

# Право

## ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

### 2/2014



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

#### Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

#### Редакционный совет

Ю. Базедов (Институт  
Макса Планка, Федеративная  
Республика Германия)  
А.А. Иванов (Высший  
Арбитражный Суд  
Российской Федерации)  
Г.П. Ивлиев (Министерство  
культуры Российской  
Федерации)

Г.А. Гаджиев  
(Конституционный Суд  
Российской Федерации)  
Т.Г. Морщакова (НИУ ВШЭ,  
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

А.С. Автономов (ИГПРАН,  
Российская Федерация)  
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)  
М.А. Краснов (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.: 8 (495) 220-99-87  
<http://law-journal.hse.ru>  
e-mail: [lawjournal@hse.ru](mailto:lawjournal@hse.ru)

#### Адрес издателя

**и распространителя**  
Фактический: 115230, Москва,  
Варшавское ш., 44а,  
Издательский дом  
Высшей школы экономики.  
Почтовый: 101000,  
Москва, ул. Мясницкая, 20  
Тел./факс: 8 (495) 772-95-71  
e-mail: [id.hse@mail.ru](mailto:id.hse@mail.ru)  
[www.hse.ru](http://www.hse.ru)

© НИУ ВШЭ, 2013

#### Правовая мысль: история и современность

- Н.С. Крылова**  
Глобальный экономический кризис: новые механизмы  
регулирования финансовых и бюджетных отношений 4
- Е.П. Евграфова**  
Проблема объективности права в доктрине профессора С.С. Алексеева 17
- В.С. Дорохин**  
Портреты ученых-юристов: Гэри Беккер 29

#### Российское право: состояние, перспективы, комментарии

- А.Я. Петров**  
Индивидуальные трудовые споры: фундаментальные аспекты  
трудового права 36
- М.О. Буянова**  
Индивидуальные трудовые споры: материально-процессуальные  
вопросы правового регулирования 48
- А.И. Бутовецкий**  
Регулирование порядка использования и предоставления садовых,  
огородных и дачных земельных участков в законодательных  
инициативах Правительства Российской Федерации 61
- С.В. Кружкова**  
Защита субъективных гражданских прав саморегулируемых организаций  
в строительстве в спорах при взыскании взносов со своих членов 72
- А.М. Зацепин**  
Конкуренция норм уголовного права и квалификация преступлений 84
- Т.И. Бикбулатов**  
Использование и передача инсайдерской информации  
в законодательных органах в России и США 101
- О.А. Федотова**  
Вопросы правоприменения административного надзора за лицами,  
освобожденными из мест лишения свободы 113

#### Право в современном мире

- M. Parish**  
International Law and International Organizations: The Legacy  
of the Twentieth Century 124
- P. Schlag**  
On Creativity in Constitutional Interpretation 142
- S. Zgaga**  
Intoxication and Criminal Liability in International Criminal Law 149

#### Дискуссионный клуб

- С.И. Луценко**  
Дилемма выбора модели управления компанией 162

**Научная жизнь** 173

**Рецензии** 184

# Law

## JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

### Publisher

National Research  
University «Higher School  
of Economics»

### Editorial Council

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

### Editorial Board

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

### Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya  
(HSE, the Russian Federation)

### Address:

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

# 2/2014



ISSUED QUARTERLY

### Legal Thought: History and Modernity

- N.S. Krylova**  
Global Economic Crisis: New Tools of Regulating Financial and Budget Relations 4
- Y.P. Evgrafova**  
The Problem of Objectivity of Law in the Doctrine of Professor S.S. Alekseyev 17
- V.S. Dorokhin**  
Portraits of Legal Scholars: Gary Becker 29

### Russian Law: Conditions, Perspectives, Comments

- A.Y. Petrov**  
Individual Labour Disputes: Fundamentals of Labour Law 36
- M.O. Buyanova**  
Individual Labor Disputes: Material and Procedural Legal Regulation 48
- A.I. Butovetskiy**  
Issues of Gardening, Vegetable Gardening and Cottage Economy in Legislative Initiatives of the Russian Federation Government as to Land Relations 61
- S.V. Kruzhkova**  
Protecting Subjective Rights of Self-regulating Organizations in the Event of Disputes about Charging Fees from its Members — Persons Performing Functions Influencing the Security of the Objects of Capital Development 72
- A.M. Zatsepin**  
Collision of Criminal Law Norms and Classifying Crimes 84
- T.I. Bikbulatov**  
Using and Transmitting Insider Information in the Legislative Bodies of the Russian Federation and USA 101
- O.A. Fedotova**  
Issues of Enforcing Administrative Supervision of the Persons Released from Places of Imprisonment 113

### Law in the Modern Law

- M. Parish**  
International Law and International Organizations:  
The Legacy of the Twentieth Century 124
- P. Schlag**  
On Creativity in Constitutional Interpretation 142
- S. Zgaga**  
Intoxication and Criminal Liability in International Criminal Law 149

### Discussion Club

- S.I. Lutsenko**  
Dilemma as to the Model of Corporate Governance 162

### Scientific Life

- 173
- Book Review** 184

---

# 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.

# Глобальный экономический кризис: новые механизмы регулирования финансовых и бюджетных отношений



**Н.С. Крылова**

ведущий научный сотрудник Института государства и права РАН, доктор юридических наук. Адрес: Российская Федерация, 119991, Москва, ул. Знаменка, 10. E-mail: ninelkrylova@mail.ru



## Аннотация

Финансовый кризис — это важный катализатор, способствующий выработке общих принципов и правил осуществления государством финансовых и экономических функций. Все проходившие в истории человечества кризисы имели долговременные последствия. Одна из главных особенностей финансового кризиса 2008–2009 гг. в том, что он проходил в условиях глобализации. Это способствовало процессам гармонизации и стандартизации регулирования финансовых отношений. Кризис выявил тенденцию к усилению взаимодействия и взаимозависимости государств в их стремлении преодолеть кризис или ослабить его последствия. Сотрудничество осуществлялось на региональном и универсальном международных уровнях. Созданные во время кризиса механизмы и стандарты не были свернуты после окончания кризиса и начала восстановительного периода. Автор исследует практику Европейского Союза (ЕС) в области создания новых стандартов и механизмов финансовой стабилизации. Рассматриваются положения нового фискального пакта. Говорится об учреждении Европейского стабилизационного механизма, укреплении роли Европейского центрального банка. Освещается деятельность ЕС в области борьбы с уклонением от уплаты налогов и офшорами. Отмечается тенденция к усилению деятельности международных организаций и объединений в решении задач финансовой стабилизации. Освещается вопрос о создании механизма автоматического обмена информацией (FATCA). Кризис выявил тенденцию к укреплению роли конституционно-правовых механизмов в решении возникших в ходе кризиса финансово-экономических проблем. В статье говорится о возросшей роли представительных органов в решении бюджетных вопросов, об активизации институтов конституционного правосудия и пр. В результате исследования автор приходит к выводу, что в период глобального кризиса значительно укрепились взаимосвязи и взаимозависимость наднациональных и национальных стандартов и механизмов финансового регулирования. Кризис выявил также тесную связь между такими явлениями, как право, финансы и экономика. Нарушение правовых предписаний, устанавливающих обязательные правила и принципы принятия финансовых и бюджетных решений, чревато серьезными экономическими и финансовыми последствиями. В этом — уроки и долговременные последствия глобального экономического кризиса 2008–2009 гг.



## Ключевые слова

бюджет, финансы, стабилизация, кризис, стандарты, механизмы, ЕС, конституция, международные организации и объединения

Факты мировой истории убедительно доказывают, что кризисы служат важным катализатором, способствующим выработке общих принципов и правил осуществления отдельными государствами своих финансовых и экономических функций. Ни один из кризисов не проходил бесследно для структуры, организации и форм деятельности государств. Каждый из них имел долговременные последствия.

Известный американский экономист Кеннет Рогофф в книге «На этот раз все будет по-другому: восемь веков финансового безрассудства» вместе с Кармен Рейнхарт исследует финансовые кризисы последних двух столетий в 66 странах на пяти континентах<sup>1</sup>. Он рассказывает о дефолтах государств, развалах средневековых денежных систем, кризисе ипотечных облигаций в США. Каждый раз, говорит автор, люди надеются, что им удастся избежать повторения ошибок прошлого, и каждый раз это оказывается заблуждением. По мнению К. Рогоффа, кризис — это настолько экстремальное явление, что его последствия остаются в истории, даже если другая информация не сохраняется. Он пришел к выводу, что у каждого из них имеются столь специфические характеристики, что он оставляет гигантский отпечаток на всей жизни; все равно как огромный динозавр — он давно умер, а вы видите отпечаток его ноги.

Известно, что экономический кризис 30-х годов XX в. привел к созданию постоянно-го механизма государственного регулирования экономики. Важнейшую роль в общем объеме экономической деятельности государства заняло регулирование с помощью бюджета, налогов и иных финансовых методов. Теоретически все эти подходы были выражены в доктрине Джона Мейнарда Кейнса. Его идеи служили основой финансово-экономической политики, которая в течение многих десятилетий проводилась правительствами ведущих государств мира.

Одна из главных особенностей нынешнего финансово-экономического кризиса состояла в том, что он проходил в условиях глобализации. Это во многом способствовало процессам гармонизации и стандартизации регулирования в различных областях общественной жизни, в том числе в сфере финансовой и бюджетной политики. Глобализация облегчила выработку общих правил и норм, регламентирующих отношения государств в области финансовых и бюджетных отношений, способствовала созданию механизма постоянного сотрудничества государств в этой сфере.

Кризис выявил тенденцию к активизации сотрудничества и кооперации государств, осуществляемых в поисках выхода из критической ситуации, в стремлении преодолеть или ослабить негативные последствия для экономического и социального развития. Это касалось сотрудничества государств на региональном (Европейский Союз) и универсальном международных уровнях. Кризис убедительно показал, что в условиях глобализации и формирования мирового рынка не представляется возможным решать финансово-экономические вопросы лишь на уровне отдельных государств. Только их сотрудничество и объединение усилий может способствовать решению проблем и выходу из кризиса. Кризис, говорил в своем выступлении на Петербургском экономическом форуме в июне 2011 г. В. Мау, поставил вопрос о новой модели глобального экономического регулирования<sup>2</sup>.

Тенденция к усилению взаимодействия и сотрудничества государств в области финансовых отношений, отчетливо проявившаяся в период кризиса, продолжалась и после его окончания и начала восстановительного периода. Созданные во время кризиса

<sup>1</sup> Интервью К. Рогоффа газете «Ведомости» на «Форуме Россия-2012», организованном Сбербанком и «Тройка диалог». См.: Ведомости. 1912. 11 марта.

<sup>2</sup> См.: Ведомости. 2011. 20 июня.

механизмы и стандарты финансового регулирования не были свернуты. Они приобрели постоянный характер. Ярким примером, свидетельствующим о действии этой долговременной тенденции, является Европейский Союз. В результате активного и систематического сотрудничества государств — членов Европейского Союза в годы кризиса были значительно обновлены и укреплены правила и принципы, лежащие в основе бюджетной и финансовой политики объединения.

Понятно, что начавшаяся в середине прошлого века европейская интеграция сама по себе способствовала созданию единообразных принципов и правил, определявших деятельность государств-членов в области экономического, в том числе и финансового, регулирования. Уже в основополагающем Маастрихтском договоре были установлены критерии, которым должна была соответствовать бюджетная и финансовая политика стран-членов. Согласно его положениям дефицит бюджета не должен был превышать 3% ВВП, уровень государственного долга — не выше 60%.

Финансовый кризис 2008–2009 г. выдвинул задачу создания эффективного механизма бюджетно-финансового регулирования на одно из первых мест в сотрудничестве государств — членов ЕС. Этого требовали возникшие в связи с кризисом проблемы бюджетного дефицита, неконтролируемого роста государственного долга и налогов. В этих условиях сбалансированный бюджет становился важнейшей предпосылкой социального и экономического развития, гарантией стабильности экономической и социально-политической жизни в целом. Решение проблем бюджетного регулирования в антикризисной политике ЕС приобрело приоритетный характер. Не уменьшилось значение этих проблем и после выхода стран ЕС из кризиса. Задачи по созданию обновленной экономики вызвали потребность в продолжении активного межгосударственного сотрудничества в бюджетной сфере. Укрепление правил и принципов бюджетного регулирования стало одним из основных направлений кооперации стран — членов ЕС.

Идея формирования единого бюджетного союза была выдвинута канцлером Германии А. Меркель и бывшим президентом Франции Н. Саркози. В совместном письме президенту ЕС в декабре 2011 г. они изложили конкретные предложения об автоматических санкциях против стран, не выполняющих взятые на себя обязательства по размеру дефицита государственного бюджета. Авторы послания, в частности, настаивали на том, чтобы в конституции стран еврозоны было зафиксировано «золотое правило», предусматривающее обязательства государств по размеру дефицитов и расходов государственного бюджета. При обсуждении проекта договора на саммите А. Меркель говорила о создании бюджетного союза для евро, который в то же время должен стать союзом стабильности.

Новый фискальный пакт — Договор стабильности, координации и управления (The Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union — TSCG) — был подписан 2 марта 2012 г. Он явился первым в истории единой Европы соглашением, в котором государства — члены ЕС брали на себя жесткие обязательства соблюдать «золотое правило» бюджетной дисциплины. По мнению канцлера Германии, подписание договора стало поворотным моментом в истории ЕС<sup>3</sup>.

Цель нового договора состояла в том, чтобы укрепить экономические основы союза и принять свод правил, усиливающих бюджетную дисциплину, координацию экономической политики и управление в еврозоне<sup>4</sup>. Тем самым предполагалось поддержать достижение союзом целей экономического роста, занятости, конкурентоспособности и социального согласия в обществе.

<sup>3</sup> См.: Ведомости. 2012. 5 марта.

<sup>4</sup> [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120912\\_2bvr\\_1390112en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120912_2bvr_1390112en.html)

Договор устанавливает правила, которым должны следовать договаривающиеся стороны. Одно из них обязывает правительство договаривающейся стороны соблюдать принцип сбалансированности бюджета: бюджет должен быть сбалансирован либо составлен с превышением доходов над расходами. Нижняя граница дефицита бюджета должна составлять 0,5% ВВП. Договор допускает временное отступление от этого правила, но только в исключительных обстоятельствах. Если государственный долг значительно ниже 60% ВВП и риск для долгосрочной стабильности публичных финансов является низким, то нижняя граница дефицита может достигать дефицита не выше 1% ВВП. В случае значительного отступления от критериев, установленных договором, механизм коррекции включается автоматически. Этот механизм предполагает обязательство договаривающейся стороны осуществить меры для исправления отступлений в течение установленного срока.

Договор устанавливает, что эти правила должны быть закреплены в национальном праве государств-членов путем принятия положений, имеющих обязательную силу и постоянный характер, предпочтительно конституционных, либо каким-либо иным образом, гарантирующим полное уважение и приверженность этих положений всему национальному бюджетному процессу.

В случае неисполнения этих положений дело должно быть передано в Суд ЕС. Решение суда обязательно для сторон процесса. Если же какая-либо договаривающаяся сторона не приняла необходимых мер для исполнения решения суда, дело должно быть передано суду с требованием применения финансовых санкций, исходя из критериев, установленных Европейской комиссией. Если суд сочтет, что договаривающаяся сторона не соблюдает его решения, он может наложить штраф. Размер штрафа не может превышать 0,1% ВВП.

Новый договор серьезно изменил положения действовавшего до этого Пакта стабильности и роста 1997 г. (Stability and Growth Pact). Правила, установленные прежним соглашением, носили рекомендательный характер. Еврокомиссии и Европейскому совету было предоставлено право давать рекомендации странам — членам ЕС в случае, если размер дефицита бюджета или уровень государственного долга в них превышал установленные в пакте нормы. Однако еще за несколько лет до начала кризиса стало ясно, что условия соглашения были серьезно нарушены. Показатели государственного долга некоторых стран превысили установленные договором нормы почти в два раза. Дефицит бюджета становился все более заметным. Как видно из анализа положений нового Фискального пакта, он значительно ужесточил требования к государствам — членам ЕС.

Саммит ЕС в феврале 2012 г. учредил также новый Европейский стабилизационный механизм (European Stability Mechanism, ESM). Он заменяет Европейский фонд финансовой стабильности (EFSF). Размер нового стабилизационного фонда составляет 700 миллиардов евро. Предназначение ESM состояло в том, чтобы кредитовать государства, которые согласятся проводить строгую бюджетную политику. Его задача — оказывать поддержку национальным рынкам за счет предоставления кредитов. С его помощью предполагается добиться также поддержания роста экономики и занятости населения. Топ-менеджмент ЕСМ официально приступил к работе в октябре 2012 г. Членами совета управляющих ЕСМ стали министры финансов стран ЕС. Их инаугурация состоялась в Люксембурге.

В годы кризиса значительно активизировалась деятельность ЕС в области налогового регулирования. Гармонизация налоговых систем традиционно является одним из основных направлений деятельности ЕС. Кризис привел к усилению того направления налоговой политики, которое касается борьбы с уклонением от уплаты налогов и офшорами. При осуществлении своей деятельности в этой области ЕС опирается на сотруд-

ничество с такими международными организациями, как G20 и ОЭСР. В основе всех намечаемых мер — план ОЭСР, который предполагает обязательную уплату транснациональными корпорациями местных налогов на любую прибыль от продаж в стране, а также осуществление других мер в области налогообложения, которые ограничивают возможности уклонения от уплаты налогов.

Усилению интеграции ЕС в годы кризиса способствовали меры, связанные с созданием банковского союза. Идея была выдвинута на саммите ЕС в июне 2012 г. Создание такого механизма должно было позволить ЕС решать финансовые проблемы отдельных стран, в том числе — спасти банки напрямую из европейского фонда, минуя национальные бюджеты<sup>5</sup>. На саммите была достигнута договоренность о необходимости четкого определения сроков и этапов завершения «единого экономического и монетарного блока». Формирование банковского союза началось в январе 2013 г. В качестве первой ступени предполагалось наделить Европейский центральный банк (ЕЦБ) полномочиями по надзору за европейскими банками.

В 2013 г. ЕЦБ начал масштабную ревизию банков еврозоны. Он объявил, что в ходе проверки будет дана оценка состояния банковской системы еврозоны. Проверке подлежат 130 крупнейших банков еврозоны. Главная цель проверки — оценка устойчивости банков, повышение прозрачности их финансового состояния и уровня доверия частного сектора к банковской системе Евросоюза<sup>6</sup>. Для проверки операционной деятельности банков и управления ими помимо сотрудников ЕЦБ приглашены 800 экспертов, в том числе из национальных надзорных органов. Результаты проверки должны быть опубликованы. ЕЦБ представит свои рекомендации по надзору за банками. Банки обязаны принять меры по исправлению выявленных недостатков. ЕЦБ заявил, что будет следить за этим в качестве главного органа ЕС по надзору за банками. В ноябре 2014 г. надзор над банками ЕС должен перейти от национальных регуляторов к ЕЦБ<sup>7</sup>.

Нерешенным остался вопрос, каким должен быть механизм поддержки проблемных банков. Министр финансов Германии В. Шойбле сказал, что его стране придется менять законодательство, чтобы банки могли получать финансовую помощь непосредственно от Европейского стабилизационного механизма. Президент ЕЦБ Марио Драги настаивает на создании единого механизма. «Наша цель, — заявил он, — по-прежнему ввести его к 2015 году»<sup>8</sup>.

Можно также отметить некоторые идеи, осуществление которых содействовало бы усилению интеграции ЕС в области регулирования финансовых отношений. Речь идет о создании единого министерства финансов с целью борьбы с бюджетным дефицитом. Это предложение было сделано бывшим председателем ЕЦБ Жаном-Клодом Трише еще летом 2011 г. По его мнению, правительства 17 стран еврозоны должны рассмотреть возможность создания единого министерства финансов. Это необходимо для полной координации бюджетной политики<sup>9</sup>. Объясняя свои предложения, Трише высказал мысль, что если стране, получающей финансовую помощь, не удастся скорректировать бюджетную политику собственными силами, это должны сделать власти еврозоны. Они должны иметь право контроля вплоть до вето на решения правительств по расходам. Трише полагал, что такие меры позволят локализовать кризис и предотвратить его распространение.

<sup>5</sup> См.: Коммерсантъ-Online. 2012. 20 октября.

<sup>6</sup> См.: Ведомости. 2013. 24 октября.

<sup>7</sup> См.: Ведомости. 2014. 30 апреля.

<sup>8</sup> См.: Ведомости. 2013. 24 октября.

<sup>9</sup> См.: Ведомости. 2011. 3 июня.

Трише выдвинул свою идею о создании единого министерства финансов в период, когда долговой кризис в некоторых странах — членах еврозоны достиг своего пика<sup>10</sup>. Мысль о необходимости усиления координации в бюджетной политике стран еврозоны высказывалась также экспертами ОЭСР. Отсутствие в еврозоне скоординированной бюджетной политики при общей денежно-кредитной политике и единой валюте расценивалось ими как одна из основных причин долгового и бюджетного кризиса<sup>11</sup>. В плане спасения евро, представленном председателем Еврокомиссии Жозе Мануэлом Баррозу в ноябре 2012 г., говорилось, что еврозона должна постепенно получить права, сопоставимые с полномочиями национального правительства, включая создание единого министерства финансов. По его мнению, министерству должно быть предоставлено право вводить налоги и выпускать облигации<sup>12</sup>.

В годы кризиса выявилась тенденция не только к усилению сотрудничества государств-членов на региональном уровне, но и к усилению активности международных организаций и объединений в решении задач, связанных с обеспечением финансовой стабильности. Прежде всего речь идет о группе G20. В годы кризиса это объединение было преобразовано в формат глав государств и правительств. Оценивая это событие, газета «Ведомости» писала о новой роли данного международного объединения. По сути, говорилось в ней, G20 выходит за рамки борьбы с финансово-экономическим кризисом и превращается в координирующий орган, своеобразное «мировое правительство»<sup>13</sup>. В формулировке итогового коммюнике саммита G20 в июле 2012 г. был выражен основной принцип сотрудничества и взаимодействия государств. «Каждая экономика, — говорилось в итоговом коммюнике саммита, — может делать все, что считает нужным для достижения своих внутренних целей, но обязуется при этом минимизировать ущерб от этих мер для других стран»<sup>14</sup>.

По мнению заместителя председателя Европейской комиссии по вопросам финансовой и валютной политики и евро Олли Рена, G20 помогла найти решения, которые содействовали росту экономики<sup>15</sup>. Она смогла разработать программу координации, которая включала монетарные стимулы и, по словам Рена, помогла избежать глобальной экономической катастрофы<sup>16</sup>. Рен напомнил, что именно G20 предложила реформу финансового регулирования и надзора, в частности создание Совета по финансовой стабильности. По его словам, с 2008 г. в глобальном контексте через G20, через Совет по финансовой стабилизации и через изменения в европейском законодательстве многое было сделано в сфере банковского надзора. Следует отметить, что в 2013 г. Россия председательствовала в объединении G20. По мнению министра финансов Российской Федерации А. Силуанова, в годы кризиса G20 должна была бороться не столько с его последствиями, сколько создать систему предотвращения подобных явлений в будущем<sup>17</sup>.

Значительную роль в обеспечении кооперации и сотрудничества государств, а также в создании новых механизмов и стандартов финансового регулирования играет Орга-

<sup>10</sup> По прогнозу ОЭСР, средний уровень долга в еврозоне мог составить 96%. В Греции в 2010 г. долг составлял 142,4% ВВП, дефицит бюджета — 10,5%. См.: Ведомости. 2011. 3 июня.

<sup>11</sup> См.: Ведомости. 2011. 3 июня.

<sup>12</sup> См.: Лента.ру. 2012. 29 ноября.

<sup>13</sup> См.: Ведомости». 2011. 24 октября.

<sup>14</sup> См.: Ведомости». 2012. 21 июля.

<sup>15</sup> См.: Ведомости. 2013. 13 марта.

<sup>16</sup> См.: Там же.

<sup>17</sup> См.: Ведомости. 2013. 23 декабря.

низация экономического и социального развития (ОЭСР). Эта организация была основана через несколько лет после окончания Второй мировой войны. По словам Генерального секретаря организации А. Гурриа, она сыграла немаловажную роль в преодолении последствий экономических и социальных катастроф, вызванных Второй мировой войной<sup>18</sup>. По словам Гурриа, кризис 2008–2009 гг. вывел ОЭСР на передний край.

В настоящее время ОЭСР принимает активное участие в глобальной борьбе с уклонением от уплаты налогов и кооперации между государствами при разработке соответствующих международных стандартов. В 2013 г. ею была разработана Конвенция об обмене налоговой информацией между странами ОЭСР. Документ предполагает обмен информацией по запросам, проведение проверок за рубежом, взыскание недоимок. В 2014 г. ОЭСР опубликовала Единый глобальный стандарт автоматического обмена информацией о финансовых счетах. Он разработан в сотрудничестве с G20 и ЕС и одобрен фискальным комитетом<sup>19</sup>. Документ устанавливает принципы обмена информацией между налоговыми службами разных стран. К нему прилагается модельное соглашение. После его подписания страны могут начать обмен данными.

В результате международного сотрудничества государств было выработано межгосударственное соглашение об обмене налоговой информацией по правилам FATCA (Закон США о налогообложении иностранных счетов американских резидентов (The Foreign Account Tax Compliance Act)). Закон был разработан с целью снижения уклонения от налогов с помощью офшоров, а также получения доходов от федеральных налогов держателями американских счетов в иностранных финансовых институтах на международном уровне<sup>20</sup>.

Закон обязывает американских резидентов сообщать о финансовых счетах, которые они держат вне пределов США. Иностранные финансовые институты обязаны представлять отчеты Службе внутренних доходов США (IRS) об их американских клиентах. Чтобы FATCA мог начать действовать, правительство США должно было подписать соглашения с иностранными государствами, разрешающими обмен финансовыми данными отдельных лиц. С этой целью Министерство финансов США в сотрудничестве с другими государствами разработало модельные соглашения. По данным на апрель 2014 г., они были подписаны 26 странами.

В Европейском Союзе система автоматического обмена информацией работает давно для контроля над уплатой налога на добавленную стоимость и процентными доходами, поступающими на счета клиентов-резидентов ЕС. Предполагается распространить ее на дивиденды и прочие доходы<sup>21</sup>.

Особенности финансового кризиса начала XXI в. обуславливались не только тем обстоятельством, что он произошел в период глобализации мировой экономики, но и тем, что он проходил в эпоху, которую принято называть эпохой конституционализма. Этот факт не мог не оказать своего влияния на институты и принципы финансового регулирования.

Сегодня конституции приняты в большинстве стран мира<sup>22</sup>. Почти все они (особенно новые) содержат главы и разделы, касающиеся организации и деятельности государств в области управления финансами. Современные конституции закрепляют фундаментальные принципы верховенства права, правового государства, разделения

<sup>18</sup> См.: Ведомости. 2011. 30 мая.

<sup>19</sup> См.: Ведомости. 2014. 14 февраля.

<sup>20</sup> <http://www.aph.gov.au/FATCA>

<sup>21</sup> См.: Ведомости. 2014. 9 апреля.

<sup>22</sup> См.: Конституция в XXI веке: сравнительно-правовое исследование. М., 2011. С. 652.

властей и пр. В них включены положения, относящиеся к порядку разработки, принятия и утверждения основного финансового закона страны — бюджета, а также к принципам распределения государственного дохода по уровням государственности, к ответственности правительства за его исполнение и пр. В конституциях содержатся положения, определяющие законодательный порядок установления налогов, а также принципы, в соответствии с которыми должны строиться системы налогообложения (соблюдение общепризнанных принципов всеобщности, справедливости, равенства, платежеспособности и др.). Общая тенденция конституционного развития государств, наблюдавшаяся в XX в. (особенно во второй его половине), шла в направлении расширения в общем объеме конституционных текстов положений, относящихся к регулированию финансовой и бюджетной деятельности государства<sup>23</sup>.

Глобальный экономический кризис 2008–2009 гг. выявил тенденцию к укреплению роли конституционно-правовых механизмов в урегулировании финансово-экономических проблем. Об этом свидетельствуют события конституционной жизни ряда европейских стран, в которых кризис имел тяжелые финансовые и экономические последствия. Тенденция к укреплению роли конституционно-правовых механизмов выразилась в том, что в таких странах можно было наблюдать последовательную трансформацию: начавшись как финансовый и экономический, кризис довольно быстро перерастал в конституционный. Соответственно, возрастало и значение конституционных институтов, с помощью которых решались проблемы, вызванные обострением экономической и финансовой ситуации.

Дело в том, что этот кризис явился в основном долговым. Он затронул главным образом страны, государственные долги в которых достигли такого масштаба, а дефицит бюджета оказался настолько высоким, что это уже создавало реальную угрозу дефолта. В числе так называемых проблемных стран оказались Греция, Ирландия, Испания, Италия, Португалия.

С целью уменьшения уровня государственного долга и сокращения бюджетного дефицита правительства проблемных стран должны были осуществлять жесткую бюджетную политику — резко сокращать расходы бюджета, проводить политику бюджетной экономии, повышать налоги и пр. При этом под сокращение попадали в основном социальные расходы (образование, медицинское и пенсионное обеспечение, зарплаты государственных служащих и пр.). Непопулярная бюджетная политика явилась причиной массовых выступлений и забастовок. Тяжелая экономическая и финансовая ситуация сопровождалась обострением взаимоотношений между законодательной и исполнительной ветвями власти. Участились случаи голосования в парламентах вотумов доверия и последующих отставок правительства. Результатом было проведение досрочных парламентских выборов, формирование новых правительств, предложения о проведении референдумов и пр.

Одной из наиболее проблемных стран еврозоны была Греция. В 2011 г. она оказалась на пороге дефолта. В ответ на объявленную правительством программу сокращения социальных расходов в стране поднялась волна массовых манифестаций. Выступления против мер бюджетной экономии продолжались несколько месяцев. Правительство приняло решение о проведении референдума по бюджетным вопросам. Этот референдум не состоялся — он был отменен. Парламент поставил на голосование вотум доверия правительству, и правительство было вынуждено уйти в отставку. В результате было создано коалиционное правительство и намечено проведение новых выборов. После формирования нового правительства и одобрения парламентом мер бюджетной эконо-

<sup>23</sup> Подробно об этом см.: Крылова Н.С. Конституционные основы финансовой деятельности государства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2013. № 1. С. 81–91.

мии в 2012 г. Греция получила финансовую помощь. Как пишет в своей статье И.А. Алебастрова, в годы кризиса правительство Греции в результате вынужденных отставок и досрочных парламентских выборов сменялось не менее пяти раз<sup>24</sup>.

Столь же турбулентными были события конституционной жизни другой проблемной страны Европы — Португалии. Принятое в 2010 г. правительством решение сократить государственные расходы на 3% с целью разрешения долгового кризиса привело к общенациональной забастовке. В марте 2011 г. правительство было вынуждено уйти в отставку из-за того, что оппозиция заблокировала пакет бюджетной экономии. Этим планом было обусловлено получение Португалией помощи от МВФ, ЕС и ЕЦБ. Новому правительству предстояло принимать свой план экономии. В марте 2012 г. состоялась новая отставка правительства.

Финансовый кризис привел к взрыву сепаратизма в Испании. В 2012 г. экономический кризис начал постепенно перерастать в конституционный. Участвовавшие здесь призывы автономных регионов страны к сепаратизму оказались напрямую связаны с вопросом распределения средств государственного бюджета между регионами. Формально регионы имеют статус автономных областей. Однако управление государственными финансами в стране централизовано. Большую часть налоговых доходов традиционно забирает себе федеральный центр, распределяющий их потом по уровням федерации по своему усмотрению<sup>25</sup>. Ряд регионов — прежде всего Каталония и Страна Басков — протестовали против этого порядка, считая его несправедливым. Регионы настаивали на предоставлении им большей самостоятельности в решении вопросов финансовой и бюджетно-налоговой политики.

Можно напомнить о событиях конституционной жизни Исландии. В 2012 г. здесь начался уголовный процесс над бывшим премьер-министром Исландии Гейром Хаарде. Он обвинялся в ненадлежащем исполнении служебных обязанностей во время финансового кризиса 2008 г. Исландия в те годы оказалась в крайне тяжелом экономическом положении. Она была на грани дефолта. Это был первый в конституционной истории случай привлечения к уголовной ответственности главы правительства в связи с бюджетным дефицитом и финансовым кризисом в стране.

В июле 2009 г. правительство Исландии подало заявку о вступлении в ЕС. Переговоры о вступлении в ЕС начались в 2010 г. Однако в мае 2013 г. Правительство Исландии приняло решение приостановить переговоры о вступлении в ЕС и вынести этот вопрос на референдум. В феврале 2014 г. парламент Исландии поддержал инициативу министра иностранных дел об окончательном отказе от присоединения к Евросоюзу. В тот же день было решено отказаться от проведения референдума по вопросу об интеграции с ЕС. Это послужило поводом к проведению акции протеста против отказа правительства от присоединения к ЕС и от проведения референдума. Участники акции потребовали провести референдум, обещанный правительством еще в мае 2013 г.

Общая тенденция к укреплению роли конституционно-правовых механизмов в решении финансово-экономических проблем, вызванных кризисом, подтверждается и тем, что в период кризиса заметно возросло значение институтов народного представительства. Парламент стал активным участником отношений, связанных с разработкой и принятием бюджета, сокращением государственных расходов, одобрением международных документов о создании механизмов и стандартов финансового регулирования

<sup>24</sup> См.: *Алебастрова И.А.* Особенности использования институтов представительной и непосредственной демократии в условиях современного экономического кризиса // Конституция и экономика: матер. круглого стола 1 октября 2012 г. М.: МГЮА, 2013. С. 124.

<sup>25</sup> Lenta.ru. 26 сентября. 2012.

и пр. Принимаемые решения оказывали значительное влияние на ход кризиса в отдельных странах<sup>26</sup>.

Говоря об общей тенденции к укреплению роли конституционно-правовых механизмов в решении вызванных кризисом финансово-экономических проблем, следует упомянуть о значительной активизации в этот период институтов конституционного правосудия. Об этом, в частности, свидетельствует практика Федерального конституционного суда Германии (ФКС).

В 2011 г. с его помощью был решен один из ключевых вопросов финансовой стабилизации, связанный с условиями предоставления финансовой помощи странам еврозоны. Группа граждан подала жалобу в ФКС. В иске указывалось, что Германия спасала Грецию в ущерб собственным интересам, а правительство нарушило Конституцию, поскольку помощь не была оформлена как расходы бюджета и согласована с парламентом. ФКС признал законным выделение Греции кредита. Однако в постановлении указывалось, что все решения правительства ФРГ об оказании финансовой помощи странам еврозоны должны быть одобрены бюджетным комитетом парламента. Помимо разрешения чисто финансовой проблемы, постановление суда укрепляло статус высшего законодательного органа страны. Оно способствовало усилению его роли в решении финансовых вопросов, связанных с кризисом.

12 сентября 2012 г. суд рассматривал жалобу, в которой ставился вопрос о том, что Договор об учреждении Европейского механизма стабильности (ЕМС) нарушает Основной закон ФРГ, в частности его положения о бюджетных полномочиях законодательного собрания<sup>27</sup>. Суд не нашел нарушений Основного закона в Договоре об учреждении ЕМС и отказал в удовлетворении жалобы. Он признал, что все решения правительства и парламента, связанные с учреждением ЕМС, соответствуют Конституции. Это относится также к требованиям Конституции о бюджетных полномочиях Бундестага. Решения о ЕМС, говорится в решении суда, были одобрены на пленарном заседании Бундестага; представители федерального правительства участвовали в принятии резолюции; бюджетный комитет осуществлял функции контроля при подготовке и исполнении соглашений о поддержке финансовой стабильности. ФКС принял резолюцию в пользу ЕМС. По мнению ФКС, было соблюдено также конституционное требование, согласно которому федеральное правительство обязано информировать Бундестаг и Бундесрат о принимаемых решениях и предоставить Бундестагу возможность выразить свое мнение.

Суд пришел к выводу, что положения Договора о стабильности, координации и управлении не ущемляют бюджетного верховенства (суверенитета), что законодатель принимает решения о доходах и расходах самостоятельно и постоянно остается «хозяйном своих решений». Положения договора, говорится в решении, не вступают в противоречие с национальной бюджетной автономией. По мнению суда, действующая программа европейской интеграции выстраивает монетарный союз как союз стабильности. Суд подчеркивает, что это является существенной основой для участия ФРГ в монетарном союзе.

Эта позиция была подтверждена в решении ФКС от 18 марта 2014 г.<sup>28</sup> В производстве по рассмотрению жалобы против учреждения Европейского механизма стабильности суд приходит к выводу, что ратификация Договора о ЕМС и Фискального пакта не нару-

<sup>26</sup> Подробно об этом см.: *Алебастрова И.А.* Особенности использования институтов представительной и непосредственной демократии в условиях современного экономического кризиса. С. 123–130.

<sup>27</sup> <http://www.bundesverfassungsgericht.de>. Press releases № 67/2012 of 12 September 2012.

<sup>28</sup> <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg14-02en/html> — 10/05/2014.

шали бюджетной автономии Бундестага. По мнению суда, Бундестаг и Бундесрат получили полную информацию по всем вопросам, связанным с учреждением ЕМС. Суд полагает также, что в ходе принятия закона о финансировании Европейского механизма стабильности не были нарушены формальные требования законодательного процесса и бюджетная ответственность Бундестага.

Суд пришел к выводу, что конституционная жалоба является необоснованной. Принцип демократии, говорится в решении, требует, чтобы Бундестаг оставался местом, в котором принимаются самостоятельные (автономные) решения о доходах и расходах, включая и те, которые связаны с международными и европейскими обязательствами. Более того, Бундестаг должен иметь доступ к информации, которая необходима для оценки принимаемых решений и их последствий. Суд констатировал, что закон об учреждении Европейского механизма стабильности соответствует требованиям Конституции. Его положения совместимы с общей бюджетной ответственностью Бундестага. Договор не дает органам Европейского Союза каких-либо полномочий, которые бы затрагивали общую бюджетную ответственность Бундестага.

Глобальный кризис выявил факт, что в современном мире значительно возрастает роль наднациональных и национальных стандартов и механизмов в урегулировании финансовых и бюджетных отношений. Возрастает и взаимовлияние международно-правовых и национальных правовых систем. Сегодня специалисты и политические деятели все чаще говорят о правовой экономике, о конституционной экономике. Этот же термин применим и к области финансовых отношений. С таким же основанием можно говорить о правовых либо конституционных финансах. В эпоху конституционализма связь между этими явлениями становится настолько тесной, что становится очевидным: нарушение правовых (конституционно-правовых) предписаний, устанавливающих обязательные правила принятия финансовых и бюджетных решений, чревато серьезными последствиями для экономики и финансов. В этом, собственно, состоят уроки глобального финансово-экономического кризиса 2008–2009 гг. и его долговременные последствия.



### Библиография

- Теория и практика российского конституционализма. М., 2013.
- Проблемы конституционного развития Российской Федерации. М., 2013.
- Конституция и экономика: матер. круглого стола 1 октября 2012 г. М., 2013.
- Конституция в XXI веке: сравнительно-правовое исследование. М., 2011.
- Философия права в начале XXI столетия через призму конституционализма и конституционной экономики. М., 2010.
- Крылова Н.С. Конституционные основы финансовой деятельности государства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2013. № 1. С. 81–91.
- Extracts from the decision of the Federal Constitutional Court of 12 September 2012 (<http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120912\2bvr139012en.html>).
- Federal Constitutional Court — Press office — Press release no. 23/2014 of 18 March 2014 (<http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg14-023.html>).
- Federal Constitutional Court — Press office — Press realize no. 67/2012 of 12 September 2012 (<http://www.bundesverfassungsgericht.de>; Press releases no. 67/2012 of 12 Septembre 2012).
- The US Foreign Accounts Tax Compliance Act (FATSA) and interaction with G20 initiatives: a quick guide (<http://www.aph.gov.au.FATSA>)
- Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economical and Monetary Union (Fiscal Pact. pdf. Foxit reader).

# Global Economic Crisis: New Tools of Regulating Financial and Budget Relations



**Ninel' Krylova**

Leading Research Fellow, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences, Doctor of Juridical Sciences. Address: Znamenka St., 10, 119991, Moscow, the Russian Federation. E-mail: [ninelkrylova@mail.ru](mailto:ninelkrylova@mail.ru).



## Abstract

A financial crisis is an important factor promoting to the development of common principles and rules of implementing financial and economic functions of state. All the crises experienced by mankind have had a lasting influence. One of the characteristic features of the 2008–2009 financial crisis is the environment of globalization. This promoted to the processes of harmonization and standardization to regulate financial relations. The crisis revealed a trend to a strengthened interaction and cooperation of states to overcome the crisis or weaken its consequences. The cooperation was being performed at regional or international levels. The mechanisms and standards arisen after the crisis were not curbed after the crisis and the beginning of the rehabilitation period. The author studies the EU practice in the area of new standards and mechanisms and financial stabilization, the provisions of the new fiscal pact. The paper mentions the establishment of the European Stability Mechanism, a strengthened role of the ECB, covers EU activity in the area tackling tax evasion and offshore s. A question is being discussed on establishing the mechanism of automatic exchange of information (FATCA). The crisis has revealed the trend to strengthening the role of constitutional law mechanisms to solve financial and economic issues. The article says about a higher role of representative bodies to solve budget issues, the increased role of judicial institutions etc. As a result, the author arrives at a conclusion that during the global crisis a certain improvement has appeared as to the interaction of supranational and national standards and mechanisms of financial regulation. The breach of legal recommendations providing mandatory rules and principles of decision-making in budget and financial issues may bring serious economic and financial aftereffects. These things bear lessons and long-term consequences of the 2008–2009 global economic crisis.



## Keywords

Budget, finances, stabilization, crisis, standards, mechanisms, EU, constitution, international organizations and associations.



## References

- (2013) *Teoriya i praktika rossiyskogo konstitutsionalizma* [Theory and practice of Russian constitutionalism]. Moscow. (in Russian)
- (2013) *Problemy konstitutsionnogo razvitiya Rossiyskoy Federatsii* [Issues of the Russian Federation constitutional development]. Moscow (in Russian).
- (2013) *Konstitutsiya i ekonomika* [Constitution and economy]. Materialy kruglogo stola 1 oktyabrya 2012. Moscow (in Russian).
- (2011) *Konstitutsiya v 21 veke: sravnitel'no-pravovoe issledovanie* [Constitution in the 21<sup>st</sup> century: a comparative law essay]. Moscow (in Russian).
- (2010) *Filosofiya prava v nachale 21 stoletiya cherez prizmu konstitutsionalizma i konstitutsionnoy ekonomiki* [Philosophy of law in light of constitutionalism and constitutional economy]. Moscow. (in Russian)
- Krylova N.S. (2013) *Konstitutsionnye osnovy finansovoy deyatel'nosti gosudarstva* [Constitutional fundamentals of financial activity of state]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*. No. 1. P. 81–91.
- Extracts from the decision of the Federal Constitutional Court of 12 September 2012 (<http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120912\2bvr139012en.html>).
- Federal Constitutional Court — Press office — Press release no. 23/2014 of 18 March 2014 (<http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg14-023.html>).

Federal Constitutional Court — Press office — Press release no. 67/2012 of 12 September 2012 (<http://www.bundesverfassungsgericht.de>; Press release no 67/2012 of 12 September 2012).

The US Foreign Accounts Tax Compliance Act (FATSA) and interaction with G20 initiatives: a quick guide ( [http://www.aph.gov.au.FATSA](http://www.aph.gov.au/FATSA))

Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economical and Monetary Union (Fiscal Pact. pdf. Foxit reader).

# Проблема объективности права в доктрине профессора С.С. Алексеева

---



## Е.П. Евграфова

судья Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел, кандидат юридических наук. Адрес: Украина, 01043, Киев, ул. Пилипа Орлика, 4а. E-mail: evgrafof.pasha@yandex.ru

---



## Аннотация

Настоящая статья посвящена исследованию проблемы объективности права в научном творчестве выдающегося российского ученого-правоведа профессора Сергея Сергеевича Алексеева. Эта тема с самого начала его научной деятельности постоянно привлекала его пристальное внимание. Объективности права Алексеев придавал исключительно важное значение, прежде всего отстаивая автономность права в системе общественного устройства. В этом контексте он рассматривал право не как выполняющее лишь служебную роль по отношению к экономике, политике, государственной власти, а как авторитетнейший регулятор общественных отношений. В статье анализируются идеи и выводы ученого, которые были им сформулированы в разные периоды исследовательской работы по этой проблеме, показана эволюция его научных взглядов. Отмечается, что профессор Алексеев был одним из немногих ученых-юристов, кто в советской литературе 50–80-х годов XX столетия открыто писал о праве как объективной социальной реальности. Саму же объективность права он не абсолютизировал, понимая ее как самостоятельность права в отношениях с другими социальными явлениями. В связи с этим в его исследованиях все большее внимание акцентируется на переосмыслении в правовой науке догматических представлений о праве, освобождении ее от схоластики и доктринерства. В законодательстве (позитивном праве) ученый считает необходимым избавиться от всего, что противоречит требованиям права как такового, в особенности, правам и свободам человека. Отсюда, считает он, происходит несоответствие права и закона, поэтому и существует различия между ними, в частности деление законов на правовые и неправовые. Теоретические разработки ученого по вопросам объективности права были направлены на коренное изменение отношения к праву в обществе, начиная с главы государства, служащих органов публичной власти и у каждого гражданина. Рассмотрены и противоположные позиции ученых, отрицающих не только сам реальный факт объективности права, но даже идею об этом. Такой объективизм, по их мнению, делает невозможным для социальных субъектов участвовать в нормотворчестве, оказывать осознанное влияние на право. Эти ученые считают право исключительно субъективным образованием, продуктом так называемой правотворческой деятельности государственной власти.

---



## Ключевые слова

право, Алексеев, доктрина, объективное явление, закон, государственная власть, правовой закон

---

Среди научных проблем теории права весьма непросто выделить те, которые так или иначе не рассматривались бы в трудах выдающегося российского ученого-правоведа профессора Сергея Сергеевича Алексеева. По многим из них в юридической науке он был первопроходцем, формирующим новые направления ее развития, открывая зло-

бодневные для общества темы правовой жизни. Значительное, если не самое главное, место в научном творчестве С. Алексеева занимали собственно разработки *ценностных аспектов права*, независимо от того, шла ли при этом речь о таких фундаментальных проблемах правовой науки, как методология исследования, структура и система права, механизм правового регулирования, развитие отечественного юридического образования и др.

В этой статье речь пойдет о *проблеме объективности права*, разработка которой постоянно находилась в центре научных интересов С. Алексеева. В связи с устоявшимися в правоведении мировоззренческими и методологическими догмами и отнесением права к субъективному фактору общественного развития до настоящего времени эта тема в правовой науке остается недостаточно исследованной. Также следует отметить, что теоретические воззрения ученого относительно характеристики объективности права на протяжении длительного периода его научной деятельности (50-е годы XX в. — 2013 г.) претерпевали существенную эволюцию. При этом необходимо учитывать, что указанный исторический период условно распадается на два разных этапа. Каждый из них был по-своему наполнен важными в теоретическом и практическом отношении фундаментальными исследованиями права и правовой жизни общества. Первый, *советский* — с 50-х годов до начала 90-х годов XX в. с его официально господствующей в обществе *марксистско-ленинской идеологией и мировоззрением*. Второй охватывает начало 90-х годов XX в. и продолжается до первой половины 2013 г., связан с распадом Союза ССР и падением господства коммунистической идеологии, приведших к образованию Российской Федерации как демократического и правового государства. Естественно, что каждый из этих периодов отразился в научном творчестве С. Алексеева. Это не могло не повлиять на методологию и характер его мышления и, конечно же, на результаты исследований актуальных проблем права, правовой жизни общества в целом.

Исследуя природу права, С. Алексеев отмечает, что право имеет *объективный характер*. «Признание права *объективной реальностью* (здесь и далее курсив мой. — Е.Е.) ... означает в то же самое время признание *объективного характера и его свойств*, в том числе и его *внутренней структуры — системы права*»<sup>1</sup>. В этой позиции можно выделить как минимум два взаимосвязанных аспекта объективности права. Первый охватывает право как *целостное социальное образование*; второй касается его *свойств* (нормативности, системности, формальной определенности, общеобязательности и др.) и *структуры* (системы) права. Такое видение проблемы не могло не отразиться на методологии исследования и теоретической разработке темы объективности права.

В научной литературе, преимущественно юридической, больше всего внимания уделялось изучению и доказательству объективности структуры и системы права. За редким исключением система права характеризовалась ее исследователями с точки зрения *объективных качеств права*, т.е. рассматривалась как независимая от сознания и воли законодателя, науки, иных субъективных факторов<sup>2</sup>. Что касается объективности права как целостного явления, то чаще всего ученые ограничивались общими рассуждениями, как правило, без наведения должной для этого аргументации. Так, например, по утверждению проф. Д. Керимова, право генетически, функционально и с точки зрения развития «*представляет собой определенную систему общественных отношений, природа которых объективно имеет правовой характер*... Если *право* — это прежде всего

<sup>1</sup> Алексеев С.С. Общие теоретические проблемы системы советского права. М.: Госюриздат, 1961. С. 8.

<sup>2</sup> См.: Поленина С.В. Теоретические проблемы системы советского законодательства. М.: Наука, 1979. С. 19, 21; Система советского законодательства / отв. ред. И.С. Самощенко. М.: Юрид. лит., 1980. С. 5–16.

сама жизнь, а не формально-абстрактное ее отражение правом... закон как выражение государственной воли призван быть точной, в научном плане безупречной формулировкой, выражающей *объективно существующее и развивающееся право*<sup>3</sup>.

В сущности, ученый высказал интересные мысли, в особенности о праве как «объективно существующем и развивающемся социальном явлении». Но немало в этих мыслях неясного, требующего соответствующих разъяснений, скажем, того же понимания права как «определенной системы общественных отношений». Не ставя перед собой задачи проанализировать все приведенные суждения, заметим лишь, что они сформулированы не то что без достаточных, но вообще без каких-либо аргументов в их доказательство. Представляется, что одного только признания объективности права явно мало, точно так же, как если бы право наделяли иными качествами, по нашему мнению, для него несвойственными, например функцией познания социальной реальности.

В то же время некоторые ученые отрицают даже саму идею объективности права. Так, с точки зрения А. Бережного, объективистский подход к пониманию права логически означает принципиальную *невозможность именно правотворчества социальных субъектов, их неспособность создать нечто действительно новое*, что означает невозможность социально-творческого изменения таковых. «Утверждающий, что Право есть объективное, предопределенное явление, тем самым хочет сказать, что от себя он здесь как бы ничего не добавляет и не привносит, но лишь констатирует нечто как объективный факт и именно как «Право»<sup>4</sup>. С такой позицией нельзя согласиться, к тому же она содержит методологические противоречия.

По мнению А. Бережного, право — это вовсе не объективное социальное образование, а *исходящее от субъекта познания представление о праве*, существующее в его сознании. В связи с этим иную, практически противоположную точку зрения высказывал известный российский философ и правовед И. Ильин. В частности, он отмечал, что «весь вопрос о праве начинается только там... где субъективному мнению о праве и посягательству на право противостоит *объективно обстоящее, предметно определенное, самозначащее право*»<sup>5</sup>. Весьма уместно здесь вспомнить призыв Б. Кистяковского к юристам, которые, как считал он, «прежде всего должны настаивать на признании за правом *самостоятельного значения*, так как *право должно быть правом, а не каким-то придатком* к экономической, политической и другим сторонам общественно-государственной жизни»<sup>6</sup>. Решению такой задачи С. Алексеев посвятил всю свою научную деятельность, последовательно отстаивая объективность права, которую он понимал как самостоятельность права, а не придаток к чему-то, подобно своему выдающемуся предшественнику.

С возражениями против признания объективности права нельзя согласиться и по той причине, что жизнедеятельность общества, людей окружена самыми разнообразными природными объектами и явлениями, предметами материального мира, независимыми от общественного сознания. Среди них множество таких, чье существование так или иначе *пребывает* в значительной зависимости от человечества, скажем, те же флора и фауна, земля, водные и подземные ресурсы и т.д. Своей деятельностью люди оказы-

<sup>3</sup> Керимов Д.А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. М.: Аванта, 2000. С. 349.

<sup>4</sup> Бережной А.Г. «Объективное» и «субъективное» в контексте теоретико-методологических проблем правопонимания // Теоретико-методологические проблемы права / под ред. проф. М.Н. Марченко. М.: Зерцало-М, 2007. С. 126, 127.

<sup>5</sup> Ильин И.А. Теория права и государства. М.: Зерцало, 2003. С. 179.

<sup>6</sup> Кистяковский Б.А. Философия и социология права. СПб., 1998. С. 382.

вают заметное влияние не только на нынешнее состояние этих объектов и ресурсов, но и на их существование в будущем. Используя эти природные богатства для собственной жизни, люди при необходимости и с целью их сохранения вносят необходимые изменения в их существование и рациональное использование. То есть объективность, о которой идет речь, нисколько и никак не препятствует социальным субъектам привносить в природные объекты что-то иное, в том числе и свое собственное.

Весьма похожее можно наблюдать и относительно такого социального явления, как право, объективность которого никак не препятствует обществу и государству привносить в его функционирование собственную заинтересованность, отвечая таким образом на вызовы современности, в том числе стихийные бедствия, техногенные катастрофы, финансово-экономические риски и кризисы. Дело здесь во многом зависит от самого отношения к праву людей, в особенности должностных лиц органов публичной власти, политических партий и общественных организаций, от восприятия ими права как действительной и великой социальной ценности.

*Термины объективности права.* Следует заметить, что в 50-е — 80-е годы XX столетия в советской литературе немногие осмеливались высказываться о праве как объективной реальности, делая при этом соответствующие оговорки относительно ее специфичности, отличающейся от принятого в то время ленинского определения категории «материя». В связи с этим очевидно: чтобы избежать каких-либо идеологических обвинений в немарксистских взглядах в литературе отмечалось, что сторонники «объективной теории не забывают о волевом происхождении права», что «право изменяется, совершенствуется по воле законодателя, в соответствии с назревшими потребностями общества и реальными условиями»<sup>7</sup>.

В приведенной оговорке ничего удивительного нет, собственно, в таком состоянии и на этой основе длительное время пребывала и развивалась вся правовая наука страны. В свою очередь это означало признание полной зависимости права от государственной власти — его главного, а по сути, монопольного творца. Такой взгляд на создание права не давал ответа на очень важные теоретические вопросы, находящиеся за пределами традиционно понимаемого правотворчества. Поэтому в правовой науке вопрос о таком волевом происхождении права требовал существенной корректировки и уточнения. С точки зрения С. Алексеева, правотворчество (воля законодателя) лишь в конечном счете выражает сложный процесс формирования права. «Но правотворчество и процесс формирования права (правообразования) нельзя отождествлять»<sup>8</sup>. В этом контексте признание права объективной социальной реальностью ориентирует исследователей на более глубокое изучение проблемы *правообразования, позволяет* учесть действие самых различных факторов и причин. В современных научных исследованиях отмечается, что такой подход открывает новые познавательные возможности, хотя он значительно сложнее того, который длительное время декларировался в различных интерпретациях о происхождении и зависимости права от воли законодателя<sup>9</sup>.

Между тем «в праве, каким бы ни было конкретное содержание законов, данные юридической практики, правосознания есть своего рода *жесткая объективная структура* — нечто *постоянное, неподвластное* вольному усмотрению и произволу никакого

<sup>7</sup> Братусь С.Н. Соотношение системы права и системы законодательства // Система советского законодательства / отв. ред. И.С. Самощенко. М.: Юрид. лит., 1980. С. 44.

<sup>8</sup> Алексеев С.С. Проблемы теории права: в 2 т. Т. 2. Свердловск, 1973. С. 5; Он же: Общая теория права: в 2 т. Т. 1. М.: Юрид. лит., 1981. С. 307–309.

<sup>9</sup> См.: Придворов Н.А., Трофимов В.В. Правообразование и правообразующие факторы в праве. М.: Норма, 2012. С. 74–92.

лица»<sup>10</sup>. Следует подчеркнуть, что эта мысль никогда не упускалась из поля зрения ученого, получая новое развитие и аргументацию<sup>11</sup>.

Понятно, что С. Алексеев, рассматривая право как объективную (социальную) реальность, вкладывал в ее понятие определенный смысл, не тождественный категории «материя». То, что право представляет собой *реальное явление* социальной действительности, вряд ли у кого вызывало и вызывает возражения. В государстве оно является наиболее организующим и авторитетным регулятором общественных отношений, нормам которого должны подчиняться все без исключения субъекты этих отношений — физические и юридические лица, органы публичной власти. В этом смысле право функционирует *объективно* как объективное целостное социальное явление. На это обращает внимание и ученый, используя применительно к праву синонимичные термины «объективное» и «специфическая объективная (социальная) реальность»<sup>12</sup>. В научно-теоретических изысканиях С. Алексеев использует также и иные термины — «материя права», «юридическая материя». Последняя, по его мнению, «как и всякая «материя», — это доступное в руках человека вещество, хотя в действительности она оказывается предметом, далеко не всегда податливым вольному манипулированию»<sup>13</sup>.

Конечно, если бы в праве (законах) все было предельно понятно и воспринято социальными субъектами, то был бы значительно облегчен процесс его реализации и познания. Особенно это относится к законодательной и судебной деятельности, где поистине совершается поиск права, формируется его образование как конкретной реальной данности. Именно в этих процессах максимальной должна быть адекватная его *податливость*, которая зависит от уровня профессионального знания лиц, применяющих право. То есть речь идет о правильном использовании правовых норм в реальных жизненных ситуациях, которое нередко нуждается в квалифицированном (профессиональном и доктринальном) толковании содержащегося в них смысла.

Судя по результатам исследований проблем права, С. Алексеев отдает предпочтение категориям «объективное» и «социальная реальность». Он поясняет при этом, что в данном словоупотреблении «нет ничего методологически неверного, так как существование права — реальный факт», а «отрицание объективного характера права неизбежно ведет к его субъективистской трактовке... *только признание объективного характера права позволяет рассматривать его как такое социальное явление, которое обладает определенными объективными свойствами*»<sup>14</sup>. Анализируя высказанные ученым мысли по вопросу объективности права, нельзя не отметить его глубокой убежденности и настоятельности в доказывании правомерности такой характеристики права. В то же время в научной литературе само понятие «объективное» применяется по-разному, но при этом, как считает С. Алексеев, «решающим и исходным является рассмотрение права в плоскости *соотношения общественного бытия и общественного сознания, материальных и идеологических отношений*». Отсюда вывод: «Право относится к области *субъективного — к надстроечным отношениям, представляет собой субъективный фактор общественного развития*»<sup>15</sup>. Согласно такой логике право рассматривалось как явление субъективное — часть юридической надстройки общества. Естественно, возникает во-

<sup>10</sup> Алексеев С.С. Линия права. М.: Статут, 2006. С. 49.

<sup>11</sup> См.: Алексеев С.С. Структура советского права. М.: Юрид. лит., 1975. С. 56–62.

<sup>12</sup> Алексеев С.С. Общая теория права: в 4 вып. Вып. IV. Свердловск, 1966. С. 199–200.

<sup>13</sup> Алексеев С.С. Линия права. М.: Статут, 2008. С. 193.

<sup>14</sup> Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. М.: Юрид. лит., 1971. С. 65, 68.

<sup>15</sup> Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. С. 62; Он же: Общая теория права. М.: Проспект, 2008. С. 126.

прос — как эта логика согласуется с характеристиками права как *объективной* (социальной) реальности, с одной стороны, и как *субъективного явления* — с другой?

В юридической литературе это противоречие разрешалось в том смысле, что нельзя «смешивать волевое происхождение того или иного явления (права в том числе. — Е.Е.) и его объективные качества»<sup>16</sup>. В более поздней своей работе С. Алексеев подтверждает ранее сформулированный вывод, что «право — это особая социальная реальность. Такой феномен, который относится к субъективной стороне жизни общества, в своем возникновении и действии зависит от людей, от их мнений и воли, и в то же время представляет собой особое явление среди фактов действительности»<sup>17</sup>. Следует отметить, что сам термин «право как социальная реальность» использовался и ранее. Но это еще не означает, что в теоретическом познании данная тема исчерпана. В связи с этим профессор С. Максимов верно подметил, что «вопрос о том, к какому типу реальности относится право, лишь на первый взгляд не содержит никакой проблемы, а ответ на него не представляет никакого труда, поскольку право за 2,5 тысячи лет своего существования должно быть досконально освоено»<sup>18</sup>. Надо сказать, что отмеченные моменты подтверждаются всем историческим развитием права и юридической науки, и можно утверждать, что этот процесс познания на каждом этапе только усложняется.

Кстати, в марксистской литературе указанный подход к определению природы права как части юридической надстройки был общепринятым, хотя он содержал явное противоречие. Это противоречие главным образом было обусловлено господствующей доктриной жестких рамок *экономического детерминизма*, что ставило право «в безусловную зависимость не только от экономического базиса, но зачастую от иных социальных факторов. Все это приводило к таким крайним позициям, когда *праву отводилась просто служебная роль*»<sup>19</sup>. Иными словами, абсолютизация внеправовых факторов общественного развития приводила к существенному искажению действительной роли права и, прежде всего, к его самостоятельности в социально-экономическом устройстве общества.

При этом в литературе верно подмечено, что «современная тенденция развития юридической науки заключается в том, что давно актуален вопрос о корректности рассмотрения права как «равноправной» социальной сферы, находящейся с иными сферами общества (экономикой, политикой и пр.) не в отношениях зависимости или инструментального обеспечения, а как минимум, взаимовлияния и взаимообусловленности»<sup>20</sup>. Мысль, как представляется, весьма перспективна и заслуживает тщательного обсуждения.

Происходящие в середине 1980-х — начале 1990-х годов радикальные изменения в общественно-политическом устройстве России и всего постсоветского пространства стали стремительно ломать в правовой науке ставшие привычными догмы, методологию исследования, стереотипы мышления. Необходим был критический пересмотр существующих воззрений на право, в том числе восприятия его только как возведенной в закон государственной воли народа, т.е. только как субъективного волевого образования. Вместе с тем учеными-правоведами не без основания высказывалась мысль, что задача законодателя «состоит в том, чтобы найти право в самой жизни и адекватно вы-

<sup>16</sup> Систематизация хозяйственного законодательства. М.: Юрид. лит., 1971. С. 49.

<sup>17</sup> Алексеев С.С. Линия права. М.: Статут, 2006. С. 192.

<sup>18</sup> См.: Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. Харьков, 2002. С. 143.

<sup>19</sup> Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург, 2001. С. 85–90. Такую позицию занимают и другие ученые. См.: *Перевалов В.Д., Грибанов Д.В.* Экономические и правовые основания инноваций: проблемы соотношения // Государство и право. 2011. № 12. С. 48–57.

<sup>20</sup> *Тарасов Н.Н.* Указ соч. С. 90; *Перевалов В.Д., Грибанов Д.В.* Указ. соч. С. 51.

разить его в законе»<sup>21</sup>, что «закон только тогда является правом, когда законодатель открыл его в объективной действительности»<sup>22</sup>. Таким образом подтверждалась объективность права, т.е. его самостоятельность по отношению к государственной власти, хотя сама проблема при этом не исчерпывалась. С. Алексеев подчеркивал «органическое единение права и закона», которое «противоречиво, по сути и значимости», из чего «проистекает возможность, наряду с правовыми законами... также и *неправовых законов*»<sup>23</sup>. Но именно в правовых законах главенствующая и решающая роль отводилась правам и свободам человека и гражданина.

В приведенной выше характеристике права ученый, по сути, не выходил за пределы марксистской доктрины так называемого материалистического понимания истории, относя право к области субъективного, надстройки над экономическим базисом. Подобные взгляды о праве, как известно, были общеприняты и канонизированы в гуманитарных науках, воспринимались в качестве незыблемых постулатов и непререкаемых вечных истин. Это полностью распространялось и на правовую науку, поэтому право оказалось на обочине жизнедеятельности общества. В этом смысле значительное влияние на отношение к праву и его восприятие в обществе как вторичного явления, равно как и на развитие всего правоведения, имело утверждение К. Маркса, что право «*никогда не может быть выше, чем экономический строй и обусловленное им культурное развитие общества*»<sup>24</sup>. Но соответствует ли это действительности — надо еще доказать, и не теоретическими умозаключениями, а реальными историческими фактами. По-видимому, не случайно «экономический детерминизм» критически был воспринят многими известными российскими учеными (Н. Гредескулом, Б. Кистяковским, Н. Коркуновым, Г. Шершеневичем и др).

В советской научной литературе никто из представителей философии, юриспруденции, политической экономии даже не пытался развить приведенный марксистский вывод, подвергнуть его сомнению, не говоря уже о намерении высказать по этому поводу нечто иное, альтернативное. В связи с этим следует заметить, что, делая указанный вывод, К. Маркс акцентировал внимание на том, что «право не может быть выше», и *никогда не утверждал, что оно находится «ниже экономического строя»*. Воспринимаемая сформулированное им положение буквально, не утруждая себя его осмыслением, проще всего было обозначить право как нечто, находящееся «ниже экономики», вторичное по отношению к ней образование.

В более поздних своих исследованиях С. Алексеев придет к выводу, что «в соответствии с постулатами ортодоксального марксизма в правоведении, безраздельно господствовавшего в условиях советского общества в течение многих десятилетий, исходной и решающей философской основой для понимания права неизменно брались положения о «базисе и надстройке». Но «*в том виде, в каком они были канонизированы марксизмом-ленинизмом, нуждаются... в основательной критической проверке*»<sup>25</sup>. Это суждение, как представляется, высказано ученым не без оснований и, конечно, заслуживает самого пристального внимания. Правда, для выполнения такой задачи предстоит кропотливая и достаточно продолжительная работа ученых-правоведов, философов, экономистов.

<sup>21</sup> Мальцев Г.В. Происхождение и ранние формы права и государства // Проблемы общей теории права и государства / под ред. проф. В.С. Нерсесянца. М.: 1999. С. 135.

<sup>22</sup> Спиридонов Л.И. Теория государства и права. М., 1995. С. 95.

<sup>23</sup> Алексеев С.С. Самое святое, что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. М.: Норма, 1998. С. 92, 93.

<sup>24</sup> Маркс К. Критика Готской программы // Маркс К., Энгельс Ф. Собр. соч. Т. 19. С. 19.

<sup>25</sup> Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. С. 62.

Судя по теоретическим трудам С. Алексеева, к указанному выводу его привела сама жизнь со всеми ее противоречиями, трудностями, не дающая ему ни малейшей остановки диалектика научного мышления. В свою очередь все его научные изыскания и работа свидетельствовали о серьезном повороте в развитии правовой науки, которая давно нуждалась (как и в настоящее время) в уточнении базовых мировоззренческих идей и принципов, иной методологии исследования. Наконец (что самое главное), это настоятельная потребность в *пересмотре самого отношения к праву*, к восприятию его как такой социальной ценности, без которой общество и государство не могут обойтись ни при каких обстоятельствах. Следует подчеркнуть, что позиция ученого в данном вопросе не осталась незамеченной в современной литературе.

Примечательно, что отношение С. Алексеева к праву как к объективному социальному явлению весьма созвучно с упомянутым призывом Б. Кистяковского. К сожалению, этот призыв многими, в особенности чиновниками государственной сферы (работающими в органах публичной власти), видимо, плохо был услышан (как при жизни ученого, так и последующими поколениями правоведов, в том числе и нынешним). Иначе нам не пришлось бы наблюдать сегодня новый всплеск в обществе «правового» нигилизма, коррупции с ее «теневым» и «телефонным правом». Несмотря на принимаемые в постсоветских странах меры по повышению престижа права (в Украине, например, ежегодно 8 октября отмечается День права), все же уровень правовой культуры в них «загадочно» продолжает оставаться весьма низким.

Не будучи плененным догмами официальной идеологии и мировоззрения, С. Алексеев даже в советских условиях находил возможность показать право как явление, имеющее свое, самостоятельное предназначение в жизнедеятельности общества и государства. В частности, рассматривая право в плоскости соотношения *объективного* и *субъективного*, отношения к индивидуальному сознанию, ученый считал, что в данном контексте право выступает как специфическая *социальная (объективная) реальность*. Главное здесь состоит в том, что право — это такое социальное явление, которое как бы отделяется от сознания индивида, получает относительно независимое от них существование<sup>26</sup>.

