaction between EU countries by the EU Council of November 27 2003 no 2201/2003 *concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility* which operates in the EU and other countries (case study of Russia). Case practice is studied as to the decisions of the European Court of Human Rights on abducting children. The case of Irina Belen'kaya shows the issues which used to arise before Russia joined the Convention and caused by the impossibility to enforce a foreign judicial decision in Russia and in France and the obstacles for an effective protection of children's interests, shows the role of the Central body which is the Ministry of Education and Science. Some circumstances have been specified as they hinder the efficient implementation of the Convention in Russia, i.e. inconsistencies of some provisions of the Russian legislation with Convention (differences in the concepts of abduction, custody, lack of the definition in the Convention for the place of ordinary residence). Attention has been drawn to recent changes after Russia has joined the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (Federal law of May 5, 2014 No 126-FZ).



Keywords

international child abduction, illegal transfer of a child, protection of children, rights of custody, right to access, place of ordinary residence, Central body, Convention on Abduction.

Citation: Pataut E., Rostovtseva N. (2014) Child Abduction: European and Russian Perspectives. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 102–120. (in Russian)



References

- Borminskaya D.S. (2011) K voprosu o prisoedinenii Rossiyskoy Federatsii k Gaagskoy konventsii o grazhdansko-pravovykh aspektakh mezhdunarodnogo pokhishcheniya detey 1980 g. [On the Issue of Joining the 1980 Hague Convention]. *Semeynoe i zhilishchnoe pravo*, no 5, pp. 2–10.
- AO «Tsentr YurInfoR». (2013) *Gaagskie konventsii o zashchite detey v Rossiyskoy Federatsii. Primenenie, ispolnenie i vozmozhnoe prisoedinenie* [Hague Conventions on Protecting Children in the RF. Application, Implementation and possible Accession]. Moscow: AO «Tsentre Yur Infar» (in Russian)
- Rarog A.I. (ed.) (2011) *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii (postateynyy). 7-e izdanie, pererabotannoe i dopolnennoe* [Commentary to RF Criminal Code. 7th revised edition]. Moscow: Prospekt. (in Russian)
- Mikkola M., Khazova O. (eds.) (2012) *Spory ob opeke nad det'mi v Finlyandii i Rossii* [Disputes on Custody over Children in Finland and Russia]. Porvoo: Bukvel. (in Russian)
- Khazova O.A. (2012) *Prisoedinenie Rossii k Gaagskoy konventsii o grazhdansko-pravovykh aspektakh mezhdunarodnogo pokhishcheniya detey i voprosy rossiyskogo semeynogo prava* [Accession of Russia to the Hague Convention and the Issues of Russian Family Law]. *Zakon*, no 5, pp.175–184.
- Beaumont P., Walker L. (2013) Post Neulinger case law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention. *A Commitment to Private International Law: Essays in Honour of Hans van Loon*. Cambridge: Intersentia, pp. 17–30.
- Beaumont P. (2008) The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the ECJ on the Hague Convention on International Child Abduction. *Rec. Cours. Acad. DI de La Haye*, vol. 335, pp. 9–103.
- Beaumont P. & McEleavy P. (1999) *The Hague Convention on International Child Abduction. Monographs in Private International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Bucher A. (2008) *L'intérêt de l'enfant pénètre la convention sur l'enlèvement. Mélanges Gaudemet Tallon*. Paris: Dalloz.
- Gallant E. (2013) Enlèvement international d'enfants: la Convention de La Haye du 25 octobre 1980. *J. Cl. Droit International*. Fasc. 594-30.

- Gallant E. (2004) *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*. Issy-les-Moulineaux: Defrénois.
- Hammje P. (2005) *L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé. Mélanges Lagarde*. Paris: Dalloz.
- Kruger T. (2011) *International Child Abduction: The Inadequacies of the Law (Studies in Private International Law)*. Oxford: Hart Pub.
- Marchadier F. (2007) La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des Conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative. *Revue critique de droit international privé*, no 4, pp. 677–715.
- McEleavy P. (2005) The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership? *Journal of private international law*, vol. 1, april, pp. 5–34.
- McEleavy P. (2011) La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité — perspectives du Common Law. *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*. Paris: Pedone, pp. 127–146.
- Pataut E. (2012) Commentary of articles 10 and 11. *Magnus U., Mankowski P. (eds) European Commentaries on Private International Law — Brussels 2 and Brussels 2 bis Regulations*. Brussels: Sellier.
- Pocar F. (ed.) (2007) *The External Competence of the European Union and Private International Law. The EC Court's Opinion on the Lugano Convention*. Padua: Cedam.

Утро пятой свободы

(к проблеме совершенствования правового режима свободы информации и знаний как ценностей и драйверов развития)¹



В.Н. Монахов

старший научный сотрудник сектора информационного права Института государства и права РАН, профессор кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим отраслям права интеллектуальной собственности при НИУ ВШЭ, кандидат юридических наук. Адрес: 119841, Российская Федерация, Москва, ул. Знаменка, д. 10. E-mail: vm@48.org

Истинная задача всегда заключается в том,
чтобы оценить *дозу прошлого*,
которую можно терпеть в *настоящем*,
и дозу настоящего, которую
следует сохранять для *будущего*.

Жак Рюэфф — французский экономист



Аннотация

В статье показано, что в период становления общей Европы в середине XX века стартовыми драйверами интеграционного развития явились четыре фундаментальные экономические свободы — движение товаров, людей, капитала, и услуг. В условиях современного глобального информационного общества в Европейском Союзе этот каталог фундаментальных политико-экономических свобод предыдущих этапов исторического и интеграционного развития пополнился пятой свободой — свободой движения информации и знаний (*free movement of knowledge*). В связи с этим автор обосновывает необходимость разработать соответствующие информационно-правовые доктринальные и законодательные новации, призванные адекватно ответить на вызовы глобального информационного общества. В частности, автор предлагает, чтобы ученые, специалисты, чиновники, работающие над формированием стартовой нормативной правовой базы деятельности Евразийского экономического союза (далее — ЕАЭС) (которая начнется с 1 января 2015 г. на территории Беларуси, России и Казахстана) — включили в предмет своих размышлений в дополнение к проблеме устранения имеющихся ограничений на пути свободного перемещения товаров, услуг, капитала и трудовых ресурсов, внутри единого экономического пространства ЕАЭС, еще и проблему устранения различного рода необоснованных преград на пути максимально возможной свободы движения внутри ЕАЭС информации и знаний. Автор представляет абрис основных трудностей, возникающих в ходе становления и развития пятой свободы, и формулирует некоторые подходы к их разрешению. В частности, делается попытка определить содержание основных параметров действующего отечественного регулирования на процессы освоения одним из основных субъектов пятой свободы — библиотеками — электронного формата существования своих фондов и определения путей совершенствования общественного доступа к ним. Очень важно осознавать важность и тонкость этих проблем и стремиться к их разрешению на базе формирования эволюционным путем правильного баланса между необходимой и достаточной свободой движения информации и знаний и надлежащей защитой иных прав и законных интересов личности, общества и государства. Адекватное времени и социально сбалансированное разрешение такого рода проблем потребует как ЕАЭС, так и его странам-участникам, чтобы быть конкурентоспособными в XXI веке — веке информации и знаний.

¹ Статья подготовлена с использованием справочной правовой системы «КонсультантПлюс 3000»



Ключевые слова

право, пятая свобода, регулирование, информационное общество, информация, знания, свободы развития, дигитализация (оцифровка) библиотечных фондов, доступ к электронным фондам библиотек, национальная электронная библиотека

Библиографическое описание: Монахов В.Н. Утро пятой свободы (к проблеме совершенствования правового режима свободы информации и знаний как ценностей и драйверов развития) // Право. Журнал высшей школы экономики. 2014. № 3. С. 121–135.

Европейский опыт

В современной культурной, правовой и политической повестке дня — как в ее локальном, так и в глобальном измерениях — всестороннее (прежде всего, правовое) обеспечение максимально возможного открытого доступа к разнообразным видам и формам общественно и лично необходимой информации зримо становится все более значимой ценностью и драйвером дальнейшего общественного и государственного развития.

В рамках общей Европы стартовыми драйверами такого развития явились *четыре* фундаментальные экономические свободы — движение **товаров, людей, капитала и услуг**. Свое правовое закрепление они получили еще в середине прошлого века в учредительных документах Европейского экономического сообщества — в частности, в п. «с» ч. 1 ст. 3 Римского договора 1957 г. о его учреждении (ныне — Договор о функционировании ЕС)². За истекшие десятилетия эти чисто экономические по их первоначальной ипостаси свободы значительно расширили свое содержание, обретя качества подлинно основных личных (гражданских) свобод человека в Общей Европе. Сегодня эти свободы гарантированы для всех категорий граждан государств — членов ЕС, которые с 1993 г. также являются обладателями гражданства ЕС в целом (ст. 21 Договора о функционировании ЕС, ст. 45 «Свобода передвижения и проживания» Хартии ЕС об основных правах 2000 г.).

Вызовы XXI века — непрерывно нарастающего технического и информационного усложнения глобального социума — потребовали корреляции первоначального четырехзвенного набора политико-экономических *свобод общего развития* не только в сторону расширения и углубления их качественных характеристик, но и их роста в количественном отношении. В конце нулевых годов XXI века в Европе уверенно заговорили о появлении новой, *пятой* по счету, движущей *свободы общего развития*. Вполне обоснованно, что в условиях активно формирующегося глобального информационного общества статус *пятой свободы* обрела *свобода движения информации и знаний* (free movement of knowledge)³.

Именно в формате этой свободы граждане ЕС и приравненные к ним лица осваивают новое «электронное» измерение «старого» правомочия на доступ к официальным документам институтов, органов и учреждений ЕС. В частности, с сентября 2011 г. в Европе действует на четырех языках (немецкий, английский, испанский и французский) единый сайт www.asktheeu.org, сервисные технологии которого предоставляют возможности для электронных запросов граждан всех государств ЕС во все институции

² См.: *Кашкин С.Ю., Четвериков А.О.* Европейский союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. М., 2007 // СПС «Консультант Плюс»; *Право Европейского союза: учеб.* / Под ред. С.Ю. Кашкина. М.: Юрайт, 2011. С. 476–508.

³ Presidency Conclusions — Brussels, 13/14 March 2008. // Council of the European Union, document № 7652/1/08 REV 1. P. 5–6.

и органы власти ЕС. Начало его работы было приурочено к специально учрежденному *Международному дню права знать*, отмечаемому 28 сентября⁴.

Пятая свобода как признак начала новой истории

Вполне вероятно, что в разворачивающуюся на наших глазах информационную эпоху именно *свобода движения информации и знаний* обретет статус *основополагающей свободы для устойчивого развития человечества в XXI в.* Пока мы находимся только на пороге большого информационного мира, глобальной информационной эпохи. То, что реально ждет нас за этим порогом, нам пока даже трудно себе представить. Дело в том, что тренд, определяющий реальное содержание тех изменений, с которыми нам предстоит столкнуться за этим порогом, настолько глубокий, широкий и мощный, что большинству людей пока еще весьма затруднительно осознать его реальное содержание.

Выражаясь метафорически, по отношению к этому тренду мы во многом выступаем в роли муравья, ползущего по горе. Так же, как и он, мы пока не имеем адекватного органа системного анализа происходящих на наших глазах многочисленных изменений в информационной составляющей нашей личной, общественной и государственной жизни. В этом контексте вполне вероятно, что мы, с одной стороны, являемся свидетелями конца цивилизационного супердлинного цикла развития глобального социума (чье развитие, как известно, по своей природе циклично), который, возможно, зародился столетия тому назад. С другой стороны, мы являемся свидетелями (а кто-то — и участниками) зарождения некоего нового цивилизационного супердлинного цикла развития человечества в его информационном качестве⁵.

Известный канадский писатель и философ Кори Доктороу (Cory Doctorow) в своем докладе «GLAM (*galleries, libraries, archives and museums*) and the Free World», представленном в феврале 2014 г. на конференции «MWF2014: Museums and the Web», выдвинул и обосновал тезис, что разворачивающаяся на наших глазах **информационная эра** — это, во многих смыслах, **начало истории**⁶. Суждена ли этому тезису та же судьба, что и известному пророчеству Ф. Фукуямы (1989 г.), который на волне тогдашней эйфории по поводу завершения эпохи «холодной войны» заявил, что в связи с победой рынка и демократии во всем мире *история закончилась*⁷?! Это, как говорится, покажет время! Но в любом случае содержательная наполненность тезиса К. Доктороу достаточно интересна сама по себе и заслуживает научного и общественного внимания.

Новая информационно-коммуникационная реальность и право

Новая информационная эра и ее технологическое проявление — информационно-коммуникационная революция — с неизбежностью ведет к радикальным подвижкам в

⁴ См. подробнее: Монахов В.Н. «Викилизация» как новый инструмент права знать // Информационное общество: проблемы развития законодательства. М.: ИПП РАН, 2012. С. 260.

⁵ См. об этом: Капица С.П. Парадоксы роста: Законы развития человечества. М.: Альпина Нон-фикшн, 2010. 192 с.; Кузык Б.Н., Яковец Ю.В. Россия — 2050: стратегия инновационного прорыва. М.: ЗАО Издательство «Экономика», 2005. 2-е, доп. изд.

⁶ URL: <http://te-st.ru/2014/04/04/museums-and-the-free-world/> (дата обращения — 25 августа 2014 г.).

⁷ См. об этом: Фукуяма Ф. Конец истории и последний человек / пер. с англ. М.Б. Левина. М.: АСТ; Хранитель, 2007.

менталитете, к преобразованию организационных структур, характера человеческой деятельности и образа жизни. В результате формируется мировоззренческая открытость, потребление все новой и новой информации становится насущной потребностью человека, а имманентно присущая современным информационным отношениям интерактивность дает ему средства для информационного действия, взаимодействия, противодействия⁸.

Цифровизация всего и вся в окружающем нас информационном пространстве и пространстве знания в силу универсальности базовых механизмов своей реализации (цифра — она и в Африке цифра!) вызовет буквально тектонические сдвиги в нашем восприятии и понимании как прошлого, так и настоящего и, соответственно, будущего, существенно изменит информационные механизмы наших размышлений и действий⁹.

Нам всем следует иметь в виду, что, во-первых, по некоторым достаточно серьезно обоснованным прогнозам наиболее существенные в социально-политическом плане изменения информационной сферы жизни нас ожидают в сегменте отношений «государство — гражданское общество»¹⁰. Во-вторых, следует признать тот факт, что на данный момент ни общество, ни государство, ни бизнес-сообщество к такого рода радикальным преобразованиям по-настоящему не готовы. Прежде всего, в части наличия в надлежащей степени консолидированного нормативного инструментария, призванного регулировать общественные отношения в том «новом прекрасном информационном мире», в который все ощутимее превращается современный социум.

Имеющийся на сегодняшний день набор такого инструментария переживает, метафорически выражаясь, период своей феодальной раздробленности по «удельным княжествам» разнообразных нормативных актов, нормы которых зачастую «друг с другом не дружат» и, тем самым, мало адекватны предметам их регулирования. С другой стороны, в статусе действующих находится весьма солидный корпус правовых норм и даже целых нормативных правовых актов, которые уже не применимы для регламентации информационных отношений современного уровня их развития.

В этом смысловом контексте нам еще только предстоит преодолеть устойчивый взгляд, что информационные обмены, услуги, системы относятся исключительно к области гражданско-правового регулирования. Комплексность информационной и коммуникативной сферы сегодня очевидна. Это усиливает внимание к необходимости создания собственно информационного законодательства, которое в своем идеале может быть представлено как Информационный кодекс¹¹.

Данная ситуация ставит перед законотворческой и правоприменительной практикой, юридической наукой и образованием ряд конкретных задач, которые требуют своего осмысления, обсуждения, конкретизации и правового закрепления, пути к решению которых необходимо нащупывать уже сегодня.

⁸ Федотов М.А. Проблемы доктрины информационного права // Труды по интеллектуальной собственности. 2012. Т. X. № 1. С. 9.

⁹ Жиль У. Французская модель — открытое правительство // Сб. науч. матер. Российско-французской междунар. конференции 27–28 февраля 2013 г. «Право цифровой администрации в России и во Франции». М.: ИГП РАН, Изд-во «Канон+», 2014. С. 43–61.

¹⁰ См. об этом: Волков Л., Крашенинников Ф. Облачная демократия. 2-е изд. М. — Екатеринбург: Кабинетный ученый, 2013.

¹¹ См. об этом: Концепция Информационного кодекса Российской Федерации / Авт. кол. И.Л. Бачило, Е.С. Андрющенко, А.А. Антопольский, М.И. Демьянец, А.К. Жарова, В.Н. Монахов, Е.В. Пискунова, С.И. Семилетов, Л.А. Сергиенко; под ред. И.Л. Бачило. М.: ИГП РАН — Изд-во «Канон +» РООИ «Реабилитация», 2014.

Сектор информационного права Института государства и права РАН уже в течение ряда лет работает над решением проблемы формирования *правового режима свободы информации и знаний* (право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию и знания, в своей совокупности образующие то, что называется КУЛЬТУРОЙ). Исходным моментом при этом является то, что именно *информация и знания* должны обретать и постоянно наращивать качества нового общественного, национального достояния России XXI века, которое должно прийти на смену национальному достоянию XX века — *нефти и газу*¹².

При всей неясности отдельных деталей будущего информационного мира, принципиальная сущность переживаемого ныне человечеством этапа его развития уже вполне определена и понятна. Она состоит в переходе планетарного социума от индустриального формата своего развития к постиндустриальному. Известны основные параметры различий между этими форматами социума. Они сводятся к тому, что в рамках постиндустриального общества доминирующими факторами движения вперед, развития становятся не производство и финансовый капитал, а интеллект, человек, т.е. то, что в последнее время получило наименование *человеческий капитал*¹³. В логике развития такой формы капитала ключевыми становятся инвестиции не в промышленность и сельское хозяйство, а в образование, культуру, науку, здравоохранение. Это те отрасли, чье ускоренное развитие способно обеспечить для нашей страны преодоление так называемого *порога входа в будущее* и в последующем составить главные факторы ее конкурентоспособности на мировой арене. Наиболее развитые страны мира преодолели этот очередной исторический *порог входа в будущее* 20–30 лет назад. России и ее ближайшему окружению это испытание предстоит пройти в самом ближайшем будущем.

Евразийская интеграция как фактор преодоления порога входа в будущее

Достаточно ярким примером предпринимаемых уже сейчас организационно-правовых мер по обеспечению предстоящего нам в ближайшее время прорыва в будущее является скорое (с 1 января 2015 г.) появление на территории России, Беларуси и Казахстана нового политико-экономического образования — *Евразийского экономического союза* (далее — ЕАЭС)¹⁴. В рамках подготовки этого, без сомнения, открывающего но-

¹² См. об этом: Информационные ресурсы развития Российской Федерации. Правовые проблемы М.: Наука. 2003; Антопольский А.А., Бачило И.Л., Белов Г.В. и др. Концепция развития информационного законодательства в Российской Федерации // Государство и право. 2005. № 7. С. 47–61; Информационное право. Актуальные проблемы теории и практики. М.: Изд-во «Юрайт», 2008; Гласность как предмет правового регулирования / под общ. ред. М.А. Федотова. Труды по интеллектуальной собственности. Т. IX. М., 2009.

¹³ Как известно, основной стратегический документ о переходе отечественной экономики от сырьевой к инновационной модели развития — *Концепция 2020* — несколько раз переписывался. В последний раз, перед утверждением распоряжением Правительства Российской Федерации от 17 ноября 2008 г. № 1662-р., — как раз из-за переосмысления значимости «человеческого капитала» на пути России в ведущие экономики мира. В финальной версии Концепции этому фактору отведена главная роль. См.: Кувишинова О. План готов // Ведомости. 26 ноября 2008.

¹⁴ Договор о создании Евразийского экономического союза (ЕАЭС) подписан 29 мая 2014 г. президентами Беларуси, России и Казахстана на Четвертом Петербургском юридическом форуме, который прошел 18–21 июня 2014 г. этому Договору была посвящена отдельная конференция. В ее

вую эпоху в международных политико-экономических отношениях события в Москве в Торгово-промышленной палате Российской Федерации в конце ноября 2013 г. проходил Круглый стол «Создание Евразийского экономического союза — новые возможности для развития торгово-экономического сотрудничества России, Беларуси и Казахстана». Репортаж о ходе этого мероприятия в правительственном издании «Российская газета»¹⁵ носил «говорящий» заголовок, точно и емко отражающий содержательную сторону состоявшихся там дебатов: «Устранить преграды на пути четырех свобод».

О том, как идет процесс создания ЕАЭС, участникам Круглого стола рассказали представители рабочего органа по его формированию — Евразийской экономической комиссии (ЕЭК). В частности, директор Департамента интеграции ЕЭК В. Спасский сказал, что основная задача этого рабочего органа — сформировать условия для функционирования в будущем ЕАЭС *четырёх свободных пространств: товаров, услуг, капитала и рабочей силы*. «На пути у этих «четырёх свобод» остается много барьеров, без устранения которых невозможно двигаться вперед, — отметил он. — Сегодня выявлено более 150 такого рода барьеров. Впереди у нас большая работа и жесткие сроки: 1 мая 2014 года договор по Евразийскому экономическому союзу должен быть готов, а 1 января 2015 г. данный Союз должен заработать как новая единая организация».

К сожалению, анализ имеющихся на сегодняшний день доктринальных и нормативных материалов по формированию ЕАЭС¹⁶ достаточно ясно говорит нам, что осознать роль и значение уже достаточно продвинутой в современной практике европейской интеграции *пятой свободы развития* отечественные чиновники, размышляющие над проблемами обеспечения свободного функционирования *нового интеграционного пространства* (ЕАЭС), еще не смогли. По всей видимости, для них *пятая свобода* все еще представляется между Сциллой и Харибдой вызовов времени глобального информационного общества, говоря словами русской сказки, «неведомой зверушкой». Невольно на память в качестве аналогии приходит известная мысль о горе-генералах, всегда готовящихся к прошлой, а не к будущей войне. Нашим отечественным чиновникам пока невдомек, что эта имеющая глобальный характер перспективная политико-экономическая и политико-информационная сущность призвана серьезно повлиять на обеспечение оптимальности прохождения как корабля Европейского Союза, так и корабля Евразийского экономического союза, а, возможно, и планируемого в не столь отдаленном будущем в формате обсуждаемого президентом России В.В. Путиным с канцлером Германии А. Меркель глобального проекта — *единого европейско-азиатского экономического пространства от Лиссабона до Владивостока*.

В противовес такому подходу нам представляется, что модель «догоняющего развития», которую мы в силу определенных причин вынуждены реализовывать на данном историческом этапе, позволяет гораздо более эффективно использовать опыт тех стран и международных союзов, которых мы «догоняем», и которые на своем опыте уже испы-

рамках состоялась презентация текста Договора, его разработчиков и обсуждение представителями бизнеса, юристами, учеными вопросов о том, как реализация этого Договора повлияет на мировые интеграционные и экономические процессы, а также чем его реализация будет помогать дальнейшему развитию экономик стран — участниц?!

¹⁵ См.: Васильева Ю. Устранить преграды на пути четырех свобод. Российско-белорусский деловой совет обсудил новые возможности ЕЭС // Союз. Беларусь-Россия. 2013. № 624 // URL:<http://www.rg.ru/2013/11/28/sovets.html> (дата обращения — 25 августа 2014 г.).

¹⁶ См.: Международно-правовые основы создания и функционирования Евразийского экономического союза / отв. ред. Е.Г. Моисеев. М.: Проспект, 2014.

тали как плюсы, так и минусы тех или иных стратегий и тактик экономического и общественного развития. Образно говоря, надлежащий учет их опыта должен помочь нам не мерить современные инфокоммуникационные технологии и бизнес-модели лекалами и канонами XX века, а сразу использовать лекала и каноны века XXI.

Именно поэтому представляется необходимым, чтобы ученые, специалисты, чиновники, прорабатывающие механизмы функционирования ЕАЭС включили в предмет своих размышлений (в дополнение к проблеме устранения имеющихся ограничений на пути свободного перемещения *товаров, услуг, капитала и трудовых ресурсов* внутри единого экономического пространства ЕАЭС) еще и проблему устранения различного рода необоснованных преград на пути максимально возможной свободы движения внутри ЕАЭС информации и знаний.

Библиотечная составляющая пятой свободы

В конце XIX века лорд Эктон писал, что изобретение печатной машины имело два следствия: горизонтальный эффект, означающий, что знания будут доступны более широким слоям населения, и вертикальный эффект, предоставляющий последующим поколениям возможность развивать интеллектуальные достижения своих предшественников¹⁷. В современных условиях в роли печатного станка Гутенберга выступает Интернет, глобальные мировые и национальные сети информации и знаний. Отметим, что в своем полном объеме и горизонтальный, и вертикальный эффекты современного аналога печатного станка Гутенберга человечеством еще полностью не осознаны и, главное, не освоены.

При этом нельзя не признать, что одним из серьезных факторов, препятствующих на сегодняшний день полноценному его освоению, выступает именно право. И, прежде всего, в той его части, предметом которой является регулирование общественных отношений по поводу оборота информации и знаний в электронной среде их обитания, где главными способами доступа к ним являются Интернет и иные сетевые структуры информационных коммуникаций, а носителем — электромагнитное излучение.

Данная сфера регуляции практически вся соткана из противоречий между используемыми в ней сегодня правовыми средствами. Скажем, в ее рамках на институт права интеллектуальной собственности возлагается ответственная задача — закреплять в своих нормах и тем самым стимулировать надлежащую динамику развития глобального и национальных информационных обществ. В то же самое время никакой другой институт права, пожалуй, не противоречил еще так кардинально чаяниям — прежде всего, инновационного свойства — современного общества и не был столь несбалансированным в своем воздействии на социальные отношения¹⁸.

В то же время в процессе размышлений над разрешением данного противоречия, не стоит забывать известную мысль, что право по преимуществу консервативно и в значительной мере играет обслуживающую роль. Его базовая задача — закрепление в юриди-

¹⁷ Цит. по: Briggs A., Burke P. A Social History of the Media. From Gutenberg to Internet. 3rd ed., Cambridge: Polity Press, 2010.

¹⁸ Весьма интересный и глубокий поиск разрешения этих противоречий в формате парадигмы баланса интересов и гибкости регулирования общественных отношений осуществлен и представлен в книге: Войничанис Е.А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М.: ИД «Юриспруденция», 2013.

ческой форме и поддержание надлежащей динамики развития определенной системы общественных отношений. По общему правилу, как степень развитости правовых регуляций, так и их действенность не могут быть выше степени развития тех отношений, регламентацию которых они призваны осуществлять.

Думается, что сказанного достаточно, чтобы сформулировать серьезный и дополнительный к уже традиционно высказываемым аргумент в пользу необходимости *срочной активизации исследований проблем совершенствования правового режима свободы информации и знаний*. В частности, расширения и углубления изучения основных параметров правового регулирования процессов освоения традиционными социальными институтами информации и знаний — прежде всего, библиотеками — электронного формата существования своих фондов, поиска и развития лучших практик их адаптации к цифровой окружающей среде и — самое главное — поиска эффективных путей осуществления общественного доступа к ним

Значимость данного аргумента в логике данной статьи кратно повышается, поскольку необходимо вести речь не просто о совершенствовании соответствующего круга общественных отношений применительно к отечественному национальному контексту, но и к контексту режима функционирования *нового интеграционного пространства* — ЕАЭС. Кстати говоря (что придает проблеме дополнительную остроту и актуальность), в условиях осуществляемых после известных решений по Украине и Крыму попыток организации экономической изоляции России в режиме санкций, мы теперь вправе ждать от этого пространства гораздо большего, чем ранее, уровня социально-экономической эффективности и результативности.

Почти по Гамлету

Главным содержанием процессов совершенствования *правового режима свободы информации и знаний* применительно к соответствующему кругу библиотечных общественных отношений является трудный процесс формирования ответа на почти гамлетовский вопрос: как гармонично соединить и надлежаще закрепить в законодательстве *общественный интерес* в общедоступности библиотечных услуг (носителями и защитниками которого являются библиотеки и библиотекари) и *частный интерес* авторов и правообладателей тех или иных результатов интеллектуальной деятельности в получении надлежащих дивидендов от имеющихся у них интеллектуальных прав?! Тезис, что социальная ценность информации и знаний, являющихся общественным достоянием¹⁹, во многом определяется масштабом их использования, доказательств не требует. В свою очередь, масштаб использования информации и знаний зависит от степени общедоступности. Общедоступность в наши дни — это прямая производная от объема их цифровизации и наличия эффективной организационно-правовой базы доступа к ним и их использования.

Осуществляемый в настоящий момент в России поворот с сырьевого на инновационный характер развития²⁰, характеризующегося инновационной экономикой, создающей

¹⁹ См. об этом: Монахов В. Информация как общественное достояние: политико-правовые грани проблемы: Доклад на Международной конференции «Информация как общественное достояние: обеспечение доступа в библиотеках». СПб.: Таврический Дворец, 27 октября 2004 г. // URL: <http://www.nlr.ru:8101/tus/271004/monahov.htm> (дата обращения — 25 августа 2014 г.).

²⁰ См.: Стратегия инновационного развития Российской Федерации на период до 2020 года (утв. распоряжением Правительства Российской Федерации от 8 декабря 2011 г. № 2227-р).

уникальные знания и экспортирующей новейшие технологии и высокотехнологические товары, с непреклонностью требует принятия вполне определенных мер по повышению эффективного использования именно «человеческого капитала». В этом контексте вопрос о необходимой степени включенности, социальной потребности соучастия в процессе этого перехода отечественных библиотек и, в ближайшей перспективе, видимо, и библиотек стран — участниц ЕАЭС, несомненно, следует считать риторическим в силу полной ясности и однозначности ответа на него. Предоставление читателям-пользователям **интеллектуальных ресурсов** — информации и знаний, участие в формировании «человеческого капитала», роста в нем *инновационной составляющей* являются, говоря высоким слогом, важнейшими элементами *миссии* библиотек наших стран. Именно традиционные институты социальной памяти — архивы, музеи и, разумеется, самые востребованные из них — библиотеки — призваны обеспечить своих пользователей надлежащими, т.е. адекватными современным технологическим возможностям, «плавсредствами» в окружающем нас океане информации и знаний.

При безусловной необходимости соблюдения авторских и иных интеллектуальных прав сегодня необходимо понять и правильно выбрать стратегический вектор правового развития наших стран. Он может быть либо жестко ориентирован на *частноправовую парадигму такого развития*, либо предполагать *необходимую и достаточную степень социализации базовых продуктов интеллектуальной собственности, информации, знания* в целях эффективного постиндустриального развития личности, общества, бизнеса и государства.

Есть такая старая мысль, что словами закона мы пытаемся разговаривать с будущим. В этом смысле наши законодатели не должны уподобляться тем никудышным генералам, которые всегда готовятся не к будущей, а к прошедшей войне. Напротив, они должны уметь увидеть в настоящем состоянии общественных отношений зачатки тех явлений, которые формируют экономические, культурные и политические условия и тенденции развития в данной сфере общественных отношений на достаточно большое количество лет вперед. Увидеть и постараться обеспечить надлежащий организационно-правовой режим их развития.

Современные общество, государство, личность жизненно заинтересованы в максимальной эксплуатации информационных ресурсов. Для информационного общества основополагающим (и, чем дальше, тем в большей степени) должен становиться *правовой режим свободы информации* (право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию), который несет важную социально-экономическую и будущеобразующую нагрузку.

Российский опыт модернизации библиотечного дела как пример становления пятой свободы развития

Проблематика модернизации отечественной библиотечной системы активно обсуждается в последние годы в самых разных форматах и форумах. Первая масштабная попытка реализовать наработки такого рода обсуждения во что-то более-менее цельное и конструктивное получила наименование «Национальный библиотечный ресурс»²¹. К сожалению, судьба этого безусловно интересного по своим целевым установкам (сре-

²¹ См. об этом: *Логинов А.* Агрегация национального масштаба // Университетская книга. 2010. № 7 // URL: <http://www.ubook.ru/?news=2063> (дата обращения — 25 августа 2014 г.).

ди которых особо выделим легитимизацию авторских литературных произведений в цифровой форме для всей библиотечной системы страны и формирование на этой организационно-правовой и технологической основе национального легального электронного оборота книжной продукции) инновационного проекта с точки зрения реального воплощения этих целевых установок в жизнь оказалась, мягко говоря, не очень удачной. Это вынудило и руководство страны, и руководителей библиотечного дела внести определенные коррективы в планы модернизации отечественной библиотечной системы.

В частности, эти коррективы были предметом обсуждения участниками ежегодного совещания директоров федеральных и центральных региональных библиотек России, проведенного 22–23 октября 2013 г. в Санкт-Петербурге двумя национальными российскими библиотеками (РНБ и РГБ), весьма «говорящей» и значимой в рамках предмета данной статьи темы — «Инновационные модели развития и качество библиотечного обслуживания граждан России».

Центральным моментом этого обсуждения явилось открытое заседание *Межведомственной рабочей группы по разработке предложений по инновационному развитию библиотек*. На этом заседании, проходившем под председательством статс-секретаря — заместителя министра культуры Григория Ивлиева, — была впервые публично представлена и обсуждена новая концепция дальнейшего развития *Национальной электронной библиотеки (НЭБ)*, существенно изменившая свой статус и функции в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 7 мая 2012 г. № 597. Вопрос «О развитии Национальной электронной библиотеки» также стал отдельным пунктом повестки дня заседания коллегии Министерства культуры Российской Федерации, прошедшего под председательством министра культуры В. Мединского 23 апреля 2014 г.

Государственная программа Российской Федерации «Развитие культуры и туризма» на 2013–2020 годы (в редакции, утвержденной постановлением Правительства Российской Федерации от 15 апреля 2014 г. №317)²² содержит подпрограмму № 1 «Наследие», которая открывается позицией 1.2 «Развитие библиотечного дела». Эта позиция содержит целый ряд мер по модернизации отечественного библиотечного дела в направлении его постепенного превращения в библиотечное дело 2.0²³. В частности, запланированы следующие направления и форматы действий:

- интеграция библиотек России в единую информационную сеть;
- создание единого национального собрания полных текстов электронных документов, свободный доступ к которому осуществляется через интернет-портал Национальной электронной библиотеки, что обеспечит возможность вечного хранения электронных документов и удобство работы с ними;
- повышение информационной безопасности электронных библиотечных ресурсов;
- повышение уровня комплектования книжных фондов библиотек;
- рост востребованности библиотек у населения;

²² Опубликовано на официальном Интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>. 4 апреля 2014 г.

²³ Подробнее о библиотечном деле 2.0 см.: Гриханов Ю.А., Монахов В.Н. Информационно-коммуникационные технологии в публичной библиотеке. Развитие. Проблемы. Перспективы / под общ. ред. канд. пед. наук, проф. Ю.А. Гриханова. М.: ЦУНБ им. Н.А. Некрасова, 2013; Монахов В.Н. Авторское право как фактор становления библиотечного дела 2.0. Есть ли шанс для гармонии? // Сборник Президентской библиотеки им. Б.Н. Ельцина «Право на доступ к информации: возможности и ограничения в электронной среде». Серия «Электронное законодательство». 2012 // URL: www.aselibrary.ru

- повышение качества и разнообразия библиотечных услуг;
- повышение доступности правовой, деловой и социально значимой информации, электронных ресурсов библиотек путем создания публичных центров во всех региональных и муниципальных районных библиотеках;
- уменьшение региональных диспропорций в доступности к качественным библиотечным услугам, в том числе для граждан с ограниченными возможностями;
- рост количества библиотек, оснащенных современным оборудованием;
- повышение эффективности использования бюджетных средств, направляемых на библиотечное дело;
- повышение качества библиотечного менеджмента, прозрачности, подотчетности и результативности деятельности библиотек.

Эти меры будут реализовываться на протяжении всего периода действия Программы до 2020 г. Исполнителем по позиции 1.2 «Развитие библиотечного дела» в части формирования и финансирования государственного задания на предоставление государственных услуг в области библиотечного обслуживания населения федерального значения является Минкультуры России.

К сожалению, среди основных мер правового регулирования общественных отношений, необходимых для реализации запланированного Государственной программой Российской Федерации «Развитие культуры и туризма на 2013–2020 годы» качества развития отечественного библиотечного дела (даже после их серьезного расширения, произведенного постановлением Правительства Российской Федерации от 15 апреля 2014 г. №317) не получила достаточного отражения необходимость решения актуальнейшей для сегодняшнего дня проблемы формирования правового режима свободы информации и знаний (право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию и знания, в своей совокупности образующие то, что называется КУЛЬТУРОЙ).

Представляется, что создание Евразийского экономического союза должно дать новый импульс для усилий в этом направлении и, в частности, подвигнуть соответствующие министерства стран ЕАЭС к корреляции и активной координации усилий по модернизации национальных сегментов библиотечного дела в направлении их постепенного превращения в общесоюзное библиотечное дело 2.0 как зримое воплощение реализации пятой свободы — важнейшей составляющей новой модели общественного развития в условиях глобального информационного общества — на интеграционном пространстве Евразийского экономического союза.



Библиография

Авторские права в Интернете. Перспективы системы авторского права и поддержка общественного достояния / И. Засурский, В. Харитонов, С. Козловский, А. Алексеева. М.: Ассоциация Интернет-издателей, 2012.

Арнольд Р. Право Интернета: новая правовая отрасль на стыке европейского и национального права // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2001. № 2 (35). С. 135–142.

Васильева Ю. Устранить преграды на пути четырех свобод. Российско-белорусский деловой совет обсудил новые возможности ЕЭС // Союз. Беларусь-Россия. 2013. № 624 // Режим доступа: <http://www.rg.ru/2013/11/28/sovet.html> (дата обращения — 17 августа 2014 г.).

Войниканис Е.А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М.: ИД «Юриспруденция», 2013.

Волков Л., Крашениников Ф. Облачная демократия. 2-е изд. М. — Екатеринбург: Кабинетный ученый, 2013.