В этом смысле (и, видимо, не случайно) есть немало схожего у права с *независимостью судебной власти*, статус которой призван обеспечить осуществление правосудия беспристрастным, непредвзятым и справедливым судом. Как известно, судебная система страны создается государственной властью с учетом административно-территориального устройства государства, количества населения, уровня экономического развития, а также ряда иных факторов. Точно так же формируется судейский корпус судебной власти, где каждый назначенный государственной властью судья при осуществлении правосудия становится *независимым от нее* и подчиняются только Конституции и закону. Словом, как и право, судебная власть при осуществлении правосудия становится самостоятельной, она как бы отделяется не только от органов, ее сформировавших, но и от индивидуального и общественного сознания, иных социальных факторов, окружающих профессиональную деятельность судов и судей.

Нельзя не заметить, что в своих рассуждениях о самостоятельности права С. Алексеев достаточно уверенно использует термины «объективное» или «объективная (социальная) реальность», в чем просматривается его стремление подчеркнуть эту самостоятельность, пусть относительную, как это было принято оговаривать в литературе того времени. Тем не менее объективное — есть объективное, именно это качество права в системе общественного устройства делает его автономным социальным образованием.

<sup>26</sup> Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. С. 62.

«Самое существенное здесь — это то, что от понимания права как объективной реальности решающим образом зависит сама перспектива его научной разработки, такой, которая бы отвечала общему уровню развития науки в современную эпоху»<sup>27</sup>. Такое понимание права своими корнями уходит в существующую социальную реальность, является ее неотъемлемой частью. Даже в плоскости соотношения материи и сознания право *остаётся объективным образованием*, не поглощаемым сознанием, а отделенным от него.

Примечательным в приведенном высказывании ученого является то, что его понимание права как объективной реальности полностью распространяется на позитивное право. Как существующая объективная реальность это право «представляет собой такой продукт мысли и воли людей, который *опредмечен, воплощен в ценностной форме* и вследствие этого возведен в такую степень «твердой реальности», которая превращает его в *особое социальное бытие* — устойчивое, строго определенное»<sup>28</sup>. Такое понимание объективности права отграничивается от других явлений духовной жизни, существующих в сфере «субъективного», — идей, представлений и т.д. Этим качеством право отграничивается от таких социальных регуляторов, как мораль, обычаи, традиции и т.д., а также от субъективных сторон правовой действительности, в частности от правосознания. Словом, с «рассматриваемых позиций позитивное право — это единственный социальный феномен из числа всех других, также обозначаемых словом «право» (естественное право, моральное право, обычное право и др.), которое является такого рода опредмеченной твердой реальностью, объективированной данностью»<sup>29</sup>.



## Библиография

- Алексеев С.С. Общие теоретические проблемы системы советского права. М.: Госюриздат, 1961.
- Алексеев С.С. Проблемы теории права: в 2 т. Т. 2. Свердловск, 1973.
- Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. М.: Юрид. лит., 1971.
- Алексеев С.С. Структура советского права. М.: Юрид. лит., 1975.
- Алексеев С.С. Общая теория права: в 4 вып. Вып. IV. Свердловск, 1966.
- Алексеев С.С. Общая теория права: в 2 т. Т. 1. М.: Юрид. лит., 1981.
- Алексеев С.С. Самое святое, что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. М.: Норма, 1998.
- Алексеев С.С. Право. Опыт комплексного исследования. М. Статут, 1999.
- Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: Норма, 2001.
- Алексеев С.С. Линия права. М.: Статут, 2006.
- Бережнов А.Г. «Объективное» и «субъективное» в контексте теоретико-методологических проблем правопонимания // Теоретико-методологические проблемы права / под ред. проф. М.Н. Марченко. М.: Зерцало-М, 2007. С. 120–160.
- Братусь С.Н. Соотношение системы права и системы законодательства // Система советского законодательства / отв. ред. И.С. Самощенко. М.: Юрид. лит., 1980. С. 35–59.
- Ильин И.А. Теория права и государства. М.: Зерцало, 2003.
- Керимов Д.А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. М.: Аванта, 2000.
- Кистяковский Б.А. Философия и социология права. СПб., 1998.
- Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. Харьков, 2002.

<sup>27</sup> Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: Норма, 2001. С. 115.

<sup>28</sup> Там же. С. 117.

<sup>29</sup> Там же.

Мальцев Г.В. Происхождение и ранние формы права и государства // Проблемы общей теории права и государства / под ред. проф. В.С. Нерсесянца. М., 1999. С. 135.

Маркс К. Критика Готской программы (апрель — май 1875 г.) // Маркс К., Энгельс Ф. Собр. соч. Т. 19. С. 9–32.

Перевалов В.Д., Грибанов Д.В. Экономические и правовые основания инноваций: проблемы соотношения // Государство и право. 2011. № 12. С. 48–57.

Поленина С.В. Теоретические проблемы системы советского законодательства. М.: Наука, 1979.

Придворов Н.А., Трофимов В.В. Правообразование и правообразующие факторы в праве. М.: Норма, 2012.

Спиридонов Л.И. Теория государства и права. М., 1995.

Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург, 2001.

---

## The Problem of Objectivity of Law in the Doctrine of Professor S.S. Alekseyev



**Yelyzaveta Evgrafova**

Candidate of Legal Sciences (PhD), Judge of the High Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases. Address: Pylpva Orlyka Str, 4a, 01043, Kiev, Ukraine. E-mail: evgrafov.pasha@yandex.ru



### Abstract

This article is devoted to the research of the problem of objectivity of law in scientific work of the distinguished Russian scientist and legal scholar, professor Sergey Sergeevich Alekseev. This topic has attracted his attention since the very beginning of his scientific work. He gave an exceptional priority to the objectivity of law. First of all, he specially defended the autonomy of law in the system of social order. In this context, he considered the law not only as a service for the economy, politics and state power but as a significant regulator of social relations. Analyzing the ideas and conclusions of the scientist which he formulated in different periods of research, the paper shows the evolution of his scientific views. It is noted that professor Alekseev was one of the few scientists and legal scholars who wrote openly about law as an objective social reality in Soviet literature of the 1950s — 1980s. He did not overemphasize the objectivity of law as he understood it as autonomy of law in relation to other social phenomena. In this regard, his research paid more attention in legal science to re-thinking dogmatic ideas about law, releasing law from scholasticism and doctrinarism. In legislation (positive law), the scientist suggests getting rid of all the controversial requirements of law, in particular existing in human rights and freedoms. Hence, he considers that there is a mismatch of law and right; therefore there is a difference between them, in particular the division of rules into legal and non-legal. Theoretical elaborations of the scientist as for objectivity of law were aimed at the radical change of attitude to law in society, starting with the head of state, public servants and every citizen. The paper also studies opposite positions of the scientists who deny not only the real fact of the objective in law but even the idea of it. In their opinion, such objectivism makes it impossible for social actors to participate in rule-making; it has impact on law and considers it solely as a subjective form, the so-called product of law-making activity of state power.



### Keywords

Law, Alekseyev, doctrine, objective phenomenon, rule, state power, legal rule.



### References

- Alekseev S.S. (1961) *Obshchie teoreticheskie problemy sistemy sovetskogo prava* [General theoretical problems of the Soviet law system]. Moscow: Gosyurizdat. (in Russian)
- Alekseev S.S. (1973) *Problemy teorii prava. V 2 t. T. 2* [Problems of law theory. In 2 volumes. Vol. 2]. Sverdlovsk. (in Russian)
- Alekseev S.S. (1971) *Sotsial'naya tsennost' prava v sovetskom obshchestve* [Social value of law in Soviet society]. Moscow: Yuridicheskaya literatura. (in Russian)
- Alekseev S.S. (1975) *Struktura sovetskogo prava* [The system of soviet law]. Moscow: Yuridicheskaya literatura. (in Russian)
- Alekseev S.S. (1966) *Obshchaya teoriya prava. V chetyrekh vypuskakh. Vyp. IV* [General theory of law. In four issues]. Sverdlovsk. (in Russian)
- Alekseev S.S. (1981) *Obshchaya teoriya prava. V 2 t. T. 1* [General theory of law. In 2 volumes. Vol. 2]. Moscow: Yuridicheskaya literatura. (in Russian)
- Alekseev S.S. (1998) *Samoe svyatoe, chto est' u Boga na zemle. Immanuel Kant i problemy prava v sovremennuyu epokhu* [The most sacred the God has on Earth. Immanuel Kant and the issues of law of the contemporary epoch]. Moscow: Norma. (in Russian)
- Alekseev S.S. (1999) *Pravo. Opyt kompleksnogo issledovaniya* [Law. Experience of complex research]. Moscow. Statut. (in Russian)

- Alekseev S.S. (2001) Voskhozhdenie k pravu. Poiski i resheniya [Ascending to law. Search and solution]. Moscow: Norma. (in Russian)
- Alekseev S.S. (2006) Liniya prava [Line of law]. Moscow: Statut. (in Russian)
- Berezhnov A.G. (2007) «Ob'ektivnoe» i «sub'ektivnoe» v kontekste teoretiko-metodologicheskikh problem pravoponimaniya [Objective and subjective in light of methodological problems of judicial enforcement]. Teoretiko-metodologicheskie problemy prava [Theory and methodology problems in law. M.N. Marchenko (ed.)]. Moscow: Zertsalo-M. P. 120–160.
- Bratus' S.N. (1980) Sootnoshenie sistemy prava i sistemy zakonodatel'stva [Balance between the systems of law and legislation]. Sistema sovetskogo zakonodatel'stva [The system of Soviet legislation I.S. Samoshchenko (ed.)]. Moscow: Yuridicheskaya literatura. P. 35–59.
- Il'in I.A. (2003) Teoriya prava i gosudarstva [Theory of law and state]. Moscow: Zertsalo. (in Russian)
- Kerimov D.A. (2000) Metodologiya prava. Predmet, funktsii, problemy filosofii prava [Methodology of law. Subject, functions, problems of philosophy of law]. Moscow: Avanta. (in Russian)
- Kistyakovskiy B.A. (1998) Filosofiya i sotsiologiya prava [Philosophy and sociology of law]. Saint Petersburg. (in Russian)
- Maksimov S.I. (2002) Pravovaya real'nost': opyt filosofskogo osmysleniya [Legal reality: experience of philosophical understanding]. Kharkov. (in Russian)
- Mal'tsev G.V. (1999) Proiskhozhdenie i rannie formy prava i gosudarstva [Origins and early forms of government and state]. Problemy obshchey teorii prava i gosudarstva [Problems of general theory of law and state V.S. Nersesyants (ed.)]. Moscow. P. 135.
- Marks K. Kritika Gotskoy programmy (aprel' — may 1875) [Kritik des Gothaer Programms]. Marks K., Engel's F. Sobr. soch. T. 19. [Collected works. Vol. 19]. P. 9–32.
- Perevalov V.D., Gribanov D.V. (2011) Ekonomicheskie i pravovye osnovaniya innovatsiy: problemy sootnosheniya [Economic and legal grounds of innovations: problems of balancing]. Gosudarstvo i pravo, no 12. P. 48–57.
- Polenina S.V. (1979) Teoreticheskie problemy sistemy sovetskogo zakonodatel'stva [Theoretical problems of the system of Soviet legislation]. Moscow. Nauka. (in Russian)
- Pridvorov N.A., Trofimov V.V. (2012) Pravoobrazovanie i pravoobrazuyushchie faktory v prave [Legal formation and the factors forming law]. Moscow: Norma. (in Russian)
- Spiridonov L.I. (1995) Teoriya gosudarstva i prava [Theory of state and law]. Moscow. (in Russian)
- Tarasov N.N. (2001) Metodologicheskie problemy yuridicheskoy nauki [Methodological problems of legal science]. Ekaterinburg. (in Russian)

# Портреты ученых-юристов: Гэри Беккер

---



## В.С. Дорохин

соискатель юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, Адрес: Российская Федерация, 199026, Санкт-Петербург, 22-я линия В.О., 7. E-mail: v.dorohin@yandex.ru

---



## Аннотация

В настоящей работе автор изучает биографию и основные вехи интеллектуального пути американского экономиста, лауреата Нобелевской премии по экономике Гэри Беккера. В данной статье, которая является данью памяти великому экономисту, автор прежде всего останавливается на вкладе этого американского ученого в современные дискуссии о соотношении экономики и правоповедения в объяснении человеческого поведения. Автор подчеркивает, что заслугой Беккера явилось применение экономической теории для понимания поведения субъектов права и регулирования деятельности различных общественных структур и институтов, в том числе объяснения криминального поведения с точки зрения экономики, регулирования рынка труда, семьи и человеческого капитала. Г. Беккер разработал и обосновал теорию, что многие модели иррационального поведения, такие как преступление, например, на самом деле — суть продукт рационального выбора, сделанного в сложных обстоятельствах. Из этого предположения он пришел к выводу, что путем к снижению уровня преступности является повышение вероятности наказания или усиление ответственности для преступников. Такое предположение в то время шло против обычного взгляда на преступление, как на результат психического заболевания или социального неравенства. Также Беккер изучал вопросы семьи и экономических последствий брака, воспитания детей, размера семьи, развода и другого экономического поведения. Одним из основных направлений исследований Беккера является вопрос человеческого капитала. Беккер впервые разработал метод в общей теории распределения трудовых доходов для работы с человеческим капиталом. Он сформулировал так называемые функции прибыли с человеческого капитала, которые определяют соотношение между заработками и человеческим капиталом. В 1992 г. Гэри Беккеру была присвоена Нобелевская премия «За распространение сферы микроэкономического анализа на целый ряд аспектов человеческого поведения и взаимодействия, включая нерыночное поведение». Автор статьи выражает уверенность, что изучение идей Беккера является важной задачей для отечественных экономистов, юристов и криминологов.

---



## Ключевые слова

экономический анализ права, право, экономика, эффективность, нерыночное поведение, человеческий капитал

---

Гэри Беккер, который умер 3 мая 2014 г. в возрасте 83 лет, был одним из самых известных экономистов послевоенной эпохи. Вместе с Милтоном Фридманом он сделал Чикагский университет мировым лидером в области изучения экономики свободного рынка. Хотя Фридман был более известен широкой публике, Беккер оказался столь же влиятельным, или, возможно, даже более влиятельным, среди профессиональных экономистов. В карьере, охватывающей более 50 лет, Беккер предложил экономическое объяснение для целого ряда общественных тем, включая вопросы образования, межрасовых отношений, состава семьи, воспроизводства человеческого рода.

Президент Чикагского университета Роберт Циммер заявил, что Беккера будут помнить как одного из выдающихся экономистов XX в.: «Гэри был трансформационный мыслитель и незаурядный человек, оказавший поистине замечательное влияние на мир. Он был интеллектуально бесстрашен. Как ученый и как человек он представлял все лучшее, к чему стремится Чикагский университет»<sup>1</sup>. Друг и коллега Беккера лауреат Нобелевской премии Джеймс Хекман<sup>2</sup> охарактеризовал его как блестящего мыслителя: «Он обладал творческим умом, и он исследовал большой набор вопросов — экономики образования и формирования навыков, экономику дискриминации, право и экономику, экономику социальных взаимодействий и экономику семьи. Он держал руку на пульсе американской государственной политики и анализировал соответствующие проблемы гораздо более глубоко образом, чем это обычно ассоциируется с государственной политикой. Это не был анализ в стиле «быстрый ответ». Он заложил основу для обсуждения социальных проблем»<sup>3</sup>.

В 2011 г. Чикагский университет признал научный вклад Беккера, назвав научно-исследовательский институт в честь него и его наставника Милтона Фридмана, также лауреата Нобелевской премии. Институт исследований им. Беккера-Фридмана объединяет многих выдающихся экономистов мира по продвижению и распространению инновационных исследований. Беккер был назначен председателем института.

Ларс Питер Хансен<sup>4</sup> отметил влияние Беккера на развитие Чикагского университета: «Гэри Беккер был исключительным интеллектуальным лидером. Его новаторским исследования было замечательно с точки зрения их широты, значения и творчества. В течение многих лет он был олицетворением Чикагской школы экономики с его пронзительными идеями и упором на важных экономических и социальных проблемах. Его преданность Чикагскому университету и Чикагской школе экономики была поистине уникальной»<sup>5</sup>.

Лауреат Нобелевской премии по экономике Роберт Лукас<sup>6</sup> отметил влияние Беккера на его собственные исследования: «Гэри был хорошим другом, коллегой и великим экономистом. Его работы повлияли на все то, что я делаю»<sup>7</sup>. Кевин Мерфи,<sup>8</sup> написавший в соавторстве с Беккером несколько работ, напомнил о любви своего коллеги к экономике

<sup>1</sup> *Harms William*. Gary S. Becker, Nobel-winning scholar of economics and sociology, 1930–2014 // Сайт uchicago.edu. 4 мая 2014 г. // <http://news.uchicago.edu/article/2014/05/04/gary-s-becker-nobel-winning-scholar-economics-and-sociology-1930-2014>

<sup>2</sup> Джеймс Джозеф Хекман (англ. — James Joseph Heckman; род. 19 апреля 1944 г., Чикаго) — американский экономист, лауреат Нобелевской премии 2000 г. «За разработку теории и методов для анализа селективных выборок». Учился в Чикагском университете и в Принстоне. Доктор философии Массачусетского технологического института, профессор Чикагского университета. Награжден медалью Дж. Б. Кларка (1983).

<sup>3</sup> *Harms William*. Op. cit.

<sup>4</sup> Ларс Питер Хансен (англ. — Lars Peter Hansen; род. 26 октября 1952 г., Иллинойс) — американский экономист, эконометрист, лауреат Нобелевской премии по экономике 2013 г. Один из наиболее известных создателей обобщенного метода моментов (ОММ). Профессор Чикагского университета.

<sup>5</sup> *Harms William*. Op. cit.

<sup>6</sup> Роберт Эмерсон Лукас-младший (англ. — Robert Emerson Lucas, Jr.; род. 15 сентября 1937 г., Якима, шт. Вашингтон) — американский экономист, лауреат Нобелевской премии 1995 г. «За развитие и изменение гипотезы рациональных ожиданий, изменение основ микроэкономического анализа и точки зрения на экономический анализ». Профессор Чикагского университета.

<sup>7</sup> *Harms William*. Op. cit.

<sup>8</sup> Кевин Мерфи (англ. Kevin M. Murphy) — американский экономист, профессор Чикагского университета (с 1989 г.). Награжден медалью Дж. Б. Кларка (1997).

и университету: «Он посвятил себя этой работе и помог Чикагской школе в появлении традиции, которая использует экономику, чтобы понять и описать мир вокруг нас. Гэри был источником вдохновения для нескольких поколений студентов в Чикаго, прививая им любовь к экономике, чем он жил и дышал»<sup>9</sup>.

\* \* \*

Гэри Стэнли Беккер родился в маленьком городке в Пенсильвании в многодетной семье. Его родители были выходцами из Восточной Европы, хотя переехали в США в очень раннем возрасте. Когда Гэри было пять лет, его семья переехала из Пенсильвании в Нью-Йорк, и он провел свои школьные годы в государственных школах Бруклина.

Первым учебным заведением Беккера был Принстонский университет, в котором он проучился три года, посещая дополнительные курсы по высшей математике, а затем прослушав свой первый курс экономики. Беккер отмечал, что его жизнь, возможно, сложилась бы совсем иначе, если бы он случайно не поступил на курс экономики в его первый год обучения в Принстонском университете. Без этого он никогда бы не открыл в себе страсть к предмету: «Я действительно люблю это, и я чувствую, что мне повезло. Возможно, у меня все бы получилось в науке или математике, но я был достаточно удачлив, чтобы найти поле для работы, которое наилучшим образом соответствовало моим талантам».

Затем, в конце концов, Беккер поступил в аспирантуру в Университете Чикаго, где сразу попал под влияние Милтона Фридмана и других преподавателей, которые, как уже было сказано ранее, верили в применение экономической теории к проблемам общества в целом. Фридман пробудил в Беккере интерес к решению социальных проблем общества, и он решил написать докторскую диссертацию на тему дискриминации на рынке труда. В своей первой работе Беккер показал, что дискриминация меньше распространена в более конкурентоспособных отраслях, потому что компании-дискриминаторы уступают долю рынка в пользу компаний, которые не позволяют себе дискриминацию. Он также представил доказательства, что дискриминация широко распространена в более регулируемой и, следовательно, менее конкурентоспособной промышленности. В 1957 г. на основе своей диссертации Беккер выпускает первую книгу «Экономика дискриминации»<sup>10</sup>.

После защиты Беккер был нанят университетом в качестве доцента, однако через непродолжительное время он вернулся в Нью-Йорк, где был принят на работу в Национальное бюро экономических исследований. Его первый научно-исследовательский проект для нового работодателя заключался в исследовании влияния образования, профессиональной подготовки и опыта на экономические показатели физических лиц и их дальнейшее влияние на рост экономики в целом. Он опубликовал свои выводы в 1964 г. в книге «Человеческий капитал»<sup>11</sup>. Эта работа в настоящее время признается крупным прорывом в экономическом мышлении.

В 1960-х годах другие научно-исследовательские проекты Беккера включали исследования преступления и наказания, распределения времени и различных форм того, что, как правило, ранее рассматривалось как иррациональное поведение. Беккер сделал вывод, что многие модели иррационального поведения, такие как преступление, например, на самом деле — суть продукт рационального выбора, сделанного в сложных

<sup>9</sup> *Harms William*. Op. cit.

<sup>10</sup> *Becker Gary S*. The Economics of Discrimination. Chicago: University of Chicago Press, 1957. 1971. 2<sup>nd</sup> ed.

<sup>11</sup> *Becker Gary S*. Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education. Chicago: University of Chicago Press, 1964, 1993. 3<sup>d</sup> ed.

обстоятельствах. Из этого предположения он пришел к выводу, что путем к снижению уровня преступности является повышение вероятности наказания или усиление ответственности для преступников.

Интересно, что интерес Беккера к криминологии возник случайно, когда он в один прекрасный день он сильно опаздывал. Вот как он описывает осознание рационального поведения преступника в своей знаменитой Нобелевской речи, произнесенной в 1992 г. в Стокгольме: «Я начал думать о преступности в 1960-х годах после моей поездки в Колумбийский университет для проведения устного экзамена по экономической теории. Я сильно опаздывал и должен был быстро решить, поставить машину на стоянке или рискнуть и получить штраф за незаконную парковку на улице. Я вычислил вероятность получения штрафа, его размер, и учел стоимость платной парковки. Я решил, что стоит рискнуть и припарковался на улице. (Штраф мне так и не выписали.)

Когда я шел несколько кварталов в экзаменационный кабинет, мне пришло в голову, что городские власти, вероятно, также проводят подобный анализ. Частота их проверок припаркованных транспортных средств и размер штрафа на нарушителей должны зависеть от расчетов потенциальных нарушителей, каким был я. Конечно, первое о чем я спрашивал незадачливых студентов, было выработать оптимальное поведение для обеих сторон — преступников и полиции, то, что я сам еще не решил»<sup>12</sup>.

Беккер предположил, что другие преступники принимают такие же рациональные решения. Такое предположение в то время шло против обычного взгляда на преступление, как на результат психического заболевания или социального неравенства. В то время как многие люди живут под высоким прессингом морально-этического ограничения, преступники рационально рассуждают, что выгоды от их преступления превышают стоимость таких издержек, как вероятность задержания, осуждения и наказания, а также выше их текущего набора возможностей. С точки зрения государственной политики, так как затраты на увеличение штрафа гораздо ниже, чем затраты на усиление наблюдения, можно сделать вывод, что правильная политика заключается в максимизации штрафа и минимизации наблюдения»<sup>13</sup>.

После 12 лет в Нью-Йорке Беккер принял предложение вернуться в Чикагский университет в 1970 году. За эти 12 лет его значение как экономиста настолько выросло в академических кругах, что возвращался он в среду уже равных себе ученых, не испытывая никакого давления. Именно в 1970 г. сложилась уникальная ситуация в Чикагском университете, когда вместе работали четыре будущих лауреата Нобелевской премии: Фридман, Стиглер, Коуз и сам Гэри Беккер.

В Чикаго Беккер приступил к изучению семьи и экономических последствий брака, воспитания детей, размера семьи, развода и другого экономического поведения. В середине 1970-х годов он опубликовал две основные книги: «Распределение времени и товаров на протяжении жизненного цикла»<sup>14</sup> (основана на его ранних исследованиях) и программный труд «Экономический подход к человеческому поведению» — более широкое объяснение его работы над рациональной теорией выбора<sup>15</sup>.

В 1992 г. Гэри Беккер был удостоен Нобелевской премии в области экономики. Теория рационального выбора и, в частности, его работа над вопросами человеческого

<sup>12</sup> Becker Gary S. *The Economic Way of Looking at Life*. Stockholm, 1992. P. 41.

<sup>13</sup> Becker Gary S. *Crime and Punishment: An Economic Approach* // *The Journal of Political Economy*. 1968. Vol. 76.

<sup>14</sup> Becker Gary S., Ghez Gilbert. *The Allocation of Time and Goods Over the Life Cycle*. N.Y.: Columbia University Press, 1975.

<sup>15</sup> Becker Gary S. *The Economic Approach to Human Behavior*. University of Chicago Press, 1976.

капитала, дискриминации и преступлений стала частью общественного дискурса. Нобелевская лекция Беккера «Экономический взгляд на жизнь» получила широкую известность после его опубликования в журнале политической экономии<sup>16</sup>.

У Беккера также были серьезные междисциплинарные интересы. Он был назначен профессором в области социологии в 1984 г., читал лекции в Университете Чикагской школы бизнеса и на юридическом факультете. Он работал вместе с известным социологом Джеймсом Коулманом<sup>17</sup>, и они оба проводили междисциплинарный семинар по теории рационального выбора в области социальных наук. Также Беккер на протяжении многих лет сотрудничал с Ричардом Познером<sup>18</sup>, они начали вести популярный блог<sup>19</sup> с 2002 г. Последние две статьи Беккера в этом блоге посвящены легализации марихуаны и вопросам эмбарго Кубы.

Беккер был одним из основателей Национальной академии образования, сотрудником Американской статистической ассоциации, Эконометрического общества и Американской академии искусств и наук. Он был членом Национальной академии наук, Американского философского общества и Международного союза по изучению проблем народонаселения. Он также был членом Американской экономической ассоциации, став ее президентом в 1987 г.

В 1967 г. Беккер был удостоен медали Джона Бейтса Кларка<sup>20</sup>, что предоставляется один раз в два года самым выдающимся американским экономистам в возрасте до 40 лет. Он также выиграл премию в области социальных наук за заслуги от Национального института здоровья. Он был награжден Национальной медалью науки в 2000 г. за свою работу в социальной политике и Президентской медалью Почета в 2007 г. В 2010 г. он получил медаль выпускников университета, высшую награду, которую дарует Ассоциация выпускников.

\* \* \*

Гэри Беккер так говорил о своей работе: «Мы еще многого не знаем. Если мы бы все знали, то не беспокоились об этом так сильно. Но желание обнаружить все то, что мы не знаем, до сих пор волнует меня практически так же, как и когда я только начал свою работу»<sup>21</sup>.

У Гэри Беккера осталась жена, двое детей и четверо внуков.

<sup>16</sup> Becker Gary S. The Economic Way of Looking at Life.

<sup>17</sup> Джеймс Самуэль Коулман (12 мая 1926 г. — 25 марта 1995 г.) — американский социолог, профессор Чикагского университета. Являлся президентом Американской социологической ассоциации.

<sup>18</sup> Ричард Аллен Познер (род. 11 января 1939 г., Нью-Йорк, США) — судья Апелляционного суда Соединенных Штатов Америки в седьмом судебном округе Чикаго и профессор в школе права Чикагского университета. Ричард Познер — один из влиятельнейших ныне живущих теоретиков права, основатель теоретического течения «экономический анализ права».

<sup>19</sup> <http://www.becker-posner-blog.com>

<sup>20</sup> Джон Бейтс Кларк (англ. — John Bates Clark; 26 января 1847 г., Провиденс, штат Род-Айленд — 21 марта 1938 г., Нью-Йорк) — американский экономист, основатель американской школы маржинализма, автор теории предельной производительности.

<sup>21</sup> Breslin Meg. (2010) Becker builds on a career of original thinking // Сайт uchicago.edu. 10 июня // [http://www.uchicago.edu/features/20100601\\_becker/](http://www.uchicago.edu/features/20100601_becker/)



## Библиография

Becker Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach // The Journal of Political Economy. 1968. Vol. 76.

Becker Gary S. The Economic Approach to Human Behavior. University of Chicago Press, 1976.

Becker Gary S. The Economics of Discrimination. Chicago: University of Chicago Press, 1957, 1971. 2<sup>nd</sup> ed.

Becker Gary S. Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education. Chicago: University of Chicago Press, 1964, 1993. 3<sup>d</sup> ed.

Becker Gary S., Ghez Gilbert. The Allocation of Time and Goods Over the Life Cycle. N.Y.: Columbia University Press, 1975.

Becker Gary S. The Economic Way of Looking at Life. Stockholm, 1992.

Breslin Meg. (2010) Becker builds on a career of original thinking // Сайт uchicago.edu. 10 июня // [http://www.uchicago.edu/features/20100601\\_becker/](http://www.uchicago.edu/features/20100601_becker/)

Harms William. (2014) Gary S. Becker, Nobel-winning scholar of economics and sociology, 1930–2014 // Сайт uchicago.edu. 4 мая // <http://news.uchicago.edu/article/2014/05/04/gary-s-becker-nobel-winning-scholar-economics-and-sociology-1930-2014>

---

## Portraits of Legal Scholars: Gary Becker



### Victor Dorokhin

Postgraduate Student at the Law Faculty of Saint Petersburg State University. Address: 22 Liniya VO, 7, 199026, Saint Petersburg, the Russian Federation. E-mail: v-dorohin@ya.ru



### Abstract

This paper studies the biography and landmarks in the intellectual activity of Garry Becker, the American economist, Nobel prize winner in economics. The article written in the memory of the great economist focuses on the contribution of this American scientist to the contemporary discussions on the balance between economics and legal studies in connection with human behavior. The author stresses that the main achievement of Becker was applying economic theory to study the behavior of the subjects of law and the way public bodies are being regulated including criminal behavior in terms of economics, regulation of labour market, family and human capital. Becker developed and justified the theory showing that many models of irrational behavior such as a crime are the result of a rational choice made in difficult circumstances. On the basis of this suggestion, he argued that a way to decrease criminality is increasing the probability of punishment or strengthening liability for criminals. In the past, this suggestion went against common views of crime as a result of psychiatric disease or social inequality. Becker also studied the issues of family and economic consequences, upbringing of children, the size of families, divorce and other economic behaviours. One of the main line of Becker's research was human capital. Becker was the first who developed the method in the general theory of distributing employment earnings to work with human capital. He formulated the so-called functions of human capital gain determined by the balance between earnings and human capital. Becker received the Nobel Prize in 1992 "for having extended the domain of microeconomic analysis to a wide range of human behaviour and interaction, including nonmarket behaviour". The author of the article is confident that studying Becker's ideas is an important task for Russian economists, lawyers and criminologists.



### Keywords

Economic analysis of law, law, economics, efficiency, nonmarket behavior, human capital.



### References

- Becker G. (1968) Crime and Punishment: An Economic Approach. The Journal of Political Economy, vol. 76.
- Becker G. (1976) The Economic Approach to Human Behavior. Chicago: University of Chicago Press.
- Becker G. (1971) The Economics of Discrimination. Chicago: University of Chicago Press.
- Becker G. (1993) Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education. Chicago: University of Chicago Press.
- Becker G., Ghez G. (1975) The Allocation of Time and Goods Over the Life Cycle. New York: Columbia University Press.
- Becker G. (1992) The Economic Way of Looking at Life. Stockholm.
- Breslin M. (2010) Becker builds on a career of original thinking. Website uchicago.edu. 10 июня // [http://www.uchicago.edu/features/20100601\\_becker/](http://www.uchicago.edu/features/20100601_becker/)
- Harms W. (2014) Gary S. Becker, Nobel-winning scholar of economics and sociology, 1930–2014. Website uchicago.edu. accessed May 4 2014 // <http://news.uchicago.edu/article/2014/05/04/gary-s-becker-nobel-winning-scholareconomics-and-sociology-1930-2014>

# Индивидуальные трудовые споры: фундаментальные аспекты трудового права

---

---



**А.Я. Петров**

профессор кафедры трудового права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: Российская Федерация, 101000, 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 индивидуальных трудовых споров, органов по их рассмотрению и разрешению. Предпринята попытка сформулировать новые подходы к определению концепции индивидуальных трудовых споров в российском трудовом праве. В науке трудового права России не разработана в должной мере концепция индивидуальных трудовых споров, органов по их рассмотрению и разрешению, что, естественно, обуславливает проблемы в применении соответствующих норм трудового законодательства, иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, коллективных договоров, соглашений, локальных нормативных актов, трудовых договоров. Цель исследования — это совершенствование концепции индивидуальных трудовых споров и органов по их рассмотрению и разрешению для повышения эффективности их правового регулирования. Для достижения поставленной цели необходимо решить следующие задачи: 1) показать краткий исторический аспект; 2) выявить характерные признаки индивидуальных трудовых споров, конфликтов и разногласий; 3) определить понятие индивидуальных трудовых споров; 4) дать системный анализ органов по их рассмотрению и разрешению; 5) внести предложения по совершенствованию гл. 60 Трудового кодекса. Объект исследования — отношения по рассмотрению и разрешению индивидуальных трудовых споров; предмет — нормы трудового права России об индивидуальных трудовых спорах, теоретические положения представителей науки трудового права по теме исследования. Научная новизна работы — на основе теоретических конструкций и положений Конституции Российской Федерации, Международного пакта ООН о гражданских и политических правах, правовой позиции Европейского суда по правам человека, Трудового кодекса Российской Федерации исследуются фундаментальные вопросы и проблемы рассмотрения и разрешения индивидуальных трудовых споров в современных социально-экономических условиях. Сформулированные теоретические положения и выводы развивают концептуальную модель рассмотрения и разрешения индивидуальных трудовых споров, послужат основой для дальнейших исследований в этой области и могут быть использованы в работе по совершенствованию Трудового кодекса и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права.

---



## **Ключевые слова**

правовые теоретические определения, термины, понятие индивидуальных трудовых споров, органы по их рассмотрению и разрешению, глава 60 Трудового кодекса Российской Федерации, ее совершенствование

---

---

В соответствии со ст. 2 Конституции Российской Федерации человек, его права и свободы являются высшей ценностью, а признание, соблюдение и защита этих прав и свобод является обязанностью государства. В ст. 2 Международного пакта ООН о

гражданских и политических правах (далее также — Пакт) предусмотрено, что каждое участвующее в Пакте государство обязуется:

1) уважать и обеспечивать всем находящимся в пределах его территории и под его юрисдикцией лицам права без какого бы то ни было различия в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических и иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства.

2) обеспечить:

- любому лицу, права и свободы которого, признаваемые в настоящем Пакте, нарушены, эффективное средство правовой защиты, даже если это нарушение было совершено лицами, действовавшими в официальном качестве;
- чтобы право на правовую защиту для любого лица, требующего такой защиты, устанавливалось компетентными судебными, административными или законодательными властями или любым другим компетентным органом, предусмотренным правовой системой государства, и развивать возможности судебной защиты;
- применение компетентными властями средств правовой защиты, когда они предоставляются.

В соответствии с правовой позицией Европейского суда по правам человека защитой трудовых прав является защита, в ходе которой восстанавливается нарушенное право. В ст. 37 Конституции Российской Федерации предусмотрено право на индивидуальные и коллективные трудовые споры с использованием установленных федеральным законом способов их разрешения, включая право на забастовку.

В данном контексте фундаментальные положения о разрешении трудовых споров предусмотрены в Трудовом кодексе Российской Федерации (далее — ТК РФ). Так, одной из целей трудового законодательства является защита прав и интересов работников и работодателей, а одной из основных задач трудового законодательства — правовое регулирование отношений по разрешению трудовых споров (ст. 1). В развитие этих положений в ст. 2 ТК РФ предусмотрены основные принципы трудового права России. Ими, в частности, признаются:

- обязательность возмещения вреда, причиненного работнику в связи с исполнением им трудовых обязанностей;
- обеспечение права каждого на защиту государством его трудовых прав и свобод, включая судебную защиту;
- обеспечение права на разрешение и индивидуальных и коллективных трудовых споров, а также право на забастовку в порядке, установленном ТК РФ и иными федеральными законами;
- обеспечение права работников на защиту своего достоинства в период трудовой деятельности.

Согласно ст. 352 ТК РФ каждому гарантируется право защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом. Указанные принципы конституционного и трудового права России определяют основу правового регулирования индивидуальных и коллективных трудовых споров и сущностные черты данного института. С учетом этого и должна выстраиваться концепция индивидуальных трудовых споров<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года предусматривает в качестве одного из стратегических ориентиров обеспечение гарантированной реализации конституционных прав граждан, включая развитую систему демократических институтов и создание эффективных механизмов правоприменения. См.: Распоряжение Правительства Российской Федерации от 17 ноября 2008 г. № 1662-П // СПС «Консультант Плюс».

### *Краткий исторический аспект*

Третейское рассмотрение и разрешение трудовых споров предусматривалось в Соборном Уложении (1649), в главе XV «О третейском суде». В 1865 г. была предпринята попытка создать орган по рассмотрению трудовых споров. Однако проект Закона Российской империи «О промышленном суде» не был принят. КЗоТ РСФСР 1918 г. не содержал раздела (главы) о рассмотрении трудовых споров (конфликтов), но в отдельных разделах кодекса 1918 г. предусматривались отдельные нормы. Так, согласно примечанию к ст. 118 КЗоТ постановление о переводе в низшую группу или категорию с понижением вознаграждения могло быть обжаловано трудящимся в местный отдел труда и далее — в областной отдел труда, решение которого являлось окончательным и дальнейшему обжалованию не подлежало.

В КЗоТ РСФСР (1922) закреплялся раздел XVI «О разрешении трудовых конфликтов и рассмотрении дел о нарушениях законов о труде». В ст. 168 кодекса 1922 г. были определены два органа по их рассмотрению:

- примирительно-третейское разбирательство (расценочно-конфликтные комиссии, примирительные камеры и третейские суды);
- народный суд по производственным и трудовым делам.

В соответствии с Правилами о примирительно-третейском и судебном рассмотрении трудовых конфликтов (1928) разрешение трудовых конфликтов осуществлялось органами примирительно — третейского разбирательства (расценочно — конфликтными комиссиями, примирительными камерами и третейскими судами) и трудовыми сессиями народного суда. Согласно Положению о порядке рассмотрения трудовых споров от 31 января 1957 г. споры рассматривались в комиссиях по трудовым спорам (КТС), фабричных, заводских, местных комитетах профсоюзов и народных судах.

При этом кодексы 1918 и 1922 г. и Правила о примирительно-третейском и судебном рассмотрении трудовых конфликтов употребляли термин «конфликт». Положения о порядке разрешения трудовых споров (1957; 1974), Основы законодательства о труде (1970), КЗоТ РСФСР (1971) использовали термин «спор». В Законе СССР от 9 октября 1989 г. «О порядке разрешения коллективных трудовых споров (конфликтов) и в Указе Президента Российской Федерации от 15 ноября 1991 г. «О социальном партнерстве и разрешении трудовых споров (конфликтов) эти термины рассматривались как синонимы. Закон СССР от 11 марта 1991 г. «О порядке разрешения индивидуальных трудовых споров» применял только термин «спор».

В науке трудового права используются три категории — «разногласия», «конфликт» и «трудовой спор». Понятие «разногласие» является более широким и включает в себя конфликт и спор. Спор — это словесное состязание, обсуждение чего-нибудь, в котором каждый отстаивает свое мнение, а конфликт — это столкновение, серьезное разногласие, спор. Следовательно, эти определения несколько различны<sup>2</sup>. Понятие «конфликт» имеет эмоциональную окраску и не может служить родовым понятием, таким как разногласие. Трудовой спор возникает с момента обращения в компетентный орган (или к лицу) и является более узким понятием, чем разногласие<sup>3</sup>.

По формам урегулирования разногласия подразделяются на государственные и негосударственные; юрисдикционные и неюрисдикционные. К юрисдикционным формам

<sup>2</sup> Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1995. С. 746, 287. Древний мыслитель считал, что конфликты будут возникать на всем протяжении человеческой жизни и причинами, их порождающими, будут в первую очередь неравенство и несхожесть людей. См.: Конфуций. Сборник изречений. М., 2008. С. 18.

<sup>3</sup> См.: Матненко М.В. Третейское урегулирование разногласий в трудовых отношениях: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 13–14.

защиты трудовых прав могут быть отнесены государственная (административная и судебная) и негосударственная (КТС)<sup>4</sup>. Так, индивидуальные трудовые споры рассматриваются и разрешаются в юрисдикционном порядке. К неюрисдикционной форме относится самозащита работниками трудовых прав (ст. 352 ТК РФ) и примирительные процедуры (глава 61 ТК РФ).

Позиция об основных причинах трудовых споров заслуживает пристального внимания. Основными причинами считаются следующие:

а) несовершенство российского трудового законодательства и практики его применения;

б) неудовлетворительная деятельность органов и организаций, призванных защищать трудовые права граждан: прокуратуры, государственной инспекции труда, профессиональных союзов, органов, разрешающих трудовые споры;

в) неэффективность существующих мер по обеспечению неотвратимости и своевременности соответствующего государственного и иного реагирования на каждый случай нарушения трудовых прав граждан;

г) отсутствие эффективных мер предупреждения (профилактики) нарушений трудовых прав работников;

д) предоставление льгот, гарантий и компенсаций работникам за счет работодателя, незаинтересованного в этом;

е) неэффективная налоговая политика в сфере труда; низкий уровень экономического развития России<sup>5</sup>.

В Конвенции МОТ от 11 июля 1947 г. № 84 «О праве на объединение и регулировании трудовых конфликтов на территориях вне метрополий» предусмотрено, что предприниматели и трудящиеся поощряются к тому, чтобы избежать 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. В соответствии с Рекомендацией 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 урегулирования вопроса, добровольно принятого решения трудящимся и предпринимателем.

В докладе Административного совета Международного бюро труда МОТ на 262-й сессии отмечалось, что споры о праве — это такие споры, которые возникают в связи с применением или толкованием положения, включенного в трудовой договор, в коллективный договор или в законодательство; споры об интересах — это такие споры, которые возникают в связи с изменением существующих прав и обязанностей, в первую очередь, в рамках коллективных переговоров. Индивидуальный трудовой спор — это неурегулированные разногласия между работодателем и работником по вопросам

<sup>4</sup> Отношения работника и работодателя в принципе конфликтогенны. См.: Бизюков П. Индивидуальные трудовые конфликты. Могут ли работники защитить свои права в одиночку. М., 2011. С. 40. Исследования в сфере трудовых отношений показывают, что нарушения трудовых прав носят массовый характер. Нечасты случаи урегулирования трудовых споров и конфликтов непосредственно с работодателем. Такой опыт практикуется в незначительном числе организаций, где имеются органы по разрешению трудовых споров. Комиссии по трудовым спорам (КТС) становятся все более редким явлением. Итак, уровень правовой защищенности падает, стандарты трудовых отношений снижаются, а несоблюдение трудовых прав становится обычной практикой.

<sup>5</sup> Кауров В.Г. Защищенность работников по международному трудовому праву, трудовому праву США и России: сравнительное исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2001. С. 12.

применения трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, коллективного договора, соглашения, локального нормативного акта, трудового договора (в том числе об установлении или изменении индивидуальных условий труда), о которых заявлено в орган по рассмотрению индивидуальных трудовых споров (ст. 381 ТК РФ).

Вместе с тем интересно следующее суждение: во-первых, урегулированных разногласий нет. Если разногласие урегулировано, то оно попросту не существует. Следовательно, не совсем верно определять трудовой спор как неурегулированное разногласие. Во-вторых, спор возникает, если один из субъектов правоотношения считает неправомерным применение норм права другой стороной или одна сторона отказывается удовлетворить требования по поводу установления или изменения условий труда, т.е. имеются разногласия в позициях сторон. Следовательно, наличие разногласия между сторонами правоотношения уже означает само по себе наличие спора<sup>6</sup>.

Индивидуальным трудовым спором признается спор между работодателем и лицом, ранее состоявшим в трудовых отношениях с этим работодателем, а также лицом, изъявившим желание заключить трудовой договор с работодателем, в случае отказа работодателя от заключения такого договора. Из легального определения индивидуальных трудовых споров следует, что нельзя ни в теории, ни на практике допускать смешение понятий «индивидуальные трудовые споры», «конфликты» и «разногласия»<sup>7</sup>. В науке трудового права предлагается рассмотрение индивидуального трудового спора в трех взаимосвязанных аспектах:

- разногласие между работником и работодателем по вопросам применения трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, коллективного договора, соглашения, локального нормативного акта, трудового договора (в том числе об установлении или изменении индивидуальных условий труда), которые приняты комиссией по трудовым спорам или судом);
- форма защиты нарушенного права, под которой понимается порядок урегулирования разногласий;
- подинститут трудового права как совокупности правовых норм, регламентирующих порядок урегулирования разногласий, возникших в процессе применения наемного труда<sup>8</sup>.

Не бесспорно предложение уточнить «предмет» в определении понятия индивидуального трудового спора» путем указания на «условия трудового договора вместо «трудоого договора», так как при рассмотрении индивидуального трудового спора возникает необходимость выявления «условий трудового договора», т.е. его содержания<sup>9</sup>. Представляется, что в ч. 1 ст. 381 ТК РФ правильно определен предмет трудового спора в отношении указания на трудовой договор, ибо для обоснованного разрешения индивидуального тру-

<sup>6</sup> См.: Скобелкин В.Н., Передерин С.В., Чуча С.Ю., Семенюта Н.Н. Трудовое процедурно-процессуальное право: учеб. пособие. Воронеж: ВГУ, 2002. С. 294–295.

<sup>7</sup> В последнее десятилетие активно развивается новое направление в науке — юридическая конфликтология. Поэтому вполне допустимо использование термина «конфликт» как синонима слова «спор». Однако гораздо более подходят к коллективным трудовым спорам выработанные западной наукой термины «конфликты интересов» и «конфликты права» (disputes of interest, disputes of right). См.: Скобелкин В.Н., Передерин С.В. и др. Указ. соч. С. 297, 358.

<sup>8</sup> Бережнов А.А. Досудебный порядок разрешения индивидуальных трудовых споров: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 9.

<sup>9</sup> Черкашина А.В. Рассмотрение индивидуальных трудовых споров как способ защиты трудовых прав граждан: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 9.

договора важны не только его условия, но и сведения (фамилия, имя, отчество работника, наименование работодателя, сведения о представителе работодателя, подписавшем трудовой договор, основание, в силу которого он наделен соответствующими полномочиями и т.д.). Разумеется, в данном контексте не учтено, что содержание трудового договора (ст. 57 ТК РФ) шире категории «условия трудового договора».

Некоторые из указанных исследователей предлагают выделить в трудовом праве трудовое процессуальное право (право трудового процесса) как подсистему отрасли. Общим для ее норм является то, что указанные нормы адресованы юрисдикционным органами сторонам споров, носят процедурно-процессуальный характер, направлены на обеспечение реализации права субъектов социально-трудовых отношений на защиту их интересов и свобод. Входящие в данную подсистему правовые нормы также организованы по субъектному признаку, как индивидуальное и коллективное трудовое право, что свидетельствует о правильности выбранного критерия. Каждой из выделенных частей трудового права свойственен свой способ защиты трудовых прав. Это находит свое отражение в органах, рассматривающих трудовые споры, а соответственно, и в порядке их разрешения.

Юридическим фактом, лежащим в основе возникновения юрисдикционного правоотношения, является официальное обращение заинтересованной стороны за разрешением трудового спора. Таким образом, отношения по защите трудовых прав граждан возникают на основании правомерного действия — индивидуального акта (заявления) и относятся к правомерному одностороннему действию, юридическому поступку. К основаниям изменения этих правоотношений относятся: изменение содержания обращения в органы по рассмотрению индивидуальных трудовых споров; частичное признание заявленных требований. Основаниями прекращения правоотношений по рассмотрению индивидуальных трудовых споров являются: отказ заявителя (истца) от заявленных требований; заключение мирового соглашения между участниками индивидуального трудового спора; выполнение решения (постановления) юрисдикционного органа по существу спора<sup>10</sup>.

Индивидуальные трудовые споры — это споры о применении норм трудового права. Их рассмотрение может завершаться вынесением обязательного для сторон решения, обеспеченного принудительной силой государства. Этим обуславливается выбор органов, рассматривающих такие споры и регламентация порядка их деятельности<sup>11</sup>. В зависимости от содержания неурегулированных разногласий можно выделить:

- споры по поводу применения норм трудового права (носят исключительно индивидуальный характер);
- споры по поводу установления новых или изменения существующих условий труда (могут носить индивидуальный или коллективный характер, соответственно установлен различный порядок их рассмотрения).

По подведомственности индивидуальные трудовые споры могут быть классифицированы на:

- подведомственные КТС;
- подведомственные судам общей юрисдикции.

Индивидуальные трудовые споры следует рассматривать в качестве составной части института трудовых споров. В связи с этим представляется спорным квалифицировать

<sup>10</sup> См.: Долова А.З. Юридические факты в трудовом праве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009. С. 54–55.

<sup>11</sup> См.: Мельникова В. Г. Система трудового права Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2004. С. 24–25.

индивидуальные трудовые споры как институт трудового права<sup>12</sup>. Согласно ст. 382 ТК РФ индивидуальные трудовые споры рассматриваются комиссиями по трудовым спорам и судами, т.е. федеральный законодатель предусматривает два органа по рассмотрению и разрешению таких споров.

*Комиссии по трудовым спорам (КТС): образование, компетенция, срок обращения*

Комиссии по трудовым спорам образуются по инициативе работников (представительного органа работников) и (или) работодателя (организации, индивидуального предпринимателя) из равного числа представителей работников и работодателя. Работодатель и представительный орган работников, получившие предложение в письменной форме о создании комиссии по трудовым спорам, обязаны в 10-дневный срок направить в комиссию своих представителей. Представители работодателя в комиссию по трудовым спорам назначаются руководителем организации, работодателем — индивидуальным предпринимателем. Представители работников в комиссию по трудовым спорам избираются общим собранием (конференцией) работников или делегируются представительным органом работников с последующим утверждением на общем собрании (конференции) работников.

Срок полномочий КТС Трудовой кодекс Российской Федерации не определяет. Поэтому возможна ее деятельность на неопределенное (неограниченное) время<sup>13</sup>.

По решению общего собрания работников комиссии по трудовым спорам могут быть образованы в структурных подразделениях организации. Эти комиссии образуются и действуют на тех же основаниях, что и комиссии по трудовым спорам организации. В комиссиях по трудовым спорам структурных подразделений организаций могут рассматриваться индивидуальные трудовые споры в пределах полномочий этих подразделений. В регламенте КТС может быть закреплено положение, что после рассмотрения трудового спора в структурном подразделении организации возможно обращение в КТС организации.

Вопрос об изменении состава КТС в Трудовом кодексе Российской Федерации не урегулирован. Комиссия по трудовым спорам имеет свою печать. Организационно-техническое обеспечение деятельности комиссии по трудовым спорам осуществляется работодателем. КТС избирает из своего состава председателя, заместителя председателя и секретаря комиссии.

КТС является органом по рассмотрению индивидуальных трудовых споров, за исключением споров, по которым ТК РФ и иными федеральными законами установлен другой порядок их рассмотрения. Индивидуальный трудовой спор рассматривается комиссией по трудовым спорам, если работник самостоятельно или с участием своего представителя не урегулировал разногласия при непосредственных переговорах с работодателем. При этом перечень споров, которые рассматривает КТС, не является исчерпывающим. Работник может обратиться в КТС в трехмесячный срок со дня, когда он узнал или должен был узнать о нарушении своего права<sup>14</sup>. В случае пропуска по уважительным причинам установленного срока КТС может его восстановить и разрешить спор по существу. Форма заявления в КТС трудовым законодательством не установлена.

<sup>12</sup> См.: Андриановская И.И. Преемственность в трудовом праве. Ч.2. Южно-Сахалинск, 2008. С. 129; Бережнов А.А. Указ. соч. С. 5; Шония Г.В. Общая характеристика трудового права Франции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 10.

<sup>13</sup> Ранее по Закону Российской Федерации от 25 сентября 1992 г. срок полномочий КТС определялся избирающим ее собранием (конференцией) трудового коллектива предприятия, учреждения, организации.

<sup>14</sup> Представляется спорной точка зрения, что право на передачу спора в КТС принадлежит конкретному работнику и работодателю. Волеизъявление сторон должно быть отражено в письменном соглашении о передаче конкретных разногласий на рассмотрение КТС. См.: Мионов В.И. Практическое пособие по урегулированию трудовых разногласий, споров, конфликтов // Трудовое право. 2008. № 4. С. 9.

Относительно деятельности КТС в теории трудового права существуют различные правовые позиции. Так, некоторые ученые — юристы полагают, что должна быть создана система специальных судов по рассмотрению трудовых споров. Трудовые споры должны рассматривать профессионалы, поэтому комиссии по трудовым спорам должны быть упразднены из системы органов по рассмотрению трудовых споров<sup>15</sup>. Отдельные исследователи указывают на возможность реформирования КТС в целях повышения ее эффективности, в частности, путем развития примирительных форм в деятельности КТС<sup>16</sup>.

При этом представляется спорной точка зрения, что совершенствованию системы рассмотрения и разрешения индивидуальных трудовых споров будет способствовать:

а) изменение двухзвенной структуры органов, за счет введения еще одного звена — трудового арбитража;

б) предоставление КТС полномочий по рассмотрению и разрешению не только споров о праве, но и споров об интересах, урегулирование которых будет происходить на основе примирения спорящих сторон и защиты интересов не только работника, но и работодателя, что в определенной степени позволит стимулировать заинтересованность работодателей в создании и деятельности КТС<sup>17</sup>.

В науке трудового права существуют самые различные предложения по созданию иных органов по рассмотрению индивидуальных трудовых споров. Так, отмечается, что одним из способов эффективного разрешения трудовых споров является создание третейских судов. Основное преимущество такого вида урегулирования трудового спора — его конфиденциальность<sup>18</sup>. Однако третейские суды не смогут в полной мере обеспечить законность, объективность и профессионализм рассмотрения трудового спора. Основными причинами слабого развития в Российской Федерации института посредничества, тем более судебного, можно назвать:

- недостаточную разработанность нормативно-правовой базы о посреднических процедурах;
- определенную размытость в правовой регламентации соглашений, заключаемых с использованием посредничества. Изначально необходимо признать, что стороны, прибегнув к посредничеству, желают: 1) сохранить конфиденциальность спора; 2) не нарушать партнерские отношения; 3) избежать больших финансовых и временных затрат; 4) определить судебную перспективу дела<sup>19</sup>.

В науке трудового права предлагается использовать позитивный опыт создания системы трудовых судов в Германии. При этом необходимо учесть, что к подведомственности трудовых судов ФРГ относятся:

<sup>15</sup> См., напр.: Каюров В.Г. Защищенность работников по международному трудовому праву, трудовому праву США и России: сравнительное исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2001. С. 14.

<sup>16</sup> В частности, отмечается, что российское трудовое законодательство не уделяет должного внимания примирительным процедурам разрешения индивидуальных трудовых споров. Существующий порядок их рассмотрения по-прежнему нацелен на принуждение сторон к исполнению принятого КТС решения, что не отвечает требованиям современности и не в полной мере приспособлен к современной экономической, социальной и правовой обстановке. См.: Бережнов А.А. Досудебный порядок разрешения индивидуальных трудовых споров. С. 3.

<sup>17</sup> См., напр.: Яковлева А.В. Способы защиты трудовых прав работников (концептуальный аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 10, 25.

<sup>18</sup> Миронов В.И. Увольнения, сокращения, переводы, новые трудовые договоры, заработная плата: трудовые споры в условиях кризиса // Трудовое право. 2009. № 5. С. 6.

<sup>19</sup> Мешиков Д.Н. О перспективе развития в Российской Федерации института судебного посредничества в разрешении трудовых споров // Трудовое право. 2010. № 12. С. 105.

- гражданско-правовые споры между работником и работодателем, вытекающие из трудовых правоотношений;
- споры между сторонами коллективного договора;
- споры, возникающие по поводу прав и обязанностей предпринимателя и коллектива рабочих и по поводу закона «О праве участия представителей наемных работников в управлении предприятием»<sup>20</sup> (к примеру, между производственным советом и работодателем, касательно статуса профсоюзов и представительства работников на предприятиях и др.).

Трудовая юстиция в Германии представляет собой независимую и обособленную ветвь судебной власти. Она имеет трехступенчатую структуру и состоит из судов по трудовым делам; земельных судов по трудовым делам; Федерального суда по трудовым делам<sup>21</sup>.

Представляется, что система трудовой юстиции (специализированных трудовых судов) не допустима, так как она не предусмотрена Конституцией Российской Федерации и Федеральным конституционным законом «О судебной системе Российской Федерации».

Анализ гл. 60 ТК РФ позволяет утверждать ее несовершенство. Так, название главы «Рассмотрение и разрешение индивидуальных трудовых споров» несколько не соответствует ее содержанию, в частности:

- в ст. 381 ТК РФ дано определение понятия индивидуального трудового спора, в котором даже не упоминается положение об их рассмотрении и разрешении;
- в названии ст. 382 ТК РФ указано: «Органы по рассмотрению индивидуальных трудовых споров». В ее содержании предусмотрено, что индивидуальные трудовые споры рассматриваются комиссиями по трудовым спорам. Закономерен вопрос: а почему эти органы не имеют право разрешать эти споры? В то же время согласно ст. 1 ТК РФ одной из задач трудового законодательства является правовое регулирование отношений по разрешению трудовых споров;
- в названии и содержании ст. 383 ТК РФ закреплено рассмотрение индивидуальных трудовых споров, а также «особенности рассмотрения индивидуальных трудовых споров отдельных категорий работников»;
- название и содержание ст. 384 ТК РФ «Образование комиссий по трудовым спорам» в принципиальном смысле не согласуется с названием гл. 60 ТК РФ;

Таким образом, представляется логичным и обоснованным привести название гл. 60 ТК РФ в соответствие с ее содержанием. Очевидно, следовало бы название главы существенно расширить, т.е. записать так: «Индивидуальные трудовые споры». Полагаю, что было бы разумным исключить не совсем уместную для данной главы терминологию, например *органы* по рассмотрению и разрешению индивидуальных трудовых споров, и вместо «органов» записать, соответственно, «комиссия по трудовым спорам», «суд».

Содержание отдельных статей гл. 60 ТК РФ также нуждается в определенном уточнении. Так, в ст. 384 ТК РФ записано: «Комиссия по трудовым спорам имеет свою печать. Организационно-техническое обеспечение деятельности комиссии по трудовым спорам осуществляется работодателем». Естественен вопрос: какое отношение имеет это положение к образованию комиссий по трудовым спорам?!

<sup>20</sup> См.: *Бережнов А.* Органы по разрешению трудовых споров в Федеративной Республике Германия // Вопросы трудового права. 2011. № 6. С. 54.

<sup>21</sup> Там же.



## Библиография

- Андриановская И.И. Преемственность в трудовом праве. Ч. 2. Южно-Сахалинск, 2008.
- Бережнов А.А. Досудебный порядок разрешения индивидуальных трудовых споров: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012.
- Бережнов А. Органы по разрешению трудовых споров в Федеративной Республике Германия // Вопросы трудового права. 2011. № 6.
- Бизюков П. Индивидуальные трудовые конфликты. Могут ли работники защитить свои права в одиночку. М., 2011.
- Долова А.З. Юридические факты в трудовом праве: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 2009.
- Кауров В.Г. Защищенность работников по международному трудовому праву, трудовому праву США и России: сравнительное исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2001.
- Конфуций. Сборник изречений. М., 2008.
- Матненко М.В. Третейское урегулирование разногласий в трудовых отношениях: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009.
- Мельникова В. Г. Система трудового права Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2004.
- Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1995.
- Мешков Д.Н. О перспективе развития в Российской Федерации института судебного посредничества в разрешении трудовых споров // Трудовое право. 2010. № 12.
- Мионов В.И. Практическое пособие по урегулированию трудовых разногласий, споров, конфликтов // Трудовое право. 2008. № 4.
- Мионов В.И. Увольнения, сокращения, переводы, новые трудовые договоры, заработная плата: трудовые споры в условиях кризиса // Трудовое право. 2009. № 5.
- Скобелкин В.Н., Передерин С.В., Чуча С.Ю., Семенюта Н.Н. Трудовое процедурно-процессуальное право: учеб. пособие. Воронеж: ВГУ, 2002.
- Черкашина А.В. Рассмотрение индивидуальных трудовых споров как способ защиты трудовых прав граждан: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.
- Шоня Г.В. Общая характеристика трудового права Франции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009.
- Яковлева А.В. Способы защиты трудовых прав работников (концептуальный аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.
-

## Individual Labour Disputes: Fundamentals of Labour Law



**Alexey Petrov**

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



### Abstract

The paper examines the issues of the definitions of individual labour disputes, the bodies considering and settling them according to the Russian Federation Labour Code and the labour law doctrine. The study attempts to shape up new approaches to define the conception of individual labour disputes in Russian labour law. The science of Russian labour law lacks a properly developed conception of individual labour disputes, bodies to examine and settle them, which, obviously, conditions the problems of applying appropriate norms of labour legislation, other normative legal acts, containing the norms of labour law, collective agreements, agreements, local normative acts, labour agreements. The aim of the research is to keep developing the conception of individual labour disputes and the bodies to deal with them as well as to increase the efficiency of their legal regulation. To achieve this aim the following tasks should be solved: 1) show a brief history of the concept, 2) reveal the characteristics of individual labour disputes, 3) define individual labour disputes, 4) analyse as a system the bodies examining and settling such disputes; 5) introduce suggestions to develop chapter 60 of the Russian Federation Labour Code. The object of the research is the relations to examine and settle individual labour disputes, the subject-matter is the norms on individual labour disputes of the Russian Federation labour law, theoretical provisions of labour law academics on the research. The novelty of the research is that fundamental issues and problems to examine and solve individual labour disputes in current social and economic environment are studied on the basis of theories, the Russian Federation Constitution, UN International Pact on civil and political rights, legal position of the European Human Rights Court, the Russian Federation Labour Code. The formulated theoretical provisions and conclusions develop the conceptual model of examining and settling individual labour disputes, serve the basis for further research in this area and can be used to develop the Russian Federation Labour Code and other normative legal acts containing the norms of labour law.



### Keywords

Legal theoretical definitions, terms, the concept of individual labour disputes, bodies to examine and settle, chapter 60 of the Russian Federation Labour Code, its further development.



### References

- Andrianovskaya I.I. (2008) *Preemstvennost' v trudovom prave*. Ch. 2 [Succession in labour law. Part 2]. Yuzhno-Sakhalinsk. (in Russian)
- Berezhnov A.A. (2012) *Dosudebnyy poryadok razresheniya individual'nykh trudovykh sporov*. (Avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk). [Pre-judicial resolution of individual employment disputes. (Summary of candidate of sciences dissertation)]. Moscow.
- Berezhnov A. (2011) *Organy po razresheniyu trudovykh sporov v Federativnoy respublike Germaniya* [Bodies to solve employment disputes in the Federal Republic of Germany]. *Voprosy trudovogo prava*, no 6.
- Bizyukov P. (2011) *Individual'nye trudovye konflikty. Mogut li rabotniki zashchitit' svoi prava v odinochku* [Individual employment conflicts. Can employees protect their rights alone]. Moscow. (in Russian)
- Dolova A.Z. (2009) *Yuridicheskie fakty v trudovom prave* (Avtoref. dis. ... dokt. yurid. nauk). [Legal facts in labour law. (Summary of Doctor of sciences dissertation)]. Moscow.
- Kaurov V.G. (2001) *Zashchishchennost' rabotnikov po mezhdunarodnomu trudovomu pravu, trudovomu pravu SShA i Rossii: sravnitel'noe issledovanie* (Avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk). [Protecting employees under international labour law, US labour law (Summary of candidate of sciences dissertation)]. Vladivostok. (in Russian)

- Konfutsiy. (2008) Sbornik izrecheniy [Collection of quotations]. Moscow. (in Russian)
- Matnenko M.V. (2009) Treteyskoe uregulirovanie raznoglasiy v trudovykh otnosheniyakh (Avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk). [Arbitral settlement of disagreements in employment relations. (Summary of candidate of sciences dissertation)]. Moscow. (in Russian)
- Mel'nikova V. G. (2004) Sistema trudovogo prava Rossiyskoy Federatsii (Avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk) [the Russian Federation labour law system (Summary of candidate of sciences dissertation)]. Tomsk.
- Ozhegov S.I., Shvedova N.Yu. (1995) Tolkovyy slovar' russkogo yazyka [Dictionary of the Russian Language]. Moscow. (in Russian)
- Meshkov D.N. (2010) O perspektive razvitiya v Rossiyskoy Federatsii instituta sudebnogo posrednichestva v razreshenii trudovykh sporov [On the perspective of the development in the Russian Federation of the institution of judicial mediation]. *Trudovoe pravo*, no 12.
- Mironov V.I. (2008) Prakticheskoe posobie po uregulirovaniyu trudovykh raznoglasiy, sporov, konfliktov [Manual on settling employment disagreements, disputes, conflicts]. *Trudovoe pravo*, no 4.
- Mironov V.I. (2009) Uvol'neniya, sokrashcheniya, perevody, novye trudovye dogovory, zarabotnaya plata: trudovye spory v usloviyakh krizisa [Dismissal, lay-off, transfer, new employment contracts, salary: employment disputes under economic crisis]. *Trudovoe pravo*, no 5.
- Skobelkin V.N., Perederin S.V., Chucha S.Yu., Semenyuta N.N. (2002) *Trudovoe protsedurno-protsessual'noe pravo: Uchebnoe posobie* [Labour procedural law. Hornbook]. VGU, Voronezh.
- Cherkashina A.V. (2006) Rassmotrenie individual'nykh trudovykh sporov kak sposob zashchity trudovykh prav grazhdan (Avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk). [Administration of individual labour disputes as a an approach to protect individual right to work (Summary of candidate of sciences dissertation)]. Moscow.
- Shoniya G.V. (2009) Obshchaya kharakteristika trudovogo prava Frantsii (Avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk). [General characteristics of French labour law (Summary of candidate of sciences dissertation)]. Moscow.
- Yakovleva A.V. (2007) Sposoby zashchity trudovykh prav rabotnikov (kontseptual'nyy aspekt) (Avtoreferat dis. ... kand. yurid. nauk). [Protecting right to work for employees (conceptual aspect) (Summary of candidate of sciences dissertation)]. Moscow.

# Индивидуальные трудовые споры: материально-процессуальные вопросы правового регулирования<sup>1</sup>

---



**М.О. Буянова**

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

---



## **Аннотация**

Статья посвящена исследованию процессуальных и материальных проблем правового регулирования индивидуальных трудовых споров в современной России. Особое место отведено вопросам: территориальной подсудности, процессуальным срокам (в том числе срокам рассмотрения трудовых споров и срокам обращения в суд), различным видам доказательств и доказывания при рассмотрении трудовых споров в судах общей юрисдикции. При этом обращается внимание на трудности, с которыми сталкивается работник при предоставлении доказательств (в том числе письменных, документальных, свидетельских и т.д.). Раскрываются также несовершенства законодательного установления порядка увольнения работников, которые мешают ему признать в суде увольнение незаконным и восстановиться на работе. В результате проведенного анализа сделаны следующие основные выводы: 1) действующее гражданско-процессуальное и трудовое законодательство о рассмотрении и разрешении трудовых споров не отражают принцип процессуального равенства; 2) правило о территориальной подсудности трудовых споров, установленное в ст. 28 ГПК РФ (по месту нахождения ответчика), и отсутствие возможности альтернативного их рассмотрения сводят на нет принцип беспристрастности судебного разбирательства; 3) ограниченные сроки, установленные для рассмотрения в судах трудовых споров, мешают полноте судебного разбирательства; 4) специальные сроки для обращения в суд работника, установленные в ст. 392 ТК РФ, ставят его в неравное положение с работодателем; 5) правило о запрете приобщения работником к материалам дела незаверенных копий письменных доказательств обрекает исход трудового спора; 6) у работника отсутствует реальная возможность доказать нарушение своих прав свидетельскими показаниями сотрудников, продолжающих работать у данного работодателя; 7) наличие у суда права на отказ в удовлетворении ходатайства работника о проведении экспертизы документов, представленных работодателем, не позволяет установить истину по делу; 8) отсутствие в законе строго установленного порядка увольнения работников по каждому из оснований нарушает принцип единообразия судебной практики.

---



## **Ключевые слова**

трудовые споры, доказательства, доказывание, виды доказательств, территориальная подсудность, порядок увольнения, равноправие сторон, процессуальные права и обязанности

---

С переходом России на рыночные отношения и принятием нового Трудового кодекса качественно изменилось процессуальное положение сторон трудового спора, в ре-

---

<sup>1</sup> Исследование осуществлено в рамках Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2013–2014 гг., проект № 12-01-0121 «Трудовые споры: материально-процессуальные проблемы правового регулирования».

зультате которого работник все чаще и чаще проигрывает в судах. Сегодня более 80% трудовых споров решается в пользу работодателя. Действующее процессуальное законодательство о рассмотрении трудовых споров исходит из принципа равноправия сторон. Однако работник изначально находится далеко не в равном положении с работодателем. Будучи экономически незащищенной стороной трудового отношения, работник не может в полной мере реализовать множество своих процессуальных прав (включая право на полное и справедливое судебное разбирательство, на предоставление доказательств, на квалифицированную юридическую помощь и т.д.).

## Процессуальные проблемы рассмотрения трудовых споров

Основные вопросы процессуального рассмотрения индивидуальных трудовых споров решаются по правилам гражданско-процессуального законодательства. Трудовой кодекс Российской Федерации (далее также — ТК РФ), устанавливая порядок рассмотрения и разрешения индивидуальных трудовых споров, закрепляет лишь некоторые процессуальные особенности их рассмотрения. Так, ст. 392 ТК РФ устанавливает сроки для обращения в суд за разрешением индивидуального трудового спора. В гражданском законодательстве они называются сроками исковой давности. Работник имеет право обратиться в суд за разрешением индивидуального трудового спора в течение трех месяцев со дня, когда он узнал или должен был узнать о нарушении своего права, а по спорам об увольнении — в течение **одного месяца** со дня вручения ему копии приказа об увольнении либо со дня выдачи трудовой книжки.

Устанавливая столь сокращенные сроки для обращения в суд работника, государство защищает работодателя от потенциальных материальных издержек, которые он понесет в случае разрешения трудового спора в пользу работника. Общеизвестно, что практически все трудовые споры связаны с материальными требованиями работника (взыскание заработка за время вынужденного прогула при незаконном увольнении, разницы в заработке при переводе на нижеоплачиваемую работу, взыскание недополученного заработка, компенсации за неиспользованный отпуск, сверхурочные работы, работы в выходные и праздничные дни, компенсация морального вреда и др.)

Пленум Верховного Суда Российской Федерации в Постановлении № 2 от 17 марта 2004 г. обращает внимание судов на то, что пропуск указанного срока без уважительных причин, если об этом заявила сторона ответчика на стадии досудебной подготовки, влечет за собой отказ в удовлетворении иска. Если об этом заявлено в период рассмотрения спора, суд рассматривает иск, однако в удовлетворении исковых требований отказывает. Анализ судебной практики по трудовым спорам за последние пять лет показывает, что более 1/3 всех трудовых споров завершается отказом в иске только по основаниям пропуска работником сроков для обращения в суд.

Между тем та же ст. 392 ТК РФ устанавливает, что работодатель имеет право обратиться в суд по спорам о возмещении работником ущерба, причиненного работодателю, в течение **одного года** со дня обнаружения причиненного ущерба. Данное положение входит в противоречие с установленным законом принципом процессуального равноправия сторон при рассмотрении гражданских споров, поэтому его следует считать дискриминационным по отношению к работникам.

Сущность принципа процессуального равенства в трудовых спорах состоит в предоставлении сторонам (работнику и работодателю) равных возможностей для защиты своих прав и законных интересов. Согласно п. 3 ст. 38 Гражданско-процессуального кодекса Российской Федерации (далее также — ГПК РФ) стороны пользуются равными

процессуальными правами и несут равные процессуальные обязанности. Ни одна из сторон не пользуется какими-либо преимуществами перед другой стороной<sup>2</sup>.

Необходимо учитывать, что работодатель располагает большей информацией о положениях законодательства в силу наличия у него соответствующей администрации. Работники зачастую вынуждены обращаться в юридическую консультацию и оплачивать услуги адвоката, который может разъяснить правила применения соответствующих норм закона к возникшей ситуации и возможные способы разрешения его разногласий с работодателем. Между тем общий срок исковой давности по гражданским спорам составляет от одного года до трех лет — ст. 181 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее также — ГК РФ)<sup>3</sup>. Как видно, сроки обращения в суд за разрешением индивидуального трудового спора, установленные в ст. 392 ТК РФ, значительно короче сроков исковой давности, установленных в ст. 181 ГК РФ. Очевидно, что материальный интерес работника значительно менее защищен, нежели интерес работодателя.

Необходимо заметить, что такие сроки были установлены еще в КЗоТ РСФСР. Законодатель всегда объяснял это необходимостью защиты материальных интересов работодателя. Однако если в эпоху КЗоТа работодателем было только государство, то сегодня доля государственных предприятий совсем невелика. Кроме того, данная установка входит в прямое противоречие с задачами сегодняшнего трудового законодательства, закрепленными в ст. 1 ТК РФ: создание необходимых правовых условий для достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, интересов государства.

С учетом изложенного полагаем, что применительно к трудовым спорам необходимо установить общий срок для обращения в суд и работника и работодателя — один год.

Для начала течения указанных в ст. 392 ТК РФ сроков для обращения в орган по рассмотрению трудовых споров установлен *общий срок — три месяца со дня, когда работник узнал или должен был узнать о нарушении своего права*. Необходимо заметить, что случай «должен был узнать» практически не учитывается судом при рассмотрении трудовых споров. Суд при этом полагает, что работник должен знать свои трудовые права, поэтому, если трехмесячный срок со дня нарушения истек, и работник не обратился в суд, то установленный в ст. 392 ТК РФ срок он пропустил, следовательно (если срок был пропущен без уважительных причин), суд отказывает в иске.

Аналогичные проблемы возникают по искам, связанным с восстановлением на работе. Речь идет о том, что течение *месячного срока* начинается с того дня, когда работник получил приказ об увольнении или трудовую книжку. Между тем если работник, например, не получил ни приказа, ни трудовой книжки, а работодатель заявляет, что он отправил приказ и просьбу явиться за трудовой книжкой лично работнику (или его законному представителю) по почте простым письмом, то суд данное заявление принимает. Если работник не предоставит доказательства уважительности причин пропуска месячного срока, в исковых требованиях ему, скорее всего, откажут.

Необходимо отметить, что нами проведен обзор судебной практики по делам, связанным с увольнением работника, который показал, что за последние пять лет более

<sup>2</sup> См.: Комментарий к ГПК РФ / под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2012. С. 19.

<sup>3</sup> 1. Срок исковой давности по требованию о применении последствий недействительности ничтожной сделки составляет три года. Течение срока исковой давности по указанному требованию начинается со дня, когда началось исполнение этой сделки. 2. Срок исковой давности по требованию о признании оспоримой сделки недействительной и о применении последствий ее недействительности составляет один год. Течение срока исковой давности по указанному требованию начинается со дня прекращения насилия или угрозы, под влиянием которых была совершена сделка (п. 1 ст. 179), либо со дня, когда истец узнал или должен был узнать об иных обстоятельствах, являющихся основанием для признания сделки недействительной.

70% споров об увольнении работника закончились отказом в иске в связи с пропуском срока для обращения в суд.

Вопрос о территориальной подсудности трудовых споров является также весьма злободневным. В соответствии с правилами ст. 28 ГПК РФ трудовые споры должны рассматриваться судами общей юрисдикции по месту нахождения ответчика. В юридической литературе неоднократно обсуждалась неразумность такой установки законодателя<sup>4</sup>. При этом обращается внимание на то, что работодатель (как правило) длительное время находится на территории одного районного суда, поэтому с судьями складываются определенные личностные отношения, что может оказать влияние на исход дела.

Правила ст. 29 ГПК РФ, закрепляющие альтернативную подсудность (т.е. подсудность по выбору истца) в ее сегодняшней редакции, запрещают рассматривать трудовые споры по выбору истца (кроме случаев нарушения трудовых прав лиц незаконно осужденных, и по спорам о возмещении вреда, причиненного здоровью работника вследствие несчастного случая на производстве или профессионального заболевания).

## **Доказательства и доказывание при рассмотрении индивидуальных трудовых споров**

При рассмотрении индивидуальных трудовых споров суд руководствуется общим принципом гражданского судопроизводства — принципом равенства сторон. Ст. 56 ГПК РФ устанавливает обязанность каждой из сторон доказать обстоятельства, на которые она ссылается в обоснование своих требований или возражений. Между тем равенство сторон процесса фактически не является универсальным принципом судопроизводства. Этот принцип может полноценно использоваться лишь в случае судебного разбирательства между формально равными субъектами: при споре между фирмами-контрагентами, при разделе имущества супругов и т.п.

В трудовых спорах (поскольку работник является наиболее слабой стороной трудового правоотношения) равенство сторон фактически отсутствует. Таким образом, если отсутствует равенство формальное, то не должно быть и равенства процессуального. В уголовном процессе существует гарантия в виде презумпции невиновности<sup>5</sup>. В законодательстве о трудовых спорах (при очевидном неравноправии сторон) никаких презумпций не установлено.

При рассмотрении трудовых споров о восстановлении на работе, исходя из общего правила распределения обязанностей по доказыванию (каждая сторона обязана доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений), ответчик обязан доказать в суде правомерность увольнения работника, а работник обязан доказать незаконность его увольнения. Однако если увольнение произошло по инициативе работодателя, обязанность по доказыванию смещается. В п. 23 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 2 указывается, что при рассмотрении дела о восстановлении на работе лица, трудовой договор с которым расторгнут по инициативе работодателя, обязанность доказать наличие законного основания увольнения и соблюдение установленного порядка увольнения возлагается на работодателя.

В другую сторону смещается такая обязанность и при рассмотрении споров о расторжении по инициативе работника трудового договора, заключенного на неопреде-

<sup>4</sup> См.: Буянова М.О. Процессуальный порядок рассмотрения трудовых споров // Трудовые споры. 2009. № 3. С. 15.

<sup>5</sup> Казанцев Д. Непосильное бремя доказывания // ЭЖ-Юрист. 2011. № 17.

ленный срок (а также срочного трудового договора), если истец утверждает, что работодатель вынудил его подать заявление об увольнении по собственному желанию. Это обстоятельство подлежит проверке, и обязанность доказать его возлагается на работника (п. 22 постановления).

При рассмотрении дел о восстановлении на работе могут быть использованы все средства доказывания, предусмотренные ГПК РФ (письменные доказательства, объяснения сторон и третьих лиц, свидетельские показания). Реже, в зависимости от конкретных обстоятельств дела и оснований увольнения работника, могут быть использованы вещественные доказательства, аудио-, видеозаписи, заключения экспертов и т.д. Между тем необходимо отметить, что работник (в силу своего положения слабой стороны трудовых отношений) практически никаких из вышеуказанных доказательств предоставить не может.

*Документальные (письменные) доказательства.* Письменными доказательствами являются содержащие сведения об обстоятельствах, имеющих значение для рассмотрения и разрешения дела, акты, договоры, справки, деловая корреспонденция, иные документы и материалы, выполненные в форме цифровой, графической записи, в том числе полученные посредством факсимильной, электронной или другой связи либо иным позволяющим установить достоверность документа способом. К письменным доказательствам относятся также приговоры и решения суда, иные судебные постановления, протоколы совершения процессуальных действий, протоколы судебных заседаний, приложения к протоколам совершения процессуальных действий (схемы, карты, планы, чертежи).

В соответствии с ГПК РФ (ст. 71) письменные доказательства принимаются в суд только в подлинниках или надлежащим образом заверенные. К сожалению, из всех указанных в ГПК РФ письменных доказательств работник, как правило (кроме трудового договора), не имеет подлинников каких-либо документов, а располагает (в лучшем случае) их копиями.

Работник не может самостоятельно заверить копию, так как печати у него нет. Обращаясь к нотариусу он не может с такой просьбой, поскольку нотариусы не могут заверять какие-либо документы без их сверки с подлинниками. Работодатель, напротив, может предоставить в суд любой документ (в том числе недавно сфабрикованный) и даже любую копию, заверив его соответствующей печатью, подписью и записью «копия верна». В суде данные документы будут являться доказательствами.

Если же работник заявляет о подложности документов, представленных ответчиком, требуя их экспертизы, то, по общему правилу, суд изначально откладывает этот вопрос, мотивируя это тем, что необходимо ознакомиться со всей совокупностью доказательств по делу. Затем суд, зацепившись за любой другой (зачастую также сфабрикованный работодателем) документ, дополняющий позицию работодателя, в конце концов, без проведения экспертизы отказывает работнику в иске.

Работодатель может представить в суд также сфабрикованные им локальные нормативные акты (например, правила внутреннего трудового распорядка, положения о премировании, положение об оплате труда, коллективный договор и др.). Факт ознакомления работников с этими актами зачастую подтверждается сфабрированными копиями листов ознакомления работников, заверенными печатью работодателя. Если работник требует предоставления подлинника указанного документа, то ответчик может принести, например, справку, что документ пришел в негодность в связи с заливом и был уничтожен в связи с непригодностью для использования по описи, представленной в суд.

Необходимо обратить внимание, что суд довольно часто отказывает в ходатайстве работника о назначении экспертизы, мотивируя это тем, что экспертиза затянет судебное разбирательство, поскольку ст. 154 ГПК РФ устанавливает предельный срок рассмо-

трения исков. На необходимость строгого соблюдения установленных в ст. 154 ГПК РФ сроков рассмотрения трудовых дел указывает и п. 7 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации». Закон указывает, что дела о восстановлении на работе должны быть рассмотрены судом до истечения 1 месяца, а дела по другим трудовым спорам — до истечения двух месяцев со дня поступления заявления в суд. В указанные сроки включается в том числе и время, необходимое для подготовки дела к судебному разбирательству (гл. 14 ГПК РФ).

Несоблюдение указанных сроков считается нарушением, и потому судьи стараются их придерживаться. Известно, что за грубое или систематическое нарушение судьей процессуального закона, повлекшее неоправданное нарушение сроков разрешения дела и существенно ущемляющее права и законные интересы участников судебного процесса, с учетом конкретных обстоятельств, может быть наложено дисциплинарное взыскание вплоть до прекращения полномочий судьи (п. 1 ст. 12.1 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации»). Именно поэтому, если сторона по трудовому спору заявляет о назначении экспертизы представленных документов, суд, как правило, отказывает в его удовлетворении, ссылаясь на сроки.

В связи с этим необходимо еще раз вернуться к вопросу о сроках рассмотрения трудовых споров. Установив сокращенный срок для рассмотрения споров, связанных с увольнением работника, законодатель преследует цель сократить период выплаты работнику заработной платы за время вынужденного прогула (в случае восстановления работника на работе). Таким образом, законодатель поддерживает работодателя. Между тем удовлетворение судом ходатайства работника о назначении экспертизы, означает нарушение сроков, установленных в ст. 154 ГПК РФ (в среднем экспертиза длится от 2–3 месяцев до полугода).

К тому же следует обратить внимание, что указанный срок существовал и в период действия ГПК РСФСР, когда все предприятия были государственными, и представления подложных документов в суд практически никогда не было (ибо организации боялись ответственности за такое нарушение). Сегодня, поскольку работодатель слишком часто представляет доказательство, подлинность которых подвергается истцом сомнению, а доказать иными способами обоснованность требований работника зачастую невозможно, то отказ в назначении экспертизы по причине нарушения сроков, установленных в ГПК РФ, будет означать отказ в удовлетворении иска.

Таким образом, во-первых, необходимо установить единый срок для рассмотрения всех трудовых споров — 2 месяца со дня поступления заявления в суд. Во-вторых, следует дополнить ст. 154 ГПК РФ нормой, что в указанные сроки не включается время проведения экспертизы.

## **Свидетельские показания**

Если работодатель вынудил работника написать заявление об увольнении по собственному желанию (или подписать соглашение об увольнении по п. 1 ч. 1 ст. 77 ТК РФ (соглашение сторон в присутствии свидетелей)), на работника в этом случае возлагается обязанность доказать наличие понуждения. Однако как работник будет это доказывать? Поскольку понуждение было в присутствии свидетелей, то работник заявляет ходатайство об их допросе. К сожалению (если эти работники продолжают работать у данного работодателя), то в суд они, скорее всего, не пойдут, мотивируя это болезнью (или какими-либо другими уважительными причинами), так как им прекрасно известно, что если они скажут правду на суде, то их самих уволят в самое ближайшее время.

Еще один способ доказать факт понуждения — это *аудио- или видеозаписи*. Однако данные доказательства, как правило, оспариваются работодателем по причине их возможной подложности, поэтому суд старается не учитывать такие записи как доказательства по делу. Кроме того, суд часто спрашивает работника: «А Вы получили разрешение работодателя на эту запись?» Если нет, то она не будет учитываться в качестве доказательства.

Зачастую работник пытается доказать факт *электронной переписки с работодателем*. Однако и эти документы не принимаются судом и не приобщаются к делу, так как они не заверены надлежащим образом и не соответствуют требованиям допустимости. Между тем в арбитражных процессах электронная переписка сторон почему-то рассматривается и принимается в качестве доказательств (ст. 75 АПК РФ). Правда, для установления подлинности такого документа суд может назначить сразу три вида экспертизы: компьютерную, дактилоскопическую (если на документе есть подпись) и документоведческую.

Все сказанное подтверждает наше утверждение, что у работника полностью отсутствуют возможности предоставления необходимых доказательств в обоснование своих требований или возражений.

## **Соблюдение порядка увольнения работников как основное условие признания его законности**

При рассмотрении судами споров, связанных с увольнением работников, большое значение имеет соблюдение определенной процедуры (порядка) увольнения, нарушение которой влечет за собой признание судами увольнения незаконным с последующим восстановлением работника на работе, взысканием заработка за время вынужденного прогула и компенсацией морального вреда. Между тем сам порядок увольнения (за некоторым исключением) прямо не установлен в законодательстве, поэтому каждый работодатель (а при возникновении трудового спора — суд) пытается самостоятельно его определить, и действует по своему внутреннему убеждению. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. № 2 попыталось внести некоторую ясность в этот вопрос, однако лишь по отдельным основаниям увольнения работников (к тому же, не в полной мере).

Так, Верховный Суд Российской Федерации указывает, что, разрешая дела о восстановлении на работе лиц, трудовой договор с которыми был прекращен по п. 7 ч. 1 ст. 77 ТК РФ<sup>6</sup>, необходимо учитывать, что, по ст. 56 ГПК РФ, работодатель обязан, в частности, представить доказательства, подтверждающие, что изменение определенных сторонами условий трудового договора явилось следствием изменений организационных или технологических условий труда (например, изменений в технике и технологии производства, совершенствования рабочих мест на основе их аттестации, структурной реорганизации производства) и не ухудшало положения работника по сравнению с условиями коллективного договора (соглашения). При отсутствии таких доказательств прекращение трудового договора по п. 7 ч. 1 ст. 77 ТК РФ или изменение определенных сторонами условий трудового договора не может быть признано законным (п. 21).

Таким образом, из содержания данного пункта постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации можно сделать ошибочный вывод, что порядок увольне-

<sup>6</sup> «Отказ от продолжения работы в связи с изменением определенных сторонами условий трудового договора либо о признании незаконным изменения определенных сторонами условий трудового договора при продолжении работником работы без изменения трудовой функции».

ния состоит лишь из одного действия работодателя, отсутствие которого будет являться основанием для признания увольнения незаконным.

Между тем, для установления правомерности увольнения по этому основанию суд должен также проверить, были ли проведены работодателем следующие дополнительные действия:

- уведомлен ли работник о предстоящих изменениях условий труда не позднее, чем за 2 месяца?
- получен ли отказ работника от продолжения работы в новых условиях?
- предложены ли работнику в письменном виде переводы на все вакантные должности, которые он может занимать с учетом состояния здоровья с соблюдением правил ст. 74 ТК РФ?
- получен ли отказ работника от перевода на другую работу?

Указанный порядок действий работодателя вытекает из содержания ст. 74 ТК РФ. При этом из смысла ст. 394 ТК РФ вытекает, что, если работодатель нарушает указанный порядок в целом (или не выполняет хотя бы одного из указанных действий), то увольнение должно быть признано незаконным. Вместе с тем следует заметить, что судебная практика сегодня очень часто идет по пути нарушения установленного законом порядка увольнения.

Так, например, невыполнение (или несвоевременное выполнение) обязанности работодателя о предупреждении работника не позднее, чем за 2 месяца об увольнении по сокращению штатов может быть не признано нарушением порядка увольнения. Суд в этом случае выносит решение лишь о взыскании с работодателя двухмесячного среднего заработка работника (или его части, если уведомление было менее чем за 2 месяца) без удовлетворения основного требования работника о восстановлении на работе. Такого мнения придерживаются и некоторые представители науки и практики трудового права<sup>7</sup>.

Может не считаться нарушением также и несоблюдение работодателем иных требований закона, регулирующих порядок увольнения. Так, например, при увольнении по п. 5 ч. 1 ст. 81 ТК РФ требуется запросить мнение выборного профсоюзного органа на увольнение работника в порядке ст. 373 ТК РФ. Суд может считать, что, если такое мнение не запрашивалось, то профсоюз вправе изложить мотивированное мнение и в ходе судебного разбирательства. Данное мнение должно быть рассмотрено судом в качестве одного из доказательств по делу. В подобной ситуации наличие данного доказательства не признается основанием для признания приказа работодателя незаконным и необоснованным<sup>8</sup>.

Представляется, что допускаемые на практике пренебрежения работодателями и судами установленного в законодательстве порядка увольнения работников противоречат принципу стабильности трудовых отношений, нарушают единство судебной практики и не могут быть признаны законными.

Весьма важной проблемой является также различный уровень установления порядка увольнения. В ряде случаев он устанавливается не только Трудовым кодексом, но и иными федеральными законами, а также законами субъектов Российской Федерации, социально-партнерскими соглашениями, коллективными договорами, локальными актами организаций и трудовым договором. По смыслу действующего законодательства (ст. 9 ТК РФ) эти нормативные акты (как и трудовой договор) не могут содержать условий, ограничивающих права и снижать уровень гарантий работников по сравнению

<sup>7</sup> См.: Миронов В.И. Трудовое право России: учеб. М., 2005. С. 413; Горюхов Б.А. Чему не учат студентов. М., 2009. С. 22.

<sup>8</sup> См.: Миронов В.И. Трудовое право России. С. 413.

с установленными трудовым законодательством, и потому должны признаваться всеми правоприменителями. Однако суды довольно часто пренебрегают указанными нормативными правовыми актами (кроме ТК РФ) и не учитывают их содержание при вынесении судебных постановлений, обосновывая это тем, что в ТК РФ (ст. 423) подобная норма отсутствует, ссылаясь на ТК РФ.

Так, например, ст. 25 закона «О занятости населения» устанавливает правило об обязанности работодателя уведомить орган занятости о предстоящем увольнении работников по п. 1 и 2 ст. 81 ТК РФ (сокращение численности и/или штата работников) не позднее чем за два месяца, а при массовом увольнении (и при ликвидации организации) — не позднее чем за три месяца. На практике при рассмотрении споров об увольнении работников по указанному основанию суды могут вообще не потребовать от работодателя предоставления доказательств подтверждения такого уведомления и признают увольнение работника законным и обоснованным.

Как пояснил Председатель Судебного состава по трудовым и социальным спорам Верховного Суда Российской Федерации Б.А. Горохов, выступая на круглом столе в НИУ ВШЭ в сентябре 2013 г., Верховный Суд Российской Федерации, решая вопрос о признании увольнения незаконным, предлагает подходить к порядку увольнения работника, исходя из того, насколько «существенно» и «несущественно» он нарушен. Однако четкого разграничения между этими понятиями ни закон, ни Пленум Верховного Суда Российской Федерации не устанавливают<sup>9</sup>. Так, рассматривая споры о восстановлении работника, включающие вопросы установления (например, в коллективном договоре) нормы о получении согласия выборного профсоюзного органа на увольнение работника (а не об учете мнения), суды полагают, что если согласие на увольнение не получено (а было запрошено лишь мнение профсоюзного органа), то это не считается существенным нарушением порядка и потому не влечет за собой восстановления работника на работе.

Между тем по смыслу и содержанию ст. 394 ТК РФ следует, что основанием для признания увольнения незаконным с последующим восстановлением его на работе, взысканием заработка за время вынужденного прогула и компенсацией морального вреда является «любое» (а не только «существенное») нарушение порядка увольнения работника. Необходимо учитывать, что порядок (процедура) увольнения работника обычно содержится не только в самой норме, устанавливающей основание увольнения, но также и в различных (зачастую весьма разбросанных) статьях ТК РФ и в других федеральных законах, что затрудняет их поиск и порождает принятие работодателем неправомерного решения.

Например, порядок увольнения по п. 2 ч. 1 ст. 81 ТК РФ установлен в пяти статьях ТК РФ (ст. 81, 82, 179, 180, 373), а также в ст. 25 закона «О занятости населения в Российской Федерации». При увольнении по п. 3 ч. 1 ст. 81 ТК РФ<sup>10</sup> порядок увольнения содержится не только в соответствующих статьях ТК РФ (ст. 81, 82, 373), но и в нормативном акте, устанавливающим порядок проведения аттестации, в иных нормативных правовых актах, содержащих нормы трудового права, в локальных нормативных актах, принимаемых с учетом мнения представительного органа работников. Кроме того, необходимо заметить, что закон не указывает, в течение какого срока после непрохождения аттестации работник может быть уволен. Пользуясь отсутствием указанной нормы, работодатель может уволить работника спустя даже шесть и более месяцев после аттестации.

Представляется, что при решении этого вопроса следует исходить из совокупности временных периодов.

<sup>9</sup> URL: <http://pravo.hse.ru/labourlaw/events> (дата обращения — 7 октября 2013 г.).

<sup>10</sup> «Обнаружившееся несоответствие работника занимаемой должности вследствие недостаточной квалификации, подтвержденной результатами аттестации».

1. По общему правилу, о результатах аттестации и возможном увольнении по п. 3 ч. 1 ст. 81 ТК РФ работник должен быть письменно уведомлен немедленно (т.е. в тот же день). Однако если он не присутствовал при аттестации, то решение аттестационной комиссии и предупреждение об увольнении должны быть произведены не позднее чем на следующий рабочий день после проведения аттестации данного работника.

2. Для получения мотивированного мнения выборного профсоюзного органа необходимо еще 10 рабочих дней (из них — 7 рабочих дней на рассмотрение вопроса и 3 рабочих дня на проведение дополнительных консультаций с работодателем в случае несогласия с предполагаемым решением работодателя)

3. Для того, чтобы работник обдумал вакантные должности, которые ему должны быть предложены для перевода в порядке ст. 82 ТК РФ, необходимо предоставить хотя бы еще один рабочий день.

Таким образом, представляется, что необходимо закрепить в ТК РФ срок, в течение которого работник может быть уволен по п. 3 ч. 1 ст. 81 ТК РФ — 12 рабочих дней со дня письменного уведомления об увольнении.

Аналогичная проблема существует и при увольнении по п. 4 ч. 1 ст. 81 ТК РФ, ибо закон не указывает, в течение какого времени после смены собственника имущества организации руководитель организации, его заместители и главный бухгалтер могут быть уволены по этому основанию? Указанный пробел дает работодателю оттягивать этот вопрос на длительный период, что не всегда удобно работнику, ибо он находится в неопределенном положении.

Можно привести еще множество аналогичных примеров, подтверждающих вывод, что сегодня порядок увольнения работника в законодательстве полностью не прописан. Это обстоятельство создает путаницу в правоприменении и лишает работника гарантий от незаконного увольнения.

Проведенное нами исследование позволяет сделать следующие основные выводы.

1. Действующее гражданско-процессуальное и трудовое законодательство о рассмотрении и разрешении трудовых споров не отражает принцип процессуального равенства сторон.

2. Правило о территориальной подсудности трудовых споров, установленное в ст. 28 ГПК РФ (по месту нахождения ответчика) и отсутствие возможности альтернативного их рассмотрения сводит на «нет» принцип беспристрастности судебного разбирательства.

3. Ограниченные сроки, установленные для рассмотрения в судах трудовых споров, мешают полноте судебного разбирательства.

4. Специальные сроки для обращения в суд работника, установленные в ст. 392 ТК РФ, и ставят его в неравное положение с работодателем.

5. Правило о запрете приобщения работником к материалам дела незаверенных копий письменных доказательств обрекает исход трудового спора.

6. У работника отсутствует реальная возможность доказать нарушение своих прав свидетельскими показаниями сотрудников, продолжающих работать у данного работодателя.

7. Наличие у суда права на отказ в удовлетворении ходатайства работника о проведении экспертизы документов, представленных работодателем, не позволяет установить истину по делу.

8. Отсутствие в законе строго установленного порядка увольнения работников по каждому из оснований нарушает принцип единообразия судебной практики.

Все вышеизложенное определяет необходимость следующих **предложений**.

**1. Внести в гражданско-процессуальное законодательство (в ГПК РФ) дополнения:**

1.1. Норму о презумпции добросовестности работника с возложением бремени доказывания по всем основаниям увольнения работника на работодателя.

1.2. Норму об обязанности суда назначить (по ходатайству работника) экспертизу представленных работодателем документов.

1.3. Установить правило о территориальной подсудности трудовых споров по выбору истца (т.е. либо по месту нахождения ответчика, либо по месту регистрации (в том числе, временной) истца).

1.4. Аудио- и видеозаписи, представленные работником, должны обязательно приниматься судом (по представлению работника) и учитываться наряду с другими доказательствами.

1.5. Электронная переписка, представленная работником, должна приниматься судом без соответствующего заверения и учитываться наравне с другими доказательствами по делу.

1.6. Установить дополнительную гарантию свидетелям по трудовым спорам в виде недопустимости увольнения работника по инициативе работодателя (кроме случаев, установленных в п. 6 ч. 1 ст. 81 ТК РФ) в течение двух лет после их участия в судебном разбирательстве

## **2. Внести изменения в Трудовой кодекс Российской Федерации:**

**2.1. Дополнить ст. 81 ТК РФ частью 7 следующего содержания:** «При увольнении работника по инициативе работодателя необходимо строго соблюдать порядок, установленный настоящей статьей в совокупности со следующими статьями настоящего Кодекса:

ст. 180 (для увольнения по п. 1 ч. 1 настоящей статьи);

ст. 82, 179, 180, 373 ТК РФ (для увольнения по п. 2 ч. 1 настоящей статьи);

ст. 82, 373 ТК РФ, а также соответствующим законодательством об аттестации работников (для увольнения по п. 3 ч. 1 настоящей статьи);

ст. 181 ТК РФ (для увольнения по п.4 ч.1 настоящей статьи);

ст. 192, 193 ТК РФ (для увольнения с п. 5–10 ч. 1 настоящей статьи).

Указанный порядок увольнения по п. 7, 7.1 и 8 настоящей статьи применяется в случае, если соответствующие проступки были совершены работником по месту его работы».

**2.2. Дополнить ст. 81 ТК РФ частью 8 следующего содержания:** «При принятии решения о ликвидации организации либо прекращении деятельности индивидуальным предпринимателем, сокращении численности или штата работников организации, индивидуального предпринимателя и возможном расторжении трудовых договоров работодатель-организация не позднее чем за два месяца, а работодатель — индивидуальный предприниматель — не позднее чем за две недели до начала проведения соответствующих мероприятий обязаны в письменной форме сообщить об этом в органы службы занятости, указав должность, профессию, специальность и квалификационные требования к должностям, условия оплаты труда каждого конкретного работника, а в случае, если решение о сокращении численности или штата работников организации может привести к массовому увольнению работников, — не позднее чем за три месяца до начала проведения соответствующих мероприятий».

**2.3. Дополнить часть 3 ст. 81 ТК РФ предложением следующего содержания:** «Указанная обязанность работодателя распространяется и на случаи увольнения работника по п. 11 ч. 1 настоящей статьи».

## **2.4. Внести изменения и дополнения в ст. 180 ТК РФ:**

### **1. Изменить наименование статьи:**

Статья 180. Гарантии и компенсации работникам, увольняемым по некоторым основаниям ст. 81 ТК РФ.

**2. Дополнить абз. 1 следующим предложением:** «При увольнении по п. 2, 3, 11 ч. 1 ст. 81 настоящего Кодекса работодатель обязан предложить работнику другую имею-

щуюся работу (вакантную должность) в соответствии с частью третьей статьи 81 настоящего Кодекса».

**3. Дополнить абзацем следующего содержания:** «О предстоящем увольнении по п. 4 ч.1 ст. 81 настоящего Кодекса работники предупреждаются персонально и под роспись не позднее, чем за один месяц до увольнения, а при увольнении по п. 3 ч. 1 ст. 81 настоящего Кодекса — не позднее, чем за 12 рабочих дней после непрохождения аттестации».

**2.5. Дополнить ст. 394 ТК РФ абзацем следующего содержания:** «Работник подлежит восстановлению на работе органом, рассматривающим трудовой спор, если будет установлено, что был нарушен порядок увольнения, установленный для данного основания».



### **Библиография**

Буянова М.О. Процессуальный порядок рассмотрения трудовых споров // Трудовые споры. 2009. № 3. С.13–21.

Горохов Б.А. Чему не учат студентов. М., 2009.

Казанцев Д. Непосильное бремя доказывания // ЭЖ-Юрист. 2011. № 17. С. 1–3.

Комментарий к ГПК РФ / под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2012.

Материалы выступления Председателя Судебного состава по трудовым и социальным спорам Верховного Суда Российской Федерации Горохова Б.А. на круглом столе в НИУ ВШЭ. Сентябрь 2013 // URL: <http://pravo.hse.ru/labourlaw/events>

Мионов В.И. Трудовое право России: учеб. М., 2005.

---

## Individual Labor Disputes: Material and Procedural Legal Regulation



**Marina Buyanova**

Professor, Labour Law Department, National Research University «Higher School of Economics», Doctor of Juridical Sciences. Address: Myasnitskaya str., 20, Moscow, 101000, the Russian Federation. E-mail: mbyanova@hse.ru.



### Abstract

The article is devoted to the procedural and material problems of individual labor dispute regulation in Russia. A special attention is given to territorial jurisdiction, procedural terms (including terms of labor disputes and periods of limitation), different types of evidence and proving in consideration of labor disputes in courts. The author stresses the difficulties faced by employees in the provision of evidence (including written documents, witnesses, etc.). The author disclosed imperfections of dismissal legislation which prevent employee from recognizing in court that the dismissal is illegal and to take the previous job.

The study makes it possible to arrive at the following key conclusions:

1. The applicable civil procedure and labor legislation about the consideration and settlement of labor disputes fails to include the principle of procedural equality of the parties.
2. The rule for the territorial jurisdiction of labor disputes set forth by Article 28 of the RF CPC (in the area of the respondent's location) and the lack of a possibility of alternative consideration reduces the principle of impartial judicial litigation to zero.
3. Limited timeframes established for consideration of labor relations by courts prevent full judicial litigation.
4. Special timeframes for a worker to appeal to the court prescribed by Article 392 of the RF LC put him or her on unequal terms with the employer.
5. The rule forbidding a worker to add non-notarized copies of written evidence to the case materials predetermines the outcome of a court dispute.
6. A worker has no real possibility to prove that his or her rights have been violated by using the evidence of witnesses that are still employed by the employer.
7. A court's right to refuse to satisfy a worker's motion to conduct an expert evaluation of documents made available by the employer prevents the truth from being established in the case.
8. Lack of a procedure strictly established by law for dismissing workers for each of the grounds violates the principle of judicial practice uniformity.



### Keywords

Labour disputes, evidence, proving, types of evidence, procedural disputes, territorial jurisdiction, procedure of dismissal, equality of parties, procedural rights and obligations.



### References

Buyanova M.O. (2009) Protsessual'nyy poryadok rassmotreniya trudovykh sporov [Procedure of considering labor disputes]. *Trudovye spory*, no 3. P. 13–21.

Gorokhov B.A. (2009) Chemu ne uchat studentov [Things students are not taught]. Moscow. (in Russian)

Kazantsev D. (2011) Neposil'noe bremya dokazyvaniya [Challenging burden of proof]. *EZh-Yurist*, no 17. P. 1–3.

Krashennnikov P.V. (ed.) (2012) *Postateynnyy kommentariy k Grazhdanskomu protsessual'nomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Annotated edition of the Russian Federation Civil Procedure Code]. Moscow. (in Russian)

(2013) Materialy vystupleniya Predsedatelya sudebnogo sostava po trudovym i sotsial'nym sporam Verkhovnogo Suda of the Russian Federation Gorokhova B.A. na kruglom stole v NIU VShE. Sentyabr' 2013. URL: <http://pravo.hse.ru/labourlaw/events>

Mironov V.I. (2005) *Trudovoe pravo Rossii: Uchebnik* [Russian labour law. Uchebnik]. Moscow. (in Russian)

# Регулирование порядка использования и предоставления садовых, огородных и дачных земельных участков в законодательных инициативах Правительства Российской Федерации

---



**А.И. Бутовецкий**

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

---



## **Аннотация**

Статья посвящена обзору проектов федеральных законов, внесенных в Государственную Думу Правительством Российской Федерации, и направленных на совершенствование правового регулирования земельных отношений в сфере садоводства, огородничества и дачного хозяйства. Автор обращает внимание на пути совершенствования законодательного регулирования в этой сфере, которые определены в Послании Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации от 12 декабря 2013 г., поручениях Президента Российской Федерации, Концепции развития гражданского законодательства, подготовленной в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации», судебных актах Конституционного Суда Российской Федерации, а также в рекомендациях, выработанных Государственной Думой. В статье подробно исследованы проблемы реализации судебных актов Конституционного Суда Российской Федерации, которыми были признаны противоречащими Конституции Российской Федерации положения Федерального закона «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» в части запрета на регистрацию граждан по месту жительства в жилых строениях, расположенных на садовых земельных участках, в том числе, в свете подхода, предлагаемого Правительством Российской Федерации в проекте федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан». Отдельное внимание уделяется проекту федерального закона № 465407-6 «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части перехода от деления земель на категории к территориальному зонированию», которым предлагается упразднить один из центральных институтов земельного законодательства — деление земель по целевому назначению на категории. Автором проведен подробный анализ последствий отмены деления земель на категории для объединений садоводов, огородников и дачников, деятельность которых имеет широкое распространение на территории Российской Федерации. Значительная часть статьи посвящена планируемым изменениям законодательства, которые предусматривают серьезный пересмотр порядка предоставления и образования земельных участков, предназначенных для ведения садоводства, огородничества и дачного хозяйства. Автором обозначены как недостатки существующего правового регулирования в данной сфере, так и обращено внимание на основные пути совершенствования Земельного кодекса Российской Федерации, предлагаемые Правительством Российской Федерации.

---



## Ключевые слова

садоводство, огородничество, дачное хозяйство, некоммерческие объединения граждан, Правительство Российской Федерации, Земельный кодекс Российской Федерации, земельные участки

Садоводство, огородничество и дачное хозяйство имеют широкое распространение среди населения нашей страны и длительную историю развития в отечественном законодательстве. Это означает, что правовая защита интересов садоводов, огородников и дачников, а также правовое регулирование отношений, связанных с их деятельностью, имеют большее экономическое, социальное и политическое значение и должны находиться в сфере повышенного внимания общества и государства. Земля — основа существования садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений. Она представляет собой главный объект хозяйственной деятельности садоводов, огородников и дачников. Земельные и иные экологические интересы граждан нередко объединяют их вокруг общих природоресурсных и природоохранных целей.

В последнее время Президент Российской Федерации все чаще указывает на необходимость совершенствования земельного законодательства Российской Федерации. Так, в частности, на заседании Президиума Государственного Совета Российской Федерации 9 октября 2012 г. было сказано: «Нужно прямо сказать, наш земельный потенциал все еще реализуется малоэффективно. Эта сфера поддается реформированию крайне медленно, с очень большим трудом»<sup>1</sup>.

С этим трудно не согласиться, особенно применительно к обсуждению вопроса регулирования земельных отношений, связанных с ведением садоводства, огородничества и дачного хозяйства. После принятия Федерального закона от 30 июня 2006 г. № 93-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации по вопросу оформления в упрощенном порядке прав граждан на отдельные объекты недвижимого имущества» (который также был основан на прямом поручении Президента Российской Федерации) в законодательство не было внесено каких-либо существенных изменений, улучшающих правовое регулирование в данной области.

Основным нормативным правовым актом, регулирующим деятельность садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан является Федеральный закон от 15 апреля 1998 г. № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» (далее — закон № 66-ФЗ). В Концепции развития гражданского законодательства, подготовленной в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации»<sup>2</sup> отмечается, что в Федеральном законе «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» можно обнаружить ничем не оправданные расхождения между общими положениями Гражданского кодекса Российской Федерации, регламентирующими статус юридических лиц. Кроме того, указанный закон отличается низким юридико-техническим уровнем и потому неэффективен в своем практическом применении.

В свою очередь законодатель (в том числе и по результатам общественного обсуждения) также отмечает ряд серьезных проблем в области правового регулирования отношений, связанных с вопросами землепользования при ведении гражданами садовод-

<sup>1</sup> Стенограмма заседания Президиума Государственного совета Российской Федерации «О повышении эффективности управления земельными ресурсами в интересах граждан и юридических лиц» от 9 октября 2012 г. // Официальный сайт Президента России. [www.kremlin.ru](http://www.kremlin.ru).

<sup>2</sup> Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2009. № 11.

ства, огородничества и дачного хозяйства, имеющих в законе № 66-ФЗ, среди которых выделяются:

- проблемы определения правового режима садовых, огородных и дачных земельных участков;
- необходимость надлежащего учета территорий садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан при разработке и утверждении документов территориального планирования и градостроительного зонирования;
- несоответствие Земельному кодексу Российской Федерации существующего порядка предоставления земельных участков для вновь создаваемых садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан<sup>3</sup>.

С целью системного совершенствования правового регулирования земельных отношений Правительство Российской Федерации в последнее время подготовило и внесло в Государственную Думу Российской Федерации ряд законодательных инициатив. Законопроекты, вносимые в Государственную Думу Правительством Российской Федерации, как правило, находят поддержку у законодательной власти. Ввиду этого следует уделить таким законопроектам особо пристальное внимание, оценить последствия их возможного принятия и реализации на практике, в том числе применительно к в сфере садоводства, огородничества и дачного хозяйства. Любые изменения, касающиеся данной области, зачастую вызывают общественный резонанс, публичную критику и формирование различных мнений среди объединений заинтересованных лиц и организаций.

К числу таких законопроектов можно отнести проект федерального закона № 313087-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» (далее — законопроект № 313087-6). Этот законопроект фактически уравнивает правовой режим и понятия садового и дачного земельного участка, а также разрешает возводить на таких земельных участках индивидуальные жилые дома<sup>4</sup>.

Законопроект № 313087-6 направлен на реализацию постановлений Конституционного Суда Российской Федерации от 14 апреля 2008 г. № 7-П «По делу о проверке конституционности абзаца второго ст. 1 Федерального закона «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» в связи с жалобами ряда граждан»<sup>5</sup> (далее — постановление № 7-П) и от 30 июня 2011 г. 13-П «По делу о проверке конституционности абзаца второго ст. 1 Федерального закона «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» в связи с жалобой гражданина А.В. Воробьева»<sup>6</sup> (далее — постановление № 13-П). В соответствии с указанными постановлениями абз. 2 ст. 1 закона № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан», содержащий определение садового земельного участка, признан не соответствующим Конституции Российской Федерации в той части, в какой он ограничивает право граждан на регистрацию по месту жительства в пригодном для постоянного проживания жилом строении, расположенном на са-

<sup>3</sup> Рекомендации парламентских слушаний на тему «Законодательство о садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан: правоприменительная практика и направления совершенствования» // Официальный сайт Комитета Государственной Думы по земельным отношениям и строительству. [www.komitet3.km.duma.gov.ru](http://www.komitet3.km.duma.gov.ru).

<sup>4</sup> Принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации в первом чтении 15 октября 2013 г.

<sup>5</sup> СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 2089.

<sup>6</sup> СЗ РФ. 2011. № 27. Ст. 3991.

довом земельном участке, который относится к землям населенных пунктов и к землям сельскохозяйственного назначения.

В целях определения последствий принятых Конституционным Судом Российской Федерации постановлений не только для определения правового режима садового земельного участка, но и для системы садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан в целом, следует обратить внимание на отдельные положения постановления № 7-П, где отмечено, что «...в соответствии с Законом Российской Федерации «Об основах федеральной жилищной политики» федеральный закон «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» изменил правовой статус садовых домиков, определив соответствующие строения, расположенные на садовых земельных участках, как жилые».

Согласно ст. 1 закона № 66-ФЗ 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). Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении № 7-П указал, что «...с учетом того, что Градостроительный кодекс Российской Федерации (часть 2 ст. 35) позволяет включать в состав жилых зон зоны застройки индивидуальными жилыми домами, зоны застройки малоэтажными жилыми домами, а также зоны жилой застройки иных видов, возникают практически идентичные правовые режимы земельных участков, предоставляемых для ведения садоводства и для ведения дачного хозяйства, на которых фактически возведены индивидуальные жилые дома».

Необходимо отметить, что правовой режим земельных участков (целевое назначение и разрешенное использование), позволяющий выделить садовые и дачные земельные участки в качестве различных земельных участков, в настоящее время является основным признаком, положенным в основу деления некоммерческих организаций на садоводческие и дачные. Разрешенное использование земельного участка представляет собой установление конкретной цели (целей) использования участка земли и определенного объема прав и обязанностей лица, которому принадлежит земельный участок (и в некоторых случаях объект недвижимости, находящийся на нем), на основании осуществления определенных процедур (например, зонирования территорий) или действий органов государственной власти, органов местного самоуправления (например, предоставление земельного участка для строительства)<sup>7</sup>. Разрешенное использование может подразумевать ограничения и обременения земельного участка, осуществление тех видов деятельности, которые определены зонированием территорий<sup>8</sup>.

В свете принятых Конституционным Судом Российской Федерации судебных актов очевидно, что на законодательном уровне без изменения концептуальных подходов к таким видам деятельности граждан, как садоводство, огородничество и дачное хозяйство, не представляется возможным четко установить различие между садоводческими и дачными некоммерческими объединениями граждан, что в свою очередь может являться основанием для исключения такого деления. При этом даже до принятия Конституционным Судом постановлений № 7-П и 13-П многие специалисты отмечали, что хозяйственный режим использования садовых, огородных и дачных участков становится

<sup>7</sup> См.: Крассов О.И. Земельное право: учеб. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2007. С. 140.

<sup>8</sup> См.: Зайков Д.Е., Звягинцев М.Г. 100 распространенных вопросов по оформлению земли: Юридическая консультация для граждан. М.: Издательский Дом «Па», 2008. С. 48.

все более сходным<sup>9</sup>. Кроме того, указывалось, что вообще желательно не допускать появления таких гибридов, как организации, предусмотренные законом № 66-ФЗ<sup>10</sup>.

Пункт 1 перечня поручений Президента Российской Федерации от 26 октября 2012 г. № Пр-2869 по итогам заседания Президиума Государственного совета Российской Федерации от 9 октября 2012 г. по вопросу «О повышении эффективности управления земельными ресурсами в интересах граждан и юридических лиц» предусматривает необходимость Правительству Российской Федерации совместно с Государственной Думой обеспечить доработку и принятие федерального закона, направленного на изменение порядка определения правового режима земельных участков. Необходимо исключить из земельного законодательства принцип деления земель по целевому назначению на категории. При этом особое внимание следует обратить на установление переходных положений, обеспечивающих защиту земель сельскохозяйственного назначения, особо охраняемых природных территорий и других особо ценных земель.

Во исполнение указанного поручения Правительство Российской Федерации внесло в Государственную Думу проект федерального закона № 465407-6 «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части перехода от деления земель на категории к территориальному зонированию» (далее — законопроект 465407-6). Указанный законопроект предусматривает совершенствование и упрощение действующего порядка определения правового режима использования земель путем проведения территориального зонирования, а также исключения института категории земель как способа определения разрешенного использования земельных участков. Также устанавливается, что разрешенное использование земельных участков определяется регламентами использования территории, к которым, в числе прочего, относятся и градостроительные регламенты, являющиеся частью правил землепользования и застройки (ст. 36 ГрК РФ), что соответствует концепции действующего Градостроительный кодекс Российской Федерации (далее — ГрК РФ), распространяющего действие градостроительных регламентов на садовые, огородные и дачные земельные участки.

В связи с этим одним из важных вопросов является правовое регулирование учета территорий садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан при разработке и утверждении документов территориального планирования и градостроительного зонирования. Так, ст. 12 Федерального закона «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» предусматривает обязанность органов местного самоуправления подготавливать и утверждать схему зонирования территорий для размещения садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан. Однако ГрК РФ, предметом регулирования которого являются вопросы градостроительного зонирования, не устанавливает обязанности утверждения такой схемы в качестве самостоятельного документа. Территории, предназначенные для ведения садоводства и дачного хозяйства, могут быть включены в состав жилых зон (ч. 3 ст. 35 ГрК РФ) либо в состав зон сельскохозяйственного использования (ч. 9 и 10 ст. 35 ГрК РФ). Возможность отражения территорий, предназначен-

<sup>9</sup> См., напр.: Комментарий к Российскому законодательству / А.П. Анисимов, Ю.В. Васильчук, А.Ю. Чикильдина. Постатейный комментарий к Федеральному закону «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан». М., 2008. С. 23; *Лебедева Н.Н.* Земельные участки для садоводства, огородничества и ведения дачного хозяйства: оправдано ли сохранение различных правовых режимов // Законодательство и экономика. 2005. № 11 (259).

<sup>10</sup> См.: Общая характеристика потребительского кооператива как юридического лица: учеб. пособие / Парфирьев Д.Н.; науч. ред. Валеев Д.Х. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 2005. С. 72.

ных для ведения огородничества в каких-либо территориальных зонах при подготовке и утверждении правил землепользования и застройки в ГрК РФ не предусматривается.

Следует отметить, что в настоящее время предоставление земельных участков может осуществляться из земель, относящихся к категории населенных пунктов (ст. 35 ГрК РФ) и земель сельскохозяйственного назначения (ст. 81 Земельного кодекса Российской Федерации (далее — ЗК РФ)). Однако законопроект № 465407-6 предусматривает несколько иные правила зонирования применительно к территориям, предназначенным для дачного хозяйства, садоводства и огородничества. Так, законопроект сохраняет возможность включения в состав жилых зон территорий, предназначенных для ведения дачного хозяйства, что, учитывая правовой режим дачного земельного участка, предусматривающего возможность возведения жилого дома, представляется вполне обоснованным. В свою очередь, территории, предназначенные для ведения садоводства и огородничества, в отличие от действующих положений ст. 35 ГрК РФ, предлагается выделить в составе зон сельскохозяйственного назначения либо в самостоятельные территориальные зоны (проектируемые ст. 81 и 82 ЗК РФ в редакции законопроекта № 465407-6).

Однако с учетом приведенного обоснования отсутствия существенных отличий между садовыми и дачными земельными участками, данный подход является достаточно спорным и не основанным на проанализированных судебных актах Конституционного Суда Российской Федерации и законодательной инициативы Правительства Российской Федерации, направленной на устранение разницы между разрешенным использованием садовых и дачных земельных участков (законопроект № 313087-6).

В соответствии со ст. 1 закона № 66-ФЗ огородный земельный участок — это земельный участок, предоставленный гражданину или приобретенный им для выращивания ягодных, овощных, бахчевых или иных сельскохозяйственных культур и картофеля (с правом или без права возведения некапитального жилого строения и хозяйственных строений и сооружений в зависимости от разрешенного использования земельного участка, определенного при зонировании территории). Исходя из понятия огородного земельного участка, такой земельный участок в первую очередь предназначен для выращивания сельскохозяйственной продукции, в связи с чем более логичным представляется сохранение территорий, предназначенных для ведения огородничества, именно в зонах сельскохозяйственного назначения без выделения в самостоятельную территориальную зону, поскольку п. 3 проектируемой ст. 81 ЗК РФ (в редакции законопроекта № 465407-6) предусматривает, что земли и земельные участки, расположенные в зоне сельскохозяйственного назначения, предназначены, в числе прочего, для сельскохозяйственного производства. В связи с этим также необходимо учитывать, что согласно п. 7 ст. 4 Федерального закона от 8 декабря 1995 г. № 193-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации» огороднические и садоводческие потребительские кооперативы отнесены к числу сельскохозяйственных кооперативов, деятельность которых направлена на оказание комплекса услуг по производству, переработке и сбыту продукции растениеводства.

Особую значимость приобретают переходные положения, предусмотренные в законопроекте № 465407-6 (ст. 20). Так, Правительством Российской Федерации по ряду особо ценных земель избран подход, заключающийся в признании таких земель новыми видами территориальных зон или определенных территорий. Так, например, ч. 10 ст. 20 законопроекта № 465407-6 предусматривает, что границы земель лесного фонда и границы земель особо охраняемых природных территорий являются, соответственно, границами лесного фонда и особо охраняемых природных территорий. Таким образом, пересмотр ранее принятых документов и утверждение новых документов, устанавливающих границы земель лесного фонда и земель особо охраняемых природных территорий, не требуется.

Однако при определении судьбы территорий, предназначенных для ведения садоводства и огородничества, Правительство Российской Федерации выбрало иной подход. Так, ч. 10 ст. 20 законопроекта предусматривает, что земельные участки, предоставленные садоводческим и огородническим некоммерческим объединениям граждан для садоводства и огородничества, включаются в территориальные зоны огородничества и садоводства. Таким образом, земельные участки, предоставленные садоводческим и огородническим некоммерческим объединениям граждан, не признаются зонами огородничества и садоводства, а включаются в состав таких зон. Это потребует внесения изменений в утвержденные на территории муниципальных образований правила землепользования и застройки в порядке, предусмотренном ГрК РФ.

Нельзя не отметить, что в соответствии с п. 20 ч. 1 ст. 14, п. 26 ч. 1 ст. 16 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»<sup>11</sup> утверждение правил землепользования и застройки является вопросом местного значения поселений и городских округов. В связи с решением этого вопроса у таких муниципальных образований возникают расходные обязательства местных бюджетов (ст. 86 Бюджетного кодекса Российской Федерации). В связи с повсеместной недостаточностью денежных средств местных бюджетов в объемах, необходимых для надлежащего выполнения обязательств по решению вопросов местного значения, перспектива реализации таких норм является сомнительной.

Государственная Дума 19 марта 2014 г. в первом чтении приняла внесенный Правительством Российской Федерации проект 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» (далее — законопроект № 444365-6). Данный законопроект направлен на устранение многочисленных пробелов, существующих в настоящее время в земельном законодательстве Российской Федерации, исключение коллизий между ЗК РФ и отдельными федеральными законами, а также на повышение прозрачности процесса управления земельными ресурсами в целом. Кроме того, предлагаемые законопроектом изменения направлены на совершенствование порядка образования земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности.

В частности, в соответствии с проектируемыми изменениями ст. 11 ЗК РФ, ст. 32 закона № 66-ФЗ образование земельных участков из земельного участка, предоставленного некоммерческим объединениям граждан для ведения садоводства или огородничества либо юридическим лицам для ведения дачного хозяйства, предлагается осуществлять исключительно на основании проекта межевания территории, а застройку таких земельных участков — на основании проекта планировки территории, подготовленного и утвержденного в порядке, предусмотренном ГрК РФ. Следует отметить, что в настоящее время в соответствии со ст. 32–34 закона № 66-ФЗ и п. 4 ст. 11 ЗК РФ застройка и образование земельных участков на территории садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан осуществляется в соответствии с проектом организации и застройки территории таких объединений. Вместе с тем такой вид градостроительной документации в ГрК РФ не предусматривается.

Не случайной является оговорка, что земельные участки, предназначенные для ведения дачного хозяйства предоставляются не только дачным некоммерческим объединениям граждан, но и иным юридическим лицам, поскольку законопроект № 444365-ФЗ

<sup>11</sup> СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822; 2005. № 1. Ст. 17; 2007. № 21. Ст. 2455; 2007. № 25. Ст. 2977; 2011. № 30. Ст. 4572; 2011. № 30 (ч. 1). Ст. 4590; 2011. № 30. Ст. 4591; 2011. № 49. Ст. 7015; 2012. № 26. Ст. 3446.

предусматривает новый порядок предоставления земельных участков юридическим лицам для ведения дачного хозяйства, а именно, предоставление исключительно по результатам аукциона (в отличие от садоводческих и огороднических некоммерческих объединений граждан, которым земельные участки предлагается предоставлять без проведения торгов на праве безвозмездного пользования на период разработки и утверждения документации по планировке территории). При этом образованные садовые, огородные и дачные земельные участки предлагается предоставлять в собственность или в аренду членам садоводческих, огороднических или дачных некоммерческих объединений граждан, а земельные участки, относящиеся к имуществу общего пользования, в собственность бесплатно таким объединениям как юридическим лицам.

Необходимость изменения порядка предоставления садовых, огородных и дачных земельных участков обусловлена тем, что существующий порядок предоставления таких земельных участков, предусмотренный п. 4 ст. 14 закона № 66-ФЗ не соответствует ЗК РФ и является практически неприменимым на практике. Об этом свидетельствуют многочисленные разъяснения органов государственной власти<sup>12</sup> и сложившаяся судебная практика<sup>13</sup>.

Законопроект № 444365-ФЗ предлагает также урегулировать порядок предоставления садовых, огородных и дачных земельных участков гражданам, не являющимся членами садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений. В настоящее время для целей приобретения садового, огородного и дачного земельного участка необходимо стать членом садоводческого, огороднического или дачного некоммерческого объединения граждан, а также быть включенным в список нуждающихся в получении садового, огородного или дачного земельного участка.

Такой подход является не совсем состоятельным, поскольку, как отметил 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» в связи с запросом Советского районного суда города Омска»<sup>14</sup>, 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. Законопроект № 444365-6 предлагает установить, что предоставление огородных земельных участков гражданам осуществляется в аренду без проведения торгов сроком не более чем на три года (подп. 20 п. 2 проектируемой ст. 39<sup>6</sup> ЗК РФ).

Несколько иной порядок предусматривается для предоставления гражданам садовых и дачных земельных участков. Проектируемая ст. 39<sup>18</sup> ЗК РФ предусматривает, что гражданин, заинтересованный в предоставлении такого земельного участка обращается с заявлением в уполномоченный на распоряжение земельным участком орган государственной власти или орган местного самоуправления, который обеспечивает опубликование извещения о предоставлении земельного участка для указанных целей в средствах массовой информации и в информационно-телекоммуникационной сети

<sup>12</sup> 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».

<sup>13</sup> См., напр., определения Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 2 июля 2012 г. № ВАС-5309/12, от 5 июля 2012 г. № ВАС-5355/12 // СПС «Консультант Плюс».

<sup>14</sup> СЗ РФ. 1998. № 15. Ст. 1794.

Интернет. В случае если в период такого опубликования поступили заявления иных граждан, заинтересованных в предоставлении указанного земельного участка, такой земельный участок должен быть предоставлен соответствующим органом государственной власти или органом местного самоуправления в собственность или в аренду по результатам аукциона, а при отсутствии заявлений иных лиц земельный участок предоставляется гражданину, первоначально обратившемуся с заявлением о предоставлении земельного участка. Таким образом, для предоставления садовых и дачных земельных участков гражданам, не являющимся членами садоводческих и дачных некоммерческих объединений граждан, предлагается установить порядок, во многом схожий с порядком предоставления земельных участков для индивидуального жилищного строительства, предусмотренный действующими положениями ст. 30<sup>1</sup> ЗК РФ.

Нельзя не отметить, что законопроект № 444365-6 разрешает ряд вопросов, имеющих важное социальное значение, в том числе, связанных с предоставлением садовых и дачных земельных участков льготным категориям граждан. Так, например, подп. 14 п. 2 проектируемой ст. 39<sup>6</sup> ЗК РФ устанавливает возможность приобретения гражданами, имеющими первоочередное или внеочередное право на предоставление земельных участков (в том числе, садовых и дачных), получить такие земельные участки без проведения торгов (например, инвалиды и семьи, имеющие в своем составе инвалидов, в соответствии со ст. 17 Федерального закона от 24 ноября 1995 г. № 181-ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации»<sup>15</sup>).

Проектируемые в законопроекте № 444365-6 изменения Федерального закона от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации»<sup>16</sup> направлены на разрешение вопроса, который порождает огромное количество конфликтов и судебных процессов между членами садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан с органами государственной власти или органами местного самоуправления по вопросу бесплатной приватизации садовых, огородных и дачных земельных участков в соответствии с п. 4 ст. 28 закона № 66-ФЗ. Законопроект № 444365-6 предлагает установить, что такое право может быть реализовано членом садоводческого, огороднического или дачного некоммерческого объединения независимо от даты вступления в члены такого объединения.

Подводя итог проанализированным положениям законодательных инициатив Правительства Российской Федерации, следует отметить, что, действительно, к настоящему моменту законодательство, регулирующее земельные отношения с участием садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан и их членов, остро нуждается в систематизации и модернизации. Данная задача может быть решена только путем принятия новых законодательных актов, которые не только направлены на комплексное решение проблем в данной сфере, а, возможно, концептуально пересматривают подходы к регулированию отдельных вопросов, связанных с ведением садоводства, огородничества и дачного хозяйства.

Вместе с тем современные условия развития общества и государства также требуют, чтобы такие законы не только решали существующие проблемы садоводов, огородников и дачников, но и стали основой развития и повышения правовой культуры граждан Российской Федерации при формировании отношений по совместному управлению недвижимостью. Однако на вопрос, будут ли решены эти задачи законодательной и исполнительной властью, смогут дать только результаты реализации предлагаемых нововведений на практике.

<sup>15</sup> СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4563.

<sup>16</sup> СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4148.



## **Библиография**

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2009. № 11.

Зайков Д.Е., Звягинцев М.Г. 100 распространенных вопросов по оформлению земли: Юридическая консультация для граждан. М.: Изд. Дом «Ра», 2008.

Комментарий к Российскому законодательству / А.П. Анисимов, Ю.В. Васильчук, А.Ю. Чикильдина. Постатейный комментарий к Федеральному закону «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан». М., 2008.

Крассов О.И. Земельное право: учеб. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ.

Лебедева Н.Н. Земельные участки для садоводства, огородничества и ведения дачного хозяйства: оправдано ли сохранение различных правовых режимов // Законодательство и экономика. 2005. № 11 (259).

Общая характеристика потребительского кооператива как юридического лица. Учебное пособие / Парфирьев Д.Н.; науч. ред. Валеев Д.Х. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 2005.

Рекомендации парламентских слушаний на тему: «Законодательство о садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан: правоприменительная практика и направления совершенствования» // Официальный сайт Комитета Государственной Думы по земельным отношениям и строительству. [www.komitet3.km.duma.gov.ru](http://www.komitet3.km.duma.gov.ru).

---

## Issues of Gardening, Vegetable Gardening and Cottage Economy in Legislative Initiatives of the Russian Federation Government as to Land Relations



**Alexey Butovetskiy**

Deputy Head of the State Duma Committee Administration on Land Relations and Construction, PhD (Law). Address: Okhotniy Ryad str., 1, 103265, Moscow, the Russian Federation. E-mail: butovetskiy@duma.gov.ru.



### Abstract

The article features the drafts of federal laws submitted to the State Duma by the Russian Federation Government. These drafts aim to develop legal regulation of land relations in gardening, vegetable gardening and cottage economy. The author focuses on improving legislative regulation of land relations in gardening set in the Russian Federation President State of the Nation address of December 12/2013, instructions of the Russian Federation President, *Conception of the Development of Civil Legislation* prepared under the Russian Federation President Decree On Improving the Russian Federation Civil Code, the Russian Federation Constitutional Court judicial acts and recommendations developed by the State Duma. The paper examines the problems of implementing the judicial acts of the Russian Federation Constitutional Court recognized contradicting the Russian Federation Constitution provisions of the Federal law *On Gardening and Cottage noncommercial Associations of Citizens* as to the ban on registering citizens in their location in the dwelling facilities situated on gardening plots including in terms of the Russian Federation Government bill On Amending the Federal Law *On Gardening and Cottage noncommercial Associations of Citizens*. Special attention is given to the bill of federal law no. 465407-6 On amending the Russian Federation Land Code as to classifying lands into the categories under territorial zoning aimed to eliminate one of the key institutions of land legislation, i.e. dividing lands according to the purpose into categories. The author has conducted a detailed analysis of consequences of this elimination for farmers and cottage owners. An extensive part of the article is devoted to the analysis of provisions no. 465407-6 *On amending the Russian Federation Land Code and the Russian Federation legislative acts* as to improving the order of providing land plots belonging to state or municipalities which will reconsider the order of allocating land plots for gardening. Besides, the author exposes the disadvantages of the current legal regulation of in this area and shows the ways of improving the Russian Federation Land Code proposed by the Russian Federation Government.



### Keywords

Gardening, market gardening, country farm, non-profit Associations of citizens, the Government of the Russian Federation, the Land Code of the Russian Federation, land plots.



### References

- Anisimov A.P., Vasil'chuk Yu.V., Chikil'dina A.Yu. (2008) Postateynny kommentariy k Federal'nomu zakonu «O sadovodcheskikh, ogorodnicheskikh i dachnykh nekommercheskikh ob'edineniyakh grazhdan» [Commentaries to the Federal Law on Gardening and cottage noncommercial associations]. Rossiyskiy bukhgalter. Moscow.
- Zaykov D.E., Zvyagintsev M.G. (2008) 100 rasprostranennykh voprosov po oformleniyu zemli: Yuridicheskaya konsul'tatsiya dlya grazhdan [100 common questions on registering a land plot: Legal clinic for citizens]. Moscow: Izdatel'skiy Dom «Ra». (in Russian)
- Krassov O.I. (2007) Zemel'noe pravo: Uchebnyk [Land law: Textbook]. Moscow. (in Russian)
- Lebedeva N.N. (2005) Zemel'nye uchastki dlya sadovodstva, ogorodnichestva i vedeniya dachnogo khozyaystva: opravdano li sokhranenie razlichnykh pravovykh rezhimov [Land plots for gardening and cottage households: Shall different legal regimes co-exist]. Zakonodatel'stvo i ekonomika, no 11.
- Valeev D.Kh (ed.) (2005) Obshchaya kharakteristika potrebitel'skogo kooperativa kak yuridicheskogo litsa. Uchebnoe posobie [General characteristics of consumer cooperative. Manual]. Kazan, 2005.
- Rekomendatsii parlamentskikh slushaniy na temu: «Zakonodatel'stvo o sadovodcheskikh, ogorodnicheskikh i dachnykh nekommercheskikh ob'edineniyakh grazhdan: pravoprimenitel'naya praktika i napravleniya sovershenstvovaniya» // Ofitsial'nyy sayt Komiteta Gosudarstvennoy Dumy po zemel'nyim otnosheniyam i stroitel'stvu. [www.komitet3.km.duma.gov.ru](http://www.komitet3.km.duma.gov.ru).