- Европейский союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями / Кашкин С.Ю., Четвериков А.О. // СПС «Консультант Плюс».
- Информационное право. Актуальные проблемы теории и практики. М.: Изд-во «Юрайт», 2008.
- Информационно-коммуникационные технологии в публичной библиотеке. Развитие. Проблемы. Перспективы / Под общ. ред. канд. пед. наук, проф. Ю.А. Гриханова. М.: ЦУНБ им. Н.А. Некрасова, 2013.
- Информационные ресурсы развития Российской Федерации. Правовые проблемы М.: Наука, 2003.
- Капица С.П. Парадоксы роста: Законы развития человечества. М.: Альпина Нон-фикшн, 2010.
- Концепция Информационного кодекса Российской Федерации / Под ред. И.Л. Бачило. М.: ИГП РАН, Изд-во «Канон +» РООИ «Реабилитация», 2014
- Котенко Е.С. Авторские права на мультимедийный продукт. М.: Проспект, 2014.
- Кузык Б.Н., Яковец Ю.В. Россия-2050: стратегия инновационного прорыва. 2-е изд. доп. М.: ЗАО «Издательство «Экономика», 2005.
- Лессиг Л. Свободная культура / пер. с англ. М.: Фонд «Прагматика культуры», 2007.
- Логинов А. Агрегация национального масштаба // Университетская книга. 2010. № 7 // Режим доступа: <http://www.ubook.ru/?news=2063> (дата обращения — 17 августа 2014 г.)
- Медиапиратство в развивающихся экономиках / под ред. Джо Караганиса 2011. Social Science Research Council. (на англ., рус. и исп. яз.). (Media Piracy in Emerging Economies. Edited by Joe Karaganis) // Режим доступа: <http://piracy.ssrc.org> (дата обращения — 17 августа 2014 г.).
- Международно-правовые основы создания и функционирования Евразийского экономического союза / отв. ред. Е.Г. Моисеев. М.: Проспект, 2014.
- Монахов В. Информация как общественное достояние: политико-правовые грани проблемы: доклад на Международной конференции «Информация как общественное достояние: обеспечение доступа в библиотеках». СПб.: Таврический Дворец, 27 октября 2004 г. // Режим доступа: <http://www.nlr.ru:8101/tus/271004/monahov.htm> (дата обращения — 17 августа 2014 г.).
- Монахов В.Н. «Викилизация» как новый инструмент права знать // Информационное общество: проблемы развития законодательства. М.: ИГП РАН, 2012. С. 206–218.
- Монахов В.Н. Авторское право как фактор становления библиотечного дела 2.0 Есть ли шанс для гармонии? // Сборник Президентской библиотеки им. Б.Н. Ельцина «Право на доступ к информации: возможности и ограничения в электронной среде». Серия «Электронное законодательство». 2012 // Режим доступа: www.aselibrary.ru (дата обращения — 17 августа 2014 г.).
- Монахов В.Н. Правовое обеспечение электронного формата библиотечной деятельности. Состояние дел и направления развития // Вестник библиотек Москвы. 2011. № 4. С. 14–19.
- Норман С. Библиотеки и издатели как главные действующие лица в информационном обществе // Научные и технические библиотеки. 1998. № 8. С. 37–44.
- Право Европейского союза: учеб. / Под ред. С.Ю. Кашкина. М.: Юрайт, 2011. С. 476–508.
- Право цифровой администрации в России и во Франции / Сборник научных материалов Российско-французской международной конференции 27–28 февраля 2013. М.: ИГП РАН, Изд-во «Канон+», 2014.
- Редькина Н.С. «Библиотеки в облаках», или Возможности использования перспективных информационных технологий // Научные и технические библиотеки. 2011. № 8. С. 44–54.
- Смирс Й. ван Схендел М. Представьте, что копирайта нет. М.: Издат. дом «Классика XXI», 2012.
- Тодд Д. Цифровое пиратство. Как пиратство меняет бизнес, общество и культуру / пер. с англ. Л. Плостак, У. Сапциной. М.: Альпина Бизнес Букс, 2013.
- Трансформация авторского права в Интернете: зарубежные тенденции, бизнес-модели, рекомендации для России / под ред. И. Засурского и В. Харитоновой. М.: НП «Ассоциация Интернет-издателей», Кабинетный ученый, 2013.
- Федотов М.А. Проблемы доктрины информационного права // Труды по интеллектуальной собственности. Т. X. № 1. М.: Творческий центр Юнеско, 2012. с. 4–44.
- Фукуяма Ф. Конец истории и последний человек / пер. с англ. М.Б. Левина. М.: АСТ; Хранитель, 2007.

Хагерлид Я. Роль национальной библиотеки в качестве катализатора в программе формирования открытого доступа: [ИФЛА-2010] // Научные и технические библиотеки. 2011. № 1. С. 52–59.

Хапов С. Цифровой коммунизм. М.: Университет Синергия, 2013.

Briggs A., Burke P. (2010) *A Social History of the Media. From Gutenberg to Internet*. 3rd ed., Cambridge: Polity Press.

С. Doctorow. GLAM (galleries, libraries, archives and museums) and the Free World / Доклад на конференции «MWF2014: Museums and the Web», февраль 2014 г. // Режим доступа: <http://te-st.ru/2014/04/04/museums-and-the-free-world/> (дата обращения — 17 августа 2014 г.).

Morning of the Fifth Freedom (to the Issue of Improving Legal Regime of the Freedom of Information and Knowledge as Values and Drivers of Development)



Viktor Monakhov

Research Fellow, Sector of Information law, Institute of State and Law, Professor of UNESCO Department on Copyright and Other Branches of Law, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 10 Znamenka Str., Moscow, 119841, Russian Federation. E-mail: vm@48.org.



Abstract

The article shows that the drivers for integration development of Europe in the 20th century were four fundamental economic freedoms of the movement of goods, people, capital and services. In the EU modern global information society, this list of the fundamental political and economic freedoms of previous stages of historical and integration development got the fifth freedom, i.e. the free movement of knowledge. In this regard, the author suggests and motivates the necessity to develop a relevant information law doctrinal and legislative novations to meet the challenge of global information society. In particular, the author suggests that academics, professionals and officials involved in creating the starting normative legal base of practical activity of the Eurasian Economic Union (EEU) which launches January 1 2015 in Belarus, Russia and Kazakhstan should consider the problem of eliminating obstacles in spreading information and knowledge within the EEU. The author outlines the major challenges due to the development of the fifth freedom and makes up some solutions. In particular, an attempt has been made to specify the content of major parameters of the current regulatory influence on the processes of exploring one of the main subjects of the fifth freedom i.e. libraries and the electronic format of its catalogues and the ways to improve the public access to them. Thus, it is crucial to realize the importance and subtlety of these problems and seek to solve them by making a relevant balance between necessary and sufficient free movement of information and knowledge and a relevant protection of other rights and legal interests of persons, society and state. Appropriate to the time and society solution will be required for the EEU and its member states to become competitive in the 21st century, i.e. the century of information and knowledge.



Keywords

law, regulation, information society, information, knowledge, freedoms of development, digitalization of library funds, access to electronic funds of libraries, national electron library.

Citation: Monakhov V. (2014) Morning of the Fifth Freedom: To the Issue of Improving Legal Regime of the Freedom of Information and Knowledge as Values and Drivers of Development. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 121–135. (in Russian)



References

- Zasurskiy I., Kharitonov V., Kozlovskiy S., Alekseeva A. (2012) *Avtorskie prava v internete. Perspektivy sistemy avtorskogo prava i podderzhka obshchestvennogo dostoyaniya* [Copyright on the Internet. Perspectives of copyright and supporting Public Domain]. Moscow: Assotsiatsiya internet-izdateley. (in Russian)
- Arnol'd R. (2001) Pravo Interneta: novaya pravovaya otrasl' na styke evropeyskogo i natsional'nogo prava [Internet Law: New Legal Branch associating European and National Laws]. *Konstitutsionnoe pravo: vostochnoevropeyskoe obozrenie*, no 2 (35), pp. 135-142. (in Russian)
- Briggs, A.; Burke, P. (2002) *A Social History of the Media. From Gutenberg to Internet*. Cambridge: Polity Press.
- Vasil'eva Yu. (2013) Ustranit' pregrady na puti chetyrekh svobod. Rossiysko-belorusskiy delovoy sovet obsudil novye vozmozhnosti EES. *Soyuz. Belarus'-Rossiya*, no 624. Available at: <http://www.rg.ru/2013/11/28/sovet.html> accessed 17.08.2014.
- Voynikanis E.A. (2013) *Pravo intellektual'noy sobstvennosti v tsifrovuyu epokhu: paradigma balansa i gibkosti* [Copyright in Digital Epoch: Paradigm of Balance and Flexibility]. Moscow: ID Yurisprudentsiya. (in Russian)
- Volkov L., Krashennnikov F. (2013) *Oblachnaya demokratiya* (Cloud Democracy). Moscow, Ekaterinburg: Kabinetnyy uchenyy. (in Russian)
- Grikhanov Yu. A. (ed.) *Informatsionno-kommunikatsionnye tekhnologii v publichnoy biblioteke. Razvitie. Problemy. Perspektivy*. (2013) Moscow: TsUNB im. N. A. Nekrasova.
- Kashkin S.Yu., Chetverikov A.O. (2007) *Evropeyskiy soyuz: Osnovopolagayushchie akty v redaktsii Lissabonskogo dogovora s kommentariyami*. Available at: consultantplus.ru accessed 17.08.2014.
- Kashkin S.Yu. (ed.) *Pravo Evropeyskogo soyuza: Uchebnik* (2011) [EU Law. Textbook]. Moscow: Yurayt.
- Kapitsa S.P. (2010) *Paradoksy rosta: Zakony razvitiya chelovechestva* [Antinomies of Growth: Laws of Human Development]. Moscow: Al'pina Non-fikshn. (in Russian)
- Nauka (2003) *Informatsionnye resursy razvitiya Rossiyskoy Federatsii*. (2003). *Pravovye problem*. [Information Resources of RF Development]. Moscow: Nauka (in Russian)
- Yurayt. (2008) *Informatsionnoe pravo. Aktual'nye problemy teorii i praktiki*. (2008) Monografiya [Topical Issues of Theory and Practice. Monograph]. Moscow: Yurayt (in Russian)
- Bachilo I.L. (ed.) *Kontseptsiya Informatsionnogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii*. (2014) [Conception of RF Information Code]. Moscow: ISL RAS, «Kanon +», ROOI «Reabilitatsiya». (in Russian)
- Kotenko E.S. (2014) *Avtorskie prava na mul'timediynnyy product*. [Copyright in a Multimedia Product]. Moscow: Prospekt. (in Russian)
- Kuzyk B.N., Yakovets Yu. V. (2005) *Rossiya-2050: strategiya innovatsionnogo proryva* [Russia 2050: Strategy of Innovation Breakthrough]. Moscow: Ekonomika. (in Russian)
- Lessig L. (2007) *Svobodnaya kul'tura* [Free Culture]. Moscow: Fond "Pragmatika kul'tury". (in Russian)
- Loginov A. (2010) Agregatsiya natsional'nogo masshtaba. *Universitetskaya kniga*, no 7. Available at: <http://www.ubook.ru/?news=2063> accessed 17.08.2014.
- Karaganisa D. (ed.) *Mediapiратство v razvivayushchikhsya ekonomikakh*. (2011) [Media Piracy in Developing Economies]. Available at: <http://piracy.ssrc.org> accessed 17.08.2014.
- Moiseev E.G. (ed.) *Mezhdunarodno-pravovye osnovy sozdaniya i funktsionirovaniya Evraziyskogo ekonomicheskogo soyuza*. (2014) [International Law Fundamentals of Creating and Functioning of the Eurasian Economic Union]. Moscow: Prospekt. (in Russian)
- Monakhov V. Informatsiya kak obshchestvennoe dostoyanie: politiko-pravovye grani problemy. Available at: <http://www.nlr.ru:8101/tus/271004/monahov.htm> accessed 17.08.2014.
- Monakhov V.N. (2011) Pravovoe obespechenie elektronnoy formaty biblioteknoy deyatel'nosti. Sostoyaniye del i napravleniya razvitiya [Legal Groundwork of Electroniv Format for Libraries]. *Vestnik bibliotek Moskvy*, no 4, pp. 14–19. (in Russian)
- Monakhov V.N. (2012) Vikilizatsiya" kak novyy instrument prava znat' [Wikilisation as a new tool to the right to knowledge]. *Informatsionnoe obshchestvo: problemy razvitiya zakonodatel'stva*. Moscow: ISL RAS, pp. 206–218.

- Monakhov V.N. (2012) Avtorskoe pravo kak faktor stanovleniya bibliotchnogo dela 2.0 Est' li shans dlya garmonii?» [Copyright as a Factor to develop libraries]. *Sbornik Prezidentskoy biblioteki imeni B.N. El'tsina «Pravo na dostup k informatsii: vozmozhnosti i ogranicheniya v elektronnoy srede»*. Available at: www.aselibrary.ru accessed 17.08.2014.
- Norman S. (1998) Biblioteki i izdateli kak glavnye deystvuyushchie litsa v informatsionnom obshchestve [Libraries and Publishers as the Major Actors in Information Society]. *Nauchnye i tekhnicheskie biblioteki*, no 8, pp. 37–44.
- ISL RAS, «Kanon+». (2014) Pravo tsifrovoy administratsii v Rossii i vo Frantsii. (2014) [Right to Digital Information in Russia and France]. *Sbornik nauchnykh materialov Rossiysko-frantsuzskoy mezhdunarodnoy konferentsii 27-28.02.2013*. Moscow: ISL RAS, «Kanon+».
- Red'kina N. S. (2011) «Biblioteki v oblakakh», ili Vozmozhnosti ispol'zovaniya perspektivnykh informatsionnykh tekhnologiy [Libraries in Clouds, Or Possibilities of Information Technologies]. *Nauchnye i tekhnicheskie biblioteki*, no 8, pp. 44–54.
- Smirs Y., van Skhendel M. (2012) *Predstav'te, chto kopirayta net* [Imagine, there is no Copyright]. Moscow: Izdatel'skiy dom «Klassika XXI».
- Todd. D. (2013) *Tsifrovoe piratstvo. Kak piratstvo menyaet biznes, obshchestvo i kul'turu* [Digital Piracy. How Piracy Changes Business, Society and Culture]. Moscow: Al'pina Biznes Buks. (in Russian)
- Zasurskiy I., Kharitonov V. (eds) *Transformatsiya avtorskogo prava v internete: zarubezhnye tendentsii, biznes-modeli, rekomendatsii dlya Rossii*. (2013) Moscow: NP «Assotsiatsiya internet –izdateley», Kabinetnyy uchenyy.
- Khagerlid Ya. (2011) Rol' natsional'noy biblioteki v kachestve katalizatora v programme formirovaniya otkrytogo dostupa : [IFLA-2010]. *Nauchnye i tekhnicheskie biblioteki*, no 1, pp. 52–59.
- Khapov S. (2013) *Tsifrovoy kommunizm* [Digital Communism]. Moscow: Universitet Sinergiya. (in Russian)
- Fedotov M.A. (2012) *Problemy doktriny informatsionnogo prava* [Problems of Information Law Doctrine]. Trudy po intellektual'noy sobstvennosti, vol. 10, no 1, Moscow: Tvorcheskiy UNESCO, pp. 4–44.
- Fukuyama F. (2007) *Konets istorii i posledniy chelovek* [The End of History and the Last Man]. Moscow: AST. (in Russian)

Проблемы охраны подводного культурного наследия в Российской Федерации



И.О. Анисимов

аспирант кафедры международного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20. Email: i-anisimov@mail.ru



Аннотация

Данная статья посвящена рассмотрению правовых проблем охраны подводного культурного наследия в Российской Федерации. В статье анализируются факторы, негативно влияющие на сохранность объектов подводного культурного наследия в России, а также состояние национального законодательства в данной области. Автор выделяет негативные факторы правового и неправового (коммерческая эксплуатация объектов, сувенирный сбор) характера, которые отрицательно влияют на сохранность объектов подводного культурного наследия. Констатируется отсутствие в российском законодательстве терминологического единообразия понятия «подводное культурное наследие», а также самостоятельного подхода по учету и паспортизации подводных объектов. Проведенный анализ позволяет сделать вывод, что правовые проблемы Российской Федерации могут приводить к повреждению или утрате подводного культурного объекта как ценного источника знаний об историческом и культурном прошлом государства. В то же время в статье выделяются и рассматриваются позитивные тенденции в практике Российской Федерации по выявлению и охране затонувших исторических судов, анализируется актуальное национальное законодательство в области охраны подводного культурного наследия, рассматриваются такие нормативные правовые акты, как Уголовный кодекс Российской Федерации, Федеральный закон от 25 июня 2002 г. № 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации», а также некоторые подзаконные нормативные правовые акты. Приводится пример из практики Российской Федерации по выявлению и учету затонувших кораблей и подводных артефактов в акватории Финского залива. На основании проведенного исследования автор делает обоснованный вывод о необходимости пересмотра и корректировки российского законодательства в области охраны культурного наследия, предлагает воспользоваться позитивным опытом европейских государств, в частности Италии, по созданию охраняемых государственных территорий в целях более эффективного управления подводным культурным наследием и его охраны. Даются рекомендации по совершенствованию национальных нормативных правовых актов по охране и управлению подводным культурным наследием в Российской Федерации.



Ключевые слова

коммерческая эксплуатация, критерий, национальное законодательство, правовые факторы, правовая охрана, подводный археологический парк, заповедник, подводное культурное наследие, сотрудничество, сохранение, управление, in situ

Библиографическое описание: Анисимов И.О. Проблемы охраны подводного культурного наследия в Российской Федерации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 3. С. 136–143.

Распад СССР в 1991 г. предопределил возникновение серьезных проблем в области выявления и изучения подводного культурного наследия на территории России. К бывшим советским республикам вместе с водными территориями отошла и часть подводных артефактов, представляющих большую культурную, историческую, археологическую и материальную ценность. Россия потеряла часть материально-технических ресурсов для проведения глубоководных исследований, часть архивных фондов по подводной археологии, а также многих крупных специалистов в этой области. Заинтересованность государства к подводной археологии угасла, поскольку политические, экономические и социальные проблемы вышли на первый план, а проблемы науки остались за пределами интересов чиновников, что привело к недостаточному финансированию этой сферы и, как следствие, возникновению проблем в области правовой охраны подводного культурного наследия России.

Кроме того, в связи с последними событиями на Украине и вхождением Крыма в состав Российской Федерации особую актуальность представляет защита подводного культурного наследия, находящегося в водах Черного моря, так как оно может быть умеренно уничтожено или повреждено.

Существует множество факторов, оказывающих негативное влияние на объекты подводного культурного наследия. К неправовым факторам, отрицательно влияющим на охрану подводного культурного наследия в России, можно отнести все антропогенные (вандализм, хищение, коммерческая эксплуатация объектов, сувенирный сбор, инфраструктурные работы на море, рыболовный промысел и траление и др.) и неантропогенные (физические, биологические, химические, природные и климатические) факторы. Наиболее актуальными для Российской Федерации являются следующие факторы антропогенного характера:

- мародерство, сувенирный сбор, вандализм;
- процветание торговли подводными артефактами;
- рассредоточение подводного культурного наследия в результате продажи с аукционов;
- подводные строительные работы;
- загрязнение окружающей среды;
- техногенные катастрофы;
- недостаточное финансирование подводной археологии;
- механические повреждения и разрушения подводных объектов в результате добычи морепродуктов (траление);
- нарушение технологий прокладки кабелей, нефте- и газопроводов.

Помимо этого, существуют и правовые факторы, оказывающие негативное влияние на охрану объектов подводного культурного наследия Российской Федерации.

Согласно ст. 1 Конвенции об охране подводного культурного наследия 2001 г. под *подводным культурным наследием* понимаются: «а) ...все следы человеческого существования, имеющие культурный, исторический или археологический характер, которые частично или полностью, периодически или постоянно находятся под водой на протяжении не менее 100 лет, такие как:

- i) объекты, сооружения, здания, артефакты и человеческие останки вместе с их археологическим и природным окружением;
- ii) суда, летательные аппараты, другие транспортные средства или любые их части, их груз или другое содержимое вместе с их археологическим и природным окружением;
- iii) предметы доисторического характера.

б) Трубопроводы и кабели, проложенные по дну моря, не считаются подводным культурным наследием.

с) Иные установки, не являющиеся трубопроводами или кабелями, которые размещены на дне моря и продолжают использоваться, не считаются подводным культурным наследием»¹.

Со времени принятия конвенции в отечественной правовой науке и научно-популярной литературе начал использоваться термин «подводное культурное наследие». В частности, имеется определение, предложенное С.М. Фазлуллиным: «Подводное культурное наследие – это междисциплинарное научное направление культурологии, изучающее подводные историко-культурные комплексы в их развитии (эволюции) и исследующее закономерности их пространственного положения, а также определяющее направление практической деятельности по их вовлечению в культурологический оборот»². В более поздней своей работе С.М. Фазлуллин дает еще одно определение подводного культурного наследия: «Подводное культурное наследие – это объект междисциплинарных научных исследований подводных историко-культурных комплексов в их взаимодействии с окружающей природной средой – подводным ландшафтом»³.

Однако в российском законодательстве понятия «подводное культурное наследие» и «объекты подводного культурного наследия» отсутствуют. Вместо них употребляются термины «водные объекты» (п. 5 ст. 2 упомянутого закона об объектах культурного наследия) и «объекты археологического наследия» (ст. 3). Так, в ст. 3 закона термин «подводное культурное наследие» не применяется, эти объекты определяются как «частично или полностью скрытые в земле или *под водой* следы существования человека, включая все движимые предметы, имеющие к ним отношение, основным или одним из основных источников информации о которых являются археологические раскопки или находки...». Данное определение не содержит временных рамок возникновения объекта, а также нижних границ его возраста.

Нет определения «объект подводного культурного наследия» и в приказе Росохранкультуры от 2009 г. № 15 о порядке выдачи разрешений (открытых листов) на право проведения работ по выявлению и изучению объектов археологического наследия⁴. В Уголовном кодексе РФ применяется термин «археологический предмет»: «Поиск и (или) изъятие археологических предметов из мест залегания на поверхности земли, в земле или *под водой*...»⁵.

¹ Конвенции об охране подводного культурного наследия, Париж, 2 ноября 2001 г. // Нормативные акты ЮНЕСКО по охране культурного наследия. М.: Юни Принт, 2002.

² Фазлуллин С.М. Подходы к управлению подводным культурным наследием // Первая Международная научно-практическая конференция «Проблемы изучения и сохранения морского наследия России», 27–30 октября 2010 г. СПб.: Терра-Балтика, 2010. С. 208.

³ Фазлуллин С.М. Изучение и сохранение подводного историко-культурного наследия России // Культурологический журнал. 2013. № 4 (14) [Электронный ресурс]. <http://www.cr-journal.ru/rus/journals/136.html&> (дата обращения — 25 августа 2014 г.).

⁴ Приказ Федеральной службы по надзору за соблюдением законодательства в сфере массовых коммуникаций и охране культурного наследия от 3 февраля 2009 г. № 15 «Об утверждении положения о порядке выдачи разрешений (открытых листов) на право проведения работ по выявлению и изучению объектов археологического наследия» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2009. № 23.

⁵ П. 1 ст. 243.2 УК РФ.

Такая терминологическая несогласованность приводит к подмене понятий и применению неправильных критериев при определении ценности объекта. Подобная манипуляция терминологией в нашей стране создает предпосылки для проявления коррупции⁶. В связи с этим огромное число памятников истории и культуры в Российской Федерации не учтены, не исследуются и не охраняются. Юридически для российских государственных надзорных органов таких объектов практически не существует, что создает почву для хищений и злоупотреблений. Эта ситуация приводит к тому, что в настоящее время в срочном порядке требуются теоретическая проработка понятия «подводное культурное наследие» и его введение в юридический и научный оборот в Российской Федерации.

Постепенно российская правовая наука начинает использовать в законодательстве формулировку временного критерия происхождения объекта подводного культурного наследия в соответствии с конвенцией 2001 г. В частности, в примечании 1 к п. 3 ст. 243.2 Уголовного кодекса установлено: «Для целей настоящей статьи под культурным слоем понимается слой в земле или *под водой*, содержащий следы существования человека, *время возникновения которых превышает сто лет*, включающий археологические предметы». Это говорит о растущем внимании российских законодателей к международно-правовым актам в области охраны подводного культурного наследия.

К проблемам управления подводным культурным наследием в России можно отнести и недостаточное развитие международного и двухстороннего сотрудничества Российской Федерации в области выявления, исследования и охраны объектов подводного культурного наследия, подобные экспедиции с участием российских специалистов имеют разовый характер. Кроме того, в качестве актуальных правовых проблем можно назвать отсутствие контроля за извлечением подводных объектов, в частности затонувших кораблей, летательных аппаратов и т.п. Это может приводить к повреждению или уничтожению ценных объектов подводного культурного наследия и их элементов. Отсутствие единой системы паспортизации также негативно сказывается на их охране.

Однако в последние два десятилетия в Российской Федерации наметилась положительная тенденция в области выявления и охраны затонувших судов. Так, в 1998 г. по инициативе Санкт-Петербургской археологической экспедиции, СЗНИИ Наследия, ИИМК РАН и Департамента государственной охраны, сохранения и использования объектов культурного наследия комитета по культуре Ленинградской области в акватории Финского залива были начаты работы по постановке на государственную охрану затонувших кораблей, имеющих важное историко-культурное значение. К 2003 г. на государственный учет было поставлено 14 затонувших судов. Кроме того, с 2006 по 2009 г. в процессе крупномасштабных работ по обследованию дна при проектировании газопровода «Северный поток» в российской акватории Финского залива выявлено 18 подводных объектов, которые, по заключению специалистов, обладают высокой историко-культурной ценностью.

В связи с тем, что подъем и сохранение затонувших кораблей на суше представляет собой долговременный, трудоемкий и дорогостоящий цикл работ, было принято решение, что обнаруженные суда должны сохраняться *in situ*. При строительстве газопровода учитывались мнения специалистов в области охраны культурного наследия, были применены безопасные методы укладки трубопровода в зоне, приближенной к объек-

⁶ См.: Фазлуллин С.М. Изучение и сохранение подводного историко-культурного наследия России // Культурологический журнал. 2012. № 2. С. 8.

там культурного наследия. С целью дальнейшего мониторинга состояния данных объектов были проведены работы по их документированию. Некоторые особенно ценные артефакты с затонувших кораблей были переданы в музей с целью консервации⁷. Таким образом, Российская Федерация имеет позитивный опыт сохранения объектов подводного культурного наследия в процессе проведения инфраструктурных работ на море.

Кроме того, Россия участвует в региональном сотрудничестве стран Балтийского моря в области подводного, морского и берегового культурного наследия. В 1997 г. министрами культуры государств Балтийского моря была инициирована группа мониторинга, целью которой являются совместные мероприятия, направленные на совершенствование практики и стандартов защиты и управления подводным культурным наследием в государствах Балтийского моря. На данный момент Россия участвует в двух рабочих группах из четырех⁸.

В связи с вышеизложенным можно выделить следующие пути решения проблем правовой охраны подводного культурного наследия Российской Федерации.

1. Разработка государственной программы по выявлению, исследованию, оценке, охране и консервации объектов подводного культурного наследия.

2. Ратификация Конвенции ЮНЕСКО об охране подводного культурного наследия 2001 г.

3. Доработка национального законодательства с учетом положений конвенции 2001 г. и приведение терминологии к единообразию.

4. Подготовка специалистов в области выявления, исследования, оценки, охраны и консервации объектов подводного культурного наследия.

5. Расширение международного сотрудничества Российской Федерации с государствами – участниками конвенции 2001 г., имеющими опыт в области управления и охраны объектов подводного культурного наследия, путем участия в совместных программах и международных подводно-археологических экспедициях.

6. Составление подробной карты объектов подводного культурного наследия.

7. Введение в законодательство таких понятий, как «подводный археологический парк» и «подводный археологический заказник», с целью запрета или ограничения судоходства, рыбной ловли и подводных погружений.

По мнению Я.И. Морозовой, создание заказников позволяет достичь две основные цели:

- 1) сохранение разнообразия памятников для будущих наблюдений подводными археологами;

- 2) защита памятников, подвергающихся опасности разрушения в силу природных или человеческих факторов⁹.

⁷ См.: *Сорокин П.Е.* Подводные археологические объекты в российском секторе строительства Северо-Европейского газопровода // Первая Международная научно-практическая конференция «Проблемы изучения и сохранения морского наследия России», 27–30 октября 2010 г. СПб.: Терра-Балтика, 2010. С. 189–196.

⁸ См.: *Домзал Р.* Рабочая группа по объектам береговой культуры и морскому наследию стран Балтийского моря // Первая Международная научно-практическая конференция «Проблемы изучения и сохранения морского наследия России», 27–30 октября 2010 г. СПб.: Терра-Балтика, 2010. С. 44–47.

⁹ См.: *Морозова Я.И.* Опыт управления подводным культурным наследием на примере Италии. М.: КПДР, 2006 [Электронный ресурс]. http://www.mpac.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=211

Таким образом, правовая охрана объектов подводного культурного наследия в Российской Федерации требует систематизации и дополнения. Мы полагаем, что необходимо провести ревизию национального законодательства в этой области, в частности:

1) ввести понятие «подводное культурное наследие» и «объекты подводного культурного наследия» в п. 5 ст. 2 и ст. 3 Федерального закона 2002 г. «Об объектах культурного наследия (памятников истории и культуры) народов Российской Федерации» и в ст. 243.2 Уголовного кодекса;

2) создать самостоятельный реестр объектов подводного культурного наследия;

3) внедрить в национальное законодательство положительный опыт Италии, который заключается в создании охраняемых государством водных территорий – подводных археологических парков и заказников. На данный момент на территории Италии созданы подводный археологический парк «Байя» (2002), «Гайола» (2002), заповедник о. Устика (1986). Также ведется работа по учреждению проекта подводного археологического парка на территории Аполлонии¹⁰. Создание охраняемых государством подводных парков и заповедников позволило Италии вводить специальные правила, ограничивающие судоходство и рыбную ловлю в зонах расположения объектов подводного культурного наследия. Нельзя не отметить эффективность данной формы охраны благодаря возможности контролировать доступ туристов к культурным объектам, а также отслеживать текущее состояние объекта и окружающей его среды. Затраты на охрану объекта подводного культурного наследия или группы таких объектов окупаются за счет притока туристов, кроме того, создание охраняемых водных территорий способствует развитию инфраструктуры региона и формирует дополнительные рабочие места.

Кроме того, требуется расширение международного сотрудничества Российской Федерации с государствами, имеющими опыт охраны, реставрации и консервации объектов подводного культурного наследия путем участия в совместных программах и международных подводно-археологических экспедициях.



Библиография

Домзал Р. Рабочая группа по объектам береговой культуры и морскому наследию стран Балтийского моря // Первая Международная научно-практическая конференция «Проблемы изучения и сохранения морского наследия России», 27–30 октября 2010 г. СПб.: Terra-Baltica, 2010. С. 44–47.

Морозова Я.И. Опыт управления подводным культурным наследием на примере Италии. М.: КПДР, 2006 [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.mpac.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=211 (дата обращения — 15 августа 2014 г.).

Сорокин П.Е. Подводные археологические объекты в российском секторе строительства Северо-Европейского газопровода // Первая Международная научно-практическая конференция «Проблемы изучения и сохранения морского наследия России», 27–30 октября 2010 г. СПб.: Terra-Baltica, 2010. С. 189–196.

Фазлуллин С.М. Изучение и сохранение подводного историко-культурного наследия России // Культурологический журнал. 2013. № 4(14) [Электронный ресурс]. Режим доступа <http://www.sc-journal.ru/rus/journals/136.html> (дата обращения — 15 августа 2014 г.).

Фазлуллин С.М. Подходы к управлению подводным культурным наследием // Первая Международная научно-практическая конференция «Проблемы изучения и сохранения морского наследия России», 27–30 октября 2010 г. СПб.: Terra-Baltica, 2010. С. 206–212.

Pizzinato Claudia. A project of the creation of an underwater archaeological park at Apollonia, Libya // International Journal of the Society for Underwater Technology. 2012. Vol. 30. № 4. P. 217–224.

¹⁰ См.: Pizzinato Claudia. A project of the creation of an underwater archaeological park at Apollonia, Libya // International Journal of the Society for Underwater Technology. 2012. Vol 30. No 4. P. 217–224.

The Issues of Protecting Underwater Cultural Heritage in the Russian Federation



Igor' Anisimov

Postgraduate student, Department of International Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: i-anisimov@mail.ru



Abstract

The article deals with the issues of protecting underwater cultural heritage in the Russian Federation. The subject-matter of the research are the factors affecting the preservation of the objects of underwater cultural heritage in Russia and the national legislation on protecting cultural heritage. The paper aims to present the system analysis of the issues of Russian Federation underwater cultural heritage. The article studies the reasons for arising the issues in this area, scrutinizes the factors affecting badly the objects of underwater cultural heritage, in particular legal and non legal factors. The author shows the lack of terminological consistency in Russian legislation for underwater cultural heritage and individual approach to register and catalogue them. Conclusions have been made that Russian Federation legal issues may cause damage or loss of an object of underwater cultural heritage as a valuable source of knowledge on historical and cultural past of the country. The article analyzes the topical national legislation on protecting underwater cultural heritage as well as normative acts 73-FZ *On the objects of underwater cultural heritage (monuments of history and culture) of the Russian Federation Peoples of 2002*, Russian Federation Criminal Code. A case from the practice of discovering and registration of sunk vessels and underwater artifacts in the water area of the Gulf of Finland has been shown. Hence, a conclusion has been made on the urgency to reconsider and amend Russian legislation in the area of cultural heritage. The author makes recommendations to improve normative acts to protect cultural heritage and managing underwater cultural heritage.



Keywords

commercial exploitation, cooperation, criteria, domestic legislation, *in situ*, legal factors, legal protection, management, preservation, underwater cultural heritage, underwater archaeological park, reserve.

Citation: Anisimov I. (2014) The Issues of Protecting Underwater Cultural Heritage in Russian Federation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 136–143. (in Russian)



References

Domzal R. (2010) Rabochaya gruppa po ob'ektam beregovoi kultury I morskomu naslediyu stran Baltiyskogo moria [Working Group on coastal culture and maritime heritage of the Baltic Sea]. *Proceedings of 1st International Conference «Problemy izucheniya i sokhraneniya morskogo naslediya Rossii*. 27–30 oktyabrya 2010. SPb.: Terra-Baltika, pp. 44–47.

Morozova Ya.I. (2006) *Opyt upravleniya podvodnym kul'turnym naslediem na primere Italii* [A case study of managing underwater cultural heritage in Italy]. M.: KPDR. Available at: http://www.mpac.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=211 accessed 15.08.2014.

Sorokin P.E. (2010) Podvodnye arkhologicheskie ob'ekty v rossiyskom sektore stroitel'stva Severo-evropeyskogo gazoprovoda [Underwater archeological artefacts in the Russian zone of North European gas pipeline]. *Proceedings of 1st International Conference «Problemy izucheniya i sokhraneniya morskogo naslediya Rossii*. 27–30 oktyabrya 2010. SPb.: Terra-Baltika, pp. 189–196.

Faziullin S.M. (2013) Izuchenie i sokhranenie podvodnogo istoriko-kul'turnogo naslediya Rossii [Studying and preserving underwater historical and cultural heritage of Russia]. *Kul'turologicheskiy zhurnal*, no 4. Available at: <http://www.cr-journal.ru/rus/journals/136.html> accessed 15.08.2014.

Fazlullin S.M. (2010) Podkhody k upravleniyu podvodnym kul'turnym naslediem [Approaches to managing underwater cultural heritage]. *Proceedings of 1st International Conference Problemy izucheniya i sokhraneniya morskogo naslediya Rossii*. 2010. 27–30 oktyabrya. SPb.: Terra-Baltika, pp. 206–212.

Pizzinato C. (2012) A Project of the Creation of an Underwater archaeological park at Appollounto, Lybia. *International Journal of the Society for Underwater Tecnology*, vol. 30, no 4, pp. 217–224.

Уголовно-правовая охрана корпоративных отношений



Т.В. Семёнов

аспирант кафедры уголовного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., д. 20. E-mail: tv-semenov@yandex.ru.



Аннотация

Автор статьи анализирует корпоративные отношения с точки зрения объекта уголовно-правовой охраны и сферы установления уголовно-правовых запретов. Обращается внимание на динамизм общественной и жизни и появление более двух десятилетий назад новой группы общественных отношений, нуждающихся в детальном научном осмыслении. В силу приоритетности для уголовного права восполняющего законодательства дается нормативная и доктринальная характеристика отношений, складывающихся внутри корпорации. Автором проведен анализ позиций относительно определения понятия и правовой природы корпоративных отношений со стороны современных правоведов. Отмечено отсутствие общего подхода к их пониманию. Выявлено наличие в современной юридической литературе различных представлений о понятии и правовой природе данной группы общественных отношений, которые могут быть обозначены следующими концепциями: 1) теория единого правоотношения; 2) теория организационно-имущественных отношений; 3) теория любых правоотношений между юридическим лицом и его участником; 4) теория вторичных прав; 5) теория корпоративной правоспособности; 6) теория абсолютных отношений. Обращено внимание на легальное расширение предмета гражданского права с 1 марта 2013 г. за счет включения в него корпоративных отношений. Автором дана краткая характеристика их легального понимания как отношений участия в корпорации или управлению ею. Обосновывается что, несмотря на выделение законодателем двух подгрупп корпоративных отношений, основными из них являются отношения участия в корпорации, а производными — отношения управления. Отдельно проанализирована ст. 2 Уголовного кодекса Российской Федерации на предмет возможности включения данной группы отношений в объект уголовно-правовой охраны. Делается вывод о правомерности распространения уголовно-правовых средств на охрану корпоративных прав и интересов. Аргументируется необходимость их охраны средствами уголовного закона, наряду с иными отраслевыми средствами защиты. Статья подробно содержит конкретизацию различного причинного комплекса, обосновывающего необходимость установления пригодных для практического применения уголовно-правовых запретов в сфере корпоративных отношений. Главным образом это объясняется совокупностью различных социальных, экономических и правовых причин.



Ключевые слова

корпоративные отношения, корпорация, теории корпоративных отношений, объект уголовно-правовой охраны, уголовный запрет, уголовно-правовой запрет в сфере корпоративных отношений, средства уголовного закона

Библиографическое описание: Семенов Т.В. Уголовно-правовая охрана корпоративных отношений // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 3. С. 144–158.