# Защита субъективных гражданских прав саморегулируемых организаций в строительстве в спорах при взыскании взносов со своих членов

---

---

**С.В. Кружкова**

аспирантка ФГНИУ «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации». Адрес: Российская Федерация, 117218, г. Москва, ул. Б. Черемушкинская, д. 34. E-mail: svetlana-kruzhkova@yandex.ru

---



## Аннотация

В статье рассматриваются особенности правоотношений по уплате взносов членами саморегулируемых организаций в строительной сфере. В работе проанализированы судебные акты, в которых дана квалификация отношений по уплате взносов. Установлено, что подавляющее большинство судов считают спор о взыскании взносов корпоративным по двум причинам: 1) он возникает в сфере управления некоммерческим партнерством; 2) взнос уплачивается на основании устава, а не на основании хозяйственных договоров. Автор не считает отношения по уплате взносов корпоративными. Корпоративными, по ее мнению, являются лишь те правоотношения, которые опосредуют: 1) участие в юридическом лице и 2) управление юридическим лицом, независимо от того, является оно коммерческой организацией или нет. Под правом участия автор понимает абсолютное право участника корпорации на такое волеизъявление, которое может оказать влияние на волеобразование самой корпорации. Правом управления предлагается считать абсолютное право корпорации, выражающееся в возможности совершения ею такого акта волеизъявления, который основан на надлежащем волеобразовании и влечет соответствующие правовые последствия. По мнению автора, абсолютные корпоративные права защищаются косвенно — путем восстановления нарушенных прав их носителей в относительных правоотношениях. В связи с изложенным автор полагает, что требование саморегулируемой организации об уплате взноса не может быть отнесено к предмету корпоративного спора, поскольку неисполнение членом своей обязанности не нарушает права организации сформировать свою волю и изъять ее в отношениях с третьими лицами. В связи с этим при рассмотрении дел о взыскании взносов саморегулируемые организации не нуждаются в дополнительной правовой защите, предоставляемой участникам корпоративных споров арбитражным процессуальным законодательством. Правоотношения по уплате взносов носят возмездный характер и предполагают обязанность саморегулируемой организации оказать услуги своему члену, и обязанность члена уплатить саморегулируемой организации за это соответствующее вознаграждение (в виде взноса). В случае если предмет обязательства между саморегулируемой организацией и ее членом в уставе и иных документах не определен и доказательства выполнения саморегулируемой организацией своих обязанностей отсутствуют, права саморегулируемой организации не могут считаться нарушенными и ее требование об уплате взноса не подлежит удовлетворению.

---



## Ключевые слова

саморегулируемая организация, взносы, корпоративные отношения, корпоративный спор, право участия, право управления

---

---

К настоящему времени судами рассмотрено несколько сотен дел, истцами по которым выступили саморегулируемые организации, а ответчиками — субъекты предпринимательской деятельности, выполняющие проектные или изыскательские работы, осуществляющие строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объектов капитального строительства. Подавляющее большинство дел связано с взысканием саморегулируемыми организациями с указанных лиц членских взносов. Рассматривая дела, суды по-разному квалифицировали спор о взыскании взносов: в некоторых судебных актах имеются указания, что спор является корпоративным<sup>1</sup>, некоторые суды рассматривают его в порядке упрощенного производства (а значит, не считают корпоративным)<sup>2</sup>, но большинство судов вообще воздерживается от квалификации спора<sup>3</sup>, ограничиваясь ссылками на нормы ст. 6 Федерального закона от 1 декабря 2007 г. №315-ФЗ<sup>4</sup> и Градостроительного кодекса Российской Федерации<sup>5</sup>.

Применяя нормы гл. 28.1 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ)<sup>6</sup> к спорам о взыскании взносов, суды указывали, что взно-

<sup>1</sup> См., напр.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 29 марта 2013 г. по делу № А40-171767/12-134-1344, Определение Арбитражного суда г. Москвы от 7 июня 2013 г. по делу № А40-46618/13, Определение Арбитражного суда г. Москвы от 21 февраля 2013 г. по делу №А40-171767/2012-134-1344, Определение Арбитражного суда Красноярского края от 11 февраля 2013 г. по делу № А33-19470/2012, Определение Арбитражного суда Нижегородской области от 5 апреля 2013 г. по делу № А-43-4948/2013, Определение Арбитражного суда Красноярского края от 11 февраля 2013 г. по делу № А33-141/2013. О корпоративной природе спора о взыскании взносов иными саморегулируемыми организациями (в области энергетического обследования) говорится также: Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 17 октября 2012 г. по делу № А82-6271/2012, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 23 октября 2012 г. № А40-84492/12-22-814 // URL: <http://kad.arbitr.ru/>

<sup>2</sup> См., напр.: Решение Арбитражного суда Белгородской области от 15 мая 2013 г. по делу № А08-1355/2013(У), Решение Арбитражного суда Республики Татарстан от 30 апреля 2013 г. по делу № А65-4235/2013, Решение Арбитражного суда Нижегородской области от 6 февраля 2013 г. по делу № А43-32807/2012, Решение Арбитражного суда Кемеровской области от 29 апреля 2013 г. по делу № А43-32807/2012, Решение Арбитражного суда Белгородской области от 22 марта 2013 г. по делу № А08-430/2013, Решение Арбитражного суда Иркутской области от 27 мая 2013 г. по делу № А19-2135/2013, Решение Арбитражного суда г. Москвы от 25 апреля 2013 г. по делу № А40-18935/13, Решение Арбитражного суда Свердловской области от 28 января 2013 г. по делу № А60-47744/2012, Решение Арбитражного суда Челябинской области от 19 апреля 2013 г. по делу № А76-2644/2013 и др. Как некорпоративный спор о взыскании взносов иных саморегулируемых организаций (в области энергетического обследования и объединяющих арбитражных управляющих) квалифицирован: Постановление Третьего Арбитражного апелляционного суда от 21 января 2011 г. по делу № А74-2643/2010, Постановление Третьего Арбитражного апелляционного суда от 11 октября 2010 г. по делу № А33-9957/2010, Определение Арбитражного суда Пензенской области от 26 ноября 2012 г. по делу № А49-9213/2012, оставленное без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций // URL: <http://kad.arbitr.ru/>

<sup>3</sup> См., напр.: Решение Арбитражного суда Хабаровского края от 8 мая 2013 г. по делу № А73-2045/2013, Решение Арбитражного суда Свердловской области от 20 апреля 2013 г. по делу № А60-8560/2013, Решение Арбитражного суда Самарской области от 16 мая 2013 г. по делу № А55-4548/2013, Решение Арбитражного суда г. Москвы от 6 июня 2013 г. по делу № А40-36453/2013. Решение Арбитражного суда Нижегородской области от 13 мая 2013 г. по делу № А43-3597/2013, Решение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 26 января 2013 г. по делу № А56-46716/2012, Решение Арбитражного суда Хабаровского края от 6 июня 2013 г. по делу № А73-1994/2013 и др. // URL: <http://kad.arbitr.ru/>

<sup>4</sup> Федеральный закон от 1 декабря 2007 г. № 315-ФЗ (ред. от 25 июня 2012 г.) «О саморегулируемых организациях» // Российская газета. № 273. 6 декабря 2007.

<sup>5</sup> Градостроительный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. (ред. от 28 декабря 2013 г.) № 190-ФЗ // Российская газета. № 290. 30 декабря 2004.

<sup>6</sup> Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ // Российская газета. № 137. 27 июля 2002.

сы «подлежат уплате на основании устава и внутренних документов партнерства, а не на основании хозяйственных договоров, заключенных между сторонами»<sup>7</sup>, «членские взносы подлежат уплате на основании устава и членства в партнерстве, а не на основании хозяйственных отношений сторон»<sup>8</sup>. По мнению судов, «спор о взыскании членских взносов относится к категории споров в сфере управления некоммерческим партнерством, поскольку связан с формированием материальной базы деятельности юридического лица посредством возложения планируемых расходов организации на ее членов, которые должны авансировать деятельность партнерства своими взносами»<sup>9</sup>. Приведенные и иные подобные обоснования корпоративной природы спора о взыскании взносов свидетельствуют о формальном подходе судей к толкованию ст. 225.1 АПК РФ и неучете ими того обстоятельства, что между юридическим лицом и его участником могут существовать различные виды связей<sup>10</sup>.

Конституционный Суд Российской Федерации в своих постановлениях неоднократно отмечал, что при рассмотрении конкретного спора суд не должен ограничиваться формальным установлением фактов, поскольку это умаляло бы закрепленное ст. 46 Конституции Российской Федерации право на судебную защиту и противоречило бы требованиям реального обеспечения прав и свобод граждан правосудием<sup>11</sup>. Полагаем, следование приведенному разъяснению и выявление характера связи сторон правоотношения (саморегулируемой организации и ее члена) позволило бы судам правильно определить сущность спора, а значит, предоставить (или не предоставить) его сторонам дополнительные процессуальные гарантии, предусмотренные гл. 28.1 АПК РФ.

Согласно тексту пояснительной записки к проекту Федерального закона от 19 июля 2009 г. № 205-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской

<sup>7</sup> Определение Арбитражного суда г. Москвы от 7 июня 2013 г. по делу № А40-46618/13 // URL: <http://kad.arbitr.ru/>

<sup>8</sup> Определение Арбитражного суда Красноярского края от 11 февраля 2013 г. по делу № А33-19470/2012, Определение Арбитражного суда Красноярского края от 11 февраля 2013 г. по делу № А33-141/2013 // URL: <http://kad.arbitr.ru/>

<sup>9</sup> Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 17 октября 2012 по делу № А82-6271/2012, Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 27 сентября 2012 по делу № А56-34281/2012 // URL: <http://kad.arbitr.ru/>

<sup>10</sup> Весьма показательным в этом плане является «корпоративный» спор о взыскании убытков, причиненных незаконными действиями ликвидатора при ликвидации общества. В рассмотренном деле суды разных инстанций выявили два вида связей: Высший Арбитражный Суд установил, что спор является корпоративным, поскольку связан с ликвидацией общества (Постановление Президиума ВАС РФ от 9 ноября 2010 № 7765/10 по делу № А40-26705/09-73-69 // Вестник ВАС РФ. № 2. 2011), а суд первой инстанции (после рассмотрения дела в порядке надзора) решил, что требование истца направлено на восстановление прав и интересов в имущественной сфере (Решение Арбитражного суда Челябинской области от 30 ноября 2011 г. по делу № А76-9442/2011). В аналогичном споре (о взыскании убытков) позиция Высшего Арбитражного Суда РФ была поддержана Десятым арбитражным апелляционным судом (Постановление от 1 декабря 2009 № 09АП-25489/2009-ГК, 09АП-25664/2009-ГК по делу № А40-32598/09-45-224) и продублирована в Определении Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 августа 2010 № ВАС-7308/10 по делу № А40-32598/09-45-224 // URL: <http://kad.arbitr.ru/>

<sup>11</sup> См., напр.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 8 февраля 2011 г. № 131-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Товары для дома» на нарушение конституционных прав и свобод частями 1 и 2 статьи 5 Федерального закона «Об особенностях отчуждения недвижимого имущества, находящегося в государственной собственности субъектов Российской Федерации или в муниципальной собственности и арендуемого субъектами малого и среднего предпринимательства, и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

Федерации»<sup>12</sup> появление в АПК РФ главы 28.1 было обусловлено стремлением законодателя создать такие условия рассмотрения споров с участием юридических лиц, которые позволили бы сохранить для управомоченных лиц корпоративный контроль и не допустили бы появления и развития «корпоративных войн»<sup>13</sup>. Таким образом, изменение общего порядка рассмотрения споров (введение исключительной подсудности, сокращение сроков на обжалование некоторых судебных актов, введение ограничений для принятия обеспечительных мер, повышение информационной открытости и т.д.) было направлено на восстановление прав участников корпоративных, а не каких-либо иных правоотношений.

В рамках каких правоотношений саморегулируемая организация вправе требовать от своих членов уплаты взносов? Следует согласиться с позицией судов и признать, что такие правоотношения возникли в связи с членством лиц в организации и принятием ею определенных решений. Однако выявление основания возникновения правоотношения, по нашему мнению, не приблизило правоприменителей и ученых<sup>14</sup> к пониманию сущности спора, не позволило установить, какое право пытается защитить саморегулируемая организация, обращаясь в суд. Не раскрывает сущности правоотношений и указание, каким образом саморегулируемая организация использует взносы: на нужды партнерства и реализацию его программных и уставных целей<sup>15</sup>, на компенсацию расходов организации на выполнение ею своих функций<sup>16</sup> и т.д. Вопрос распоряжения имуществом саморегулируемой организации носит экономический характер и может иметь отношение к праву только в связи с определением законности (незаконности) совершения определенных действий. Содержанием правоотношений, как известно, являются права и обязанности его участников, которые и определяют его сущность.

Нам представляется неоправданным широкий подход тех исследователей, которые считают, что к корпоративным правоотношениям можно отнести все правоотношения между корпорацией и ее участниками<sup>17</sup> (возможно, такую группу отношений целесо-

<sup>12</sup> Федеральный закон от 19 июля 2009 г. № 205-ФЗ (ред. от 23 июля 2013) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Российская газета. № 133. 22 июля 2009.

<sup>13</sup> Пояснительная записка к проекту № 384664-4 «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации (в части совершенствования механизмов разрешения корпоративных конфликтов)» // URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/mai№.№sf/%28Spravka№ew%29?Op№Age№t&R№=384664-4&02>

<sup>14</sup> О корпоративной природе правоотношений по уплате взносов см.: *Нестолий В.* Иски НКО: подведомственность и подсудность // ЭЖ-Юрист. 2011. № 23. С. 13.

<sup>15</sup> Решение Арбитражного суда Белгородской области от 15 мая 2013 г. по делу № А08-1355/2013(У) // URL: <http://kad.arbitr.ru/>

<sup>16</sup> Решение Арбитражного суда Кемеровской области от 16 апреля 2013 г. по делу № А27-3023/2013 // URL: <http://kad.arbitr.ru/>

<sup>17</sup> Так, напр., Н.В. Козлова считает, что содержанием корпоративного правоотношения становятся права и обязанности, возникающие для каждого из его участников, включая само юридическое лицо и лиц, действующих в качестве его органов или совершающих иные юридические действия в рамках этого отношения (*Козлова Н.В.* Правосубъектность юридического лица. М.: Статут, 2005. С. 115). Д.В. Ломакин включил в содержание корпоративного правоотношения обязанность участника по предоставлению денежной компенсации и внесению вклада в имущество общества с ограниченной ответственностью, обязанность не разглашать конфиденциальную информацию (как элемент содержания производных корпоративных правоотношений), информационные обязанности (при отчуждении имущества, в отношении которого у иных участников организации существуют преимущественные права). См.: *Ломакин Д.В.* Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008. С. 457–458, 464. По мнению Т.В. Кашаниной, содержанием корпоративных правоотношений могут выступать права и обязанности сторон правоотношений, связанных с финансами, трудовой деятельностью, заключением и исполнением договоров и т.д. См.: *Кашанина Т.В.* Корпоративное право: учеб. М.: Изд-во Юрайт; Высшее образование, 2010. С. 76, 87–90.

образно называть внутренними), подчеркивая при этом, что корпоративная норма распространяет свое действие и может изменить правовой статус только этих двух субъектов. Собственно корпоративными, по нашему мнению, являются лишь те правоотношения, которые опосредуют: 1) участие в юридическом лице и 2) управление юридическим лицом, независимо от того, является оно коммерческой организацией или нет<sup>18</sup>.

Под правом участия мы понимаем абсолютное право участника корпорации<sup>19</sup> на такое волеизъявление, которое может оказать влияние на волеобразование самой корпорации<sup>20</sup>. Соглашаясь с Р.Р. Ушницким, мы относим объект корпоративного правоотношения участия к особому виду благ<sup>21</sup>. Обладание таким благом является основой для приобретения иных благ (например, дивидендов) вследствие вступления в иные (некорпоративные) правоотношения.

Правом управления предлагается считать абсолютное право корпорации, выражающееся в возможности совершения ею такого акта волеизъявления, который основан на надлежащем волеобразовании и влечет соответствующие правовые последствия. Мы не можем согласиться с позицией тех авторов, которые относят к носителям права управления участников корпорации<sup>22</sup>. Мы солидарны с теми исследователями, которые полагают, что участники лишь участвуют в управлении организацией, но не управляют ею<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Эта позиция отражена в абз. 1 ст. 225.1 АПК РФ, однако в последующих нормах этой статьи законодатель отошел от первоначально заложенного принципа.

<sup>19</sup> Мнение о том, что права участия в хозяйственных обществах (на примере прав акционера) не могут быть квалифицированы в качестве содержания обязательства, впервые в русской литературе высказал, по-видимому, Л.И. Петражицкий. Он не посчитал возможным отнести их ни к вещным правоотношениям, ни к обязательствам. См.: *Петражицкий Л.И.* Акционерная компания. СПб., 1898. С. 52, сноска; *Он же.* Акции, биржевая игра и теория экономических кризисов. СПб., 1911. С. 41, сноска. Цит. по: *Бабаев А.Б., Бевзенко Р.С., Белов В.А., Тарасенко Ю.А.* Практика применения Гражданского кодекса Российской Федерации, части первой / под общ. ред. В.А. Белова. М.: Изд-во Юрайт, 2008. С. 631. Отнесение права участия к элементу содержания абсолютного правоотношения, однако, не противоречит позиции Л.И. Петражицкого, поскольку приведенная им классификация правоотношений неверна в связи с тем, что основана на разных критериях выделения группы правоотношений. Верной является классификация «абсолютные — относительные правоотношения»; при этом абсолютные правоотношения могут быть не только вещными.

<sup>20</sup> Не представляется возможным полностью согласиться с позицией, что «права участия представляют собой возможности совершения их обладателем (участником) таких действий, которые направлены на участие в чужой деятельности и распределение чужого имущества; эти действия не сводятся к требованиям». См.: *Бабаев А.Б., Бевзенко Р.С., Белов В.А., Тарасенко Ю.А.* Практика применения Гражданского кодекса Российской Федерации, части первой. С. 631. По нашему мнению, реализация права участия не только не сводится к требованиям, но вообще исключает их; требования, связанные с правом участия, могут возникнуть у лица лишь в охранительных правоотношениях.

<sup>21</sup> По Р.Р. Ушницкому объектом корпоративного правоотношения выступает «сам факт участия в корпорации». См.: *Ушницкий Р.Р.* О гражданско-правовой форме корпоративного отношения // Вестник гражданского права. 2011. № 5. С. 64–91. В отличие от Р.Р. Ушницкого, мы считаем такое благо нематериальным и не подлежащим отчуждению на основании сделок.

<sup>22</sup> *Харитонов Ю.С.* Отражение функции управления в институтах гражданского права: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2011. С. 225, 241; *Поваров Ю.С.* Вопросы дифференциации прав акционеров // Принципы и критерии дифференциации субъективных прав в частноправовой сфере: сб. науч. статей / отв. ред. Ю.С. Поваров, В.Д. Рузанова. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2009. С. 33.

<sup>23</sup> О праве участвовать в управлении юридическим лицом пишут: *Цирульников В.Н.* Признак «организационное единство» и его влияние на правоспособность коммерческих организаций: теоретический и правовой аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 1998. С. 15, 31; *Никологорская Е.И.* Гражданско-правовая характеристика интересов акционеров и акционерного общества и их баланса: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 86; *Бабаев А.Б.* Методологические предпосылки исследования кор-

Акт волеизъявления участника не выступает самостоятельным юридическим фактом, а является лишь одним из элементов фактического состава, влекущего волеобразование корпорации и, соответственно, ее возможности эту волю в дальнейшем изъять.

Что касается правоотношений в связи с созданием юридического лица, то они не могут быть отнесены к корпоративным в том случае, когда такое лицо еще не создано. Тем не менее в ситуации, когда субъекту создаются какие-либо препятствия для образования юридического лица, защите подлежит его право на приобретение права участия, которое может защищаться в том же порядке, что и право участия, в связи с его особой важностью для носителя.

Мы приходим к выводу, что не все споры, перечисленные в п.1–9 ст. 225.1 АПК РФ, могут быть отнесены к корпоративным. Корпоративные споры должны быть выделены в отдельную группу в зависимости не от предмета заявленного требования, а от того, каковы более отдаленные последствия разрешения такого спора, в частности, можно ли посредством его разрешения восстановить нарушенное право управления корпорацией или право участия, принадлежащее ее участнику. В связи с отсутствием материального объекта защита корпоративных прав будет иметь сходство с защитой авторских прав, а не с защитой права собственности: абсолютные корпоративные права защищаются косвенно — путем восстановления нарушенных прав их носителей в относительных правоотношениях<sup>24</sup>.

Придерживаясь вышеизложенной позиции о правовой природе корпоративного спора, мы полагаем, что требование саморегулируемой организации об уплате взноса не может быть отнесено к предмету корпоративного спора в связи с тем, что неисполнение членом своей обязанности не нарушает права организации сформировать свою волю и изъять ее в отношениях с третьими лицами<sup>25</sup>. Фактические затруднения саморегулируемой организации (например, отсутствие денежных средств на аренду зала для проведения общего собрания участников) не тождественны юридической невозможности принять решение по соответствующему вопросу<sup>26</sup>. По нашему мнению, правоотноше-

---

поративных правоотношений // Вестник гражданского права. 2007. № 4 // СПС «Консультант Плюс»; Гражданское право: учеб: в 4 т. / отв. ред. Е.А. Суханов. Т. 1. Общая часть. М.: ВолтерсКлувер, 2005. С. 42; Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008. С. 364 и др.

<sup>24</sup> Например, право участия акционера косвенно защищается путем признания недействительной и применения последствий недействительности сделки по отчуждению акции. Возвращая себе акцию, ее обладатель возвращает себе право участия. Наиболее распространенным способом защиты права управления корпорации является предъявление ее участниками косвенного иска. Его удовлетворение позволяет вернуть организацию в положение, при котором ее воля формируется в установленном порядке, а волеизъявление порождает соответствующие правовые последствия. См.: Решение Арбитражного суда г. Москвы от 13 марта 2013 г. по делу № А40-162158/12 // URL: <http://kad.arbitr.ru/>

<sup>25</sup> В связи с тем, что неуплата дивидендов не лишает участника общества права участия (голосования на общих собраниях и т.д.), требование об уплате дивидендов также не может быть отнесено к предмету корпоративного спора. О противоположной позиции см., напр.: Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008. С. 339–340; Бабаев А.Б. Методологические предпосылки исследования корпоративных правоотношений // Вестник гражданского права. 2007. № 4 // СПС «Консультант Плюс»; Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. М.: Статут, 2005. С. 135; Кондракова И.А. Право акционеров на дивиденды // Гражданское право. 2006. № 2 // СПС «Консультант Плюс»; Фроловский Н.Г. Основания возникновения права на получение дивидендов // Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. № 6. С. 12–16; Русанова В.А. Корпоративные способы защиты прав участников хозяйственных обществ: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 78 и др.

<sup>26</sup> Примером юридической невозможности является невозможность общества принять решение, для которого требуется голосование всех его участников, но участник уклоняется от голосования по

ния по уплате взносов носят возмездный характер и предполагают обязанность саморегулируемой организации оказать услуги своему члену, и обязанность члена уплатить саморегулируемой организации за это соответствующее вознаграждение (в виде взноса).

Взыскивая взносы со своих членов, саморегулируемая организация защищает не корпоративный, а экономический интерес. В связи с тем, что последний не имеет столь важного значения, его обладателям не должны предоставляться дополнительные процессуальные гарантии, установленные гл. 28.1 АПК РФ. Уяснение природы спора порождает вопрос: влечет ли удовлетворение исполнительного иска саморегулируемой организации восстановление экономического баланса между нею и ее членом, уравнивает ли оно выгоду, получаемую каждым из субъектов обменных правоотношений?

Предмет обязательства между саморегулируемой организацией и ее членами в законодательстве определен недостаточно четко (негативным моментом является несоответствие целей деятельности некоммерческих организаций, приведенных в ст. 8 Федерального закона от 12 января 1996 г. №7-ФЗ «О некоммерческих организациях»<sup>27</sup> и ст. 55.1 Градостроительного кодекса Российской Федерации). В судебных актах имеются указания, что «в период членства в Партнерстве его члены, уплачивая членские взносы, в то же время вправе получать от Партнерства встречное предоставление в виде представления их интересов в отношениях с органами государственной власти, информационных и консультационных услуг»<sup>28</sup>, «...исходя из правовой природы института некоммерческих партнерств как добровольного объединения, члены объединения, оплачивая членские взносы, вправе получать встречное предоставление (получение помощи, информации и т.д.) в период членства в данном объединении»<sup>29</sup>.

Представляется, что суды в целом верно, хотя и неточно<sup>30</sup> определили характер и виды деятельности, которые должна осуществлять саморегулируемая организация в интересах своих членов. Мы не имеем оснований полагать, что взносы уплачиваются за осуществление саморегулируемой организацией своих функций, в общем виде перечисленных в ст. 6 Федерального закона № 315-ФЗ<sup>31</sup>. Они не уплачиваются за оказание ею «регулирующих услуг»<sup>32</sup>. Выделение «регулирующих услуг» как «особых услуг, оказываемых саморегулируемыми организациями»<sup>33</sup>, нецелесообразно, как минимум потому, что не позволяет определить предмет обязательства. Кроме того, вопрос регулирования деятельности членов саморегулируемых организаций находится в компетенции самих

---

вопросам повестки дня (ст. 10 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. (ред. от 29 декабря 2012 г.) № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // Российская газета. 1998. № 30).

<sup>27</sup> Федеральный закон от 12 января 1996 г. (ред. от 21 апреля 2014 г.) № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» // Российская газета. 1996. № 14.

<sup>28</sup> Решение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 2 апреля 2013 г. по делу № А56-8969/2013 // URL: <http://kad.arbitr.ru/>

<sup>29</sup> Решение Арбитражного суда Ярославской области от 9 апреля 2013 г. по делу № А82-2164/2013 // URL: <http://kad.arbitr.ru/>

<sup>30</sup> К сожалению, суды редко обращают внимание на ту часть ст. 307 Гражданского кодекса Российской Федерации, которая говорит об обязанности должника совершить именно определенные действия. Тем не менее, содержание обязательства между саморегулируемой организацией и ее членом, его существенные условия всегда признаются согласованными (в уставе и решениях общего собрания).

<sup>31</sup> Решение Арбитражного суда Кемеровской области от 16 апреля 2013 г. по делу № А27-3023/2013 // URL: <http://kad.arbitr.ru/>

<sup>32</sup> Грачев Д.О. Правовой статус саморегулируемых организаций: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 68–69.

<sup>33</sup> Там же. С. 6.

этих членов: именно они уполномочены на утверждение в рамках общего собрания документов, которые устанавливают их права и обязанности.

Обращение к традиционному подходу к пониманию услуги как деятельности, которая должна удовлетворить интерес заказчика (в договорных отношениях), позволило бы установить то благо, на которое вправе претендовать субъекты предпринимательской деятельности, вступая в саморегулируемую организацию<sup>34</sup>. Наоборот, отсутствие в законодательстве и учредительных документах саморегулируемых организаций указаний на содержание деятельности обязанной стороны (саморегулируемой организации) создает ощущение, что соглашение сторон (в форме устава<sup>35</sup>) не носит взаимно обязывающего характера и его стороны неравноправны<sup>36</sup>.

В сложившейся ситуации требования саморегулируемых организаций о взыскании взносов в целях компенсации затрат на деятельность, которая не принесла для их членов никаких выгод, представляются необоснованными. В равной мере необоснованными представляются требования о взыскании наряду с взносами также процентов за пользование чужими денежными средствами; отсутствие доказательств принятия услуг<sup>37</sup>, выполненных саморегулируемыми организациями, не позволяет возлагать на них ответственность за неисполнение денежного обязательства.

Весьма показательным и, на наш взгляд, наглядно отражающим поверхностный подход российских правоприменителей к определению правовой природы заявленных требований является дело № А47-8418/2011, рассмотренное Арбитражным судом Оренбургской области. Саморегулируемая организация обратилась к своему члену с требованием о взыскании не только задолженности по уплате членских взносов, но также убытков. Убытки, по мнению истца, возникли в связи с тем, что ответчик не внес денежные средства в размере 6750 руб. (3750 руб. за 2010 год и 3000 руб. за 2011 год), которые пред-

<sup>34</sup> Потребление этого блага (например, в форме организации повышения квалификации работников строительных, проектных, изыскательских организаций) имело бы кумулятивный эффект и распространялось бы даже на тех членов общества, которые не являлись его первоначальными потребителями. От такого эффекта см.: Антонов Г.В. Некоммерческие организации в экономической теории. М.: МАКС Пресс, 2004. С. 14, 22.

<sup>35</sup> Полагаем, в силу принципа диспозитивности гражданского права устав организации может устанавливать не только корпоративные права и обязанности, но и имущественные, и потому приближаться по своему содержанию к обычному гражданско-правовому договору. Договорной природы уставов саморегулируемых организаций (регулирующих уплату взносов) придерживаются некоторые суды, что выражается в признании за организациями возможности изменить в уставе подсудность споров о взыскании взносов. См.: Решение Арбитражного суда г. Москвы от 9 апреля 2013 г. по делу № А40-158335/2012 // URL: <http://kad.arbitr.ru/>

<sup>36</sup> Косвенным признаком, указывающим, что при рассмотрении дела суд ориентируется на пользу, приносимую саморегулируемыми организациями своим членам, является взыскание взносов с учетом длительности членства. См.: Решение Арбитражного суда Ярославской области от 9 апреля 2013 г. по делу № А82-2164/2013, Решение Арбитражного суда Хабаровского края от 6 июня 2013 г. по делу № А73-1997/2013, Решение Арбитражного суда Хабаровского края от 30 мая 2013 г. по делу № А73-2000/2013, Решение Арбитражного суда г. Москвы от 9 апреля 2013 г. по делу № А40-158335/2012 // URL: <http://kad.arbitr.ru/>

<sup>37</sup> Услуги могут быть оказаны саморегулируемой организацией, но не приняты ее членами. Полагаем, молчание членов не является доказательством принятия услуг, поскольку этот способ волеизъявления может повлечь правовые последствия только в случаях, предусмотренных законом. Отсутствие иска к саморегулируемой организации также не является безусловным свидетельством того, что хозяйствующий субъект удовлетворен качеством оказанных ему услуг, тем более что у него есть по крайней мере 3 года, чтобы выразить свое недовольство деятельностью саморегулируемой организации.

назначались для уплаты в виде взносов в Общероссийскую негосударственную некоммерческую организацию «Национальное объединение саморегулируемых организаций, основанных на членстве лиц, осуществляющих подготовку проектной документации»<sup>38</sup>. Указанные суммы были уплачены истцом из собственных средств. К рассмотрению дела в качестве третьего лица было привлечено Национальное объединение проектировщиков, анализу подверглось принятое общим собранием его членом Положение о порядке уплаты отчислений на нужды Национального объединения проектировщиков в 2011 г.

Требование о взыскании задолженности по уплате взносов было удовлетворено полностью; требование о взыскании денежных средств для последующего перечисления их в пользу Национального объединения проектировщиков было удовлетворено частично<sup>39</sup>. Оценив представленные доказательства, суд посчитал необоснованными доводы ответчика, что истец был обязан самостоятельно изыскать средства для уплаты отчислений в Национальное объединение в 2011 г. и оплачивать их за счет ежемесячных членских взносов, получаемых от своих членов<sup>40</sup>.

Подобный подход судебных органов<sup>41</sup> свидетельствует, что суд защищает право саморегулируемой организации не потому, что это отвечает принципам справедливости, возмездности, эквивалентности в правоотношениях между субъектами гражданского права, а потому, что приписывает саморегулируемой организации некую высшую цель, не связанную с удовлетворением потребностей ее членов<sup>42</sup> и состоящую в том числе в содержании Национального объединения.



## Библиография

- Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации // Российская газета. 2002. № 137.  
Градостроительный кодекс Российской Федерации // Российская газета. 2004. № 290.  
Федеральный закон от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» // Российская газета. 1996. № 14.  
Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // Российская газета. 1998. № 30.  
Федеральный закон от 01.12.2007 г. № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях» // Российская газета. 2007. № 273.  
Федеральный закон от 19.07.2009 г. № 205-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Российская газета. 2009. № 133.  
Антонов Г.В. Некоммерческие организации в экономической теории. М.: МАКС Пресс, 2004.  
Бабаев А.Б., Бевзенко Р.С., Белов В.А., Тарасенко Ю.А. Практика применения Гражданского кодекса Российской Федерации, части первой / под общ. ред. В.А. Белова. М.: Изд-во Юрайт, 2008.  
Бабаев А.Б. Методологические предпосылки исследования корпоративных правоотношений // Вестник гражданского права. 2007. № 4.  
Гражданское право: учеб. в 4 т. / отв. ред. Е.А. Суханов. Т. 1. Общая часть. М.: Волтерс Клувер, 2005.

<sup>38</sup> В соответствии с уставом сокращенным наименованием данной организации является «Национальное объединение проектировщиков».

<sup>39</sup> В решении суд указал, что взыскиваемая сумма убытками не является.

<sup>40</sup> Решение Арбитражного суда Оренбургской области от 21 февраля 2012 г. по делу № А47-8418/2011 // URL: <http://kad.arbitr.ru/>

<sup>41</sup> См. также: Решение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 31 мая 2013 г. по делу № А56-8939/2013 // URL: <http://kad.arbitr.ru/>

<sup>42</sup> О неучете подобных доводов при рассмотрении споров о взыскании взносов см.: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 6 июня 2012 г. по делу № А56-40144/2011 // СПС «Консультант Плюс».

- Грачев Д.О. Правовой статус саморегулируемых организаций: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008.
- Кашанина Т.В. Корпоративное право: учеб. М.: Изд-во Юрайт; Высшее образование, 2010.
- Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. М.: Статут, 2005.
- Кондракова И.А. Право акционеров на дивиденды // Гражданское право. 2006. № 2.
- Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008.
- Нестолий В. Иски НКО: подведомственность и подсудность // ЭЖ-Юрист. 2011. № 23
- Никологорская Е.И. Гражданско-правовая характеристика интересов акционеров и акционерного общества и их баланса. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008.
- Поваров Ю.С. Вопросы дифференциации прав акционеров // Принципы и критерии дифференциации субъективных прав в частноправовой сфере: сб. науч. статей / отв. ред. Ю.С. Поваров, В.Д. Рузанова. Самара: Изд-во «Самарский университет», 2009.
- Русанова В.А. Корпоративные способы защиты прав участников хозяйственных обществ: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012.
- Ушницкий Р.Р. О гражданско-правовой форме корпоративного отношения // Вестник гражданского права. 2011. № 5.
- Фроловский Н.Г. Основания возникновения права на получение дивидендов // Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. № 6.
- Харитонов Ю.С. Отражение функции управления в институтах гражданского права: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2011.
- Цирульников В.Н. Признак «организационное единство» и его влияние на правоспособность коммерческих организаций: теоретический и правовой аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 1998.
-

## Protecting Subjective Rights of Self-regulating Organizations in the Event of Disputes about Charging Fees from its Members – Persons Performing Functions Influencing the Security of the Objects of Capital Development

**Svetlana Kruzhkova**

Postgraduate student, the Institute of Legislation and Comparative Law, the Russian Federation Government. Address: Bol'shaya Cheryomushkinskaya Ul., 34, 117218, Moscow, Russia. E-mail: svetlana-kruzhkova@yandex.ru



### Abstract

The article reveals the features of legal relations between self-regulating organizations in development sphere and their members on the payment fees. The author analyzed the judicial acts in which the qualification is given on the payment fees. The paper showed that the overwhelming majority of courts classified a dispute about collecting fees as corporate for two reasons: 1) because it arises in the management of a non-profit partnership, 2) because the fee is paid according to the charter, and not on the economic contracts. The author does not consider the relations on the payment fees as corporate relations. In her opinion, corporate relations arise only during 1) the participation in organization or 2) the management of organization, regardless whether it is a commercial organization or not. The right to participate is the absolute right of the participant to express the will, which may have an impact on the will of corporation. The right to manage is the absolute corporation's right, when expressing the will is based on a proper formed will, and entails the legal consequences. According to the author, absolute corporate rights are protected indirectly – through the restoration of rights in relative legal relations. In the author's opinion the requirement of self-regulating organization for payment fees is not the subject of corporate dispute, because the breach of duty to pay fees does not violate the rights of organizations to form their will and express it in relations with third parties. In cases of collection of fees self-regulating organizations do not need additional legal protection provided to the participants of corporate disputes. The relations on the payment fees are compensatory and imply self-regulating organization's duty to provide services to their members and members obligations to pay for services (in the form of fees). If the subject of obligation between self-regulating organization and their members is not defined, and execution of obligations has not been proved, the rights of self-regulating organization cannot be considered breached and its claim for payment fees shall not be satisfied.



### Keywords

Self-regulating organization, fees, corporate relations, corporate dispute, the right to participate, the right to manage.



### References

- Arbitrazhnyy protsessual'nyy kodeks RF ot 24.07.2002. №95-FZ. Rossiyskaya gazeta, № 137, 27.07.2002.
- Gradostroitel'nyy kodeks Rossiyskoy Federatsii. Rossiyskaya gazeta, № 290, 30.12.2004.
- Federal'nyy zakon ot 12.01.1996. № 7-FZ «O nekommercheskikh organizatsiyakh». Rossiyskaya gazeta, № 14, 24.01.1996.
- Federal'nyy zakon ot 08.02.1998. № 14-FZ «Ob obshchestvakh s ogranichennoy otvetstvennost'yu». Rossiyskaya gazeta, № 30, 17.02.1998.
- Federal'nyy zakon ot 01.12.2007. №315-FZ. «O samoreguliruemym organizatsiyakh». Rossiyskaya gazeta, №273. 06.12.2007.
- Federal'nyy zakon ot 19.07.2009 № 205-FZ. «O vnesenii izmeneniy v otdel'nye zakonodatel'nye akty Rossiyskoy Federatsii». Rossiyskaya gazeta, №133, 22.07.2009.
- Antonov G.V. (2004) Nekommercheskie organizatsii v ekonomicheskoy teorii [Non-profit organizations in economic theory]. Moscow, MAKSS Press. (in Russian)

- Babaev A.B., Bevzenko R.S., Belov V.A., Tarasenko Yu.A. (2008) *Praktika primeneniya Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii, chasti pervoy* [Applying RF Civil Code Part 1]. Moscow, Izdatel'stvo Yurayt. (in Russian)
- Babaev A.B. (2007) *Metodologicheskie predposylki issledovaniya korporativnykh pravootnosheniy* [Methodological basis to research corporate relations]. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 4.
- Sukhanov E.A. (ed.) (2005) *Grazhdanskoe pravo. Uchebnik. V 4 tomakh. Tom.1. Obshchaya chast'*. [Civil Law. Text-book in 4 volumes. Volume 1. General part]. Moscow, Volters Kluver. (in Russian)
- Grachev D.O. (2008) *Pravovoy status samoreguliruemyykh organizatsiy*. Diss ... kand jurid nauk. 12.00.03 [Legal status of self-regulating organizations. Candidate of sciences dissertation]. Moscow.
- Kashanina T.V. (2010) *Korporativnoe pravo. Uchebnik* [Corporate law. A Text-book]. Moscow, Izdatel'stvo Yurayt; Vysshee obrazovanie. (in Russian)
- Kozlova N.V. (2005) *Pravosub 'ektnost' yuridicheskogo litsa* [Legal Personality]. Moscow. Statut. (in Russian)
- Kondrakova I.A. (2006) *Pravo aktsionerov na dividend* [Right od shareholders to dividends]. *Grazhdanskoe pravo*, no 2.
- Lomakin D.V. (2008) *Korporativnye pravootnosheniya: obshchaya teoriya i praktika ee primeneniya v khozyaystvennykh obshchestvakh* [Corporate relations: general theory and practice in businesses]. Moscow. Statut. (in Russian)
- Nestoliy V. (2011) *Iski NKO: podvedomstvennost' i podsudnost'* [Lawsuits of non-profit organizations: jurisdiction]. *EZh-Yurist*, no 23.
- Nikologorskaya E.I.(2008) *Grazhdansko-pravovaya kharakteristika interesov aktsionerov i aktsionernogo obshchestva i ikh balansa*. Diss ... kand. jurid. nauk [Civil Law Profile of the interests of shareholders and their balance. candidate of sciences dissertation]. Moscow.
- Povarov Yu.S. (2009) *Voprosy differentsiatsii prav aktsionerov* [Issues of differentiating the rights of shareholders]. *Printsipy i kriterii differentsiatsii sub'ektivnykh prav v chastnopravovoy sfere. Sb.nauch. statey* [Principles and criteria of differentiating subjective rights in private law. Collection of articles]. Yu.S. Povarov, V.D. Ruzanova (eds). Samara, Samarskiy universitet.
- Rusanova V.A. (2012) *Korporativnye sposoby zashchity prav uchastnikov khozyaystvennykh obshchestv*. Diss... kand. jurid. nauk). 12.00.03 [Corporate ways of protecting the rights of company members. candidate of sciences dissertation]. Moscow.
- Ushnitskiy R.R. (2011) *O grazhdansko-pravovoy forme korporativnogo otnosheniya* [On the civil law form of corporate relations]. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 5.
- Frolovskiy N.G. (2012) *Osnovaniya vozniknoveniya prava na poluchenie dividendov* [Grounds to claim dividends]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, no 6.
- Kharitonova Yu.S. (2007) *Otrazhenie funktsii upravleniya v institutakh grazhdanskogo prava*. Diss ... doct. jurid. nauk [Reflecting the function of government in the institutes of civil law]. Moscow.
- Tsirul'nikov V.N. (1998) *Priznak «organizatsionnoe edinstvo» i ego vliyanie na pravospobnost' kommercheskikh organizatsiy: teoreticheskiy i pravovoy aspekty*. Diss ... kand. jurid. nauk. [Organizational Unity and its influence on the legal capacity of commercial organizations: theory and practice. Candidate of sciences dissertation]. Volgograd.

# Конкуренция норм уголовного права и квалификация преступлений

---



**А.М. Зацепин**

доцент Уральского филиала Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации, член Российской криминологической ассоциации, начальник отдела организации агентурно-оперативной работы УУР ГУ МВД России по Свердловской области кандидат юридических наук, майор полиции. Адрес: Российская Федерация, г. Екатеринбург, ул. Энгельса, 15-54. E-mail: tp0507@ya.ru

---



## Аннотация

В Уголовном кодексе Российской Федерации содержатся составы, которые отражают любой случай совершения определенного преступления, и составы, которые отражают отдельные случаи совершения того же преступления. Первые составы излагаются в общей норме, последние — в специальной норме. При этом существование специальной нормы наряду с общей тогда имеет практический смысл, когда эта специальная норма как-то иначе решает вопросы уголовной ответственности по сравнению с общей нормой. Если в Уголовный кодекс Российской Федерации вводятся составы преступлений, с помощью которых устанавливается ответственность за отдельные случаи совершения деяний, любой случай совершения которых отражен в других составах, тем самым из общей нормы исключается то, что включается в специальную норму. Смысл такого исключения/включения заключается в необходимости дифференциации (изменения, смягчения или усиления) наказания за соответствующее преступление с учетом его общественной опасности. В итоге появляется ответ на вопрос, почему законодателем при предусмотренности преступления общей и специальной нормами приоритет предоставляет именно специальной норме, — для того чтобы у суда в соответствии с его волей появилась возможность назначить виновному иное (повышенное или пониженное) наказание. Таким образом, содержание составов преступлений, отраженных в общей и специальной нормах, никакой конкуренции не предполагает. В статье также рассматриваются конкуренция норм уголовного права и правила квалификации преступлений при ее наличии. Приводятся аргументы в пользу правомерности выделения конкуренции норм уголовного права при квалификации преступлений. Из всех видов данной конкуренции, выделяемых в науке, автор соглашается с существованием в уголовном праве лишь двух: конкуренция общей и специальной норм и конкуренция части и целого. Приводятся правила квалификации преступлений при конкуренции общей и специальной нормы. Формулируются правила квалификации при конкуренции части и целого. Высказываются предложения по совершенствованию как уголовного законодательства, так и практики его применения.

---



## Ключевые слова

конкуренция, норма уголовного права, общая и специальная нормы, часть и целое, специальные нормы, аффект, превышение пределов необходимой обороны, квалификация преступления

---

В Уголовном кодексе Российской Федерации (далее — УК РФ) прямо о конкуренции норм уголовного права ничего не говорится. При этом в ч. 3 ст. 17 УК РФ установлено, что «если преступление предусмотрено общей и специальной нормами, совокупность преступлений отсутствует и уголовная ответственность наступает по специальной норме». Говоря иначе, в законе отражена ситуация, когда совершение одного преступления предусмотрено двумя нормами (в данном случае — общей и специальной), а уголов-

ная ответственность наступает по одной из них (в данном случае — по специальной). Именно такая ситуация (но не только описанная в ч. 3 ст. 17 УК РФ) рассматривается в уголовно-правовой литературе как конкуренция норм уголовного права<sup>1</sup>.

Однако нужно учитывать, что конкуренция норм уголовного права — неоднородное явление. Л.В. Иногамова-Хегай справедливо различает «конкуренцию уголовно-правовых норм, возникающих в процессе регулирования уголовно-правового отношения при квалификации преступления, конкуренцию норм при назначении наказания, конкуренцию норм при освобождении от уголовной ответственности и конкуренцию норм при освобождении от наказания»<sup>2</sup>. Исходя из целей исследования, в дальнейшем мы не будем анализировать ту часть конкуренции норм уголовного права, которая не относится к квалификации преступлений.

В свою очередь неоднородна и конкуренция норм уголовного при квалификации преступлений. В уголовно-правовой науке по поводу видов конкуренции высказываются различные взгляды. В.Н. Кудрявцев рассматривал «два основных вида конкуренции, различающихся между собой по содержанию совпадающих и несовпадающих признаков составов». Речь идет о конкуренции «общей и специальной норм» и конкуренции «части и целого»<sup>3</sup>. Некоторые другие ученые также ограничиваются двумя видами конкуренции норм уголовного права. Вместе с тем они считают целесообразным различать лишь конкуренцию а) общих и специальных норм и б) специальных норм<sup>4</sup>. Отдельные авторы объединяют приведенные выше позиции. Они выделяют следующие виды конкуренции норм уголовного права: 1) общей и специальной, 2) специальных и 3) части и целого<sup>5</sup>.

Л.В. Иногамова-Хегай различает «содержательную, темпоральную (хронологическую), пространственную и иерархическую конкуренции уголовно-правовых норм». Видами содержательной конкуренции, по ее мнению, являются «а) конкуренция общей и специальной норм; б) конкуренция части и целого; в) неоднократная конкуренция общей и специальной норм, а также нормы-части и нормы целого; г) конкуренция общей (специальной, нормы-части или нормы-целого) и исключительной норм»<sup>6</sup>.

Н.К. Семернева считает, что наиболее часто встречаются «конкуренция общей и специальной нормы; части и целого; основной и квалифицированной нормы; квалифицированной и особо квалифицированной нормы; квалифицированной и привилегированной нормы; двух привилегированных норм»<sup>7</sup>. В.С. Савельева к приведенному

<sup>1</sup> См.: Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. М., 2001. С. 210; Горелик А.С. Конкуренция уголовно-правовых норм. Красноярск, 1998. С. 14; Иногамова-Хегай Л.В. Конкуренция уголовно-правовых норм при квалификации преступлений. М., 2002. С. 10 и др.

<sup>2</sup> Иногамова-Хегай Л.В. Конкуренция уголовно-правовых норм при квалификации преступлений. С. 26.

<sup>3</sup> Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. С. 211, 213. См. также: Толкаченко А.А. Теоретические основы квалификации преступлений. М., 2004. С. 43; Корнеева А.В. Теоретические основы квалификации преступлений. М., 2006. С. 140; Назаренко Г.В., Ситникова А.И. Теоретические основы квалификации преступлений. М., 2009. С. 62 и др.

<sup>4</sup> См.: Агаев И.Б. Совокупность преступлений: понятие, виды, наказуемость. М., 2003. С. 156–157; Кадников Н.Г. Квалификация преступлений и вопросы судебного толкования. М., 2011. С. 43. Ранее об этом же писал: Куринов Б.А. Научные основы квалификации преступлений. М., 1984. С. 177.

<sup>5</sup> См.: Горелик А.С. Конкуренция уголовно-правовых норм. С. 14; Черненко Т.Г. Множественность преступлений по российскому уголовному праву. Кемерово, 2007. С. 120.

<sup>6</sup> Иногамова-Хегай Л.В. Конкуренция уголовно-правовых норм при квалификации преступлений. С. 26–27.

<sup>7</sup> Семернева Н.К. Квалификация преступлений (части Общая и Особенная). М., 2010. С. 147.

перечню добавляет конкуренцию норм, определяющих «основной и привилегированный составы преступлений»<sup>8</sup>.

В.П. Малков применительно к Уголовному кодексу РСФСР 1960 г. видел такие виды конкуренции уголовно-правовых норм, как: 1) конкуренция общей и специальной норм; 2) конкуренция специальных норм; 3) конкуренция норм союзного и республиканского значения; 4) конкуренция норм различных союзных республик; 5) конкуренция норм, изданных в разное время; 6) конкуренция норм национального уголовного законодательства с нормами уголовного законодательства иностранных государств; 7) конкуренция норм национального уголовного права с нормами международного права<sup>9</sup>. Сразу отметим, что в связи с распадом СССР соответствующие виды конкуренции норм уголовного права уже не могут возникать. Поэтому в дальнейшем к ним обращаться не имеет смысла.

Как видно, в доктрине единство взглядов наблюдается лишь в отношении выделения конкуренции общей и специальной норм. Вероятно, дело, прежде всего, в предписаниях ч. 3 ст. 17 УК РФ. В то же время это не стало помехой для Н.Ф. Кузнецовой, выступившей за то, что «логичнее отказаться от неизвестного УК и практике понятия «конкуренция», а употреблять законодательную терминологию о квалификации по общей и специальной нормам»<sup>10</sup>. Последнее сделать несложно, но не может не возникнуть вопроса, почему одно преступление оказывается предусмотренным двумя нормами и уголовная ответственность наступает только по одной из них. На него и отвечает слово «конкуренция».

Несмотря на то что в УК РФ термин «квалификация» отсутствует, это не мешает автору им оперировать. Напротив, практике понятие «конкуренция» все-таки известно. Так, в определении Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации по делу С. сказано, что осуждение ее по ч. 2 ст. 303 УК РФ и исключение из обвинения ч. 1 ст. 285 «соответствует правилам конкуренции норм, предусмотренным ч. 3 ст. 17 УК РФ»<sup>11</sup>.

С конкуренцией части и целого также все непросто. А.Н. Трайнин считал ее поглощением составов<sup>12</sup>, В.П. Малков рассматривал как поглощение преступлений<sup>13</sup>, а Н.Ф. Кузнецова относила к квалификации сложных преступлений, совокупности преступлений и единичных преступлений<sup>14</sup>. Такие подходы не отвечают на вопрос, почему в соответствующих случаях поглощаются составы или преступления либо отсутствует совокупность преступлений, а деяние является единичным преступлением, в том числе сложным. На этот вопрос опять-таки отвечает слово «конкуренция».

В.Б. Шакин отрицает наличие конкуренции части и целого<sup>15</sup>, ссылаясь на мнение В.П. Малкова, что «конкурирующие нормы находятся между собой в глубокой взаимосвязи», при которой, «если бы одна из двух конкурирующих норм к моменту применения была отменена, то подлежащий урегулированию случай мог быть разрешен на осно-

<sup>8</sup> Савельева В.С. Основы квалификации преступлений. М., 2006. С. 61.

<sup>9</sup> См.: Малков В.П. Совокупность преступлений (вопросы квалификации и назначения наказания). Казань, 1974. С. 182–193.

<sup>10</sup> Кузнецова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений. М., 2007. С. 125.

<sup>11</sup> Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2010. № 8. С. 40.

<sup>12</sup> См.: Трайнин А.Н. Общее учение о составе преступления. М., 1957. С. 254.

<sup>13</sup> См.: Малков В.П. Совокупность преступлений (вопросы квалификации и назначения наказания). С. 124 и след.

<sup>14</sup> См.: Кузнецова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений. С. 126.

<sup>15</sup> См.: Шакин В.Б. Преодоление конкуренции уголовно-правовых норм при квалификации преступлений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 15

вании оставшейся нормы права»<sup>16</sup>. Это вовсе не противоречит, на наш взгляд, конкуренции части и целого. Если будет отменена норма-часть, то применяется норма-целое. Если будет отменена норма-целое, при прочих равных условиях придется применять норму-часть, хотя, конечно, квалификация будет урезанной.

Напротив, все остальное, что в науке вносят в конкуренцию норм уголовного права, на наш взгляд, ею не является<sup>17</sup>. Это принципиально иное взаимодействие данных норм.

Чаще всего в конкуренцию специальных норм включаются конкуренция норм со смягчающими и отягчающими обстоятельствами, конкуренция норм со смягчающими обстоятельствами, конкуренция норм с отягчающими обстоятельствами<sup>18</sup>. Между тем, иногда нормы со смягчающими обстоятельствами не вводят в конкуренцию специальных норм<sup>19</sup>. Говоря иначе, к конкуренции специальных норм относится многое из того, что называют самостоятельными видами конкуренции Н.К. Семернева и В.С. Савельева и что позволяет особо не останавливаться на критике их мнения.

Однако имеется и другой взгляд на конкуренцию специальных норм. Так, Е.В. Благов обосновал ее отсутствие<sup>20</sup>. Мы его в этом поддерживаем.

Т.А. Костарева высказала мнение, что в случае конкуренции «нескольких пунктов (или частей) статьи, предусматривающих усиливающие ответственность признаки, применяется тот пункт (или часть), который содержит наиболее тяжкий признак из имеющихся в данном конкретном случае. При этом в описательной части приговора должны быть указаны все квалифицирующие признаки деяния»<sup>21</sup>. Конкуренция частей статьи, «предусматривающих усиливающие ответственность признаки», конечно, может быть. Вместе с тем она возникает только при совершении одного преступления, соответствующие квалифицирующие обстоятельства которого одновременно установлены признаками нескольких частей одной и той же статьи, но преступление подлежит квалификации лишь по одной из частей статьи. Правда, такая конкуренция лежит в рамках отраженного в ч. 3 ст. 17 УК РФ соотношения общей и специальной норм.

В иных случаях «конкуренции нескольких пунктов (или частей) статьи, предусматривающих усиливающие ответственность признаки», не возникает. Так, в рамках современного уголовного законодательства при квалификации беспредметно выбирать какой-либо из нескольких пунктов одной и той же части статьи Особенной части

<sup>16</sup> Малков В.П. Совокупность преступлений (вопросы квалификации и назначения наказания). С. 180–181.

<sup>17</sup> В.Б. Шакин считает необоснованным выделение пространственной (территориальной), иерархической и темпоральной (временной), конкуренции, конкуренции части и целого, а также общей или специальной и исключительной норм. См.: Шакин В.Б. Преодоление конкуренции уголовно-правовых норм при квалификации преступлений. С. 15.

<sup>18</sup> См., напр.: Малков В.П. Совокупность преступлений (вопросы квалификации и назначения наказания). С. 183–187; Куринов Б.А. Научные основы квалификации преступлений. С. 178. Мальхин В.И. Квалификация преступлений: Теоретические вопросы. Куйбышев, 1987. С. 43; Костарева Т.А. Квалифицирующие обстоятельства в уголовном праве (понятие, законодательная регламентация, влияние на дифференциацию ответственности). Ярославль, 1993. С. 149; Никонов В.А. Основы теории квалификации преступлений (алгоритмический подход). Тюмень, 2001. С. 172–174; Черненко Т.Г. Множественность преступлений по российскому уголовному праву. С. 123–125; и др.

<sup>19</sup> См.: Азаев И.Б. Совокупность преступлений: понятие, виды, наказуемость. С. 158; Кадников Н.Г. Квалификация преступлений и вопросы судебного толкования. С. 43–44.

<sup>20</sup> См.: Благов Е.В. Квалификация при совершении преступления. М., 2009. С. 79–84.

<sup>21</sup> Костарева Т.А. Квалифицирующие обстоятельства в уголовном праве (понятие, законодательная регламентация, влияние на дифференциацию ответственности). С. 155. См. также: Черненко Т.Г. Множественность преступлений по российскому уголовному праву. С. 124.

УК РФ. В них предусмотрены квалифицированные составы преступлений, каждый из которых содержит признак, отсутствующий в другом, что означает соотношение смежных составов, а не конкуренцию норм уголовного права, при которой только одна из них имеет признаки, отсутствующие в другой<sup>22</sup>.

Не случайно Пленум Верховного Суда Российской Федерации в п. 17 Постановления от 27 января 1999 г. № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» разъяснил, что «убийство, совершенное при квалифицирующих признаках, предусмотренных двумя или более пунктами ч. 2 ст. 105 УК РФ, должно квалифицироваться по всем этим пунктам»<sup>23</sup>. Противоречит этому п. 13, согласно которому, «по смыслу закона квалификация по п. «к» ч. 2 ст. 105 УК РФ совершенного виновным убийства определенного лица с целью скрыть другое преступление или облегчить его совершение исключает возможность квалификации этого же убийства, помимо указанного пункта, по какому-либо другому пункту ч. 2 ст. 105 УК РФ, предусматривающему иную цель или мотив убийства. Поэтому, если установлено, что убийство потерпевшего совершено, например, из корыстных или из хулиганских побуждений, оно не может одновременно квалифицироваться по п. «к» ч. 2 ст. 105 УК РФ»<sup>24</sup>.

По крайней мере, цель и мотив во всех статьях Особенной части УК РФ — это отдельные признаки субъективной стороны преступления. Следовательно, они не способны поглощать друг друга. Более того, совершение преступления может преследовать несколько целей. Если все они криминализованы, то все и должны быть подвергнуты квалификации (например, убийство, совершенное с целью скрыть совершение преступления, предусмотренного ст. 120 УК РФ, может быть совмещено с целью использования органов или тканей потерпевшего).

Из судебной практики, разумеется, вытекает указание отражать в описательной части приговора «все квалифицирующие признаки». Например, в п. 17 Постановления того же Пленума от 27 декабря 2002 г. № 29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» сказано, что «в случае совершения кражи, грабежа или разбоя при отягчающих обстоятельствах, предусмотренных несколькими частями статей 158, 161 или 162 УК РФ, действия виновного при отсутствии реальной совокупности преступлений подлежат квалификации лишь по той части указанных статей Уголовного кодекса Российской Федерации, по которой предусмотрено более строгое наказание. При этом в описательной части приговора должны быть приведены все квалифицирующие признаки деяния»<sup>25</sup>. В то же время последнее применимо не ко всем таким признакам. Не случайно Т.А. Костарева делает оговорку, что «указание на все квалифицирующие признаки будет, видимо, излишним в случаях, когда последующий признак конкретизирует предыдущий и является как бы следующим этапом в логической цепочке развития преступления... В этом случае достаточно указать в приговоре на последний из парных признаков, предшествующий как бы поглощается им»<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> См.: Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. С. 215.

<sup>23</sup> Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1999. № 3. С. 5.

<sup>24</sup> Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1999. № 3. С. 4. А.И. Коробеев оправданно считает данную позицию Пленума «чрезмерно категоричной». См.: Коробеев А.И. Преступные посяательства на жизнь и здоровье человека. М., 2012. С. 107. Однако она воспроизведена в: п. 3 Постановления от 28 июня 2011 г. № 11 «О судебной практике по уголовным делам о преступлениях экстремистской направленности» // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2011. № 8. С. 4.

<sup>25</sup> Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2003. № 2. С. 4. См. также: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1998. № 4. С. 15; 2008. № 5. С. 18.

<sup>26</sup> Костарева Т.А. Квалифицирующие обстоятельства в уголовном праве (понятие, законодательная регламентация, влияние на дифференциацию ответственности). С. 156.

Действительно, нет необходимости приводить в приговоре квалифицирующие признаки, указанные в части статьи Особенной части УК РФ, предусматривающей менее строгое наказание, которые включают в себя содержание квалифицирующих признаков, указанных в части статьи Особенной части УК РФ, предусматривающей более строгое наказание. Скажем, при совершении кражи в особо крупном размере (п. «б» ч. 4 ст. 158 УК РФ) не следует приводить такие признаки, как крупный размер (п. «в» ч. 3) или причинение значительного ущерба гражданину (п. «в» ч. 2), ибо значительный ущерб гражданину не может составлять менее 2500 рублей, крупным размером признается стоимость имущества, превышающая 250 000 рублей, а особо крупным — 1 миллион рублей (примечания 2 и 4 к ст. 158). Между тем это конкуренция не специальных норм, а общей и специальной нормы (ч. 3 ст. 17 УК РФ). Одновременно части статей Особенной части УК РФ, описывающие иные квалифицирующие признаки, не конкурируют друг с другом. С их помощью дается уголовно-правовая оценка различным обстоятельствам дела, а конкуренция способна возникать исключительно в отношении одинаковых обстоятельств.

Если конкуренция специальных норм действительно существует, то должны быть относящиеся лишь к ней общие правила квалификации преступлений. Однако их никто не формулирует.

Явно не является общим для конкуренции специальных норм правило, согласно которому «при конкуренции специальных уголовно-правовых норм приоритет должен отдаваться норме, предусматривающей более мягкую уголовную ответственность», когда одновременно утверждается, что «при конкуренции специальных норм с отягчающими обстоятельствами приоритет отдается нормам с наиболее отягчающими обстоятельствами»<sup>27</sup>. Нельзя считать общим и правило, в соответствии с которым при наличии «двух специальных норм предпочтение должно отдаваться... более специальной норме, содержащей более подробное описание любого элемента состава преступления...»<sup>28</sup>. Им можно руководствоваться при конкуренции норм со смягчающими и отягчающими обстоятельствами или с несколькими отягчающими обстоятельствами. Однако оно не касается норм со смягчающими обстоятельствами, ибо ни в одной из них нет более подробного описания элементов (признаков), предусмотренных в другой норме.

Исходя из сказанного, для норм со смягчающими и отягчающими обстоятельствами или с несколькими отягчающими обстоятельствами, на наш взгляд, вполне достаточно более простых правил квалификации преступлений, которые основаны на отраженной в ч. 3 ст. 17 УК РФ конкуренции общей и специальной нормы. Именно она ясно прослеживается, когда, например, В.Н. Кудрявцев разъясняет, что, «хотя ст. 106, 107, 108 являются специальными нормами... когда ст. 105 упоминает об убийстве при отягчающих обстоятельствах, она имеет в виду те формы этого преступления, которые не подпадают под признаки ст. 107 и 108 УК»<sup>29</sup>.

Что касается конкуренции норм со смягчающими обстоятельствами, то для ее выделения, на наш взгляд, нет нормативных оснований. Предписания ст. 106–108 и 113, 114 УК РФ, применительно к которым она обычно обсуждается<sup>30</sup>, сформулированы законодателем таким образом, что содеянное в соответствующих случаях всегда предусмотрено только одной из приведенных статей.

<sup>27</sup> Куринов Б.А. Научные основы квалификации преступлений. С. 178, 179.

<sup>28</sup> Незнамова З.А. Коллизии в уголовном праве. Екатеринбург, 1994. С. 244.

<sup>29</sup> Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. С. 223.

<sup>30</sup> См.: Иногамова-Хегай Л.В. Конкуренция уголовно-правовых норм при квалификации преступлений. С. 82; Черненко Т.Г. Множественность преступлений по российскому уголовному праву. С. 125 и др.

Так, в п. 15 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 сентября 2012 г. № 19 «О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление» разъяснено, что «следует отграничивать убийство и умышленное причинение тяжкого вреда здоровью при превышении пределов необходимой обороны (часть 1 статьи 108 и часть 1 статьи 114 УК РФ) от убийства и причинения тяжкого вреда здоровью в состоянии внезапно возникшего сильного душевного волнения (аффекта) (статья 107 и статья 113 УК РФ), принимая во внимание, что для преступлений, совершенных в состоянии сильного душевного волнения, характерно причинение вреда потерпевшему не с целью защиты и, следовательно, не в состоянии необходимой обороны. Кроме того, обязательным признаком преступлений, совершаемых в состоянии внезапно возникшего сильного душевного волнения, вызванного действиями потерпевшего, является причинение вреда под влиянием именно указанного волнения, тогда как для преступлений, совершенных при превышении пределов необходимой обороны, этот признак (наличие аффекта) не обязателен.

Если оборонявшееся лицо превысило пределы необходимой обороны в состоянии внезапно возникшего сильного душевного волнения (аффекта), его действия надлежит квалифицировать по части 1 статьи 108 или части 1 статьи 114 УК РФ»<sup>31</sup>. При всей справедливости последнего вывода его обоснование, по нашему мнению, сомнительно. Разумеется, и превышение пределов необходимой обороны, и аффект бывают реакцией именно на общественно опасное посягательство потерпевшего. Мало того, превышение пределов необходимой обороны порой возникает даже в состоянии внезапно возникшего душевного волнения, но не сильного, чтобы считаться аффектом.

Однако превышение пределов необходимой обороны является следствием самой обороны. Тем самым оно, как сама необходимая оборона, происходит «при защите личности и прав обороняющегося или других лиц, охраняемых законом интересов общества или государства» (ст. 37 УК РФ). Следовательно, превышению пределов необходимой обороны свойственен «обязательный признак — специальная цель: защиты, отражения посягательства...»<sup>32</sup>.

На наш взгляд, цель защиты от посягательства не может возникнуть при аффекте. Аффект — это «(от латинского *affectus* — душевное волнение) внезапно возникающее в острой конфликтной ситуации чрезмерное нервно-психическое перевозбуждение, проявляющееся во временной дезорганизации сознания (его сужении) и крайней активизации импульсивных реакций»<sup>33</sup>. При нем «проявляется дефектность восприятия, выражающаяся в так называемом сужении сознания: сознание фиксируется только на том, что вызвало аффект, а все остальное становится лишь фоном»<sup>34</sup>. Выходит, что прав Б.В. Сидоров, считающий, что «причинение физического вреда потерпевшему составляет *цель* ответных действий виновного в состоянии аффекта, которые хотя и носят вынужденный характер, но не являются необходимым и единственным выходом из сложившейся ситуации, в то время как насилие со стороны обороняющегося преследуют цель защиты охраняемых законом личных и общественных интересов, а при-

<sup>31</sup> Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2012. № 11. С. 5.

<sup>32</sup> Кругликов Л.Л. Преступления против личности: Лекции 1–2. Ярославль, 1998. С. 34. См. также: Сидоренко Э.Л. Отрицательное поведение потерпевшего и уголовный закон. СПб., 2004. С. 193.

<sup>33</sup> Еникеев М.И. Юридическая психология. С основами общей и социальной психологии. М., 2010. С. 140. См. также: Гуревич П.С. Психология. М., 2005. С. 235.

<sup>34</sup> Рогачевский Л.А. Эмоции и преступления. Л., 1984. С. 6. См. также: Борзенков Г.Н. Квалификация преступлений против жизни и здоровья. М., 2006. С. 84; Горностаева И.В. Уголовно-правовое и криминологическое значение аффекта: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 8.

чинение вреда нападающему является лишь *средством*, способным обеспечить такую защиту»<sup>35</sup>.

Стало быть, при превышении пределов необходимой обороны имеется признак, отсутствующий при аффекте, — защита от посягательства, а при аффекте — признак, отсутствующий при превышении пределов необходимой обороны, — сильное душевное волнение, т.е. речь идет не о конкуренции норм, а о соотношении смежных составов преступлений. Исключительно последним и должна предопределяться квалификация соответствующих деяний. Вопреки высказанному взгляду<sup>36</sup> необходимая оборона не может совершаться в состоянии аффекта, а деление аффектов на те, которые характерны для аффектированных преступления (гнева, ненависти, отчаяния) и необходимой обороны (страха, ужаса)<sup>37</sup>, с точки зрения уголовного права неверно.

Таким образом, никакой самостоятельной роли в уголовном праве конкуренция специальных норм действительно не играет. Не исключено, что недоразумение с выделением такой конкуренции вытекает из соотношения с основным составом преступления квалифицированного и привилегированного составов. Вместе с тем последние являются специальными применительно не друг к другу или внутри себя, а к основному составу преступления. Между собой и внутри себя квалифицированный и привилегированный составы, как отмечалось, могут находиться лишь в конкуренции общей и специальной нормы<sup>38</sup> либо вообще не конкурируют.

Неоднократную конкуренцию норм уголовного права, по нашему мнению, сложно считать самостоятельным видом конкуренции. Л.В. Иногамова-Хегай признает, что этот вид основан на конкуренции общей и специальной норм, а также нормы-части и нормы-целого<sup>39</sup>. В таком случае неоднократная конкуренция норм уголовного права определяет не содержание, а объем конкуренции, которая еще бывает однократной, но это уже другое направление исследования.

Конкуренция общей (специальной, нормы-части или нормы-целого) и исключительной норм, как нам представляется, вообще не возникает. Об этом, в сущности, прямо свидетельствует сам автор выделения такой конкуренции, когда в отношении общей и специальной нормы указывает, что исключительная норма «никогда не выступает как один из случаев общей, регулируя отношение иначе, чем общая или специальная норма». Применительно к норме-части и норме-целому он утверждает, что исключительная норма «не входит в содержание целого, представляя собой изъятие и регулируя отношение иным образом относительно нормы целого и нормы-части»<sup>40</sup>. Если же исключительная норма такова, она явно не конкурирует ни с общей нормой, ни с нормой-целым.

Выделение темпоральной (временной), пространственной (территориальной) и иерархической конкуренции норм уголовного права мы считаем не до конца продум-

<sup>35</sup> Сидоров Б.В. Аффект: Его уголовно-правовое и криминологическое значение. Казань, 1978. С. 99.

<sup>36</sup> См.: Манойлова С.А. Эмоции в уголовном праве. Вологда, 2006. С. 119 и др.

<sup>37</sup> См.: Пуляева Е.В. Аффект: уголовно-правовая и криминологическая характеристика: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2007. С. 11–12; Канашина О.А. Взаимная вина в уголовном праве. Самара, 2008. С. 168.

<sup>38</sup> Вероятно, именно поэтому конкуренцию специальных норм иногда рассматривают внутри конкуренции общей и специальной нормы. См.: Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. С. 222–224; Иногамова-Хегай Л.В. Конкуренция уголовно-правовых норм при квалификации преступлений. С. 81–84 и др.

<sup>39</sup> См.: Иногамова-Хегай Л.В. Конкуренция уголовно-правовых норм при квалификации преступлений. С. 31.

<sup>40</sup> Там же. С. 33, 34, 35.

манным. Е.В. Благов полагает, что в отличие от других видов конкуренции уголовно-правовых норм «особенность первой заключается в решении вопроса об определении действующего в отношении данного случая уголовного закона, второй — в отсутствии влияния на квалификацию преступления, третьей — в выходе за пределы непосредственно уголовно-правового регулирования»<sup>41</sup>. Кроме начального аргумента, остальные нам кажутся излишними.

Во всех трех названных видах якобы конкуренции норм уголовного права, на наш взгляд, решается один и тот же вопрос — какая из нескольких норм является действующей в отношении совершенного деяния. Не случайно Б.А. Куринов отнес некоторые, выделяемые В.П. Малковым виды конкуренции уголовно-правовых норм, «к проблеме действия уголовного закона в пространстве»<sup>42</sup>. При конкуренции же норм, судя по ч. 3 ст. 17 УК РФ, в отношении совершенного деяния действуют все нормы. Собственно, то же самое относится и к выделяемой В.П. Малковым конкуренции национального уголовного законодательства с нормами уголовного законодательства иностранных государств.

В то же время А.П. Козлов высказал мнение, что конкуренции в уголовном праве нет, а есть «одно общее правило квалификации: при квалификации применяется норма уголовного права, которая содержит специфические признаки, отсутствующие в других нормах права и имеющиеся в конкретно содеянном»<sup>43</sup>. Приведенное правило, скорее, является всеобщим и, как следствие, слишком абстрактным. Для его конкретизации формулируются и другие правила с разным уровнем типичности<sup>44</sup>, в том числе — при конкуренции уголовно-правовых норм.

Мы полагаем, что опровержение наличия конкуренции норм уголовного права связано со словом «конкуренция», а не с существом дела. Слово, означающее соперничество, борьбу за достижение больших выгод, преимуществ<sup>45</sup>, наверное, не слишком точное. Между тем, при наличии положений в ч. 3 ст. 17 УК РФ куда важнее не отрицание конкуренции норм, а адекватное толкование закона. Но этого не видно, когда конкуренция общей и специальной норм оспаривается применительно к основному и квалифицированному составу естественностью (аксиоматичностью), т.е. что «применяется при квалификации та норма, которая содержит признаки содеянного, а не та, которая их не содержит», в то время как конкуренция части и целого опровергается тем, что «если какая-то норма включает в себя признаки другой нормы, то вообще исчезает проблема их соотношения; данной проблемы просто нет, поскольку в законе соединены две нормы в одну»<sup>46</sup>.

Проблемы конкуренции общей и специальной уголовно-правовых норм, действительно, нет, если имеется норма, которая не содержит признаков, находящихся в другой норме. Однако в квалифицированном составе преступления не могут не присутствовать признаки основного. В этом убедиться просто. Достаточно обратить внимание на то, что вторые части статей Особенной части УК РФ начинаются повторением признаков основного состава преступления (ч. 2 ст. 109, 291 УК РФ), словами «деяние, предусмотренное частью первой настоящей статьи...» или «деяния, предусмотренные частью

<sup>41</sup> Благов Е.В. Квалификация при совершении преступления. С. 27.

<sup>42</sup> Куринов Б.А. Научные основы квалификации преступлений. С. 177.

<sup>43</sup> Козлов А.П., Севастьянов А.П. Единичные и множественные преступления. СПб., 2011. С. 341.

<sup>44</sup> Так, Л.Д. Гаухман выделяет общие и частные правила квалификации преступлений. См.: Гаухман Л.Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. М., 2001. С. 275–308.

<sup>45</sup> См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1992. С. 284.

<sup>46</sup> Козлов А.П., Севастьянов А.П. Единичные и множественные преступления. С. 341, 243.

первой настоящей статьи...» (ч. 2 ст. 165, 174.1, 204, 242.1, 271.1, 273, 274 и др.), «те же деяния...» или «то же деяние...» (ч. 2 ст. 111 и 112, ч. 2 ст. 115 — 121 и др.).

Проблема конкуренции части и целого исчезнет лишь с исключением одного из соответствующих составов преступлений из Уголовного кодекса. До тех пор, пока в нем таких перемен не произойдет, наличие и «какой-то нормы», и той, в которой «соединены две нормы в одну», будет иметь место.

В ч. 3 ст. 17 УК РФ отражено, что, «если преступление предусмотрено общей и специальной нормами, совокупность преступлений отсутствует и уголовная ответственность наступает по специальной норме». Это типовое правило квалификации преступления при конкуренции общей и специальной норм, согласно которому специальный закон отменяет действие общего (*lex specialis derogate legi generalis*), и содеянное квалифицируется лишь по специальной норме.

Внутренним проявлением (содержанием) конкуренции общей и специальной норм является конкуренция норм о составах: 1) одного и того же преступления и 2) самостоятельных преступлений<sup>47</sup>. Внешним ее проявлением (формой) выступает конкуренция между несколькими: 1) статьями и 2) частями одной и той же статьи Особенной части УК РФ<sup>48</sup>. В обоих случаях имеются свои разновидности. Тем самым типовое правило конкуренции общей и специальной норм применительно к отдельным ситуациям может выступать в разных проявлениях. В литературе оно конкретизировано, сформулированы и раскрыты частные правила квалификации преступлений при такой конкуренции<sup>49</sup>. Ими выступают:

- 1) если преступление предусмотрено составами, установленными двумя статьями, оно квалифицируется по той статье, которая содержит состав, отражающий один из случаев совершения преступления, любой из которых включен в состав другой статьи;
- 2) если преступление предусмотрено статьями с основным и привилегированным составами, оно квалифицируется по статье, отражающей привилегированный состав;
- 3) если преступление предусмотрено статьями с привилегированным и квалифицированным составами, оно квалифицируется по статье, отражающей привилегированный состав;
- 4) если преступление предусмотрено частями статьи с основным и квалифицированным составами, оно квалифицируется по части, предусматривающей квалифицированный состав;
- 5) если преступление предусмотрено несколькими частями статьи с квалифицированными составами, оно квалифицируется по части, отражающей более квалифицированный состав.

Следует отметить, что в литературе обращается внимание на слишком абстрактный характер правила о дополнительной квалификации преступлений при конкуренции общей и специальной норм, сформулированного в ч. 3 ст. 17 УК РФ, которое не дает критериев определения конкурирующих норм. Как результат, в законе предложено зафиксировать, что «если преступление предусмотрено несколькими статьями или частями статьи, одна из которых содержит состав преступления, отражающий любой

<sup>47</sup> См.: Иногамова-Хегай Л.В. Конкуренция уголовно-правовых норм при квалификации преступлений. С. 71.

<sup>48</sup> См.: Благов Е.В. Квалификация при совершении преступления. С. 50.

<sup>49</sup> См.: Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. С. 220–225; Иногамова-Хегай Л.В. Конкуренция уголовно-правовых норм при квалификации преступлений. С. 71–104; Савельева А.С. Основы квалификации преступлений. С. 61–62; Назаренко Г.Н., Ситникова А.И. Теоретические основы квалификации преступлений. С. 63–64 и др.

случай совершения определенного деяния, а другая — один из случаев совершения этого деяния, то совокупность преступлений отсутствует и уголовная ответственность наступает по статье или части статьи, особо предусматривающей совершенное преступление»<sup>50</sup>.

Принципиальных возражений в отношении приведенного решения у нас не возникает. Одновременно следует обратить внимание, что, на наш взгляд, в нем излишне дублирование положения ч. 3 ст. 17 УК РФ об отсутствии совокупности преступлений. Это из контекста ясно и без особого упоминания. В ч. 1 ст. 17 УК РФ из совокупности преступлений исключены случаи, «когда совершение двух или более преступлений предусмотрено статьями Особенной части настоящего Кодекса в качестве обстоятельства, влекущего более строгое наказание». Мы согласны, что в этих предписаниях заложена конкуренция части и целого<sup>51</sup>.

В соответствии с представлениями разработчика концепции конкуренции части и целого — В.Н. Кудрявцева — при ней «общее правило для квалификации преступления... состоит в том, что всегда должна применяться та норма, которая охватывает с наибольшей полнотой все фактические признаки совершенного деяния». Принципиальная основа данного решения «вытекает из общего положения права: каждый должен нести полную ответственность за все свои противоправные действия»<sup>52</sup>, что, в частности, связано с более строгой их наказуемостью.

При адекватном толковании закона, как правило, решить вопрос, в какой статье речь идет о части, а в какой — о целом, не слишком трудно. В то же время точности квалификации преступления при конкуренции части и целого могли бы способствовать (вместо обычного выяснения, по каким признакам происходит конкуренция части и целого<sup>53</sup>) частные правила, подобные выработанным в отношении конкуренции общей и специальной нормы. Ими, по нашему мнению, являются:

1) если преступление предусмотрено статьей, включающей основной и дополнительный объекты, и статьей, включающей в качестве основного тот объект, который в первой статье выступает дополнительным, квалификация осуществляется по первой статье;

2) если преступление предусмотрено статьей, включающей несколько общественно опасных действий (бездействия), и статьей, включающей одно из них, квалификация осуществляется по первой статье;

3) если преступление предусмотрено статьей, включающей деяние, повлекшее наступление общественно опасных последствий, и статьей, включающей лишь их причинение, квалификация осуществляется по первой статье;

4) если преступление предусмотрено статьей, включающей совершение преступления с использованием орудий или средств совершения преступления, и статьей, включающей лишь их использование, квалификация осуществляется по первой статье;

5) если преступление предусмотрено статьей, включающей действия, связанные с определенным местом, и статьей, включающей только действия в отношении того же места, квалификация осуществляется по первой статье;

<sup>50</sup> Благов Е.В. Квалификация при совершении преступления. С. 50.

<sup>51</sup> См.: Горелик А.С. Конкуренция уголовно-правовых норм. С. 14; Иногамова-Хегай Л.В. Конкуренция уголовно-правовых норм при квалификации преступлений. С. 26–27; Савельева В.С. Основы квалификации преступлений. С. 61; Семернева Н.К. Квалификация преступлений (части Общая и Особенная). С. 147; Черненко Т.Г. Множественность преступлений по российскому уголовному праву. С. 120 и др.

<sup>52</sup> Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. С. 226.

<sup>53</sup> Начало такому подходу положил В.Н. Кудрявцев. См.: Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. С. 226.

6) если преступление предусмотрено статьей, включающей две формы вины, и статьей, включающей лишь неосторожность, квалификация осуществляется по первой статье;

7) если преступление предусмотрено статьей, включающей общественно опасное деяние полностью, и статьей, включающей самостоятельную уголовную ответственность за способ его совершения, квалификация осуществляется по первой статье;

8) если преступление предусмотрено статьей, включающей основное и сопряженное преступление, и статьей, включающей отдельно сопряженное преступление, квалификация осуществляется по первой статье;

9) если преступление предусмотрено содержащимися в разных статьях или частях статьи составами неоконченного и оконченного преступлений, оно квалифицируется по статье или части статьи, которая отражает состав более тяжкого неоконченного преступления.

В связи с тем, что конкуренция части и целого не исчерпывается ситуациями, очерченными в ч. 1 ст. 17 УК РФ, возникает вопрос о совершенствовании уголовного закона. В литературе уже появились пожелания о создании ч. 4 ст. 17 УК РФ. Л.В. Иногамова-Хегай полагает необходимым изложить ее в следующем виде: «Если преступление предусмотрено нормой-целым и нормой-частью, одна из которых охватывает признаки преступления полностью, а другая — частично, совокупность преступлений отсутствует и уголовная ответственность наступает по норме-целому»<sup>54</sup>. Иной вариант представил Е.В. Благов: «Если деяние предусмотрено несколькими статьями, одна из которых содержит состав преступления, отражающий совершенное деяние в целом, а другая — лишь частично, совокупность преступлений отсутствует и уголовная ответственность наступает по статье, полностью предусматривающей совершенное преступление»<sup>55</sup>.

Несомненным достоинством обоих предложений является отражение сути конкуренции части и целого. В то же время в них представляется излишним указание на отсутствие совокупности преступлений, что из контекста ясно и без особого упоминания.

Кроме того, у Л.В. Иногамовой-Хегай содержится скрытая (норма-целое охватывает признаки преступления *полностью*) и явная (норма-часть охватывает признаки преступления *частично*) тавтология. Между тем критика ее позиции на том основании, что «данное положение может действовать лишь при наличии условий, которые... в правилах поглощения одних преступных действий другими», но все сводится только к случаям, «когда то или иное преступление выступает способом совершения другого, более тяжкого преступления»<sup>56</sup>, на наш взгляд, поверхностна. Хотя бы частично предложение Л.В. Иногамовой-Хегай может работать может.

Одновременно Е.В. Благов не учитывает в полном объеме конкуренцию части и целого при оконченном и неоконченном преступлении. По нашему мнению, в законе целесообразно указать, что если преступление предусмотрено несколькими статьями или

<sup>54</sup> Иногамова-Хегай Л.В. Конкуренция норм уголовного права. М., 1999. С. 132. Позже автор приходит к выводу, что «имеется настоятельная необходимость включить в УК новую ст. 17.1 «Конкуренция норм». В части первой этой статьи давалось бы понятие конкуренции уголовно-правовых норм, в части второй — правило конкуренции общей и специальной нормы, в части третьей — правило конкуренции части и целого». См.: Иногамова-Хегай Л.В. Конкуренция уголовно-правовых норм при квалификации преступлений. С. 125–126.

<sup>55</sup> Благов Е.В. Квалификация преступлений (теория и практика). Ярославль, 2003. С. 87–88. См. также: Санинский Р.А. Теоретико-законодательные и правоприменительные аспекты множественности преступлений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004. С. 15.

<sup>56</sup> Рогова Н.Н. Совокупность преступлений: вопросы теории и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003. С. 20.

частями статьи, одна из которых содержит состав преступления, отражающий совершенное деяние в целом, а другая — частично, уголовная ответственность наступает по статье или части статьи, полностью предусматривающей совершенное преступление.



## Библиография

- Агаев И.Б. Совокупность преступлений: понятие, виды, наказуемость. М., 2003.
- Благов Е.В. Квалификация преступлений (теория и практика). Ярославль, 2003.
- Благов Е.В. Квалификация при совершении преступления. М., 2009.
- Борзенков Г.Н. Квалификация преступлений против жизни и здоровья. М., 2006.
- Гаухман Л.Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. М., 2001.
- Горелик А.С. Конкуренция уголовно-правовых норм. Красноярск, 1998.
- Горностаева И.В. Уголовно-правовое и криминологическое значение аффекта: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008.
- Гуревич П.С. Психология. М., 2005.
- Еникеев М.И. Юридическая психология. С основами общей и социальной психологии. М., 2010.
- Иногамова-Хегай Л.В. Конкуренция норм уголовного права. М., 1999.
- Иногамова-Хегай Л.В. Конкуренция уголовно-правовых норм при квалификации преступлений. М., 2002.
- Кадников Н.Г. Квалификация преступлений и вопросы судебного толкования. М., 2011.
- Канашина О.А. Взаимная вина в уголовном праве. Самара, 2008.
- Козлов А.П., Севастьянов А.П. Единичные и множественные преступления. СПб., 2011.
- Корнеева А.В. Теоретические основы квалификации преступлений. М., 2006.
- Коробеев А.И. Преступные посягательства на жизнь и здоровье человека. М., 2012.
- Костарева Т.А. Квалифицирующие обстоятельства в уголовном праве (понятие, законодательная регламентация, влияние на дифференциацию ответственности). Ярославль, 1993.
- Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. М., 2001.
- Кругликов Л.Л. Преступления против личности: Лекции 1–2. Ярославль, 1998.
- Кузнецова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений. М., 2007.
- Куринов Б.А. Научные основы квалификации преступлений. М., 1984.
- Малков В.П. Совокупность преступлений (вопросы квалификации и назначения наказания). Казань, 1974.
- Малыхин В.И. Квалификация преступлений: Теоретические вопросы. Куйбышев, 1987.
- Манойлова С.А. Эмоции в уголовном праве. Вологда, 2006.
- Назаренко Г.В., Ситникова А.И. Теоретические основы квалификации преступлений. М., 2009.
- Незнамова З.А. Коллизии в уголовном праве. Екатеринбург, 1994.
- Никонов В.А. Основы теории квалификации преступлений (алгоритмический подход). Тюмень, 2001.
- Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1992.
- Пуляева Е.В. Аффект: уголовно-правовая и криминологическая характеристика: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2007.
- Рогачевский Л.А. Эмоции и преступления. Л., 1984.
- Рогова Н.Н. Совокупность преступлений: вопросы теории и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003.
- Савельева В.С. Основы квалификации преступлений. М., 2006.
- Санинский Р.А. Теоретико-законодательные и правоприменительные аспекты множественности преступлений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004.

Семернева Н.К. Квалификация преступлений (части Общая и Особенная). М., 2010.

Сидоренко Э.Л. Отрицательное поведение потерпевшего и уголовный закон. СПб., 2004.

Сидоров Б.В. Аффект: его уголовно-правовое и криминологическое значение. Казань, 1978.

Толкаченко А.А. Теоретические основы квалификации преступлений. М., 2004.

Трайнин А.Н. Общее учение о составе преступления. М., 1957.

Черненко Т.Г. Множественность преступлений по российскому уголовному праву. Кемерово, 2007.

Шакин В.Б. Преодоление конкуренции уголовно-правовых норм при квалификации преступлений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.

---

# Collision of Criminal Law Norms and Classifying Crimes

## Alexander Zatsepin

Associate Professor, the Russian Academy of Justice, Ural Branch (the RF Ministry of Justice), member of Russian Criminology Association, Head of the Department on Agent and Field work of the RF Internal Ministry (Sverdlovsk Region), PhD (Law), Major of Police. Address: Engels str., 15 – 54, Ekaterinburg, the Russian Federation. E-mail:tp0507@ya.ru.



### Abstract

The Russian Federation Criminal Code specifies the elements of crimes reflecting every case and those reflecting certain cases of committing the same crime. In the former case the elements are represented under a standard form and the latter in a special one. However, the coexistence of special and general norms has a rationale if the special role influences the decision on criminal liability compared with the general norm. When the Russian Criminal Code deals with the elements which are instrumental to impose the liability for certain committed crimes, any such a case of which is involved in other cases, thus the common norm excludes what is included in the special one. The idea behind such exclusion/inclusion is that it is necessary to differentiate (change, mitigate or increase) the punishment for a crime considering its public danger. As a result, the answer is given to the question why legislators prioritize the special norm though the common one could be an option as well. In this way, court may impose on the guilty another (enhanced or mitigated) punishment. Thus, the cases specified in common or specific parts do not compete. The article analyzes the collision of the norms in criminal law and the rules of classifying crimes if necessary. The arguments are given for the lawfulness to specify the collision in criminal law when classifying crimes. Among all the types of this collision, the author admits the existence of only two in criminal law, i.e. competition of common and special norms and the competition of part and parcel. Rules are given of qualifying crimes when rivaling common and special norms. Rules of qualifying are made up concerning part and parcel. A suggestion is expressed that practice of applying criminal law and its further development require improvements.



### Keywords

Competition, norm of criminal law, common and special norms, part and parcel, special norms, affect, use of excessive force in self-defence, classification of crimes.



### References

- Agavev I.B. (2003) *Sovokupnost' prestupleniy: ponyatie, vidy, nakazuemost'* [Aggregate of Crimes: concept, types, punishment]. Moscow. (in Russian)
- Blagov E.V. (2003) *Kvalifikatsiya prestupleniy (teoriya i praktika)* [Classification of Crimes (Theory and practice)]. Yaroslavl'. (in Russian)
- Blagov E.V. (2009) *Kvalifikatsiya pri sovershenii prestupleniya* [Classification at Committing a Crime]. Moscow. (in Russian)
- Borzenkov G.N. (2006) *Kvalifikatsiya prestupleniy protiv zhizni i zdorov'ya* [Classification of Crimes against Life and Health]. Moscow. (in Russian)
- Gaukhman L.D. (2001) *Kvalifikatsiya prestupleniy: zakon, teoriya, praktika* [Classification of Crimes: Law, Theory, Practice]. Moscow. (in Russian)
- Gorelik A.S. (1998) *Konkurentsya ugovovno-pravovykh norm* [Collision of Criminal Law Norms]. Krasnoyarsk. (in Russian)
- Gornostaeva I.V. (2008) *Ugovovno-pravovoe i kriminologicheskoe znachenie affekta: Avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk* [Affect in Criminal Law and Criminology. (Summary of candidate of sciences dissertation)]. Moscow. (in Russian)
- Gurevich P.S. *Psikhologiya* (2005) [Psychology]. Moscow. (in Russian)
- Enikeev M.I. (2010) *Yuridicheskaya psikhologiya. S osnovami obshchey i sotsial'noy psikhologii* [Legal Psychology. Elements of General and Social Psychology]. Moscow. (in Russian)

- Inogamova-Khegay L.V. (1999) Konkurenciya norm ugovalnogo prava [Collision of Norms in Criminal Law]. Moscow. (in Russian)
- Inogamova-Khegay L.V. (2002) Konkurenciya ugovolno-pravovykh norm pri kvalifikatsii prestupleniy [Collision of Norms in Criminal Law when Classifying a Crimes]. Moscow. (in Russian)
- Kadnikov N.G. (2011) Kvalifikatsiya prestupleniy i voprosy sudebnogo tolkovaniya [Classifying Crimes and Issues of Judicial Interpretation]. Moscow. (in Russian)
- Kanashina O.A. (2008) Vzaimnaya vina v ugovolnom prave [Mutual Guilt in Criminal Law]. Samara. (in Russian)
- Kozlov A.P., Sevast'yanov A.P. (2011) Edinichnye i mnozhestvennye prestupleniya [Single and Multiple Crimes]. Saint Petersburg. (in Russian)
- Korneeva A.V. (2006) Teoreticheskie osnovy kvalifikatsii prestupleniy [Theoretical Fundamentals of Classifying Crimes]. Moscow. (in Russian)
- Korobeev A.I. (2012) Prestupnyye posyagatel'stva na zhizn' i zdorov'e cheloveka [Criminal Infringement on Life and Health of a Person]. Moscow. (in Russian)
- Kostareva T.A. (1993) Kvalifitsiruyushchie obstoyatel'stva v ugovolnom prave (ponyatie, zakonodate'l'naya reglamentatsiya, vliyaniye na differentsiatsiyu otvetstvennosti) [Classifying Circumstances in Criminal Law (Concept, legislative rules, influence on differentiating liability)]. Yaroslavl'. (in Russian)
- Kudryavtsev V.N. (2001) Obshchaya teoriya kvalifikatsii prestupleniy [General Theory of Classifying Crimes]. Moscow. (in Russian)
- Kruglikov L.L. (1998) Prestupleniya protiv lichnosti: Lektsii 1–2 [Crimes against a Person: Lectures 1–2]. Yaroslavl'. (in Russian)
- Kuznetsova N.F. (2007) Problemy kvalifikatsii prestupleniy [Issues of Classifying Crimes]. Moscow.
- Kurinov B.A. (1984) Nauchnye osnovy kvalifikatsii prestupleniy [Scientific Fundamentals of Classifying Crimes]. Moscow. (in Russian)
- Malkov V.P. (1974) Sovokupnost' prestupleniy (voprosy kvalifikatsii i naznacheniya nakazaniya) [Aggregation of Crimes (Issues of Classifying and Imposing Punishment)]. Kazan'. (in Russian)
- Malykhin V.I. (1987) Kvalifikatsiya prestupleniy: Teoreticheskie voprosy [Classifying Crimes. Theory]. Kuybyshev. (in Russian)
- Manoylova S.A. (2006) Emotsii v ugovolnom prave [Emotions in Criminal Law]. Vologda. (in Russian)
- Nazarenko G.V., Sitnikova A.I. (2009) Teoreticheskie osnovy kvalifikatsii prestupleniy [Theoretical Fundamentals of Classifying Crimes]. Moscow. (in Russian)
- Neznamova Z.A. (1994) Kollizii v ugovolnom prave [Collisions in Criminal Law]. Ekaterinburg. (in Russian)
- Nikonov V.A. (2001) Osnovy teorii kvalifikatsii prestupleniy (algoritmicheskiy podkhod) [Fundamentals of the Theory of Classifying Crimes (Algorithmic Approach)]. Tyumen'. (in Russian)
- Ozhegov S.I., Shvedova N.Yu. (1992) Tolkovyy slovar' russkogo yazyka [Explanatory Dictionary of the Russian Language]. Moscow. (in Russian)
- Pulyaeva E.V. (2007) Affekt: ugovolno-pravovaya i kriminologicheskaya kharakteristika: Avtoref. dis. ...kand. yurid. nauk [Affect: a Criminal Law and Criminological Characteristics. (Summary of candidate of sciences dissertation)]. Tambov. (in Russian)
- Rogachevskiy L.A. (1984) Emotsii i prestupleniya [Emotions and Crimes]. Leningrad. (in Russian)
- Rogova N.N. (2003) Sovokupnost' prestupleniy: voprosy teorii i praktiki: Avtoref. dis. ...kand. yurid. nauk [Aggregate Crimes: Theory and Practice. (Summary of candidate of sciences dissertation)]. Ekaterinburg. (in Russian)
- Savel'eva V.S. (2006) Osnovy kvalifikatsii prestupleniy [Fundamentals of Classifying Crimes]. Moscow. (in Russian)
- Saninskiy R.A. (2004) Teoretiko-zakonodate'l'nye i pravoprimenitel'nye aspekty mnozhestvennosti prestupleniy: Avtoref. dis. ...kand. yurid. nauk [The Aspects of Theoretical Legislation and Enforcement concerning Multiple Crime (Summary of candidate of sciences dissertation)]. Saint Petersburg. (in Russian)
- Semerneva N.K. (2010) Kvalifikatsiya prestupleniy (chasti Obshchaya i Osobennaya) [Classifying Crimes (Common and special Parts)]. Moscow. (in Russian)

- Sidorenko E.L. (2004) Otritsatel'noe povedenie poterpevshego i ugovolnyy zakon [Negative Behaviour of the Victim and Criminal Law]. Saint Petersburg. (in Russian)
- Sidorov B.V. (1978) Affekt: ego ugovolno-pravovoe i kriminologicheskoe znachenie. [Affect: its Criminal Law and Criminological Significansc] Kazan'. (in Russian)
- Tolkachenko A.A. (2004) Teoreticheskie osnovy kvalifikatsii prestupleniy [Theoretical Fundamentals of Classifying Crimes]. Moscow. (in Russian)
- Traynin A.N. (1957) Obshchee uchenie o sostave prestupleniya [Common Theory on the Corpus Delicti]. Moscow. (in Russian)
- Chernenko T.G. (2007) Mnozhestvennost' prestupleniy po rossiyskomu ugovnomu pravu [Multiple Crime under Russian Criminal Law]. Kemerovo. (in Russian)
- Shakin V.B. (2004) Preodolenie konkurentsii ugovolno-pravovykh norm pri kvalifikatsii prestupleniy: Avtoref. dis. ...kand. yurid. nauk [Overcoming Collisions in Criminal law Norms when Classifying Crimes. (Summary of candidate of sciences dissertation)]. Moscow. (in Russian)

# Использование и передача инсайдерской информации в законодательных органах в России и США

---



**Т.И. Бикбулатов**

аспирант кафедры уголовного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: Российская Федерация, 101000, Москва, ул. Мясницкая, д. 20. E-mail: tbikbulatov@hse.ru

---



## **Аннотация**

В настоящей статье предпринята попытка осветить вопросы, связанные с возможными злоупотреблениями своими служебными полномочиями членов законодательных органов Российской Федерации в свете уголовно-правовой охраны инсайдерской информации. Уголовная ответственность за неправомерное использование инсайдерской информации была введена в соответствии с Федеральным законом от 27 июля 2010 г. № 224-ФЗ. С принятием этого закона в России впервые вводится ряд новых для нашего права понятий, в том числе в Уголовный кодекс Российской Федерации была внесена поправка — статья 185.6. Однако среди субъектов нет государственных служащих большинства государственных органов, в том числе членов законодательных органов, имеющих доступ к информации, которая может обладать признаками инсайдерской.

Целью работы является системный анализ уголовного законодательства по вопросу неправомерного использования инсайдерской информации, а именно освещение проблемы отсутствия среди субъектов преступления по ст. 185.6 Уголовного кодекса членов законодательных органов. Для достижения поставленной цели необходимо решить следующие задачи: очертить круг субъектов, ответственных за неправомерное использование инсайдерской информации; выявить необходимость и общественную опасность использования внутренней информации членами законодательных и иных органов Российской Федерации; изучить опыт США по борьбе с неправомерным использованием инсайдерской информации среди государственных служащих и депутатов Конгресса США.

Объект исследования — общественные отношения, возникающие в связи с оборотом инсайдерской информации, способной влиять на цены на организованном рынке (ценных бумаг, валютном, товарном), а также в связи с нарушением установленного порядка обращения такой информации. Сформулированные в данной статье теоретические положения и практические предложения могут быть использованы для выдвижения законодательных инициатив, а в случае дальнейшей разработке поставленных проблем — послужить основой для последующих плодотворных исследований по вопросам уголовно-правовой защиты организованного рынка (ценных бумаг, валютного, товарного).

---



## **Ключевые слова**

инсайдерская информация, уголовная ответственность, коррупция, законодательные органы, правоприменение, Уголовный кодекс Российской Федерации

---

В России проблема неправомерного использования инсайдерской информации усугубляется государственной монополизацией экономики и, соответственно, фондового рынка как ее части. Шесть наиболее ликвидных бумаг сконцентрировали в себе 80% всех средств трейдеров и инвесторов. В их число входят Сбербанк (33%), «Газпром» (23%), «Норильский никель», «ЛУКОЙЛ», «Роснефть» и ВТБ (по 4–7%). Четыре из перечисленных — это государственные компании. Во многом торговля с использованием инсайдерской информации представляет собой разновидность коррупции<sup>1</sup>.

Организованный рынок (ценных бумаг, товаров, иностранной валюты) представляет собой систему экономических отношений, занимающих одну из ключевых ролей в экономике государства. Несмотря на заявляемую важность этих отношений, российское законодательство, регулирующее отношения на организованном рынке, имеет существенные пробелы. Слабое правовое регулирование увеличивает риски нарушения прав участников отношений, сокращает потенциал российского финансового рынка, уменьшает его привлекательность как для отечественных, так и для иностранных инвесторов.

Базовым принципом функционирования организованного рынка (ценных бумаг, иностранной валюты, товарного) является доверие инвесторов, которое обеспечивается поддержанием честности и открытости со стороны участников рынка, недопущением ущемления участников. В доверии инвесторов к рынку заинтересованы все его участники: государство, эмитенты и профессиональные участники. Для положительного отношения инвесторов необходимо обеспечить надежное законодательное регулирование, правоприменение, а также соблюдение принятых международным сообществом правил и норм всеми участниками правоотношений.

Без обеспечения здоровой конкуренции, которая базируется на обеспечении равных возможностей для всех участников рынка, невозможно достичь целей, которые ставятся перед организованным рынком, в том числе невозможно решить задачи привлечения капиталов и развития экономики. Без добросовестного поведения участников рынка, основанного на общечеловеческих моральных и нравственных нормах, на понимании значимости общественных интересов, необходимости обеспечения правопорядка и справедливости, невозможно построение стабильных отношений на организованном рынке (ценных бумаг, валютном, товарном).

Одним из основных негативных факторов, влияющих на привлекательность нашей страны для инвестиций и ведения бизнеса, является коррупция в государственных органах. Наиболее вредоносный ее вид — «верхушечная коррупция» государственных мужей, уполномоченных принимать общеобязательные решения, влекущие последствия для всего корпуса подвластных лиц<sup>2</sup>.

Борьба с коррупцией в нашей стране приобретает все больший масштаб, однако по-прежнему существуют целые отрасли, которые скрыты от пристальных взглядов общественности и правоохранительных органов, но коррупционный потенциал их достаточно высок и при определенных обстоятельствах может наносить существенный вред экономике, обществу и государству. Если раньше должностные лица злоупотребляли своими обязанностями, нарушая при этом нормы уголовного законодательства, то на современном этапе неправомерные действия должностных лиц переходят в новые

<sup>1</sup> См.: Силин Е.Л. Принятие закона об инсайте — формальность или требование времени? // Внутренний контроль в кредитной организации. 2012. № 1. С. 38–51.

<sup>2</sup> См.: Задоя А.В. Коррупция в законодательных и исполнительных органах: выявление влияния типа мандата выборного лица. [Электронный ресурс] <http://www.crime.vl.ru/index.php?p=4221&print=1&more=1> (дата обращения — 31 марта 2014 г.).

плоскости, не защищенные законом, в том числе и уголовным. Одной из таких сфер, слабо урегулированных российским законодательством, является информационная составляющая деятельности государственных органов.

Специалисты, занимающиеся изучением коррупции, не испытали никакого оптимизма по поводу предлагаемых мер. «Руководство страны пытается компенсировать общий кризис системы отдельными запретами. При нынешнем уровне коррупции и полном отсутствии общественного и политического контроля никакого результата эта мера не даст», — отметил президент фонда «Индем» Г. Сатаров<sup>3</sup>.

Следует признать справедливым предположение, что подобное сужение сферы действия будущего закона открывает самый широкий простор для «государственного инсайда»<sup>4</sup>. Именно государственный инсайд был причиной многих грандиозных скандалов. Считается, что накануне дефолта в августе 1998 г. множество финансовых структур, аффилированных с госчиновниками и служащими Центробанка, обладая инсайдерской информацией о грядущих решениях, успели продать свои пакеты ГКО. По крайней мере, так утверждается в заключении специальной комиссии Совета Федерации, которая занималась расследованием причин и последствий кризиса<sup>5</sup>. Другой пример связан с использованием госслужащими инсайдерской информации о реформировании коммерческой задолженности бывшего СССР. Эта задолженность образовалась в 1985–1991 гг., когда советским внешнеторговыми организациями была предоставлена возможность брать кредиты у западных банков под гарантии государства. Несколько лет назад, накануне официального заявления Правительства Российской Федерации о том, что эта задолженность будет реформирована в еврооблигации (т.е. гарантировано ее погашение через 5–7 лет), несколько крупных российских банков скупили на рынке 7–8% этой задолженности по цене около 10% от номинала. После официального объявления о реформировании задолженности им бы не удалось уже купить бумаги по такой низкой цене<sup>6</sup>.

К подобной практике злоупотреблений собственными полномочиями можно отнести использование служебной информации при принятии решений о продаже или покупке ценных бумаг, товаров или валюты на организованном рынке. В мировой практике сведения, которые способны повлиять на поведение участников рынка, а также значительно изменить конъюнктуру цен на рынке, принято называть инсайдерской информацией.

## Правовая природа и нормативно-правовое регулирование инсайдерской информации

Информация — это сложное фундаментальное многоаспектное понятие. В научной литературе существуют отдельные исследования, посвященные природе ее сущности. Вплоть до XX в. под информацией понималось «сообщение о чем-либо»<sup>7</sup>. Однако со временем понятие информации эволюционировало, и теперь она имеет более сложное понятие и структуру. С развитием технологий и средств коммуникаций информация получила ключевое значение во всех сферах жизни человека. Ввиду специфики право-

<sup>3</sup> [Электронный ресурс] <http://finance.rol.ru/news/article0CAE7/default.asp?news=51943> (дата обращения — 12 мая 2014 г.).

<sup>4</sup> См.: Гетьман-Павлова И.В. Регулирование инсайдерской информации и инсайдерской торговли в США // Корпоративные споры. 2009. № 3. С. 80–89.

<sup>5</sup> См.: Власть. 2002. № 3(456).

<sup>6</sup> См.: Власть. 2002. № 3(456).

<sup>7</sup> См.: Словарь иностранных слов. 19-е изд. М.: Стереотип, 1990. С. 205.

отношений, складывающихся на организованных рынках (ценных бумаг, иностранной валюты, товарном), особое значение имеет инсайдерская информация.

Информация, которая является объектом правовых отношений, согласно п. 3 ст. 5 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»<sup>8</sup> разделяется следующим образом:

- информация, свободно распространяемая;
- информация, предоставляемая по соглашению лиц, участвующих в соответствующих отношениях;
- информация, которая в соответствии с федеральными законами подлежит предоставлению или распространению;
- информация, распространение которой в Российской Федерации ограничивается или запрещается.

В юридической и экономической научной среде уже многие десятилетия ведется активная дискуссия относительно целесообразности запрета использования участниками рынка инсайдерской информации при совершении сделок. Одни авторы считают, что неправомерное использование инсайдерской информации наносит ущерб неинформированной стороне отношений и подрывает основные постулаты рыночной экономики — свободу конкуренции и равенство сторон, справедливость, честность. Другие утверждают, что неправомерное использование инсайдерской информации не вредит, а, наоборот, положительно отражается на развитии современных организованных рынков<sup>9</sup>.

Х.Г. Манне относится к сторонникам отмены запрета неправомерного использования инсайдерской информации, свое мнение о феномене инсайдерской торговли на рынке ценных бумаг он выразил в работе, написанной еще в 1966 г. В защиту использования инсайдерской информации в процессе принятия решений участниками организованного рынка автор приводит следующие аргументы:

- инсайдерская торговля не наносит ущерба долгосрочным инвесторам;
- она может быть использована в виде гонорара для топ-менеджеров;
- она благоприятно влияет на процесс ценообразования<sup>10</sup>.

Запрет на использование инсайдерской информации установлен в п. 1 ст. 6 Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 224-ФЗ «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Федеральный закон № 224)<sup>11</sup>. Приняв указанный закон и поправки к нему, российский законодатель криминализировал ранее не охранявшиеся уголовным законом общественные отношения. Здесь следует отметить, что отношения в связи с использованием инсайдерской информации до этого момента не регулировались на законодательном уровне, имело место лишь ограничение ее использования на уровне корпоративных предписаний. Кодекс корпоративного поведения предусматривает правила этики, которые должны препятствовать использованию служебного положения сотрудниками общества (хозяйствующего субъекта) во вред обществу и третьим лицам, в том числе путем незаконного использования конфиденциальной и инсайдерской информации<sup>12</sup>.

Федеральный закон № 224 определяет инсайдерскую информацию как точную и конкретную информацию, которая не была распространена или предоставлена и рас-

<sup>8</sup> СЗРФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3448.

<sup>9</sup> [Электронный ресурс] <http://www.inliberty.ru/library/study/2489/> (дата обращения — 12 мая 2014 г.).

<sup>10</sup> См.: *Manne H.G. Insider Trading and the Stock Market* // N.Y. Free Press., 1966.

<sup>11</sup> СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4193.

<sup>12</sup> Распоряжение ФКЦБ РФ от 4 апреля 2002 г. № 421/Р // Вестник ФКЦБ России. 2002. № 4 (распоряжение).

пространение которой может оказать существенное влияние на цены финансовых инструментов, иностранной валюты и (или) товаров. Указанный закон также предусматривает поправки в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и Уголовный кодекс Российской Федерации, в соответствии с которыми за данное правонарушение установлена административная и уголовная ответственность. В свою очередь круг субъектов по ст. 185.6 Уголовного кодекса определен в Федеральном законе № 224. Кроме того, законодатель ввел трехлетний мораторий на применение статьи кодекса, что вполне оправдано, учитывая новизну и сложность рассматриваемых правоотношений в российских реалиях.

## Инсайдеры

Согласно ст. 4 Федерального закона № 224 к инсайдерам относятся:

- а) профессиональные участники рынка ценных бумаг и иные лица, осуществляющие в интересах клиентов операции с финансовыми инструментами;
- б) лица, заключившие трудовые и гражданско-правовые договоры: с эмитентами, либо с организаторами торговли (биржами); с хозяйствующими субъектами, включенными в предусмотренный ст. 23 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» реестр и занимающими доминирующее положение на рынке определенного товара в географических границах Российской Федерации; с организаторами торговли, клиринговыми организациями, а также депозитариями и кредитными организациями, осуществляющими расчеты по результатам сделок, совершенных через организаторов торговли; с профессиональными участниками рынка ценных бумаг; с аудиторами и оценщиками, имеющими в соответствии со своей деятельностью доступ к инсайдерской информации эмитентов, хозяйствующих субъектов, включенных в реестр и занимающих доминирующее положение на рынке определенного товара в географических границах Российской Федерации;
- в) лица, которые обладают не менее чем 25% голосов в высшем органе управления эмитента или управляющей компании;
- г) лица, имеющие доступ к информации о направлении добровольного, обязательного или конкурирующего предложения о приобретении акций;
- д) руководители федеральных органов исполнительной власти, субъектов Российской Федерации, имеющие доступ к инсайдерской информации, выборные должностные лица местного самоуправления, имеющие доступ к инсайдерской информации, государственные служащие и муниципальные служащие, работники внебюджетных фондов, имеющих в соответствии с федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации право размещать временно свободные средства в финансовые инструменты;
- е) служащие (работники) Банка России;
- ж) работники информационных агентств, осуществляющих раскрытие или предоставление информации.

Среди лиц, которых Федеральный закон № 224 относит к инсайдерам, указаны руководители федеральных и региональных органов исполнительной власти, выборные должностные лица, государственные служащие и муниципальные служащие, работники внебюджетных фондов. При ближайшем рассмотрении действующего законодательства, запрещающего неправомерное использование инсайдерской информации, выясняется, что члены законодательных органов, начиная с местных и заканчивая фе-

деральными, не несут ответственности за использование информации в собственных интересах или в пользу третьих лиц. Законодатель не относит их к инсайдерам, а значит, они не несут ответственности за разглашение внутренней информации, которая стала им известна в связи с выполнением своих профессиональных обязанностей. Таким образом, под действие Федерального закона № 224 не подпадает широкий круг лиц, имеющих доступ к чрезвычайно важной экономической и политической информации, которая обладает высоким конкурентным преимуществом. Не входят в число инсайдеров и сотрудники федеральных государственных, правоохранительных и судебных органов.

Известно, что чем ближе субъект, обладающий информацией, находится к ее первоисточнику, тем выше ценность информации, которой лицо обладает. Ввиду специфики деятельности депутатов, высока и ценность информации, доступной им в связи с выполнением ими своих профессиональных обязанностей. Неизвестная широкому кругу лиц, такая информация позволяет лицу, ее использующему, находиться в более выгодных условиях. На наш взгляд, если законодатель поступит по примеру США, введя запрет на неправомерное использование инсайдерской информации для депутатов законодательных органов, это будет важным шагом на пути к цивилизованному рынку.

К внутренней информации, которой обладают члены законодательных органов, можно отнести информацию о расходовании бюджетных средств (до ее официального опубликования), планирующихся к принятию новых законопроектов, предстоящей отставке высших должностных лиц государства, важных международных политических решениях и другие сведения, раскрытие которых может повлиять на стоимость ценных бумаг, курсы иностранной валюты, товаров на организованных рынках.

Обязанность депутатов осуществлять свою деятельность в интересах граждан определена ст. 18 Конституции Российской Федерации, согласно которой права и свободы граждан определяют деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием. Частью 3 ст. 97 Конституции установлено, что депутаты Государственной Думы не могут находиться на государственной службе, заниматься другой оплачиваемой деятельностью, кроме преподавательской, научной и иной творческой. В случае, когда владение членом Совета Федерации или депутатом Государственной Думы приносящими доход ценными бумагами, акциями (долями участия в уставных капиталах организаций) может привести к конфликту интересов, он обязан передать принадлежащие ему указанные ценные бумаги, акции (доли участия в уставных капиталах организаций) в доверительное управление в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Подпункт «и» п. 2 ст. 6 Федерального закона от 8 мая 1994 г. № 3-ФЗ «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» (далее — Федеральный закон № 3-ФЗ)<sup>13</sup> запрещает разглашать или использовать в целях, не связанных с осуществлением соответствующих полномочий, сведения, отнесенные в соответствии с федеральным законом к информации ограниченного доступа, или служебную информацию, ставшие ему известными в связи с осуществлением соответствующих полномочий. Ситуация осложняется еще тем, что в России нет закона о служебной информации, а значит, сейчас привлечение депутатов к ответственности за разглашение подобного рода сведений невозможно. В связи с этим необходимо также законодательно регламентировать понятие служебной тайны и ввести ответственность за нарушение порядка обращения с ней.

Следует отметить, что Федеральный закон № 3-ФЗ предусматривает необходимость передачи ценных бумаг в доверительное управление только в случае возникновения конфликта интересов либо угрозы его возникновения, не определяя в свою очередь,

<sup>13</sup> СЗ РФ. 1994. № 2. Ст. 74.

в каком порядке отслеживать возможность возникновения подобного конфликта, а также каков порядок реализации этого положения. Реализация указанного положения представляется личным делом члена Совета Федерации либо депутата государственной Думы. Обязанность по передаче ценных бумаг может быть исполнена только в добровольном порядке, никаких принудительных мер ее реализации законом не установлено.

Согласно нормативным актам, регламентирующим деятельность высшего законодательного органа страны, депутатам запрещается разглашать и распространять сведения, составляющие государственную и иную охраняемую законом тайну, обсуждаемые на закрытом заседании Государственной Думы<sup>14</sup>. В свою очередь указание на необходимость наличия законодательного ограничения распространения информации предполагает прямой запрет неправомерного использования инсайдерской информации депутатами высших законодательных органов.

Интересно, что, с одной стороны, отечественные парламентарии не должны владеть акциями, обладание которыми может приводить к конфликту интересов, и распространять информацию ограниченного доступа в соответствии с законодательством. С другой стороны, учитывая ограниченный круг субъектов-инсайдеров, подлежащих ответственности согласно Федеральному закону № 224, депутаты не могут быть привлечены к ответственности в случае использования ее для принятия инвестиционных решений или передачи инсайдерской информации третьим лицам.

Исследование Аналитического центра InfoWatch показало, что 2012 год во всем мире стал годом утечек из государственных учреждений<sup>15</sup>. Статистика 2013 года показывает, что государственные органы своего неуважительного отношения к проблеме утечек информации не изменили. Доля утечек из государственных учреждений в 2013 г. увеличилась на 3%, составив 31,4%<sup>16</sup>.

Учитывая стремление государства создать в России благоприятный инвестиционный климат, повысить уровень доверия со стороны иностранных инвесторов, развивать финансовый рынок, формирование в Москве мирового финансового центра, дополнительная регламентация отношений, связанных с использованием инсайдерской информации, несомненно, послужит достижению этих целей. В связи с этим целесообразно рассмотреть опыт зарубежных стран в области борьбы с использованием инсайдерской информации депутатами Конгресса.

## **Американский опыт ограничения инсайдерской торговли депутатами Конгресса США**

Законодательной основой в борьбе с неправомерным использованием инсайдерской информацией в США являются:

Закон «О ценных бумагах» (1934)<sup>17</sup> — предусматривает ответственность, в том числе уголовную, за незаконное использование инсайдерской информации. Однако сре-

<sup>14</sup> Постановление Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации от 22 января 1998 г. № 2134-П ГД «О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 801.

<sup>15</sup> См.: Исследование утечек информации из компаний и госучреждений России, 2012 [Электронный ресурс]. [http://www.infowatch.ru/sites/default/files/report/analytics/russ/InfoWatch\\_global\\_report\\_2013.pdf](http://www.infowatch.ru/sites/default/files/report/analytics/russ/InfoWatch_global_report_2013.pdf) (дата обращения — 12 мая 2014 г.).

<sup>16</sup> Глобальное исследование утечек конфиденциальной информации в 2013 г. [Электронный ресурс]. [http://www.infowatch.ru/sites/default/files/report/analytics/russ/InfoWatch\\_global\\_report\\_2013.pdf](http://www.infowatch.ru/sites/default/files/report/analytics/russ/InfoWatch_global_report_2013.pdf)

<sup>17</sup> The Securities Exchange Act of 1934 [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf> (дата обращения — 31 марта 2014 г.).

ди субъектов данного преступления до недавнего времени не было членов Конгресса США. Этой лазейкой в законодательстве активно пользовались наиболее продвинутые в торговле ценными бумагами депутаты;

Закон «О товарных биржах» (1936)<sup>18</sup> — регулирует правоотношения, возникающие на организованном товарном рынке. В соответствии с разд. 13 данного закона среди инсайдеров можно отметить сотрудников министерств, а также профессиональных участников торгов;

Закон Додда-Франка (2010) — имеет основной целью снижение рисков финансовой системы посредством ужесточения надзора за системообразующими финансовыми институтами. Среди мер, относящихся к обеспечению стабильности рынка, следует назвать запрет на использование информации сотрудниками государственных органов и агентств в целях торговли ценными бумагами и производными финансовыми инструментами.

Американский опыт в области правовой охраны, в том числе уголовно-правовыми средствами, финансовых отношений наиболее интересен в силу значительного опыта, накопленного годами практики его применения. Исследования, проведенные американскими учеными по вопросам использования депутатами Конгресса США информации, которая стала им известна в связи с их профессиональной деятельностью в высшем законодательном органе страны, и дальнейшее ее использование при принятии инвестиционных решений указывают на особый «дар предвидения» указанной категории лиц. Дело в том, что результаты показали, что уровень доходности у портфелей депутатов-инвесторов в среднем выше индекса роста рынка на 12% в год<sup>19</sup>.

Американские парламентарии могли совершать сделки на основе информации, полученной в процессе выполнения своих обязанностей как депутатов, без каких-либо последствий для себя. Однако американская общественность и журналисты проявляли обеспокоенность существующим положением дел. Теоретически парламентский комитет по этике мог привлечь парламентариев за такие действия к дисциплинарной ответственности, но привлечь их к ответственности административной либо уголовной было невозможно. Попытка изменить сложившуюся ситуацию была предпринята еще в 2006 г., но парламентарии США, большинство из которых являются миллионерами, явно не спешили брать на себя новые обязательства и попытались заблокировать законопроект. Ситуация не менялась до 2012 г., когда Президент США Барак Обама в своей речи заявил: «Принесите мне закон, ограничивающий инсайдерскую торговлю членами Конгресса, и я завтра же подпишу его».

4 апреля 2012 г. был принят закон, запрещающий торговлю на основе информации, полученной в Конгрессе США, — STOCK Act (аббревиатура STOCK переводится как «прекращение торговли на основании знаний, доступных Конгрессу»)<sup>20</sup>. В соответствии с этим законом были внесены поправки в законодательство о ценных бумагах, указывающие, что члены Конгресса не освобождаются от ответственности при использовании инсайдерской информации для торговли ценными бумагами и их производными.

<sup>18</sup> Commodities Exchange Act of 1936 [Электронный ресурс]: [http://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?sid=7e1068de65d0eb767da92b5ee2740d46&c=ecfr&tpl=/ecfrbrowse/Title17/17cfrv1\\_02.tpl](http://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?sid=7e1068de65d0eb767da92b5ee2740d46&c=ecfr&tpl=/ecfrbrowse/Title17/17cfrv1_02.tpl) (дата обращения — 31 марта 2014 г.).

<sup>19</sup> Nagy Donna M. Insider Trading, Congressional Officials, and Duties of Entrustment (2011). Faculty Publications. Paper 415. [Электронный ресурс]: <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/> 415. (дата обращения — 31 марта 2014 г.).

<sup>20</sup> Stop Trading on Congressional Knowledge Act of 2012. [Электронный ресурс]: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112s2038enr/pdf/BILLS-112s2038enr.pdf> (дата обращения — 31 марта 2014 г.).

Ограничения использования инсайдерской информации коснулись членов Конгресса США; в раздел 10 (b) и правило 10 b-5 были внесены поправки, согласно которым члены Конгресса несут ответственность за неправомерное использование инсайдерской информации как лица, ответственные перед Правительством США и гражданами.

Положения STOCK Act во многом направлены на улучшение прозрачности государственных органов, повышение доверия к государству со стороны граждан. Согласно вносимым в законодательство поправкам, субъектами правонарушений в исследуемой сфере становятся Президент США, вице-президент, судьи и иные служащие судебных органов. Изменению подверглись и сроки, в которые члены законодательных органов должны опубликовать сведения о произведенных ими операциях: с одного года до 45 дней с момента совершения сделки или 30 дней с момента уведомления владельца счета. В первоначальной редакции закона имелись требования о необходимости размещения информации в сети Интернет о сделках на суммы свыше 1000 долларов, совершаемых представителями Конгресса, однако в связи с принятыми 15 апреля 2013 г. поправками такая обязанность отменена.

Официальная версия принятия поправок предусматривает нацеленность на обеспечение информационной безопасности в США. Однако это лишает общественность свободно использовать информацию о сделках депутатов Конгресса из открытых источников, снижает прозрачность системы государственной власти, притупляет радикальные меры, направленные на борьбу с неправомерным использованием инсайдерской информации.

Опыт борьбы американских правоохранителей показывает, что положение, которое занимают члены Конгресса, позволяет им во многих случаях избегать уголовного преследования. Американский публицист Швейцер в своей книге, посвященной инсайдерской торговле среди государственных чиновников, отмечает: «Политический класс явно понял, как извлечь прибыль из остальных из нас исключительно на основе его положения и близости к власти. Если у вас есть место за столом, вы находитесь на настоящем пиру. Если вы не имеете места за столом, вы, вероятно, в меню»<sup>21</sup>.

Из известных фактов об инсайдерских злоупотреблениях можно выделить следующие. Существует подозрение, что в 2001 г. Ненси Пелоси, бывшая спикер Конгресса США, ее муж Пол Пелоси и другие члены Конгресса участвовали в восьми первичных размещениях акций компании Visa, когда закон о банковской реформе, который не должен был коснуться компании Visa, находился на обсуждении в Конгрессе. По результатам года рост акций компании Visa составил 203% при падении рынка на 15%<sup>22</sup>.

Другой пример подозрительной финансовой деятельности касается республиканца, спикера Палаты представителей Джона Бонера. За несколько дней до того, как Конгресс принял закон о реформе здравоохранения, впоследствии известный как «Обamacare», Бонер инвестировал крупную сумму в медицинские страховые компании. Комментировать свои действия спикер Бонер отказался<sup>23</sup>.

Исследуя опыт Соединенных Штатов Америки, можно заключить, что, несмотря на запрет использования внутренней информации в США уже на протяжении около 80 лет и большого опыта в расследовании и раскрытии преступлений на финансовом

<sup>21</sup> [Электронный ресурс]. <http://www.hoboes.com/Mimsy/Books/throw-them-all-out/> (дата обращения — 12 мая 2014 г.).

<sup>22</sup> [Электронный ресурс]. [http://en.wikipedia.org/wiki/Nancy\\_Pelosi#\\_Allegations\\_of\\_insider\\_trading](http://en.wikipedia.org/wiki/Nancy_Pelosi#_Allegations_of_insider_trading) (дата обращения — 12 мая 2014 г.).

<sup>23</sup> [Электронный ресурс]. <http://www.whiteoutpress.com/articles/q42011/insider-trading-is-legal-for-congressmen647> (дата обращения — 12 мая 2014 г.).

рынке, американское законодательство не лишено пробелов. Практический опыт говорит о долгом существовании в этой стране двойных стандартов относительно инсайдерской торговли. В России необходимость ограничения использования инсайдерской информации членами законодательных и судебных органов все больше будет актуализироваться, что в свою очередь потребует определенной решительности от законодателя, который пойдет на подобный шаг, вводя подобное самоограничение.



## Библиография

Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 224-ФЗ «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4193.

Федеральный закон от 8 мая 1994 г. № 3-ФЗ «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» (в ред. от 3 декабря 2012 г.).

Постановление Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации от 22 января 1998 г. № 2134-II ГД «О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 801.

Распоряжение ФКЦБ РФ от 4 апреля 2002 г. № 421/Р // Вестник ФКЦБ России. 2002. № 4 (распоряжение).

Гетьман-Павлова И.В. Регулирование инсайдерской информации и инсайдерской торговли в США // Корпоративные споры. 2009. № 3. С. 80–89.

Задоя А.В. Коррупция в законодательных и исполнительных органах: выявление влияния типа мандата выборного лица. [Электронный ресурс]: <http://www.crime.vl.ru/index.php?p=4221&print=1&more=1> (дата обращения — 31 марта 2014 г.).

Силин Е.Л. Принятие закона об инсайте — формальность или требование времени? // Внутренний контроль в кредитной организации. 2012. № 1. С. 38–51.

Bainbridge S.M. // *Corporation Law and Economics* 593 (2002).

Dolgoplov S. Insider Trading and the Bid-Ask Spread: A Critical Evaluation of Adverse Selection in Market Making // 33 *Cap. U. L. Rev.* 83 (2004).

Manne H.G. *Insider Trading and the Stock Market* // New York, Free Press. 1966.

Manne H.G. Insider Trading: Hayek, Virtual Markets, and the Dog that Did Not Bark // *Journal of Corporation Law*. Vol. 31. № 1 (Fall 2005).

Nagy Donna M. *Insider Trading, Congressional Officials, and Duties of Entrustment* (2011). Faculty Publications. Paper 415 [Электронный ресурс] <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/415> (дата обращения — 31 марта 2014 г.).

Stop Trading on Congressional Knowledge Act [Электронный ресурс]: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112s2038enr/pdf/BILLS-112s2038enr.pdf> (дата обращения — 31 марта 2014 г.).

<http://www.hoboes.com/Mimsy/Books/throw-them-all-out/>

[http://en.wikipedia.org/wiki/Nancy\\_Pelosi#Allegations\\_of\\_insider\\_trading](http://en.wikipedia.org/wiki/Nancy_Pelosi#Allegations_of_insider_trading)

<http://www.whiteoutpress.com/articles/q42011/insider-trading-is-legal-for-congressmen647>

<http://www.inliberty.ru/library/study/2489/>

---

# Using and Transmitting Insider Information in the Legislative Bodies of the Russian Federation and USA

**Timur Bikbulatov**

Postgraduate student, Chair of Criminal Law, National Research University «Higher School of Economics». Address: Myasnitskaya str., 20, 101000, Moscow, the Russian Federation. E-mail: tbikbulatov@hse.ru.



## Abstract

The article attempts to cover the issues related to possible official misconduct of the members of RF legislative bodies in light of criminal law protection of insider information. Criminal liability for abuse of insider information was introduced under Federal law of July 27, 2010 no. 224. The adoption of the law has allowed introducing a number of brand new in Russian law concepts including article 185.6 to the Russian Federation Criminal Code. However, representatives of state bodies including legislative have access to the information considered to be insider. The aim of the paper is a system analysis of criminal legislation on insider information abuse, i.e. the issue of the absence of the representatives of legislative bodies among the subjects of crime under article 186.5 of the Russian Federation Criminal Code. To achieve the goal the following objectives should be solved: specify the types of subjects liable for abusing insider information, reveal the necessity and public danger of using insider information among officials and US congressmen. The object of the research is public relations arising due to the insider information circulation able to influence the prices for organized market (of securities, currency, goods) as well as due to the breach of the order of addressing such information. The theoretical provisions and practical suggestions may be applied to develop legislative initiatives, serve a basis for further research on criminal law protection of organized market (of securities, currency, goods).



## Keywords

Insider information, criminal liability, corruption, legislative bodies, enforcement, Criminal Code of the Russian Federation.



## References

- Federal'nyy zakon ot 27.07.2010 № 224-FZ «O protivodeystvii nepravomernomu ispol'zovaniyu insayderskoy informatsii i o vnesenii izmeneniy v otdel'nye zakonodatel'nye akty Rossiyskoy Federatsii» // Sobranie zakonodatel'stva RF. 02.08.2010. № 31. St. 4193.
- Federal'nyy zakon ot 08.05.1994 № 3-FZ (red. ot 03.12.2012) «O statuse chlena Soveta Federatsii i statuse deputata Gosudarstvennoy Dumy Federal'nogo Sobraniya Rossiyskoy Federatsii» // Sobranie zakonodatel'stva RF. 1994. № 2. St. 74.
- Postanovlenie GD FS RF ot 22.01.1998 № 2134-II GD «O Reglamente Gosudarstvennoy Dumy Federal'nogo Sobraniya Rossiyskoy Federatsii» // Sobranie zakonodatel'stva RF. 1998. № 7. St. 801.
- Rasporyazhenie FKTsB RF ot 04.04.2002 № 421/R // Vestnik FKTsB Rossii. 2002. № 4 (rasporyazhenie).
- Get'man-Pavlova I.V. (2009) Regulirovanie insayderskoy informatsii i insayderskoy trgovli v SShA [Regulating insider information and insider trade in the US]. Korporativnye spory, no 3. P. 80–89.
- Zadoya A.V. Korruptsiya v zakonodatel'nykh i ispolnitel'nykh organakh: vyyavlenie vliyaniya tipa mandata vybornogo litsa. Elektronnyy resurs: <http://www.crime.vl.ru/index.php?p=4221&print=1&more=1> (data obrashcheniya: 31.03.2014).
- Silin E.L. (2012) Prinyatie zakona ob insayde — formal'nost' ili trebovanie vremeni? [Adopting a law on inside — a formality or requirement]. *Vnutrenniy kontrol' v kreditnoy organizatsii*, no 1. P. 38–51.
- Bainbridge S.M. (2002) *Corporation Law and Economics*.
- Dolgopolov S. (2004) Insider Trading and the Bid-Ask Spread: A Critical Evaluation of Adverse Selection in Market Making // 33 Cap. U. L. Rev. 83.
- Manne H.G. (1966) *Insider Trading and the Stock Marke*. New York, Free Press.

Manne H.G. (2005) Insider Trading: Hayek, Virtual Markets, and the Dog that Did Not Bark. *Journal of Corporation Law*. Vol. 31. no 1.

Nagy Donna M. Insider Trading, Congressional Officials, and Duties of Entrustment (2011). Faculty Publications. Paper 415 <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/415>.

Stop Trading on Congressional Knowledge Act: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112s2038enr/pdf/BILLS-112s2038enr.pdf>.

# Вопросы правоприменения административного надзора за лицами, освобожденными из мест лишения свободы

---



**О.А. Федотова**

доцент кафедры теории и истории государства и права Воронежского института МВД России, кандидат юридических наук, доцент. Адрес: Российская Федерация, 394065, г. Воронеж, проспект Патриотов, д. 53. E-mail: Fedotova\_vrn@yandex.ru

---



## **Аннотация**

В данной статье в связи со вступлением в силу Федерального закона от 6 апреля 2011 г. № 64-ФЗ «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы» изложено авторское суждение об отдельных вопросах, возникающих у судов и других правоприменительных органов об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы. Учитывая правовые положения указанного Закона, правоприменителям необходимо руководствоваться нормами кодифицированных правовых актов разных отраслей права, что, конечно, создает определенные трудности в толковании, а, соответственно, и применении правовых норм.

Несмотря на то что в юридической литературе проблемы административного надзора за лицами, освобожденными из мест лишения свободы, занимали и занимают заметное место, с совершенствованием законодательства и правоприменительной практики в рассматриваемой сфере они приобретают особую значимость, поскольку требуют своего скорейшего разрешения. Учитывая важность решаемых задач, Постановлением Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 июня 2013 г. № 22 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об административном надзоре» в связи с вопросами, возникающими у судов при рассмотрении дел об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы, судам даны соответствующие разъяснения, которые, конечно, необходимо учитывать не только соответствующим судебным инстанциям, но и исправительным учреждениям, органам внутренних дел, а также лицам, освобожденным (освобождаемым) из мест лишения свободы, в отношении которых в суд поступило заявление об установлении административного надзора, или когда таковой был уже установлен.

Имеющиеся научные работы, как в отдельности, так и в совокупности, раскрывают исторические, процессуальные, административно-правовые, уголовно-правовые и криминологические аспекты административного надзора. Вместе с тем в связи с реализацией правовых положений вышеуказанного закона и иных нормативных правовых актов, разъяснений постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации, как в теории, так и правоприменительной практике имеются вопросы, требующие разрешения для надлежащего обеспечения исполнения действующего законодательства об административном надзоре и дальнейшего совершенствования теоретических положений и правовых норм в сфере административного надзора за лицами, освобожденными из мест лишения свободы.

---



## **Ключевые слова**

административный надзор, лица, освобожденные из мест лишения свободы, публичные правоотношения, органы внутренних дел, исправительные учреждения, административные правонарушения, судимость

---

С 1 июля 2011 года вступил в силу Федеральный закон от 6 апреля 2011 г. № 64-ФЗ «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы». Для применения правовых положений указанного закона правоохранительным органам и суду надлежит руководствоваться как его нормами, так и рядом других законов и кодифицированных актов, среди которых — Уголовный кодекс Российской Федерации (далее — УК РФ), Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ), Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации (далее — ГПК РФ). Кроме того, Постановлением Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 июня 2013 г. № 22 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об административном надзоре» в связи с вопросами, возникающими у судов при рассмотрении дел об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы (далее — административный надзор), судам даны соответствующие разъяснения. Эти разъяснения необходимо учитывать не только соответствующим судебным инстанциям, но и исправительным учреждением, органам внутренних дел, а также лицам, освобожденным (освобождаемым) из мест лишения свободы, в отношении которых в суд поступило заявление об установлении административного надзора, или когда таковой был уже установлен.

В юридической литературе проблемы административного надзора занимали и занимают заметное место. Имеющиеся работы, как в отдельности, так и в совокупности, раскрывают исторические<sup>1</sup>, процессуальные<sup>2</sup>, административно-правовые<sup>3</sup>, уголовно-правовые<sup>4</sup> и криминологические<sup>5</sup> аспекты административного надзора. Вместе с тем, в связи с реализацией правовых положений вышеуказанных нормативно-правовых актов, разъяснений постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации, как в теории, так и правоприменительной практике, имеются вопросы, требующие разрешения для надлежащего обеспечения исполнения действующего законодательства об административном надзоре и дальнейшего совершенствования теоретических положений и правовых норм в сфере административного надзора за лицами, освобожденными из мест лишения свободы.

Производство по делам об административном надзоре регламентировано гл. 26.2 ГПК РФ, в соответствии с которой заявление об установлении административного надзора подается исправительным учреждением или органом внутренних дел, о продлении

<sup>1</sup> См.: *Уткин В.А.* Применение дополнительных ограничений при административном надзоре и некоторые вопросы его совершенствования // Актуальные проблемы государства и права на современном этапе: сб. ст. / отв. ред. В.Ф. Волович. Томск: Изд-во Томского ун-та, 1985. С. 211; *Лантев С.А.* К вопросу об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы // Административное право и процесс. 2013. № 9. С. 50–54 и др.