Анализ развития практически любого современного общества свидетельствует о постоянном стремлении его членов к совершенству как некой идеальной, желаемой моде-

ли, устраивающей если не всех, то большинство. Одно из следствий такого стремления находит свое зеркальное отражение в динамизме общественных отношений. В свою очередь динамизм общественных отношений в зависимости от степени его интенсивности приводит к тому, что одни отношения изменяются, другие прекращаются, а на смену им приходят новые общественные отношения.

В более явной мере указанные новации происходят в переходный период развития общества. Для представителей юридической науки в этом случае приобретает дополнительный интерес изучение их основной материи — государства и права — в новых условиях, при переходе от развития и существования общественных отношений в рамках прежней матрицы к иной, качественно и содержательно новой.

Не явилось исключением из этого в прошлом советское, а ныне российское общество, когда около четверти века назад под лозунгами «перестройка» и «гласность» существенным образом началось изменение общественных отношений и устоев общества. Так, проводившиеся в тот период реформы, направленные на разгосударствление экономики, внедрение рыночных отношений, свободу торговли, впервые после эпохи новой экономической политики (НЭПа) возродили кооперативное движение, а несколько позже вновь позволили осуществлять объединение капиталов в форме акционерных обществ либо обществ с ограниченной ответственностью как основных форм ведения хозяйственной деятельности. В частности, это стало возможным после принятия Постановления Совета Министров СССР от 19 июня 1990 г. № 590 «Об утверждении Положения об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью и Положения о ценных бумагах»¹.

Указанная правовая «реанимация» как возможности осуществления хозяйственной деятельности вообще, так и возможности ее осуществлять в новых правовых формах привела к появлению новых общественных отношений — корпоративных отношений, нуждавшихся в соответствующем адекватном правовом регулировании.

В настоящее время ситуация существенно изменилась. Корпоративные отношения регулируются как множеством нормативных правовых актов в целом, так и правовых актов разной отраслевой принадлежности (гражданское, административное и уголовное право). Наиболее жесткая оценка поведения участников корпоративных отношений осуществляется средствами уголовного права. Оно существенным образом определяет пределы усмотрения в данной области, заставляя при осуществлении корпоративного управления учитывать соответствующие уголовно-правовые риски. В связи с этим актуальным является анализ корпоративных отношений как объекта уголовно-правовой охраны и сферы установления соответствующих уголовно-правовых запретов. Полагаем, что указанное возможно посредством выяснения: 1) что представляют собой корпоративные отношения с точки зрения социальных благ, 2) нуждаются ли они в уголовно-правовой охране, 3) какая система запретов должна быть задействована. Это все первое направление — проективный анализ. Второе направление — оценочно-ретроспективное. Оно заключается в выяснении, соответствует ли практика применения уголовного закона действующим потребностям в охране корпоративных отношений.

Несмотря на появление первых зачатков корпоративных отношений в нашей стране еще во времена Петра Первого, в настоящее время следует констатировать, что юридической наукой не выработано единого, согласованного подхода к пониманию корпора-

¹ Постановление Совета Министров СССР от 19 июня 1990 г. № 590 «Об утверждении Положения об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью и Положения о ценных бумагах» // СПС «Консультант Плюс».

тивных отношений, их природы и содержания. Так, отсутствие в советский период единой, завершенной и непротиворечивой концепции указанного понятия, на наш взгляд, обусловлено как самой сложностью данного явления — корпоративных отношений, с одной стороны, так и отсутствием заинтересованности советских правоведов к изучению данного явления. При всем уважении к советским цивилистам, обращавшимся к изучению отдельных вопросов корпоративного права, здесь мы имеем в виду именно отсутствие фундаментальных, базисных, общетеоретических разработок.

В советский период корпоративные отношения не подвергались глубокому научному анализу по причине отсутствия в этом потребности со стороны практики — реальной жизни. Предметом исследований являлись лишь правоотношения членства в колхозах и общественных организациях. Как следствие, возникший вакуум в научных исследованиях корпоративных отношений, обусловленный исчезновением различных организационно-правовых форм ведения хозяйственной деятельности во второй половине 20-х годов прошлого столетия в связи с национализацией экономики и продолжавшийся до 1990-х годов, не мог не иметь негативных последствий. В некоторой степени указанное позволяет говорить о «молодости» корпоративного права как основной науки, занимающейся изучением корпоративных отношений.

Давая оценку современному периоду развития корпоративного права, будет нелишним заметить, что до внесения поправок в Гражданский кодекс Российской Федерации (далее также — ГК РФ) по интересующему нас вопросу корпоративные отношения рассматривались в более широком понимании. Разброс мнений был крайне велик. Так, одни авторы полагали, что корпоративные отношения охватывают все внутренние отношения в организации, а также иные правовые связи, в которые вступает юридическое лицо².

Данный подход является неверным. Как не все отношения, в которые вступают или могут вступить члены семьи, не являются семейными, так и не все правовые связи, которые возникают внутри или в связи с фактом существования корпорации, могут признаваться корпоративными. При ином понимании стирается грань между корпоративными и другими отношениями (гражданскими, административными, трудовыми).

На сегодняшний день к числу исследователей, предложивших самостоятельную, качественно новую и обладающую высоким уровнем оригинальности концепцию, мы относим следующих авторов: Д.В. Ломакин (теория единого правоотношения), П.В. Степанов (теория организационно-имущественных отношений), Н.В. Козлова (любые правоотношения юридического лица с его участниками), А.Б. Бабаев (теория вторичных прав), С.Ю. Филиппова, В.А. Белов (корпоративная правоспособность — юридическая форма корпоративных отношений), Р.Р. Ушницкий (корпоративные отношения — абсолютные отношения).

Д.В. Ломакин является одним из первых ученых, предложивших самостоятельную концепцию понимания корпоративных отношений. Основные ее положения изложены в его кандидатской и докторской диссертациях, а также в двух монографиях³. Подробно рассматривая мнения ученых относительно природы корпоративных отношений, Ломакин делает вывод, что они носят исключительно внутриорганизационный характер,

² См.: Гуцин В.В., Порошкина Ю.О., Сердюк Е.Б. Корпоративное право: учеб. М.: Эксмо, 2006. С. 119.

³ См.: Ломакин Д.В. Акционерное правоотношение: понятие, содержание, субъекты: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996; *Его же*. Акционерное правоотношение. М.: Спарк, 1997; *Его же*. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008; *Его же*. Корпоративные отношения как составная часть гражданско-правовых отношений: на примере хозяйственных обществ: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009.

т.е. представляют собой отношения, возникающие внутри корпорации. В то же время не все внутренние отношения являются корпоративными. Их конститутивным признаком является наличие участников, объединенных общими целями, а также наличие самой созданной в установленном порядке корпорации. Корпоративные правоотношения возникают ввиду приобретения, осуществления, передачи корпоративных прав и исполнения обязанностей, а также при защите корпоративных прав, если используются специальные корпоративные способы защиты. Эти отношения могут называться отношениями участия или членства. Именно участие (членство) позволяет отличать корпоративные правоотношения от иных внутриорганизационных отношений. Участие (членство) предполагает наличие между лицом и корпорацией особых правовых связей (комплекса правовых связей), что выражается в наличии у них субъективных прав и обязанностей, составляющих содержание такого правоотношения⁴.

Корпоративные правоотношения в целом являются собирательным понятием, поскольку включают основные и зависимые правоотношения. Основные опосредуют имущественное и не имущественное участие в деятельности корпорации. Зависимые отношения для своего возникновения помимо наличия статуса участника требуют дополнительных юридических фактов, например принятия корпоративного акта⁵.

Правоотношение участия (членства) — это «урегулированное нормами гражданского права единое, сложное внутриорганизационное общественное отношение имущественного характера, возникающее между юридическим лицом, основанным на началах участия (членства) и ее участниками в момент приобретения последним прав участия (членства), опосредующих процесс имущественного и неимущественного участия в ее деятельности»⁶.

Представителем второй выделяемой нами концепции является П.В. Степанов⁷. Диссертационная работа данного автора также относится к числу одной из первых работ по данной теме после принятия первой части Гражданского кодекса Российской Федерации. Как и многие предыдущие исследователи, автор отмечает, что корпоративные отношения не могут быть подведены под определение уже известных отношений — вещных и обязательственных. Степанов, признавая гражданско-правовую природу корпоративных отношений, т.е. рассматривая их как определенную разновидность гражданских отношений, предложил понимать корпоративные отношения как организационно-имущественные отношения в коммерческой организации, возникающие между корпоративной организацией, ее членами и третьими лицами (управляющими), поскольку их сутью являются экономические отношения по управлению собственностью, лишённые связи с личностью участника⁸.

Из такого понятия следуют два вывода. Во-первых, П.В. Степанов вслед за О.А. Красавчиковым соглашался с возможностью существования гражданско-правовых организационных отношений, во-вторых, он причислял корпоративные отношения именно к имущественным. Дополнительно обращается внимание на единство корпоративных

⁴ См.: Ломакин Д.В. Корпоративные отношения как составная часть гражданско-правовых отношений: на примере хозяйственных обществ: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009. С. 27–28.

⁵ См.: Там же. С. 12–13.

⁶ Там же. С. 13.

⁷ См.: Степанов П.В. Корпоративные отношения в коммерческих организациях как составная часть предмета гражданского права: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999.

⁸ См.: Степанов П.В. Корпоративные отношения в коммерческих организациях как составная часть предмета гражданского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 8.

отношений, несмотря на их организационно-имущественную природу. Единство заключается в наличии корпоративного интереса — основной причине совместной деятельности. Личные интересы участников могут не совпадать с общими корпоративными интересами, что приводит к корпоративным конфликтам, но при этом корпорация преследует прежнюю цель — получение наибольшей прибыли как любая коммерческая организация.

Исследуемый автор обоснованно критиковал некоторые существовавшие в тот период подходы, приводящие к необоснованно широкому пониманию корпоративных отношений, справедливо замечая, что корпоративные отношения — это всегда внутренние отношения в рамках корпорации. При этом дополнительно в структуре корпоративных отношений он выделял регулятивные и охранительные отношения. Первые всегда связаны с реализацией соответствующих корпоративных прав и исполнением обязанностей, а вторые — с защитой внутриорганизационными способами и средствами корпоративных субъективных прав⁹.

Основным тезисом, определяющим суть концепции Н.В. Козловой, является утверждение, что корпоративными являются любые правоотношения, сложившиеся между корпорацией (юридическим лицом), с одной стороны, и ее (его) участником — с другой. Далее она указывает, что «любые права, которые учредители (участники, члены) корпорации приобретают по отношению к ней, являются элементом содержания корпоративного правоотношения, а потому должны быть названы корпоративными, а не обязательственными правами»¹⁰. Кроме того, цитируемый автор усматривает наличие корпоративных правоотношений между собственником имущества и даже учреждением. Помимо прочего, в качестве корпоративных прав, вместо ограниченных вещных прав, рассматриваются право хозяйственного ведения и право оперативного управления.

Рассуждения, предложенные вниманию читателей в работе 2005 г.¹¹ по исследуемому нами вопросу, дополняются двумя тезисами: 1) о расширении круга субъектов за счет лиц, выполняющих функции органов управления в корпорации¹²; 2) о возникновении корпоративных отношений путем замены предшествующих ему обязательственных правоотношений между учредителями¹³. Основным отличием данной теории от двух предшествующих является отказ от наличия некоего единого корпоративного правоотношения и признания наличия корпоративных правоотношений различного содержания и вида. В то же время существенным минусом теории Козловой является крайне широкое понимание корпоративных отношений и, по сути, отождествление их с корпорационными.

Концепция А.Б. Бабаева находит свое отражение в его кандидатской диссертации¹⁴, очерке¹⁵ и специальной научной статье¹⁶. Данный автор, не соглашаясь, наряду с иными

⁹ См.: Степанов П.В. Корпоративные отношения в коммерческих организациях как составная часть предмета гражданского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 9.

¹⁰ См.: Козлова Н.В. Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории: учеб. пособие. М.: Статут, 2003. С. 245.

¹¹ См.: Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. М.: Статут, 2005.

¹² См.: Там же. С. 121.

¹³ См.: Там же. С. 139–140.

¹⁴ См.: Бабаев А.Б. Проблема вторичных прав в российской цивилистике: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

¹⁵ См.: Бабаев А.Б. Проблема корпоративных правоотношений // Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. М., 2007. С. 822–836.

¹⁶ См.: Бабаев А.Б. Методологические предпосылки исследования корпоративных правоотношений // Вестник гражданского права. 2007. Т. 7. № 4. С. 5–22.

учеными, с признанием корпоративных отношений в качестве вещных или обязательственных, предложил рассматривать их в качестве вторичных. Он считает, что правоотношения с участием корпорации представляют собой сложный комплекс обязательственных, вторичных и некоторых иных отношений между различными субъектами. Они представляют собой целый комплекс правоотношений различного содержания и юридической природы, построенных на разных принципах, с различным субъектным составом. Правоотношения могут быть внутрикорпоративными (отношения с участием органов юридического лица) и внешнекорпоративными (отношения между корпорацией и ее участниками). Центральным из них являются отношения участия в формировании воли корпорации.

В виду множественности отношений, в которые вступает корпорация, А.Б. Бабаев из числа корпоративных исключает все обязательственные и вещные правоотношения, в которые могут вступать любые субъекты. По его мнению, «ядро корпоративного права составляет правомочие или возможность голосовать на общем собрании», поскольку только это правомочие принадлежит акционеру независимо от количества акций и является непосредственным проявлением возможности формировать волю юридического лица. Право голосовать в отличие от обязательств не обеспечивается обязанностями корпорации. Данному праву противостоит связанность общества волеизъявлением управомоченного лица. Если в обязательстве интерес лица удовлетворяется посредством совершения определенных действий обязанным лицом, то в корпоративном праве — в силу действий самого управомоченного лица. Если в обязательстве на пассивной стороне находится обязанность совершить данное действие, то в корпоративном правоотношении — это лишь связанность действиями активного лица. Указанное позволяет рассматривать корпоративные отношения в качестве вторичных.

Особый интерес представляет концепция «корпоративной правоспособности». Ее авторами являются С.Ю. Филиппова¹⁷ и В.А. Белов¹⁸. Данная концепция основывается на критике понимания корпоративных отношений, единственной формой существования которых выступает правоотношение. Предлагается считать юридической формой существования корпоративных отношений не корпоративные *правоотношения*, а *корпоративную правоспособность*.

В рамках данной теории следует обратить внимание на два важных момента. Во-первых, выделяемые многими авторами так называемые корпоративные отношения и права (право на дивиденды, на ликвидационный остаток и т.д.) не имеют особой специфики, позволяющей не отождествлять их с гражданско-правовыми. Поскольку они обладают теми же самыми признаками, что и гражданские отношения, то зачем добавлять дополнительный ярлык — корпоративные? Во-вторых, для реализации большинства прав участникам корпорации недостаточно наличия лишь одного статуса участника. К примеру, для реализации права на голосование на общем собрании и права на получение прибыли необходимы дополнительные юридические факты (принятия решения о созыве общего собрания, принятия решения о распределении прибыли). Таким образом, авторы данной теории считают, что можно говорить лишь о некой корпоративной правоспособности, которой наделяются участники корпоративных отношений.

¹⁷ См.: Филиппова С. Ю. Внутренние правоотношения в хозяйственном обществе: дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2001.

¹⁸ См.: Корпоративное право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт, 2009. С. 193–225 (автор очерка — В.А. Белов).

Недостатком данной концепции является то, что, во-первых, правоспособность — это установленная законом абстрактная возможность быть субъектом всех прав и обязанностей и, во-вторых, она не объясняет правовую природу оборота объектов корпоративных прав, не объясняет способы защиты, которые должны применяться при нарушении корпоративного права¹⁹.

Последней выделяемой нами концепцией является разработанная Р.Р. Ушницким теория абсолютных корпоративных отношений²⁰. Основные положения данной концепции следующие. Корпоративное отношение — это отношение участия в корпорации, создании, деятельности, прекращении юридического лица. Предлагается выделять отношения статики и динамики. Основное корпоративное отношение — отношение статики, производные корпоративные отношения — отношения динамики. Объектом статического корпоративного отношения является участие в корпорации. Ценность этого блага состоит в совокупности всех юридических предпосылок, которые такое участие в корпорации предоставляет в данный момент. «Участие в корпорации» является общим объектом гражданского права, видами которого выступают объекты, которые обозначаются акциями, долями, паями, членством.

Корпоративное правоотношение участия в корпорации является абсолютным по своей природе, существует наряду с другими абсолютными правоотношениями: вещными и исключительными. Корпоративное правоотношение — это гражданское, имущественное правоотношение. Корпоративное правоотношение участия опосредует статику корпоративных отношений в широком смысле этого слова, является предпосылкой для динамики таких отношений. Абсолютной природой корпоративного правоотношения объясняется гражданско-правовая природа правоотношения по управлению корпорацией между корпорацией и лицами, осуществляющими функции ее органов управления. Гражданско-правовая (корпоративно-правовая) квалификация этих отношений вытекает из того, что риск неблагоприятных последствий от недобросовестных действий лица, осуществляющего функции органа управления корпорацией, лежит на ее участниках²¹.

Удаляясь от доктринального понимания корпоративных отношений и переходя к их легальному пониманию, следует отметить следующее. На законодательном уровне определение корпоративных отношений долгое время отсутствовало. Лишь в связи с разработкой в 2005 г. Концепции развития корпоративного законодательства, а затем в 2009 г. Концепции развития гражданского законодательства в ГК РФ были внесены соответствующие законодательные изменения. С 1 марта 2013 г. предмет гражданского права расширен за счет включения в него корпоративных отношений. В настоящее время, по мнению законодателя (ст. 2 кодекса), корпоративные отношения — это отношения связанные с участием в корпоративных организациях или управлением ими.

Таким образом, хотя многие ученые и до этого указывали на возможность включения корпоративных отношений в предмет гражданского регулирования в виду от-

¹⁹ См.: Шиткина И.С. Корпоративное право: к вопросу об истинности субъективных суждений и ложности научных концепций // Хозяйство и право. 2009. № 12. // СПС «Консультант Плюс»; Ушницкий Р.Р. Гражданско-правовая форма корпоративного отношения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2013. С. 13.

²⁰ См.: Ушницкий Р.Р. Гражданско-правовая форма корпоративного отношения: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2013.

²¹ См.: Ушницкий Р.Р. Гражданско-правовая форма корпоративного отношения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2013. С. 8–9.

крытости его формулировки («и иные отношения, основанные на автономии воли, равенстве, свободе участников»), в настоящее время спор об отнесении корпоративных отношений к гражданским разрешен на законодательном уровне. Указанное позволяет утверждать, что произошедшее в рамках реформы расширение предмета гражданского права требует соответствующего адекватного осмысления корпоративных отношений.

В сегодняшнем гражданском законодательстве, как видно из содержания внесенных в ГК РФ поправок, корпоративные отношения предлагается понимать в их классическом, бесспорно и всеми признаваемом узком значении, т.е. посредством определения через, во-первых, участие в корпоративной организации, во-вторых, через управление корпоративной организацией. На наш взгляд законодатель пошел по пути квалификации корпоративных отношений через их статику — участие (членство) и динамику — корпоративное управление.

В настоящее время большинство авторов рассматривает участие в корпорации сквозь призму поведенческой модели. Участие в корпорации — это реализация участником своих прав и обязанностей по отношению к корпорации: прав на управление, на участие в распределении прибыли и т.д. Иной точки зрения придерживается Р.Р. Ушницкий, считающий, что участие в корпорации — особый вид материального блага, поскольку: 1) обладает потребительской и меновой ценностью; 2) оборотоспособно; 3) требует легитимации его обладателя; 4) носит бессрочный характер; 5) нуждается в особой правовой охране²². Участие в корпорации не имеет материальной оболочки и не может рассматриваться в качестве вещи, а ценность состоит в совокупности предпосылок, которые предоставляет участие в корпорации.

На наш взгляд, эти подходы могут быть объединены. Участие в корпорации действительно является благом, специальным обозначением (закреплением) которого является акция, доля и т.д., а конкретным содержанием данного блага будут явления фактического рода — поведение участника в рамках корпорации и реализация им своих прав и обязанностей. Такой подход позволит одновременно оценивать такое участие и как правомерное или неправомерное поведение (в случае злоупотреблении правами, принятии решений об исключении из корпорации).

В современном философском понимании управление — это воздействие на управляемую систему в целях упорядочивания или достижения определенного результата. Хотя законодатель упоминает в качестве корпоративных отношений два элемента — участие и управление, по нашему мнению, основой корпоративных отношений является именно участие в корпорации. Участие в управлении корпорацией — производные от них отношения.

В юридической литературе управление корпорацией наиболее часто раскрывается через понятия «управление имуществом», «управление деятельностью и делами корпорации», «корпоративное управление». Для целей выявления сути управления корпорацией наибольший интерес представляет корпоративное управление, поскольку управление делами корпорации более широкая категория.

Полагаем, что в рамках участия в управлении корпорацией можно выделить две группы отношений: 1) отношения участников корпорации по управлению ею; 2) отношения между корпорацией и лицами, осуществляющими функции органов управления. Корпоративное управление — это некоторая модель, обеспечивающая как достижение

²² См.: Ушницкий Р.Р. Гражданско-правовая форма корпоративного отношения // Вестник гражданского права. 2011. № 5. С. 64–91. Его же. Гражданско-правовая форма корпоративного отношения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. С. 12.

согласованных целей участников управления, так и наиболее эффективное функционирование корпорации в целом.

Появление новых форм экономической деятельности привело и к злоупотреблениям и нарушениям в этой сфере. Кроме того, любая долговременная совместная деятельность неизбежно сопровождается появлением различных конфликтов между ее участниками. Вполне логично, что в зависимости от характера противоправного поведения, его последствий и иных факторов постепенно возник вопрос об адекватной системе мер защиты, а также охраны прав участников корпоративных отношений. В частности, стоит ли наряду с компенсационными гражданско-правовыми средствами, задействовать и публично-правовые (административные, уголовные) средства для обеспечения надлежащего правового поведения? Актуальность этого вопроса сохраняется и по сегодняшний день.

Толкование корпоративных отношений свидетельствует о наличии приоритетности исполняющего законодательства в части понимания их как объекта охраны, поэтому проведенный анализ понятия и правовой природы корпоративных отношений позволяет перейти к выяснению вопроса, являются ли они объектом уголовно-правовой охраны.

Стоит отметить, что как в прошлом, так и в настоящем большинство диссертационных исследований по уголовному праву основано на нормативно-правовом подходе, иными словами, традиционно детальному анализу подвергаются отдельные составы преступлений, а также проблемы квалификации преступлений. Не умаляя достоинств такого подхода, хотелось бы обратить внимание на необходимость проведения исследований об уголовно-правовой защите (охране) отдельных сфер жизнедеятельности. Данный подход основывается на предписаниях ст. 2 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) и начинает интересовать исследователей²³.

Согласно ст. 2 УК РФ задачами уголовного закона являются охрана прав и свобод человека и гражданина, собственности, общественного порядка и общественной безопасности, окружающей среды, конституционного строя Российской Федерации от преступных посягательств, обеспечение мира и безопасности человечества, а также предупреждение преступлений. Для решения этих задач устанавливаются основание и принципы уголовной ответственности, определяются, какие опасные для личности, общества или государства деяния признаются преступлениями, устанавливаются виды наказаний и иные меры уголовно-правового характера за совершение преступлений.

Как видно, уголовное законодательство в качестве одного из своих объектов признает охрану прав и свобод человека и гражданина, а также собственности. При понимании корпоративных отношений как отношений по участию в корпоративной организации и управлению ею следует, что соответствующее право участия (членства), а также права, являющиеся содержанием корпоративного управления, потенциально могут рассматриваться в качестве объекта уголовно-правовой охраны, если данные права принадлежат физическому лицу. Право участия в корпорации, принадлежащее юридическому лицу, к сожалению, не называется законодателем в качестве объекта охраны.

²³ Так, к числу таких работ, выполненных по алгоритму от объекта защиты к его средствам, можно отнести работы следующих авторов: Кузнецов С.А. Уголовно-правовая защита продовольственной безопасности (по материалам г. Москвы): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007; Погосова З.М. Уголовно-правовая охрана потребительского рынка электрической энергии: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010; Барышева К.А. Уголовно-правовая защита прав кредиторов при банкротстве кредитной организации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012; Рябова А.Ю. Преступления, совершаемые на рынке ценных бумаг: социальная обусловленность, законодательная регламентация, квалификация: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013 и т.д.

Данный вывод основывается на буквальном толковании ч. 1 ст. 2 УК РФ, поскольку в ней не говорится об охране прав юридических лиц. Скорее всего, подобное упущение связано с тем, что на момент разработки нового уголовного кодекса почти два десятилетия назад проблема защиты прав юридических лиц средствами уголовного закона не стояла так остро, как сейчас.

В то же время обозначенный пробел частично устраняется путем упоминания в качестве объекта собственности. Право участия в корпорации, будучи специальным правовым благом, одновременно имеет свое формальное обозначение — акция, доля, пай и т.д. Несмотря на существование множества дискуссий о правовой природе акций, гражданское законодательство до 2 июля 2013 г. рассматривало их в качестве вещей, даже если они были бездокументарными. После этой даты, согласно внесенным в ст. 128 ГК РФ изменениям, подход изменился. Теперь вещами признаются только документарные ценные бумаги, а бездокументарные ценные бумаги, к числу которых относятся и акции, признаются иным имуществом. Кроме того, системный анализ норм Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» свидетельствует, что ценные бумаги принадлежат их владельцам именно на праве собственности. Таким образом, гражданское законодательство, рассматривая акции в качестве объекта права собственности, позволяет утверждать, что право участия в корпорации, закрепленное в форме акции, может защищаться с помощью уголовно-правовых средств.

Указанное понимание корпоративных отношений позволяет утверждать потенциальную возможность их рассмотрения в качестве объекта уголовно-правовой охраны, а предписания ст. 8 УК РФ (основанием уголовной ответственности является совершение деяния, содержащего все признаки состава преступления) позволяют законодателю устанавливать применительно к каждому отдельному уголовно-правовому запрету пределы уголовно-правового регулирования в виде обязанностей и прав, возложенных на различные группы адресатов запрета.

Исходя из внесенных в ст. 2 ГК РФ поправок и легального понимания корпоративных отношений можно прийти к выводу, что законодатель проводит разделение прав участия в корпорации и прав на управление ею. На наш взгляд, именно данные права могут быть нарушены в ходе корпоративных конфликтов, сопряженных с несоблюдением уголовно-правовых запретов.

Анализ правоприменительной практики показывает, что чаще всего преступления в сфере корпоративных отношений приводят к нарушению следующих социальных благ:

- 1) лишению права на участие в корпорации или уменьшению уровня корпоративного контроля;
- 2) воспрепятствованию или ограничению реализации корпоративных прав²⁴;
- 3) причинению корпорации убытков в ходе корпоративного управления.

²⁴ Гр. Шилин, являясь директором ООО «Квант-Союз», в целях одобрения крупной сделки по отчуждению имущества данного общества в виде акций ОАО «НПП КП Квант», провел в октябре 2010 г. внеочередное общее собрание участников ООО «Квант-Союз», которое оформил соответствующим протоколом. При этом в качестве присутствующих были указаны члены общества, фактически не принимавшие участие в собрании. В результате его преступных действий члены общества лишились права принятия решения на общем собрании участников, что повлекло за собой необоснованное отчуждение акций ОАО «НПП КП Квант» на общую сумму свыше 3,6 млн руб. После утверждения обвинительного заключения уголовное дело (ч. 1 ст. 185.5 УК РФ (фальсификация решения общего собрания акционеров (участников) хозяйственного общества)) направлено в Советский районный суд г. Ростова-на-Дону для рассмотрения по существу // <http://genproc.gov.ru/smi/news/news-77090/> (дата обращения — 15 февраля 2014 г.).

Необходимость охраны корпоративных отношений средствами уголовного закона объясняется социальными, экономическими и правовыми причинами.

Социальные причины:

- возрастающее внимание государства и общества к потребности создания надежной корпоративной практики, вызывающей доверие и удовлетворенность у всех участников корпоративных отношений;
- общественный резонанс, вызываемый фактами рейдерства;
- неудовлетворенность и тревожность владельцев бизнеса относительно возможности его утраты вследствие противоправных действий третьих лиц;
- масштабность проявления корпоративных конфликтов и их распространенность практически во всех субъектах Российской Федерации.

Экономические причины:

- необходимость повышения инвестиционной привлекательности Российской Федерации;
- данные преступления нередко приводят к банкротству корпорации, массовым сокращениям работников, задержкам в выплате заработной платы²⁵;
- данные преступления могут быть сопряжены с уклонением от уплаты налогов.

Правовые причины:

- лишение права на участие в корпорации влечет утрату высокоценного объекта (акции, доли в уставном капитале), пользующегося спросом на рынке. Тем самым причиняется имущественный ущерб, который нередко гораздо больше, чем при классических (традиционных) преступлениях;
- уменьшение корпоративного контроля затрудняет или делает невозможным влияние участника корпорации на принятие решений о распределении прибыли, тем самым делая практически бессмысленным продолжение участия в корпорации, несмотря на то, что ранее данный участник внес вклад в уставный капитал общества;
- ненадлежащее корпоративное управление со стороны органов корпорации (выдача необеспеченных займов, векселей, поручительство, иные способы сознательного вывода активов) зачастую приводит к причинению корпорации убытков, уменьшению ее общих активов, а в конечном счете — и рыночной стоимости акций, долей, поскольку их стоимость зависит от стоимости чистых активов корпорации;
- поскольку единый государственный реестр юридических лиц носит характер публичной достоверности, то включение в него недостоверных сведений (ст. 170.1, 285.3 УК РФ) о единоличном исполнительном органе вводит в заблуждение контрагентов в части его правомочности на совершение тех или иных сделок. Во время рейдерских захватов нелегитимный единоличный исполнительный орган корпорации либо лица, действующие на основании выданной им доверенности, на-

²⁵ Самарский областной суд (дело № 22-287/2014) оставил без изменения приговор Куйбышевского районного суда г. Самары (дело № 1-222/2013) о признании бывшего депутата Городской думы Самары и гендиректора ОАО «Самарский резервуарный завод» Сергея Богданова виновным в совершении преступления по ч. 2 ст. 201 УК РФ (злоупотребление полномочиями, повлекшее тяжкие последствия). Богданов был приговорен к 3 годам колонии общего режима и на 3 года лишен права занимать должности в органах госвласти и местного самоуправления. В нарушение устава общества, положения о генеральном директоре и о совете директоров, без процедуры согласования он заключил ряд договоров с юридическими лицами на отгрузку продукции ОАО «Самарский резервуарный завод». При этом оплата за поступившую продукцию на предприятие не поступила. В результате заводу был причинен ущерб на сумму свыше 72 млн руб. Это повлекло простой производства, снижение ликвидности завода, инициацию процедуры банкротства и, как следствие, задержку выплаты заработной платы сотрудникам предприятия // ИПС «Актоскоп» / <http://actoscope.com/> (дата обращения — 25 августа 2014 г.).

чинают отчуждение наиболее ценных объектов в пользу аффилированных с захватчиками лиц²⁶. Во время рассмотрения в арбитражных судах корпоративных споров от корпорации часто выступают два и более представителя, действующие на основании доверенностей, выданных за подписью разных единоличных исполнительных органов корпорации (прежнего руководителя и руководителя, назначение которого оспаривается). Причем правовые позиции данных представителей, как правило, являются диаметрально противоположными (одни заявляют о признании иска, другие просят в иске отказать), что создает для суда существенные препятствия относительно определения, какой из представителей выражает подлинную волю юридического лица;

- при разрешении многих корпоративных конфликтов из-за злоупотреблений со стороны участников спора арбитражный суд не имеет возможности установить все подлинные обстоятельства дела. Так, сторонам спора проще уплатить судебный штраф, чем представлять невыгодные для них письменные доказательства (документы), свидетелям проще уклоняться от явки в суд. Довольно часто документы подделываются, «создаются» с прошедшей датой. При этом за счет определенных подготовительных действий риски выявления всего этого в ходе технико-криминалистической экспертизы минимизируются. Арбитражный суд не может провести обыски, выемки, оперативно допросить участников корпоративных конфликтов. Часто активы оформляются на созданные исключительно для этих целей офшорные компании, что приводит к существенному увеличению сроков рассмотрения судебных споров по возврату данных активов из-за необходимости надлежащего извещения компаний, находящихся в зарубежной юрисдикции. Как итог, судебные процессы длятся годами, и потерпевшая сторона не может осуществлять утраченные права, неся при этом убытки;
- сложность восстановления и защиты прав в таких ситуациях нередко свидетельствует о неэффективности только гражданско-правовых способов оценки противоправного поведения

В силу предписаний ч. 1 ст. 2 УК РФ существуют реальная возможность и потребность уголовно-правовой охраны прав участников корпоративных отношений. Потребность подтверждается эмпирическими данными, неудовлетворительным состоянием правопорядка, достаточно высокой степенью опасности правонарушений, совершаемых в сфере корпоративных отношений, а также недостаточно эффективным механизмом реализации традиционных уголовно-правовых запретов. Уголовная ответственность за такие нарушения способна в определенной степени повысить уровень правопорядка, и уже сейчас, в силу субсидиарного характера уголовного права, выступая наиболее жесткой мерой ответственности, дополнительно обеспечивает соблюдение прав участников корпоративных отношений.

²⁶ Приговором Невского районного суда г. Санкт-Петербурга (дело № 1-183/2011) установлено, что Михайлов изготовил поддельный протокол ООО «Универсам» о прекращении полномочий бывшего руководителя общества и назначении его генеральным директором общества. В последующем Михайлов обратился в инспекцию ФНС № 4 по г. Санкт-Петербург для государственной регистрации изменений. После регистрации изменений, приобрел возможность осуществлять руководство обществом, в том числе, распоряжаться его имуществом, осуществил отчуждение принадлежащего обществу здания общей площадью 763 кв.м, организации, где он был участником, а его родственник — генеральным директором. Суд признал Михайлова виновным в совершении мошенничества, т.е. в приобретении права на чужое имущество путем обмана (ч. 4 ст. 159 УК РФ) и назначил наказание в размере 4 лет лишения свободы // ИПС «Актоскоп» / <http://actoscope.com/> (дата обращения — 25 августа 2014 г.).

Таким образом, есть все основания утверждать, что в настоящее время, в силу кардинального изменения основ социального и экономического устройства российского общества, существует настоятельная необходимость признать корпоративные отношения в качестве одного из объектов уголовно-правовой охраны и установить адекватную систему соответствующих уголовно-правовых запретов, пригодных для практического применения в целях дополнительного обеспечения правопорядка в сфере корпоративных отношений.



Библиография

- Бабаев А.Б. Методологические предпосылки исследования корпоративных правоотношений // Вестник гражданского права. 2007. Т. 7. № 4. С. 5–22.
- Бабаев А.Б. Проблема корпоративных правоотношений // Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт-Издат, 2007. С. 807–837.
- Бабаев А.Б. Проблема вторичных прав в российской цивилистике: дис. ... канд. юрид. наук. М.: МГУ, 2006.
- Барышева К.А. Уголовно-правовая защита прав кредиторов при банкротстве кредитной организации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.: НИУ ВШЭ, 2012.
- Гущин В.В., Порошкина Ю.О., Сердюк Е.Б. Корпоративное право: учеб. М.: Эксмо, 2006. ИПС «Актоскоп»
- Козлова Н.В. Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории: учеб. пособие. М.: Статут, 2003.
- Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. М.: Статут, 2005.
- Корпоративное право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт, 2009.
- Корпоративное право: учебный курс: учеб. / отв. ред. И.С. Шиткина. М.: КНОРУС, 2011.
- Кузнецов С.А. Уголовно-правовая защита продовольственной безопасности (по материалам г. Москвы): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.: НИУ ВШЭ, 2007.
- Ломакин Д.В. Акционерное правоотношение. М.: Спарк, 1997.
- Ломакин Д.В. Акционерное правоотношение: понятие, содержание, субъекты: дис. ... канд. юрид. наук. М.: МГУ, 1996.
- Ломакин Д.В. Корпоративные отношения как составная часть гражданско-правовых отношений: на примере хозяйственных обществ: дис. ... д-ра юрид. наук. М.: МГУ, 2009.
- Ломакин Д.В. Корпоративные отношения как составная часть гражданско-правовых отношений: на примере хозяйственных обществ: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М.: МГУ, 2009.
- Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008.
- Погосова З.М. Уголовно-правовая охрана потребительского рынка электрической энергии: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.: НИУ ВШЭ, 2010.
- Рябова А.Ю. Преступления, совершаемые на рынке ценных бумаг: социальная обусловленность, законодательная регламентация, квалификация: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.: НИУ ВШЭ, 2013.
- Степанов П.В. Корпоративные отношения в коммерческих организациях как составная часть предмета гражданского права: дис. ... канд. юрид. наук. М.: МГУ, 1999.
- Степанов П.В. Корпоративные отношения в коммерческих организациях как составная часть предмета гражданского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.: МГУ, 1999.
- Ушницкий Р.Р. Гражданско-правовая форма корпоративного отношения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб.: СПбГУ, 2013.
- Ушницкий Р.Р. Гражданско-правовая форма корпоративного отношения // Вестник гражданского права. 2011. № 5. С. 64–91.

Ушницкий Р.Р. Гражданско-правовая форма корпоративного отношения: дис. ... канд. юрид. наук. СПб.: СПбГУ, 2013.

Филиппова С.Ю. Внутренние правоотношения в хозяйственном обществе: дис. ... канд. юрид. наук. Томск: Томский гос. ун-т, 2001.

Цебулла Н. Немецкое хозяйственное право: учеб. пособие. Красноярск: Красноярский гос. ун-т, 2000.

Шиткина И.С. Корпоративное право: к вопросу об истинности субъективных суждений и ложности научных концепций // Хозяйство и право. 2009. № 12 // СПС «Консультант Плюс».

Criminal Law Protection of Corporate Relations



Timur Semyonov

Postgraduate Student, Department of Criminal Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: tv-semenov@yandex.ru.