<sup>2</sup> См.: *Вельмин А.С.* Проблемы обоснованности отнесения дел об административном надзоре к ведению суда в порядке гражданского судопроизводства // Вестник гражданского процесса. 2012. № 2. С. 235–252 и др.

<sup>3</sup> См.: *Ванюшин Я.Л., Галкин В.А., Филатова А.В.* Комментарий к Федеральному закону от 6 апреля 2011 г. № 64-ФЗ «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы» (постатейный) / под ред. С.А. Денисова // СПС «Консультант Плюс»; *Денего В.В.* О роли участковых уполномоченных полиции в реализации административных процедур по осуществлению административного надзора за лицами, освобожденными из мест лишения свободы // Административное право и процесс. 2013. № 4. С. 71–73; *Калинина Т.М.* Правила применения административного надзора // Административное право и процесс. 2013. № 9. С. 44–49 и др.

<sup>4</sup> См.: *Тепляшин П.В.* Административный надзор за лицами, освобожденными из мест лишения свободы // Законность. 2011. № 10. С. 16–19; *Фильченко А.П.* Административный надзор за лицами, освобожденными из мест лишения свободы: правовая природа и перспективы законодательного регулирования // Административное право и процесс. 2012. № 2. С. 58 и др.

<sup>5</sup> *Калинина Т.М.* Понятие и юридическая природа административного надзора // Административное право и процесс. 2013. № 8. С. 44–51 и др.

административного надзора и о дополнении ранее установленных административных ограничений — органом внутренних дел, о досрочном прекращении и частичной отмене административных ограничений — органом внутренних дел или лицом, в отношении которого установлен административный надзор, либо его представителем.

Учитывая, что производство по делам об административном надзоре регламентировано нормами гл. 26.2 ГПК РФ, суд, рассматривающий соответствующее заявление, должен руководствоваться в первую очередь положениями ГПК РФ, регулируемыми порядок гражданского судопроизводства, а значит, исправительное учреждение или орган внутренних дел, подавшие в суд заявление об установлении административного надзора, являются участниками судопроизводства, на которых распространяются правовые положения ГПК РФ. Согласно п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 июня 2013 г. № 22 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об административном надзоре», ст. 245 ГПК РФ относит к делам, возникающим из публичных правоотношений, дела по заявлениям об установлении, о продлении, досрочном прекращении административного надзора, а также о частичной отмене или дополнении ранее установленных поднадзорному лицу административных ограничений. В связи с этим такие дела подлежат рассмотрению и разрешению на основании ст. 246 ГПК РФ с особенностями, предусмотренными гл. 23 и 26.2 ГПК РФ.

Однако, полагаю, что такое правовое положение является не совсем удачным. Целесообразнее было бы осуществлять производство по делам об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы, в рамках административного судопроизводства, но не на основе норм КоАП РФ, а на основе положений разрабатываемого административного процессуального законодательства. В связи с этим представляется удачным включение производства по делам об административном надзоре в категорию административных дел, предусмотренных в проекте Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации<sup>6</sup>. Это позволит исключить неоднозначное толкование норм об участниках подобного судопроизводства, их процессуального статуса и полномочий, сроках рассмотрения дел и т.д.

В соответствии с ч. 2 и 3 ст. 261.5 ГПК РФ по делу об установлении административного надзора в отношении лица, освобождаемого из мест лишения свободы, заявление подается в суд по месту нахождения исправительного учреждения, а по делу об административном надзоре в отношении лица, освобожденного из мест лишения свободы, заявление подается в суд по месту жительства или пребывания этого лица. Если в отношении лица, освобождаемого из мест лишения свободы, определить суд, который будет рассматривать заявление об установлении административного надзора, не представляет особой сложности, то в определении суда, который будет рассматривать заявление органа внутренних дел об установлении административного надзора лицу, освобожденного из мест лишения свободы, сложности возникают. Они связаны в первую очередь с системой и местом нахождения органов внутренних дел<sup>7</sup>.

Так, например, если лицо, освободившееся из мест лишения свободы, имеет на территории одного из районов города Воронежа регистрацию о месте жительства<sup>8</sup>, а на

<sup>6</sup> В случае принятия проекта кодекс административного судопроизводства планируется ввести в действие в 2014 г. // СПС «Консультант Плюс».

<sup>7</sup> От этого зависит подсудность рассмотрения дел об административном надзоре. Неправильное определение подсудности влечет нарушение конституционного права гражданина, предусмотренного ст. 47 Конституции Российской Федерации, согласно которой никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом.

<sup>8</sup> В соответствии с ч. 1 ст. 20 ГК РФ местом жительства признается место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает.

территории другого района города Воронежа непосредственно, но временно пребывает<sup>9</sup>, то каким (по территориальности) органом внутренних дел и в какой суд должно быть подано заявление об установлении административного надзора? Вправе ли Управление МВД России по г. Воронежу в такой ситуации подать заявление в суд по месту нахождения данного Управления? Полагаю, что Управление МВД России по г. Воронежу вправе подать соответствующее заявление в тот суд, юрисдикция которого распространяется на территорию, где непосредственно пребывает лицо, освободившееся из мест лишения свободы.

В соответствии со ст. 261.7 ГПК РФ дело об административном надзоре рассматривается и разрешается судьей единолично с обязательным участием лица, в отношении которого подано заявление, а также с участием представителей исправительного учреждения или органа внутренних дел, которыми подано заявление, и прокурора. При этом неявка в судебное заседание заявителя или прокурора, надлежащим образом извещенных о времени, дате и месте судебного заседания, не является препятствием к рассмотрению и разрешению дела. Однако обязанность доказывания обстоятельств по делу об административном надзоре лежит на заявителе.

Как полагает В.В. Аргунов<sup>10</sup>, правило ч. 2 ст. 261.7 ГПК РФ следует толковать ограничительно, и речь должна идти лишь о возможности рассмотрения и разрешения дела при неявке представителей исправительного учреждения или органа внутренних дел, одновременно являющихся и заявителями по делу, а также прокурора. Явку поднадзорного лица следует признать обязательной во всех случаях рассмотрения дела об административном надзоре.

Нам представляется, что согласно положениям ч. 3 ст. 261.7 ГПК РФ обязанность доказывания обстоятельств по делу об административном надзоре лежит на заявителе. Суд должен во всех случаях, когда заявление об установлении административного надзора лицу подается органом внутренних дел или исправительным учреждением, признать обязательной явку представителей исправительного учреждения или органа внутренних дел в судебное заседание. Данный вывод следует из того, что, по общему правилу, рассмотрения дел, возникающих из публичных правоотношений, суд может признать обязательной явку в судебное заседание представителя органа государственной власти, органа местного самоуправления или должностного лица. В случае неявки указанные лица могут быть подвергнуты штрафу в размере до 1 тысячи рублей (ч. 4 ст. 246 ГПК РФ).

В соответствии со ст. 3 Федерального закона от 6 апреля 2011 г. № 64-ФЗ «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы» административный надзор устанавливается судом в отношении совершеннолетнего лица, освобождаемого или освобожденного из мест лишения свободы и имеющего непога-

---

<sup>9</sup> Согласно Закону Российской Федерации от 25 июня 1993 г. № 5242-1 «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации», место пребывания — это гостиница, санаторий, дом отдыха, пансионат, кемпинг, туристическая база, больница, другое подобное учреждение, а также жилое помещение, не являющееся местом жительства гражданина, в которых он проживает временно; место жительства — это жилой дом, квартира, служебное жилое помещение, специализированные дома (общежитие, гостиница-приют, дом маневренного фонда, специальный дом для одиноких престарелых, дом-интернат для инвалидов, ветеранов и др.), а также иное жилое помещение, в котором гражданин постоянно или преимущественно проживает в качестве собственника, по договору найма (поднайма), договору аренды либо на иных основаниях, предусмотренных законодательством Российской Федерации // Ведомости СНД и ВС Российской Федерации. 1993. № 32. Ст. 1227.

<sup>10</sup> Постатейный комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / А.В. Аргунов, В.В. Аргунов, А.В. Демкина и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2012.

шенную либо неснятую судимость. В связи с этим законодатель, определяя условия установления административного надзора, связывая их с судимостью данного лица, установил, что у такого лица должна быть непогашенная либо неснятая судимость за совершение: 1) тяжкого или особо тяжкого преступления; 2) преступления при рецидиве преступлений; 3) умышленного преступления в отношении несовершеннолетнего. При этом для установления административного надзора необходимо наличие хотя бы одного из следующих оснований: 1) лицо в период отбывания наказания в местах лишения свободы признавалось злостным нарушителем установленного порядка отбывания наказания; 2) лицо, отбывшее уголовное наказание в виде лишения свободы и имеющее непогашенную либо неснятую судимость, совершает в течение одного года два и более административных правонарушения против порядка управления и (или) административных правонарушения, посягающих на общественный порядок и общественную безопасность и (или) на здоровье населения и общественную нравственность.

В связи с изложенными нормативно-правовыми положениями актуальным для суда является вопрос, какое решение должен принять суд, когда от органа внутренних дел поступает заявление об установлении административного надзора лицу, освобожденному из мест лишения свободы, если основанием заявления является то, что лицо, отбывшее уголовное наказание в виде лишения свободы и имеющее непогашенную либо неснятую судимость, совершает в течение одного года два и более административных правонарушения против порядка управления и (или) административных правонарушения, посягающих на общественный порядок и общественную безопасность и (или) на здоровье населения и общественную нравственность, но при этом данное лицо в ходе судебного заседания заявляет, что материалы об административных правонарушениях были составлены не в отношении него, а в отношении другого лица, который представился его данными?

Полагаю, что в данной ситуации суд должен отказать в удовлетворении заявления органа внутренних дел об установлении административного надзора в отношении такого лица, если заявителем не будут представлены суду доказательства о допустимости и достоверности данных, содержащихся в материалах об административных правонарушениях.

Правовые положения о сроке, на который устанавливается или продлевается административный надзор, за лицами, освобожденными из мест лишения свободы, в науке остаются дискуссионными. И.Н. Бараев предлагает в ч. 3 ст. 261.8 ГПК РФ внести дополнение, что суд в своем решении об установлении надзора должен указать не только собственно срок надзора, но и дату, с которой он исчисляется<sup>11</sup>. Полагаю, что данное предложение И.Н. Бараева не будет удовлетворять требованиям правоприменительной и судебной практики, так как суд при принятии решения об установлении административного надзора, указывая собственно срок надзора, не всегда готов сразу указать дату, с которой будет исчисляться административный надзор.

Так, в согласно ч. 1 и 2 ст. 3, п. 1 ч. 3 ст. 5 Федерального закона от 6 апреля 2011 г. № 64-ФЗ «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы» срок административного надзора исчисляется со дня постановки поднадзорного на учет в органе внутренних дел по избранному им месту жительства или пребывания. Такой порядок постановки на учет применяется в отношении совершеннолетнего лица, имеющего непогашенную либо неснятую судимость за совершение: 1) тяжкого или особо тяжкого преступления; 2) преступления при «простом», опасном или особо опасном

<sup>11</sup> Бараев И.Н. Установление судом срока административного надзора // Российская юстиция. 2012. № 9. С. 58–61.

рецидиве преступлений; 3) умышленного преступления в отношении несовершеннолетнего, если такое лицо в период отбывания наказания в местах лишения свободы признавалось злостным нарушителем установленного порядка отбывания наказания; 4) преступления против половой неприкосновенности и половой свободы несовершеннолетнего. Учитывая данные положения, суд при принятии решения об установлении административного надзора не всегда готов сразу определить дату, когда поднадзорный будет поставлен на учет в органе внутренних дел по избранному месту жительства или пребывания, так как это уже зависит не от суда, принимающего решение, а от органа внутренних дел<sup>12</sup> по избранному месту жительства или пребывания поднадзорного.

Также следует учитывать, что срок административного надзора, устанавливаемый поднадзорному согласно вышеуказанному порядку, исчисляется со дня вступления в законную силу решения суда об установлении административного надзора (ч. 1 ст. 3 и п. 2 ч. 3 ст. 5 закона). Учитывая данные положения, суд при принятии решения об установлении административного надзора также не всегда готов сразу определить дату вступления в законную силу решения об установлении административного надзора, так как это уже зависит не только от суда, принимающего решение, но и от других участников процесса, которые вправе обжаловать данное решение суда. Следовательно, в случае апелляционного обжалования и рассмотрения дела в апелляционном порядке будет уже другой срок вступления в законную силу решения суда об установлении административного надзора. Этот срок не в состоянии точно знать председательствующий судья, принимающий решение об установлении административного надзора в суде первой инстанции.

Таким образом, целесообразно в резолютивной части решения, принимаемого судом по итогам рассмотрения заявления об административном надзоре, в зависимости от вышеуказанных обстоятельств указывать, что срок административного надзора следует исчислять со дня постановки поднадзорного на учет в органе внутренних дел по избранному им месту жительства или пребывания, либо со дня вступления в законную силу решения суда.

Кроме того, не бесспорно предложение И.Н. Бараева об установлении для дел об административном надзоре сокращенного срока их рассмотрения в суде первой инстанции (10 дней), учитывая, по мнению И.Н. Бараева, что данные дела не представляют особой сложности. Соглашаясь с тем, что дела об административном надзоре не представляют особой сложности, нельзя согласиться с И.Н. Бараевым об установлении для дел об административном надзоре сокращенного срока их рассмотрения в суде первой инстанции (10 дней), так как указанного срока будет явно недостаточно для принятия судом законного и обоснованного решения по делу. Разбирательство дел по заявлениям об установлении, о продлении, досрочном прекращении административного надзора, а также о частичной отмене или дополнении ранее установленных поднадзорному лицу административных ограничений происходит в судебном заседании с обязательным извещением лиц, участвующих в деле, о времени и месте заседания (ст. 155 ГПК РФ). Извещение лиц по делам данной категории осуществляется в порядке гл. 10 ГПК РФ («Судебные извещения и вызовы»). Имеющиеся в судебной практике трудности с извещением и вызовом в судебное заседание лиц, к которым заявлены требования об установлении, о продлении, досрочном прекращении административного надзора, а также о частичной отмене или дополнении ранее установленных поднадзорному лицу административных ограничений, не позволят суду в 10-дневный срок рассмотреть дела данной категории.

<sup>12</sup> Приказ МВД России от 8 июля 2011 г. № 818 (ред. от 30 июня 2012 г.) «О Порядке осуществления административного надзора за лицами, освобожденными из мест лишения свободы» // СПС «Консультант Плюс».

Так, только извещение о судебном заседании по «судебному» заказному письму с уведомлением о вручении, приходит по почте в суд по истечению около 14 дней с момента отправления данного письма.

В Федеральном законе от 6 апреля 2011 г. № 64-ФЗ и постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2013 г. № 22 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об административном надзоре» остался неразрешенным ряд вопросов при рассмотрении заявлений о продлении административного надзора. В частности, когда орган внутренних дел вправе обратиться в суд с заявлением о продлении административного надзора, т.е. вправе ли орган внутренних дел обратиться в суд с таким заявлением по прошествии, например, одного месяца после установления административного надзора поднадзорному, или это возможно только в период, когда срок административного надзора подходит к окончанию? Кроме того, нет определенности в вопросе, за какой период до истечения срока административного надзора орган внутренних дел вправе обращаться в суд с заявлением о продлении административного надзора.

Согласно ч. 1 ст. 261.5 ГПК РФ и ч. 2 ст. 5, ст. 7 закона, административный надзор может быть продлен судом на срок до 6 месяцев, но не свыше срока, установленного законодательством Российской Федерации для погашения судимости, в связи с совершением поднадзорным лицом в течение одного года двух и более административных правонарушений против порядка управления и (или) административных правонарушений, посягающих на общественный порядок и общественную безопасность и (или) на здоровье населения и общественную нравственность. В силу п. 1 ч. 1 ст. 9 Федерального закона № 64-ФЗ истечение срока административного надзора влечет его прекращение.

С учетом вышеизложенных обстоятельств истечение указанного срока в период рассмотрения дела о продлении административного надзора является основанием для отказа в удовлетворении соответствующего заявления органа внутренних дел.

Как свидетельствуют результаты проведенного исследования (автором было изучено 100 дел об административном надзоре), в правоприменительной практике имеются трудности при принятии решения по заявлению исправительного учреждения об установлении административного надзора и административных ограничений в отношении осужденного и отбывавшего уголовное наказание (освобожденного по отбытию срока наказания). Так, вправе ли суд, принимающий решение по данному делу, устанавливать освобождающемуся заключенному административное ограничение в виде обязательной явки от одного до четырех раз в месяц в орган внутренних дел по месту жительства или пребывания для регистрации, когда этот осужденный сообщает в суде, что соблюдение указанного ограничения в данном случае невыполнимо, так как осужденный не имеет постоянного места жительства или пребывания, нигде не зарегистрирован?

Согласно п. 22 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 июня 2013 г. № 22 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об административном надзоре» предусмотрено, что установление судом административного ограничения в виде явки от одного до четырех раз в месяц в орган внутренних дел по месту жительства или пребывания для регистрации является обязательным (ч. 2 ст. 4 федерального закона № 64-ФЗ) и не зависит от применения к лицу иных административных ограничений. Таким образом, полагаем, что установление судом административного ограничения в виде явки от одного до четырех раз в месяц в орган внутренних дел по месту жительства или пребывания для регистрации является обязательным, соответствует требованиям федерального закона № 64-ФЗ и не нарушает права осужденного. В связи с этим его доводы о невозможности исполнять данное ограничение ввиду отсутствия постоянного места жительства и регистрации не могут быть приняты судом во внимание.

Отсутствие постоянного места жительства является временным состоянием, которое не освобождает поднадзорного от выполнения вышеуказанной обязанности, на что также указывают п. 2–5 ст. 11 федерального закона № 64-ФЗ:

- явиться для постановки на учет в орган внутренних дел в течение трех рабочих дней со дня прибытия к избранному им месту жительства или пребывания после освобождения из мест лишения свободы, а также после перемены места жительства или пребывания;
- явиться для постановки на учет в орган внутренних дел по месту временного пребывания в течение трех дней в случае получения по исключительным личным обстоятельствам, предусмотренным ч. 3 ст. 12 настоящего федерального закона, разрешения органа внутренних дел на пребывание вне жилого или иного помещения, являющегося местом жительства либо пребывания, и (или) на краткосрочный выезд за установленные судом пределы территории;
- уведомить орган внутренних дел по месту временного пребывания о выезде к месту жительства или пребывания, если поднадзорное лицо находилось по месту временного пребывания по исключительным личным обстоятельствам, предусмотренным ч. 3 ст. 12 настоящего федерального закона;
- уведомить орган внутренних дел по месту жительства или пребывания в течение трех рабочих дней о перемене места жительства или пребывания, а также о возвращении к месту жительства или пребывания, если поднадзорное лицо отсутствовало по исключительным личным обстоятельствам, предусмотренным ч. 3 ст. 12 настоящего федерального закона.

Кроме того, отсутствие постоянного места жительства является вопросом факта, который может быть установлен в суде при реализации предусмотренного п. 1 ст. 10 федерального закона № 64-ФЗ права поднадзорного лица обращаться в суд с заявлением о досрочном прекращении административного надзора, а также о частичной отмене установленных судом административных ограничений. При установлении административного надзора суд не определяет место жительства поднадзорного лица.

Резюмируя изложенное, надо сказать, что введение административного надзора за лицами, освобожденными из мест лишения свободы, является прогрессивной мерой, но в правоприменительной практике возникают вопросы, свидетельствующие о необходимости совершенствования правовых норм и дополнительных разъяснений Верховного Суда Российской Федерации о применении норм об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы.



### Библиография

Закон РФ от 25 июня 1993 г. № 5242-1 «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1227.

Приказ МВД России от 8 июля 2011 г. № 818 (ред. от 30 июня 2012 г.) «О Порядке осуществления административного надзора за лицами, освобожденными из мест лишения свободы» // СПС «Консультант Плюс».

Бараев И.Н. Установление судом срока административного надзора // Российская юстиция. 2012. № 9. С. 58–61.

Ванюшин Я.Л., Галкин В.А., Филатова А.В. Комментарий к Федеральному закону от 6 апреля 2011 г. № 64-ФЗ «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы» (постатейный) / под ред. С.А. Денисова // СПС «Консультант Плюс».

Вельмин А.С. Проблемы обоснованности отнесения дел об административном надзоре к ведению суда в порядке гражданского судопроизводства // Вестник гражданского процесса. 2012. № 2. С. 235–252.

Денего В.В. О роли участковых уполномоченных полиции в реализации административных процедур по осуществлению административного надзора за лицами, освобожденными из мест лишения свободы // Административное право и процесс. 2013. № 4. С. 71–73.

Калинина Т.М. Понятие и юридическая природа административного надзора // Административное право и процесс. 2013. № 8. С. 44–51.

Калинина Т.М. Правила применения административного надзора // Административное право и процесс. 2013. № 9. С. 44–49.

Лаптев С.А. К вопросу об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы // Административное право и процесс. 2013. № 9. С. 50–54.

Постатейный комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / А.В. Аргунов, В.В. Аргунов, А.В. Демкина и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2012.

Тепляшин П.В. Административный надзор за лицами, освобожденными из мест лишения свободы // Законность. 2011. № 10. С. 16–19.

Фильченко А.П. Административный надзор за лицами, освобожденными из мест лишения свободы: правовая природа и перспективы законодательного регулирования // Административное право и процесс. 2012. № 2. С. 58.

---

## Issues of Enforcing Administrative Supervision of the Persons Released from Places of Imprisonment

**Olga Fedotova**

Associate Professor, Department of Theory and History of State and Law, RF Ministry of Internal Affairs Institute in Voronezh, PhD (Law). Address: Patriotov Prospekt, 53, Voronezh, 394065, the Russian Federation. E-mail: Fedotova\_vrn@yandex.ru.



### Abstract

This article features the author's view of some issues arising in court and other law-enforcement bodies as to the administrative supervision of the persons released from places of imprisonment due to the enactment of the Federal law of 06.04.2011 no. 64-FZ *On Administrative Supervision of the Persons Released from Places of Imprisonment*. Considering the provisions of the specified law, lawyers should be guided by the rules of law of codified legal acts of different legal branches, which poses certain difficulties as to their application. Though legal literature devotes enough attention to the problem of administrative supervision of the persons released from places of imprisonment, it has become of special relevance with the development of the legislation and law-enforcement practice and requires urgent solution. Available academic works show historical, procedural, administrative law, criminal law aspects of administrative supervision. However, in connection with the implementation of legal provisions of the abovementioned law and other normative legal acts, explanations of the resolution of the Plenum of the RF Supreme Court as in the theory, and law-enforcement practice there are issues demanding permission for appropriate ensuring performance of the current legislation about administrative supervision and further improvement of theoretical provisions and rules of law in the sphere of administrative supervision of persons, released from places of imprisonment.



### Keywords

Administrative supervision, persons released from places of imprisonment, public law, law-enforcement bodies, correctional facilities, administrative offenses, criminal record.



### References

Zakon RF ot 25.06.1993 no. 5242-1 «O prave grazhdan Rossiyskoy Federatsii na svobodu peredvizheniya, vybor mesta prebyvaniya i zhitel'stva v predelakh Rossiyskoy Federatsii» // Vedomosti SND i VS RF. 1993. № 32. St. 1227.

Prikaz MVD Rossii ot 08.07.2011 № 818 (red. ot 30.06.2012) «O Poryadke osushchestvleniya administrativnogo nadzora za litsami, osvobozhdenymi iz mest lisheniya svobody» // SPS Konsul'tantPlyus. 2013.

Baraev I.N. (2012) Ustanovlenie sudom sroka administrativnogo nadzora [Period of administrative supervision stipulated by court]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no. 9. P. 58–61.

Vanyushin Ya.L., Galkin V.A., Filatova A.V. Kommentarii k Federal'nomu zakonu ot 6 aprelya 2011 goda no. 64-FZ «Ob administrativnom nadzore za litsami, osvobozhdenymi iz mest lisheniya svobody» (postateynny) / pod red. S.A. Denisova // SPS Konsul'tantPlyus. 2012.

Vel'min A.S. (2012) Problemy obosnovannosti otneseniya del ob administrativnom nadzore k vedeniyu suda v poryadke grazhdanskogo sudoproizvodstva [Issues of submitting cases on administrative supervision to court as part of civil proceedings]. *Vestnik grazhdanskogo protsesssa*, no. 2. P. 235–252.

Denego V.V. (2013) O roli uchastkovykh upolnomochennykh politzii v realizatsii administrativnykh protsedur po osushchestvleniyu administrativnogo nadzora za litsami, osvobozhdenymi iz mest lisheniya svobody [Role of police representatives to implement administrative procedures to implement the supervision of people released from places of imprisonment]. *Administrativnoe pravo i protsess*, no. 4. P. 71–73.

Kalinina T.M. (2013) Ponyatie i yuridicheskaya priroda administrativnogo nadzora [Concept and nature of administrative supervision]. *Administrativnoe pravo i protsess*, no. 8. P. 44–51.

Kalinina T.M. (2013) Pravila primeneniya administrativnogo nadzora [Rules of applying administrative supervision]. *Administrativnoe pravo i protsess*, no. 9. P. 44–49.

Laptev S.A. (2013) K voprosu ob administrativnom nadzore za litsami, osvobozhdennymi iz mest lisheniya svobody [On the issue of the administrative supervision of people released from the places of imprisonment]. *Administrativnoe pravo i protsess*, no. 9. P. 50–54.

Krashennnikov P.V. (ed.) (2012) *Postateynny kommentariy k Grazhdanskomu protsessual'nomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Annotated edition of the Russian Federation Civil Procedure Code]. Moscow. (in Russian)

Teplyashin P.V. (2011) Administrativnyy nadzor za litsami, osvobozhdennymi iz mest lisheniya svobody [Administrative supervision of people released from the places of imprisonment]. *Zakonost'*, no. 10. P. 16–19.

Fil'chenko A.P. (2012) Administrativnyy nadzor za litsami, osvobozhdennymi iz mest lisheniya svobody: pravovaya priroda i perspektivy zakonodatel'nogo regulirovaniya [Administrative supervision of people released from the places of imprisonment: legal nature and perspectives of legal regulation]. *Administrativnoe pravo i protsess*, no. 2. P. 58.

# International Law and International Organizations: The Legacy of the Twentieth Century<sup>1</sup>

---

---



## Matthew Parish

English Barrister, Partner at the International Law Firm 'Holman Fenwick Willan', Lecturer at the University of Geneva (Switzerland). Address: Cours de Rive 13-15, 1204, Geneva, Switzerland. E-mail: matthew.parish@hfw.com.

---



## Abstract

The growth in international law is not just a matter of an ever-increasing number of treaties. There has also been a considerable growth in what is known as "customary international law", being the writings of scholars, principles of international law that grow out of the jurisprudence of international courts and tribunals, and the writings of international organizations themselves. Like all forms of law, international law is susceptible to interminable growth. Unlike other branches of law, it is not subject to any democratic check. It is driven by academics, pressure groups, and international organizations, international political institutions who have every interest in there being ever more international law with which to sustain them. The lingering concern is that the growth of international law absorbs money and time, without being developed in the context of a proper policy debate. International law is far more than the signature of treaties between states that see mutual advantage in cooperation. It purports to be a global order of moral principles regulating the conduct of states. Yet states have far more economic and military power than the institutions that administer international law, which calls into question the notion that international law can ever change the balance of power. A curious confluence of interests between states and international organizations means that international law can grow ever more, but persists in having remarkably little effect upon the underlying dynamics of international relations.

---



## Keywords

international law, sovereignty, international organizations, Wilsonian institutions, international treaties, structure of international order

---

---

If we had to choose one person as the father of modern international law, it would be not Grotius but Woodrow Wilson. These two figures are worth briefly comparing. Their goals were similar. Both sought to develop sets of legal rules which dictate the behaviour of states in their mutual confrontations. The subject matter of these rules in both cases was the circumstances in which states were entitled to go to war with one another, and the way those wars should be fought when they occur. Both advanced their ideas in the context of wars that had exacted a brutal toil on human life. Grotius wrote in the midst of the bloody Thirty Years War, in which it is estimated that between three and twelve million people died. Wilson advanced his ideas in the aftermath of the First World War, in which between fifteen and thirty million people may have died. The purpose of the international law they developed was to prevent the future horrors of warfare and massive loss of life.

---

<sup>1</sup> This article is based in part on a chapter in the author's book *Mirages of International Justice: The Elusive Pursuit of a Transnational Legal Order* (London: Edward Elgar, 2011).

Yet there was a profound difference in the sorts of international legal regime each thinker advocated. Grotius's masterpiece *De Jure Belli ac Pacis* (1625) was the first attempt to set out detailed rules for the conduct of states in their hostile relations with one-another. The array of topics he addresses is exceptionally broad, including performance of treaty obligations, duties to respect foreign property, authority of agents to bind sovereigns, embassies and diplomatic immunity, prisoners of war, plunder of conquered territory, treatment of civilians, neutrality, the obligations of states in criminal justice, and a great deal more. For the most part his authorities are the ancient Roman and Greek writers; there is very little reference in his work to contemporary events, although the horrors of the Thirty Years' War, raging in the background as he wrote, no doubt motivated his appeal to moderation. However, he clearly perceived war as to a degree inevitable, and thus something to be regulated rather than eliminated altogether. Most revealingly, Grotius makes no attempt to explain how the principles of international law he sets out are to be enforced. Presumably he thought that states themselves would enforce his principles against other states; but that begs the question, how they would do so in circumstances of hostility between one-another that triggered the need for this area of law in the first place.

Although to the modern eye this may appear a surprising lacuna in Grotius's writings, it was perhaps less surprising to his readership. This was an era in which the study of law was not a practical matter, of how to administer impartially justice between individuals; rather it was an affair of scholarship, of study of Roman law. Certainly the notion of an independent judiciary, neutrally applying the law apart from the sovereign who propagated it, was only dimly understood in the era. It would not be until events preceding the English Civil War, in the period beginning ten years after Grotius published his work, that the tradition of judicial independence from the sovereign would find expression in a series of cases in which the English courts sided with Parliament, and against the Crown. The notion of an independent judicial authority existing to assess the sovereign's compliance with legal obligations would have appeared to Grotius, writing before these momentous events, as bizarre or even seditious.

International law would remain a set of lofty scholarly ideals that European sovereigns in their wisdom and unquestioned authority, often asserted as being derived from the divine, might be expected to observe. It would not be enforced *per se* against a recalcitrant sovereign; there would be no need. International law at the time was seen as a kind of "natural law",<sup>2</sup> an account of the way things really are, rather than a set of rules to be imposed under threats of sanction for noncompliance. This was, perhaps, a natural legal philosophy for those dependent upon the will of a near absolute sovereign for enforcement of the law. Inevitably, as soon as one relaxed the assumptions about the Monarch's beneficence and infallibility, the lack of an enforcement mechanism for Grotius's edicts would become of acute concern. But for Grotius himself, relaxing those assumptions was unthinkable. For lawyers to enter the political realm in such a way, in an era of absolute power held by sovereigns who could wield that power arbitrarily and at will, could be exceptionally dangerous. In 1618, Grotius had been arrested and sentenced to life imprisonment for authorship of an edict promoting religious tolerance. In the future his legal writings would remain of an entirely academic nature.

International law continued in this principally academic vein for the next two hundred and ninety years. The Thirty Years' War ended with the Peace of Westphalia, a series of treaties in 1648 which demarcated the internal boundaries of the states within the Holy Roman Empire and delineated the powers between the Emperor and the states in a decentralising direction. It is said that the treaties comprising the Peace of Westphalia established the principle of sovereignty within international law: that is to say, the notion that states are free to do whatever

---

<sup>2</sup> Samuel von Pufendorf, *De jure naturae et gentium* (1672), developed Grotius's thinking in a natural law direction.

they please within their own borders, so long as they respect the borders of others.<sup>3</sup> However, that inference is an academic abstraction; the principles of sovereignty are prescribed nowhere in the Westphalian treaties. Indeed those treaties say a fair amount about the internal operations of states, including a federal distribution of powers between Holy Roman Emperor and constituent states; and guarantees of freedom of worship to Christian minorities within the territories of the Empire.

The association of Westphalia with the notion of sovereignty may derive from the fact that international territorial boundaries were recognised by other states, which promised to honour them. The notion of mutual respect by republican governments for one-another's territory promised to be the foundation of what Immanuel Kant called a "Perpetual Peace" in 1795, in his influential essay of that name. Nonetheless, the principles of international relations Kant proposed — which included abolition of standing armies, the prohibition of secret treaties planning for future wars, prohibitions on national debts, and a ban on interference with the internal affairs of other states — remained aspirations only. Kant saw them as hortatory: principles which, if observed, would lead to the idealised state of peace to which he aspired. Kant's international law, like that of Grotius, was more akin to moral philosophy than law in the sense of judges, juries, police and prosecutors. Although the nineteenth century saw considerable growth in international law, in the form of a wealth of treaties between nations, again these treaties were modelled on Kant's conception of international law. Little thought was given to the question of whether the domestic authorities within a state might fail to comply with their international legal obligations, and the philosophical thinking necessary to develop international law beyond an abstract discipline did not take place.<sup>4</sup>

## Wilsonian institutions

The sea change in international law occurred at the end of the First World War when one man, the US President Woodrow Wilson, forced upon the world a vision of international law as a tool to prevent future warfare. The last of Wilson's Fourteen Points, his plan to the US Congress for bringing the First World War to an end,<sup>5</sup> provided that "a general association of nations must be formed under specific covenants for the purpose of affording mutual guarantees of political independence and territorial integrity to great and small states alike". Wilson insisted that this principle find expression in the Peace Treaty of Versailles over considerable scepticism by his European counterparts;<sup>6</sup> he had such leverage, perhaps, because the entry of the United States into the war had secured the defeat of Germany and the United States was perceived as the guarantor of the Versailles peace. The first thirty articles of the Versailles Treaty became the Covenant of the League of Nations, and Wilson himself presided over the committee at Versailles which drafted the League's Covenant. The League of Nations would presage a new breed of international organizations, and would have an Assembly (in which all member states were represented), a Council (in which a limited set of members would make

---

<sup>3</sup> There is a debate amongst scholars as to whether the Peace of Westphalia genuinely represented such a dramatic development of political philosophy as is traditionally imagined. See e.g. Andreas Osiander, *Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth*, *International Organization* 55: 251 (2001).

<sup>4</sup> See e.g. David Kennedy, *International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion*, QLR 17: 99 (1997).

<sup>5</sup> The "Fourteen Points" was a speech delivered by President Wilson to a joint session of Congress on 8 January 1918.

<sup>6</sup> See George Egerton, *The Lloyd George Government and the Creation of the League of Nations*, *American Historical Review* 79(2): 419 (1974).

urgent decisions), and a Secretariat. Disputes between states would be resolved peaceably, by reference to judicial settlement (through a Permanent Court of International Justice), arbitration, or resolution by the League's Council. Any act of war against one state would be deemed an act of war against all; all members would be obliged to implement sanctions against the transgressor, and the Council would recommend military action. By that notion, collective security was born, and the League was conceived as a forerunner to NATO.

The League of Nations Covenant said relatively little about the substance of international law; what it did instead was prescribe procedures by which disputes in the field of international law would be resolved, to foreclose war as the default method of dispute resolution. The radical innovation was to create an institutional structure within which questions of international law would be decided, in contrast to what had gone previously when international law had Grotian or Kantian content, but no procedures by which it would be implemented. Equally important was the broad scope of issues the League of Nations regime deemed to fall within the potential scope of international law. The Covenant contained a regime for oversight of League of Nations "mandates" (that is to say, former colonies of the defeated powers Germany and Turkey, administered after the First World War by the victorious nations),<sup>7</sup> and also provided that the League would subsequently expand its competences into the setting of international labour rights, treatment of native inhabitants, people trafficking and drug smuggling, arms control, control of disease, and free communications and fair treatment of commerce.<sup>8</sup> Another chapter with the Versailles Treaty created a second intergovernmental organization, the International Labour Office, with authority to promulgate draft conventions addressing the protection of workforces within member states and, like the League of Nations, with a permanent secretariat. Even by the standards of modern international institutions, the League of Nations was remarkably broad in scope.

Ironically given that the League of Nations structure was so much the work of the US President, the United States was blocked from joining the League by its own legislature. The Senate refused to ratify the League Covenant out of a concern that it might commit US armed forces to foreign military action without the authority of Congress, contrary to the US Constitution.<sup>9</sup> No such qualms inhibited the United States' later ratification of the UN Treaty and the North Atlantic Treaty, however. Today the League is widely perceived as a failure, through its inability to prevent Axis aggression in the 1930s, and in particular the stepwise territorial advances Hitler's Germany made during that decade that pushed the world towards the Second World War. This criticism of the League of Nations may be unfair, however, depending on what one compares it with.

The United Nations Organization was created by the UN Charter, signed in San Francisco in June 1945. This was intended to be a new international organization, also designed to keep the peace between nations, created in the aftermath of the Second World War. Its ostensible goals are very much the same as the League Covenant, and the UN Charter is structured in a

---

<sup>7</sup> Article 22 of the Covenant of the League of Nations created a Permanent Mandates Commission, ostensibly with responsibility for overseeing management of the former German and Ottoman colonies by the victorious powers. In theory there were three types of mandate, "A," "B" and "C" mandates, corresponding to decreasing levels of development and the corresponding necessity of increasingly intrusive administration by the mandatory power. In practice the mandatory powers administered the mandates as their own colonies, and the Permanent Mandates Commission was toothless.

<sup>8</sup> See Article 23 of the Covenant of the League of Nations.

<sup>9</sup> Article I.8.11 of the US Constitution provides for the right of Congress to declare war. The United States has often engaged in foreign military hostilities without Congress's authority. The US courts have refused to intervene in legal debates about the authority to declare war and the consequences of the lack of such a declaration: *Holmes v United States*, 391 US 936 (1968); *United States v O'Brien*, 391 US 367 (1968).

very similar way to its predecessor. Neither institution had a standing army to enforce the obligation not to go to war. As will be seen in Chapter Three, the jurisdiction of the two institutions' courts (the Permanent Court of International Justice for the League, the International Court of Justice for the UN) were not compulsory for any affected nation and there was no mechanism for enforcing their decisions. Decisions of the Council of the League required unanimity; this was undoubtedly too high a burden to make the Council an effective body in issues of contested and high profile international affairs. But decisions of the UN Security Council can be vetoed by any one of the Council's "permanent members". The five permanent members — the United States, France, Great Britain, Russia and China — have often diametrically opposing international agendas, and this seems unlikely to change soon. In the face of major international crises, therefore, the existence of the veto is barely more satisfactory than the League of Nations requirement of unanimity.

The Assembly in both the United Nations and the League, where resolutions can be passed by a simple majority, is denuded of power, having no authority to make decisions of substance. Even if the UN Security Council does pass a resolution against a recalcitrant and warlike state acting in violation of its international obligations, the Council is reliant, just like the Council of the League, upon individual members committing military forces to enforce its strictures. Both the United Nations and the League of Nations might be conceived as attempts at global government: efforts to set compulsory rules about what states may or may not do. But both lack a workable mechanism for independent adjudication or enforcement of those rules. For that reason, the League of Nations was powerless to resist Nazi Germany when it deliberately disregarded the international legal system. In describing the League of Nations as a failure however, we must be careful not to suggest that the United Nations would have done any better. There is no reason why it should have done. One might aver that the United States is a member of the UN but was not a member of the League. However, the United States did not see fit to act against Hitler on its own in the 1930s. It certainly had the means to do so. The reason it did not do so was because the country was undergoing one of its periodic episodes of international isolationism. If that militated against interfering in a dangerous European military escalation outside the auspices of the League of Nations, it is not clear why the United States would have intervened against Nazi Germany had it been within the League of Nations. Nothing about the League's structure compelled it to do so; and nothing in the UN's structure would have compelled it to do so either.

Both the League of Nations and the United Nations are most interesting for what they do not contain in their charters. While they establish elaborate international institutional mechanisms, and set out procedures for the Assembly and the Council to issue resolutions, neither calls upon national governments to commit troops to a unified international command, neither makes the jurisdiction of the international courts under their auspices compulsory, and neither permits small states to outvote powerful ones (or even for powerful states to outvote other powerful states) in any matters of significance. It is not hard to see why provisions of these kinds are absent from both charters. Powerful states have no incentive to agree to create a true world government. The United States, one of the most powerful nations in the world in both 1918 and 1945, would not want to give up real military or legal sovereignty over its affairs. The only possible incentive for any country to do so would be collective security; but the United States no doubt took the view that given the magnitude of its own power, it would be better at protecting its own security alone, than operating within a collective security apparatus.

This logic must have seemed particularly compelling in the aftermath of the Second World War, when there was a real ideological confrontation between liberal democratic capitalism and communism. Significant future threats would come not from rogue states against which allied nations could combine their forces, but from the Soviet Union, a rival empire with few

common political values with the United States. Why would the United States agree to an international institutional structure in which the Soviet Union — or any other country — had any say in the circumstances in which the US military could act? The idea was preposterous. It was out of the question — as, indeed, it would have been for the Soviet Union. The most powerful countries would embrace a system of international institutions only to the extent those institutions did not inhibit their sovereign prerogatives to declare war and conduct domestic and foreign policy as they wished. International institutions could not be permitted to take actions contrary to the interests of those nations, or to adjudicate and condemn their actions. The goal of any powerful state in agreeing to a system of international institutions could only be either to use those institutions as tools to control weaker states, or for internal political goals — for a state to associate itself with a set of values that the institution represents.

Imagine 192 families of varying sizes, wealth and strength cohabiting in a village, each of whom carry their own weapons and are used to defending themselves and the territory they claim for their own. For years they fight one-another incessantly. Then, one day, after a particularly bloody battle in which a great many people are killed, they sit down and agree to form an institution which will resolve all their differences in a peaceful manner, to prevent future wars. Someone suggests that all families agree to creation of an executive board, consisting of the heads of (say) five families, with their own Police force, and with all weapons turned over to that Police force. The Police and the executive board, it is said, will operate only within the confines of a series of pre-agreed rules. There will be a judicial authority to adjudicate disputes over these rules. This might in principle seem like a good idea to the weakest families in the village, tired of being preyed upon by their more powerful neighbours. But it is hardly attractive to the powerful families, who have far less to fear from the other members of the village. In theory, the powerful families might agree to give up their military autonomy in favour of the executive board to quell the ongoing disputes they have with one-another. But such an act of mutual foresight and wisdom would be less likely if each of the powerful families took the view that they had or were about to obtain some comparative advantage that would allow them to be the prevailing power in the future — or if they felt they had some overwhelming military capacity that would never allow them to be dominated, for example a nuclear weapon. The powerful families would be fearful of a truly independent and powerful executive board, that might be able to impose decisions upon them — even crush them with violence — and over which they would have only a limited say. Therefore, if the powerful families were prepared to buy into this proposal for collective security, they would insist upon denuding the executive board of real power, or at least ensuring it could act only with the consent of those powerful families. It certainly would not have its own capacity for force, sufficient to threaten them; at most it would have a police force whose members were seconded temporarily to it by the powerful, when those powerful families decided that the executive board's proposed actions were in their interests. In all circumstances, any structure to be created would not impinge upon the powerful families' own freedom of action when they decided that a certain course of conduct, inconsistent with the wishes of other families, was in their interests. Those with power do not, as a rule, freely give it up.

This pessimistic account of the course human beings would pursue in a state of nature diverges from the social contract Rousseau imagined free peoples would voluntarily adopt, because it departs from the implicit assumption in his model that all the parties to the social contract were of equal power and thus all feared the others. In those circumstances of primal equality, it is imaginable that every party would perceive a genuine collective security arrangement as preferable to the status quo. Alas, life is virtually never so. The incentives upon powerful and weak actors to agree collective security arrangements are quite different. The only collective security arrangement a powerful actor will countenance is one in which (s)he

provides collective security at his own discretion to weaker actors, with a view to advancing his own strategic interests. This was the model adopted by both NATO and the Warsaw Pact, as the United States and the Soviet Union respectively purchased varying degrees of political domination or loyalty from their allies in exchange for collective security guarantees. Of course every country with an effective functioning government operates some kind of internal collective security arrangement, in which a government, independent of the citizens, adjudicates and enforces rules of law relating to how the citizenry may treat one-another. But what is notable is that comparatively rarely in world history has any such arrangement been created by consent. The usual manner that governments acquire their monopoly upon the use of force is not by agreement of those over whom force may be exercised, but through domination of those people by one particularly powerful individual or group of individuals, who subsequently decide to call themselves the government. In time, the distribution of power between different institutions of the government may change, and democratic representation may emerge. But collective security arrangements are, as a rule, initially imposed, rather than agreed.

### Is voluntary combination ever possible?

The two most prominent arguable counterexamples to this proposition, the United States and Switzerland, did indeed involve agreements to create genuine collective security arrangements. In the late eighteenth century, the United States of America voluntarily came together to form a federal government, by way of a set of Articles of Confederation, later to be rewritten in the US Constitution. Interestingly the Articles of Confederation, coming into force on a *de jure* basis in 1781,<sup>10</sup> were insufficiently robust, granting to federal government the power to make war but not to raise taxes nor armies. The federal government under the Articles of Confederation was therefore somewhat like the UN, having to go to its member states to ask them for money and troops to sustain its activities. Nor did the federal government have executive or judicial authorities; it was just a legislature, whose edicts the states may or may not have observed as they saw fit. However, by 1788 a revised Constitution had been adopted, granting the federal government these extended authorities and also establishing a federal court system and executive branch of government (the President) with the power to raise an army. By the end of the American Civil War in 1865, the US federal government had developed into the undisputed primary military, political and judicial force in the United States.

Switzerland was likewise formed in 1292, as a voluntary confederation of three cantons rebelling against the Habsburg monarchy and who pooled their resources to resist Austrian suppression of the rebellion. To this day the Swiss Confederation has never grown to embrace more than the most elementary federal institutions. There is no nationwide police force. There is only one federal court, being Switzerland's final court of appeal. The list of areas of federal authority is very short, and for most Swiss citizens the only way the federal government intrudes into their lives is in compulsory military service for adult males in the country's militia-based army. The purpose of the militia (which remains one of the largest standing armies in the world proportionate to population) is exclusively defensive, to resist external threats. Switzerland seldom deploys troops abroad, in accordance with its centuries-old policy of neutrality, and seldom in modern times has it deployed troops within its own borders.<sup>11</sup> Collective Swiss pooling

---

<sup>10</sup> Drafting of the Articles of Confederation was completed in November 1777. They thereafter served as the *de facto* system of government used by Congress until their formal ratification in March 1781.

<sup>11</sup> The only occasion in the twentieth century Switzerland deployed its troops internally was the « fusillade du 9 novembre 1932 », when Swiss soldiers were sent to disperse an anti-fascist demonstration in Geneva. The troops opened fire, killing 13 people and injuring 65. It is important for our purposes that the troops were sent

of military resources exists not as a tool for adjudication of disputes between the country's cantons but solely as a method for deterring foreign invasion. The decentralised and idiosyncratic features of Swiss government continue today to reflect the unusual circumstances in which the Confederation was formed some 700 years ago.

For both the United States and Switzerland, the dynamic for the agreement to create a central authority was not fear by the sub-federal units of one-another, although the inability of the federal government to resolve frequent disputes between the states was one of the motives for abandoning the Articles of Confederation. Instead it was fear of forces outside, and the sense that collective action was necessary to defeat a common enemy. For the United States that enemy was Britain; for Switzerland it was the Austrian Empire. Likewise German unification in 1871, which was for the most part a voluntary combination of individual states formerly within the Holy Roman Empire, was driven by a desire for collective security not between the states themselves but to secure their common borders against hostile enemies (principally France). Moreover, German unification was arguably closer to a larger power in the region (Prussia) absorbing a range of smaller states, as the Emperor of Prussia was proclaimed Emperor of the German Empire. It was less like a voluntary social contract described above, more akin to weaker families asking to join the stronger family and be placed under its protection. Also worth noting is that although the United States entered into a collective security union in 1781, it was a mere eighty years before eleven states sought to secede from the Union, and were restrained from doing so through violence. As of 1861, when an attempt at secession of the southern states sparked the beginning of the American Civil War, the United States of America could no longer be described as a voluntary relationship between consenting nations.

If voluntary combination to create genuine federal government in a domestic setting is likely only in response to an external threat, then it is little surprise that the League of Nations, and the UN after it, created something less. There is no external threat to the world, in the sense of an extraterrestrial military force. Although such an unworldly danger might be sufficient impetus to create a genuine world government with adjudication and enforcement powers, in its absence an arrangement in which mutually suspicious, even hostile, nations within the global village come together to form a genuinely impartial collective security pact seems quite unlikely. Powerful nations will not be able to trust one-another enough, and will not want to give up their comparative advantages. They will certainly not want to share power with less powerful nations. Those less powerful nations may have to content themselves with aligning themselves behind more powerful nations; that is arguably the common rationale behind NATO and German reunification. The structures created as a result, in any attempt to form Wilsonian global government, will look remarkably like the League of Nations, the United Nations or the Articles of Confederation. Powerful nations will be able to veto decisions; no court will have compulsory jurisdiction over disputes between nations; contribution of troops to common military causes will be voluntary; and the individual nations will retain their own military forces.

In the event of a real dispute between powerful nations (such as the Cuban Missile Crisis in 1962), the global governance structures created will be able only to sit impotently on the sidelines, making calculated guesses about which horse to back. Where a powerful nation practices aggression against a weaker nation, and no other powerful nation is prepared to stop it (as in the US-led invasion of Iraq in 2003), the international institution will again be silent, for fear of incurring the powerful aggressor's wrath. Alternatively the international institution may find legalistic or theoretical grounds to support what the powerful country is doing, to engender favour with its paymaster (as happened upon the NATO bombing of Serbia in 1999, and its sub-

---

at the request of the Geneva cantonal government. Therefore they were not used by the central government to enforce its writ over a province.

sequent occupation of the country's southern province of Kosovo). Only where a weak country breaks the international rules, and a powerful country is inclined to punish it for so doing (as in the first Gulf War in 1991), will the international institution be able to speak up in favour of respect for international law. These are the sorts of principles that will likely govern the role of an attenuated international organization, such as the United Nations, which is the product of an ostensible agreement for collective security that emerges from the agreement of competing nations with different levels of military and economic power.

If this account is accurate, then it strikes at the heart of the liberal thesis. Were liberalism correct about the motivations of states, then powerful states would be willing to give up sovereignty over their own military affairs in favour of robust collective security agreements, rather than the bastardised kinds of collective security exemplified in the League of Nations and the UN. Powerful but beneficent states would agree to create a genuine world government with impartial enforcement institutions, at least between themselves, realising that this is the best way to preserve their mutual internal peace and to cooperate to resist external threats. That they fail to do so in practice is because they are too short-sighted and selfish. However, realism does not perfectly describe the rise of these institutions either. Realism can explain the creation of impotent institutions by the powerful: they are tools for cloaking nakedly self-interested acts of powerful states against weaker ones in the mantle of legitimacy. But it cannot explain why weaker states would go along with the charade. Are they just foolish? That seems unlikely at least as a general theory of international relations, even if it might be true in individual cases. The probable reason weaker states participate in impotent international institutions is more likely that they calculate they have nothing to lose; powerful states that wish to dominate weaker states will in all likelihood do so irrespective of the existence or otherwise of an international legal and institutional framework within which to do it. There are domestic benefits of participation in international institutions: for example, where an international organization promotes human rights, a state's membership and a contribution of funds may become an effective substitute for failure to respect human rights in the domestic sphere.

Weaker states may also calculate that international institutions provide a policy space in which they can exercise a disproportionate influence relative to their size. International organizations may allow states equality of representation of their members irrespective of economic, political or military strength, a status unthinkable for a weak state in the ordinary course of its diplomacy. (Such egalitarianism will rapidly break down in areas of international concern in which powerful nations have strong interests: hence the existence of "permanent" members of the UN Security Council with vetoes.) In the absence of strong interests advanced by powerful states, international organizations find autonomy within weak competing interests of a multiplicity of ostensibly equal nations. The unholy compromise between powerful and weak states in the creation of dysfunctional international organizations is this: the powerful states can use those institutions as a shroud for legitimacy when they want to push an international policy; weaker states obtain disproportionate influence over issues where more powerful states do not really care. International organizations capture a broad policy space in between the gaps. This is a constructivist explanation of how we have come to create weak solutions to collective security problems.

There are plenty of circumstances in which an international institution will not be buffeted by the forces of its most powerful members in their pursuit of acts of war. The roles of the League of Nations and the United Nations are arguably irrelevant where strong interests of the world's most powerful states are at stake such that they are prepared to spill blood in pursuit of their goals. Nevertheless there are plenty of international episodes of lesser intensity where such an institution may find room for maneuver. The League of Nations was not entirely irrelevant; notwithstanding its unsurprising inability to resist German, Japanese and Italian aggres-

sion, it achieved some results. Its principal achievement was the resolution a range of territorial disputes arising out of the decolonisation of the Ottoman and German Empires following the First World War, including settlement of German-Polish disputes relating to upper Silesia, delimiting the borders between Greece and Albania, resolution of the status of Mosul, affirmation of the status of Vilnius within Poland, administration of the Saar territory until its 1935 return to Germany after a plebiscite, and determination of sovereignty over the Åland Islands.

What is interesting about these achievements, however, is that in so many cases the decision adopted by the League of Nations represented the military or political status quo. In the dispute over the Upper Silesia, a buffer zone between Germany and Poland was recommended by the Treaty of Versailles to be subject to a plebiscite. After a narrow electoral result in that plebiscite, a League Commission recommended partition of the territory in accordance with the linguistic and cultural preferences of its residents. In a dispute over the murder of an Italian General who was engaged by the League to demarcate the Greek-Albanian border, the League's Conference of Ambassadors held the Greek government responsible and ordered payment of compensation demanded by the Italian government; Italian troops had occupied Corfu to enforce their demand. The Åland Islands had a Swedish population but had been held by Finland since imperial Russian occupation of Finland; again the League resolution involved maintaining the status quo, leaving the territory as part of Finland. Mosul was *de facto* in the British-administered mandate of Iraq; Turkish historical claims to the territory were rejected, supporting the British position.<sup>12</sup> In each case the League's action adopted the course of least resistance, lending international legitimacy to the facts on the ground.

## The growth of international institutions

If the League inevitably had limited room for manoeuvre on issues of international political moment between its member states, it nonetheless found itself busy in a range of collateral, advisory areas. As well as the Permanent Court of International Justice and International Labour Organization, envisaged by the Treaty of Versailles, a range of other institutions were created under the League's auspices. A Health Organization was created, an early precursor of the World Health Organization. There was a Committee on Intellectual Cooperation, to promote international scientific and cultural work; a Permanent Central Opium Board, to coordinate international policies on narcotics; a Slavery Commission, working to eradicate slavery; a Commission for Refugees (a forerunner of UNHCR); and a Committee for the Study of the Legal Status of Women. All in all, the League became involved in quite a wide range of activities. Its budget expanded from \$3.3 million in 1920 to \$5.2 million in 1929 (equivalent to about \$56 million in 2010). Notwithstanding this growth, it remained a comparatively modest institution; the UN's general budget was in excess of \$2 billion in 2007. Although the League of Nations never had more than 58 members (this zenith was reached at the end of 1934) compared to the UN's 192 current members, the difference remains marked. Moreover, whereas the foregoing figures for the League included all its associated agencies, the \$2 billion figure representing the UN's current budget does not include the seventeen UN specialist agencies, which are financed through separate negotiated contributions from those agencies' members. Nor does it include the UN's peacekeeping budget, which was in the region of \$5 billion for the financial year 2005-06.

At the end of the Second World War, the League of Nations was perceived as a failure for having been unable to prevent conflict, but the United Nations, devised along much the same

---

<sup>12</sup> For a history of the foregoing and other League of Nations engagements, see George Scott, *The Rise and Fall of the League of Nations* (London: Hutchinson 1973).

lines, was nonetheless conceived to replace it. The United Nations would play a far more profligate role in developing a network of international law and international institutions than did its predecessor. It would grow into a very large organization. The number of staff in the UN “common system” (a common regime of recruitment procedures, and salary and management grades across the UN and thirteen of its specialist agencies) was over 83,000 as of 2008. This did not include staff on short-term contracts, of which no public records are available, but they may add at least 100% to the total. In 1950, the UN had a mere 1,500 employees. The operations of the UN and its associated agencies would come to span a remarkable range of activities. The International Labour Office (2,500 employees as of 2009; budget of \$600 million as of 1999), and INTERPOL (500 employees as of 2005; budget of €47 million in 2009), an international police cooperation organization, survived the League of Nations era. In addition, a new range of specialized agencies of the UN emerged in the years after the Second World War, including the Food and Agriculture Organization, the United Nations Population Fund, the International Atomic Energy Agency, the International Civilian Aviation Organization, the International Fund for Agricultural Development, the International Maritime Organization, the International Telecommunications Union, and countless others. Among the larger ones are the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), responsible for operations to care for refugees (6,500 employees; US\$2.5 billion budget in 2010); the World Health Organization (2,400 employees; \$420 million budget in 2003); the World Intellectual Property Organization (1,000 employees; 2010 budget of \$310 million); and the International Organization for Migration (in 2008, over 7,000 employees and a budget of over \$1 billion).

At the Bretton Woods Conference in 1944, another slew of international organizations was conceived. Principal among these were the International Bank for Reconstruction and Development (the World Bank) and the International Monetary Fund. The World Bank subsequently multiplied, and now comprises five international organizations employing 10,000 people under the World Bank umbrella; the IMF employs around 2,500. A range of regional development banks (at least eleven are in existence at the time of writing) have followed in the wake of the World Bank, and employ several thousand more people worldwide. Still more international organizations grew out of the UN system or in conjunction with it. OSCE, an election-monitoring organization, had 3,500 staff and a budget of over €200 million in 2000. International organizations need not just be the creation of agreements between states. More international organizations can be created by the agreement of international organizations themselves. The International Trade Centre (ITC) is an international organization created by an agreement between the UN and the World Trade Organization (WTO). The Global Environment Facility (GEF) is a creation of the World Bank, the UN Environment Program and the UN Development Program. Perhaps the GEF and the ITC can enter into an agreement to create a third-order international organization, although it has not happened yet.

Depending on how one counts, there are 1,859 ordinary international organizations as of 2001, or 7,080 if one adds conferences (such as UNCTAD, the UN Conference on Trade and Development, a sort of autonomous conference-entity which employs some 500 people) and multilateral agreements creating a secretariat (such as the Energy Charter Secretariat, created to oversee the Energy Charter Treaty, which employs some 50 people).<sup>13</sup> No global figures for the annual turnover of international organizations, or the number of people employed by them, exist. But it is clear that taken together, they are a significant industry, employing hundreds of thousands of people worldwide and with tens of billions of US Dollars in annual revenues. The institutions of global government have undertaken quite an expansion since Wilson’s dream and the early years of the League of Nations.

---

<sup>13</sup> These figures are provided courtesy of the Union of International Associations.

Why did the United Nations and associated international organizations undergo this phenomenal growth? The liberal theorist might argue that in an increasingly interdependent world, there are ever more issues which can be best resolved through international cooperation. The expansion of international organizations represents a realisation of the benefits of international cooperation. Even if the ideals of a global government with impartial and compulsory adjudication and enforcement are too much to expect nations currently to agree to, there are all sorts of other benefits to international cooperation that the creation of international organizations can harness. The World Health Organization may serve to share medical knowledge and pharmacological innovation across the different countries of the world. The World Bank fosters expertise in development economics, and the skills needed to assist countries to be lifted out of poverty. UNHCR exists as a conduit of specialist expertise through which countries may contribute to refugee relief efforts in distant foreign countries. These are goals which all right-thinking nations would want to pursue; there are tangible benefits to their cooperating to achieve these goals; and international organizations serve as the mediums of that cooperation. Technology, faster and cheaper transport, ever easier communications, and the consequent increased ease for states to take actions having an effect beyond their boundaries, have all made the possibilities for international cooperation increase exponentially. The growth of international organizations, on the liberal thesis, simply represents the increased opportunities for international cooperation in a globalised world.

There is undoubtedly some truth in this account. One of the reasons ever more policy issues become internationalized is the ease of exchange of information that has become possible due to technological advances. It may now be possible to undertake detailed country comparisons of malaria prophylaxis, because the internet and air travel make such studies easier and the data more readily sharable than was once the case. There may be value in having an impartial organization monitor and certify elections as fair in emerging democracies; and an international committee of monitors may stake a better claim to be impartial than monitors all of whom hail from a single country. But the challenge for the liberal defense of international organizations is to show why international governmental institutions are better methods of achieving cooperation gains than the nongovernmental alternatives. Cooperation is possible without creating a quasi-governmental international structure. International NGOs can monitor elections, and their judgments may be just as credible. The Carter Center, an NGO in Washington, DC, has a formidable reputation in this area, and works with a fraction of the budget of OSCE. Medical professionals can work with pharmaceutical companies and national health authorities to share medical information. It is not clear what an international organization can add to the international cooperation that would take place anyway through private and public mechanisms.

If an international organization is a forum for officials from different governments to meet, they can meet anyway; and they always could. Most countries have embassies in most other countries. If international organizations are conceived as centres for expertise, it is not clear why that expertise could not prosper within international private companies and national governments, and without the extravagant expense of international public bureaucracy. If the distinguishing feature of international organizations is conceived as their neutrality, it is far from clear that they are as impartial as they like to present themselves. Many international organizations are perceived as having pronounced political agendas. In Kosovo, UNMIK (the UN territorial administration of the territory between NATO occupation in 1999 and independence in 2008) pushed an independence agenda and thus was perceived as pro-Albanian and anti-Serb.<sup>14</sup> In post-war Bosnia, almost all the international organizations were perceived as pro-Bosniac and hostile to Serb and Croat interests. UN peacekeeping forces in Rwanda prior to and dur-

---

<sup>14</sup> See Matthew Parish, *International Officials*, Aust. Rev. Int. Econ. L. 13 (2009).

ing the 1994 genocide were perceived as attempting to prop up the genocidal Hutu regime.<sup>15</sup> In Darfur, UNAMID (the UN peacekeeping mission in Darfur) is perceived as anti-government.<sup>16</sup> One may infer from this small sample that it may be extremely difficult for international organizations genuinely to be perceived as neutral. Governments (such as the Swiss) or NGOs (such as the Carter Center) may be able better to achieve perceptions of neutrality. In short, it is not clear just what we are paying for in international organizations that cannot be achieved using other, presumably cheaper, means. The only feature unique to international organizations in resolving cooperation problems would be were they to possess an impartial and binding adjudicatory power and an enforcement authority, to bind states to agreements to cooperate. As subsequent chapters will show, this is precisely what international organizations virtually never have, because states consciously agree not to bestow them with that depth of authority.

The danger for the liberal theorist, in promoting international organizations as effective media of international cooperation, is that there is no theoretical account of why they ought to be better at achieving cooperation than other forms of organization. After all, states cooperated extensively before the era of international organizations, to which the substantial levels of trade and international travel in the nineteenth century are testament. If the only account of international organizations' advantage is to attribute to them a capacity for impartial adjudication and enforcement which in practice states do not bestow them with, then the liberal theorist struggles to explain why these organizations have grown to meet the global expansion in international cooperation. Neither can the realist explain it. For the realist, international organizations are *ex hypothesi* causally irrelevant, being reflections of the international balance of power rather than causative of relations between nations. It is not therefore clear why they would grow at all; why would states pour money into institutions that make no difference? One answer might be false optimism: a misplaced belief on behalf of most of the world's governments that there is a pressing need to expand exponentially the size of international organizations to address all the pressing new problems in international cooperation that emerge year on year. But collective idiocy is barely attractive as a general theory of international relations, even if occasionally in history — as in the Thirty Years War or the First World War — it has appeared to approximate to the norm.

The expansion in ostensible levels of international cooperation may instead be considered a coalition of two sets of interests. One is the international organizations themselves, who have every interest in expanding their own spheres of activity, and with them their budgets and staffing levels. As a general rule, bureaucracies are able to expand their budgets beyond the level necessary to fulfil the services required by the citizens to whom they are accountable (in the case of international organizations, those citizens are their member states). This is due to the monopoly the bureaucrat has over assessment of his or her own effectiveness. Typically a bureaucracy's output is not a series of measurable units but a level of activity that is difficult to evaluate. This creates a monitoring problem for oversight agencies, which cannot accurately judge the efficiency of the output where there is no point of comparison and no easily measurable output. Only the bureaucracy knows the true costs of providing its services. Because funding comes from outside the bureau, the bureaucracy can overstate its costs to receive a larger budget, and can make "take it or leave it" budget proposals to the funding agency. In this way, bureaucrats can generate budgets that are perpetually in excess of what the funders'

---

<sup>15</sup> For controversy about Operation Turquoise (the French-led UN peacekeeping mission in Rwanda in 1994), see e.g. Libération, *Validation des plaintes visant l'armée française au Rwanda*, 29 May 2006; BBC News, *France accused on Rwanda killings*, 24 October 2006 (citing Rwandan diplomat Jacques Bihozagara as alleging France's partial responsibility for the genocide).

<sup>16</sup> See e.g. Sudan Tribune, *Sudan summons top UNAMID official to protest reports of non-cooperation*, 4 December 2009.

requirements warrant. This type of theory seeks to explain not just the growth in international organizations' budgets, but also the growth of government in western countries.<sup>17</sup> However, the theory is particularly apposite for international organizations, because the lines of accountability to those ultimately paying the bill for bureaucratic growth are so much more diffuse. An international organization is not directly accountable to a taxpayer; it is only indirectly so, through another bureaucracy (the foreign ministries or treasuries of the organizations' member states), who themselves have incentives to perpetrate their own bureaucratic growth.

The incentive for international organizations to enlarge themselves is reinforced by an interest individual states have in the expansion of international organizations' remits. Faced with a foreign policy issue which there exists domestic demand to address, referral of the issue to a specialist international organization is an attractive option. Delegation to a body one does not control alleviates electoral responsibility for failure. Association with an international organization may permit a state to assert that it upholds or supports a certain value, while committing nothing beyond a marginal sum of money. The international organization's mandate will be circumscribed in such a way that no real sovereignty (in terms of binding adjudicatory power or enforcement capacity) is attributed to it; and the costs of funding the organization's expansion will be so thinly distributed across the members as to be barely felt, particularly compared with the costs of any home grown initiative.

Malaria prophylaxis in the developing world became a hot political issue in the developed world in the 1990s; it was killing many people, particularly in Africa, and immigrants from those countries to the affluent west gave the issue political life. The World Health Organization (WHO) adopted it, and created a specialist unit to deal with it. Subsequently, staff within the WHO spotted this was not the only epidemic disease capable of creating political pressure in the wealthy west, where the political process might make budgets available for international cooperation. The fight against malaria was combined with battles against AIDS and tuberculosis, and before long a new international organization, the Global Fund, had spun off from the WHO, with a new staff, a new budget and a new mandate.<sup>18</sup> The Food and Agriculture Organization, which deals with a broad range of issues relating to feeding the hungry (including emergency relief, pest management and policy debates) in 1960 created a specialist arm, the World Food Programme (WFP), to coordinate emergency food distribution in famines. The WFP subsequently spun off and became an independent organization. The two institutions now have overlapping mandates. In 1974 a further related organization was created, the International Fund for Agricultural Development, with another mandate in the same area. It is hard to justify the existence of three international organizations all with such similar functions. Nonetheless, they persist. Domestic pressure groups support each individual institution, and this support is reinforced where international organizations make grants in favour of NGOs. Thus a high political price may be paid by any individual member who withdraws from the institution, once established, as it will be criticised for abandoning the poor or vulnerable. This price is seldom outweighed by the funds saved.

---

<sup>17</sup> See e.g. William Niskanen, *Bureaucracy and Representative Government* (Chicago: Aldine-Atherton, 1971); William Niskanen, *Bureaucracy*, in William Shughart and Laura Razzolini, eds., *The Elgar Companion to Public Choice* (Northampton: Edward Elgar, 2001); Thomas A. Garrett and Russell M. Rhine, *On the Size and Growth of Government*, Federal Reserve Bank of St Louis Review (January/February 2006).