Abstract

The author of the paper analyzes corporate relations in terms of the criminal law protection and the area of the prohibitions imposed by criminal law. Attention is paid to dynamism of social life and the emergence of a new type of public relations more than two decades ago, that is a new group of public relations requiring a detailed academic understanding. Due to the priority of compensating legislation for criminal law, normative and doctrinal characteristics of relations formed inside a corporation are given. The author analyzes the views on the definitions of the concept and legal nature of corporate relations by modern legal academics. The paper notes the lack of unanimity to their understanding. The paper gives a variety of views in the modern legal literature on the concept and legal nature of the group of public relations which may be attributed to the following conceptions: 1) theory of unanimous legal relation; 2) theory of organizational and property relations; 3) theory of any legal relations between a legal entity and its participant; 4) theory of secondary rights; 5) theory of corporate legal capacity; 6) theory of absolute relations. The paper notes the legal broadening of the concept of civil law since March 1, 2013 at the expense of including corporate relations. The author outlines their legal interpretation as the relations of participation in corporation and managing it. It argues that despite lawyers specify two subgroups of corporate relations, relations of participation in a corporation are major and relations of management are secondary. A special analysis has been made for article two of the Russian Federation Civil Code in terms of including the group of relations to the object of criminal law protection. A conclusion has been made as to the legality of spreading criminal law means to protect corporate rights and interests. The paper has been shown the necessity to protect them by criminal law like those of branch means of protection. The article specifies various cause and effect relations justifying the relevance to set up practically appropriate prohibitions imposed by criminal law in the area of corporate relations. The combination of various social, economic and legal reasons may account for it.



Keywords

corporate relations, corporation, theories of corporate relations, criminal law protection, criminal protection, criminal protection in the area of corporate relations, criminal law means.

Citation: Semyonov T. (2014) Criminal Law Protection of Corporate Relations. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 144–158. (in Russian)



References

Babaev A.B. (2007) Metodologicheskie predposylki issledovaniya korporativnykh pravootnosheniy [Methodological Grounds for researching corporate relations]. *Vestnik grazhdanskogo prava*, vol. 7, no 4, pp. 5–22.

- Babaev A.B. (2007) Problema korporativnykh pravootnosheniy [Issue of Corporate Relations]. *Grazhdanskoe pravo: aktual'nye problemy teorii i praktiki*, V.A. Belov (ed.), Moscow: Yurayt-Izdat, pp. 807–837. (in Russian)
- Babaev A.B. (2006) *Problema sekundarnykh prav v rossiyskoy tsivilistike* [The Problem of Secondary Rights in Civilistics]. (PhD Thesis), Moscow: MSU.
- Barysheva K.A. (2012) *Ugolovno-pravovaya zashchita prav kreditorov pri bankrotstve kreditnoy organizatsii* [Criminal Law protection of the rights of creditors under the bankruptcy of a credit institution]. (PhD Thesis), Moscow: NRU HSE. (in Russian)
- Gushchin V.V., Poroshkina Yu.O., Serdyuk E.B. (2006) *Korporativnoe pravo: uchebnik*. [Corporate law. Textbook], Moscow: Eksmo. (in Russian)
- Kozlova N.V. (2003) *Ponyatie i sushchnost' yuridicheskogo litsa. Ocherk istorii i teorii: Uchebnoe posobie*. [The Concept of Legal Entity. An Essay on the History and Theory. Manual], Moscow: Statut. (in Russian)
- Kozlova N.V. (2005) *Pravosub"ektnost' yuridicheskogo litsa*. [Legal Capacity of a Legal Entity], Moscow: Statut. (in Russian)
- Belov V.A. (ed.) (2009) *Korporativnoe pravo: aktual'nye problemy teorii i praktiki* [Corporate Law: Topical Issues of Theory and Practice], Moscow: Yurayt. (in Russian)
- Shitkina I.S. (ed.) (2011) *Korporativnoe pravo: uchebnyy kurs: uchebnyy* [Corporate Law: Course. Textbook], Moscow: KNORUS. (in Russian)
- Kuznetsov S.A. (2007) *Ugolovno-pravovaya zashchita prodovol'stvennoy bezopasnosti (po materialam g. Moskvy)* [Criminal Law Protection of Food Security (Moscow materials)]. (PhD Thesis), Moscow: NRU HSE. (in Russian)
- Lomakin D.V. (1997) *Aksionernoe pravootnoshenie*. [Share Relationship], Moscow: Spark. (in Russian)
- Lomakin D.V. (1996) *Aksionernoe pravootnoshenie: ponyatie, sodержание, sub"ekty* [Share Relationship: Concept, Content, Subjects]. (PhD Thesis), Moscow: MSU.
- Lomakin D.V. (2009) *Korporativnye otnosheniya kak sostavnaya chast' grazhdansko-pravovykh otnosheniy: na primere khozyaystvennykh obshchestv*. [Corporate Relations as a Component of Civil Law Relations: Business Companies]. (Doctor of Juridical Sciences Thesis), Moscow: MSU.
- Lomakin D.V. (2008) *Korporativnye pravootnosheniya: obshchaya teoriya i praktika ee primeneniya v khozyaystvennykh obshchestvakh*. [Corporate Relations: General Theory and Practice of its application in Business Companies], Moscow: Statut. (in Russian)
- Pogosova Z.M. (2010) *Ugolovno-pravovaya okhrana potrebitel'skogo rynka elektricheskoy energii*. [Criminal Law Protection of Consumer Market of Electric Energy]. (PhD Thesis), Moscow: NRU HSE.
- Ryabova A.Yu. (2013) *Prestupleniya, sovershaemye na rynke tsennykh bumag: sotsial'naya obuslovlennost', zakonodatel'naya reglamentatsiya, kvalifikatsiya*. [Crimes committed on the Securities Market: Social Situation, Legislative Reglamentation, Qualification]. (PhD Thesis), Moscow: NRU HSE.
- Stepanov P.V. (1999) *Korporativnye otnosheniya v kommercheskikh organizatsiyakh kak sostavnaya chast' predmeta grazhdanskogo prava*. [Corporate Relations in Commercial Organisations as a Component of Civil Law]. (PhD Thesis), Moscow: MSU. (in Russian)
- Ushnitskiy R.R. (2013) *Grazhdansko-pravovaya forma korporativnogo otnosheniya*. [Civil Law Form of Corporate Relation]. (PhD Thesis), Saint Petersburg: Saint Petersburg State University.
- Ushnitskiy R.R. (2011) *Grazhdansko-pravovaya forma korporativnogo otnosheniya* [Civil Law Form of Corporate Relation]. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 5, pp. 5–22.
- Filippova S.Yu. (2001) *Vnutrennie pravootnosheniya v khozyaystvennom obshchestve*. [Legal Relations inside a Business Company]. (PhD Thesis), Tomsk: Tomsk State University.
- Tsebulina N. (2000) *Nemetskoe khozyaystvennoe pravo: Uchebnoe posobie*. [German Economic Law. Manual]. Krasnoyarsk: Krasnoyarsk State University. (in Russian)
- Shitkina I.S. (2009) *Korporativnoe pravo: k voprosu ob istinnosti sub"ektivnykh suzhdeniy i lozhnosti nauchnykh kontseptsiy* [Corporate Law: re the issue on true subjective views and false scientific conceptions]. *Khozyaystvo i pravo*, no 12, pp. 36–47.

Коллективные переговоры по заключению тарифных договоров и производственных соглашений в Германии



С.О. Казаков

аспирант кафедры трудового права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20. Email: s_o_kazakov@mail.ru



Аннотация

Статья посвящена анализу наиболее сложных и интересных аспектов ведения коллективных переговоров по заключению тарифных договоров и производственных соглашений в Федеративной Республике Германии. В своей статье автор подробно раскрывает содержание принципа свободы объединения и принципа тарифной автономии, на которых основывается правовое регулирование коллективных переговоров. Автор не ограничивается рассмотрением законодательства ФРГ, регулирующего проведение коллективных переговоров, но учитывает также его соотношение с международными стандартами труда и правом Европейского Союза (далее — ЕС). Особое внимание уделяется Директиве Совета ЕС 94/45/ЕС 22 сентября 1994 г. «Об учреждении Европейского Производственного Совета на предприятиях уровня Содружества и в группах предприятий уровня Содружества с целью осуществления процедур информирования работников и консультаций с работниками». В статье затронуты особенности специального статуса членов объединений работодателей. Многие немецкие объединения работодателей закрепили в своих учредительных документах, что их член вправе получить специальный статус, в соответствии с которым тарифные договоры, заключенные объединением работодателей, на него не распространяются. Однако объединение работодателей представляет ему те же услуги, что и иным своим членам, а организация, имеющая специальный статус, обязана выплачивать членские взносы. Автор не только раскрывает содержание специального статуса члена объединений работодателей, но и указывает позицию Федерального Трудового Суда, рассмотревшего дело о законности включения подобных положений в уставы объединений работодателей. Автор исследует основные тенденции и перспективы развития системы коллективно-договорного регулирования трудовых отношений и практики коллективных переговоров в Германии, а также возникающие при этом противоречия. С одной стороны, в результате децентрализации коллективных переговоров вопросы, которые ранее регулировались тарифными договорами, становятся предметом производственных соглашений, заключаемых на уровне предприятия. В то же время в связи с ростом влияния права ЕС на правовую систему ФРГ и возникновением большого числа транснациональных корпораций, осуществляющих деятельность на территории двух или более стран ЕС, заключаются производственные соглашения, регулирующие условия труда работников одновременно в Германии и других странах ЕС. Статья представляет интерес для специалистов и широкого круга читателей, интересующихся социальным партнерством и трудовым правом Германии.



Ключевые слова

коллективные переговоры, тарифная автономия, тарифный договор, трудовой суд, производственное соглашение, производственный совет, профсоюз, социальное партнерство

Библиографическое описание: Казаков С.О. Коллективные переговоры по заключению тарифных договоров и производственных соглашений в Германии // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 3. С. 159–171.

В Германии на федеральном уровне отсутствует кодифицированный нормативный правовой акт, регулирующий трудовые и иные непосредственно связанные с ними отношения, поэтому вопрос о классификации форм социального партнерства в этой стране остается спорным. Большинство современных немецких ученых рассматривают право тарифных договоров как отдельный институт коллективного трудового права. Однако нормы, регулирующие на уровне предприятия отношения по проведению коллективных переговоров по заключению производственных соглашений, в этот институт, как правило, не включаются, так как рассматриваются как форма участия работников в управлении предприятием¹. Противоположная точка зрения заключается в том, что коллективные переговоры по заключению тарифных договоров и коллективные переговоры по заключению производственных соглашений следует рассматривать как части единой формы социального партнерства².

Правовое регулирование отношений по ведению коллективных переговоров и заключению тарифных договоров осуществляется в соответствии с двумя основополагающими принципами — принципом свободы объединений и принципом тарифной автономии. Принцип свободы объединений закреплен в ч. 3 ст. 9 Конституции ФРГ: «Право создавать объединения для охраны и улучшения условий труда и экономических условий гарантируется каждому и представителям всех профессий. Соглашения, стремящиеся ограничить это право или затруднить его осуществление, недействительны, а направленные к этому меры противозаконны»³.

Выступая с докладом на XIV Собрании судей европейских трудовых судов, проходившем 4 сентября 2006 г. в Париже, судья Федерального Трудового Суда ФРГ Аннелия Марквардт подробно раскрыла содержание свободы объединений: «Принцип позитивной свободы объединений включает право создавать ассоциации, участвовать в их создании, вступать в уже существующее объединение, оставаться членом ассоциации или выходить из нее»⁴. Аннелия Марквардт выделила также принцип негативной свободы объединений, который не указан в Конституции ФРГ, но выведен из него путем расширительного толкования, которое в 1979 г. дал Федеральный Конституционный Суд ФРГ. Этот принцип гласит, что индивид не обязан вступать в какую-либо ассоциацию. Закон или подзаконный нормативный правовой акт, нарушающий указанные принципы, является неконституционным.

Принцип тарифной автономии не закреплен непосредственно в трудовом законодательстве ФРГ, но в последние два десятилетия постоянно являлся объектом исследования науки немецкого трудового права. По мнению Вольфгана Дзюблера, принцип тарифной автономии — это производное от свободы объединений, гарантированной

¹ См.: Ute Teschke-Bährle. *Arbeitsrecht. Schnell erfasst*. Springer-Verlag: Berlin — Heidelberg, 2006.

² См.: Jens Kirchner, Pascal R. Kremp, Michael Magotsch. *Key Aspects of German Employment and Labour Law*. Springer-Verlag: Berlin — Heidelberg, 2010.

³ Конституция Федеративной Республики Германия от 23 мая 1949 г. // Конституции зарубежных государств: учеб. пособие / сост. проф. В.В. Маклаков. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2003.

⁴ XIVth Meeting of European Labour Court Judges. September 4. 2006. Germany. National reporter: Judge Annelie Marquardt // http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/-dialogue/documents/meetingdocument/wcms_159943.pdf (дата обращения — 25 августа 2014 г.).

Конституцией (Grundgesetz) ФРГ⁵. Никлас Брун отмечает, что принцип тарифной автономии состоит из четырех элементов:

- 1) независимость профсоюзов от работодателей и государства;
- 2) невмешательство государства в процесс коллективных переговоров и сферу коллективно-договорного регулирования трудовых отношений;
- 3) свободе действий сторон коллективных переговоров должно предшествовать установление баланса сил между ними;
- 4) наличие у каждой из сторон коллективных переговоров средств и способов оказания давления на противоположную сторону⁶.

Закон о тарифных договорах от 9 апреля 1949 г. не содержит определения тарифного договора, но в ч. 1 § 1 указано, что «тарифный договор регулирует права и обязанности сторон тарифного договора и содержит правовые нормы, способные упорядочить содержание, начало и окончание трудовых правоотношений, а также вопросы, касающиеся производственной деятельности и уставного права предприятия»⁷.

Сторонами тарифных договоров согласно § 2 рассматриваемого закона являются профсоюзы, отдельные работодатели и объединения работодателей. Также сторонами тарифных договоров могут выступать объединения профсоюзов и объединения работодателей. Уполномоченные головные организации объединений профсоюзов и объединений работодателей таких объединений заключают тарифные договоры от имени своих членов. При этом если полномочие заключать тарифные договоры указано в уставе головной организации объединения работодателя или головной организации объединения профсоюзов, такая головная организация рассматривается как самостоятельная сторона тарифного договора. При отсутствии этого положения в уставе требуется наделение головной организации полномочиями заключать тарифный договор членами объединения, а головная организация в этом случае является представителем стороны тарифного договора⁸.

К самым крупным и влиятельным объединениям профсоюзов в системе социального партнерства ФРГ относятся Федерация немецких профсоюзов (DGB — Deutscher Gewerkschaftsbund), Федерация гражданских служащих и Ассоциация христианских профсоюзов. В состав объединений профсоюзов входят отраслевые профсоюзы, обладающие значительной самостоятельностью. Отраслевые профсоюзы вправе самостоятельно вести коллективные переговоры и заключать тарифные договоры на отраслевом, муниципальном, региональном и даже на федеральном уровнях социального партнерства. Для проведения коллективных переговоров по заключению тарифных договоров и участия в иных формах социального партнерства на региональном и муниципальном

⁵ Tarifvertragsrecht / Däubler Wolfgang. — 3., grundlegend überarb. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlag. — Ges., 1993. S. 54.

⁶ См.: Bruun N. The Autonomy of Collective Agreement (General Report to the VII-th European Regional Congress, Stockholm, September 2002). P. 5 // http://www.juridicum.su.se/stockholmcongress2002/bruun_english.pdf (дата обращения — 25 августа 2014 г.).

⁷ Tarifvertragsgesetz 09.04.1949. Tarifvertragsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1323), das durch Artikel 5 des Gesetzes vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1348) geändert worden ist. § 1 // <http://www.gesetze-im-internet.de/tvg/BJNR700550949.html> (дата обращения — 25 августа 2014 г.).

⁸ Tarifvertragsgesetz 09.04.1949. Tarifvertragsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1323), das durch Artikel 5 des Gesetzes vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1348) geändert worden ist. § 2 // <http://www.gesetze-im-internet.de/tvg/BJNR700550949.html> (дата обращения — 25 августа 2014 г.).

уровнях отраслевые профсоюзы создают свои подразделения в федеративных землях и муниципальных образованиях. Отраслевой профсоюз, который не входит в объединение профсоюзов, самостоятельно определяет в учредительных документах свою компетенцию по участию в коллективных переговорах (Tarifzuständigkeit), а также сферу или отрасль экономики, в которой они проводятся. Но отраслевой профсоюз, который является членом объединения профсоюзов, должен согласовывать с ним эти вопросы.

По данным Европейской комиссии в Германии насчитывается 54 национальных объединений работодателей. На национальном (федеральном) уровне социального партнерства Германии важнейшее место среди объединений работодателей занимает Федеральное объединение немецких союзов работодателей (BDA — Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände)⁹. Помимо федеральных объединений работодателей в Германии зарегистрированы около 1000 региональных, межрегиональных и отраслевых объединений работодателей. Значительная часть объединений работодателей являются членами Федерального объединения немецких союзов работодателей, но его полномочия незначительны. В рамках этой организации происходит координация действия объединений работодателей, но полномочий на проведение коллективных переговоров от имени своих членов у нее нет, поэтому каждый член этой организации проводит коллективные переговоры с профсоюзами и объединениями профсоюзов самостоятельно.

Объединения работодателей Германии в коллективных переговорах с профсоюзами, в первую очередь, отстаивают интересы крупных компаний, противоречия между членами объединений работодателей особенно обостряются в периоды экономических кризисов. Впервые эта тенденция проявилась во время экономического кризиса 1992–1996 гг., когда многие организации вышли из объединений работодатели. Для повышения привлекательности членства в них многие объединения работодателей закрепили в своих учредительных документах, что их член вправе получить специальный статус, при котором тарифные договоры, заключенные объединением работодателем, на него не распространяются. Однако объединение работодателей представляет ему те же услуги, что и иным своим членам, а организация, имеющая специальный статус, обязана выплачивать членские взносы. В связи с этим профсоюзы обратились с жалобой в Федеральный Трудовой Суд с требованием признать подобные положения в тарифных договорах незаконными на том основании, что они противоречат § 3 Закона о тарифных договорах, согласно которому «связанными условиями тарифного договора считаются участники сторон по тарифному договору и работодатель, сам выступающий в качестве стороны в тарифном договоре»¹⁰.

В 1997 г. Федеральный Трудовой Суд вынес решение, согласно которому объединения работодателей и профсоюзы вправе свободно и самостоятельно определять пределы своей компетенции по участию в коллективных переговорах и предмет коллективно-договорного регулирования. Федеральный Трудовой Суд признал право объединений

⁹ Fuchs M. The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe (1990–2004) // Research Project Co-financed by the European Commission and the University of Florence. National Report Germany. P. 21.

¹⁰ Tarifvertragsgesetz 09.04.1949. Tarifvertragsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1323), das durch Artikel 5 des Gesetzes vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1348) geändert worden ist. § 3 // <http://www.gesetze-im-internet.de/tvg/BjNR700550949.html> (дата обращения — 25 августа 2014 г.).

работодателей предоставлять специальный статус своим членам¹¹. В то же время организация, имеющая специальный статус, обязана отчислять объединению членские взносы и вправе пользоваться услугами, предоставляемыми объединениям остальным членам.

В основе системы социального партнерства Германии лежит принцип бипартизма. Государство не участвует в коллективных переговорах по заключению тарифных договоров ни на федеральном, ни на отраслевом уровнях, за исключением коллективных переговоров в государственном секторе. Коллективные переговоры по заключению тарифных договоров, регулирующих условия труда государственных служащих, регламентируются Законом о федеральных государственных служащих (*Bundesbeamtengesetz*) и нормативно-правовыми актами федеративных земель. Как правило, в государственном секторе заключаются два тарифных договора, один из которых регулирует условия труда государственных служащих, а другой — рабочих, занятых в государственном секторе.

В коллективных переговорах по заключению тарифных договоров в государственном секторе федеральные и региональные государственные органы и государственные учреждения представляют Министерство внутренних дел (*Bundesministerium des Innern*)¹² и два объединения работодателей. Сторону служащих в коллективных переговорах представляют ряд профсоюзов, важнейшими из которых является Профсоюз немецких служащих (*Deutsche Angestellten-Gewerkschaft*). Среди профсоюзов рабочих государственного сектора наиболее влиятельным считается профсоюз работников коммунального хозяйства и транспорта (*Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr*). На муниципальном уровне коллективные переговоры по заключению тарифных договоров ведутся между профсоюзами муниципальных служащих и Объединением федераций муниципальных работодателей.

В последнее время сложившаяся практика проведения коллективных переговоров в государственном и муниципальном секторах подвергается критике. Эта критика, в первую очередь, касается требования диверсификации коллективных переговоров, так как заключение единого тарифного договора для всех категорий государственных служащих приводит к тому, что невозможно отразить специфику условий труда всех заинтересованных лиц. Различаются также условия труда и системы оплаты труда в различных землях. В связи с этим государственные учреждения федеративных земель Гессен и Берлин, выступающие в качестве работодателей, вышли из Объединения федеративных земель Германии по ведению коллективных переговоров (*Tarifgemeinschaft der deutschen Länder*), представлявшего сторону работодателей — государственных учреждений на федеральном уровне. После этого они стали заключать с профсоюзами государственных служащих перечисленных федеративных земель тарифные договоры на региональном уровне.

В трудовом законодательстве Германии содержится относительно немного норм, регламентирующих процесс ведения коллективных переговоров о заключении тарифных договоров, но в науке немецкого трудового права этот вопрос детально изучен.

¹¹ BAG 23.10.1996. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*. 1997, 383.

¹² *Küsters H. Social Partnership: Basic Aspects of Labour Relations in Germany / Friedrich-Ebert-Stiftung // Globale Gewerkschaftspolitik*. Bonn, 2007. P. 126.

Первая стадия — подготовительная; в ее рамках одна из сторон социального партнерства выдвигает свои требования к противоположной стороне, на основе этих требований формируются вопросы, которые в дальнейшем будут обсуждаться в ходе коллективных переговоров. Если инициатива проведения коллективных переговоров исходит от работников, то выдвижению требований предшествует опрос членов профсоюза, что позволяет максимально учесть их пожелания и интересы. Предложение начать коллективные переговоры по заключению тарифного договора направляется работодателю или объединению работодателей вместе с требованиями в письменном виде. В ответ работодатель или объединение работодателей направляют свои контрпредложения, после чего стороны согласовывают время, место и предполагаемую продолжительность коллективных переговоров и вопросы, которые будут обсуждаться в ходе переговоров. Инициатором коллективных переговоров может выступать и работодатель.

Вторая стадия коллективно-договорного процесса — формирование тарифной комиссии. Закон о тарифных договорах не регламентирует состав тарифной комиссии, поэтому стороны определяют его самостоятельно. Помимо представителей работников и представителей работодателя в состав комиссии по приглашению сторон могут входить специалисты, обладающие знаниями и навыками, которые требуется сторонам для принятия компетентных решений в производственной, технической или юридической сфере. Как отмечает Вильфред Шефер, «состав тарифной комиссии может быть самым разнообразным в зависимости от характера и цели переговоров, предполагаемой сферы действия договора, важности переговоров»¹³. Но при принятии окончательных решений специалисты не имеют права голоса; их полномочия, как правило, ограничиваются оказанием консультационных услуг.

Следующая стадия — проведение коллективных переговоров для решения основополагающих вопросов. Если по всем существенным вопросам сторонам удалось достичь согласия, то они переходят к четвертой стадии — составление окончательного проекта тарифного договора. Последняя стадия — это подписание сторонами тарифного договора.

Тарифный договор должен быть подписан обеими сторонами коллективных переговоров, после чего он считается вступившим в силу. Официальное опубликование тарифного договора не требуется, но работодатели обязаны ознакомить работников своих организаций с его содержанием. Тарифный договор подлежат регистрации Федеральным министерством труда и социальных вопросов.

Подход к пониманию коллективных переговоров по заключению тарифных договоров в трудовом праве ФРГ отличается от подхода, применяемого в российском трудовом праве. Если в ходе коллективных переговоров сторонам не удастся прийти к соглашению и заключить тарифный договор, они начинают процедуру коллективного трудового спора. Немецкие ученые рассматривают разрешение коллективного трудового спора с использованием примирительных процедур как стадию процесса коллективных переговоров. Началом этой стадии считается заявление руководителя одной из сторон о провале коллективных переговоров. В российском трудовом праве, напротив, участие

¹³ Шефер В. Тарифный договор: в помощь интересующимся. 6-е доп. изд. Изд-во Федерального Объединения Немецких Профсоюзов. Перев: ARBEIT UND LEBEN, Arbeitskreits fur die Bundesrepublik Deutschland E.V., Дюссельдорф / INTERTEXT Fremdsprachendienst e. G., Niederlassung Berlin // Эффективные профсоюзные технологии... С. 15.

сторон социального партнерства в разрешении трудовых споров рассматривается как самостоятельная форма социального партнерства¹⁴.

Если примирительные процедуры не приводят к достижению сторонами компромисса, профсоюз или объединение профсоюзов для оказания давления на работодателя вправе провести забастовку.

Отметим, что подход, применяемый в трудовом праве ФРГ, соответствует позиции Административного совета Международной организации труда (далее — МОТ). В конвенциях МОТ право на забастовку напрямую не закрепляется, но это не означает, что МОТ не признает наличия у работников данного права. Комитет экспертов МОТ и Комитет по свободе объединения Административного совета МОТ рассматривают коллективные трудовые споры и право на забастовку как элемент свободы объединений и права на ведение коллективных переговоров. При этом Комитет по свободе объединений в 1996 г. отметил, что «забастовки чисто политического характера и забастовки, организуемые систематически задолго до начала переговоров, не подпадают под действие принципов свободы объединения»¹⁵.

С учетом того, что свобода объединений и право на ведение коллективных переговоров в актах МОТ рассматриваются как части единого принципа, только забастовки, связанные с коллективными переговорами, признаются частью коллективных переговоров как формы социального партнерства (в конвенциях и рекомендациях МОТ вместо термина «социальное партнерство» используется понятие «социальный диалог»).

Законодательство ФРГ не содержит закрытого перечня вопросов, по которым может быть заключен тарифный договор. Любые вопросы, относящиеся к трудовым отношениям, могут стать предметом коллективных переговоров: оплата труда, охрана труда, профессиональное обучение и переобучение, условия трудовых договоров и др. Тарифный договор может также регулировать режим рабочего времени и устанавливать обязанности сторон трудовых отношений, предшествующие заключению трудового договора либо обязанности, возникающие после прекращения действия трудового договора. Тарифный договор может также конкретизировать полномочия производственных советов и права и обязанности работодателя по отношению к этим представительным органам работников.

Закон о тарифных договорах не указывает виды тарифных договоров и уровни, на которых они заключаются, но этот пробел не является дефектом немецкого законодательства, а обусловлен принципом тарифной автономии — стороны социального партнерства сами определяют, на каком уровне они будут проводить коллективные переговоры. Тарифные договоры в ФРГ заключаются на федеральном (национальном), региональном и муниципальном уровнях социального партнерства. Наибольшее значение в регулировании трудовых отношений имеют региональные отраслевые тарифные договоры.

¹⁴ Шефер В. Тарифный договор: в помощь интересующимся. 6-е дополненное издание / Издательство Федерального Объединения Немецких Профсоюзов. Русский перевод: ARBEIT UND LEBEN, Arbeitskreits für die Bundesrepublik Deutschland E.V., Дюссельдорф / INTERTEXT Fremdsprachendienst e. G., Niederlassung Berlin. Финансирование перевода осуществлено при содействии Федерального министерства по труду и социальным вопросам. Бонн // Эффективные профсоюзные технологии... С. 16.

¹⁵ Дайджест Комитета по свободе объединений МОТ 1996, параграф 481.

В зависимости от содержания выделяются следующие виды тарифных договоров: типовые договоры, рамочные договоры, тарифные договоры, регулирующие условия оплаты труда и прочие тарифные договоры.¹⁶ Тарифные договоры, аналогичные российским генеральным соглашениям, в Германии не заключаются.

Тарифные договоры, регулирующие условия оплаты труда, как правило, заключаются на короткий срок — от 1 года до полутора лет. Рамочные и типовые договоры регулируют условия труда и действуют в течение длительного срока: от 3 до 5 лет. Типовые и рамочные договоры содержат общие положения об оплате труда, структуре заработной платы и соотношении между ее частями. В федеральном тарифном договоре может быть указано, что оно не распространяется на иностранных работодателей, осуществляющих свою деятельность на территории Германии, или на определенную территорию, где действует иное тарифный договор.

Другой вид соглашений в области социального партнерства — производственные соглашения. Производственные соглашения отличаются от тарифных по уровню социального партнерства, на котором они заключаются, и по субъектному составу участников коллективных переговоров. Производственные соглашения заключаются только на уровне организации, а право представлять интересы работников в ходе коллективных переговоров принадлежит производственным советам.

Основным нормативно-правовым актом, регулирующим проведение коллективных переговоров, между производственным советом и работодателем, является Закон ФРГ об уставе предприятия от 15 января 1972 г.¹⁷

В последние десятилетия в Германии усиливаются позиции международных профсоюзов, объединяющие работников транснациональных корпораций, поэтому возрастает роль коллективных договоров, регулирующих трудовые отношения, возникающие между транснациональными корпорациями, выступающими в качестве работодателей, и работниками, занятыми в данной организации. Директива Совета ЕС 94/45/ЕС от 22 сентября 1994 «Об учреждении Европейского Производственного Совета на предприятиях уровня Содружества и в группах предприятий уровня Содружества с целью осуществления процедур информирования работников и консультаций с работниками» предусматривает возможность создания производственных советов в организациях, осуществляющих деятельность на территории двух и более стран ЕС, и предоставила право таким производственным советам заключать коллективные договоры (производственные соглашения) с работодателями¹⁸.

¹⁶ Шефер В. Тарифный договор: в помощь интересующимся. 6-е дополненное издание / Издательство Федерального Объединения Немецких Профсоюзов. Русский перевод: ARBEIT UND LEBEN, Arbeitskreits fur die Bundesrepublik Deutschland E.V., Дюссельдорф / INTERTEXT Fremdsprachendienst e. G., Niederlassung Berlin. Финансирование перевода осуществлено при содействии Федерального министерства по труду и социальным вопросам. Бонн // Эффективные профсоюзные технологии. Издательство Уральского института повышения квалификации профсоюзных кадров. Екатеринбург, 2000. С.22.

¹⁷ Betriebsverfassungsgesetz. Ausfertigungsdatum: 15.01.1972. In der Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001 (BGBl. I S. 2518), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 4 des Gesetzes vom 20. April 2013 (BGBl. I S. 868) geändert worden ist“ // Ein Service des Bundesministeriums der Justiz in Zusammenarbeit mit der juris GmbH // <https://www.juris.de/jportal/portal/page/homerl.psml?cmsuri=%2Fjuris%2Fde%2Fkostenfreieinhalte%2Finfokostenfreieinhalte.jsp&fcstate=5&showdoccase=1&doc.part=X&doc.id=BJNR000130972#BJNR000130972> (дата обращения — 25 августа 2014 г.).

¹⁸ Council Directive 94/45/EC of 22 September 1994 on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes

Часть 1 ст. 77 Закона об уставе предприятия от 15 января 1972 г. определяет производственные соглашения как «соглашения между производственным советом и работодателем, в том числе основанные на решении примирительного комитета»¹⁹. Среди основных характеристик производственного соглашения ст. 77 Закона ФРГ об уставе предприятия выделяет обязательность исполнения соглашения и его прямое действие для сторон соглашения. Часть 2 ст. 77 содержит требование письменной формы производственного соглашения.

К основным полномочиям производственных советов в Германии относятся:

1) осуществление контроля за исполнением работодателем законов, подзаконных нормативных актов в сфере труда и социального обеспечения, правил охраны труда, федеральных, региональных и отраслевых коллективных соглашений и заключенных между производственным советом и работодателем договоров;

2) разработка рекомендаций работодателю по улучшению условий труда и повышению эффективности деятельности организации;

3) обеспечение подлинного равноправия мужчин и женщин при приеме на работу, обучении и продвижении по службе;

4) создание благоприятных условий для нормальной интеграции иностранных работников в трудовой коллектив, предотвращение ксенофобии и расизма;

5) запрос у работодателя необходимой работникам и производственному совету информации;

6) создание благоприятных условий труда и предотвращение несчастных случаев на производстве;

7) реабилитация работников, получивших травмы на производстве;

8) обеспечение охраны труда;

9) проведение и организация выборов представителей молодых работников и стажеров;

10) защита окружающей среды, контроль за соблюдением норм и требований экологической безопасности.

Вопросы, касающиеся указанных полномочий, могут регулироваться производственными соглашениями. Данный перечень является открытым. Производственные соглашения могут регламентировать и иные отношения на уровне предприятия, но такие соглашения не должны определять условия труда, которые закреплены в тарифном договоре или обычно устанавливаются тарифным договором. Исключение составляют случаи, когда в тарифных договорах прямо указывается, что соответствующие условия труда должны регулироваться производственными соглашениями. В то же время производственные советы могут заключать производственные соглашения лишь в пределах своих полномочий.

Работодатель обязан обеспечить членам производственного совета беспрепятственный доступ к документам, которые могут понадобиться им для осуществления их деятельности.

of informing and consulting employees // http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31994L0045&model=guichett (дата обращения — 25 августа 2014 г.).

¹⁹ Works Constitution Act as promulgated by the Act of 25 September 2001, Federal Law Gazette (Bundesgesetzblatt), Part I, p. 2518, last amended by Art 9 Law of the July 29, 2009 (Bundesgesetzblatt, Part I, p. 2424). Art. 77 // http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_betrvg/englisch_betrvg.html (дата обращения — 25 августа 2014 г.).

Разновидностью производственного соглашения является соглашение, ставшее результатом деятельности примирительного комитета для разрешения коллективного трудового спора. Примирительный комитет формируется на паритетной основе из равного числа представителей работников и работодателей и независимого председателя. Представители работников назначаются производственным советом, а кандидатура председателя является компромиссной и должна устраивать обе стороны. Если достичь согласия по вопросу о кандидатуре председателя не удастся, его назначает трудовой суд. Примирительный комитет принимает решение большинством голосов, после чего оно оформляется в виде производственного соглашения. Работодатель и производственный совет вправе обжаловать принятое примирительным комитетом решение в трудовой суд в течение двух недель после объявления данного решения, если заявитель полагает, что примирительный комитет превысил свои полномочия.

Важнейшей тенденцией коллективно-договорного регулирования трудовых отношений в современной Германии является процесс децентрализации коллективных переговоров. Многие работодатели стали выходить из объединений работодателей или приобретать статус специального членства в объединениях работодателей. В связи с этим они стали проводить коллективные переговоры и заключать тарифные договоры без посредничества объединений работодателей. К примеру, компании «Фольксваген» и «Deutsche Lufthansa» предпочитают самостоятельно вести коллективные переговоры и заключать тарифные договоры с профсоюзами.

Тем не менее, пока отраслевые договоры остаются преобладающим видом тарифных договоров, федеральные отраслевые соглашения заключаются довольно редко. Чаще отраслевые тарифные договоры заключаются на региональном уровне и действуют на территории соответствующих федеративных земель.

Итак, коллективные соглашения в Германии заключаются на всех уровнях социального партнерства: производственные соглашения — на уровне организации, тарифные договоры — на федеральном, региональном и отраслевом уровнях. В основе коллективных переговоров лежит принцип тарифной автономии, согласно которому стороны социального партнерства самостоятельно без вмешательства государства определяют предмет договора. Эффективность коллективно-договорного регулирования трудовых отношений в ФРГ обеспечивается рядом правовых гарантий, таких как защита трудовых прав судами по разрешению трудовых споров и контроль производственных советов за исполнением работодателями тарифных договоров и производственных соглашений.

Представляется наиболее вероятным, что дальнейшее развитие коллективных переговоров в Германии будет идти по следующим направлениям. Во-первых, будет продолжаться децентрализация коллективных переговоров: вопросы, которые ранее регулировались тарифными договорами, заключаемыми на более высоких уровнях социального партнерства, стали решаться в ходе коллективных переговоров на нижних уровнях системы социального партнерства. При этом постепенно расширяется предмет коллективных переговоров по заключению производственных соглашений за счет делегирования полномочий профсоюзов и объединений работодателей сторонам социального партнерства на уровне предприятия. Передача полномочий происходит двумя способами: либо стороны коллективных переговоров по заключению тарифного договора принимают решение, что некоторые вопросы должны детализироваться или регулироваться производственными соглашениями (о чем прямо указывается в тарифном

договоре, либо часть вопросов не обсуждаются в ходе коллективных переговоров по заключению тарифного договора (что означает косвенное делегирование полномочий сторонам коллективных переговоров по заключению производственных соглашений).

Вторая тенденция обусловлена процессами глобализации: в результате активного взаимодействия Германии с другими странами ЕС и ростом числа компаний, осуществляющих деятельность в двух или более странах ЕС. Профсоюзы стран — членов ЕС прилагают усилия для развития коллективных переговоров по заключению коллективных (тарифных) договоров, регулирующих социально-трудовые отношения на уровне ЕС.



Библиография

Шефер В. Тарифный договор: в помощь интересующимся. 6-е доп. изд. Издательство Федерального Объединения Немецких Профсоюзов / INTERTEXT Fremdsprachendienst e. G., Niederlassung Berlin. Финансирование перевода осуществлено при содействии Федерального министерства по труду и социальным вопросам. Бонн, Екатеринбург: Изд-во Уральского ин-та повышения квалификации профсоюзных кадров, 2000.

Конституция Федеративной Республики Германия от 23 мая 1949 г. / Конституции зарубежных государств: учеб. пособие / проф. В.В. Маклаков. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2003.

Betriebsverfassungsgesetz. Ausfertigungsdatum: 15.01.1972. In der Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001 (BGBl. I S. 2518), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 4 des Gesetzes vom 20. April 2013 (BGBl. I S. 868) geändert worden ist. Ein Service des Bundesministeriums der Justiz in Zusammenarbeit mit der juris GmbH. Available at: <https://www.juris.de/jportal/portal/page/homerl.psml?cmsuri=%2Fjuris%2Fde%2Fkostenfreieinhalte%2Finfokostenfreieinhalte.jsp&fcstate=5&showdoccase=1&doc.part=X&doc.id=BJNR000130972#BJNR000130972>. accessed 25.08.2014

Küsters H. Social Partnership: Basic Aspects of Labour Relations in Germany / Friedrich-Ebert-Stiftung / Bonn: Globale Gewerkschaftspolitik, 2007.