<sup>18</sup> The Global Fund to Fight AIDS, Tuberculosis and Malaria, established in 2002, was a spin-off from the WHO but was established as a Swiss foundation in Geneva, albeit one with full diplomatic immunity by way of a Headquarters Agreement with Switzerland, and controlled by a board of trustees representing member states who contribute funds to the Fund. Until 2009 the Global Fund's administration was managed by the WHO; thereafter it managed to wrest itself entirely from the WHO, and for all practical purposes is now an independent international organization.

## The growth of international law

At the same time as international organizations were expanding, international law was growing, at least in terms of the quantities of treaties. Even in 1967, it was commented that “[o]ne of the most significant developments in international law in the twentieth century is the tremendous growth in the number of treaties”.<sup>19</sup> Under Article 102 of the UN Charter, all treaties are required to be registered with and published by the secretariat of the United Nations. As of the end of 2005, over 46,000 treaties have been registered, organized for publication into some 2,200 volumes. Of these, perhaps 50% have been registered since 1990. In 2009, a mean of around 100 treaties a month were being registered. The growth is explosive. Several reasons suggest themselves why there has been such a glut of treaty-making. With the expansion of economic relationships across the globe, there are ever more reasons for nations to cooperate. A great many international treaties are concerned with economic cooperation, such as removal of barriers to international trade or foreign investment.<sup>20</sup>

Cooperation has also become easier. There may be many reasons why nations want to cooperate, but in the past it was too logistically complex. States may want to agree that they will enforce and respect one another’s court decisions. They may wish to agree that citizens of one country living in another will not be taxed twice on the same income or assets, and tax paid to one authority will be offset against taxes due to the other. The modern telecommunications and computer revolutions make complex and detailed agreements far easier to negotiate. Drafts can be exchanged and amendments proposed instantaneously, without the parties even needing to meet. This is also undoubtedly a reason why all modern legal documents have increased exponentially in length, including domestic statutes and commercial contracts. The virtues of brevity are apparently forgone amongst modern legal professionals. Treaties may thus be longer, more detailed, and more complex, than they were previously. There is a debate about whether this is a good thing, of course: whether the complexity reflects a level of detail desired by the parties to refine the precise scope of their obligations and eliminate ambiguities that frustrate faithful observance of treaties and necessitate recourse to dispute resolution mechanisms, or whether the extra complexity is a mere smokescreen of irrelevant detail designed to keep lawyers busy and well paid. A divergence between the interests of principals and their agents (i.e. lawyers) might explain a growth of length and complexity of legal documentation exogenous to the interests of those the documents will bind.

There is more to explain the exponential growth in international law than just the demands by its users for increased cooperation, or the incentives of lawyers to expand their own workloads. Beyond the interests of both states and lawyers, international organizations have been active campaigners for the creation of ever more international law. International organizations are themselves the creations of treaties; and they are parties to a great many international treaties. Every loan agreement signed by the international development banks and the IMF is a treaty. International organizations often play leading roles in the negotiation and conclusion of treaties. The International Labour Organization negotiates international conventions relating to workers’ rights, of which at the time of writing there are at least 188. The UN High Commissioner for Human Rights negotiates, and gently pushes upon the UN member states, various treaties and conventions relating to human rights of which (depending on how one counts them) there are at least 80.<sup>21</sup> Since international organizations are intentionally created

---

<sup>19</sup> Vincent Jordan, *Creation of Customary International Law by way of Treaty*, 9 USAF JAG L Rev 38 (1967).

<sup>20</sup> Investment treaties and treaties regulating global trade will be considered in Chapters 5 and 6.

<sup>21</sup> See the UNHCHR website at [www2.ohchr.org/english/law](http://www2.ohchr.org/english/law) (accessed on 24 June 2010).

toothless by the states that parent them, one of the activities they can safely undertake even without teeth is the creation of further toothless treaties. They can then monitor and oversee those treaties' implementation, an activity with which international organizations are perennially preoccupied. A great many modern international treaties create international organizations or vest them with further responsibilities, for which they must be further budgeted, and further staffed. The 1997 Ottawa Convention banning landmines<sup>22</sup> is typical. It gives the UN a variety of roles, including administration of programmes for care and rehabilitation of victims; preparation of national de-mining programs; receipt of reports of de-mining progress; organization of "fact finding missions" by panels of experts where one state accuses another of non-compliance; arranging "Meetings of State Parties" that make reports and recommendations on compliance; arranging "review conferences"; and facilitating resolution of disputes. Nowhere in the text, however, does it suggest how to enforce the ban against states that flout it.

The 1980 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women creates a "Committee on the Elimination of Discrimination Between Women", an institution within the United Nations system, consisting of various experts elected by the signatories. The Committee receives reports and itself reports to the UN's Economic and Social Council. Other UN specialised agencies are also entitled to make representations in connection with those reports. Disputes between states over application of the treaty may be referred to the International Court of Justice, an international organization considered in the next chapter, although no state signatory to the convention is obliged to consent to the involvement of the Court (and no dispute has ever actually been referred to the Court, for reasons that will be explored in Chapter Three). These treaties are typical. Both were created by international organizations; UN officials managed the multilateral negotiation process. They also create multiple responsibilities for international organizations. Modern international law necessarily involves the creation of international institutions, because international law cannot survive without them. A contract between two parties is worth little without an impartial third party to adjudicate and enforce it. The same logic applies to treaties; yet because states have no interest in creating strong international institutions, the temptation is to lend an air of legal pretence by writing a weak formal institution into the treaty. Thus treaties are replete with monitoring mechanisms, reporting obligations, committees, consultations and representations. The organizations administering these roles are all too aware of their own weaknesses. Permanently under a sense of existential threat, they will be motivated by fear of strong state actors, a desire to appear relevant, and to appropriate to themselves further tasks, to give the appearance of industry.

The growth in international law is not just a matter of an ever-increasing number of treaties. There has also been a considerable growth in what is known as "customary international law", being the writings of scholars, principles of international law that grow out of the jurisprudence of international courts and tribunals, and the writings of international organizations themselves. Ever increasing quantities of academic material have been written about international law in the last twenty years. Well over 100,000 scholarly books have been written in the field, with hundreds of academic journals devoted to it. By a consensus adopted by scholars and jurists alike, this material can be drawn upon in deciding the content of international law. Naturally, scholars are supported by international organizations, some of which (including the United Nations and the World Bank) even have their own universities to promote scholarly research. The International Law Commission, a committee within and funded by the UN that exists to promote the development of international law, employs scholars from around the world to write reports. It has spent most of its existence, between its creation in 1948 and

---

<sup>22</sup> Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, opened for signature on 3 December 1997.

2001, negotiating and drafting its “draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”, an attempt to codify the principles governing the circumstances in which states may be liable for breaches of international law. The draft Articles do not explain how disputes may be resolved under the rules of any particular judicial forum; nor does it set out any specific rules for how much money a state may be obliged to pay, and to whom, for breaching its international obligations. Such issues would be too contentious. Instead, the draft Articles are confined to a wide ranging series of platitudes, such as prescriptions that “an internationally wrongful act” must be “attributable to the state” and “constitute a breach of an international obligation of the state”. It was anticipated that the draft Articles would be adopted in a treaty.<sup>23</sup> They never were; but that did not stop international courts treating them as definitive statements of international law. Vacuities can be interminably debated; when one’s aim is to paper over the cracks of impotence, abstractions of Aquinean dimensions may be of considerable value.

Like all forms of law, international law is susceptible to interminable growth. Unlike other branches of law, it is not subject to any democratic check. It is driven by academics, pressure groups, and international organizations, international political institutions who have every interest in there being ever more international law with which to sustain them. The lingering concern is that the growth of international law absorbs money and time, without being developed in the context of a proper policy debate. International law is far more than the signature of treaties between states that see mutual advantage in cooperation. It purports to be a global order of moral principles regulating the conduct of states. Yet states have far more economic and military power than the institutions that administer international law, which calls into question the notion that international law can ever change the balance of power. A curious confluence of interests between states and international organizations means that international law can grow ever more, but persists in having remarkably little effect upon the underlying dynamics of international relations.



## References

- Pufendorf S. von (1672) *De jure naturae et gentium*.
- Osiander A. (2001) Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth. *International Organization*, 55: 251.
- Kennedy D. (1997) International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion. *QLR* 17: 99.
- Egerton G. (1974) The Lloyd George Government and the Creation of the League of Nations. *American Historical Review* 79(2): 419.
- Holmes v United States*, 391 US 936 (1968); *United States v O’Brien*, 391 US 367 (1968).
- Scott G. (1973) *The Rise and Fall of the League of Nations*. London: Hutchinson.
- Parish M. (2009) International Officials. *Aust. Rev. Int. Econ. L.* 13.
- (2006) *Libération*, Validation des plaintes visant l’armée française au Rwanda, 29 May 2006; BBC News, France accused on Rwanda killings, 24 October.
- (2009) *Sudan Tribune*, Sudan summons top UNAMID official to protest reports of non-cooperation, 4 December.
- Niskansen W. (1971) *Bureaucracy and Representative Government*. Chicago: Aldine-Atherton.
- Niskansen W. (2001) Bureaucracy, in William Shughart and Laura Razzolini, eds., *The Elgar Companion to Public Choice*. Northampton: Edward Elgar.

<sup>23</sup> UN General Assembly Resolution 56/83 of 12 December 2001 “commends [the articles on responsibility of States for internationally wrongful acts] to the attention of Governments without prejudice to the question of their future adoption or appropriate action”. In other words, the General Assembly thought they were a good draft; but they would not become binding until some action of member states to adopt them. This never happened, and hence the articles remain in “draft”.

- Garrett T. A. Russell M. R. (2001) *On the Size and Growth of Government*. Northampton: Edward Elgar.
- Garrett T. A. Russell M. R. (2006) *On the Size and Growth of Government*, Federal Reserve Bank of St Louis Review (January/February 2006).
- Jordan V. (1967) *Creation of Customary International Law by way of Treaty*, 9 USAF JAG L Rev 38.
- (2006) Reserve Bank of St Louis Review (January/February 2006).
- (2001) UN General Assembly Resolution 56/83 of 12 December 2001.
-

# On Creativity in Constitutional Interpretation

---

---

## Pierre Schlag

Distinguished Professor at the University of Colorado and Byron R. White Professor at the Law School of the University of Colorado (USA)/ Address: 406 Wolf Law Building 401 UCB, Boulder, CO 80309-0401; USA. E-mail: pierre.schlag@colorado.edu

---

### Abstract

In the present article a particular aspect of constitutional interpretation will be considered. This aspect is called “creative” and involves retrieving the meaning of an object of interpretation. It is with regard to this particular aspect or moment of interpretation that creativity is often viewed as something to be avoided, to be shunned. If the task at hand is to “retrieve” some meaning, then the idea that this meaning can be created, in whole or in part, seems quite simply antithetical to the enterprise at hand. It suffices to note that many jurists and legal thinkers believe that interpretation as retrieval is an essential aspect of constitutional interpretation. Constitutional interpretation, is shaped by the legitimating need to anchor decisions in authority. That is very much part of the legitimation structure of constitutional law—important not just to the citizenry, but to judges and to legal academics. Over the practice and the idea of constitutional interpretation have become marked with the forms of this legitimation structure. The notion then that judges would be creative in their interpretations seems antithetical to both the practice and the idea of legal interpretation. The introduction of creativity in constitutional interpretation accordingly appears to deny the authority of authority.

---

### Keywords

constitutional interpretation, creativity, interpretation as retrieval, meaning, hermeneutics, constitutional law, legitimacy

---

---

We begin with interpretation. We explore a number of complexities and conundrums. We end with creativity.

Consider a certain aspect of constitutional interpretation that most jurists and legal thinkers consider crucial to the interpretive enterprise. This I will call *interpretation as retrieval*. This aspect (which may or may not be pragmatically possible) involves retrieving the meaning of an object of interpretation—here the Constitution or one of its clauses. It is with regard to this particular aspect or moment of interpretation that creativity is often viewed as something to be avoided, to be shunned.

Why? Because if the task at hand is to “retrieve” some meaning, then the idea that this meaning can be created, in whole or in part, seems quite simply antithetical to the enterprise at hand. It may be, of course, that the enterprise at hand—interpretation as retrieval—is not a coherent one, but we will bracket that. It suffices for now to note that many jurists and legal thinkers—originalists as well as living constitutionalists—believe that interpretation as retrieval is an essential aspect of constitutional interpretation.

Why retrieval?

## Interpretation

In an article published in 1996, Joseph Raz the eminent jurisprudential thinker asked, “Why Interpret?”<sup>1</sup> Specifically he asked: Why do legal professionals engage in interpretation at all? The answer he proffered is as simple as it is convincing: The authority of law depends upon tracing its meaning to the authoritative sources. This tracing, in turn, is according to Raz, what we call “interpretation”.

But, of course, not any kind of interpretation will do. It must be a legal interpretation—that is to say, the kind of interpretation authorized and laid out by the law itself.<sup>2</sup> And it is, of course, the kind of interpretation that is directed at its proper authoritative objects (not substitutes).

Notice we have here the embryonic form of a small hermeneutic circle: The law must be interpreted, but its interpretation must be authorized by law itself—and often the very same law that is to be interpreted.<sup>3</sup>

In this hermeneutic circle, any number of complexities might emerge. For instance, consider the object of interpretation. As a concrete instance, take the United States Constitution. Just what is the object of interpretation here? It’s the U.S. Constitution, of course. Certainly. But what is it?

It’s a writing

It’s an outline

It’s a charter

It’s a social contract

It’s a plan

It’s a plan to be redeemed

It’s a legal event

It’s a political act

It’s a delegation of authority

It’s an organic whole

It’s an inscription in positive law

It’s an approximation of higher law

It’s a bridge to the past

It’s an incorporation of the past

It’s a break with the past

It’s an anticipation of an inchoate future

It’s a legal document (like other legal documents)

It’s the establishment of a political-legal ontology that is itself constitutive of the state (broadly or narrowly understood) political community

It’s a combination of any these things and many more, some of the time, much of the time or all of the time.

Notice that any interpretive strategy one might use — “heed the plain meaning of the text”, “follow the framers’ intent” — is woefully inadequate to specify which of these possibilities is

<sup>1</sup> Joseph Raz, “Why Interpret?”, 9 *RATIO JURIS* (1996), 349.

<sup>2</sup> H. Jefferson Powell, “The Original Understanding of Original Intent”, 98 *HARV. L. REV.* (1985), 885.

<sup>3</sup> The vexatious character of this circle (cheery Gadamerian solutions aside) is encountered perhaps most acutely in constitutional interpretation. The reason is simple: The Constitution as its name indicates is supposed to be both constatively and performatively constitutive and paramount. This constitutive and paramount character would be severely impugned if it turned out that the modes of interpretation were ultimately authorized from elsewhere. For many American law students, *Marbury v. Madison* 3 U.S. (Cranch) 1 (1803) often serves as the primal and crucial encounter with this particular circle.

really and truly the right one. Even Chief Justice Marshall's emphatic statement, "It is a *constitution*, we are expounding", is of no help—since, as many have demonstrated, a great many conflicting things arguably follow from that particular declamation.<sup>4</sup>

Not only are there difficulties specifying or selecting the appropriate "method" of interpretation, but perhaps more troublesome, it is not even clear what it is that is to be interpreted. This is the missing legal ontology: Just what is it that is being interpreted?<sup>5</sup>

Notice too that if you put your mind to it (and even if you don't) any of the ostensible identities of the Constitution listed above can in the very act of reading refer you to any of the others. As one reads all sorts of hierarchies of identity can proliferate — each identity *collapsing* into or *subsuming* the others. Hence the constitution as "writing" can be subsumed within "the political act" (or vice versa) which in turn can be subsumed within "the incorporation of the past" and so on and so forth in a manner at once terminable (because the interpretive quest must be abandoned at some point) and yet interminable (because one could go on).

As you proceed in the reading, you may be impelled to discard any possible identity as quite simply impossible given recent advances in... [the academic specialty of your choice.] You may even be led to demand some degree of "coherence" or "rationality" as determinative of the identity of the instrument. On the other hand, you can also be led to jettison the touchstones of "coherence" and "rationality" in the name of authority. Hence, it could well be that, coherent or not, it is the framers or authors of the Constitution who have the last word.

At some point, all of this may bring into play the question of who *you are* in this reading: Each change in the identity of the Constitution possibly brings about a change in your identity as an interpreter.

Now, it might have seemed that, in constitutional law (or at least U.S. constitutional law) this particular complexity could have been avoided: One might have thought that, in the last analysis, it is "the court" who is the authorized interpreter. But, this move (aesthetically akin to giving the framers the last word) immediately collapses upon the realizations that...

all manner of interpreters are authorized: courts, legislatures, we the people, etc.  
each of the authorized interpreters will, consciously or not,  
incorporate the contributions of the other interpreters  
each of these interpreters is an enablement or construct of the law itself  
and so on.

Moreover, the very idea of the "court" as an authorized subject is itself but a reification of a more or less stable glomming-on of professional habits, political commitments, cognitive capacities, linguistic competencies, institutional arrangements, legal imperatives and delimitations, etc. variously registering (or not) in a largely somewhat more/somewhat less mutable bio-site generally known as "the judge". The judge, in turn, is a creature of trained self-reification — a self-reification that is more or less enduring, depending upon the judge's own jurisprudential aesthetics, political commitments, cognitive abilities and his or her psychological location on a spectrum ranging from utter self-abnegation before the text of law at one end to free-form juridical adventurism on the other.

This then, I would offer, as a very brief (and radically incomplete) sketch of "constitutional interpretation". This description may well seem positively alarming to legal and non-legal thinkers alike. Rest assured, however, that, in an overriding sense, the seemingly vertiginous hermeneutic possibilities uncovered above need not and in fact rarely come to pass.

---

<sup>4</sup> McCullough v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1919).

<sup>5</sup> See, Thomas C. Grey, "The Constitution as Scripture", 37 *STAN. L. REV.* (1984), 1.

The reason is simple: Among all the dizzying ontological and hermeneutic possibilities, one of them is to reduce all the others to just one possibility. And as a contingent, but nonetheless dependable psycho-social matter, this is the path that judges will take (deliberately or not) almost all the time.<sup>6</sup> In fact, much of the time, the judge does not even have to “reduce” the dizzying possibilities: he or she has been trained in law school not to see them in the first place.<sup>7</sup>

Particularly among appellate judges, there will be a premium on such reductionist skills. Unlike literary critics or philosophers, judges do not have the luxury of ending on the note, “This is all so intractable. We just don’t know what to believe.”<sup>8</sup> To the contrary, the appellate judge must end his or her legal opinion on a single monistic note — even if this monistic note has three parts, or ten parts or even if it entails remanding, or something of the sort.<sup>9</sup>

So both in court and in the law school, the hermeneutic situation tends to be radically simplified. Indeed, most of the discussion and thinking on the issue take place within aesthetic constraints that might be described as a hermeneutic two-step:<sup>10</sup>

First thing: Assume an object of interpretation (i.e. the constitution).

Now, how should it be interpreted?

This radical distinction between 1) a stable object of interpretation which all agree is the thing in issue and 2) the action of interpretation greatly simplifies the hermeneutic problem. For one thing this sharp object/interpretation distinction enables the participants to presuppose that they are all interpreting the same thing and are thus engaged in intelligible agreements or disagreements about its meaning. They may, of course, concede that as in the Hindu fable of the eight blind men and the elephant, their understanding of this particular elephant is partial. But, in at least some sense, they’re all talking about an elephant (the authoritative object of interpretation) as opposed to a rhinoceros or God knows what.<sup>11</sup>

I want to be fair and acknowledge that very often the actual steps in the interpretive enterprise are presented in a more sophisticated manner. Thus, legal thinkers (Dworkin comes to mind) will introduce elegant subtleties and nuances—spirals of law spiraling their way towards a law that works itself pure. Typically, however, such refinements come down to two other formulae:

Increase the sophistication of the account of interpretation by multiplying the number of steps above (i.e. put in more than two). and/or

Invoke and elaborate some sophisticated expression such as “integrity” or “redemptive” or “intimate relation” to refine the relations between object and interpretation.

The problem with the first formula is that, in one sense, it is not discernibly different from the original hermeneutic two-step (i.e. Assume an object of interpretation...) Instead, it is simply the repetition of the same operation at multiple levels (i.e. more than two). In fairness, this formula does have the advantage of making articulate the complexity of considerations that can arise in the act of legal interpretation. It does not avoid the circularity we have encountered, but

<sup>6</sup> Robert Cover, “The Supreme Court, 1982 Term—*Nomos* and Narrative”, 97 *HARV. L. REV.* (1983), 4.

<sup>7</sup> Stanley Fish, “Dennis Martinez and the Uses of Theory”, 96 *YALE L. J.* (1987), 1773.

<sup>8</sup> Nothing, of course, prevents the legal academic from ending on such a note. But since most legal academics assume the persona and perspective of a judge, the fact is: they generally don’t.

<sup>9</sup> If the judge does not end on a monistic note, there will be almost always a default rule in effect deployed by some other agent or agency that will render a determination that ends on a monistic note.

<sup>10</sup> An early and notable exception is Grey, *op. cit.* note 6.

<sup>11</sup> Some participants realize, of course, that having interpreted the constitution differently, they have ended up with different constitutions. But, at the same time, each of them (so far as I can tell) claims to have interpreted the “right” one, the “real” one, the one that everybody else is and should be busy interpreting (however badly these other people may be botching the job).

at the very least it enacts a bigger, richer, more interesting circle and this may well be the best that we can get.<sup>12</sup>

The problem with the second formula is that while it has the aura of intellectual respectability and it is almost always deployed as if something positive were being offered, expressions like “mutually constitutive” seldom mean much beyond: “There’s something of a relational nature going on here though what it is, we haven’t much of a clue.”<sup>13</sup> That, of course, would be perfectly fine so long as the authors of those expressions emphasized the relative vacancy of their expressions. That, however, is almost never the case. More problematic perhaps is that despite the promising character of these expressions, there is absolutely nothing about them that guarantees reaching hermeneutic equilibrium as opposed to hermeneutic vertigo.

Nonetheless, for purposes of “doing” constitutional interpretation and representing the enterprise as coherent, the hermeneutic two-step is a nice move. Or rather, to be more accurate, it’s not so much a move as it is something judges and legal academics just simply do.<sup>14</sup>

But as convenient as the hermeneutic two-step and its sharp distinction may be, they are haunted by problems. One problem is that it is not at all clear how one might go about deciding what belongs to interpretation and what belongs to its object. Between object and interpretation where and how is the distinction (“/”) to be found or created? As between the object and interpretation, how can one tell one from the other? What belongs to each? And what non-dogmatic, non-circular, non-infinitely regressive, non-self-decentering justification could one possibly give for the distinction?

One might say, of course, that these are questions of philosophy not law. But that simply displaces and replicates the problem on a new substantive terrain. One immediately confronts the same form of questions: Between philosophy and law, where and how is the distinction (“/”) to be found or established? As between.... (and so on).

The short of it is, that try as one may, there is simply no privileged entry point into this problem. Hermeneutics, linguistic theory, political philosophy, historical inquiry—none offers a privileged entry point intellectually sufficient to triumph over the others. Each approach has some truly telling critique to offer against the others. But consistent with that recognition, each approach is itself compromised by the critiques offered by the others. Now one might say that this problem is so esoteric as to have no significance in day-to-day constitutional law. But that is wrong. The problem surfaces at the very heart of even the most basic exercises in constitutional interpretation.

Once the interpretation/object distinction collapses and the object goes on ontological holiday, it becomes unclear whether anything terribly definitive can be said about constitutional interpretation. Instead, it begins to seem as if constitutional interpretation is 1) a confused, if not impossible, activity resting on a missing ontology... 2) while also an activity accomplished with great aplomb and confident rationality by jurists and legal academics in America and elsewhere. It is in short like baptism viewed from the perspective of the atheist: it doesn’t exist, and there’s way too much of it going on.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Moreover, it may well be that obfuscation is perversely functional. Cf. Thurman Arnold, *Symbols of Government* (Connecticut, New Haven, Yale University Press 1935). This, of course, would create a real ethical dilemma for law teachers who presumably would have some reticence to a knowing participation in an enterprise of mystification.

<sup>13</sup> There’s nothing wrong with that last bit. Indeed, offered as a negative insight in an academic context over-saturated with positive (and sometimes unappealing) meaning, it’s downright helpful. But that is seldom what is intended or understood.

<sup>14</sup> Fish, *op. cit.* note 8.

<sup>15</sup> While it would be too much to pursue the point here, the religious analogy above does raise the question whether interpretation in law, at least, does not harbor in its very form (even in its secular form)

In constitutional law in particular, the gap that separates these last two discordant descriptions—constitutional interpretation as a woefully confused yet confidently rational endeavor—is often bridged by reference to politics,<sup>16</sup> violence,<sup>17</sup> authority,<sup>18</sup> faith,<sup>19</sup> conscience,<sup>20</sup> etc. All these headings are deployed in ways that infuse the gap with the possibility of positive meaning—ways of thinking about interpretation's identity and character that render it a cogent (even if not always an entirely innocent) enterprise.<sup>21</sup>

While these terms serve as the headings for very different kinds of legal projects, the headings are all rather intimately intertwined—at least so far as law is concerned. Invoke one of them in the decisions of law and the others are perforce implicated and effectuated as well.

The risk with all these headings (politics, violence, etc.) is that one or some or all might be taken too seriously—as *the* answer to the interpretive predicament. Which would be intellectually unfortunate, because even as these headings point in different interpretive directions, they are nonetheless relatively empty. Nothing very definitive or elaborate has been (or can be said) about any of them. They designate realms or phenomena which largely escape rational ordering. To think at once deeply and non-reductively about politics, violence, authority, and faith is to reckon with their irreducibly non-rational character. Rationalize them (i.e. submit them to some ostensibly rationally ordered structure) and you will have missed them as well their roles in language, law and culture.

## Creativity

What I would like to insist upon here by way of conclusion is the theme announced early in this essay and exemplified throughout. This would be the creative aspect in constitutional interpretation. I would not—given what has been said above—want to represent creativity as having any more substance than politics, violence, authority, faith, conscience or any other such heading. In fact, I would want to insist on something closer to the opposite—namely, that it is also a relatively empty and elusive concept.

Why then insist on creativity at all? Because creativity is at once so absent from the juridical and academic accounts of constitutional interpretation and yet so evidently ineluctable in its practice. That the heading of creativity is so absent from juridical and legal academic discourse is not surprising. Indeed, its absence is explained by the first few paragraphs of this essay. Constitutional interpretation, is shaped by the legitimating need to anchor decisions in authority.

---

a residually theological structure. As secularists, this would leave us operating within quasi-theological forms devoid of the animating substance that once gave them life and meaning. We would be confronting the Nietzschean problematic of the death of god. It's safe to say that very few people in constitutional law have recognized this problematic, to say nothing of its immensity.

<sup>16</sup> Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication* (Fin de Siècle) (Massachusetts, Cambridge, Harvard University Press, 1998).

<sup>17</sup> The violence of law here is much more the kind described by Robert Cover than by Jacques Derrida. Compare Jacques Derrida, "The Mystical Foundations of Authority", in Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld, and David Gray Carlson (ed.), *Deconstruction and The Possibility of Justice* (Routledge, Abingdon, 1992), 3 with Robert Cover, "The Violence of the Word", 95 *YALE L. J.* (1986), 1601-1629, 1610.

<sup>18</sup> Owen Fiss, "Objectivity and Interpretation", 34 *STAN. L. REV.* (1982), 739.

<sup>19</sup> Joseph Vining, *The Authoritative and the Authoritarian* (Illinois, Chicago, University of Chicago Press, 1986); Sanford Levinson, *Constitutional Faith* (New Jersey, Princeton, Princeton University Press, 1998).

<sup>20</sup> Phillip Bobbitt, *Constitutional Interpretation* (New Jersey, Hoboken, Blackwell Publishing, 1991).

<sup>21</sup> These are "theoretical unspecifiabiles". For elaboration, see <http://brazenandtenured.com/2011/10/23/theoretical-unspecifiabiles/>

That is very much (at least in the United States) part of the legitimation structure of constitutional law—important not just to the citizenry, but to judges and to legal academics. Over time (centuries) the practice and the idea of constitutional interpretation have become marked with the forms of this legitimation structure. The notion then that judges would be creative in their interpretations seems antithetical to both the practice and the idea of legal interpretation. The introduction of creativity in constitutional interpretation accordingly appears to deny the authority of authority.

Yes it does.<sup>22</sup> And yet here we are nonetheless.

The judge creates the artifact (i.e. the constitution) that he is interpreting. Of course, he doesn't create it any which way. And the creation is not *ex nihilo*. And the creativity (like most creativity worth anything) is trained and informed. And the judge is most certainly not alone. Yet for all these qualifications, the creative moment seems intellectually undeniable.<sup>23</sup>

Indeed, the creative aspect or moment seems undeniable even in the most creativity-denying jurisprudence. The judge, for instance, who believes he is bound by the framers' intent, has had to imagine law as the sort of thing that binds. And he has creatively chosen to follow that particular metaphor—*binding*. The judge who believes he is constrained by the limits of the constitution has had to invent a text with limits that constrains. He too has creatively chosen a particular metaphor—*limits*. The judge who believes that justice trumps the constitution is also using a particular metaphor—*trump*. All of these metaphors and images—these aesthetic representations of law and others as well—are creatively constructed. The only real difference among jurists and legal thinkers on this particular score is the degree to which they thoughtfully acknowledge and address this moment of constitutional creativity.



## References

- Raz J. (1996) Why Interpret?, *Ratio Juris*, 9, p. 349.
- Powell H. J. (1985) The Original Understanding of Original Intent, *Harvard Law Review*, 98, p. 885.
- Marbury v. Madison* 3 U.S. (Cranch) 1 (1803)
- McCullough v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1919).
- Grey T. C. (1984) The Constitution as Scripture, *Stanford Law Review*, 37.
- Cover R. (1983) The Supreme Court, 1982 Term—Nomos and Narrative, 97, *Harvard Law Review*, 4.
- Fish S. (1987) Dennis Martinez and the Uses of Theory, 96 *Yale L. J.*
- Thurman A. (1935) *Symbols of Government*. New Haven: Yale University Press.
- Kennedy D. (1998) *A Critique of Adjudication (Fin de Siècle)*. Cambridge: Harvard University Press.
- Cornell D., Rosenfeld M., Carlson D. G. (ed.) (1992) *Deconstruction and The Possibility of Justice*. Routledge, Abingdon,), 3 with Robert Cover, "The Violence of the Word", 95 *Yale Law Review* (1986), 1601–1629, 1610.
- Fiss O. (1982) Objectivity and Interpretation, 34 *Stanford Law Review*
- Vining J. (1986) *The Authoritative and the Authoritarian*. Chicago: University of Chicago Press
- Levinson S. (1998) *Constitutional Faith*. Princeton: Princeton University Press.
- Bobbitt P. (1991) *Constitutional Interpretation*. New Jersey: Blackwell Publishing.

<sup>22</sup> And it does so even if we acknowledge (as we should) that the legal authority in question (i.e. the constitution) authorizes a certain creativity. That particularly move, at some point, when pushed hard enough, turns upon and corrodes the authority that ostensibly authorizes the move in the first place.

<sup>23</sup> I suppose it could be denied (and sometimes is) through a performative assertion of authority. But that just displaces and replicates the problem: Which side should we affirm, intellect—authority or creativity?

# Intoxication and Criminal Liability in International Criminal Law

---

---

## Sabina Zgaga

Sabina Zgaga, Assistant Professor, PhD (Law), Faculty of Criminal Justice and Security, University of Maribor. Address: Faculty of Criminal Justice and Security, Kotnikova 8, 1000 Ljubljana, Slovenia. E-mail: sabina.zgaga@fvv.uni-mb.si

---



### Abstract

The principle of *actio libera in causa* or the effect of a perpetrator's voluntary intoxication on the existence of a criminal act is controversial in international criminal law. The present legislation, as contained in the Rome Statute, is a compromise between different legal systems. It allows the exclusion of a criminal act based on the fact that the perpetrator was involuntarily intoxicated and he or she cannot be ascribed guilt for the act of intoxication and the criminal act. In the Rome Statute the *actio libera in causa* principle has three elements, composed similarly of the insanity defence due to biological (intoxication), or psychological (the inability to control actions or understand their consequences), and the third negative condition (nonexistence of guilt for the criminal act).

The Rome Statute does not deal with diminished mental capacity due to intoxication and also does not contain stipulations regarding the conditions of a generally diminished mental capacity. I propose that the International Criminal Court finds support in the above-mentioned three elements of the principle of *actio libera in causa* by acknowledging that a perpetrator's capacity to understand or control his or her actions is partially diminished, not totally absent.

---



### Keywords

international crime, criminal responsibility, intoxication, Rome Statute, diminished responsibility, the International Criminal Court, incapacity

---

---

## Introduction

This article addresses the conceptualisation of intoxication in international criminal law from the perspective of a general conceptualisation of a criminal act. The scope of my review is limited to criminal law and does not take into consideration psychological or medical aspects of a criminal act. Also, my interest is focused on the conceptualisation of intoxication and how or whether the existence of such concepts affects the existence of criminal acts in international criminal law.

The term "intoxication" (*der Rausch* in German) applies to those cases in which the perpetrator perpetrates elements of a criminal act in a diminished or absent capacity due to voluntary intoxication. In a comparative legal sense the concept of intoxication can either be subsumed under the rule of incapacity or diminished capacity or can be regulated independently.

I will first address the concept of intoxication in a comparative sense. I will present German and English criminal law as typical representations of two systems: continental or civil law and

common law. This comparative analysis is relevant because international documents — including the Rome Statute<sup>1</sup>, which is the foundation of the International Criminal Court (hereinafter, the ICC) — are usually the result of a compromise between common and civil law. In order to fully understand this compromise, we must know the original provisions within national legal systems.

The core part of my article deals with the conceptualisation of intoxication in international criminal law, specifically in the Statutes of the International Criminal Court (also the Rome Statute), the international war crimes tribunals in operation after World War II (hereinafter, the Nuremberg Trials), and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (hereinafter, ICTY).<sup>2</sup> I chose the Nuremberg Trials and the ICTY because their case law has, so far, contributed the most to the development of international criminal law. I chose the Rome Statute because it is the foundation for the operation of the first permanent international criminal court. The critical — comparative and historical — presentation of statutes pertaining to both institutions will be followed by an analysis of their case law, especially regarding their elements and effect, adding a proposal in regard to the missing regulation in the Rome Statute.

## 1. A comparative review of intoxication

The German legal system does not legally define intoxication (*der Rausch*). Nonetheless, the so-called *actio libera in causa* theory is applied to create the criminal liability of a perpetrator who was in a state of incapacity due to intoxication at the time he or she perpetrated the criminal act, despite the fact that there is no legal foundation for this concept in the German Penal Code (*Strafgesetzbuch* — StGB).<sup>3</sup> Furthermore, Art. 323 of the StGB recognizes the special criminal act of complete intoxication (*Vollrausch*), which incriminates voluntary intoxication as a special act perpetrated by the perpetrator, but does not incriminate the act carried out in such a state of intoxication.

The application of *actio libera in causa* is admissible only in an instance when the perpetrator was in a state of mental incapacity while he or she was perpetrating the criminal act, but not if his or her capacity was just diminished. In such a case, the perpetrator is considered mentally capable, albeit in a diminished way, and his or her mental capability does not have to be established.<sup>4</sup> In principle, the perpetrator who was “insane” because of voluntary intoxication at the time he or she perpetrated the criminal act would not be legally culpable according to Art. 20 of the StGB. This conceptualisation foresees legal culpability in the following cases:

- if the perpetrator voluntarily intoxicates himself or herself and induces “insanity” to intentionally commit an act with the elements of a criminal act; in this instance, the perpetrator must answer for the intentionally perpetrated act;<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> *The Statute of the International Criminal Court* (UN Doc. A/CONF.183/9), 17 June 1998.

<sup>2</sup> *Ad hoc* international criminal courts established in accordance with the binding resolution of the UN Security Council based on chapter 7 of the Charter of the United Nations; UN Security Council, Resolution 827 (1993), adopted by the Security Council at its 3217th Meeting, on 25 May 1993 (S/RES/827), 25 May 1993.

<sup>3</sup> *Strafgesetzbuch* (Germany), available at <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>; A. Schönke & H. Schroeder, *Strafgesetzbuch, Kommentar (Criminal Code, Commentary)*, Verlag C H Beck, Munich: 2010, p. 384.

<sup>4</sup> H. H. Jescheck & T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (Textbook of Criminal Law, General Part)*, Dunckler & Humblot, Berlin: 1996, p. 448.

<sup>5</sup> C. Nill-Theobald, “*Defenses*” bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA, zugleich ein Beitrag zu einem Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts (*Defenses with War Crimes — Examples of Germany and USA*), Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau: 1998, p. 383;

- if the perpetrator intentionally or out of negligence intoxicates himself or herself, and has knowledge that he or she, when in a state of diminished capacity, can do something that has legal elements of a criminal act (for the perpetrator to be liable for a criminal act, he or she must commit such an act, with the knowledge that it could have happened<sup>6</sup>) — in this case the perpetrator is liable because he or she committed a criminal act out of negligence.<sup>7</sup>

The conceptualisation is relevant only in an instance when the perpetrator's mental capacity had been totally absent. If the voluntarily intoxicated perpetrator suffers only diminished mental capacity, this fact does not comprise an exculpatory circumstance. If anything, it is an aggravating circumstance. In this case, the perpetrator would not be able to get a lighter sentence.<sup>8</sup>

There is a special section on intoxication in the German Military Criminal Code (*Wehrstrafgesetz* — WStG)<sup>9</sup> where it is stated that voluntary intoxication due to alcohol or other substances cannot be the legal basis for a mitigation of punishment if a criminal act was perpetrated while the perpetrator was on military duty, or when a military criminal act was perpetrated and this act represents a breach of military regulations and rules of war.<sup>10</sup> This means that Art. 21 of the StGB is bypassed, but circumstances can be classified as exculpatory within the scope of the proscribed punishment;<sup>11</sup> moreover, the general rules for "insanity" are also applicable.

As described above, the German StGB recognizes the special criminal act of complete intoxication (*Vollrausch*). This type of criminal act is committed by a person who wilfully or out of negligence becomes intoxicated through the consumption of alcohol or other substances and then commits an unlawful act. In this instance, the perpetrator cannot be punished because he or she was incapable of liability or because this cannot be excluded. It must be at least predictable that a person would commit a criminal act in a state of intoxication.<sup>12</sup>

In such a case, the perpetrator is not responsible for his or her actions, even though they may include signs of a criminal act; and the act was committed while the perpetrator was intoxicated and incapacitated. But the perpetrator is held accountable for the ingestion of alcohol or other intoxicating substance. The criminal act supposedly incriminated abstract danger,<sup>13</sup> and the perpetrator is responsible for voluntary intoxication or intoxication out of negligence.<sup>14</sup>

In Great Britain, intoxication is also not defined in legislation; but it is present in case law. Diminished mental capacity caused by voluntary intoxication represents an aggravating circumstance when considered in sentencing. Only involuntary intoxication can be considered an exculpatory circumstance.<sup>15</sup>

Jescheck & Weigend, *supra* note 4, p. 447; C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil (Criminal Law, General Part)*, C.H. Beck, Munich: 1994, p. 756.

<sup>6</sup> Jescheck & Weigend, *supra* note 4, p. 448; Roxin, *supra* note 5, p. 756; Schönke & Schröder, *supra* note 3, p. 388.

<sup>7</sup> Roxin, *supra* note 5, p. 756, 754.

<sup>8</sup> Jescheck & Weigend, *supra* note 4, p. 448.

<sup>9</sup> Wehrstrafgesetz (Germany), available at <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/wstrg/gesamt.pdf>.

<sup>10</sup> Nill-Theobald, *supra* note 5, p. 383; Jescheck & Weigend, *supra* note 4, p. 448; Roxin, *supra* note 5, p. 751; Schönke & Schröder, *supra* note 3, p. 399.

<sup>11</sup> Roxin, *supra* note 5, p. 751.

<sup>12</sup> Jescheck & Weigend, *supra* note 4, p. 449.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Schönke & Schröder, *supra* note 3, p. 2790.

<sup>15</sup> Christopher M. V. Clarkson et al., *Clarkson and Keating Criminal Law, Text and Materials*, Sweet and Maxwell, London: 1998, p. 411.

According to British case law, we must make a distinction between voluntary and involuntary intoxication. If the perpetrator was intoxicated involuntarily, he or she is not legally culpable for committing a criminal act because he or she is not liable (*mens rea*) and this excludes the element of a criminal act.<sup>16</sup> Exceptionally, in such an instance, intoxication can be used as a complete defence or cause to rule out criminal act.

The situation is different if the perpetrator got intoxicated to the point of insanity voluntarily. This rarely influences criminal liability, and only in the form of changing the classification of the criminal act or by changing the severity of the punishment. In Britain voluntary intoxication with the intent to commit a criminal act (*Dutch courage*) does not constitute grounds for a defence.<sup>17</sup>

The predominant opinion in British case law and theory is that voluntary intoxication can only influence criminal acts committed with a specific or special intent.<sup>18</sup> Nonetheless, several issues remain controversial. For example: What is considered to be specific or special intent? Which criminal acts call for such intent?<sup>19</sup> What is the effect of voluntary intoxication on this type of criminal act? Despite certain opinions that special intent means that voluntary intoxication only has an effect in cases of premeditated criminal acts and not in cases of criminal acts committed out of negligence,<sup>20</sup> the currently prevailing opinion in British law is that special intent is present in those intentional criminal acts for which the perpetrator has to have a special motive or purpose of action.<sup>21</sup> In continental legal theory this is known as *dolus coloratus*. The consequence of taking into account voluntary intoxication in such criminal acts is a mutation of the intentional criminal act (the perpetrator could not create *mens rea* necessary for the perpetration of the criminal act) into a criminal act perpetrated out of negligence. So far the courts have taken this fact into account only in dealing with intentionally perpetrated criminal acts that can be paired with a criminal act perpetrated out of negligence.<sup>22</sup> With intentionally perpetrated criminal acts where there is no appropriate variation of criminal act perpetrated out of negligence taking into account such a fact would mean perfect defence and acquittal.<sup>23</sup> The decision of the British courts in the *Majewski* case<sup>24</sup> illustrates the opposite position: voluntary intoxication can be taken into account for all criminal acts, no matter whether variation of the criminal act out of negligence exists or not. It is unlikely that other courts will follow this example<sup>25</sup> because in certain cases it can guarantee acquittal.

German and British legal regulation of intoxication is roughly similar. In both cases involuntary intoxication means that a criminal act is non-existent, while voluntary intoxication with

---

<sup>16</sup> *Ibid.*; D. Ormerod, *Smith and Hogan's Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford: 2011, p. 313.

<sup>17</sup> Clarkson et al., *supra* note 15, p. 411, 431.

<sup>18</sup> Ormerod, *supra* note 16, p. 314.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 317.

<sup>20</sup> Clarkson et al., *supra* note 15, at 41.

<sup>21</sup> Cunningham, *supra* note 15, p. 416.

<sup>22</sup> Clarkson et al., *supra* note 15, p. 424.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *United Kingdom v. Majewski*, 1976, House of Lords: "In my opinion the passage cited does no more than to say that special intent cases are not restricted to those crimes in which the absence of a special intent leaves available a lesser crime embodying no special intent, but embrace all cases of special intent even though no alternative lesser criminal charge is available." Available at <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1976/2.html>.

<sup>25</sup> Clarkson et al., *supra* note 15, p. 424.

the intent to facilitate the perpetration of a criminal act is not a defence (the perpetrator must answer for the (intentional) criminal act he or she has perpetrated). Outcomes are similar in other cases of voluntary intoxication with the intent to induce “insanity”. The perpetrator is liable for criminal acts committed out of negligence: in Britain, if the case is a criminal act with special intent and in Germany, if the perpetrator can be accused of negligence. The effect is the same, but the argumentation is different. In Britain, the argument sets out that the perpetrator could not form special intent required for *mens rea*, while in Germany, the perpetrator’s liability is grounded in the use of the principle of *actio libera in causa*. While in Britain the test is focused on the concept of (in)voluntariness, the test in Germany is focused on weighing the perpetrator’s culpability for intoxication and perpetration of a criminal act. The position on diminished capacity due to intoxication is clear in both countries: it does not constitute an exculpatory circumstance.

## 2. The regulation of intoxication in international criminal law

International criminal law deals with the concept of intoxication within the scope of substantive criminal law, including its general provisions and principles which negate the existence of a criminal act. Under the influence of common law legal systems, the approach to the reasons for justification and excuse in international criminal law is procedural. Especially relevant is its influence on the existence of a criminal act (acquittal), rather than on which element within the general concept of criminal act the acts exclude. In most legal sources, it is possible to find just the term *defences*.<sup>26</sup>

The Rome Statute represents the first complete codification of the concepts of justification and excuse in international law. Previous statutes regulated only specific reasons for a justification and an excuse or, to be more exact, only prohibited the effect of these reasons on a criminal act. The statute of the Nuremberg Trials, the Tokyo Statute, the statute of the ICTY, and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) similarly deal with several principles, particularly the execution of orders from superior officers, but do not address all the reasons for justification and excuse.

Art. 31 of the Rome Statute addresses those reasons which eliminate the criminal liability of perpetrators. This article also regulates issues of insanity, insanity due to intoxication, self-defence, extreme force and threat.<sup>27</sup> These principles are not named taxatively,<sup>28</sup> but when sentencing the ICC can use other reasons to exclude criminal liability. The Rome Statute already defines the mistake of law and fact (Art. 32) and superior orders and prescription of law (Art.

<sup>26</sup> See the Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind, International Law Commission, 1996; Report by the Secretary-General of the UN pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808, (S/25704), 3 May 1993, para. 58; *Prosecutor v. Aleksovski*, 24 March 2000, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Judgment IT-95-14/I-A, para. 54.

<sup>27</sup> Art. 31(1) of the Rome Statute.

<sup>28</sup> H. Satzger, *Das neue Völkerstrafgesetzbuch — eine kritische Würdigung (New International Criminal Code)*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 132 (2002), p. 128; M Scaliotti, *Defences before the International Criminal Court, Substantive Grounds for Excluding Criminal Responsibility, Part 1*, *International Criminal Law Review* 172 (2001), p. 119; O. Triffterer, *Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court*, Springer Verlag, Vienna: 2008, p. 553; G. J. A. Knoops, *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden: 2008, p. 82; V. Sancin et al., *Mednarodno Pravo Oboroženih Spopadov (International Law of Armed Conflict)*, Poveljstvo za doktrino, razvoj, izobraževanje, Ljubljana: 2009, p. 445; S. Nash & I. Bantekas, *International Criminal Law*, Routledge Cavendish, London: 2007, p. 54; W. Schabas, *The International Criminal Court, a Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford: 2010, p. 484.

33). It is also possible to use applicable treaties and principles and rules of international law, as well as principles derived from the national law<sup>29</sup> (legal sources as determined in Art. 21 of the Rome Statute).

Art. 31 of the Rome Statute constitutes a compromise between common law and the continental legal system, largely deriving from the fact that EU legislators did not want to give the impression that they were assigning preference to one specific legal system. It is evident from the prepared materials that this compromise was quite difficult to accomplish.<sup>30</sup>

If we look at these concepts from a purely procedural perspective, that is, if we view them just as principles which perpetrators can use to avoid a conviction, and completely separate them from elements of the general concept of a criminal act (unlawfulness and culpability), on which these principles have an effect, then a compromise is still acceptable. But if we decide upon a certain general concept of a criminal act and look upon the reasons for justification and excuse from a substantive law perspective and connect them to the very elements of the crimes, then it is more difficult to visualize such a conglomerate of characteristics and principles from different legal systems. In my opinion, it is impossible to reconcile the general concept of a criminal act from one legal system with an exculpatory principle with that of another legal system where the concept of crime is totally different. Furthermore, because the exculpatory principles at the international level are a compromise between different legal systems, it is difficult to fit them under one or another general concept of a criminal act. The result is, at best, a poorly functional collage of different systems, and, in the worst case, a compromise which weakens the strong general concept of a criminal act as applied in the continental legal system, making it impossible to clearly classify a certain principle among reasons for justification or excuse. At the same time, such a compromise introduces concepts which are useless and thwarts the evolution of a systematic, consistent and substantive international criminal law.

## 2.2. “Insanity” caused by intoxication

### 2.2.1. Introduction

The concept of intoxication is already controversial in national legal systems, but it is even more controversial in international criminal law. Some hold the view that such a defence in international criminal law is unnecessary<sup>31</sup> because: (1) we are dealing with perpetrators who have perpetrated the most aggravated crimes (heads of state, governments, the military);<sup>32</sup> (2) the purpose of international criminal law is not to prosecute common, direct perpetrators;

---

<sup>29</sup> Art. 21 of the Rome Statute; Scaliotti, *supra* note 28, p. 120; Triffterer, *supra* note 28, p. 544, 554; A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, *Rome Statute of International Criminal Court*, Oxford University Press, New York: 2002, p. 1009; Knoops, *supra* note 28, p. 82; Sancin, Švarc, Ambrož, *supra* note 28, p. 445; M. Neuner, *National Legislation Incorporating International Crimes: Approaches of Civil and Common Law Countries*, Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, Berlin: 2003; Nash & Bantekas, *supra* note 28, p. 54.

<sup>30</sup> Schabas, *supra* note 28, p. 484.

<sup>31</sup> E. van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, Asser Press, The Hague: 2003, p. 253; K. Ambos, *Internationales Strafrecht (International Criminal Law)*, C. H. Beck, Munich: 2011, p. 196; Schabas, *supra* note 47, p. 486; M. Scaliotti, *Defences before the International Criminal Court, Substantive Grounds for Excluding Criminal Responsibility, Part 2*, *International Criminal Law Review* 46 (2002), p. 37.

<sup>32</sup> Ambos, *supra* note 31, p. 196; Scaliotti, *supra* note 31, p. 37; Knoops, *supra* note 28, p. 139.

(3) it is a typical national concept<sup>33</sup>. There are also those with opposing views who argue that this principle is relevant because many members of armed forces operate under the influence of drugs.<sup>34</sup>

For the first time in the history of international criminal law, the Rome Statute addresses “insanity” due to intoxication from a positivistic legal perspective.<sup>35</sup> The path to this was not easy because the approaches used in different legal systems to deal with this issue are quite diverse. Some systems accept diminished mental capacity due to negligence based on the principle of subjective culpability as a reason for justification,<sup>36</sup> or accept diminished mental capacity due to intoxication as an exculpatory circumstance. Other systems consider this an aggravating circumstance.<sup>37</sup> Because of these existing different approaches and the absence of concrete provisions in the Rome Statute, it would be difficult to justify the application of this principle simply on the basis of general principles derived from legal systems.

Despite the differences among legal systems and all the different drafts of the Rome Statute, Art. 31(1)(b) of the Rome Statute now stipulates that a perpetrator who committed a criminal act in a state of intoxication, which destroys that person’s capacity to appreciate the unlawfulness or nature of his or her conduct, or capacity to control his or her conduct to conform to the requirements of law, is not criminally responsible, unless the person has become voluntarily intoxicated under such circumstances that the person knew, or disregarded the risk, that, as a result of the intoxication, he or she was likely to engage in conduct constituting a crime within the jurisdiction of the ICC. This provision governs the institute of *actio libera in causa* in a way that is similar to the way it is governed in Germany.

Contrary to the Rome Statute, diminished capacity due to intoxication is not mentioned either in the Statute of the ICTY or the Regulations on Procedure and Evidence. Based on the Report of the Secretary-General of the United Nations it would theoretically be possible to take it under consideration on the foundation of general principles derived from legal systems, but it would be difficult to accomplish in practice because of the different approaches to this concept used across the many legal systems across the world. The ICTY did deal with cases in which the accused tried to draw attention to the fact they were intoxicated (especially due to alcohol consumption) when they committed a criminal act,<sup>38</sup> but there was never a case of complete “insanity”, only diminished mental capacity.

Also, after World War II courts had to deal with the issue of intoxication. The most notorious is the *Chusaburo* case, which was tried before the British courts in Kuala Lumpur. It is unclear whether this was a case of “insanity” or only diminished mental capacity, but it is still possible to discern some legal positions regarding the institute of intoxication, which I present below, focussing specifically on the prosecutor’s perspective.<sup>39</sup>

<sup>33</sup> Scaliotti, *supra* note 31, p. 28.

<sup>34</sup> Sliedregt, *supra* note 31, p. 253; Scaliotti, *supra* note 31, p. 38; S. Darcy, *Defences to International Crimes*, in W. Schabas & N. Bernaz (eds.), *Routledge Handbook of International Criminal Law* (Routledge, London: 2011), p. 236; Knoops, *supra* note 28, p. 139.

<sup>35</sup> 31(1)(b) of the Rome Statute.

<sup>36</sup> For example, Germany.

<sup>37</sup> For example, Germany and Great Britain. See G. Werle, *Völkerstrafrecht (International Criminal Law)*, Mohr Siebeck, Tübingen: 2012, p. 292; Ambos, *supra* note 31, p. 195; Scaliotti, *supra* note 31, p. 36.

<sup>38</sup> *Kvočka, (Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcac*, 2 November 2001, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Judgment IT-98-30/1, para. 707.

<sup>39</sup> Scaliotti, *supra* note 31, p. 29; United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 3: *Trial Of Yamamoto Chusaburo* (HMSO, London, 1946), p. 78.

## 2.2.2. Conditions of the principle of *actio libera in causa*

According to the Rome Statute, an intoxicated perpetrator is not criminally liable if he or she is in a state of intoxication that destroys that person's capacity to appreciate the unlawfulness or nature of his or her conduct, or his or her capacity to control his or her conduct to conform to the requirements of the law, unless the person has become voluntarily intoxicated under such circumstances that the person knew, or disregarded the risk, that, as a result of the intoxication, he or she was likely to engage in conduct constituting a crime within the ICC's jurisdiction.<sup>40</sup>

The definition has three parts, but is similar to the double structure of the concept of insanity. The psychological condition (the inability to comprehend the unlawfulness or criminal nature of one's actions, or the inability to control one's actions in accordance with legal order) is the same — intoxication takes the place of the biological condition in the manifestation of a mental disease or impairment — but a third, normative condition is added. This condition is determined in its negative form, i.e., as the absence of guilt.<sup>41</sup>

The Rome Statute firstly requires for the perpetrator to have been intoxicated (biological condition) at the time he or she committed the criminal act.<sup>42</sup> This qualification is quite wide since it does not cover just intoxication due to alcohol consumption but also intoxication as a consequence of consuming any illegal drug.<sup>43</sup> All the drafts of the Rome Statute contained more or less the same stipulations.<sup>44</sup>

In the ICTY case law, this condition was defined as diminished mental capacity due to the influence of alcohol or drugs,<sup>45</sup> but in practice the ICTY deals mainly with criminal acts perpetrated under the influence of alcohol. In the *Vasiljević* case, the defendant said he had a psycho-neurosis caused by chronic alcoholism and fatigue<sup>46</sup>, while in the *Chusaburo* case, which was tried after World War II, the defendant argued that he was an alcoholic, and the prosecutor followed this line.<sup>47</sup>

The second condition is psychological, and in the Roman Statute it is equal to the psychological condition of insanity. The perpetrator's capability to comprehend the unlawfulness or the criminal nature of his or her actions (component of conscience), or to control his or her actions in accordance with the legal order (component of will), is diminished or absent.<sup>48</sup> It is also important for the perpetrator's capability to be completely destroyed or absent, not just diminished.<sup>49</sup>

---

<sup>40</sup> Art. 31(1)(b) of the Rome Statute.

<sup>41</sup> Triffterer, *supra* note 28, p. 876.

<sup>42</sup> Sliedregt, *supra* note 31, p. 249.

<sup>43</sup> Triffterer, *supra* note 28, p. 876; Knoops, *supra* note 28, p. 116.

<sup>44</sup> C. Bassiouni, *The Legislative History of the ICC: an Article by Article Evolution of the Statute*, Transnational Publishers, New York: 2005, p. 230.

<sup>45</sup> Knoops, *supra* note 28, p. 141; *Kvočka*, (*Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcac*), 2 November 2001, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Judgment IT-98-30/1, para. 706; *Kvočka*, (*Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcac*), 28 February 2005, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Judgment IT-98-30/1-A, para. 707.

<sup>46</sup> Knoops, *supra* note 28, p. 141.

<sup>47</sup> Scaliotti, *supra* note 31, p. 29; United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 3: *Trial Of Yamamoto Chusaburo* (HMSO, London, 1946), p. 77.

<sup>48</sup> Triffterer, *supra* note 28, p. 876; Knoops, *supra* note 28, p. 116, 140.

<sup>49</sup> Sliedregt, *supra* note 31, p. 249; Cassese *et al.*, *supra* note 29, p. 1031; Bassiouni, *supra* note 44, p. 230.

The prosecution team in the *Chusaburo* case decided to use the British variant and argued that intoxication can influence a criminal act if it negates culpability or *mens rea* for criminal acts for which special intent is necessary to change the legal qualification or sentence.<sup>50</sup>

In accordance with the next condition, the perpetrator is liable for a criminal act if he or she voluntarily became intoxicated in circumstances in which he or she was aware of the risk or accepted the risk that he or she can, in this state of intoxication, commit a criminal act that comes under the jurisdiction of the ICC.

It is evident that the perpetrator is not liable when he or she is in a state of intoxication and has involuntarily committed elements of a criminal act.<sup>51</sup> This situation is incontestable<sup>52</sup>, which, in my opinion, is correct because we are dealing with a (biological) reason for incapability that is not under the perpetrator's control, just as he or she is not in control of mental illness or true insanity. Voluntariness of intoxication is the key term for judging in cases when the perpetrator did not know that he or she has ingested a certain intoxicating substance, and while he or she was excusably mistaken regarding his understanding of the fact that he or she was coerced or forced to become intoxicated.<sup>53</sup>

Cases of voluntary intoxication are especially difficult. Comparative law and the Rome Statute recognize two possibilities. The first possibility includes the perpetrator intoxicating himself or herself to insanity, in order to be able to use intoxication as a defence later, if he or she were ever to be accused of perpetrating a criminal act. The second possibility includes the perpetrator intoxicating himself or herself to muster the courage to commit a criminal act (*Dutch courage*).<sup>54</sup> In this case, the perpetrator had the intent to become intoxicated and to perpetrate a crime; therefore, he or she is criminally liable.

The perpetrator is also criminally liable if he or she has become intoxicated voluntarily and intentionally, and had no intent to perpetrate a crime, but did commit such an act in a state of intoxication and was aware of the risk or accepted the risk that he or she could commit a criminal act under the jurisdiction of the ICC. The basic dilemma that arises in regard to this issue among authors is whether the perpetrator is culpable if he or she can be accused of negligence, or only if it can be proven that he or she had eventual intent. Triffterer<sup>55</sup> is of the opinion that this is a standard which lies somewhere between negligence and eventual intent. However, most authors believe that this is negligence, and it suffices for the existence of criminal liability.<sup>56</sup>

In its case law, the ICTY decided that only involuntary intoxication can be accepted as a mitigating circumstance. The perpetrator must not have become intoxicated voluntarily or intentionally.<sup>57</sup> Intent counts as an aggravating circumstance.<sup>58</sup>

<sup>50</sup> Scaliotti, *supra* note 31, p. 29; United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 3: *Trial Of Yamamoto Chusaburo* (HMSO, London: 1946), p. 78.

<sup>51</sup> Sliedregt, *supra* note 31, p. 248; Werle, *supra* note 37, p. 290; Ambos, *supra* note 31, p. 195; Knoops, *supra* note 28, p. 117.

<sup>52</sup> Werle, *supra* note 37, p. 292; Ambos, *supra* note 31, p. 195; Scaliotti, *supra* note 31, p. 28; Knoops, *supra* note 28, p. 117.

<sup>53</sup> Knoops, *supra* note 28, p. 118.

<sup>54</sup> Knoops, *supra* note 28, p. 117, 123 about the so-called *Dutch courage*.

<sup>55</sup> Triffterer, *supra* note 47, p. 877.

<sup>56</sup> Werle, *supra* note 56, p. 293; Knoops, *supra* note 47, p. 117; Ambos, *supra* note 50, p. 195.

<sup>57</sup> *Kvočka*, (*Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcac*), 28 February 2005, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Judgment IT-98-30/1-A, para. 707, 708; *Kvočka*, (*Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcac*), 2 November 2001, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Judgment IT-98-30/1, para. 706.

<sup>58</sup> Knoops, *supra* note 28, p. 123; *Kvočka*, (*Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcac*), 2 November 2001, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Judgment IT-98-30/1, para. 706.

In the *Chusaburo* case the prosecutor expressed his opinion that in relation to this principle, it is mostly relevant whether the perpetrator's intoxication excludes special intent necessary for criminal act.<sup>59</sup>

### 2.3. Diminished capacity due to intoxication

The Rome Statute does not govern either diminished mental capacity or diminished capacity due to intoxication, or the effect of diminished capacity on the criminal act. In my opinion, it would be simplest and most appropriate for the ICC to adopt the conditions from the provisions on insanity due to intoxication by accepting that the intensity of the psychological condition and the perpetrator's capability to comprehend and control his or her actions is just diminished, not excluded. This way, the ICC could take into account only involuntary intoxication; the effect of this principle, of course, should not be the exclusion of a criminal act — because capacity exists, only in a diminished form — but, at most, could influence the determination of punishment, like in “ordinary” cases of diminished mental capacity.<sup>60</sup>

The ICTY accepted intoxication in its case law as an exculpatory circumstance<sup>61</sup> only if the defendant was intoxicated involuntarily or was forced to become intoxicated.<sup>62</sup> In my opinion, this approach is correct because it equalizes the effects of diminished capacity and diminished capacity due to involuntary intoxication. From the perpetrator's perspective, both biological causes for this institute are involuntary — general intoxication due to a mental abnormality and intoxication by alcohol because it was involuntary.

On the other hand, the ICC counted voluntary or intentional intoxication (by alcohol or drugs), which has diminished a perpetrator's mental capacity, as an aggravating circumstance in the process of sentencing, because international crimes are usually carried out in typically violent environments where weapons are easily available;<sup>63</sup> therefore, one should be more careful of one's actions and take preventive measures. With this decision the ICC declined to use the case law of courts in Yugoslavia where diminished mental capacity due to intoxication was accepted as a mitigating circumstance.<sup>64</sup> In most cases the ICTY refused to accept diminished mental capacity due to intoxication as an exculpatory circumstance, and did so

---

<sup>59</sup> United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 3: *Trial Of Yamamoto Chusaburo* (HMSO, London: 1946), p. 77; Knoops, *supra* note 28, p. 139.

<sup>60</sup> Bassiouni, *supra* note 44, p. 237.

<sup>61</sup> Schabas, *supra* note 28, p. 487; *Kvočka*, (*Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcac*), 28 February 2005, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Judgment IT-98-30/1-A, para. 707; *Kvočka*, (*Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcac*), 2 November 2001, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Judgment IT-98-30/1, para. 706.

<sup>62</sup> *Kvočka*, (*Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcac*), 28 February 2005, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Judgment IT-98-30/1-A, para. 707; *Kvočka*, (*Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcac*), 2 November 2001, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Judgment IT-98-30/1, para. 706.

<sup>63</sup> Knoops, *supra* note 28, p. 123; *Kvočka*, (*Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcac*), 2 November 2001, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Judgment IT-98-30/1, para. 706.

<sup>64</sup> *Kvočka*, (*Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcac*), 2 November 2001, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Judgment IT-98-30/1.

*a priori*,<sup>65</sup> because the defendant was not able to prove that his or her intoxication was truly involuntary.<sup>66</sup>

In the *Chusaburo* case, the use of the “drunkenness” defence as an attempt to influence the determination of punishment was implicitly denied,<sup>67</sup> with the court convicting the defendant and giving him the death penalty.<sup>68</sup> Despite this decision the prosecutor stated some of his views on this principle. In his opinion, diminished capacity due to intoxication could warrant a mitigation of punishment or lightening of the legal qualification if the perpetrator was so incapacitated that he was unable to form intent for a criminal act.<sup>69</sup>

## Conclusion

The principle of *actio libera in causa* or the effect of the perpetrator’s voluntary intoxication on the existence of a criminal act is controversial in international criminal law. Existing legislation, as contained in the Rome Statute, is a compromise between different legal systems across the world, and it allows for the exclusion of a criminal act based on the fact that the perpetrator was involuntarily intoxicated and he or she cannot be ascribed guilt for the act of intoxication or the criminal act. This application is compatible with continental penal codes. But the so-called intoxication in bad faith (*mala fidae*) does not exclude criminal liability.<sup>70</sup> The effect of this principle under the Rome Statute is the exclusion of a criminal act in accordance with the exemplary continental legislations. This represents a departure from British court case law in which this principle has an effect primarily on the legal qualification when the criminal act is equivalent to a criminal act perpetrated out of negligence. If this is not so, then it represents a perfect defence. So far the courts have not supported this practice.

In the Rome Statute, the *actio libera in causa* principle has three elements, composed similarly of insanity due to biological (intoxication), or psychological (the inability to control actions or understand their consequences), or the third negative condition (nonexistence of guilt for the criminal act).

The Rome Statute does not deal with diminished mental capacity due to intoxication and also does not contain stipulations regarding the conditions of a generally diminished mental capacity. I propose that the ICC finds support in the three above-mentioned elements of the principle of *actio libera in causa* by acknowledging that a perpetrator’s capacity to understand or control his or her actions is partially diminished, not totally absent. The ICC could accept that diminished mental capacity due to intoxication could be understood as an exculpatory circumstance without the elimination of criminal liability. Such a solution would be in accord with exemplary continental legal systems which do not, in principle, admit voluntary intoxication in bad faith as an exculpatory circumstance, as well as with the present jurisprudence of international courts.<sup>71</sup>

<sup>65</sup> Schabas, *supra* note 28, p. 487.

<sup>66</sup> *Kvočka*, (*Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcac*), 28 February 2005, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Judgment IT-98-30/1-A, para. 708.

<sup>67</sup> United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 3: *Trial Of Yamamoto Chusaburo* (HMSO, London: 1946), p. 76.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>69</sup> Scaliotti, *supra* note 31, p. 29; United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 3: *Trial Of Yamamoto Chusaburo* (HMSO, London: 1946), p. 78.

<sup>70</sup> Knoops, *supra* note 28, p. 117.

<sup>71</sup> See the cases of *Kvočka* and *Todorović* from the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia.



## References

- Adolf Schönke, Adolf & Horst Schroeder, Horst, *Strafgesetzbuch, Kommentar (Criminal Code, Commentary)*, Verlag C H Beck, Munich: 2010.
- Antonio Cassese, Antonio, Paola Gaeta, Paola, R. W. D. Jones, R. W. D. *Rome Statute of International Criminal Court*, Oxford University Press, New York: 2002.
- Cherif Bassiouni, Cherif, *The Legislative History of the ICC: an Article by Article Evolution of the Statute*, Transnational Publishers, New York: 2005.
- Christiane Nill-Theobald, Christiane, “Defenses” bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA, zugleich ein Beitrag zu einem Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts (*Defenses with War Crimes — Examples of Germany and USA*), Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau: 1998.
- Claus Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil (Criminal Law, General Part)*, C. H. Beck, Munich: 1994.
- Cristopher M. V. Clarkson et al., Christopher, *Clarkson and Keating Criminal Law, Text and Materials*, Sweet and Maxwell, London: 1998.
- David Ormerod, David, *Smith and Hogan’s Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford: 2011.
- Elies van Sliedregt, Elies, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, Asser Press, The Hague: 2003.
- Geert J. A. Kooops, Geert, *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden: 2008.
- Gerhard Werle, Gerhard, *Völkerstrafrecht (International Criminal Law)*, Mohr Siebeck, Tübingen: 2012.
- H. Satzger, Helmut, *Das neue Völkerstrafgesetzbuch — eine kritische Würdigung (New International Criminal Code)*, Neue Zeitschrift für Strafrecht 132 (2002), pp. 125-132.
- Hans Heinrich Jescheck, Hans Heinrich & T. Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (Textbook of Criminal Law, General Part)*, Duncker & Humblot, Berlin: 1996.
- Kai Ambos, Kai, *Internationales Strafrecht (International Criminal Law)*, C. H. Beck, Munich: 2011.
- Kvočka, (Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcac)*, 28 February 2005, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Judgment IT-98-30/1-A.
- Kvočka, (Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic and Prcac)*, 2 November 2001, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Judgment IT-98-30/1
- M Scaliotti, Massimo, *Defences before the International Criminal Court, Substantive Grounds for Excluding Criminal Responsibility, Part 1*, International Criminal Law Review 1 (2001) 1, pp. 111-172.
- M. Scaliotti, Massimo, *Defences before the International Criminal Court, Substantive Grounds for Excluding Criminal Responsibility, Part 2*, International Criminal Law Review 2 (2002) 1, pp. 1-46.
- Matthias Neuner, Matthias, *National Legislation Incorporating International Crimes: Approaches of Civil and Common Law Countries*, Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, Berlin: 2003.
- Otto Triffterer, Otto, *Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court*, Springer Verlag, Vienna: 2008.
- Prosecutor v. Alekskovski*, 24 March 2000, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Judgment IT-95-14/1-A.
- Report by the Secretary-General of the UN pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808, (S/25704), 3 May 1993.
- Shane Darcy, Shane, *Defences to International Crimes*, in W. Schabas & N. Bernaz (eds.), *Routledge Handbook of International Criminal Law* (Routledge, London: 2011), pp. 231-245.
- Strafgesetzbuch (Germany), available at <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>
- Susan Nash, Susan & Ilias Bantekas, Ilias, *International Criminal Law*, Routledge Cavendish, London: 2007.
- The Statute of International Criminal Court* (UN Doc. A/CONF.183/9), 17 June 1998.
- United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals, vol. 3: Trial Of Yamamoto Chusaburo* (HMSO, London, 1946).