Kirchner J., Kremp P.R., Magotsch M. *Key Aspects of German Employment and Labour Law* / Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2010.

Fuchs M. The evolving structure of Collective Bargaining in Europe (1990–2004) // *Research Project Co-financed by the European Commission and the University of Florence*. National Report Germany.

Bruun N. The Autonomy of Collective Agreement (General Report to the VII-th European Regional Congress, Stockholm, September 2002). Available at: http://www.juridicum.su.se/stockholmcongress2002/bruun_english.pdf. accessed 05.08.2014

Ute Teschke-Bährle. *Arbeitsrecht*. Schnell erfasst. Berlin — Heider: Springer-Verlag, 2006.

XIVth Meeting of European Labour Court Judges. 4 September 2006. Germany. National reporter: Judge Annelie Marquardt. Available at: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/-dialogue/documents/meetingdocument/wcms_159943.pdf accessed 25.08.2014

Collective Negotiations on Making Tariff Contracts and Production Agreements in Germany



Sergey Kazakov

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



Abstract

The article is devoted to the analysis of complicated and interesting aspects of conducting collective negotiations on concluding tariff contracts and production agreements in the Federal Republic of Germany. The author scrutinizes the principle of freedom of association and the principle of tariff autonomy which serve as a basis for the legal regulation of collective negotiations. The author does not reduce to the German legislation regulating collective negotiations but compares them to the international standards of labour law and EU law, with an emphasis on Council Directive 94/45 On the Establishment of a European Works Council. The paper touches upon specific features of the special status of the members of the employers' association. Many German associations have stipulated in their constituent documents that their members are entitled to a special status and the tariff contracts made by the employers' association do not spread to it but the employers' association provides the same services as to its members and the organization with a special status is to pay member fees. The author does not reveal the features of the special status of the member of the employers' associations but points to the opinion of the Federal Labour Code which studied the case as to the legality of including new similar provisions to the charters of employers' associations. The author studies the trends and perspectives in the development of the system of the regulation of labour relations in regulating labour relations in Germany and accompanying disputes. On the one hand, the decentralization of collective contracts result in the issues having been regulated by tariff agreements have become the subject matter of industrial agreements concluded at the lever of a company. However, as EU law increases its influence on the German legal system and a large number of transnational corporations emerge, industrial agreements are concluded regulating the working conditions in both Germany and other EU countries. The article may be of interest for specialists an a wide range of readers interested in social partnership and German labour law.



Keywords

collective negotiations, tariff autonomy, tariff contract, labour arbitration, industrial agreement, employers' association, trade union, social partnership.

Citation: Kazakov S. (2014) Collective Negotiations on Making Tariff Contracts and Production Agreement. *Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 159–171.



References

Shefer V. (2000) Tarifnyy dogovor: v pomoshch' interesuyushchimsya. Russkiy perevod: ARBEIT UND LEBEN, Arbeitskreisfur die Bundesrepublik Deutschland E.V., Dyussel'dorf / INTERTEXT Fremdsprachendienst e. G., Niederlassung Berlin. Ekaterinburg: Ural'skiy institut povysheniya kvalifikatsii profsoyuznykh kadrov.

Konstitutsiya Federativnoy Respubliki Germaniya ot 23 maya 1949 g. *Sbornik "Konstitutsii zarubezhnykh gosudarstv": Uchebnoe posobie* Sost. prof. V.V.Maklakov. 4-e izd., pererab. i dop. M.: VoltersKluver, 2003.

Küstners H. (2007) Social partnership: basic aspects of labour relations in Germany / Friedrich-Ebert-Stiftung / Bonn: Globale Gewerkschaftspolitik.

Kirchner J., Kremp P.R., Magotsch M. (2010) *Key Aspects of German Employment and Labour Law*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.

Bruun N. *The Autonomy of Collective Agreement* (General Report to the VII-th European Regional Congress, Stockholm, September 2002) Available at: http://www.juridicum.su.se/stockholmcongress2002/bruun_english.pdf accessed 05.08.2014

Fuchs M. The evolving structure of Collective Bargaining in Europe (1990–2004). Research Project Co-financed by the European Commission and the University of Florence. National Report Germany.

Niklas Bruun. The autonomy of collective agreement.

Tarifvertragsrecht / Däubler Wolfgang. – 3., grundlegend überarb. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verl. Ges., 1993 (Arbeits- und Sozialrecht; Bd. 10).

Ute Teschke-Bährle. Arbeitsrecht. Schnell erfasst. Berlin Heider, Springer-Verlag. 2006.

XIVth Meeting of European Labour Court Judges . 4 September 2006. Germany. National reporter: Judge Annelie Marquardt. Available at: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/-dialogue/documents/meetingdocument/wcms_159943.pdf accessed 05.08.2014.

Gas Industry Regulatory Frameworks in BRICS Countries*

 **Aleksander Volkov**

Associate Professor, Department of History and Theory of Law and State, St. Petersburg branch of the National Research University Higher School of Economics. Candidate of Juridical Sciences. Address: 17 Promyshlennaya Str, St. Petersburg, 198099, Russian Federation. E-mail: akvolkov28@gmail.com.

 **Abstract**

This article presents the results of a comparative legal analysis of gas industry regulation in BRICS countries. In addition to the description of gas production in these states, the author provides a general overview of the sources of regulatory environment in the gas sector and discusses the co-relation issues between international and national laws. The nature of legal regulation of natural gas production, transportation, distribution and trade forms a significant part of this research. The author's conclusions derive from the description of legal constraints within natural gas export and import. Firstly, all BRICS countries need to develop their respective gas industries. Some BRICS countries, like Brazil, South Africa, and, to some extent, India) are radically reforming their legal systems, while others are trying to solve their problems by opening up to government and private investments within the existing regulatory system (China and Russia). Secondly, all BRICS countries currently have high level of monopolization in production, transportation, distribution and trading (to varying degrees). However, only in Russia monopoly is legally enshrined in the area of gas export. Thirdly, it appears that all BRICS governments understand the necessity to create a competitive market environment and are taking appropriate actions. Fourthly, all BRICS countries have corruption problems, as well as problems with government failures; therefore, the effect of the reforms in the short-run will depend greatly on the political will of each respective government and to a lesser degree on the quality of legal regulation.

 **Keywords**

BRICS; gas industry; gas production; gas distribution; gas transportation; import-export of natural gas

Citation: Volkov A. (2014) Gas Industry Regulatory Frameworks in BRICS Countries. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 172–182.

Introduction

While international and national laws comprise independent legal systems, they do not function exclusively of one another. Their interaction with each other can be defined as a mutual dependence. On the one hand, national law-makers have to take into account existing international obligations. On the other hand, while working out international agreements, it is impossible not to take into account current national laws and regulations in order to avoid ineffi-

* The study was implemented within the framework of the Basic Research Program at the National Research University Higher School of Economics in 2014.

cient and even “dead” rules. For this reason, it is essential to be aware of current national laws and the potential for their future development when creating legislation relating to the gas industry on the BRICS level which is international. First of all, it is necessary to appraise the current state and future prospects for the development of this branch of industry in different BRICS countries in order to enable ourselves to assess the necessity for and designation of such regulations.

Among BRICS countries, the Russian Federation is the only natural gas exporter (possessing more than a quarter — 32.9trn cbm or 17.6% of the world’s natural gas reserves). The rest of BRICS countries are gas importers.¹ China has 3.1trn cbm of natural gas or 1.7% of the world’s reserves; India has 1.3trn cbm or 0.7% of the world’s reserves (it should be noted that more than 50% of India’s sedimentary basins have not been fully explored);² while Brazil owns 0.5trn cbm or 0.2% of the world’s reserves. There is now an engineering capability to develop Brazilian gas fields, such as Jupiter and Tupi, where gas contained in so-called pre-salt soils (oil and gas are located under salt sediments at the depth of more than 7 km).³ As described by Brazil’s ex-president Luiz Inácio Lula da Silva, these deposits were “the gift of God” and “Brazil’s pass to the future”.⁴ South Africa has 0.27m cbm or 0.1 % of the world’s gas reserves. According to the latest review by the U.S. Energy Information Administration, large offshore gas deposits can be found in South Africa — up to 147m cbm of technically recoverable natural gas are in the Caru basin.⁵

All these countries are starving for energy resources due to the relatively high pace of their economic growth. Moreover, as a more efficient and environmentally friendly resource, natural gas is much in demand. The most common way to solve this problem is through the import of gas. However, despite the paucity of domestic natural reserves, the governments of these countries have begun to shift their focus to domestic production, which requires infrastructure, investment (including overseas investment), and necessary legal regulation.

Sources of Legal Regulation

In order to provide a general overview of the regulatory environment in the gas sector it is useful to split BRICS countries into three groups: those with codified gas sector legislation (the Russian Federation⁶), those where only transport, distribution and trading of gas is regulated by the special

¹ Information on national energy resources of BRICS countries: Energy Information Administration. URL: <http://www.eia.gov/countries>.

² Bath, D.S. Legal Aspects of Oil and Gas Projects in India. *Australian Mining and Petroleum Law Journal*. 221. 1999. 221.

³ Knowledge of significant reserves of natural gas contained in the continental shelf existed at the beginning of the 1950s; however, there was no method to extract it until the XXI century. Ball, A., and P. Galhardo. In *Search of Brazil’s Better Self: The Proposed Pre-Salt Regulatory Framework*. *Current International Trade*. Winter 2009. 16.

⁴ *Ibid*.

⁵ U.S. Energy Information Administration. <http://www.eia.gov/countries/cab.cfm?fips=SF>; BP Statistical Review of World Energy June 2013. http://www.bp.com/content/dam/bp/pdf/statistical-review/statistical_review_of_world_energy_2013.pdf.

⁶ Special legislation is introduced by Federal Laws of February 25, 1992 “On Sub-soils”, of December 30, 1995 “On Product Sharing Agreement”, of February 25, 1999 “On Investment Activity in the Russian Federation in the Form of Capital Investments”, of March 31, 1999 “On Gas Supply in the Russian Federation”, of July 9, 1999 “On Foreign Investments in the Russian Federation”, of August 17, 1995 “On Natural Monopolies”, etc.

legislation (Brazil,⁷ South Africa⁸) and those with no special regulation overseeing the gas sector (relationships are regulated similarly to regulations in the oil industry: India⁹ and China¹⁰).

The system of law regulation in BRICS is international in nature. Hence, it is relevant to discuss the issues of co-relation of international and national laws. From this point of view, it is possible to distinguish three groups of countries. The Russian Federation comprises the first group: in accordance with Article 15 of the Constitution of the Russian Federation, international laws have the supreme legal force in the country. In Brazil, South Africa and India, equal legal force is in place — unless you consider some of the finer legal points — and, as a result, relative priority is given to national laws (in this case, a rule of priority of a special provision or a law introduced into effect later will work; a law introduced into effect later can be adopted at any moment by national legislative bodies)¹¹. In China, common mechanisms for resolving disputes are set out in

⁷ Brazilian legislation is introduced by Law №9.478 of August 6, 1997 (the so-called “Petroleum Law”), which finally ended Petrobras’s monopoly (Law №2.004 was abolished). On March 3, 2009, the so-called “Gas Law” №11.909 was adopted. It was designed to regulate the relationships in the sphere of transportation, processing, storage and realization of natural gas. The above-mentioned law does not regulate gas production, which is currently covered by the “Petroleum Law”. Brazilian legislation is quite clear and has a high level of juridical technicalities. The only issue facing the legislation is its “youth”, which, as a consequence, leads to difficulties of interpretation.

⁸ Legal gas regulation in South Africa is covered in the 1977 Petroleum Products Act №120 (amended by the 2005 Petroleum Products Amendment Act №2), the 1977 Central Energy Fund Act №38, the 1977 Mining Titles Registration Act (amended by the 2003 Mining Titles Registration Amendment Act №24), the 1994 Central Energy Fund Amendment Act №48, the 2001 Gas Act №48 (amended by the 2004 Amendment Act №40), the 2002 Mineral and Petroleum Resources Development Act №28 (amended by the 2008 Mineral and Petroleum Resources Development Amendment Act №49), the 2002 Gas Regulator Levies Act №75, the 2004 National Energy Regulator Act №40, the 2008 National Energy Act №34, the 2008 Mineral and Petroleum Resources Royalty Act №28, etc.

⁹ India has passed a series of legislation relating to petroleum and petroleum products (gas): the Petroleum Act of 1934, the Oil Fields (Regulation and Development) Act of 1948, the Mines Act of 1952, the Mines and Minerals (Development) Act of 1957, the Industries (Development and Regulation) Act of 1957, the Petroleum and Natural Gas Rules of 1959, the Petroleum and Minerals Pipelines (Acquisition of Right of User in Land) Act of 1962, the Oil Industry (Development) Act of 1974.

¹⁰ In China, special legislation was introduced by the Law of March 19, 1986 “On mineral resources”, adopted after seven years of discussion (amended on August 29, 1996). On March 26, 1994, China’s State Council adopted the Regulations “On the Rules of implementation of the Law “On mineral resources””. Additionally, on February 12, 1998, three further amendments were adopted. In addition to the above-mentioned laws, basic legislation regulating this industry comprises two State Council regulations: “On Exploitation of Offshore Oil Resources in Cooperation with Foreign Parties”, dated 30 January 1982, and “On Exploitation of Onshore Oil Resources in Cooperation with Foreign Parties”, dated 7 October 1993. In fact, more than 200 pieces of legislation in China determine various aspects of foreign investor relations. Overall, Chinese legislation requires work in order to bring it in line with the country’s international obligations. Additionally, China maintains a number of “hidden” laws, some of which are not published and which are only known to public servants.

¹¹ According to paragraph 51 of the 1949 Indian Constitution, the State shall endeavour to (c) foster respect for international law and treaty obligations in the dealings of organized peoples with one another and (d) encourage settlement of international disputes by arbitration. Paragraph 253 outlines that Parliament has the power to make any law across the whole or any part of the territory of India to implement any treaty, agreement or convention with any other country or countries or any decision made at any international conference, association or other body. Section 231 of South Africa’s 1996 Constitution states that international agreements are considered binding only after both the National Assembly and the National Council of Provinces have approved them (2). An international agreement of a technical, administrative or executive nature, or an agreement which does not require either ratification or accession, entered into force by the national executive, becomes binding without the approval of the National Assembly and the National Council of Provinces, but it must be tabled in the Assembly and the Council within a reasonable amount of time (3). Any international agreement becomes South African law when it is enacted into law by national legislation, but a self-executing provision

the country's constitution or in its laws. The Contract Procedure Act does not contain provisions concerning the priority in the application of international treaties over national legislation and the possibility of direct operation of the rules of international agreement in China.¹²

Moreover, most BRICS countries have specialized sub-legislative regulatory bodies (other than ministries): the Federal Tariff Service in Russia, the National Agency of Petroleum, Natural Gas and Biofuels in Brazil (ANP), the Directorate General of Hydrocarbons (production) and the Petroleum and Natural Gas Regulatory Board (transportation) in India, and the Petroleum Agency in South Africa (production) and the National Energy Regulator (transportation) in South Africa. China is the only BRICS country with no established body for regulating the gas sector.

Legal Regulation of Natural Gas Production Forms of Access

Licensing provides a legal form of access to exploration and production of natural resources in China¹³ and South Africa.¹⁴ India, however, has been using a contractual approach since 1997, using production sharing agreements based on tenders.¹⁵

of an agreement that has been approved by Parliament becomes South Africa law unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament (4). Customary international law becomes South African law unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament (section 232). When interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with international law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law (section 233). The principle of international law supremacy does not exist in Brazil. Brazil's Supreme Federal Court recognized that international treaties approved by the National Congress have equal force with national legislation (Justice Celso de Mello Ext 662-2/PU-PERU 28.11.1996. In DJU of 30.05.1997). The only exception to this rule are the conventions on human rights protection, which have equal legal force as the amendments to the Brazilian Constitution (Amendment no 45 of December 8, 2004 to the Brazilian Constitution).

¹² Tsuanley U. Problemy vzaimodeistvia mezhdunarodnogo i natsionalnogo pravovogo regulirovania inostrannykh investitsiy v Kitae: publichnyi aspekt. Kazan. 2008. 20.

¹³ The order of license receipt is regulated by the State Council Regulation of April 27, 1987, "On registration of production of mineral resources". The license is provided by the State Council's Department of Geology and Mineral Resources for the period of 10 years, with the right to a further extension of 30 years, taking into account the volume of the deposit site (article 7). The holder of the license can terminate its license with the consent of the Department and relevant regional and provincial executive organs; however, in practice a transfer of rights is difficult to implement.

¹⁴ The Minister of Minerals and Energy of RSA may invite applications for production rights to any block or blocks by publication of the notice in the Gazette. The Minister must grant a production right if the applicant has access to financial resources and has the technical ability to conduct the proposed production operation optimally; the estimated expenditure is compatible with the intended production operation and duration of the production work programme; the production will not result in unacceptable pollution, ecological degradation or damage to the environment; the applicant has the ability to comply with the relevant provisions of the Mine Health and Safety Act, 1996 (Act №29 of 1996); the applicant has provided financial resources and otherwise for a prescribed social and labor plan. A production right is subject to prescribed terms and conditions and is valid for the period specified in the right, each of which may not exceed 30 years. Any holder of a production right who wishes to apply to the Minister for the renewal of a production right must lodge an application. A production right may be renewed for further periods, each of which shall not exceed 30 years.

¹⁵ The first product sharing contracts were concluded in January 1999. The new rules allowed private companies to bid for oil and gas exploration blocks, with no limitation on the number of blocks and foreign participation (100% foreign direct investment is allowed), with no automatic state participation in commercial discoveries. Companies, including ONGC and OIL, were in equal position, being paid the international price of oil for new discoveries made under the policy.

In accordance with Brazil's Petroleum Act, production is carried out on the basis of concession contracts (based on public tenders) or production sharing agreements (the latter are only applicable to pre-salt deposits and areas proclaimed by the Brazilian government to be "strategic"). Production sharing agreements¹⁶ are contracted for 35 year-terms with a consortium of companies. Petrobras is the only operator responsible for carrying out the exploration and production of a gas deposits.

In the Russian Federation, there are also two legal approaches to natural gas production: the licensing approach (licenses are awarded by tenders and competitions) and production sharing agreements. This model can provide a real inflow of investments, despite existing issues of inflation, the lack of an effective tax system, and political and legal instability.¹⁷ However, subsoil areas according to the production sharing agreement are not currently distributed. In Russia, there are only three ongoing production sharing agreements: "Sakhalin-1", dated June 30, 1995,¹⁸ "Sakhalin-2", dated June 22, 1994,¹⁹ and "Kharyaga", dated December 20, 1995, which concluded before the law concerning production sharing agreements came into force.

Thus, only two countries use a contracted form of access to exploration and production of natural resources (Brazil, India), while the other three use only the licensing approach. A distinctive feature of legal implementation in gas production in BRICS countries, notwithstanding the form of access, is the dominance of state-owned companies: Gazprom JSC in Russia, the Petroleum Oil and Gas Corporation of South Africa (PetroSA) in South Africa, China National Petroleum Corporation (CNPC), China Petrochemical Corporation (SINOPEC) and China National Offshore Oil Company (CNOOC) in China, Petrobras in Brazil, and Oil and Natural Gas Corporation (ONGC) and Oil India Limited (OIL) in India.

Participation of Foreign Investors

India, South Africa and Brazil provide a favourable environment to foreign investors, with no particular limitations and the permission to invest in production streams with 100% foreign capital. In Brazil, gas production companies must be established in accordance with Brazilian law, and must have their own head office and administration in Brazil, regardless of citizenship of the entity's owners. However, acquiring stakes and shares in such a company is possible only with the approval of antitrust authorities, ANP and the state regulatory body (as appropriate). Moreover, a foreign investor must be registered and is required to declare their investments to the Brazilian Government using the Central Bank of Brazil's (SisBacen) electronic system.

Even more severe restrictions were introduced in the Russian Federation and China. In China, state-appointed companies CNPC, SINOPEC, and CNOOC are responsible for cooperation with foreign partners. With an authorization from the Chinese Ministry of Economy, these companies can set up so-called production sharing agreements²⁰ with foreign investors.

¹⁶ The model is used in countries with huge reserves of natural resources and insignificant risks of exploration and production activity. Ball, A., and P. Galhardo. In *Search of Brazil's Better Self: The Proposed Pre-Salt Regulatory Framework*. Current International Trade. Winter 2009. 18.

¹⁷ Konoplyannik A., Subbotin M. "Prirodnye" romitety srazhayutsa s natsionalnoy. <http://www.yabloko.ru/Publ/Srp-ks/srp-ks-3.html>.

¹⁸ The review of project "Sakhalin-1". <http://www.sakhalin-l.com/project/prjoverview.asp>.

¹⁹ The review of project "Sakhalin-2". <http://www.sakhalinenergy.ru/ru>.

²⁰ Usually, the contract is titled "Petroleum contract", and can also be used for natural gas.

Such agreements differ from similar contracts in Russia and are largely determined by the model contract, as revised in 2007.

In Russia, the national legal regime is executed in relation to foreign investors according to the general rule. However, specific limitations were set following the ratification of Federal Laws №57-FZ “Foreign Investments in the Business Entities of Strategic Importance for National Defense and State Security”, dated April 29, 2008, and №58-FZ “Introducing Amendments to Certain Legislative Acts of the Russian Federation and Abolition of Certain Provisions of Legislative Acts of the Russian Federation in connection with the adoption of the Federal Act, Foreign Investments in the Business Entities of Strategic Importance for National Defence and State Security Act”. These laws deal with restrictions applied to companies engaged in geological exploration and/or mineral prospecting and production in subsoil areas of federal significance.²¹ Only legal entities which are established in accordance with Russian law, which have at least five years of experience in subsoil exploration in the continental shelf of the Russian Federation, and which have more than 50% share/contribution from the Russian Federation in their authorized capital can be considered to become subsoil users.

Legal Regulation of Natural Gas Transportation

In Russia, Federal Law №147-FZ, dated August 17, 1995, “Natural Monopolies Act Gas Shipment” stipulates that transportation of natural gas along pipelines is covered by natural monopolies. Consequently, Gazprom JSC controls the country’s gas transport system. Federal Law №69-FZ, dated March 31, 1999, “Gas Supply in the Russian Federation” maintains some guarantees for non-discriminatory access of any enterprise to the gas transport networks (article 27). However, these provisions are potentially not adequate for overseas companies due to potential limitations in terms of access, based, for example, on technical unfeasibility. Additionally, restriction to gas transit access is frequently used as a political tool. It is possible to appeal access restrictions to the antitrust authority or through legal proceedings. The Federal Tariff Service determines rates for the country’s main gas pipelines.

In South Africa, the gas regulator grants licenses for pipeline construction and operation. It is important to note that licenses are granted for various kinds of activity, including construction, custody, and operation. Activities of vertically integrated companies at different market levels are carried out separately, using different separate accounts, with no information swapping or cross-subsidization allowed. The gas regulator has the right to adjudicate disputes between different parties, as long as it has their consent to do so.

Prior to 2006, India’s GAIL Ltd²² held a monopoly over the country’s gas transportation sector. In December 2006, the Indian government decided to push network construction, opened the transportation market, and allowed Reliance Gas Transportation Infrastructure Ltd

²¹ Areas of federal significance are measured for the purposes of the country’s defense and security and include deposits of natural gas with reserves of more than 50bn cbm (article 2 of Federal Law no58-FZ).

²² GAIL Ltd was incorporated in August 1984 as a Central Public Sector Undertaking (PSU) under the Ministry of Petroleum and Natural Gas (MoP&NG). The company was initially given the responsibility of constructing, operating and maintaining the Hazira, Vijaypur, Jagdishpur (HVJ) pipeline project. It was one of the largest cross-country natural gas pipeline projects in the world. Originally this was a 1,800 km pipeline, which set out the foundation for the development of the natural gas market in India. Having started out as a natural gas transmission company in the late 1980s, GAIL Ltd has grown organically through the construction of a large network of natural gas pipelines covering more than 9,500 km. Today, GAIL Ltd accounts for 78% of India’s gas transmission business. http://www.gail.nic.in/final_site/successstory.html.

(RGTIL), a privately held company, to undertake this. Regulator PNGRB ensures third party access to one third of the company's transport capacity and prescribes transportation rates.²³

In Brazil, Petrobras monopolized the gas transportation sector until 1997. Following the introduction of the Petroleum Act, Petrobras founded Transpetro to carry out independent oversight and to ensure liberalized access to the gas transportation network. The introduction of the 2009 Gas Law aimed to ensure independent transportation and new investments into the country's gas transportation sector. Henceforth, natural gas transportation (construction, expansion and gas pipeline transportation management) has been carried out using a permit system (used only when pipelines are the subject of international agreements) or tender-based concession agreements.

Transportation tariffs, paid by customers of natural gas transportation services and managed through concession agreements, are set by ANP. Access to pipelines is granted through transportation service contracts. Access refers primarily to free capacity; access to earmarked idle capacity becomes possible only after free capacity access has been depleted. Disputes in natural gas transportation contracts are subject to consideration by ANP, which doesn't exclude appeals to any court, including arbitration courts.

In China, gas pipelines belong either to CNPC (80%) or SINOPEC (20%). These two companies set transportation tariffs independently²⁴ and don't ensure the right of third party free access to their infrastructure. As such, state control is minimal in this area.²⁵ As a result, other companies have two alternatives: they can either sell gas to companies-gas pipeline owners under their terms and conditions or sell gas at local markets. The creation of an independent regulator, which would design laws relating to tariffs and free access to gas transportation infrastructure and transport capacity, could become a significant contribution to the development of a competitive industry.²⁶

Therefore in BRICS countries there is a monopoly of state companies in the field of natural gas transportation. But at the same time in all BRICS countries except China the access of third parties to the pipelines is ensured and the separation of the activities between production, transport, storage is implemented. Transportation tariffs in all BRICS countries, with the exception of China, are regulated. And it is the State which is responsible for the development of transport system (in Russia in directly through state control company).

Legal Framework of Natural Gas Distribution and Trade

In accordance with the 1988 Brazilian Constitution, gas distribution regulation falls within the authority of the country's states (article 25).²⁷ Therefore, each constituent entity of the federation has its own pattern of relationship-building. However, these patterns are based on similar principles and institutions: concession contracts on natural gas distribution; licenses for con-

²³ Official site of the Petroleum and Natural Gas Regulatory Board. <http://www.pngrb.gov.in/newsite/the-act.html>.

²⁴ These respect the limits set by the Chinese government. The upper limit comprises the prime costs of the pipeline and management operations, plus 12% profit.

²⁵ Wei W., Peng X., Hou Y., Chen B., Du J., Wang G. Gas in China. The Impacts and Benefits of Structural Reforms in the Transport, Energy and Telecommunications sectors. APEC Policy Support Unit. 2011. 374.

²⁶ Corbeau A.-S., Volk D., Sinton J., Ping J.J.J., Teng T., Boshu L., Fen Y. Gas Pricing and Regulation. China's Challenges and IEA Experience. 2012. 30. http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/ChinaGasReport_Final_WEB.pdf.

²⁷ State-level legislation does not regulate the distribution of Liquefied Natural Gas (LNG). This activity is regulated by ANP user licenses.

struction of gas distribution pipelines and maintenance; tariffs are set by each state's regulating authority, taking into account investment costs, management and maintenance, and principles of rationality, transparency, publicity and equipment considerations.

Non-discriminatory access to the network is provided following a payment to tap to the net. The tariff is set by the parties, operator and the customer, through negotiation and is recorded in the contract, which has to be registered by the state regulator. Despite discretion in state regulation of this area, 18 of 27 distribution companies are more or less controlled by Petrobras.²⁸ Distribution companies are monopolies in pipeline gas trade (with no fixed tariffs) based on natural gas sales contracts registered by ANP.

In contrast with Brazil, there is no unified systematized legislation regulating natural gas distribution and trade in China. Taking into account the fact that in urban areas it is impossible to have several gas distribution networks, most distribution companies are not obligated to ensure third party access to the network; most of the companies belong to and are managed by local authorities. On December 27, 2002, the Chinese Ministry of Construction issued the "Guidance on how to Speed Up the Transition of Municipal and Public Sectors into the Market Economy". As a result, this area was opened to privately held companies, including foreign companies. According to tender results, over 60 privately held companies obtained licenses for gas distribution in cities like Shanghai and Guangdong.²⁹ Another trend emerged as well: CNPC began negotiations with Hebei and Gansu authorities and other provincial authorities to obtain licenses for gas distribution. Inevitably, the risk of corporate giants winning tenders to produce, transport and distribute natural gas arose. Such a scenario would produce a more closed gas sector, which would possess barriers to entry for new market players. Natural gas sale tariffs are set by local authorities, which take into account production, transportation and distribution costs. A distinguishing characteristic of tariff regulation in China (as well as in Russia) is the price differentiation for industrial and domestic customers, whereby tariffs for domestic customers are lower.³⁰

In August 2007, the Chinese government set out a policy to reform price setting: gradual surrender of state tariff setting, transition to market-based instruments of pricing, natural gas price pegging to the cost of alternate sources of energy, gradual increase in natural gas prices, and price equalization to world market prices. The Chinese government has already started to create so-called hubs, or distribution trade centres, which determined prices according to the market. One of those hubs was set up in Shanghai.

In South Africa, there is a natural gas distribution and trading licensing system. The distributor carries out its work in a certain sphere and is obliged to supply gas to any party concerned (if economically possible). The regulator only sets maximum prices, while NERSA (National Energy Regulator of South Africa) investigates customer complaints. At the moment, Sasol Gas is the country's main distributor, with only a few clients. Indian PNGRB organizes tenders for distribution of licenses relating to supply network construction and its operation. Licenses are provided for five-year terms. Foreign and Indian companies have equal opportunities. The first tenders took place in 2008 and 2009, with 41 cities today having been provided with distribution networks.

²⁸ Official site of the U.S. Energy Information Administration. <http://www.eia.gov/cabs/brazil/Full.html>.

²⁹ Working Paper of the International Energy Agency. Natural Gas in China. Market Evolution and Strategy. 2009. http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/nat_gas_china.pdf.

³⁰ Ordinary, prices for industrial users are lower because of lower transportation costs.

In India, licence system (received as a result of a tender) for distribution is used. GAIL Ltd is the leading company not only in gas transport sector, but also distribution and trading, selling 51% of the country's natural gas. Gas produced by ONGC and partially joint venture companies is sold by GAIL, while OIL sells gas which has been produced using its own resources. Recently, GAIL has set up regional joint ventures with local authorities. The gas pricing system is dualistic: the government sets market tariffs for gas produced by ONGC and OIL, while tariffs for gas sold by privately-held companies or joint ventures are set according to production sharing agreements. This area needs reforming. One suggestion is to increase prices at the former market, the other one is to unify the approach and set uniform prices for gas tariffs. In 2010 regulated tariffs had nearly doubled, which implies that, so far, the Indian government has followed the former approach.

In Russia, specialized gas distribution organizations (GDOs) operate gas supply networks. Today, there are 310 GDOs in Russia, 1-24 GDOs for a constituent entity of the Federation, two thirds of them are the branches of Gazprom through Gazpromregiongas. The same situation is for trading: Gasprom Mezhhregiongaz undertakes gas trading services through its 50 regional gas companies (Gasprom regional gas companies).

In terms of gas trading arrangements, the Russian market can be divided into the wholesale (regulated and unregulated (the price is not fixed) with participation of independent producers) and retail markets. At the wholesale market, contracts, including those arranged through open trade, comprise significant volumes of gas being traded. Under existing laws, all aspects of consumer prices for natural gas are approved at the federal level by the Federal Tariff Service.

In the majority of BRICS countries, gas distribution and trade is subject to monopolistic oversight. Trading and distribution still are not really: gas trading is done by the distribution companies, except Russia, but even there they are controlled by vertically integrated company. However, all BRICS governments have made attempts to transition to a regime of granting natural gas distribution licenses through tenders (Brazil, South Africa, India, China) and to providing freedom of choice when selecting a supplier (restricted in Russia, South Africa, Brazil).

Tariffs in all BRICS countries are set by fiat; however, China, India and even Russia have already taken steps to abolish price control, though they are in the early stages of this process.

Legal Regulation of Export/Import of Natural Gas

Natural gas is subject to import/export control. In South Africa, a company or an individual that intends to import or export natural gas needs an import or export permit. The issuing of petroleum import and export permits is subject to requirements administered by the Department of Energy. The person or entity that intends to import/export gas must request an import or export permit application form from the International Trade Administration Commission, complete the application form and submit it to the Department of Energy for authorization. Import permits are valid for twelve months and export permits for six months.³¹

Prior to the introduction of NELP in India,³² private exploration companies operating under production sharing contracts had little independence, largely because the government either

³¹ South Africa Government Services. Import or export permits for petroleum products. http://www.services.gov.za/services/content/Home/OrganisationServices/Import/Importandexportpetroleumproducts/en_ZA.

³² The New Exploration Licensing Policy. In 1997, the government of India and the Directorate General of Hydrocarbons formulated the NELP and started a new era of production-sharing contracts. The policy, which aimed to create a more investor-friendly framework, consisted of the following steps: the deregulation of the upstream sector; the opening doors to private and foreign investors; the promise to give companies the right

bought gas based on a fixed formula or, in a few cases, allowed it to be exported.³³ Today, companies can export gas only when India attains self-sufficiency in natural gas supplies in any given year. In the event that this takes place, domestic sale obligations will be suspended for a period specified by the Indian government, and the company will have the right to export its participating interest share of natural gas during the given period, subject to any other extant policy guidelines of the government. Therefore, import of natural gas in India can be granted through licenses made available by the Ministry of Petroleum and Natural Gas. In fact, India does not have any pipeline connections, though there are pipeline projects covering Iran-Pakistan-India, Turkmenistan-Afghanistan-Pakistan-India, and Myanmar-India. So all the gas currently imported to India is LNG and comes from Qatar, Australia, Russia, Egypt, Oman, Nigeria, and Indonesia.³⁴

Currently, Brazil does not really export natural gas. In 2011, 10.5bn cbm were imported (9.8 cbm from Bolivia and the rest from Trinidad and Tobago, USA, and Qatar).³⁵ The share of LNG (liquid natural gas) in proportion to pipeline gas has a tendency to rise. Not surprisingly, three LNG factories were constructed³⁶ in Paulina, Pecem and in Guanabara Bay.³⁷

The Brazilian Ministry of Mines and Energy can authorize export-import operations for any given company or group of companies, as set out in regulations outlined by the National Council for Energy Politics (CNPE) and ANP. Frequently, concession agreements contain clauses which allow the possibility of ANP imposing export interdiction in circumstances where internal demand for gas is not satisfied.

As to Russia, according to article 3 of Federal Law, dated July 18, 2006, “On gas export” the exclusive right for gas export belongs to a possessor of the unique system of gas-supply or its subsidiary company Gazprom-Export LLC. Only gas produced under production sharing agreements, agreed before the above-mentioned law had taken effect, is not covered by this regulation. But even in this instance, Gazprom JSC “convinced” ExxonMobil to assign exclusive rights to export natural gas produced at the Sakhalin-1 project. This law was invalidated because of the importance of securing national energy security, preventing the exhaustion of natural resources, fulfilling international obligations, and maintaining the country’s energy balance. It is believed by sciences that listed objects could be achieved not by the complete ban of export activities of other companies but by the fixation of the quotas for export or introducing the license regime like it is practiced in China³⁸ and USA.

to sell gas at market prices in the domestic market, with the government having a final say on pricing; and the gradual evolution to full market pricing. See Correau, A.-S. International Energy Agency. Natural Gas in India. 2010. http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/natural_gas_india_2010.pdf.

³³ Jain, Anil, and Sen Anupama. Natural Gas in India: An Analysis of Policy. 2011. http://www.oxfordenergy.org/wpcms/wp-content/uploads/2011/05/NG_50.pdf.

³⁴ India joined the global LNG market in March 2004, as the Dahej LNG terminal became operational. Petronet LNG Limited, a joint venture promoted by GAIL, IOCL, Bahrat Petroleum, GDF Suez, the Asian Development Bank and the ONGC was formed to import LNG in order to meet the growing demand for gas. The second LNG terminal is the Shell and Total terminal (4.8bn cbm located in Hazira, which was commissioned in April 2005. Both are located on the western coast and could be further expanded. The third terminal, the Dabhol- Ratnagiri LNG terminal, has a total capacity of 7.5 cbm.

³⁵ Official site of ANP. [http://www.anp.gov.br/?pg=60983 noSe__o_2](http://www.anp.gov.br/?pg=60983%20noSe__o_2).

³⁶ Activity in the LNG domain is regulated by act of ANP no 118. 2000.

³⁷ Rolim, M.J., and V.S. Henriques. Brazil in “The International Comparative Legal Guide to: Gas Regulation 2010”. www.iclg.co.uk.

³⁸ Blumental, D., T.L. Chua, and A. Au. Upstream Oil and Gas in China. <http://www.velaw.com/uploaded-Files/VEsite/Resources/20-Vol3SecVCh3UpstreamOilandGas.pdf>.

At the same time liberalization arrives even in this sector. The first of December 2013 new amendments to the law “On gas export” were adopted. They finally made possible to make export of LNG.

Conclusion

Based on the comparative legal overview provided in this paper, we can draw the following conclusions. Firstly, all BRICS countries need to develop their respective gas industries. Some BRICS countries, like Brazil, South Africa, and, to some extent, India) are radically reforming their legal systems, while others are trying to solve their problems by opening up to government and private investments within the existing regulatory system (China and Russia). Secondly, all BRICS countries currently have high level of monopolization in production, transportation, distribution and trading (to varying degrees). However, only in Russia monopoly is legally enshrined in the area of gas export. Thirdly, it appears that all BRICS governments understand the necessity to create a competitive market environment and are taking appropriate actions. In all this states the production sector is liberalized, there is free access to transport, except China. In Brazil there are bids for receiving the licenses for all the activities in the gas industry (which are separated, except commercialization and distribution), price is free for consumers, but still no freedom to choose a supplier. In Russia the Government took measures for unbundling the vertical integrated company, there is a wholesale market with a partly deregulated price. Even in China the liberalization has started, but till now only distribution is deregulated. In India we have partly free price on the market, bids for receiving licenses for transport, distribution as in RSA. Fourthly, all BRICS countries have corruption problems, as well as problems with government failures; therefore, the effect of the reforms in the short-run will depend greatly on the political will of each respective government and to a lesser degree on the quality of legal regulation.



References

- Information on national energy resources of BRICS countries: Energy Information Administration. Available at: <http://www.eia.gov/countries> accessed 20.08.2014.
- Bath D.S. (1999) Legal Aspects of Oil and Gas Projects in India. *Australian Mining and Petroleum Law Journal*, no 18, pp. 221-240.
- Ball A., Galhardo P. (2009). In Search of Brazil's Better Self: The Proposed Pre-Salt Regulatory Framework. *Current International Trade*, winter, pp. 16-25.
- Konoplyannik A., Subbotin M. “Prirodnye”romitety srazhayutsa s natsionalnoy. Available at: <http://www.yabloko.ru/Publ/Srp-ks/srp-ks-3.html> accessed 20.08.2014.
- Wei W., Peng X., Hou Y., Chen B., Du J., Wang G. (2011) Gas in China. *The Impacts and Benefits of Structural Reforms in the Transport, Energy and Telecommunications sectors*. Adelaide: APEC Policy Support Unit, pp. 370-384.
- Corbeau A.-S., Volk D., Sinton J., Ping J.J.J., Teng T., Boshu L., Fen Y. (2012) *Gas Pricing and Regulation. China's Challenges and IEA Experience*. Available at: http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/ChinaGasReport_Final_WEB.pdf accessed 20.08.2014.
- Working Paper of the International Energy Agency. Natural Gas in China. Market Evolution and Strategy*. (2009). Available at: http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/nat_gas_china.pdf accessed 20.08.2014.
- Rolim M.J., Henriques V.S. *Brazil in “The International Comparative Legal Guide to: Gas Regulation 2010”*. Available at: www.iclg.co.uk accessed 20.08.2014.
- Blumental D., Chua T.L. *Upstream Oil and Gas in China*. Available at: <http://www.velaw.com/uploaded-Files/VEsite/Resources/20-Vol3SecVCh3UpstreamOilandGas.pdf> accessed 20.08.2014.

Protection against Unfair Competition in the Russian Federation and Cooperation within BRICS*



Anna Lapteva

Associate Professor, Financial Law Department, St. Petersburg branch of the National Research University Higher School of Economics. Candidate of Juridical Sciences. Address: 17 Promyshlennaya Str., St. Petersburg, 198099, Russian Federation. E-mail: laptevaan@rambler.ru



Abstract

BRICS is one of the most significant geopolitical events of the early XXI century. It plays a significant and ever-growing role in world politics and international relations. BRICS member countries have decided to use conjoint approaches to solve the most important problems in the development of medium-sized enterprises and competition policy.

For this reason this article is devoted to the questions relevant to the notions “unfair competition,” “competition” and its correlation, distinguish with the contiguous notions. In the literature are deduced the different characteristics of unfair competition such as acts aiming to obtain advantages through entrepreneurial activity, incursion and potential losses for entities — (competitors), arising as a result of said acts.

It is set out special features of the legal regulation the competition and the struggle against unfair competition by the laws of the Russian Federation. For instance, it includes some provisions common for both institutions of protection against unfair competition and protection against monopoly activity.

It also describes different patterns of the competition law, for example, American and European, which are traditionally distinguished in the scientific legal literature. Russian lawmakers on the whole have adopted the European system of antitrust regulation (the restriction and control of monopoly activity). However, the Russian legal regulatory system against unfair competition has its specific features. In particular, it is based on the plurality of resources that have different legal validity and are linked to different branches of law

Moreover, this article is considered the problems of protection against acts of unfair competition are widely covered in the legal practice, classification of legal protection forms (factual and juridical, jurisdictional and not jurisdictional, public and private, etc.).



Keywords

BRICS, competition, unfair competition, Russian Federation, legal protection

Citation: Lapteva A. (2014) Protection against Unfair Competition in the Russian Federation and Cooperation within BRICS. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 183–189.

Scholarly literature describes the creation of BRICS is one of the most significant geopolitical events of the early XXI century. The BRICS countries (Brazil, Russia, India, China, and the Republic of South Africa) play a significant and ever-growing role in world politics and inter-

* The study was implemented within the framework of the Basic Research Program at the National Research University Higher School of Economics in 2013

national relations.¹ Their collaboration is aimed at the search for solutions of global financial and economic problems.

The 5th BRICS summit, held in March 2013 in Durban, produced the eThekweni Declaration (hereinafter the Declaration) and eThekweni Action Plan,² which stated the BRICS countries' shared approach to actual issues of multilateral cooperation.

One of the areas of cooperation for BRICS member countries, outlined in the Declaration, is their collaboration in the area of small and medium-sized enterprises (hereinafter SMEs). For example, page 19 of the Declaration states that BRICS member countries "recognize the fundamental role played by SMEs in the economies of our countries. SMEs are major creators of jobs and wealth."³

Points A and C in section 18 of the Concept of the Participation of the Russian Federation in BRICS, approved by the President of the Russian Federation,⁴ point out the necessity of creating «more favorable conditions for the promotion of mutual trade ... [and the] development of cooperation on competition policy».

Thus, BRICS member countries have decided to use conjoint approaches to solve the most important problems in the development of SMEs and competition policy.

One of the pillars of sustainable development is a competitive environment, where competition plays a crucial part in quality improvement of services, cost reduction, and implementation of technical innovation and inventions.⁵ The latter aspect arises from the fact that owners of the most effective production factors and more attractive products win in competition. Hence, it becomes necessary to improve their factors of production: employees should improve their skills, and owners of material factors should renew them, replacing the old manufacturing facilities with new ones.⁶

Meanwhile, one of the concomitants of competition is unfair competition which, contrary to the ethos of competition, reduces the levels of business activity and the quality of goods, labour and services. Therefore, modern countries have the incentive to prevent and control such phenomena. For this reason, laws which regulate competition exist in the majority of countries.

However, in order to develop relationships while overcoming unfair competition it is necessary to understand the regulatory environment of partner countries, due to the fact that any cooperation at the international level will depend on the specific legal environments of partner countries. The comparative law approach can be useful in understanding the regulatory environment. In the context of legal research, it compares legal regulations, as well as legal institutions, branches and systems.⁷

The above-noted comparative law method contributes to optimal cooperation on the one hand, while on the other hand, it helps improve existing laws and legislative and regulatory compliance practices.

¹ Buharin, V.V. O BRIKS. Fakultet gosudarstvennogo upravleniia MGU. http://www.spa.msu.ru/page_303.html.

² Yetekvinskaja deklaratsiyai Yetekvinskii plan deistvi, dated 27 March 2013. Prezident Rossii. http://news.kremlin.ru/ref_notes/1430.

³ http://news.kremlin.ru/ref_notes/1430.

⁴ Kontseptsiiuchastiya Rossiiskoi Federatsii v obedinenii BRIKS. Prezident Rossii. <http://news.kremlin.ru/media/events/files/41d452a8a232b2f6f8a5.pdf>.

⁵ Yanova V.V. Ekonomika. Kurs lektsii: Uchebnoe posobie dlua vuzov. Moscow. Examen. 2005. 110.

⁶ Sedov V.V. Ekonomicheskayaa teoriyaa: Vvedenie v ekonomicheskuyu teoriyu: Ucheb. posobie. Chelyabinsk. 2002. 55–56.

⁷ The literature on the subject compares both state and law of different countries broadly and narrowly, focusing on special features of legal systems. Perevalov V.D. Teoriia gosudarstva i prava. Moscow. Yurayt. 2005. 274.

Two types of competition law (American and European) are traditionally acknowledged in the scholarly legal literature.⁸

The American approach (here, I imply the use of American law) is aimed at the prohibition of monopoly, which includes unfair competition (there are several legal rules concerning unfair competition). Such a prohibition means that, as set out by the law, monopoly acts are considered to be illegal per se, regardless of the degree of impact on competition. The European approach (West European) is based on the principles of regulation and control of monopoly activity, i.e. monopoly activity is allowed unless it affects the freedom of competition. Along with the laws providing control over monopolies, there are special laws on unfair competition.⁹

Russian lawmakers on the whole have adopted the European system of antitrust regulation (the restriction and control of monopoly activity). For example, Federal Act no 135-FZ *The Competition Protection Act*,¹⁰ dated 26 July 2006 (hereinafter *The Competition Protection Act*), covers regulation related to competition protection, including the prevention and suppression of monopoly activity and unfair competition.¹¹

However, the Russian legal regulatory system against unfair competition has its specific features. First, it is based on the plurality of resources that have different legal validity and are linked to different branches of law. Second, it includes some provisions which are common to both the institution of protection against unfair competition and the protection against monopoly activity.¹²

The latter — the coexistence of two institutions of competition law within one statutory act: the institution of protection against unfair competition and the protection against monopoly activity — is extensively discussed in scholarly literature. In particular, authors referring to international practices consider this «coexistence» to be ineffective, suggesting that such overlap actually contributes to the confusion of antitrust law regulation spheres with protection against unfair competition law (essentially, the concepts of unfair competition and monopoly activity are equated).¹³ Other authors, however, write about the necessity of following the path of addition of existing kinds of unfair competition with a new «broadened set of offense elements».¹⁴

From our point of view, Paraschuk's position is closer to the truth as, on the one hand, the phenomena of monopoly activity and unfair competition are interrelated,¹⁵ and, on the other, such interrelation does not automatically necessitate regulation within one legal act. To be included into one act, these institutions must have a uniform legal nature and, consequently, similar legal regulation.

⁸ Note that the institution of unfair competition comprises the integrated branch of legislation — Competition Law.

⁹ For further information, see Gorodov, O.A. *Pravo promyshlennoi sobstvennosti*. Moscow. Statut. 2011. 664; Kleijn, N.I., and N.E. Fonareva (editors). *Konkurentnoe pravo Rossiiskoi Federatsii: uchebnoe posobie dlia vuzov*. Moscow. Logos. 1999. 81–82; Popondopulo, V.F. (ed.). *Kommercheskoe (predprinimatelskoe) pravo*. Moscow: Norma. 2009. Vol. 1: 354.

¹⁰ Federalny zakon no 135-FZ “O zashite konkurentsii”, dated 26.07.2006. 2006. no 162. St. 3434.

¹¹ Popondopulo V.F. Ukaz. soch. 357.

¹² Eremenko V.I. *Pravovoe regulirovanie konkurentnyh otnoshenii v Rossii i za rubezhom*. Master's dissertation. Moscow. 2001. 9.

¹³ Parashuk S.A. *Nedobrosovestnaia konkurentsia: sodержanie i pravovye sredstva ee presecheniia*. Master's dissertation. 1995. 80–81.

¹⁴ Eremenko V.I. Ukaz. soch. 23.

¹⁵ The existence and development of unfair competition resulted in another phenomenon, namely monopoly. See Parashuk, S.A. Ukaz. soch. 42.

Hence, the institution of unfair competition is part of the integrated branch of legislation — competition law, which includes civil and administrative laws as consistent statutory acts.¹⁶

Point 9 of Article 4 of the Russian Competition Protection Act provides a legal definition for the concept of “unfair competition”.

According to this definition, any actions by entities (or groups of persons) aiming to obtain advantages through entrepreneurial activity, which contravenes the laws of the Russian Federation, customary business practices, ethical requirements, the requirements of reasonableness and equitableness, and have inflicted or are able to inflict a loss to other entities (competitors), or can discredit or are able to discredit their business reputation, are considered to be unfair competition.

The following characteristics of unfair competition are deduced from this definition in scholarly legal literature:¹⁷

- acts by entities or groups of persons;¹⁸
- acts aiming to obtain advantages through entrepreneurial activity;¹⁹
- contravention of the laws of the Russian Federation, customary business practices, ethical requirements, requirements of reasonableness and equitableness;
- incursion and potential losses for entities –(competitors), arising as a result of said acts;
- loss or potential loss of business reputation by an entity (competitor) due to said acts.

In legal literature, the Russian legal definition is inconsistent with the concept of “unfair competition”, as contained in the Paris Convention for the Protection of Industrial Property.²⁰

This inconsistency derives from the fact that, in accordance with Russian law, this is not unfair competition, but a separate fragment thereof, and only on condition that the actions of economic entities are aimed at obtaining advantages for business. In other words, the Russian definition of “unfair competition” is considerably narrower than its broad European counterpart because Russian lawmakers give a number of additional features to the actions of entities.²¹

The issues of protection against acts of unfair competition are widely covered in the legal literature.²² The above-mentioned comes from imperfect legislation, which doesn't contain clear instructions about forms and ways to overcome unfair competition.

Evidently, any impact on a law-breaker should be made within the framework of the existing measures of law enforcement, which can not only repress any unfair competition act, but also reinstate (recognize) the infringed (disputed) right of a complainant. As described by Gorodov, unfair competition means the «coincidence» of methods of repression of inequitable

¹⁶ Eremenko V.I. Ukaz. soch. 9.

¹⁷ Gorodov O.A. Ukaz. soch. 642.

¹⁸ I.e. an omission of an act cannot be taken into account in qualifying competition as unfair, active actions are necessary. Gorodov O.A. Ukaz. soch. 643; Tikin V.S. O kriterii nedobrosovestnoi konkurentsii. Pravo i ekonomika. 2009. no 5. 27–32.

¹⁹ In this case, it means only unjustified advantages which should touch upon only entrepreneurial activity. Gorodov O.A. Ukaz. soch. 645.

²⁰ According to p.2 art.10 of the Convention, an unfair competition act is any competition act contradicting customs of honesty in industry and trade. Paris Convention for Protection of Industrial Property, dated 02.10.1979. no 201(R). Geneva: World Intellectual Property Organization, 1990.

²¹ Gorodov O.A. Ukaz. soch. 655–666.

²² For example, see Gavrilov D.A. Presechenie aktov nedobrosovestnoi konkurentsii v sfere iskluchitelnykh prav. Predprinimatelskoe pravo. 2010. no 4; Gorodov O.A. Ukaz. soch. 655; Shevchenko A.I. Zashhita ot nedobrosovestnoi konkurentsii kak obekt intellektualnoi sobstvennosti. Rossiiskii sledovatel. 2005. no 12.

conduct and methods of civil rights' defense, outlined in Article 12 of the Russian Federation Civil Code 51-FZ, dated 30 November 1994 (hereinafter RF CC).²³

From this perspective, it seems appropriate to agree with the authors who propose to classify the methods of protection according to the forms of defense.²⁴

Scholarly legal literature provides different grounds for the classification of legal protection forms (factual and juridical, jurisdictional and non-jurisdictional, public and private, etc.). However, within the scope of this article we focus on the classification of protection forms on the basis of procedural order of the exercise of the right to defense. According to this criterion, jurisdictional and non-jurisdictional forms of protection of citizens' rights are defined in legal literature.²⁵ This classification is widespread in the Russian legal doctrine.

The defense of civil rights in administrative or judicial proceedings (it is implemented by persons, authorized for this purpose by state authorities, each of them using their own procedural order) is a jurisdictional type of defense (it is a jurisdictional remedy). Self-defense and retaliation (carried out by an authorized person applying legal remedies) are non-jurisdictional methods of defense.²⁶

We can define general and special procedures within jurisdictional types. General procedure includes judicial protection which outlines appealing to a court by the interested entity. The court, depending on the object of defense, uses different rules of proceedings.

Legal literature points out that since acts of unfair competition are enacted as a rule in the sphere of entrepreneurial activity, the protection of rights is mainly carried out through the system of arbitration (commercial) courts.²⁷

The system of arbitration (commercial) courts is defined by the Federal Constitutional Act *Commercial Courts in the Russian Federation Act* no 1-FZ, dated April 28.²⁸ The elements of this system include:

- federal district arbitration (commercial) courts (cassation arbitration courts);
- arbitration (commercial) courts of appeal;
- first instance arbitration (commercial) court in republics, krays, regions, federal cities, autonomous regions, autonomous districts (arbitration courts of the constituent entities of the Russian Federation);
- specialized arbitration (commercial) courts (intellectual property courts).²⁹

According to Article 27 of the Arbitration Procedure Code of the Russian Federation no 95-FZ, dated 24 July 2002 (hereinafter APC of RF),³⁰ as a general rule, arbitration (commercial) courts can consider cases of commercial dispute and other cases, related to business or other economic activity with the participants of organizations, who are considered juridical persons and citizens who have the status of individual entrepreneurs.³¹

²³ SZRF. 1994. no 32. St. 3301.

²⁴ Tolstoy Yu.K, Sergeeva A.P. (ed.). *Grazhdanskoe pravo*. Moscow. 2008. V. 1. 542–543.

²⁵ Gorodov O.A. *Ukaz. soch.* S.817-818.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ SZ RF.1995. no 18. St. 1589.

²⁹ Note that the development of the Russian judiciary development has to be the way of the establishment of specialized judicial bodies and the Intellectual Property Court is one of those bodies. It was the first specialized court in the system of commercial courts.

³⁰ SZ RF. 2002. no 30. St. 3012.

³¹ As provided by the APC of the RF and other federal laws, commercial (arbitration) courts can arbitrate disputes with the participation of the Russian Federation, Russian Federation constituent entities, municipal

A special defense procedure (administrative) is also carried out by applying to specially authorized authorities; however, it differs from judicial procedure, as it is not applied as a general rule, but only in cases expressly provided by the law. In cases of unfair competition, it comprises an application to the antimonopoly authority, which commences proceedings and judges cases concerning antitrust infringements, delivering judgments based on the outcome of the proceedings and issuing orders which can be appealed in court.³²

Cases of antitrust law offense are reviewed according to the procedures set by Chapter 9 of the Competition Protection Law³³ and the Administrative Provision of the Federal Antimonopoly Service on Execution of the State Function of Initiation of Proceedings in Cases of Antitrust Law Offense, approved by FAS Order no 339, dated 25 May 2012.³⁴ This procedure is administrative and is widely applied in civil law cases.

Non-jurisdictional defense is used in cases of civil rights' self-defense and in instances where retaliation is applied.

From a theoretical perspective, the self-defense of civil rights is a defense which is permitted when a complainant is able to legally retaliate against the inflictor without having to involve courts or other authorities. The complainant can use various coherent protective devices against the offense which must not exceed the necessary bounds to repress the offense.³⁵ Gorodov mentions that, as a rule, unfair competition acts deal with information. As a consequence, only a limited number of legal instruments, which are not multi-purpose and suitable for all possible kinds of unfair competition acts, can be used. As an example, Gorodov cites actual measures taken by an entity in order to improve data protection, comprising confidential information.³⁶

In the literature, retaliation implies law enforcement legal tools, which are applied to the person or entity which directly impinges on the civil rights and responsibilities of an authorized person without applying for permission from the relevant state authorities.³⁷ Retaliation can comprise, for instance, the publication of a retraction of untrue information which had discredited the reputation of a citizen or organization, or the ability to exercise the right of reply (Articles 43 and 46 of the *Mass Media Law* of the Russian Federation no 2124-1, dated 27 December 1991).³⁸

Hence, unfair competition is a specially constructed institution, designed to protect the participants of civil commerce against the actions of entities, which aim to gain certain advantages.



References

Buharin V.V. *O BRIKS* [On BRICS]. Fakultet gosudarstvennogo upravleniia MSU. Available at: http://www.spa.msu.ru/page_303.html accessed 09.08.2014

entities, state agencies, local authorities, other bodies, officers, entities, which are non-legal entities and citizens who are not individual entrepreneurs.

³² Glava 6 Federalnogo zakona, dated 26.07.2006, no 135-FZ «O zashhite konkurencii». SZ RF. 2006. no 162. St. 3434; Postanovlenie Pravitelstva Rossiisko Federatsii, dated 30.06.2004, no 331 «Ob utverzhdenii Polozheniya o Federalnoi antimonopolnoi sluzhbe». SZRF. 2004. No 31. St. 3259.

³³ SZ RF. 2006. No 162. St. 3434.

³⁴ Bulletin normativnykh aktov federalnykh organov ispolnitelnoi vlasti. 2013. no 8.

³⁵ Sergeev A.P. (ed.). *Kommentarii k Grazhdanskomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii. Chast pervaya*. Moscow. 2010.72.

³⁶ Gorodov O.A. *Ukaz. soch.* 825.

³⁷ Sukhanov E.A. (ed.). *Grazhdanskoe pravo: uchebnik*. Moscow. 1999. T. 1. 123.

³⁸ SND i VS RF.1992.no 7. 300.

- Eremenko V.I. (2001) *Pravovoe regulirovanie konkurentnyh otnoshenii v Rossii i za rubezhom* [Legal Regulation of Competitive Relations in Russia and Abroad]. (Doctor of Juridical Sciences Dissertation), Moscow: MSU.
- Gavrilov D.A. (2010) Presechenie aktov nedobrosovestnoi konkurentsii v sfere isklyuchitelnykh prav [Tackling Unfair Competition]. *Predprinimatelskoe pravo*, no 4, pp. 13-17.
- Gorodov O.A. (2011) *Pravo promyshlennoi sobstvennosti* [Right to Industrial Property]. Moscow: Statut. (in Russian)
- Kleijn N.I., Fonareva N.E. (eds.) (1999) *Konkurentnoe pravo Rossiiskoi Federatsii* [Competition Law of Russian Federation]. Moscow: Logos. (in Russian)
- Parashhuk S.A. (1995) *Nedobrosovestnaya konkurentsia: sodержanie i pravovye sredstva ee presecheniya* [Unfair Competition content and legal means to prevent it]. (PhD Thesis), Moscow: MSU. (in Russian)
- Perevalov V.D. (2005) *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of State and Law]. Moscow: Norma. (in Russian)
- Popondopulo V.F. (ed.) (2009) *Kommercheskoe (predprinimatelskoe) pravo* [Commercial (Entrepreneurial) Law]. Moscow: Prospekt. (in Russian)
- Sedov V.V. (2002) *Ekonomicheskaya teoriya: Vvedenie v ekonomicheskuyu teoriyu* [Economic Theory. Fundamentals of Economic Theory]. Chelyabinsk: Chelyabinsk State University. (in Russian)
- Sergeev A.P. (ed.) (2010) *Kommentarii k Grazhdanskomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii. Chast pervaya* [Commentaries on the RF Civil Code. Part 1]. Moscow: Prospekt. (in Russian)
- Shevchenko A.I. (2005) Zashhita ot nedobrosovestnoi konkurentsii kak ob'ekt intellektualnoi sobstvennosti [Protection from Unfair Competition as an object of Intellectual Property]. *Rossiiskii sledovatel*, no 12, pp. 39-41.
- Sukhanov E.A. (ed.) (1999) *Grazhdanskoe pravo: uchebnyk* [Civil Law. Textbook]. Moscow: BEK. (in Russian)
- Tikin V.S. (2009) O kriterii nedobrosovestnoi konkurentsii [On the Criterion of Unfair Competition]. *Pravo i ekonomika*, no 5, pp. 27-32.
- Tolstoy Yu.K., Sergeev A.P. (eds.) (2008) *Grazhdanskoe pravo*. [Civil Law] Vol. 1. Moscow: Prospekt. (in Russian)
- Yanova V.V. (2005) *Ekonomika* [Economics]. Moscow: Ekzamen. (in Russian)

Guarantees to Exercise the Right to Health Protection and Medical Care in the Russian Federation and Opportunities for Cooperation within BRICS



Tatiana Akulina

Senior Lecturer, Department of Civil Law and Civil Process, Law Faculty of the St. Petersburg branch of the National Research University Higher School of Economics. Address: 17 Promyshlennaya Str., Saint Petersburg, 198099, Russian Federation. E-mail: akulinati@yandex.ru



Abstract

The human right to health protection implies an overall constitutional duty of the state to assist the enforcement and ensuring of this right by means of medical care provision and other “positive” activities: protection and suppression of attempts to interfere and entrench on the right; control of healthcare by public authorities; significant interference into healthcare delivery. Reasoning from this fact guarantees of enforcement of the right to health protection in the Russian Federation can be divided into two main groups: 1) medical guarantees related to availability and work of medical organizations, and 2) state guarantees related to the creation of conditions under which human health and right to health protection will be ensured and protected to the maximum extent. Therefore, the real effect of guarantees of the right to health protection in Russia is far from ideal. The Russian law-makers try to approximate the domestic statutory acts to the international legal standards in this sphere. However, these actions are not efficient enough. The new incitement for the improvement of the situation in this area can be the extension of international cooperation within BRICS allowing to work out co-decisions about the problems of improvement of quality and availability of medical care; improvement of quality of medical education; increase of healthcare management control of the propriety of the delivery of the guaranteed scope of free medical care; liquidation of corrupt practices in the system of healthcare management.



Keywords

health care, guaranties, BRICS, quality of medical care, international cooperation

Citation: Akulina T. (2014) Guarantees to Exercise the Right to Health Protection and Medical Care in the Russian Federation and Opportunities for Cooperation within BRICS. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 190–197.

Human life and health are supreme values in respect to which welfare and other values are determined.¹ According to the World Health Organization’s (WHO) Constitution, the enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being, and it should be free from distinctions of race, religion, political belief, and eco-

¹ Mokhov, A.A. *Combination of Private and Public Interests in Legal Regulation of Medical Activities*. St. Petersburg: Publishing House “Legal Center Press”. 2003. 8.

nomic or social conditions.² As set out in Article 2 of Federal Act № 323-FZ, dated November 21 2011, “Fundamental Healthcare Principles in the Russian Federation”,³ health derives from an individual’s physical, psychological and social welfare, when a person doesn’t suffer from any disease and functional disorders of body organs and systems. The right to health protection is one of the most important citizen rights for people all over the world, and its enforcement carries special importance under social and economic reforms in Russia.⁴

The role of health in an individual’s welfare is outlined in item 2 of paragraph 2 in the Russian Federation Constitutional Court Opinion № 115-TO, dated June 6 2002,⁵ according to which human health is a supreme inalienable right, without which other values and welfare lose their significance. The Constitutional Court of the Russian Federation also described the pivotal role of health protection as an essential condition of life. Therefore, the fact that health is a value, which is protected by the Constitution, is incontestable. This is set out in Articles 2, 7 and 41 of the Constitution of the Russian Federation.⁶

The human right to health care implies an overall constitutional duty of the state to assist in the enforcement and ensuring of this right by providing medical care and other “positive” activities:⁷ the protection of the right to healthcare, the suppression of attempts to interfere with or impinge on the right, the control of healthcare by public authorities, and significant involvement in healthcare delivery.⁸ Taken from this perspective, guarantees underlying the enforcement of the right to health care in the Russian Federation can be divided into two main groups: 1) medical guarantees related to the availability and work of medical organizations, and 2) state guarantees related to the creation of conditions under which human health and right to health care is protected to the maximum extent.

The first group of guarantees comprises the compulsory and voluntary health insurance mechanisms. The most important among them are guarantees which deal with compulsory medical insurance that ascertains the provision of free medical care for citizens.⁹ The validity and efficiency of this insurance pattern have been tried and tested in developed European countries, such as Germany and France.¹⁰ Voluntary health insurance guarantees play a supplementary role to mandatory health insurance.

² WHO Constitution. WHO. Fundamental documents. Geneva. 1977. 5.

³ *Official Gazette of the RF* 48. 2011. Article 6724.

⁴ Fyodorova, M.Yu. *Medical Law: Study Guide for Higher Education Institutions*. Moscow: Hum.publ.centre VLADOS. 2003. 7.

⁵ Opinion of the Constitutional Court of the RF №115-TO, dated June 6, 2002. ”Refusal to accept the Yevgenia Zakharovna Martynova’s complaint of the violation of her constitutional rights under item 2 of Article 779 and item 2 of Article 782 of the Civil Code of the Russian Federation for consideration”. Bulletin of the Constitutional Court of the RF. 1. 2003.

⁶ Kovalevsky, M.A. *Values “Life” and “Health”: Constitutional and Legal Meaning and Elements of Legal Protection*. Kodeks-info. №1-2. 2003. 92.

⁷ See Avakyan, S.A. *Constitutional Law of Russia*: Textbook in 2 volumes. 4th edition. V. 1. Moscow. 2010. 773-775; Savostyanova, N.V. *Constitutional Right to Health Protection: Concept and Structure*. Constitutional and Municipal Law. 2005. №3.

⁸ Belov, S.A. *Right to Health Protection and Constitutional Values of a Legal and Social State*. Medicine and law. “Medicine and Law in the XXI century”, conference proceedings (Saint Petersburg, July 1, 2010). Saint-Petersburg. 2011. 29.

⁹ Federal Act №165-FZ, dated 16 July, 1999. “*Principles of Compulsory Social Insurance*”. Rossiyskaya Gazeta. 139, 21.07.1999.

¹⁰ See Lisitsin Y.P. *Public Health and Healthcare*: textbook. 2nd edition. Moscow: GEOTAR-Media. 2010. 117-119; Lentiev, O.V. *Legal Fundamentals of Medical Activities*. 2nd edition, revised and enlarged. St. Petersburg: SpetsLit. 2006. 94-100.

Let us consider compulsory medical insurance guarantees in detail. The guarantees, can be classified into:

1) guarantees provided within the Russian Federation (RF) Constitution. For example, Article 41 of the RF Constitution sets out the right to health care and free medical care in public and municipal healthcare institutions. This right is stated in item 2 of Article 7, item 2 of Article 21, item 1 of Article 42, item 3 of Article 55, point «zh» of item 1 of Article 72, item 2 of Article 74, item 2 of Article 92, point «c» of item 1 of Article 114, alongside a number of other articles in the RF Constitution.

2) guarantees stipulated by international laws and regulations, such as for example, the Universal Declaration of Human Rights, 1948,¹¹ the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950,¹² the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,¹³ the European Agreement on Medical Care Provision sets out the guarantees to persons who are temporarily residing within a territory of another country 1980,¹⁴ the European Social Charter, 1996,¹⁵ the CIS Convention for Rights and Fundamental Freedoms, 1995,¹⁶ the 27 March 1997 Agreement among the Governments of the CIS Member States «Medical Care Delivery for Citizens of Member Countries of the CIS»,¹⁷ and others. For example, one of the provisions of the above-mentioned Agreement among the Governments of the CIS Member Countries guarantees unhindered, free emergency medical care for Russian Federation citizens residing within the territory of another CIS member country.

3) guarantees stipulated by special Federal Acts (for example, the provisions of Federal Act N323-FZ, dated November 21, 2011, «On Health Care Protection for the Population of the Russian Federation»,¹⁸ Federal Act, dated November 29, 2010, «Compulsory Health Insurance in the Russian Federation».¹⁹ Federal Act №4180-I, dated December 22, 1992, «Transplantation of Human Organs and (or) Tissues»,²⁰ Federal Act №3185-1, dated 2 July, 1992, «Psychiatric Care and Guarantees of Citizens' Rights during its Provision»,²¹ Federal Act №38-FZ, dated March 30, 1995, «Prevention of the Spread of Illness Caused by the Human Immunodeficiency Virus (HIV-infection) in the Russian Federation»,²² and others. For example, according to item 2 of Article 5 of Federal Act №3185-1, dated 2 July, 1992, «Psychiatric Care and Guarantees of Citizens' Rights during its Provision»,²³ persons suffering from psychiatric disorders have the right to respectful and moral treatment while receiving psychiatric care, without abasement of human dignity.

¹¹ *Rossiyskaya Gazeta*. 05.04.1995.

¹² «Bulletin of International Treaties». N 3. 2001.

¹³ «Bulletin of the Supreme Court of the RF». no 12. 1994.

¹⁴ USSR and Russian Federation International Treaty Series. Part XLVII. Moscow. 1994. 175-182.

¹⁵ «Bulletin of International Treaties». 2010. N 4. April. 17-67

¹⁶ *Rossiyskaya Gazeta* N 120. 23.06.1995.

¹⁷ *Rossiyskaya Gazeta*. N 90. 12.05.1997

¹⁸ «Legislation Bulletin of the Russian Federation». 28.11.2011 no 48. article 6724.

¹⁹ *Rossiyskaya Gazeta*. no 274. 03.12.2010.

²⁰ Gazette of the Congress of People's Deputies and the Supreme Court of the RF (CPD and SC). 1993. no 2.- article 62.

²¹ Gazette of CPD and SC of the RF. 1992. no 33. article 1913.

²² Legislation Bulletin of the Russian Federation. 1995. № 14. article 1212.

²³ Gazette of CPD and SC of the RF. 1992. № 33. article 1913.

4) guarantees provided by subordinate legislation. For example, Government Regulation №1074, dated October 22, 2012, approved the program of state guarantees for free medical care for 2013 and 2014.²⁴ According to item 2 of Article 35 of Federal Act, dated November 29, 2010, «Compulsory Health Insurance in the Russian Federation»,²⁵ this program defines the types of medical care, the range of insured events and the criteria outlining the availability and quality of medical care.

Guarantees in the sphere of medical insurance can be divided into *material*, i.e. referring to the more precise definition (content) of the guaranteed right, and *procedural*, providing conditions for the enforcement of the guaranteed right. An example of a material guarantee can be the territorial program for compulsory health insurance, approved by the regulatory legal act of the RF constituent entity. Article 81 of Federal Act №323-FZ, dated November 21, 2011, “Health Care for the Population of the Russian Federation”²⁶ contains the list of diseases (states) and the list of the types of medical care delivered to citizens free of charge. The provisions regulating the process of bringing legal action by health maintenance organizations in protection of interests of their insured persons are an example of a procedural guarantee (chapters 4, 12-16 of the Civil Procedure Code of the RF).

The second group of guarantees deals with the national protection of the right to health care and is executed, in the first instance, through the use of civil procedure of compensation for harm to health within tortious relationship (Articles 1084-1094 of the Civil Code of the RF). They are, for example, regulations connected with compensation for moral harm, medical expenses, rehabilitation, and compensation of earnings, lost due to injury. Secondly, the enforcement of this group of guarantees can also take place using the Criminal Code of the RF (Articles 109, 118, 120, 122, 124, 128, 235, 236, 248, and others) and the Code of Administrative Violations (Articles 6.2, 6.4, 6.8, 5.39, 17.9, and others). These provisions ensure the unhindered exercise of the right to health care in different areas of medical care by setting out criminal or civil responsibility against those who violate this right. For example, Article 124 of the Criminal Code of the RF stipulates criminal responsibility for the failure to deliver medical care and Article 6.3 of the Code of Administrative Violations of the RF stipulates administrative responsibility for the violation of laws in the area of sanitary and epidemiological welfare.

Thirdly, this group of guarantees contains standards which outline the mechanism of legal liability insurance of harm-doing. Such regulations allow for patient compensation in instances leading to negative consequences as a result of medical intervention to the fullest degree, exonerating the patient from providing the burden of proof in the form of a causal connection between the actions of a medical organization and the harm caused to this person's health. This mechanism is rarely used in the Russian Federation; however, it may be used in the future, as it is included in the draft bill «Compulsory Insurance of Patients during Medical Care Provision».

However, we should mention that both types of guarantees are not always adhered to or implemented. A lot of the state liabilities are difficult to implement and are sometimes undermined by the stronger entities of state legal relations in the area of healthcare, in particular by medical organizations and healthcare management bodies.

²⁴ Enactment of the RF of 22.10.2012 no 1074 “On the Program of State Guarantees for Free Medical Care for the Population in 2013 and for Planning Period of 2014 and 2015”. Legislation Bulletin of the RF. no 44. 2012. article 6021.

²⁵ *Rossiyskaya Gazeta*. no 274. 03.12.2010.

²⁶ “Legislation Bulletin of the Russian Federation”. 28.11.2011. №48. article 6724.

For example, the obligation to guarantee the right to access the premises and equipment of medical institutions on a non-discriminatory basis for vulnerable social groups (the poor, the homeless, the lonely) is difficult to enforce because many vulnerable people don't have ID documents. Medical services for vulnerable people are frequently required to be delivered immediately or as soon as possible due to their conditions (state of health), but lack of paperwork often prevents immediate action.²⁷

Today, there are also problems in the area of children's healthcare, deriving from improper medical care delivery, unsatisfactory sanitary and epidemiological conditions in preschool facilities and schools, and the lack of specialized medical transport necessary for house-calls to sick children.²⁸

An overview of some of the Russian regions revealed numerous instances, which are supposed to be covered by national health care policies, outlined in the Program of State Guarantees of Free Medical Care Delivery to the Population of the RF, but are, in fact, undertaken at a personal financial cost of citizens. For example, according to one study, 58.2% of Murmansk region patients bought medicines and bandages at their own expense and 46.5% paid in full for all examinations and treatments in an in-patient public hospital.²⁹ Similar problems exist in medical organizations dealing with reproduction, motherhood and childhood.³⁰ Corruption in healthcare national institutions prevents finding a solution to the problem.

The territorial equability of medical care delivery is also broken. Because of the remoteness and inaccessibility of some RF regions, medical care during more severe seasons can only be delivered using helicopters. Besides, to provide proper medical care it is necessary to provide additional rate of medical workers. This is linked to additional financing from the budget, and the state doesn't always undertake such financial risks. Hence, the delivery of medical care becomes the responsibility of medical assistants in the nearest rural health outposts, who generally work 8-hour shifts. This leads to a significant increase in working hours and has an adverse effect on the quality of medical care.³¹

Obligations to supply pharmaceutical products and medical equipment are also difficult to meet in some entities of the Russian Federation due to the short supply of pharmaceutical products in hospitals, different prices, misinformation provided by doctors regarding the type of drugs available for purchase, and the use of outdated equipment which should be discarded.³²

²⁷ Kryukova A.A. *Problems of Proxying Patients without ID in Medical and Preventive Treatment Facilities. Concept of Proxying. Russian Legislation Analysis.* Medical Law of Ukraine: legal regulation of healthcare (genesis, international standards, development and improvement trends): V All-Ukrainian (IV International) conference proceedings (May19-21, 2011, Odessa). edited by cand. of leg. sciences, docent I.Y. Seniuta, H.Y. Tereshko. Lvov: LOBF "Medicine and Law". 2011. 152.

²⁸ See Ushakova E.V. *Child and Medicine: Legal Issues. Guide for Parents and Doctors.* Moscow. M3-Press. 2004. 238-263; Akulina, T. I. *Legal Regulation of Pediatrics.* Pediatrics from XIX into XXI century: Conference Proceedings. St. Petersburg. 2005. 19.

²⁹ Yuriev V.K., Belinskaya V.G., Mirsky V.E., Naumova A.A. *Free Medical Care: Theory and Reality.* Problem of human being: humanitarian dimensions: collection of scientific papers. Part 2. St. Petersburg: Publishing house GPMA. 2003. 94.

³⁰ See Starchenko A.A., Furkalyuk M.Y., Rykova I.V. *Decision of the Public Council of Patient Right Protection of the Federal Service on Surveillance in Healthcare and Insurers on the Problem of Free Medical Care in Public and Municipal Healthcare Institutions.* Modern Medical and Preventive Treatment Institution Management: 2009-2010. edited by V.I. Starodubova. Moscow: PH "Health Manager". 2009. 93-105.

³¹ Kozhevnikov Yu. N. *Problems of Regulation of Labour Relations in Medicine.* "International, Russian and foreign labour and social security service legislation: the current state (comparative analysis)". VII International Conference proceedings. edited by K.N. Gusova. Moscow: Prospekt. 2011. 607-611.

³² See Akulina T.I. *Some Reasons and Legally Relevant Characteristics of Behavior of Health Professionals Working with Pharm. Distributors.* AiF. Health. Medicine survey. no 7. 2010. 14-15; Kadyrov, F.N. *Optimization*

The quality of medical care is continuously decreasing due to low qualification of medical workers, who receive their training in an imperfect and basic educational system. So, for example, when compared to medical care in developed countries like the Czech Republic, Austria, and Germany, the quality of medical care in Russia is much lower despite the fact that there are more doctors per capita. Over 60% of patients in Russia are not satisfied with the quality of medical care.³³

For the last 16 years, the rate of common illnesses in Russia has been on the increase due to, among other reasons, the inefficiency of the system of disease prevention and treatment. The increase in the prevalence of tuberculosis and sexually transmitted diseases indicates both social and economic problems in society, as well as the low efficiency of prevention programs.³⁴

In addition to the above-mentioned reasons, it is also necessary to pay attention to the development of medical sciences, the general worsening of the environment, and the development of new forms of diseases. These are other factors which may potentially affect the progressive implementation of guarantees. Therefore, the real effect of guarantees to the right to health care in Russia is far from ideal.

A comparative analysis of the domestic legal regulations and international legal standards in the area of healthcare suggests that Russian lawmakers are attempting to match domestic statutory acts to international legal standards.³⁵ However, these actions are not far-reaching enough. Certain difficulties arise in the implementation of these standards.

A new avenue for improving this situation can be the extension of international cooperation among BRICS, which would provide the opportunity to work out co-decisions about the improvement of quality and availability of medical care, the improvement of quality of medical education, the increase of healthcare management control, and the liquidation of corrupt practices in the system of healthcare management.

The above objectives can be achieved by arranging mutual official visits and expert consultations in the area of healthcare organization, through joint symposiums, the establishment of joint management bodies to work out international legal co-decisions in the area of healthcare,

of Use of Medicines and Consumables. Modern Medical and Preventive Treatment Institution Management: 2009-2010. edited by V.I. Starodubova. Moscow: PH "Health Manager". 2009. 379-392; Piven. D.V., P.E. Dudin, and M.V. Fedoseeva. *Organization of Medical Care of Multi-Purpose In-Patient Hospitals Amid the Crisis: Problems and Possible Solutions*. Modern Medical and Preventive Treatment Institution Management: 2009-2010. edited by V.I. Starodubova. Moscow: PH "Health Manager". 2009. 393-398; Vasilieva, E.V. and Y.S. Kudryavtsev. *Analysis of Medical Equipment Condition in Public Health Facilities Amid Economic Crisis*. *Modern Medical and Preventive Treatment Institution Management*: 2009-2010. edited by V.I. Starodubova. Moscow: PH "Health Manager". 2009. 399-408.

³³ See Ulumbekova, G.E. *Healthcare in Russia. What We Shall Do: Scientific Rationale of "Development Strategy of Healthcare of the RF to 2020"*. Moscow: GEOTAR-Media. 2010. 111-112; more than 31,000 of doctors and pharmacists graduated from educational institutions of the Ministry of Healthcare and Social Development of the Russian Federation in 2008. <http://www.lvrach.ru/news/5232118/> on October 5, 2011; Tatyana Golikova made a report at the enlarged session of the Collegium of the Ministry of Healthcare and Social Development of the RF. <http://www.minzdravsoc.ru/videoank/79/6> on March 20, 2009; New Medical History. <http://www.minzdravsoc.ru/health/high-tech/1>. October 5, 2011.

³⁴ Ulumbekova, G.E. *Healthcare in Russia. What We Shall Do: Scientific Rationale of "Development Strategy of Healthcare of the RF to 2020"*. Moscow: GEOTAR-Media. 2010. 24-45.

³⁵ Dyuzhnikov, S.A. *International Legal Standards in the Area of Human Health Protection and their Implementation in the Constitution of the RF*. Medical Law of Ukraine: legal regulation of healthcare (genesis, international standards, trends for development and improvement): V All-Ukrainian (IV International) conference proceedings (May19-21, 2011, Odessa). edited by I.Y. Seniuta and H.Y. Tereshko — Lvov: LOBF "Medicine and Law". 2011. 79.

and further meetings of Ministers of Health of BRICS countries to discuss relevant healthcare policies. Carrying out of the above-mentioned activities will also allow to strengthen cooperation in the area of healthcare among BRICS countries, which is one of the tasks outlined in the latest joint statement by BRICS countries in New Delhi in January 2013.³⁶



References

- Akulina T.I. (2005) *Pravovoe regulirovanie truda vracha-pediatra [Legal Regulation of Pediatrics]. Pediatrics from XIX into XXI century: Conference Proceedings*. St. Petersburg: VmedA, pp. 19–25.
- Akulina T.I. (2010) *Nekotorye principy i yuridicheski znachimie osobennosti povedeniya medicinskikh rabotnikov pri kontaktakh s farmdistribyuterami [Some Reasons and Legally Relevant Characteristics of Behavior of Health Professionals Working with Pharm. Distributers]. Aif: Health. Medicine survey*, no 7, pp. 14–15.
- Avakyan S.A. (2010) *Konstitucionnoe pravo Rossii [Constitutional Law of Russia]* 4th edition. Vol. 1. Moscow: Norma, Infra-M.
- Belov S.A. (2011) *Pravo na okhranu zdorovya i konstitucionnie cennosti pravovogo i socialnogo gosudarstva [Right to Health Protection and Constitutional Values of a Legal and Social State]. Medicine and law. "Medicine and Law in the XXI century"; conference proceedings (Saint Petersburg, July 1, 2010)*. Saint-Petersburg. pp. 29–34.
- Dyuzhnikov S.A. (2011) *Mezhdunarodno-pravovie standarty v oblasti okhrany zdorovya i ikh implementatsiya v Konstitutsiyu RF [International Legal Standards in the Area of Human Health Protection and their Implementation in the Constitution of the RF]. Medical Law of Ukraine: legal regulation of healthcare (genesis, international standards, trends for development and improvement): V All-Ukrainian (IV International) conference proceedings (May 19–21, 2011, Odessa Lvov: LOBF "Medicine and Law"; pp. 79–81.*
- Fyodorova M.Yu. (2003) *Medicinskoe pravo [Medical Law: Study Guide for Higher Education Institutions]*. Moscow: Hum.publ.centre VLADOS.
- Kadyrov F.N. (2009) *Optimizatsiya ispolzovaniya meditsinskoykh materialov [Optimization of Use of Medicines and Consumables]. Modern Medical and Preventive Treatment Institution Management: 2009–2010*. edited by V.I. Starodubova. Moscow: PH "Health Manager"; pp. 379–392.
- Kozhevnikov Yu. N. (2011). *Problemy regulirovaniya trudovykh otnocheniy v medicine [Problems of Regulation of Labour Relations in Medicine]. International, Russian and foreign labour and social security service legislation: the current state (comparative analysis): VII International Conference proceedings*. edited by K.N. Gusova Moscow: Prospekt, pp. 607–611.
- Kovalevsky M.A. (2003) *Blaga zhizn` i zdorovye: konstituzionno-pravovie znachenie i elementy okhrany [Values "Life" and "Health": Constitutional and Legal Meaning and Elements of Legal Protection]. Kodeks-info*, no 1–2, pp. 34–56.
- Kryukova A.A. (2011) *Problemy of Proxying Patients without ID in Medical and Preventive Treatment Facilities. Concept of Proxying. Russian Legislation Analysis. Medical Law of Ukraine: legal regulation of healthcare (genesis, international standards, development and improvement trends): V All-Ukrainian (IV International) conference proceedings (May 19–21, 2011, Odessa)*. Lvov: LOBF "Medicine and Law", pp. 152–155.
- Lentiev O.V. (2006) *Pravovie osnovy medicinskoy deyatel'nosti [Legal Fundamentals of Medical Activities]*. 2nd edition. St. Petersburg: SpetsLit.
- Lisitsin Y.P. (2010) *Obshchestvennoe zdorovye i zdavoookhraneniye [Public Health and Healthcare]* 2nd edition. Moscow: GEOTAR-Media.
- Mokhov A.A. (2003) *Sochetaniye chastnykh i publichnykh interesov v pravovom regulirovanii medicinskoy deyatel'nosti [Combination of Private and Public Interests in Legal Regulation of Medical Activities]*. St. Petersburg: Yuridicheskiy Centr Press.
- Petrov V.I., Sedova N.N. (2001). *Problemy kachestva zhizny v bioetike [Problems of Quality of Life in Bioethics]*. Volgograd: Izdatel.

³⁶ <http://pib.nic.in/newsite/erelease.aspx?reid=91533>. Access date 01.09.2013.

Piven` D.V., Dudin P.E., Fedoseeva M.V.(2009) Organizaciya lekarstvennogo obespecheniya mnogoprolnogo stacionara v usloviyakh krizisa: problem i vozmozhnie recheniya [Organization of Medical Care of Multi-Purpose In-Patient Hospitals Amid the Crisis: Problems and Possible Solutions]. *Modern Medical and Preventive Treatment Institution Management: 2009-2010*. edited by V.I. Starodubova. Moscow: PH "Health Manager", pp. 393-398.

Savostyanova N.V. (2005) Konstitucionnoe pravo na okhranu zdorovya: ponatie i struktura [Constitutional Right to Health Protection: Concept and Structure]. *Constitutional and Municipal Law*, no 3, pp. 37-39

Starchenko A.A., Furkalyuk M.Y., Rykova I.V. (2009) Decision of the Public Council of Patient Right Protection of the Federal Service on Surveillance in Healthcare and Insurers on the Problem of Free Medical Care in Public and Municipal Healthcare Institutions. *Modern Medical and Preventive Treatment Institution Management: 2009-2010*. edited by V.I. Starodubova. Moscow: PH "Health Manager"; pp. 93-105.

Ulumbekova G.E. (2010). *Zdravookhranenie v Rossii. Chto nam delat': Nauchnaya obosnovannost' programmy razvitiya zdravookhraneniya do 2020 g.* [Healthcare in Russia. What We Shall Do: Scientific Rationale of "Development Strategy of Healthcare of the RF to 2020"]. Moscow: GEOTAR-Media.

Ushakova E.V. (2004) *Rebenok i medicina: pravovie voprosy* [Child and Medicine: Legal Issues]. Moscow: M3-Press

Vasilieva E.V., Kudryavtsev Y.S. (2009) Analiz sostoyaniya medicinskogo oborudovaniya v gosudarstvennykh uchrejdeniyakh zdravookhraneniya v svete ekonomiceskogo krizisa [Analysis of Medical Equipment Condition in Public Health Facilities Amid Economic Crisis]. *Modern Medical and Preventive Treatment Institution Management: 2009-2010*. edited by V.I. Starodubova. Moscow: PH "Health Manager"; pp. 399-408.

Yuriev V.K., Belinskaya V.G., Mirsky V.E., Naumova A.A. (2003) *Besplatnaya medicinskaya pomoshch: teoriya i realnost'* [Free Medical Care: Theory and Reality]. *Problem of human being: humanitarian dimensions: collection of scientific papers*. Part 2. St. Petersburg: Publishing house GPMA, pp. 94-98.

Рациональность в праве¹



М.В. Антонов

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



Аннотация

В настоящей статье анализируются события Международного философско-правового симпозиума «Рациональность в праве». Внимание автора статьи сосредоточено на рассмотрении основных тезисов прозвучавших на симпозиуме докладов. Применительно к докладу М.В. Антонова указано на значимость анализа аргументов в пользу единства права — эти аргументы, выдвигавшиеся в истории политико-правовой мысли, нередко были основаны на той или иной версии философского холизма. В докладе Л. Клерико подчеркнута применимость в конституционно-правовом регулировании концепции взвешивания принципов, разработанной современным немецким философом права Р. Алекси. Доклад П. Кьяссони примечателен выделением трех видов истины: формальной истины как соответствия рассуждения законам логики; инструментальной истины как пригодности определенных средств для достижения поставленных целей; содержательной истины как установления высших этических ценностей и отношений между ними. Выступление Р. Карачоло было посвящено проблематике соотношения обязывающей силы норм с убеждающей силой оснований для действия. В докладе Х. Моресо проанализирована применимость классической логики в сфере права, а также изучены параметры действия логических законов в правовом порядке. М. Фаррелл представил интересную реконструкцию философско-правового учения Иеремии Бентэма в аспекте его проекта кодификации и переустройства судебной системы Англии. В выступлении Х. Родригеса исследованы различия между логикой норм и логикой нормативных предложений. Е.В. Булыгин акцентировал внимание на сравнительном анализе аналитической философии права и метафизическими учениями о рациональности права. В своем докладе К. Каркова выступил в защиту постулатов школы критических правовых исследований. Р. Виго подчеркнул значимость юснатуралистической и аргументативной перспектив в правоведении. В выступлении Х. Сердио предпринята попытка ограничения права от морали в призме кантовского разделения между теоретическим и практическим разумом. Р. Гибур описал и сравнил относительную силу магических и рационалистических начал в праве. В докладе Е.Н. Лисанюк был предложен анализ трех образов деонтической логики в праве.



Ключевые слова

рациональность в толковании и применении права, юридическая рациональность, рациональность в уголовном праве, оценка доказательств, логика норм, судебное решение, принципы права, аналитическая философия права

Библиографическое описание: Антонов М.В. Рациональность в праве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 3. С. 198–208.

С 5 по 7 мая 2014 г. на юридическом факультете Университета Буэнос-Айреса (Аргентина) состоялся Международный философско-правовой симпозиум «Рациональность в

¹ Данное научное исследование (№ 14-01-0022) выполнено при поддержке Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2014/2015 гг. Автор благодарит почетного профессора юридического факультета Университета Буэнос-Айреса Е.В. Булыгина и доцента кафедры логики философского факультета СПбГУ Е.Н. Лисанюк за ценные замечания, высказанные при подготовке данной статьи.

праве». Это научное событие собрало более 80 исследователей-правоведов и практикующих адвокатов из Латинской Америки, Западной Европы и России. Симпозиум продолжил традицию философско-правовых чтений, организуемых вузами Санкт-Петербурга (СПбГУ, НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург) и Буэнос-Айреса (Университет Буэнос-Айреса, Университет Аустраль) по вопросам логики норм и аналитической философии права². Работа симпозиума проходила в формате пленарных докладов и обсуждений в рамках секций³, рабочими языками были испанский и английский. Тексты пленарных докладов были опубликованы до начала симпозиума в качестве отдельного издания⁴; по итогам симпозиума к изданию готовится сборник избранных научных статей.

С приветственными словами к участникам симпозиума обратились его организаторы: декан факультета права Университета Буэнос-Айреса профессор М. Пинто, почетные профессора Университета Буэнос-Айреса Е.В. Булыгин, Р. Гибур, Э. Зулета, Х. П. Алонсо и доцент СПбГУ Е.Н. Лисанюк. После вводных слов организаторов симпозиум был открыт докладом **«Некоторые размышления о единстве права и нормативных систем»** доцента юридического факультета НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург М.В. Антонова.

Докладчик обратил внимание на то, что аргументы в пользу единства права, выдвигавшиеся в истории политико-правовой мысли, нередко были основаны на той или иной версии философского холизма. Такое обоснование, по мнению докладчика, является неизбежным логическим следствием попыток объяснить строение права по аналогии со строением биологических или социальных систем. Полисемантизм термина «система» дает правоведам ложный ключ к объяснению единства права (его системного характера) тем же способом, каким объясняется единство природы или социума. Эта линия рассуждений особенно характерна для естественно-правовых и историцистских доктрин, а также для многих социолого-правовых учений, где фактически сложившаяся структура права легитимируется через отсылку к абсолютному авторитету. В рамках первых право либо рассматривается как транслятор вечных законов, управляющих мирозданием, либо уподобляется живому, саморазвивающемуся организму; в рамках вторых берется как составная часть социальной жизни, которая по определению основана на упорядоченности отношений и действий.

Можно признать, что эти подходы могут быть использованы для описания механизма социального действия права, для объяснения представлений людей об источниках обязывающей силы права; но применение этих подходов в вопросах структуры права приводит к некорректным результатам. Структура права создается самими юристами, является продуктом юридической мысли определенного времени и места; поэтому она вариативна, не predetermined ни естественными законами, ни социальной практи-

² Этот симпозиум стал четвертым по счету. См. обзоры предыдущих научных мероприятий в рамках данного проекта российско-аргентинского научного сотрудничества: Антонов М.В., Лисанюк Е.Н., Перов В.Ю. Нормы и нормативные системы в философии, праве и информатике // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2011. № 5. С. 237–247; Антонов М.В., Демина Л.А., Лисанюк Е.Н., Перов В.Ю. Философия и современное международное право // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 4. С. 194–207.

³ Всего было организовано семь секций (форумов): «Рациональность в толковании и применении права», «Юридическая рациональность в истории философии», «Прикладная рациональность в рамках отдельных правовых систем», «Рациональность в уголовном праве и оценка доказательств», «Логика норм и теория права», «Актуальные проблемы рациональности права», «Рациональность, судебное решение и принципы права».

⁴ См.: Simposio Internacional de Filosofia del Derecho “Racionalidad en el Derecho”. Buenos Aires, 2014.

кой (если, конечно, не мыслить мышление как отражение бытия, что было характерно для механистических философских концепций). То же самое можно сказать и о самом единстве (всегда частичном и относительном) права.

Основная опасность рассуждений о предопределенном единстве и закономерном структурировании права заключается в том, что очевидные недостатки таких экспликативных схем часто компенсируются метафизическими аргументами — например, о единстве божества, предопределенной упорядоченности вселенной, абсолютной иерархии ценностей, неизменных законах развития общества и т.п. Юристам следует особо внимательно следить за тем, чтобы тезис о единстве и необходимой упорядоченности права не использовался в качестве циркулярного доказательства тех или иных метафизических аргументов, якобы лежащих в основе правопорядка, и их высшей юридической силы. В противном случае через утверждение системности права проникают теологические, моральные и иные аргументы, которые наделяются интерпретаторами обязывающей силой помимо процедур, предусмотренных в правопорядке.

В следующем докладе «**О рациональности юридических решений — вопрос о пропорциональности**» профессор юридического факультета Университета Буэнос-Айреса Лаура Клерико (Laura Clérico) попыталась продемонстрировать применимость в конституционно-правовом регулировании концепции взвешивания принципов, разработанной современным немецким философом права Р. Алекси. Докладчица признала, что можно найти решение трудных и неоднозначных дел без обращения к принципам (например, на основе судейского усмотрения), но на ряде примеров продемонстрировала, что эти методы не всегда могут дать результат, приемлемый с точки зрения этики и правовой рациональности. Такой результат дает проверка пропорциональности (*test of proportionality*) применимых в конкретном деле принципов, через которые и выражается эта рациональность. Эта проверка состоит из трех этапов: (1) определение допустимости ограничения прав ради достижения неких публичных целей; (2) решение вопроса о неизбежности ограничения права, о том, не могут ли эти цели быть достигнуты иными средствами; (3) оценка приемлемости и пределов ограничения одного права для защиты другого права.

Л. Клерико подчеркивала, что первые два этапа носят эмпирический характер. Этот тезис докладчица продемонстрировала на примере аргументации, приведенной в деле, рассматривавшемся в 2012 г. Верховном Суде Аргентины по вопросу принудительной вакцинации ребенка вопреки возражениям родителей⁵. В решении суда, признавшего законной принудительную вакцинацию, докладчица выделила три структурных элемента, соответствующие сформулированным ею этапам аргументации: (1) ограничение прав родителей допустимо в интересах защиты прав ребенка и борьбы с массовыми заразными заболеваниями; (2) альтернатив вакцинации для предотвращения таких заболеваний нет; (3) автономия семейной жизни и права родителей на воспитание имеют меньший вес, чем здоровье детей и эпидемическая безопасность общества.

Первые два элемента были доказаны в процессе с помощью сугубо эмпирических аргументов, и при таких обстоятельствах у суда не было усмотрения при вынесении решения — он был связан дискурсивными правилами взвешивания ценностей. Четкая формулировка и контроль применения таких правил в высших судебных инстанциях служит, по убеждению Л. Клерико, одной из основных гарантий соблюдения прав человека.

⁵ CSJN. 12.06.2012. NN v. U., V. s/ Protección y guarda de personas.

Профессор юридического факультета Генуэзского университета (Италия) Пьерлуджи Кьяссони (Pierluidgi Chiassoni) представил доклад «**Толкование права без истины**». Докладчик указал, что вопрос об истинности правовых суждений не может быть решен без учета различия между тремя видами истины: формальной истины как соответствия рассуждения законам логики; инструментальной истины как пригодности определенных средств для достижения поставленных целей; содержательной истины как установления высших этических ценностей и отношений между ними. С другой стороны, проф. Кьяссони выделил три вида толкования: (1) толкование как открытие фактов, (2) толкование как предсказание о будущих фактах и (3) толкование как предписание должного поведения.

Далее докладчик развил классификацию истинности высказываний: (1) эмпирическая истинность или корреляция высказываний с эмпирическими фактами (дескриптивные высказывания по поводу отдельных явлений и теоретические высказывания о регулярности явлений в общем); (2) прагматическая истинность (инструментальная рациональность); (3) семантическая истинность, т.е. связность дискурса в рамках системы (П. Кьяссони также называет ее «системной истинностью»). Эта истинность имеет разные модусы в аксиоматико-дедуктивных системах (наподобие систем точных науки) и в нормативно-риторических системах (например, этика или право).

В первых системах истинность устанавливается через соответствие между аксиомами и выводами; во втором типе систем — через связность и последовательность дискурса. Комбинация этих типологий позволяет, по мнению докладчика, вывести корреляцию между различными видами толкования и истинности. Так, толкование как открытие фактов может быть оценено в перспективе эмпирической истинности; толкование как предсказание — через термины прагматической или эмпирической истинности; толкование как предписание — через термины прагматической или семантической (системной) истинности. Как считает проф. Кьяссони, тем самым мы получаем возможность оценивать результаты толкования права через категорию истинности.

Доклад профессора юридического факультета Университета Кордобы (Аргентина) Рикардо Карачоло (Ricardo Caracciolo) «**Причины и нормы**» был посвящен проблематике соотношения обязывающей силы норм с убеждающей силой оснований⁶ для действия. В качестве непосредственного предмета рассмотрения проф. Карачоло избрал концепцию современного английского правоведа Джозефа Раза, в которой нормы рассматриваются как специальное понятие по отношению к общему понятию «основание». Докладчик ставит по сомнению эту концепцию по причине циркулярного характера постулируемой Дж. Разом практической целесообразности следования нормам.

Предполагается, что люди следуют нормам, т.е. авторитетно установленным предписаниям, по той причине, что эти нормы соответствуют их практическим интересам. При этом речь идет не об отдельно взятых субъективных интересах, а об общей заинтересованности в существовании нормативного регулирования как такового, в его справедливом характере и т.п. В этом ракурсе основания для действия являются лишь иным обозначением обязывающей силы права — обращенного к людям общего требования соблюдать нормы. Но, поскольку общее требование к соблюдению норм имеет объективный характер (не зависит от субъективного интереса адресата), постольку для этого требования безразличен мотив, в силу которого адресат обязан его соблюдать. Наличие

⁶ В испанском и английском языках «razon» и «reason» одновременно означают и «разум», и «основание», и «причина».

некоего мотива (основания для определенного действия в известных обстоятельствах) у отдельно взятого субъекта или даже у группы субъектов (образующих интерсубъективное единство) не доказывает существования нормы как объективного требования, обращенного к непersonифицированному адресату. Рассматривать основание для действия в качестве условия обязывающей силы нормы можно, только если понимать основание не как субъективный настрой, а как нормативный факт, являющийся условием действия нормы: некое поведение обязательно согласно норме, если имеет место общее согласие по поводу оснований, по которым люди следуют этой норме.

Это приводит Дж. Раза к конструированию гипотезы, аналогичной «правилу признания» Г.Л.А. Харта, имеющей не субъективное, а объективное значение (т.е. существующего как внешний факт). И уже из этой объективной значимости выводится презумпция наличия основания как субъективного настроя адресата следовать нормам, т.е. презумпция практической рациональности. Постулирование практической рациональности в сочетании с предположением объективности оснований для действия позволяет обосновать моральную обязанность адресата следовать нормам. Но подобная моральная обязанность может быть построена и на других основаниях — не только автономных, но и гетерономных (как производная от воли божества, естественного порядка и проч.). С этой точки зрения концепция инклюзивного позитивизма Дж. Раза натывается на непреодолимые трудности, связанные с невозможностью обосновать обязывающую силу права на основе моральных аргументов.

Доклад **«О нормативной определенности: пробелы в распознавании, нормативные пробелы и антиномии»** профессора юридического факультета Барселонского университета им. Помпеу Фабра (Испания) Хосе Хуана Моресо (José Juan Moreso) завершал первый день симпозиума. В докладе была проанализирована применимость классической логики в сфере права, где присутствует сильный элемент неопределенности, а также изучены параметры действия логических законов в правопорядке. Рассмотрение правовых норм как модальных высказываний, не имеющих истинностно-значного характера (не способных быть истинными или ложными), как кажется, не позволяет применить закон исключенного третьего и другие законы формальной логики в праве. Но так ли это?

Проф. Моресо подверг разбору данную проблематику через призму трех основных случаев неопределенности в праве: (1) пробелы в распознавании — ситуации, когда формулировки норм слишком широки и не содержат указания на конкретные границы своего применения (в качестве примера приведена 8-я поправка к Конституции США, запрещающая чрезмерные штрафы, жестокие и необычные наказание); (2) пробелы — отсутствие применимой нормы для регламентации некоей юридической ситуации; (3) антиномии — ситуации наличия в правопорядке двух и более норм, предлагающих противоречивые решения для одной и той же ситуации. Во всех этих случаях юристы говорят о логических дефектах правопорядка, т.е. о положениях дел, в которых нормативные высказывания нарушают законы логики (в случае антиномий — это закон исключенного третьего).

Ссылаясь на современные разработки в сфере логики оценок (*supervaluation logic*), докладчик высказал предположение, что ее применение в области права позволяет рассматривать правовые нормы с точки зрения законов универсальных законов логики, но при этом учитывать деонтическую природу норм и отсутствие у них истинностного характера⁷.

⁷ То есть неспособности быть квалифицированными как истинные или ложные.

Второй день работы симпозиума был открыт докладом «**Теория судопроизводства И. Бентама: две конкурирующие модели**» профессора юридического факультета Университета Буэнос-Айреса Мартина Фаррелла (Martin Farrell), который представил интересную реконструкцию философско-правового учения английского мыслителя XVIII в. Иеремии Бентама в аспекте его проекта кодификации и переустройства судебной системы Англии. Цель этого проекта состояла в обеспечении наибольшего счастья наибольшего количества людей; путь к этой цели лежал через проведение деления между материальным и процессуальным правом. Первое должно было обладать безусловным приоритетом, поскольку пути к счастью должны были формулироваться законодателем, а задачей судьи было лишь способствовать реализации законодательного замысла.

Проект Бентама шел вразрез с устоявшейся практикой общего права и предполагал ограничение привычной для английских судей свободы толкования права рамками только процессуального права. Но что делать, когда отдельные положения законодательства (материального права) вступают в явный конфликт с основной целью права (наибольшим счастьем наибольшего количества людей)? На этот основополагающий вопрос в сочинениях Бентама нет однозначного ответа; в учении мыслителя были заложены две конкурирующие модели судопроизводства, что связано с двойственностью самого критерия «наибольшего счастья»⁸. Первая модель предполагает свободу судейского усмотрения при применении законов ради баланса взаимных интересов людей ввиду достижения каждым из них наибольшего счастья; вторая — связанность судьи замыслом законодателя, уполномоченного заботиться об общем благе. Причем во втором случае судья связан законом лишь отчасти — он может истолковывать позитивные нормы применительно к конкретике рассматриваемых им дел, может даже заполнять пробелы законодательного регулирования или отказываться применять некоторые положения, но при условии последующего прямого или косвенного уведомления законодателя.

Эти две модели в бентамовском учении были изучены американским исследователем Джеральдом Постемой (Gerald Postema) и итальянским исследователем Франческо Ферраро (Francesco Ferraro). Докладчик отдает предпочтение второй модели, хотя признает, что предложенная Постемой модель позволяет лучше реконструировать ту рациональность, на которой основывается судопроизводство.

Профессор юридического факультета Университета Мар-дель-Плата (Аргентина) Хорхе Родригес (Jorge Rodríguez) также обратился к проблематике пробелов в праве. Тезисы, развитые в его докладе «**Нормативные системы, пробелы в праве и логическое замыкание**», построены на обсуждении концепции нормативных систем Альчуррона и Булыгина, точнее, на введенном этими мыслителями делении между нормами и нормативными предложениями. Х. Родригес подробно остановился на различии между логикой норм, направленной на реконструкцию рациональности правотворческой деятельности, и логикой нормативных предложений, суть которой заключается в выведении и упорядочивании логических следствий из того или иного множества норм.

Логика норм может быть изучена через перспективу деонтической логики. Но деонтическая логика не подходит для анализа нормативных предложений, и при этом не всегда может быть изложена в терминах формальной логики. Доказательство это-

⁸ С одной стороны, критерий «наибольшего счастья» требует, чтобы человек не был разочарован и ограничен законодателем и судьями в своих устремлениях и желаниях (материальный аспект); с другой — предполагает защищенность и гарантированность жизненно важных интересов человека (формальный аспект).

го тезиса позволяет опровергнуть концепции, в которых утверждается о необходимой полноте (беспробельности) и непротиворечивости права (Г. Кельзен, Р. Дворкин, Дж. Раз), — такому опровержению с помощью средств формальной логики проф. Родригес посвящает большую часть своего доклада.

На основе этого опровержения он также отрицает и необходимую логическую замкнутость нормативных систем (дедуктивную выводимость из аксиом системы всех ее логических следствий). Если утверждения о необходимой полноте и непротиворечивости можно рассматривать как рациональные идеалы законодательной деятельности, то замкнутость системы в качестве такого идеала представлена быть не может. Суть законодательства состоит в издании общих норм, что исключает для законодателя возможность расчета всех следствий, которые впоследствии могут быть из этих норм выведены правоприменителями. Поэтому нормативные системы, как правило (Родригес не исключает случаев, когда система будет логически замкнута), остаются открытыми; это обусловлено невозможностью предвидеть, какую окончательную форму предаст нормам усмотрение лиц, реализующих право в конкретном случае.

Следующие три доклада были объединены в один тематический блок под названием **«Мое видение рациональности в праве»**. С докладами выступили три теоретика права, которые представляют ведущие философско-правовые школы Аргентины: аналитическую, критическую и естественно-правовую.

В докладе **«Мое видение рациональности в праве»** почетный профессор юридического факультета Университета Буэнос-Айреса Евгений Викторович Булыгин указал на различия между аналитико-философской позицией, которой он придерживается, и метафизическими учениями о рациональности права. Основное различие между двумя концепциями пролегает в способах изложения идей — если представители аналитической философии права предпочитают четкий и выверенный язык, то сторонники «визионерской» философии права используют метафоричные построения, затемняющие смысл занимаемых ими позиций. По мнению докладчика, задача философии в целом и философии права в частности заключается в концептуальном анализе окружающего мира, включая право. Эта задача требует использования строгих правил при работе с понятиями — это правила в современном научном знании формулируются логикой. Именно видение права с точки зрения логики — прежде всего деонтической, сформулированной фон Вригтом, — позволяет увидеть скрытую в праве рациональность.

Е.В. Булыгин также подчеркнул значимость сопряженных с этой позицией постулатов своей философии права — позитивизма как ориентация на позитивное знание и аксиологического скептицизма как недопустимости навязывания чьих-либо ценностных предпочтений в виде абсолютной истины.

Профессор Университета Буэнос-Айреса Карлос Каркова (Carlos Cárcova) выступил в защиту позиции школы критических правовых исследований с докладом **«Формальная или герменевтическая рациональность для права сложных обществ»**. Примечательно, что проф. Каркова включает в эту школу (делая особый акцент на движении «Право и литература») не только ее известных североамериканских представителей (О. Фисс, С. Фиш, Дж. Балкин и др.), но и ряд европейских философов (в частности, Ю. Хабермаса, М. Фуко). Общим для всех этих мыслителей К. Каркова считает критический настрой по отношению к доминирующим дискурсам в политике и в науке, что приводит к необходимости «очищения» научной теории от этих дискурсов и к потребности «обновить» эпистемологию научного знания за счет новых теорий и направлений (системный анализ, кибернетика, философия аутопойезиса и пр.).

В своем выступлении проф. Каркова заострил внимание на недостатках юридического позитивизма (в частности, самореферентность юридического языка и создаваемых юристами конструкций) и других направлений философии права. Эти направления пренебрегают реалиями социальной действительности и предпочитают описывать право не через жизненный мир человека, а через абстрактные понятийные схемы, ценности и принципы. Это приводит к потере той «коммуникативной реальности», в которой существует право. Наоборот, коммуникативное взаимодействие является первичной реальностью права, которая наполняется символами, знаками, значениями и раскрывается через них, но при этом исключительно через них объяснена быть не может.

Значимость юснатуралистической и аргументативной перспектив в праве подчеркнул в своем докладе «**Рациональность в праве**» профессор юридического факультета Университета Аустраль (Аргентина) Родольфо Виго (Rodolfo Vigo). Присоединяясь к критике в адрес юридического позитивизма за его «тавтологичность», докладчик выдвинул утверждение, что адекватное объяснение рациональности права возможно только в ракурсе философии практического разума. Такое объяснение в истории правовой мысли принимало четыре основные формы: (1) рационалистический юснатурализм, исходящий из познаваемости истинных и очевидных принципов права и из возможности вывести из этих принципов необходимые следствия для конкретных случаев; (2) теологический юснатурализм (Фома Аквинский), также исходящий из познаваемости абсолютных принципов, но не рассматривающий выводимые следствия как необходимые; (3) слабый аргументативизм (Х. Перельман) — принципы права являются не истинными, а всего лишь «правдоподобными», а выводимые из них следствия не являются необходимыми; (4) сильный аргументативизм (А. Аарнио, А. Печеник) — принципы права носят лишь правдоподобный характер, но выводимые следствия являются необходимыми.

Эти различные позиции позволяют по-разному рассматривать проблематику прав человека, которая опирается на тот или иной моральный дискурс. Данный дискурс формирует практическую рациональность, которая наполняет материальным содержанием позитивное право и делает возможным рассуждения о содержательных критериях действительности права, о соотношении права и закона.

В третий день симпозиума было представлено три пленарных доклада. Первым выступил профессор юридического факультета Технологического института Мехико (Мексика) Хорхе Сердио (Jorge Cerdio) с докладом «**Аргументация в юридической и моральной сферах. Два разума, различные рациональности**», в котором попытался дать ответ на один из основных философско-правовых вопросов — о разграничении права и морали. Эту проблему проф. Сердио рассмотрел в призме проведенного И. Кантом разделения между теоретическим и практическим разумом. По мнению докладчика, мораль относится исключительно к сфере практического разума, поскольку моральный дискурс не ставит задачу нахождения и верификации истины, моральные императивы и суждения не имеют истинностного значения. Напротив, в сфере права синтезируются практический и теоретический разум, за счет чего в праве действует иная рациональность, чем в морали. Так, в отличие от морального дискурса, в правовой аргументации важно не только суждение о том, как следует поступать в некоем случае, — субъекту суждения не менее важно также получить знание о фактах и нормах, которые относятся к этому случаю.

Эта особенность правовой аргументации требует от юристов устанавливать фактический состав дела, формальные источники и точный смысл применяемых норм, вы-

яснять особенности применения этих норм по ранее решенным на их основании делам. Юридическое суждение по своей природе предполагает предварительное установление фактического состава дела и только после этого его юридическую оценку. Х. Сердио утверждает, что подобная рациональность не свойственна морали, для которой достаточно сформулировать содержание морального долга и вынести оценочное суждение о том, какие действия будут соответствовать или нарушать этот долг.

Следующий доклад «**Разум и магия в праве**» был прочитан профессором юридического факультета Университета Буэнос-Айреса Рикардо Гибуром (Ricardo Guibourg). В первой части своего выступления профессор Гибур обратил внимание на особенную коннотацию термина «разум» и производных от него терминов. С одной стороны, мы классифицируем некое поведение как разумное (либо наоборот), если мы оцениваем его как соответствующее принятым нами (группой, к которой мы принадлежим) стандартам. В этом плане указание на разумность некоего поведенческого акта означает субъективное ценностное суждение. В то же самое время квалификация некоего акта как разумного или неразумного также предполагает обоснованность такого акта с точки зрения его связи с разумом, с законами мышления, с рациональным началом в человеке⁹. Поскольку эти законы предполагаются универсальными и объективными, то за счет этого ценностное суждение обретает объективный характер. Точнее, видимость объективности, поскольку, как считает докладчик, любое суждение о разумности (рациональности) чьего-либо поведения неизменно выражает наше субъективное согласие или несогласие, восприятие этого поведения как встраивающегося или не встраивающегося в нашу систему ценностей, в стандарты и правила, принятые в той группе, к которой мы принадлежим.

Р. Гибур выделяет три вида разумности: (1) прагматическая — выбор наиболее подходящего для достижения цели средства; (2) синтаксическая — последовательность избранных целей и средств, возможность связать их в непротиворечивую систему; (3) семантическая — совместимость избранных нами целей и средств и образуемой ими системы с другими системами (например, связь права с этическими или религиозными убеждениями). В сфере права преобладает семантическая разумность; но те ценности, на которых она базируется, не являются безусловными, поскольку выбор той или иной ценности — это зачастую моральный или политический выбор, а неустранимая семантическая неопределенность человеческого языка не позволяет с абсолютной точностью выразить содержание ценностей. В конечном счете ценности действуют постольку, поскольку мы верим в них. Но человеку свойственна тенденция связывать ценности с разумом, пытаемся вывести их из разума и придать им истинностное значение.

Эту тенденцию, веру людей в истинность ценностей Гибур называет магией. Подобная магия проявляется прежде всего в религии, морали и праве. В праве это магическое начало изначально проявлялось в вере в разумное, истинное, правильное естественное право; в эпоху модерна к этой вере добавилось убеждение в том, что право едино, ясно и систематизировано и поэтому является определенным и предсказуемым. Усиление юснатурализма после Второй мировой войны лишь добавило сил этому магическому на-

⁹ Р. Гибур проводит различие между «разумным» и «рациональным»: рациональное действие — это действие, соответствующее стандартам разумности, соответственно, иррациональное — противоречащее этим стандартам; предикат «разумное» указывает на продуманное действие, а «неразумное» — на действие, совершаемое без заботы о его последствиях, хотя при этом такое действие не обязательно противоречит стандартам разумности и является в этом смысле иррациональным.

чалу в праве. По убеждению докладчика, отказ от туманных метафизических терминов и метафор в юридическом дискурсе позволит снизить влияние магии в праве.

Завершал программу симпозиума доклад «Три образа деонтической логики в праве» доцента философского факультета СПбГУ Е.Н. Лисанюк. В выступлении было подчеркнуто, что и право, и логика апеллируют к рациональности, отождествляя ее с созданием формальных моделей. Если для логики главным является подчиненность рационального действия универсальным законам мышления, то для права характерно подчинение человеческого поведения относительным позитивно-правовым установлениям. Оба эти ракурса могут быть совмещены в рамках соответствующих разделов деонтической логики, в которых понятия логического значения (истины и лжи) и логического следования трактуются неодинаково, вследствие чего формальные теории, относящиеся к этим разделам, базируются на разных логических постулатах.

Докладчица продемонстрировала различие трех перспектив деонтико-логического анализа права: (1) перспектива агента; (2) перспектива стратегии; (3) перспектива ситуаций и действий (как реальных, так и идеализированных). Первой перспективе соответствует деонтическая логика действий, которая конструирует индетерминистские модели для действия и размышлений рационального агента, связанных с избранием линии поведения. Вторая перспектива раскрывается в динамической деонтической логике, где в фокусе исследования оказываются подобные предпочтения агентов, но взятые абстрактно, безотносительно конкретных агентов. В ракурсе третьей перспективы логика норм позволяет изучить логические свойства нормативной системы и правопорядка как множества нормативных систем посредством конструирования на их основе нормативных множеств, упорядочивающих нормативную систему в формальном смысле и влекущих определенные логические следствия из нее.

Результаты симпозиума были подытожены его главным организатором, профессором юридического факультета Университета Буэнос-Айрес Хуаном Пабло Алонсо, а также Е.В. Булыгиным и М.В. Антоновым. Были отмечены высокий уровень организации этого научного события, отличное качество выступлений и дискуссий, выражено намерение продолжить цикл российско-аргентинских конференций¹⁰ по вопросам аналитической философии права и логики норм.



Библиография

Антонов М.В., Демина Л.А., Лисанюк Е.Н., Перов В.Ю. Философия и современное международное право // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 4. С. 194–207.

Антонов М.В., Лисанюк Е.Н., Перов В.Ю. Нормы и нормативные системы в философии, праве и информатике // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2011. № 5. С. 237–247.

Simposio Internacional de Filosofia del Derecho «Racionalidad en el Derecho». Buenos Aires: Facultad del Derecho Universidad de Buenos Aires, 2014.

¹⁰ По странам, где расположены вузы (Санкт-Петербурга и Буэнос-Айреса), организовавшие эту и ранее проведенные конференции. Вместе с тем в подобных научных мероприятиях принимают участие не только российские, но и украинские и белорусские исследователи; с другой стороны, широко представлены не только аргентинские, но и бразильские и другие южноамериканские вузы и исследовательские центры. Как правило, участие принимает также значительное количество исследователей из стран Западной Европы.

Rationality in Law



Mikhail Antonov

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



Abstract

This article analyzes the event of the International legal philosophy symposium “Rationality in law”. The author’s attention is focused on the description of the main points of the presentations made at the symposium. As to M. Antonov’s presentation, the author stresses the importance of analysis of the arguments in favor of unity of law that have been postulated in the history of legal philosophy and which have been often based on different versions of holism. L. Clerico stressed that the conception of weighing principles elaborated by the contemporary German philosopher Robert Alexy is applicable in constitutional law. The presentation of P. Chiassoni specified three kinds of truth: formal truth as correspondence of reasoning to laws of logic; instrumental truth as applicability of means for obtaining of certain goals; essential truth as selection of highest ethical values and relations between them. The report of R. Caracciolo was devoted to the problem of correlation between the binding force of norms and the persuasive force of reasons for action. J. Moreso analyzed the applicability of classical logic in the world of law and how laws of logic work in legal order. M. Farrell proposed an interesting reconstruction of the legal philosophy of Jeremy Bentham in the light of his project of codification and restructuring the judicial system of England. J. Rodriguez in his presentation compared the differences between the logic of norms and the logic of normative propositions. E. Bulygin concentrated his attention on comparative analysis of analytical philosophy of law and of metaphysical conceptions of rationality in law. In his presentation C. Carcova defended the postulates of the school of critical legal studies. R. Vigo stressed the importance of natural law and legal argumentation in philosophy of law. In his presentation, J. Cerdio attempted to differentiate law from morality through the lenses of Kantian division between theoretical reason and practical reason. R. Gibourg described and compared the relative force of magical and rational principles in law. In the presentation of E. Lisanuyk three images of deontic logic in law were analyzed.



Keywords

rationality in interpretation and application of law, legal rationality, rationality in criminal law, evaluation of proofs, logic of norms, judicial decision, legal principles, analytical philosophy of law.

Citation: Antonov M. (2014) Rationality in Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 198–208. (in Russian)



References

Simposio Internacional de Filosofia del Derecho “Racionalidad en el Derecho”. Buenos Aires: Facultad del Derecho Universidad de Buenos Aires, 2014.

Antonov M.V., Demina L.A., Lisanyuk E.N., Perov V.Yu. (2013) *Filosofiya i sovremennoe mezhdunarodnoe pravo* [Philosophy and Modern International Law]. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedenie*, no 4, pp. 194–207.

Antonov M.V., Lisanyuk E.N., Perov V.Yu. (2011) *Normy i normativnye sistemy v filosofii, prave i informatike* [Norms and Normative Systems in Philosophy, Law and Informatics]. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedenie*, no 5, pp. 237–247

Юридическая онтология и аксиология Г.Д. Гурвича в новом изложении

(рецензия на кн.: Антонов М.В. Право и общество
в концепции Георгия Давидовича Гурвича.
М.: Изд. Дом Высшей школы экономики, 2013. 448 с.)



Ю.Ю. Ветютнев

доцент кафедры теории и истории права и государства Волгоградского филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы, кандидат юридических наук. Адрес: 400131, Российская Федерация, г. Волгоград, ул. Гагарина, д. 8. E-mail: legal-mind@yandex.ru



Аннотация

В рецензии дается общая оценка монографии М.В. Антонова, посвященной анализу социологических и правовых идей Г. Гурвича. Особое внимание уделяется вопросам онтологии и аксиологии права.



Ключевые слова

право, метод, диалектика, факт, ценность

Библиографическое описание: Ветютнев В.В. Юридическая онтология и аксиология Г.Д. Гурвича в новом изложении (рецензия на кн.: Антонов М.В. Право и общество в концепции Георгия Давидовича Гурвича. М.: Изд. Дом Высшей школы экономики, 2013. 448 с.) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 3. С. 209–213.

Появление на русском языке новых текстов Георгия Давидовича Гурвича, а тем более исследовательских работ о нем, является серьезным событием для российской юридической науки. Его работа о Руссо, как и русскоязычные публикации дореволюционного периода¹, по понятным причинам сегодня почти не читаются. Первая переведенная на русский язык книга Гурвича «Диалектика и социология», выпущенная в Краснодаре в 2001 г.², осталась, в общем, незамеченной. Следующее издание — том избранных произведений Гурвича под названием «Философия и социология права», вышедший в Санкт-Петербурге в 2004 г. благодаря усилиям М.В. Антонова и А.В. Полякова³, — напротив, вызвало огромный интерес научной общественности.

¹ См.: Гурвич Г. Правда воли монаршей Феофана Прокоповича и ее западноевропейские источники. Юрьев: Тип. К. Магтисена, 1915; *Он же*. Руссо и декларация прав. Идея неотъемлемых прав индивида в политической доктрине Руссо. Пг.: Тип. Б. М. Вольфа, 1918.

² См.: Гурвич Ж. Диалектика и социология / пер. с фр. М.М. Кириченко; науч. ред. О.А. Оберемко. Краснодар: Кубанский гос. ун-т; НИЦ «Регион-Юг», 2001.

³ См.: Гурвич Г.Д. Философия и социология права: Избр. соч. / пер. М.В. Антонова, Л.В. Ворониной. СПб.: Изд. Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Изд-во юрид. ф-та С.-Петерб. гос. ун-та, 2004.

В 2013 г. Издательский дом Высшей школы экономики выпустил новую книгу М.В. Антонова «Право и общество в учении Г.Д. Гурвича». Жанр издания необычен — это не сборник статей Гурвича с обширным предисловием, но и не просто монография с объемными приложениями. Три составные части книги — исследование М.В. Антонова, биографические документы (письма Гурвича, материалы его масонского досье и др.) и несколько его вновь переведенных статей — сосуществуют вполне равноправно. Более того, они подобраны так, что взаимно усиливают и поддерживают друг друга, и лучше всего читать не какой-то один, а все три раздела, поскольку сплошь и рядом сложные теоретические узлы, завязанные в биографической части или в текстах самого Гурвича, развязываются именно с помощью биографических сведений.

С обложки иронично улыбается благостный седовласый господин. Однако на страницах книги возникает несколько иной образ — человека взрывного, неуживчивого, страстного и страдающего. Эмигрантская жизнь, составляющая основную часть активной творческой биографии Гурвича, полна бытовых трудностей, болезней и борьбы за выживание. В 1940 г. он пишет Р. Бастиду: «Нет нужды добавлять, что я согласен на любую должность в любом образовательном учреждении Бразилии и что, помимо социологии, я могу преподавать историю философии, теорию государства и права, этику, историю социально-политических учений и, наконец, ряд современных языков — русский, немецкий, французский»⁴. Одного только слова «наконец» достаточно, чтобы передать отчаяние пишущего. Но удивительнее всего то, что оно не порождает у него апатии, а напротив, становится фоном для небывало интенсивной организационно-деловой, издательской и исследовательской активности.

Связь идейных особенностей Гурвича с обстоятельствами его биографии можно продемонстрировать на следующих примерах.

Во-первых, с юных лет сложившаяся привычка к странствованиям, к «перемене мест» («все время как бы кочует»⁵, — с некоторым недоумением отмечает один из масонов, проводивших собеседование с Гурвичем перед принятием в ложу), несомненно, оставила след в его сочинениях в виде неизменно подчеркиваемого значения социальной динамики и сравнительно редкой методологической установки, выражающейся в том, что автор считал необходимым методологически оснастить не только само формирование своей концепции, но и ее возможные изменения в будущем.

Во-вторых, как отмечает вслед за самим Гурвичем М.В. Антонов, на теоретические построения автора оказал влияние тот факт, что его взгляды в основном формировались на материале революционного опыта. Именно в эпоху двух российских революций 1917 г. Гурвич столкнулся с богатейшими примерами социальной самоорганизации, проявлявшимися в возникновении множества стихийных социальных движений и организаций, не встроженных ни в какую «вертикаль». Факт такого социального творчества навсегда определил ключевую для Гурвича идею «социального права».

В-третьих, особое пристрастие Гурвича как исследователя к всевозможным формам коллективности, за которыми он признавал самостоятельное онтологическое значение, не может не быть связано с мучительно переживаемым им состоянием «изолированности», отсутствия друзей. (Еще один масон, Я.С. Гурович, в своем отзыве о кандидатуре Гурвича отмечал: «Он не познал одного из высших благ человеческого существования: прелести близкого духовного общения с другими людьми. С ужасом ощущает он во-

⁴ Избранное из переписки Г. Гурвича // Антонов М.В. Право и общество в концепции Георгия Давидовича Гурвича. С. 280.

⁵ Материалы из масонского досье Г.Д. Гурвича // Там же. С. 286.

круг себя холодную пустоту и содрогается при мысли, что, может быть, по своей вине, утратил и саму способность к таким переживаниям»⁶.) Именно желание избавиться от одиночества, поиск гармоничной человеческой общности наряду с сохранением индивидуальности привели Гурвича к масонству.

По всей видимости, Гурвич не относился к тем мыслителям, которые строят свое творчество на основе строго определенного и продуманного метода. Скорее ему был присущ своего рода научный «импрессионизм». В своей предельно честной научной автобиографии он часто говорит, что смена его взглядов была связана с определенными «впечатлениями», например: «я набрел на идею абсолютного реализма у Фихте»; «Прудон со своей позитивной доктриной произвел на меня гораздо большее впечатление»; «в теории Мосса меня впечатлили его концепции тотального социального явления и цельной личности» и т.п.⁷

Несмотря на неизменное внимание Гурвича к вопросам методологии, помещенная в данном издании методологическая статья о «диалектическом гиперэмпиризме» указывает, что он так и не довел свои исследовательские установки до уровня полноценного метода. Описание пяти «процедур диалектического гиперэмпиризма» (диалектическая комплементарность, двусторонняя диалектическая импликация, диалектическая двузначность, диалектическая поляризация, взаимодополняемость перспектив)⁸, как отмечает и М.В. Антонов, вовсе не отличается той степенью ясности, которая позволила бы использовать их в качестве исследовательского инструментария.

По многим особенностям своего мышления Гурвич является прямым предшественником постмодернизма. Поздний этап его творчества пришелся на то время, когда уже начали свою деятельность М. Фуко, Ж.Ф. Лиотар, Ж. Делез и другие французские философы-постмодернисты. Как и они, Гурвич прежде всего склонен обнаруживать множественность там, где представитель классического научного мировоззрения увидел бы нечто единое. Это проявляется в отмеченном М.В. Антоновым вслед за другими исследователями тяготении Гурвича к дроблению, «декомпозиции» исследуемых явлений, что в ряде случаев приобретало гипертрофированные масштабы (например, его заявление, что каждая социальная группа вырабатывает внутри себя по меньшей мере 27 видов права!)⁹. Другая свойственная Гурвичу постмодернистская черта — эклектизм, отказ от идейной и методологической последовательности в пользу объединения разнородных элементов. Наконец, вполне постмодернистской выглядит нелюбовь Гурвича к любым иерархиям¹⁰, а также отрицание монополярной власти государства и подчеркивание того факта, что власть в обществе расплывлена, рассредоточена между множеством социальных групп разного уровня.

Указанные особенности творчества Гурвича усложняют систематическую характеристику его правовых идей. Тем не менее, М.В. Антонов смог решить эту задачу, анализируя обширный корпус текстов Гурвича и выделяя в них как относительно постоянные, так и меняющиеся положения. Результаты исследования изложены в виде трех основных блоков: общая эволюция научных взглядов Гурвича, его общесоциологические и теоретико-правовые построения.

⁶ Там же. С. 292.

⁷ Гурвич Г.Д. Мой интеллектуальный маршрут // Там же. С. 314, 316.

⁸ См.: Гурвич Г.Д. Диалектический гиперэмпиризм и его применение в социологии // Там же. С. 353–359.

⁹ См.: Гурвич Г.Д. Философия и социология права. С. 718.

¹⁰ Н.А. Бердяев указывал, что «Гурвич защищает антииндивидуалистическое социальное учение, в котором нет иерархического соподчинения». Бердяев Н.А. Я и мир объектов. Опыт философии одиночества и общения. Париж: YMCA-PRESS, 1934. С. 150.

Принципиально важен показанный М.В. Антоновым способ соединения в правовом учении Гурвича трех аспектов — онтологического, гносеологического и аксиологического. Собственно, само право понимается им как феномен посредничества, связующее звено между фактами и ценностями, между сущим и должным. М.В. Антонов вслед за Гурвичем удачно концептуализирует этот подход: «Право есть именно «попытка» — стремление человеческого духа (на индивидуальном и групповом уровнях) к конструированию социальной действительности на основе той или иной формы восприятия справедливости»¹¹.

Если право понимать не как завершенное целое, а лишь как «попытку», тогда дополнительно проясняются основания правового плюрализма, ведь попытки несовершенного человеческого существа достичь совершенства по определению бесчисленны. Именно связь с ценностями, а не государственное принуждение, как показывает М.В. Антонов, является для Гурвича достаточной гарантией реальности и эффективности права. Совпадение факта и ценности воплощается в сложной концепции «нормативного факта» как спонтанной формы организации правового общения.

В изложении М.В. Антонова по-новому раскрывается одна из самых глубоких и недооцененных идей Гурвича — о существовании двух различных видов права: индивидуального, в основе которого лежат нормативные факты отношения к Другому, и социального, связанного с нормативными факторами единства. Индивидуальное и социальное право М.В. Антонов описывает с помощью таких противопоставлений, как опосредованность и непосредственность, закрытость и открытость, личностное и сверхличностное, механистическое и органическое.

М.В. Антоновым реконструирована также аксиология права Г. Гурвича, включающая в себя следующие основные идеи:

- 1) право производно от человеческого несовершенства;
- 2) правовые ценности не сводятся к субъективным представлениям индивидов, но являются по природе объективными;
- 3) интуитивное восприятие ценностей обладает приоритетом по сравнению с их рациональным познанием;
- 4) иерархия правовых ценностей отсутствует, они принципиально плюралистичны, и в разных сферах опыта их соотношение может меняться;
- 5) несмотря на это, привилегированным характером наделяется ценность справедливости как баланса и примирения притязаний и обязанностей.

Разумеется, к этому не сводятся все концептуальные идеи Гурвича, получившие освещение в книге (достаточно упомянуть еще о типологии социального права и правовых систем, о концепции «юридического опыта и др.). М.В. Антонов проделал для данного издания огромную работу в качестве исследователя, составителя и переводчика, благодаря чему отечественный читатель получает знакомство не только с неординарной личностью Георгия Гурвича, но и с его идеями, которые впервые с такой полнотой изложены на русском языке.



Библиография

Антонов М.В. Право и общество в концепции Георгия Давидовича Гурвича. М.: Изд. Дом Высшей школы экономики, 2013.

Бердяев Н.А. Я и мир объектов. Опыт философии одиночества и общения. Париж: YMCA-PRESS, 1934.

¹¹ Антонов М.В. Право и общество в концепции Георгия Давидовича Гурвича. С. 154.

Гурвич Г. Правда воли монаршей Феофана Прокоповича и ее западноевропейские источники. Юрьев: Тип. К. Маттисена, 1915.

Гурвич Г. Руссо и декларация прав. Идея неотъемлемых прав индивида в политической доктрине Руссо. Пг.: Тип. Б. М. Вольфа, 1918.

Гурвич Г.Д. Философия и социология права: Избр. соч. / пер. М.В. Антонова, Л.В. Ворониной. СПб.: Изд. Дом С.-Петербур. гос. ун-та, Изд-во юрид. ф-та С.-Петербур. гос. ун-та, 2004.

Гурвич Ж. Диалектика и социология / пер. с фр. М.М. Кириченко; науч. ред. О.А. Оберемко. Краснодар: Кубанский гос. ун-т; НИЦ «Регион-Юг», 2001.

Legal Ontology and Axiology of G.D. Gurvich in a New Interpretation (Review of the Book Antonov M.V. (2013) Law and Society in the Conception of Georgiy Davidovich Gurvich). Moscow: Izd. dom Vysshey shkoly ekonomiki, 448 pp.



Yuriy Vetyutnev

Associate Professor, Department of Theory and History of Law, Volgograd Campus of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Candidate of Juridical Sciences. Address: 8 Gagarina Str., Volgograd, 400131, Russian Federation. E-mail: legalmind@yandex.ru



Abstract

The review evaluates the monograph by M.V. Antonov devoted to the analysis of sociological and legal ideas of G. Gurvich. A special focus is made on the issues of ontology and axiology of law.



Keywords

law, method, dialectics, fact, value.

Citation: Vetyutnev Yu. (2014) Legal Ontology and Axiology of G.D. Gurvich in a New Interpretation (Review of the Book: Antonov M.V. (2013) Law and Society in the Conception of Georgiy Davidovich Gurvich). Moscow: Izd. dom Vysshey shkoly ekonomiki, 448 pp. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 209–213. (in Russian)



References

Antonov M.V. (2013) *Pravo i obshchestvo v kontseptsii Georgiya Davidovicha Gurvicha* [Law and Society in the Conception of Georgiy Gurvich]. Moscow: Izd. Dom Vysshey shkoly ekonomiki. (in Russian)

Berdyayev N.A. (1934) *Ya i mir ob"ektov. Opyt filosofii odinochestva i obshcheniya* [I and the World of Objecta. Essay on the Philosophy of Solitude and Communication]. Paris: YMCA-PRESS. (in Russian)

Gurvich G. (1915) *Pravda voli monarshey Feofana Prokopovicha i ee zapadnoevropeyskie istochniki* [Truth of the Monarch's Will for Pheophan Prokopovich and its Western Sources]. Yur'ev: Tip. K. Mat-tisena. (in Russian)

Gurvich G. (1918) *Russo i deklaratsiya prav. Ideya neot"emlemykh prav individa v politicheskoy dok-trine Russo* [Russo and Declaration of Rights. The Idea of Integral Rights for an Individual in Russo's Political Doctrin]. Petrograd: Tip. B. M. Vol'fa. (in Russian)

Gurvich G.D. (2004) *Filosofiya i sotsiologiya prava: Izbrannye sochineniya* [Philosophy and sociology of Law. Selected Works]. Saint Petersburg: Izdatel'skiy Dom S.-Peterb. gos. un-ta, Izdatel'stvo yuridicheskogo fakul'teta S.-Peterb. gos. un-ta. (in Russian)

Gurvich Zh. (2001) *Dialektika i sotsiologiya* [Dialectics and Sociology]. Krasnodar: Kubanskiy gosuni-versitet; NITs «Region-Yug». (in Russian)

Рецензия на учебник: Селивановский А.С. «Правовое регулирование рынка ценных бумаг»

М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2014. 580 с.



А.Е. Молотников

доцент кафедры предпринимательского права Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук. Адрес: 119991, Российская Федерация, ГСП-1, г. Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 13. E-mail: amolotnikov@gmail.com



Аннотация

В рецензии рассматривается учебник А.С. Селивановского, посвященный правовому регулированию рынка ценных бумаг. Рассматривается структура учебника, выделяются главы, посвященные производным финансовым инструментами, недобросовестным практикам на рынке ценных бумаг. Дается общая положительная оценка рецензируемой работы.



Ключевые слова

ценные бумаги, производные финансовые инструменты, рынок ценных бумаг, свопы, инсайдерская информация, недобросовестные практики на рынке ценных бумаг, нечестные (несправедливые) условия договоров, биржи, дефолты, раскрытие информации на рынке ценных бумаг

Библиографическое описание: Молотников А.Е. Рецензия на учебник: Селивановский А.С. «Правовое регулирование рынка ценных бумаг». М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2014. 580 с. // Право. Журнал Высшей школы экономики, 2014. № 3. С. 214–218.

Рынок ценных бумаг — один из самых сложных сегментов рыночной экономики. Современный этап нормативного регулирования ценных бумаг и фондового рынка в России начался в 1990 г., но соответствующая нормативная база до сих пор находится в постоянном развитии, становясь год от года объемнее и сложнее.

В ведущих российских университетах (МГУ, НИУ «Высшая школа экономики» и некоторых других) изучение правового регулирования рынка ценных бумаг выведено в самостоятельную дисциплину, в других вузах изучение данного предмета осуществляется в рамках курса «Предпринимательское право».

До недавнего времени учебных пособий по данной дисциплине было крайне мало. За последние шесть лет можно выделить лишь работы Хоменко Е.Г.¹, Зеньковича Е.В.²,

¹ Хоменко Е.Г. Правовое регулирование рынка ценных бумаг: учеб.-практ. пособие. М.: Юристь, 2008.

² Зенькович Е.В. Рынок ценных бумаг. Административно-правовое регулирование. М.: Wolters Kluwer, 2008.

вышедшие в свет в 2008 г., и работу Хабарова С.А.³, опубликованную в 2010 г. Кроме того, в 2011 г. увидела свет обширная монография А.В. Габова «Ценные бумаги: вопросы теории и правового регулирования рынка»⁴.

Однако в 2009–2013 гг. были внесены масштабные изменения в Федеральный закон «О рынке ценных бумаг», приняты федеральные законы «О центральном депозитарии», «О клиринге и клиринговой деятельности». Эти изменения затронули виды ценных бумаг, различные виды профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг, поручительства по облигациям, раскрытие информации на рынке ценных бумаг, т.е. изменилось множество ключевых моментов в регулировании данной темы. В связи с этим ни одно из перечисленных выше изданий не может быть рекомендовано в полной мере как современное учебное пособие для изучения правового регулирования рынка ценных бумаг.

А.С. Селивановскому удалось учесть все последние изменения российского законодательства в этой области, несмотря на исключительную динамичность и масштабность дополнений, изменений и исключений, вносимых в нормативные акты в последнее время.

Нельзя не отметить интересную структуру учебника. Автор выделил 10 глав:

Глава 1. Значение и участники фондового рынка.

Глава 2. Понятие «ценные бумаги».

Глава 3. Виды и классификация ценных бумаг.

Глава 4. Основные положения о производных финансовых инструментах.

Глава 5. Эмиссия ценных бумаг и раскрытие информации.

Глава 6. Переход прав на ценные бумаги.

Глава 7. Профессиональные участники рынка ценных бумаг.

Глава 8. Биржевые торги.

Глава 9. Недобросовестные практики.

Глава 10. Особенности договоров с ценными бумагами.

Особо следует обратить внимание, что А.С. Селивановский включил в учебник ряд разделов, затрагивающих мало изученные в научной и учебной литературе темы. Так, например, отдельную главу автор посвятил правовому статусу и правовому регулированию деятельности биржи, рассмотрел разновидности биржевых договоров, их специфику.

Особенный интерес представляет глава 9, посвященная недобросовестным практикам на рынке ценных бумаг и рынке производных финансовых инструментов. Автор справедливо упоминает, что на рынке, на котором обращаются значительные средства и где можно получить «состояние за один день», часто появляются персоны, которые «ведут нечестную игру», а от их поведения могут пострадать и потребители, и профессиональные участники рынка, и государство. К таким злоупотреблениям (недобросовестным практикам) автор относит недобросовестное использование инсайдерской информации, манипулирование рынком, неправомерные действия при конфликте интересов и включение в договоры нечестных (несправедливых) условий. В учебнике подробно рассказано про каждую из них, изложен как международный, так и российский опыт, отражающий способы и эффективность борьбы с недобросовестными практиками.

³ Хабаров С.А. Правовое регулирование рынка ценных бумаг: учебное пособие. М.: Изд-во РАГС, 2010.

⁴ Габов А.В. Ценные бумаги: вопросы теории и правового регулирования рынка. М.: Статут, 2011.

Отдельная глава учебника посвящена производным финансовым инструментам, изучение правового регулирования которых традиционно сопровождается изучением регулирования фондового рынка. Правовое регулирование так называемых деривативов имеет весьма сложную историю в России и до сих пор законодательство содержит лишь фрагменты необходимой системы, а, например, профессиональная деятельность на этом рынке остается неурегулированной. Рынок деривативов неоднократно сталкивался со значительными сложностями, вызванными спорными судебными решениями: в середине 1990-х арбитражные суды не смогли разобраться с подобными делами и выносили непредсказуемые решения, в 1999 г. расчетные форвардные контракты фактически были признаны сделками-пари и на этом основании их участникам отказывали в судебной защите⁵, а в 2013 г. новые дискуссии вызвали решения по делам контрагентов Юни-Кредит банка⁶, которые расторгли в суде долгосрочные договоры о процентных свопах.

Правовое регулирование рынка ценных бумаг и производных финансовых инструментов рассматривается автором как комплексное образование, включающее в себя нормы частного и публичного права. Учебник написан на основе анализа содержания норм российского законодательства, регулирующего рынок ценных бумаг и производных финансовых инструментов, с учетом их практического применения, включая решения высших судебных органов по соответствующим вопросам.

Особое внимание в учебнике уделено целостному рассмотрению различных элементов рынка ценных бумаг. Например, описывается не только эмиссия облигаций, но и ситуация с неисполнением обязательств по облигациям (дефолты), рассматривается не только статус управляющего на рынке ценных бумаг, но и договор доверительного управления, который заключается с клиентом, а также вопросы привлечения управляющего к ответственности за нарушение договора.

Отдельно хочется отметить, что А.С. Селивановский, как правило, сопровождает изложение правовых конструкций яркими примерами, что чрезвычайно полезно и эффективно при подаче любого материала, а особенно в такой сложной для понимания области, как ценные бумаги и производные финансовые инструменты.

Обращает на себя внимание, что в подавляющем большинстве приводимые автором примеры носят не теоретический характер, а взяты из реальной жизни. Это и нашумевшие в экономической/финансовой среде истории, и более камерные ситуации, с которыми автор столкнулся в собственной практике. С одной стороны, это показывает осведомленность и погруженность автора в материал, с другой — такие примеры для аудитории гораздо полезнее и интереснее, чем любые придуманные, искусственно смоделированные иллюстрации.

Заслуживает одобрения подход автора, который не увлекается пересказом нормативного материала, что подчас встречается в научной и учебной литературе, но оценивает описываемые правовые механизмы с точки зрения их применимости на практике. Так, например, рассматриваются вопросы выпуска облигаций, обеспеченных банков-

⁵ Прецедентным стало Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 8 июня 1999 г. № 5347/98 по иску «Москомприватбанка» к «Русскому банку развития». Не изменило ситуацию Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 16 декабря 2002 г. № 282-О «О прекращении производства по делу о проверке конституционности статьи 1062 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой коммерческого акционерного банка «Банк Сосьете Женераль Восток» // СПС «Консультант Плюс».

⁶ Определения Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23 ноября 2012 г. № ВАС-15181/12 по делу № А40-922976/11-46-801 и от 27 марта 2013 г. № ВАС-3788/13 по делу № А40-55358/12-100-391 // СПС «Консультант Плюс».

ской гарантией, залогом недвижимости, раскрытие информации, инсайдерской информации, защиты прав инвесторов на фондовом рынке.

Учебник А.С. Селивановского «Правовое регулирование рынка ценных бумаг» представляет большой интерес не только как насущно необходимое в настоящее время учебное пособие, но и как интересная научная работа. Говоря в целом, учебник представляет собой серьезный вклад в развитие современной методологии научных исследований и дает нам возможность по-новому взглянуть на правовое регулирование рынка ценных бумаг. Отрадно отметить, что А.С. Селивановский не ограничился написанием учебника, в котором излагаются базовые позиции, а продолжает исследования по многим направлениям и публикует свои работы в научных изданиях. В последнее время им были глубоко исследованы институты раскрытия информации, защиты прав инвесторов на фондовом рынке, договор репо⁷.

Представляется, что рецензируемый учебник будет чрезвычайно полезен для подготовки квалифицированных специалистов в области фондового рынка.



Библиография

- Габов А.В. Ценные бумаги: вопросы теории и правового регулирования рынка. М.: Статут, 2011.
- Зенькович Е.В. Рынок ценных бумаг. Административно-правовое регулирование. М.: Wolters Kluwer, 2008.
- Селивановский А. Защита прав инвесторов на фондовом рынке: современные вызовы // Хозяйство и право. 2014. № 7.
- Селивановский А. Раскрытие информации эмитентами на фондовом рынке // Хозяйство и право. 2014. № 6. С. 3–28.
- Селивановский А., Зайчик М. Договор репо // Хозяйство и право. 2014. № 5. С. 66–83.
- Хабаров С.А. Правовое регулирование рынка ценных бумаг: учеб. пособие. М.: Изд-во РАГС, 2010.
- Хоменко Е.Г. Правовое регулирование рынка ценных бумаг: учеб.-практ. пособие. М.: Юрист, 2008.

Review on the Textbook: Selivanovskiy A.S. (2014) *Pravovoe regulirovanie rynka tsennykh bumag* [Legal Regulation of Securities Market]

Moscow: Izd. dom Vyshey shkoly ekonomiki, 2014. 580 p.



Alexander Molotnikov

Associate Professor, Department of Entrepreneurial Law, Moscow State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 1, bldg 13 Leninskie Gory, GSP-1, Moscow, 119991, Russian Federation. E-mail: enterprise@law.msu.ru



Abstract

The review studies the textbook by A.S. Selivanovskiy devoted to the legal regulation of securities market. The paper examines the structure of the textbook, chapters on derivative financial instruments, sham practice in securities market. General assessment of the work under review has been given.

⁷ Селивановский А. Раскрытие информации эмитентами на фондовом рынке // Хозяйство и право. 2014. № 6. С. 3–28; Селивановский А. Защита прав инвесторов на фондовом рынке: современные вызовы // Хозяйство и право. 2014. № 7; Селивановский А., Зайчик М. Договор репо // Хозяйство и право. 2014. № 5. С. 66–83.



Keywords

Securities, derivative financial instruments, swaps, insider information, malpractice on securities market, unfair terms of agreements, stock-exchanges, defaults, information disclosure in securities market.

Citation: Molotnikov A. (2014) Review on the Textbook: Selivanovskiy A.S. (2014) *Pravovoe regulirovanie rynka tsennykh bumag* [Legal Regulation of Securities Market] Moscow: Izd. dom Vysshey shkoly ekonomiki, 2014. 580 p. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 214–218. (in Russian)



References

Gabov A.V. (2011) *Tsennye bumagi: voprosy teorii i pravovogo regulirovaniya rynka* [Securities: Issues of Theory and the Legal Regulation of Market]. Moscow: Statut. (in Russian)

Zen'kovich E.V. (2008) *Rynok tsennykh bumag. Administrativno-pravovoe regulirovanie* [Securities Market. Administrative Law Regulation]. Moscow: Wolters Kluwer. (in Russian)

Selivanovskiy A. (2014) Zashchita prav investorov na fondovom rynke: sovremennye vyzovy [Protection of the Rights of Investors in Stock Market: Modern Challenges]. *Khozyaystvo i pravo*, no 7, pp. 66–88.

Selivanovskiy A. (2014) Raskrytie informatsii emitentami na fondovom rynke [Disclosure of Information by Emitents in Stock Market]. *Khozyaystvo i pravo*, no 6, pp. 3–28.

Selivanovskiy A., Zaychik M. (2014) Dogovor repo [Repurchase Agreement]. *Khozyaystvo i pravo*, no 5, pp. 66–83.

Khabarov S.A. (2010) *Pravovoe regulirovanie rynka tsennykh bumag* [Legal Regulation of the Securities Market]. Moscow: RAGS. (in Russian)

Khomenko E.G. (2008) *Pravovoe regulirovanie rynka tsennykh bumag* [Legal Regulation of the Securities Market]. Moscow: Yurist'. (in Russian)

**Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»
XVI Апрельская международная научная конференция
«Модернизация экономики и общества»**

7–10 апреля 2015г. в Москве состоится XVI Апрельская Международная научная конференция по проблемам развития экономики и общества, проводимая Национальным исследовательским университетом «Высшая школа экономики» при участии Всемирного банка. Председателем Программного комитета конференции является научный руководитель НИУ ВШЭ профессор Е.Г. Ясин.

На пленарных заседаниях конференции и специальных круглых столах планируются выступления руководителей Правительства Российской Федерации, Администрации Президента Российской Федерации, представителей Всемирного банка, Организации экономического сотрудничества и развития, руководителей крупнейших российских и иностранных компаний, ведущих зарубежных и российских ученых.

Специальные темы конференции:

- Институты и экономическое развитие
- Реформы: причины успехов и неудач
- Глобальный мир: интеграция или дезинтеграция?
- Спрос на право: факторы и движущие силы

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. Пленарные 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 **9 сентября 2014 г. до 11 ноября 2014 г.** Для каждого участника в системе регистрации будет открыт «личный кабинет», через который в дальнейшем будет происходить коммуникация с оргкомитетом конференции.

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 7000 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 2014 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 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 **20 января 2015 г.** на основании экспертизы с привлечением независимых экспертов после чего на сайте <http://conf.hse.ru/> будет опубликована предварительная версия программы конференции. В срок до **3 февраля 2015 г.** авторы докладов, включенных в предварительную программу, должны подтвердить свое участие через «личный кабинет». В случае отсутствия подтверждения соответствующие доклады будут исключены из программы.

Авторы докладов, включенных в программу конференции, должны до **5 марта 2015 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 2015 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 **10 февраля 2015 г.** по адресу 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/> с **11 сентября 2014 г.**

Заявки на участие в конференции без доклада принимаются в режиме on-line с **12 ноября 2014 г.** до **20 марта 2015 г.** по адресу: <http://conf.hse.ru/>

Информация о размерах и возможностях оплаты организационных взносов доступна на официальном сайте по адресу <http://conf.hse.ru/>.

С программами и материалами I–XV международных научных конференций (2000–2014 гг.) можно ознакомиться на сайте: <http://conf.hse.ru/2014/history>.

Оргкомитет конференции

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

«Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

АВТОРАМ

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru
Адрес редакции: 119017, Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, оф. 212
Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей от 1 до 1,5 усл.п.л., рецензий, обзоров зарубежного законодательства — до 0,5 усл.п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации JEL.

Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

ПОДПИСАТЬСЯ НА ЖУРНАЛ
**«ПРАВО. ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ
ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ»**

МОЖНО ВО ВСЕХ
ПОЧТОВЫХ ОТДЕЛЕНИЯХ

КАТАЛОГ «ГАЗЕТЫ И ЖУРНАЛЫ — 2015»
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

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*
Редактор английского текста *А.В. Калашиников*

Подписано в печать 13.09.2014. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. -17,9. Тираж 600 экз.