Vasilka Sancin, Vasilka, Dominika Švarc, Dominika, Matjaž Ambrož, Matjaž, *Mednarodno Pravo Oboroženih Spopadov (International Law of Armed Conflict)*, Poveljstvo za doktrino, razvoj, izobraževanje, Ljubljana: 2009.

Wehrstrafgesetz (Germany), available at <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/wstrg/gesamt.pdf>

William Schabas, William, *The International Criminal Court, a Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford: 2010.

# Дилемма выбора модели управления компанией

---

---

## С.И. Луценко

ведущий эксперт Контрольного управления Президента Российской Федерации. Адрес: Российская Федерация, 103132, г. Москва, Старая Площадь, д. 8/5. E-mail: scorp\_ante@rambler.ru

---



### Аннотация

Настоящая статья рассматривает модели управления компанией. Целью рассмотрения является выбор и оценка приоритетной модели управления в компании. Будут представлены две модели: модели управления с приоритетом в отношении менеджмента и модель управления с приоритетом в отношении собственников. В модели управления с господством директората он обязан использовать свои полномочия с целью капитализации стоимости компании, и, соответственно, благосостояния акционера. Полномочиями принимать решения относительно достижения данной цели наделяется руководство компании, а не акционеры. При этом руководство должно следовать основополагающим принципам корпоративного управления — фидуциарным обязанностям. Представленная модель находится под защитой правила бизнес-решения (business judgment rule). Модель управления с приоритетом менеджмента имеет свои недостатки. Она предполагает политику определенной закрытости от акционеров. Тем самым создается ситуация информационной асимметрии. Основной проблемой в российской корпоративной практике является ситуация, когда руководство компании не действует в интересах акционеров, а стремится действовать в собственных интересах (личное обогащение) в ущерб интересам компании. В свою очередь модель управления компанией с приоритетом собственников подразумевает компромисс интересов между менеджментом и акционерами. Между собственниками и менеджментом заключается соглашение, в котором отражены выбор экономической стратегии развития компании, диапазон участия в управление компанией со стороны акционеров, полномочия и ответственность сторон, условия совершения ряда транзакций, определяются условия в отношении проведения мониторинга (проверки) со стороны акционеров за менеджментом. При мониторинге со стороны собственников за директоратом может быть использована модель делового целеполагания. Представленная модель позволяет осуществлять контроль за руководством, а также тестировать их действия на предмет добросовестности и разумности. Модель управления с приоритетом акционеров имеет свои слабости. Перманентные конфликты между акционерами (например, злоупотребление правом на получение информации со стороны мелких собственников) дестабилизируют хозяйственную деятельность компании. Представленная работа носит междисциплинарный характер, т.е. затрагивает особенности менеджмента как науки, а также, разумеется, корпоративное право. Использование модели управления с приоритетом акционеров может создать некую основу для созидательного сотрудничества между собственниками и менеджментом компании.

---



### Ключевые слова

корпоративное управление, корпоративное право, модель делового целеполагания, собственник, менеджмент, добросовестность, разумность, модель управления компанией

---

---

## Введение

В России сложилась модель рыночной экономики со структурой собственности, в которой доминирует один или группа из нескольких контролирующих собственников. Соответственно, часто собственники или другие лица (бенефициары), участвующие в исполнительных органах акционерного общества, не заинтересованы в повышении рыночной стоимости предприятия, в получении доходов через дивиденды и на основе роста биржевых котировок. Наоборот, они склонны минимизировать прибыль или даже демонстрировать убытки предприятия, искусственно отсекая часть финансовых потоков (через цены, через разделение расчетов и т.п.), подчиняя их целям снижения налогов, увеличения личных доходов или иным предпринимательским задачам. В предельном случае результатом такого поведения может стать преднамеренное или фиктивное банкротство предприятия. Часто складывается непрозрачный, разделенный на группу компаний бизнес, с несколькими системами учета, в рамках которого основные предприятия имеют минимальную стоимость и не могут выйти на фондовый рынок<sup>1</sup>.

Право собственности (экономический интерес) и право контроля над компанией являются основополагающими принципами функционирования современной корпорации. Право контроля определяется уставом компании. Несмотря на то, что управление компанией осуществляется собственниками (акционерами). Фактически управляет компанией менеджмент (совет директоров). Собственники не владеют информацией, ни о ежедневных операциях компании, ни о долгосрочной политике. Напротив, акционеры ограничены редкими вопросами: правом выбора руководителя (совета директоров), внесение поправок в учредительные документы, вопросы, касающиеся слияния компании, сделок с заинтересованностью, добровольная ликвидация. Решения собственников не носят превентивного характера. С другой стороны<sup>2</sup>, применение модели делового целеполагания позволяет использовать преимущества при контроле (мониторинге) за добросовестностью и разумностью действий при совершении сделок (сделки с заинтересованностью, сделки, связанные с причинением ущерба интересам компании и ее акционерам) со стороны менеджмента (совета директоров).

Как было отмечено в «Стратегии развития финансовых рынков до 2020 года»<sup>3</sup>, одной из основных проблем остается механизм раскрытия информации о реальных собственниках (конечных бенефициарах). В Положении о раскрытии информации эмитентами эмиссионных ценных бумаг<sup>4</sup> предусмотрены нормы, позволяющие получать информацию о бенефициарах (выгодоприобретателях), т.е. реализовать положения ст. 22 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»<sup>5</sup>, а также положения «Стратегии развития финансовых рынков до 2020 года».

<sup>1</sup> См.: Распоряжение Правительства Москвы от 8 сентября 2006 г. № 1766-ПП «О систематизации мер по пресечению и предупреждению противоправных действий на финансовых и фондовых рынках» // Вестник Мэра и Правительства Москвы. 2006. № 58.

<sup>2</sup> См.: Луценко С.И. Теории приоритета управления компанией: баланс интересов участников // Финансовый менеджмент. 2011. № 6.

<sup>3</sup> См.: Распоряжение Правительства Российской Федерации от 29 декабря 2008 г. № 2043-р «Об утверждении Стратегии финансового рынка Российской Федерации на период до 2020 года» // СЗ РФ. 2009. № 3. Ст. 423.

<sup>4</sup> См.: Приказ ФСФР от 4 октября 2011 г. № 11-46/пз-н «Об утверждении положения о раскрытии информации эмитентами эмиссионных ценных бумаг» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2012. № 8.

<sup>5</sup> См.: СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918.

На самом деле в действующем российском законодательстве не прописан четкий механизм, позволяющий идентифицировать конечных бенефициаров (выгодоприобретателей). Более того, чтобы идентифицировать данных выгодоприобретателей, необходимо представить дефиницию данного понятия. На наш взгляд, Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в своем постановлении<sup>6</sup> не дает четкого определения понятия бенефициара, не указывает круг лиц, которые могут являться выгодоприобретателями.

В соответствии с п. 1 приведенного Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации выгодоприобретателем должно признаваться лицо, которое не является стороной в сделке, но в результате ее совершения может быть освобождено от обязанностей перед АО (в частности, вследствие предоставления должнику согласия на перевод его долга перед обществом на другое лицо) или непосредственно получает по ней права (например, выгодоприобретатель по договору страхования или доверительного управления имуществом, бенефициар по банковской гарантии, третье лицо, в пользу которого заключен договор в соответствии со ст. 430 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Если невозможно четко определить бенефициарных собственников, то как можно выработать механизм их идентификации? Для прояснения правового механизма определения конечных выгодоприобретателей обратимся к европейской практике.

Директива Европейского парламента и Совета 2005/60/ЕС «О предотвращении использования финансовой системы для отмывания денежных средств или финансирования терроризма»<sup>7</sup> четко определяет бенефициарных собственников. Лица, в значительной степени контролирующие использование имущества компании или «механизма», следует считать выгодоприобретателями (бенефициарами). Бенефициаром следует считать физическое лицо или группу лиц, полностью контролирующих клиента и/или физическое лицо, от имени которого совершается сделка.

Директива 2005/60/ЕС четко определяет круг лиц, подпадающих под понятие выгодоприобретатель. К выгодоприобретателям относятся: в отношении компаний — физическое лицо или группа лиц, полностью контролирующие компанию, прямо или опосредованно обладающие правом собственности или контроля (как было определено — два основных механизма: право собственности и право контроля) над достаточным пакетом акций для голосования в данной компании, включая акционеров холдингов, не входящих в список компаний на регламентированном рынке (доля в 25% плюс 1 акция является критерием данной категории); физические лица, тем или иным образом контролирующие управление юридическим лицом. Кроме того, к выгодоприобретателям, в части, касающейся юридических лиц (таких как фонды, юридические механизмы, трастовые компании, управляющие фондами и распоряжающиеся ими), относятся: там, где выгодоприобретатели определены — это физические лица, которые владеют 25% и более имущества юридического лица или механизма; там, где выгодоприобретатели юридического механизма или юридического лица не определены, — это класс лиц, в чьих интересах создано и функционирует юридическое лицо или механизм; наконец, физические лица, контролирующие 25% и более имущества юридического лица или юридического механизма.

<sup>6</sup> См.: Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 20 июня 2007 г. № 40 «О некоторых вопросах практики применения положений законодательства о сделках с заинтересованностью // Вестник ВАС РФ. 2007. № 8.

<sup>7</sup> См.: Директива № 2005/60/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 26 октября 2005 г. «О предотвращении использования финансовой системы для отмывания денежных средств и финансирования терроризма» // СПС «Консультант Плюс».

После определения круга лиц, подпадающих под понятие «бенефициар», Директива 2005/60/ЕС транспарентно регламентирует порядок (процедуру) проверки сведений о бенефициаре (в действующем российском законодательстве он не определен). В частности, данная процедура включает идентификацию клиента и верификацию его данных путем проверки документов и получения информации от достоверного и независимого источника; оценку рисков и другие адекватные меры для понимания структуры собственности и управления клиента; получение информации о целях и предполагаемом характере деловых отношений; осуществление постоянного мониторинга деловых отношений, включая проверку совершаемых операций, проводимых в течение деловых отношений с целью сопоставления их с имеющимися данными о клиенте, его бизнесе и категории риска, в том числе, при необходимости, для установления источника происхождения денежных средств, а также с целью поддержания актуальными документов и сведений о клиенте. Данный механизм напоминает модель делового целеполагания<sup>8</sup> и представляет собой целевое делегирование своих полномочий (контроль) акционерами в пользу менеджмента компании с целью последующего мониторинга добросовестности и разумности действий менеджмента компании (идентификация сделок с заинтересованностью, убыточные сделки) в интересах акционеров.

Всеобщие директивы по противодействию отмыванию доходов в частном банковском секторе<sup>9</sup> продолжают мысль в отношении идентификации бенефициаров. В частности, реализуют алгоритм идентификации происхождения капиталов при управлении компанией, собственника (группу собственников), лиц, осуществляющих контроль за денежными потоками (директоров, лиц, имеющих полномочия давать указания руководителям).

Использование норм международного права (имплементация их в российское законодательство) с целью определения и идентификации конечных выгодоприобретателей в отношении российских компаний позволит раскрывать информацию о реальных собственниках компании, предоставить иностранным инвесторам (собственникам) реальные правовые гарантии их вложений. Гарантии направлены на достижение таких публичных целей, как привлечение частных инвестиций в экономику (акционеры, приобретая акции, осуществляют инвестиции в акционерное общество и потому вправе ожидать от него обеспечения сохранности своих акций) и стабильность общественных отношений в сфере гражданского оборота<sup>10</sup>.

Невозможность определения истинных собственников (особенно это касается мажоритарных владельцев) компании мешает координировать действия остальных собственников с целью эффективного голосования, а также влияет на гарантии и защиту миноритарных собственников.

В частности, крупный собственник использует свою власть (полномочия), заключает договор о приобретении акций (долей) на несправедливых условиях (занижая зачастую цену), нанося реальный ущерб миноритарным собственникам. Тем самым происходит выдавливание миноритарных собственников (freeze-out) посредством выкупа акций по заниженной цене. Конституционный Суд Российской Федерации в ряде своих определений отметил, что процедура принудительного выкупа акций подразумевает как оценку правильности определения цены выкупаемых акций и наличие убытков у миноритариев, так и исследование связанных с принудительным выкупом или воз-

<sup>8</sup> См.: Луценко С.И. Теории приоритета управления компанией: баланс интересов участников // Финансовый менеджмент. 2011. № 6.

<sup>9</sup> См.: Всеобщие директивы по противодействию отмыванию доходов в частном банковском секторе (Вольфсбергские принципы), принятые 30 октября 2000 г. // СПС «Консультант Плюс».

<sup>10</sup> См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 28 января 2010 г. № 2-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2010. № 3.

никновением права на такой выкуп фактических обстоятельств, могущих свидетельствовать о существенном нарушении требований закона или о злоупотреблении правами и влиять на установление справедливой цены<sup>11</sup>. Другими словами, Конституционный Суд Российской Федерации встал на защиту прав миноритарных акционеров (справедливое ценообразование на акцию). Кроме того, Конституционный Суд Российской Федерации обращает внимание, что миноритарные акционеры являются слабой стороной в системе корпоративных отношений, поэтому они обеспечиваются конституционно-правовыми гарантиями (охрана законом прав акционеров) и судебной защитой нарушенных прав<sup>12</sup>.

Европейский суд по правам человека в своем постановлении<sup>13</sup> отметил, что, несмотря на то, что действующими корпоративными законодательствами предусмотрен принудительный выкуп акций, миноритарные акционеры должны быть обеспечены необходимыми правовыми гарантиями для предотвращения дисбаланса между заинтересованными сторонами, приводящего к произвольному и несправедливому (по заниженной цене) лишению лица имущества (акций) в пользу иного лица. Другими словами, крупный собственник, нанося ущерб мелкому собственнику (в частности, принудительный выкуп акций по заниженной цене), должен нести ответственность.

Следовательно, задачу обеспечения баланса прав и законных интересов всех заинтересованных лиц (акционеров, кредиторов, органов управления и др.) в процессе предпринимательской деятельности акционерного общества, в том числе, при выборе экономической стратегии развития бизнеса (модель управления компанией), совершении сделок с акциями, установлении ограничений в выплате акционерным обществом дивидендов призвано решать российское корпоративное право<sup>14</sup>.

Особенностью представленной статьи является то, что разрешение представленных здесь проблем лежит не только в плоскости корпоративного права, но и в фокусе теории менеджмента — управление компанией в целом.

В частности, Л. Стаут<sup>15</sup> идентифицирует две основные теории управления компанией: теория, в основе которой главенствующее положение (приоритет) занимают акционеры, и теория, в котором приоритет отдается директорату. Л. Стаут отмечает, что контроль над компанией должен быть сосредоточен в руках акционеров. Директорат должен управлять компанией в интересах акционеров, а рыночная цена акции является основным индикатором в отношении интересов акционеров. Р. Краакман и Г. Хансманн<sup>16</sup> отмечали, что теория приоритета с господством акционера является в какой-то степени эталонной. Противоположностью данной теории является модель с господством менеджмента. В част-

<sup>11</sup> См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2009 г. № 372-О-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2009. № 5; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 3 июля 2007 г. № 713-О-П // СПС «Консультант Плюс»; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 3 июля 2007 г. № 714-О-П // СПС «Консультант Плюс»; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 3 июля 2007 г. № 681-О-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2007. № 6.

<sup>12</sup> См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 10 апреля 2003 г. № 5-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2003. № 3.

<sup>13</sup> См.: Постановление Европейского суда по правам человека от 28 октября 2010 г. по делу «Suda v. Czech Republic» // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2011. № 4.

<sup>14</sup> См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2006 г. № 619-О // СПС «Консультант Плюс»

<sup>15</sup> См.: Stout L. New Thinking on «Shareholder Primacy» // Working paper. UCLA School of Law. 2009.

<sup>16</sup> См.: Hansmann H., Kraakman R. The End of History for Corporate Law // Working paper. Yale Law School. Harvard Law School. 2000.

ности, С. Бейнбридж<sup>17</sup> утверждает, что акционеры не сохраняют контроль над компанией, а директорат не стремится максимизировать цену акции.

Российская система корпоративного права имеет направленность в сторону модели с господством менеджмента, несмотря на широту дискреции акционеров. Например, данная позиция характерна для сделок, совершаемых директоратом, в отношении которых имеется заинтересованность, а также сделки, направленные на причинение убытков в отношении компании. Зачастую полномочия акционеров сводятся к следующим трем составляющим: право голосовать, право предъявить иск и право продать свои акции.

Автор представленной статьи рассматривает особенности моделей управления компанией. Целью работы является нахождение некоего компромисса интересов между менеджментом (советом директоров) и собственниками компании (акционерами). Кроме того, необходимо выбрать качественную модель управления компанией, которая будет направлена на созидание, а не на разрушение. Автор представляет для сравнения модель управления с приоритетом в отношении менеджмента и модель управления с приоритетом в отношении собственников, анализирует и делает выводы на предмет использования их в российских реалиях.

## **Модель управления компанией с приоритетом в отношении менеджмента (совета директоров)**

В модели управления с приоритетом в отношении менеджмента совет директоров — это не простой агент акционеров, а уникальная конструкция, чьи полномочия являются неделегированными<sup>18</sup>. Действительно, менеджмент обязан использовать свои полномочия с целью максимизации благосостояния акционера, но решениями о том, как данная цель должна быть достигнута, наделяются совет директоров, а не акционеры. Другими словами, правила в отношении полномочий менеджмента и отсутствия полномочий у акционеров создают так называемую модель корпоративного управления с приоритетом совета директоров<sup>19</sup>.

Яркий представитель и защитник модели управления компанией с приоритетом в отношении менеджмента С. Бейнбридж<sup>20</sup> считает, что только менеджмент наделен фидуциарными обязанностями. В свою очередь акционеры (собственники) не имеют фидуциарных обязанностей по отношению друг к другу или к компании. На наш взгляд, С. Бейнбридж несколько заблуждается. Неправомерные действия акционеров (собственников) общества при принятии решения, вследствие которого причинен вред (убытки) имуществу компании, налагает на собственников фидуциарные обязанности. Основным критерием является доказательство причинной связи между действиями акционеров и убытками общества.

Обратимся к примеру из российской корпоративной практики. Суд взыскал с акционеров убытки, причиненные акционерному обществу. При взыскании убытков компании с собственника правоприменитель отметил, что в соответствии со ст. 15 и 1064 Гражданского кодекса Российской Федерации<sup>21</sup> привлечение собственника к гражданско-правовой ответственности допускается при наличии всех необходимых элементов:

<sup>17</sup> См.: Bainbridge S. *The New Corporate Governance in Theory and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

<sup>18</sup> См.: Bainbridge S. *Director Primacy* // Working paper. UCLA School of Law. 2010.

<sup>19</sup> См.: Bainbridge S. *Op. cit.*

<sup>20</sup> Bainbridge S. *The New Corporate Governance in Theory and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

<sup>21</sup> См.: СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301; СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

факта причинения вреда участником общества, размер понесенных обществом убытков, виновность причинителя вреда, а также наличие причинно-следственной связи между возникшими убытками и незаконными действиями (бездействием) лица, по вине которого эти убытки возникли. Суд обязал взыскать с участника заявленный размер понесенных обществом убытков<sup>22</sup>. С. Бейнбридж<sup>23</sup> отмечает, что у акционеров нет по существу никакой власти при принятии стратегического корпоративного решения. Акционеры наделены правом одобрения действия со стороны менеджмента компании. Представленная модель корпоративного управления является единственной, в которой решения совета директоров, вызывая протест у акционеров. Кроме того, С. Бейнбридж считает, что разграничение экономических интересов и интересов по контролю при принятии решения в данной модели, способствовало бы прозрачности управления компаний.

Рациональный акционер затрачивает определенное усилие, необходимое, чтобы сформулировать решения, только если ожидаемые выгоды перевешивают затраты. Ожидаемые выгоды от получения информации являются довольно низкими, так как, основная часть авуаров акционеров слишком мала, чтобы существенно повлиять на результаты голосования. Корпоративные акционеры отличаются «рациональным безразличием». Вместо того, чтобы реализовать свои избирательные права, раздраженные акционеры обычно принимают решение продать свои акции.

Модель корпоративного управления, основанная на приоритете совета директоров, имеет окончательного контролера, который обладает достаточными стимулами, чтобы гарантировать устойчивое развитие компании без необходимости его проверять. Другими словами, каждый должен контролировать каждого по уровням (иерархически). Сдерживание и наказание нерационального поведения со стороны менеджмента является необходимой функцией корпоративного управления. В основе модели управление компанией с приоритетом в отношении менеджмента должно находиться нормативное требование, что достоинство власти в условиях корпоративной эффективности определяется добросовестностью и разумностью при принятии решений<sup>24</sup>. Данная модель управления направлена на свободу в отношении принятия решений со стороны менеджмента.

С. Бейнбридж<sup>25</sup> считает, что необходимо поощрять свободу действий со стороны совета директоров, чтобы препятствовать вмешательству относительно его свободного и независимого суждения. Именно так гласит правило бизнес-решения (*business judgment rule*). Другими словами, данное правило существует, чтобы защитить приоритет менеджмента. Далее, снова, для подтверждения качества функционирования модели с приоритетом в отношении менеджмента (с точки зрения добросовестности и разумности при принятии решений со стороны руководства компании) обратимся к примерам из российской корпоративной практики. Руководитель компании, как лицо, которому собственник доверил руководство текущей деятельностью, должен совершать действия, ожидаемые в аналогичной ситуации при аналогичных обстоятельствах от хорошего руководителя<sup>26</sup>. Хороший руководитель при совершении сделок с заинтересованностью должен проявлять поведение разумно внимательного лица, от него обоснованно следует ожидать повышенного контроля ко всем условиям договора, по которому отчуждались активы компании, в частности, должна быть

<sup>22</sup> См.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 25 ноября 2010 г. № А81-2477/2008 // СПС «Консультант Плюс»; постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 8 июня 2010 г. № А58-5409/09 // СПС «Консультант Плюс».

<sup>23</sup> См.: *Bainbridge S. Director Primacy // Working paper. UCLA School of Law. 2010.*

<sup>24</sup> См.: *Ibid.*

<sup>25</sup> См.: *Bainbridge S. The New Corporate Governance in Theory and Practice.*

<sup>26</sup> См.: Распоряжение ФКЦБ России от 4 апреля 2002 г. № 421/р «О рекомендации к применению Кодекса корпоративного поведения» // Вестник ФКЦБ России. 2002. № 4.

учтена возможность получения компанией выгоды от совершенной сделки и возможность продолжения своей хозяйственной деятельности после ее совершения<sup>27</sup>.

Зачастую менеджмент компании действует не как орган компании, а как самостоятельный субъект гражданских правоотношений, нарушая гражданское законодательство Российской Федерации. Согласно ст. 53 ГК РФ органы юридического лица, к числу которых относится и руководитель, не могут рассматриваться как самостоятельные субъекты гражданских правоотношений и являются частью юридического лица. Другими словами, руководитель (единственный участник), выступая от имени компании, обезличивается, как бы становясь компанией, и не может рассматриваться как самостоятельный субъект гражданских правоотношений.

Согласно ст. 53 ГК РФ юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя гражданские обязанности через свои органы, действующие в соответствии с законом, иными правовыми актами и учредительными документами. Полномочия единоличного исполнительного органа общества по решению общего собрания акционеров могут быть переданы по договору коммерческой организации (управляющей организации). Действия органов юридического лица, направленные на установление, изменение или прекращение прав и обязанностей юридического лица, признаются действиями самого юридического лица.

В силу смысла ст. 53 ГК РФ органы юридического лица не могут рассматриваться как самостоятельные субъекты гражданских правоотношений и, следовательно, выступать в качестве представителей юридического лица в гражданско-правовых отношениях<sup>28</sup>.

Таким образом, модель управления с приоритетом в отношении менеджмента имеет право на существование. Представленная модель наделяет менеджмент компании фидуциарными обязанностями в случае неразумного и недобросовестного поведения при принятии деловых решений. Она позволяет выявлять конкретного ответственного участника, в отличие от модели управления с приоритетом в отношении собственников (с многочисленными акционерами, где фактически «разводнена» ответственность). С другой стороны, представленная модель подразумевает закрытость от акционеров (собственников) со стороны менеджмента компании. Создается ситуация информационной асимметрии. Зачастую в российской корпоративной практике руководитель не действует в интересах акционеров, а стремится действовать в собственных интересах (личное обогащение — вывод активов из компании). Поэтому в российских условиях, скорее, будет действовать модель с приоритетом акционеров (собственников).

## **Модель управления компанией с приоритетом в отношении акционеров (собственников)**

Необходимо отметить, что Конституционный Суд Российской Федерации в своем постановлении<sup>29</sup> сформулировал правило бизнес-решения (business judgment rule).

<sup>27</sup> См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 6 марта 2012 г. № 12505/11 // Вестник ВАС РФ. 2012. № 6; Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 1 февраля 2012 № А56-15191/2011 // СПС «Консультант Плюс».

<sup>28</sup> См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 11 апреля 2006 г. № 10327/05 // Вестник ВАС РФ. 2006. № 7; Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 ноября 2005 г. № 9467/05 // Вестник ВАС РФ. 2006. № 4; Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 21 сентября 2005 г. № 6773/05 // Вестник ВАС РФ. 2006. № 1.

<sup>29</sup> См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24 февраля 2004 г. № 3-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 2.

В частности, он отметил, что судебный контроль призван обеспечивать защиту прав и свобод акционеров (собственников), а не проверять экономическую целесообразность решений, принимаемых советом директоров и общим собранием акционеров, которые обладают самостоятельностью и широкой дискрецией при принятии решений в сфере бизнеса. В силу рискованного характера предпринимательской деятельности существуют объективные пределы в возможностях судов выявлять наличие в ней деловых просчетов. Другими словами, данное правило направлено на поощрение не только действий (при принятии деловых решений) со стороны совета директоров, но и на действия акционеров (собственников). В данном случае акционеры наделяются фидуциарными обязанностями при принятии деловых решений.

Модель управления компанией с приоритетом в отношении собственников подразумевает баланс интересов между менеджментом и акционерами. Между собственниками и менеджментом заключается неполный контракт (априори невозможно учесть все условия и обстоятельства, которые могут произойти в будущем), в котором прописываются: выбор экономической стратегии развития компании, участие в управлении компанией со стороны акционеров, полномочия и ответственность сторон, условия совершения ряда операций (сделки с заинтересованностью, ограничения в отношении выплат дивидендов и т.п.). Кроме того, определяются условия в отношении проведения мониторинга (проверки) со стороны акционеров при совершении сделок менеджментом от имени компании. Неполный контракт подразумевает четкое разграничение прав собственности (экономические интересы сторон) и прав контроля. При мониторинге акционеры могут использовать модель делового целеполагания. Данная модель предполагает целевое делегирование своих полномочий (контроль) акционерами в пользу менеджмента компании с целью последующего мониторинга добросовестности и разумности его действий (идентификация сделок с заинтересованностью, убыточные сделки) в интересах акционеров.

Модель управления с приоритетом акционеров также имеет недостатки. Прежде всего, конфликты между собственниками (мажоритариями и миноритариями в отношении экономических интересов) разрушительно влияют на компанию. С другой стороны, собственник может воспользоваться каналом судебного контроля за действиями другого собственника. В российском законодательстве остается нерешенной проблема — не установлен механизм идентификации конечных выгодоприобретателей. Данная правовая лакуна влечет за собой ситуации, в которых внезапно проявляются некоторые собственники (о которых не знают другие акционеры), старающиеся подчинить себе контроль над компанией (определять решения в отношении эмиссии ценных бумаг) и сформулировать собственную стратегию развития компании<sup>30</sup>. Тем не менее модель управления компанией с приоритетом в отношении собственников позволяет учитывать интересы собственников и менеджмента компании, четко разделить функцию контроля и функцию прав на денежные потоки.

## Заключение

В заключение необходимо отметить, что модель управления с приоритетом в отношении менеджмента, на наш взгляд, является однобокой, направленной на интересы совета директоров. В российских условиях данная модель дискредитирует себя. Менеджмент компании действует в собственных интересах, а не в интересах акционеров.

---

<sup>30</sup> См.: Постановление ФАС Московского округа от 26 августа 2004 г. № КГ-А40/7182-04 // СПС «Консультант Плюс».

Кроме того, остается необъяснимой ситуация, почему директорат не всегда выполняет свою работу профессионально. Кроме того, непонятно, почему менеджмент, выстраивая свои отношения на фидуциарных основах, проявляя лояльность к компании и препятствуя воровству, с одной стороны, с другой — уклоняется от своих обязанностей. Таким образом, акционер вынужден осуществлять агентские затраты (на аудит в отношении исполнения своих обязанностей со стороны менеджмента или создавать институт независимого директора).

Модель управления компанией с приоритетом в отношении собственников является более разумной. В соответствии с правилом бизнес-решения, сформулированным Конституционным Судом Российской Федерации в своем постановлении<sup>31</sup> гласит, что собственники также, как и совет директоров, обладают самостоятельностью в принятии решений и на них налагаются фидуциарные обязательства. Данная модель позволяет учесть интересы как собственников, так и менеджмента (совета директоров) компании. Модель управления компанией с приоритетом в отношении собственников подразумевает заключение между собственниками и менеджментом неполного контракта. Недобросовестные и неразумные действия со стороны менеджмента компании (как и действия любого собственника) при совершении сделок могут быть идентифицированы с помощью модели делового целеполагания. Тем не менее модель управления компанией с приоритетом в отношении собственников является «сырой» применительно к российским условиям. Одной из серьезных причин остается отсутствие в действующем законодательстве механизма, позволяющим идентифицировать конечных бенефициаров (выгодоприобретателей).



## Библиография

Луценко С.И. Теории приоритета управления компанией: баланс интересов участников // Финансовый менеджмент. 2011. № 6.

Bainbridge S. The New Corporate Governance in Theory and Practice. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Bainbridge S. Director Primacy // Working paper. UCLA School of Law. 2010.

Hansmann H., Kraakman R. The End of History for Corporate Law // Working paper. Yale Law School. Harvard Law School. 2000.

Stout L. New Thinking on «Shareholder Primacy» // Working paper. UCLA School of Law. 2009.

---

<sup>31</sup> См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24.02.2004 г. № 3-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 2.

## Dilemma as to the Model of Corporate Governance



**Sergey Lutsenko**

Leading Expert of the Russian Federation President Control Department. Address: Staraya Ploshchad, 8/5, 103132, Moscow, the Russian Federation. E-mail: scorp\_ante@rambler.ru.



### Abstract

The present article considers the models of corporate governance. The purpose of the research is the choice and evaluation of priority model of corporate governance. Two models will be presented: the models of management prioritizing management and model prioritizing shareholders. In the model, prioritizing directorate, the latter is obliged to use the powers to capitalize the company value, and thus, be beneficial for the shareholders. The decision making power is vested to the company managers, not the shareholders. Thus, the management should follow the basic principles of corporate governance to fiduciary duties. The presented model is under the protection of the business judgment rule. The model of management primacy has disadvantages. It suggests the policy of certain closeness from shareholders. In turn, the situation is created of information asymmetry. The main problem in the Russian corporate practice is the situation when the company management does not act in the interests of shareholders and seeks to act in its own interest to the detriment of interests of the company. In turn, the model of shareholders primacy means the compromise of interests between the management and shareholders. An agreement is concluded between shareholders and management which specifies: the choice of economic strategy of the company, a participation range in the corporate governance of the company from shareholders, powers and responsibility of the parties, conditions of implementing some transactions, it determines the conditions concerning carrying out monitoring from shareholders. The model of business target-setting can be used at monitoring. The presented model allows performing the control of a management, and also to test their actions about integrity and rationale. The model of shareholders primacy has flaws. Permanent conflicts between shareholders (for example, abusing the right to be informed from minor shareholders) destabilize company economic activities. The presented work has an interdisciplinary character. That is the features of management as sciences, and corporate law are mentioned. Use of model of shareholders primacy can create a certain basis for creative cooperation between the company shareholders and management.



### Keywords

Corporate governance, corporate law, model of business target-setting, proprietor, management, good faith, reasonableness, model of corporate governance.



### References

- Lutsenko S.I. (2011) *Teorii prioriteta upravleniya kompaniy: balans interesov uchastnikov* [Theories of prioritizing in corporate governance: balance of interests for actors]. *Finansovyy menedzhment*, no. 6.
- Bainbridge S. (2008) *The New Corporate Governance in Theory and Practice*. Oxford: OUP.
- Bainbridge S. (2010) *Director Primacy*. Working paper. UCLA School of Law.
- Hansmann H., Kraakman R. (2000) *The End of History for Corporate Law*. Working paper. Yale Law School. Harvard Law School.
- Stout L. (2009) *New Thinking on «Shareholder Primacy»*. Working paper. UCLA School of Law.

# Актуальные проблемы киберправа (обзор материалов Второй международной летней школы по киберправу)

---



## **В.В. Лебедь (Ефремова)**

старший научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук, кандидат юридических наук. Адрес: Российская Федерация, 119019, г. Москва, ул. Знаменка, 10. E-mail: vefremova@bk.ru



## **Н.Н. Телешина**

доцент кафедры ГиМПД Муромского института (филиала) Владимирского государственного университета имени А.Г. и Н.Г. Столетовых, кандидат юридических наук. Адрес: Российская Федерация, 602264, Владимирская область, г. Муром, ул. Орловская, 23. E-mail: fedoseeva82@mail.ru



## **Аннотация**

В обзоре освещаются результаты работы Второй международной научной летней школы по киберправу, проведенной научно-учебной лабораторией по информационному праву факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Целью данного мероприятия являлось объединение молодых специалистов в сфере ИКТ и права для обсуждения таких актуальных для современной юридической науки и практики вопросов правового регулирования киберпространства, как создание открытого программного обеспечения, распространение легального и нелегального контента в Интернете, обеспечение информационной безопасности, охрана авторского права, правовое регулирование облачных технологий и др. Участие в работе школы приняли представители ведущих научных и учебных центров Великобритании, Бельгии, Франции, Словакии, Индии, Узбекистана, исследователи и практические работники из Москвы, Санкт-Петербурга, Нижнего Новгорода и других городов России. В обзоре обосновывается сложность феномена «киберправо», отмечается острая актуальность научного и практического осмысления вопросов информатизации и компьютеризации, раскрываются сложности правового регулирования открытого программного обеспечения, обосновывается необходимость более гибкого подхода к регулированию и защите авторских прав с точки зрения расширения легального контента в Интернете, освещается российский и зарубежный опыт борьбы с пиратством; раскрывается национальный опыт защиты персональных данных, раскрывается опыт взаимодействия правоохранительных органов и IT-компаний в России. В работе летней школы отмечалось и то, что современные цифровые реалии изменили общественные отношения, складывающиеся, в том числе между субъектами гражданского права. Общеευропейской тенденцией является некоторое отставание в правообеспечительном реагировании на эти изменения. Это в полной мере относится и к России. В то же время были отмечены достижения законодательства отдельных европейских государств на пути сближения правовых и цифровых реалий, заслуживающих внимания в связи с развитием отечественного гражданского законодательства в условиях цифровой среды. Очевидно, что развитие современных информационных технологий привело также к смене правовых механизмов регулирования авторских отношений, постепенно затрагивало и концептуальные основы авторского права, которые на сегодняшний день все еще ждут на сохранении баланса интересов автора творческого результата и общества. Этим вопросам, в частности, были посвящены доклады участников школы.



### Ключевые слова

киберправо, базы данных, авторское право, интеллектуальная собственность, облачные вычисления (cloud computing), торговые марки, информационная безопасность, интернет-пиратство, Суд по интеллектуальным правам, патентование антивирусных программ

С 1 по 5 июля 2013 г. в Москве на базе парк-отеля «Шереметьевский» прошла Вторая международная летняя школа по киберправу, организованная научно-учебной лабораторией по информационному праву Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Примечательно, что в этом году организаторы школы привлекли к участию не только студентов, магистрантов, преподавателей, практикующих юристов из России, учебных и научных центров Великобритании, Франции, Словакии, Бельгии, Индии, Узбекистана и Украины; но и представителей федеральных органов власти, работников инновационного центра «Сколково», руководителей крупнейших российских и зарубежных компьютерных корпораций. Участникам летней школы была предоставлена уникальная возможность ознакомиться с авторскими позициями докладчиков не только по теоретическим проблемам эффективности действующего правового регулирования интернет-отношений, но и с новейшими тенденциями и проблемами адаптации российского и зарубежного авторского законодательства к цифровым условиям.

Работу летней школы открыла доктор юридических наук, профессор **И.Ю. Богдановская**, заведующая научно-учебной лабораторией по информационному праву НИУ ВШЭ. поприветствовав участников научного мероприятия, она подчеркнула важность изучения феномена «киберправо» как необходимого элемента развития современной цифровой (сетевой) экономики. Создание эффективной нормативно-правовой базы, способной эффективно регулировать киберотношения, требует выработки ее теоретико-методологических основ. В первую очередь это касается создания специального понятийного аппарата в юриспруденции и его легализации. Необходимо дать научное толкование используемых терминов с учетом их юридической природы. Так, необходимо сформулировать дефиниции основных понятий: «киберправо», «киберпространство», «киберотношения», «киберобъект», «субъект киберотношений» и т.д.

Как справедливо отметила И.Ю. Богдановская, задачей летней школы по киберправу является объединение молодых ученых, интересующихся проблемами становления и развития отрасли киберправа в целях формирования особого научного сообщества и обмена опытом преподавания курсов информационного права в российских и зарубежных университетах.

На открытии работы школы выступил **П.А. Катков**, руководитель рабочей группы по международному сотрудничеству в сфере защиты интеллектуальной собственности в цифровой среде Комитета по интеллектуальной собственности ТПП РФ, Председатель Совета Российской государственной академии интеллектуальной собственности (РГА-ИС) по проблемам правовой охраны интеллектуальной собственности в сети Интернет. Он осветил опыт работы Торгово-промышленной палаты Российской Федерации по изучению и анализу нормативно-правового регулирования и практики применения интернет-законодательства по такому актуальному вопросу, как интернет-пиратство. Опыт зарубежных стран показывает усиление сфер правового регулирования интернет-отношений вследствие «провала саморегулирования». П.А. Катков отметил, что основной проблемой в данной сфере в России является неравномерное (избирательное) внимание государства к областям регулирования интернет-отношений, недостаточное

внимание к вопросам интернет-пиратства. При этом как ключевой тренд в России и в мире докладчик отметил развитие иных, не связанных с интернет-пиратством регуляторных правовых механизмов. В настоящий момент сформирована устойчивая и однозначная судебная практика по UGC-ресурсам, которая может быть использована: (а) для других IP-отраслей и (б) против других видов нарушителей. П.А. Катков отметил, что необходимо, во-первых использовать положительную практику музыкальной индустрии для защиты программных продуктов в торрент-сетях и других площадках; и во-вторых, совместно работать над развитием законодательства с учетом перечисленных угроз и возможностей.

Кандидат юридических наук **А. Савельев**, представляющий компанию IBM, свой доклад посвятил таким основным трендам интернет-науки и правового регулирования, как сверхбольшие базы данных (big data), автоматизация бизнеса, искусственный интеллект. А. Савельев прогнозирует, что в ближайшее время очень востребованной и перспективной станет профессия аналитика баз данных, владеющего навыками краудсорсинга, имитационного моделирования, пространственного и статистического анализа и др.

Глава отдела интеллектуальной собственности международной юридической фирмы «Baker and Boots LLP» **Е. Тиллинг** посвятила свой доклад последним изменениям в праве интеллектуальной собственности России. Так, ею были выделены следующие тренды:

- принятие Закона о защите интеллектуальных прав в Интернете, известного как «антипиратский» закон, вступившего в силу 1 августа 2013 г., по которому суды получили право в предварительном порядке блокировать «пиратские» ресурсы в отношении ограниченного числа правообладателей — обладателей прав на кинофильмы, телесериалы и т.п.
- внесение изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации — введение ст. 1253.1, регуливающей особенности ответственности информационного посредника: «1. Лицо, осуществляющее передачу материала в информационно-телекоммуникационной сети, в том числе, в сети «Интернет», лицо, предоставляющее возможность размещения материала или информации, необходимой для его получения с использованием информационно-телекоммуникационной сети, лицо, предоставляющее возможность доступа к материалу в этой сети, — информационный посредник — несет ответственность за нарушение интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационной сети на общих основаниях, предусмотренных настоящим Кодексом, при наличии вины с учетом особенностей, установленных пунктами 2 и 3 настоящей статьи. 2. Информационный посредник, осуществляющий передачу материала в информационно-телекоммуникационной сети, не несет ответственности за нарушение интеллектуальных прав, произошедшее в результате этой передачи, при одновременном соблюдении следующих условий: 1) он не является инициатором этой передачи и не определяет получателя указанного материала; 2) он не изменяет указанный материал при оказании услуг связи, за исключением изменений, осуществляемых для обеспечения технологического процесса передачи материала; 3) он не знал и не должен был знать о том, что использование соответствующих результатов интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации лицом, инициировавшим передачу материала, содержащего соответствующие результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, является неправомерным. 3. Информационный посредник, предоставляющий возможность размещения материала в информационно-телекоммуникационной сети, не несет ответственность за нарушение интеллектуальных прав, произошедшее в результате размещения в информационно-телекоммуникационной сети материала третьим лицом или по

его указанию, при одновременном соблюдении информационным посредником следующих условий: 1) он не знал и не должен был знать о том, что использование соответствующих результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, содержащихся в таком материале, является неправомерным; 2) он в случае получения в письменной форме заявления правообладателя о нарушении интеллектуальных прав с указанием страницы сайта и (или) сетевого адреса в сети «Интернет», на которых размещен такой материал, своевременно принял необходимые и достаточные меры для прекращения нарушения интеллектуальных прав. Перечень необходимых и достаточных мер и порядок их осуществления могут быть установлены законом. 4. К информационному посреднику, который в соответствии с настоящей статьей не несет ответственность за нарушение интеллектуальных прав, могут быть предъявлены требования о защите интеллектуальных прав (пункт 1 статьи 1250, пункт 1 статьи 1251, пункт 1 статьи 1252 настоящего Кодекса), не связанные с применением мер гражданско-правовой ответственности, в том числе об удалении информации, нарушающей исключительные права, или об ограничении доступа к ней. 5. Правила настоящей статьи применяются в отношении лиц, предоставляющих возможность доступа к материалу или информации, необходимой для его получения с использованием информационно-телекоммуникационной сети»<sup>1</sup>;

- внесение изменений в другие законодательные акты, касающиеся идентификации пользователей и провайдеров Интернета, обеспечительных мер по делам об интеллектуальной собственности и др.

Также Е. Тиллинг осветила вопрос создания в России первого специализированного государственного арбитражного суда — Суда по интеллектуальным правам, который начал функционировать в Москве 1 июля 2013 года. Данный суд рассматривает в пределах своей компетенции в качестве суда первой и кассационной инстанций дела по спорам, связанным с защитой интеллектуальных прав.

Суд по интеллектуальным правам в качестве суда первой инстанции рассматривает:

1) дела об оспаривании нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти, затрагивающих права и законные интересы заявителя в области правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, в том числе в сфере патентных прав и прав на селекционные достижения, права на топологии интегральных микросхем, права на секреты производства (ноу-хау), права на средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, права использования результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии;

2) дела по спорам о предоставлении или прекращении правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий (за исключением объектов авторских и смежных прав, топологий интегральных микросхем), в том числе:

- об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности, федерального органа исполнительной власти по селекционным достижениям и их должностных лиц, а также органов, уполномоченных Правительством Российской Федерации рассматривать заявки на выдачу патента на секретные изобретения;

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая).

- об оспаривании решения федерального антимонопольного органа о признании недобросовестной конкуренцией действий, связанных с приобретением исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, товаров, работ, услуг и предприятий;
- об установлении патентообладателя;
- о признании недействительными патента на изобретение, полезную модель, промышленный образец или селекционное достижение, решения о предоставлении правовой охраны товарному знаку, наименованию места происхождения товара и о предоставлении исключительного права на такое наименование, если федеральным законом не предусмотрен иной порядок их признания недействительными;
- о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака вследствие его неиспользования.

Суд по интеллектуальным правам в качестве суда кассационной инстанции рассматривает<sup>2</sup>:

1) дела, рассмотренные им по первой инстанции;

2) дела о защите интеллектуальных прав, рассмотренные арбитражными судами субъектов Российской Федерации по первой инстанции, арбитражными апелляционными судами.

Также Е. Тиллинг заострила внимание на необходимости согласования законодательства Российской Федерации с международными актами в связи со вступлением России во Всемирную торговую организацию.

Обсуждение теоретических вопросов авторского права продолжил **Б. Коэн**, сотрудник Междисциплинарного центра права и ИКТ Лувенского католического университета (Бельгия). Б. Коэн представил результаты серьезного научного исследования, касающиеся осмысления правовой природы объектов авторского права в условиях формирования киберпространства. Он затронул вопрос, связанный со значением признаков, а также юридически значимых и безразличных элементов произведений в новых цифровых условиях.

Следующий день работы летней школы по киберправу прошел в московском офисе крупнейшей компьютерной компании *Google*. **М. Жунич**, директор по взаимодействию с органами государственной власти, осветила основные аспекты политики *Google* по развитию Рунета и Ру-тьюба. М. Жунич констатировала, что проведенное компанией *Google* при поддержке Бостонской консалтинговой группы исследование интернет-экономики показало, что благодаря привлечению внимания государств и крупного бизнеса к потенциалу, которым богата интернет-экономика, само понятие цифровой экономики вошло в программы стратегического развития многих стран мира. Интернет предоставляет уникальные преимущества традиционной экономике: это инструменты для упрощения логистики бизнеса, ускорения транзакций, снижения издержек, и, наконец, выстраивания новых моделей взаимодействия с потребителем и новых экономических моделей в принципе. Очень важным является то, что Интернет способен дать мощнейший толчок развитию инновационной экономики — новым рыночным нишам и, собственно, новым рынкам, новым моделям потребления контента, новым формам проявления креативности и изобретательности.

Когда мы говорим об Интернете, на ум чаще всего приходят технологические гиганты, такие, как *Ebay*, *Amazon*, *Facebook*, *Яндекс*, *Skype*, а ведь своим успехом интернет-экономика обязана не столько им, сколько малому бизнесу, который растет быстрее,

<sup>2</sup> Статья 43.4 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» (ред. от 6 декабря 2011 г.) // СПС «Консультант Плюс».

чем крупный. Настоящая интернет-экономика — это доставка цветов или еды онлайн, системы электронных билетов, рубашки на заказ, платформы цифровой дистрибуции контента и др. Для того, чтобы эти бизнесы выживали и двигали вперед российскую интернет-экономику, необходимы как меры по повышению доверия бизнеса и граждан к Интернету как к бизнес-среде, так и взвешенное и разумное государственное регулирование связанных с Интернетом вопросов. К примеру, незащищенность владельцев прав на интеллектуальную собственность, несовершенство системы почтовых отправок и системы электронных платежей, не говоря уже о закреплённых в законе широких методах блокировки нелегального контента, применение которых может навредить связности Интернета, — все это способно замедлить развитие инновационной экономики.

Особое внимание М. Жунич уделила политике Google по защите интеллектуальной собственности. Она отметила, что «кроме создателей оригинального и креативного контента в Интернете встречаются и те, кто использует всемирную Сеть для распространения контента, нарушающего права третьих лиц. С ростом размеров и значимости Интернета количество таких правонарушений возрастает. Google уделяет большое внимание таким случаям и принимает меры по удалению с наших сервисов контента, нарушающего права третьих лиц. Кроме того, по мере развития Интернета и, соответственно, увеличения числа запросов на удаление контента, Google постоянно работает над механизмами, которые позволяют эффективно справляться с этой проблемой».

По возвращении из офиса Google участников научной школы приветствовали **представители «Лаборатории Касперского»** — российской компании, специализирующейся на разработке систем защиты от компьютерных вирусов, спама, хакерских атак и прочих киберугроз. «Лаборатория Касперского» была основана 26 июня 1997 г. небольшой группой физических лиц во главе с Евгением Касперским. Сейчас компания ведет свою деятельность более чем в 200 странах и территориях мира и входит в четверку ведущих мировых производителей программных решений для защиты конечных устройств (Endpoint Protection). Доклады работников Лаборатории Касперского были посвящены сложным вопросам международного патентования антивирусных программ и последующей защиты прав на них.

Следующий день работы школы можно назвать знаменательным, поскольку ее участникам посчастливилось посетить уникальный **Российский инновационный центр «Сколково»**. Данный проект осуществляется в целях развития исследований, разработок и коммерциализации их результатов<sup>3</sup>. Проект создания Инновационного центра реализуется Фондом «Сколково» (полное название — Фонд развития Центра разработки и коммерциализации новых технологий). Территориальная инфраструктура и механизмы взаимодействия участников Проекта образуют экосистему Сколково.

Миссия Фонда «Сколково» — создание экосистемы, формирование благоприятных условий для инновационного процесса. Ученые, конструкторы, инженеры и бизнесмены совместно с участниками образовательных проектов будут работать над созданием конкурентоспособных наукоемких разработок мирового уровня в пяти приоритетных направлениях: энергоэффективность и энергосбережение (ЭЭТ), ядерные технологии (ЯТ), космические технологии и телекоммуникации (КТиТК), биомедицинские технологии (БМТ), стратегические компьютерные технологии и программное обеспечение (ИТ). Ожидаемый результат — самоуправляющаяся и саморазвивающаяся экосистема, благоприятная для развития предпринимательства и исследований, способствующая созданию компаний, успешных на глобальном рынке.

<sup>3</sup> Федеральный закон от 28 сентября 2010 г. № 244-ФЗ «Об инновационном центре «Сколково» (ред. от 28 декабря 2013 г.) // СПС «Консультант Плюс».

Кроме этого, в Сколково есть Сколковский институт науки и технологий и Открытый университет. На базе Сколково создано Общество с ограниченной ответственностью «Центр интеллектуальной собственности «Сколково»». ООО является дочерним обществом Фонда «Сколково», созданным для предоставления услуг в области интеллектуальной собственности. Управляющий партнер ООО **В. Кастальский** осветил участникам школы основные направления деятельности общества, перечень оказываемых услуг, а также процедуру налаживания сотрудничества с участниками фонда «Сколково». Так, по данным официального сайта Сколково<sup>4</sup>, за 2013 г. участники подали 839 заявок на регистрацию объектов интеллектуальной собственности. При этом ими было получено 406 охранных документов.

Также В. Кастальский рассказал участникам школы об основных трендах российской судебной практики по патентным спорам:

- наличие двух «одинаковых» патентов не означает автоматического признания более «раннего» патента;
- передача права использования патентов Российской Федерации на территории иностранного государства является ничтожной сделкой;
- право на безвозмездную неисключительную лицензию означает право использования объектов интеллектуальной собственности без заключения лицензионного договора;
- после выдачи патента право на его получение следует признать исчерпанным и не имеющим правового содержания;
- при заключении возмездного договора об отчуждении или лицензионного договора в отношении нескольких объектов интеллектуальной собственности вознаграждение должно быть определено в отношении каждого объекта;
- нарушением исключительного права является использование всех существенных признаков одного из двух независимых пунктов формулы патента;
- при реорганизации организации исключительные права на объекты интеллектуальной собственности не признаются переданными при отсутствии сведений об этом в разделительном балансе;
- исключительная лицензия может быть выдана только в отношении определенных способов использования объектов интеллектуальной собственности и др.

Также В. Кастальский заострил внимание на обсуждении вопроса, применяется ли исковая давность к спорам по защите прав в области интеллектуальной собственности. По этому поводу существуют две диаметрально противоположные точки зрения. Пока ни ученые, ни судебная практика не дали окончательного ответа на этот сложный вопрос.

Директор центра Сколково по связям с общественностью **М. Прокш** обсудил с участниками школы последние новости в области защиты интеллектуальной собственности, в том числе открытие в России офиса Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), принятие антипиратского закона, плюсы и минусы предварительной модерации сайтов с целью поиска нелегального контента и др.

Юрист международной юридической фирмы «**Baker and Boots LLP**» **М. Баширов** рассказал об особенностях разработки контрактов, связанных с программным обеспечением. Основными типами таких соглашений являются лицензионные соглашения, договоры на разработку программного обеспечения, договоры о модификации программного обеспечения, соглашения технической поддержки и др. Каждый вид таких договоров имеет особенности, которые должен учитывать юрист, сопровождающий сделку. Например, в лицензионных соглашениях требуется обязательное указание

<sup>4</sup> [http://community.sk.ru/press/our\\_results/p/oktober\\_2013.aspx](http://community.sk.ru/press/our_results/p/oktober_2013.aspx)

территории действия лицензии, способов использования программного обеспечения, срока действия договора и срока действия лицензии, способов защиты авторских прав, налогообложение и т.п. В контрактах на разработку или модификацию программного обеспечения необходимо отражение вопросов собственности на производные работы, рисков проекта и др. В числе основных тенденций правового регулирования интернет-отношений М. Баширов назвал облачные вычисления (Cloud computing), предоставленные программного обеспечения как услуги и др.

**Заключительный день работы школы проходил в офисе крупнейшей российской компании Yandex.** Участники школы плодотворно поработали с лучшими специалистами данной российской ИТ-компания, владеющей одноименной системой поиска в Сети и интернет-порталом. Поисковая система «Яндекс» является четвертой среди поисковых систем мира по количеству обработанных поисковых запросов (4,84 млрд; 2,8 % от мирового количества — статистика за декабрь 2012 года)<sup>5</sup>. По состоянию на 30 сентября 2013 года, согласно рейтингу Alexa.com, сайт yandex.ru по популярности занимает 18-е место в мире и первое место в России<sup>6</sup>.

Поисковая система Yandex.ru была официально анонсирована 23 сентября 1997 года, и первое время развивалась в рамках компании CompTek International. Как отдельная компания «Яндекс» образовался в 2000 г.

Доклад руководителя группы международной правовой практики Яндекс **Романа Крупенина** был посвящен ответственности информационных посредников за нарушения прав в сфере интеллектуальной собственности в соответствии с американским законом (DMCA — Digital Millennium Copyright Act, 1998), правом Европейского Союза (Директива об электронной торговле — «E-Commerce Directive», 2000) и российским правом (ст. 1253.1 Гражданского кодекса РФ). Для иллюстрации применения указанных законов Р. Крупенин совместно с участниками школы проанализировал имеющую судебную практику (Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc., No. 10-3270-cv (2d Cir. Apr. 5, 2012); LVMH v. Google, March 23, 2010, C-236/08–C-238/08; eBay v. L'Oréal, July 12, 2011, C-324/09; Решение Президиума Высшего Арбитражного суда РФ № 10962/08, 23.12.2008 («Masterhost» Case); Решение Президиума Высшего Арбитражного суда РФ № 6672/11, 01.11.2011 («Agava-Soft» case); Определение Высшего Арбитражного суда РФ № ВАС-13900/12, 07.11.2012 («V Kontakte» case) и др.

В докладе **Анастасии Адиловой**, работника правового департамента Яндекс, освещаются вопросы сотрудничества компании с российскими органами государственной власти. Так, участникам школы было сообщено о том, что в «Яндекс» от властных органов поступают два основных типа запросов (требований): запросы о передаче данных пользователей и требования об удалении информации. Запросы о передаче данных о пользователях поступают в основном из судов, Министерства иностранных дел РФ, Следственного комитета РФ, Федеральной службы безопасности, Прокуратуры РФ, ФСКН, Федеральной налоговой службы и др. Указанные органы запрашивают личные данные, предоставленные Яндекс самими пользователем (ФИО, адрес проживания, адрес электронной почты и др.), технические данные (IP-адрес, дата и время сессий авторизации на услуги и др.), а также информацию о конкретном содержании услуг (содержимом почтового ящика — переписка, документы, фото и видеоматериалы и др.). Что касается требований об удалении информации, то это касается экстремистских материалов, детской порнографии или просьб принять участие в таких; способов получения, использования или размещения наркотических средств и психотропных ве-

<sup>5</sup> Lenta.ru: «Яндекс» обошел Microsoft по числу поисковых запросов.

<sup>6</sup> Yandex.ru. Alexa.

ществ либо их прекурсоров, или выращивания растений, содержащих наркотические средства; способов самоубийства, а также призывов к самоубийству; азартных игр; диффамации и т.п.

А. Адилова заострила внимание на том, как должны быть оформлены соответствующие запросы (требования), и какими нормами российского законодательства регулируется предоставление информации в подобных случаях, например, что можно предоставлять по «простому» запросу, а что — только по требованию суда.

Выступление сотрудника правового департамента Яндекса **Александра Гаврилина** было посвящено, наверное, наиболее актуальной теме современной правовой науки и практики — проблемам «облачных» сервисов. Пока «облачные» технологии используются в нашей стране недостаточно активно, но отчетливо просматривается тенденция на расширение сферы их применения. Приняты программные документы, в которых предусмотрено создание национальных платформ «облачных» сервисов. В настоящее время в основном используются «облачные» услуги иностранных провайдеров, что вызывает ряд вопросов, связанных с информационной безопасностью и возможностью использования в деятельности государственных и муниципальных органов<sup>7</sup>.

А. Гаврилин описывает «облачные» сервисы как услуги, признаками которых являются наличие сетевой инфраструктуры; наличие требования пользователя о самообслуживании; широкий доступ к Сети; удобство (гибкость) и возможность измерить обслуживание. Докладчик выделил три основных модели «облачных» сервисов:

Only hardware (инфраструктура как услуга, когда клиенту предоставляются услуги со способностью доступа к облачной инфраструктуре провайдера (серверов) для дальнейшей установки ОС заказчика, приложений и вычислительных данных по своему усмотрению — например, Amazon Web Services (AWS));

Hardware + Software (платформа как услуга, когда клиенту предоставляется возможность использовать облачную инфраструктуру провайдера (серверы) вместе с установленной ОС и платформы для дальнейшей работы со своими приложениями и данными — например, Amazon Web Services (AWS));

Only software (предоставление услуги только программного обеспечения, когда клиенту предоставляется возможность использовать прикладное программное обеспечение, работая в инфраструктуре облачных сервисов провайдера и доступных через клиентские устройства программ, например, веб-браузер — Yandex.Mail, Yandex.Disk, Microsoft Office 365 и др.).

А. Гаврилин выделяет следующие основные проблемы правового регулирования предоставления «облачных» услуг: проблемы выбора юрисдикции, обработки и защиты персональных данных, лицензирования и сертификации подобных услуг, отсутствия регулирования договора услуг и лицензионного соглашения с точки зрения существующих нормативных правил, проблемы ответственности провайдера «облачных» услуг и трансграничной передачи данных, проблемы налогообложения таких услуг и др. В качестве возможных путей решения указанных проблем А. Гаврилин назвал разработку и принятие соответствующих международных соглашений и стандартов и дальнейшее совершенствование российского IT-законодательства.

Приходится констатировать, что пока действующим законодательством не установлены прямые запреты применительно к возможности использования «облачных» технологий, однако запреты и ограничения могут быть связаны с видом информации: государственная тайна, конфиденциальная информация, различные виды тайн, а также с

<sup>7</sup> Терещенко Л.К. Безопасность информации при использовании облачных сервисов органами государственной власти // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 1. С. 129–139.

обязательством сторон о получении письменного согласия другой стороны на передачу информации третьей стороне. Таким образом, на допустимость использования облачных сервисов российскими государственными и муниципальными органами, иными организациями с государственным и муниципальным участием может оказывать влияние характер обрабатываемой информации и установленный в отношении нее правовой режим<sup>8</sup>.

Сотрудники Яндекса совместно с участниками школы обсудили актуальные вопросы судебной практики использования торговых марок в качестве ключевых слов в контекстной рекламе на сервисе Yandex.Direct; правовые проблемы электронной торговли и др.

По прозвучавшим на школе докладам состоялась активная творческая дискуссия, в которой приняли участие студенты и аспиранты НИУ ВШЭ, высказавшиеся по другим актуальным проблемам киберправа: «облачные» сервисы в Индии, защита торговых марок в Великобритании, IT-право и электронное правительство в Словакии и др. В ходе обсуждения участники констатировали, что от проблем социального, технического характера, связанных с внедрением и использованием технологий, в настоящее время внимание исследователей перешло к проблемам правового регулирования узких специальных аспектов интернет-отношений и вопросам эффективного обеспечения и охраны прав и свобод человека.

В заключение работы школы И.Ю. Богдановская подвела итоги научного мероприятия и вручила всем участникам сертификаты. Опыт летней научной правовой школы особенно полезен для осмысления потребностей правового обеспечения использования информационных технологий в условиях их активного развития и расширения сферы применения. Проведенные интерактивные занятия позволили выявить основные проблемы, возникающие в сфере правового регулирования отношений в киберпространстве и обеспечения информационной безопасности участников сетевых связей.



### Библиография

Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая).

Федеральный конституционный закон от 28 апреля 1995 № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» (ред. от 6 декабря 2011 г.) // СПС «Консультант Плюс».

Абрамзон М. Яндекс для всех. СПб.: БХВ-Петербург, 2007.

Бачило И.Л. Государство и право XXI в. Реальное и виртуальное. М.: «ЮРКОМПАНИ», 2012.

Гусев В.С. Яндекс: эффективный поиск информации в Интернет. Краткое руководство. М.: Диалектика, 2007.

Дорофеев В. Яндекс Воложа: История создания компании мечты. М.: Альпина Пабlishер, 2013.

Трунцевский Ю.В. Квалификация интеллектуального пиратства в сфере средств индивидуализации товаров по совокупности преступлений // Современный юрист. 2013. № 4.

---

<sup>8</sup> Терещенко Л.К. Безопасность информации при использовании облачных сервисов органами государственной власти // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 1. С. 129–139.

## Topical Problems of Cyber Law (Review of the 2<sup>nd</sup> International Summer School on Cyber Law)



### **Lebed' V.V. (Efremova)**

Candidate of Juridical Sciences, Senior Researcher, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences, Doctor of Juridical Sciences. E-mail: civillaw@igpran.ru. Address: Znamenka Ul., 10, 119019, Moscow



### **Teleshina N.N.**

Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor, Murom Institute (campus) of the Vladimir State University named after Alexander and Nikolay Stoletovs. Address: Gorkiy Ul., 87, 600000, Vladimir



### **Abstract**

The review covers the results of the 2<sup>nd</sup> International Academic Summer School on Cyber Law held by the academic university laboratory on information law of the HSE law Faculty. The event aimed to invite young specialists in ICT and law to discuss topical for law theory and practice issues of legal regulation of cyber space, in particular creating accessible software, spread of legal and illegal content on the Internet, providing information security, copyright protection, legal regulation of cloud technologies. The school was attended by the representatives of the leading academic centers of the UK, Belgium, France, Slovakia, India, Uzbekistan, and researchers and practitioners from Moscow, Saint Petersburg, Nizhniy Novgorod and other Russian cities and towns. The review shows the complex nature of cyber law, notes the acute topicality of research and practical understanding of the issues of IT and computer technologies, exposes the obstacles in the legal regulation of open accessed software, justifies the necessity of flexibility in regulating and protecting copyright in terms of spreading legal content on the Internet, describes Russian and foreign experience of tackling piracy, reveals the Russian experience of protecting personal data and the experience of the interaction between law enforcement agencies and IT companies in Russia.



### **Keywords**

Cyber law, data bases, copyright, intellectual property, cloud computing, trade marks, information security, Internet piracy, Intellectual Property Rights Court, patenting antivirus software.



### **References**

Grazhdanskiy kodeks Rossiyskoy Federatsii (chast' chetvertaya).

Federal'nyy konstitutsionnyy zakon «Ob arbitrazhnykh sudakh v Ros-siyskoy Federatsii» // SPS «Konsul'tant Plyus».

Abramzon M. (2007) Yandeks dlya vsekh [Yandex for everyone]. SPb.: BKhV-Peterburg. (in Russian)

Bachilo I.L. (2012) Gosudarstvo i pravo XXI v. Real'noe i virtual'noe [State and law 21<sup>st</sup> century. Real and virtual]. YuRKOMPANI. (in Russian)

Gusev V.S. (2007) Yandeks: effektivnyy poisk informatsii v Internet. Kratkoe rukovodstvo [Yandeks: efficient search of information on the Internet. A short manual]. M.: Dialektika.

Dorofeev V. (2013) Yandeks Volozha: Istoriya sozdaniya kompanii mechty [Yandeks of Volozh: the history of establishing a dream company]. M.: Al'pina Pablisher.

Truntsevskiy Yu.V. (2013) Kvalifikatsiya intellektual'nogo piratstva v sfere sredstv individualizatsii tovarov po sovokupnosti prestupleniy [Qualifying intellectual piracy in the area of the brands of products on cumulative punishment]. Sovremennyy yurist, no. 4.

# Рецензия на книгу: Тобин Дж. Право на здоровье в международном праве

(Оксфорд: Оксфорд Университи Пресс, 2012. 416 с.)<sup>1</sup>

---



**И.И. Нагорная**

младший научный сотрудник Института научной информации по общественным наукам Российской академии наук (ИНИОН РАН), кандидат юридических наук. Адрес: Российская Федерация, 117418, Москва, Нахимовский проспект, д. 51/21. E-mail: irnag@yandex.ru

---



## **Аннотация**

В статье представлена рецензия на монографию профессора Джона Тобина, в которой исследуется содержание права на здоровье в международном праве и вытекающие из него юридические обязанности государств. Особое внимание уделяется процедуре достижения консенсуса по указанным вопросам.

---



## **Ключевые слова**

здоровье, право на здоровье, Всемирная организация здравоохранения, система здравоохранения, консенсус, процедура

---

Рецензируемая монография представляет значительный научный интерес. В первую очередь это обусловлено важностью избранной автором темы: в последние годы не утихает интерес исследователей к вопросам улучшения и поддержания здоровья, разработки стандартов его охраны. При этом остро ощущается разрыв между возможностями реализации мер по охране здоровья в экономически развитых и развивающихся странах. Во-вторых, автор не останавливается на рассмотрении исторических, философских и теоретических предпосылок права на здоровье, его нормативной характеристике и раскрытии природы вытекающих из него юридических обязательств, но предлагает собственный методологический подход к созданию действенного механизма реализации данного права. Именно этот подход заслуживает наибольшего внимания профессионального сообщества.

Книга состоит из введения, девяти глав, заключения, приложения, содержащего выдержки из международных договоров, и библиографии.

Вначале автор поясняет, что, по его мнению, на сегодняшний день концепция права на здоровье является вполне зрелой и содержит в себе необходимые нормативные и организационные предписания. В то же время данная концепция продолжает сталкиваться с многочисленными правовыми, политическими, экономическими и культурными вызовами. Преодоление этих вызовов возможно лишь после определения места кон-

---

<sup>1</sup> Tobin J. The right to health in international law. Oxford: Oxford University Press, 2012. 416 p.

цепции в общественном дискурсе в сфере здравоохранения — она должна стать центральной его темой (с. 6).

В первой главе, посвященной истории права на здоровье, автор поясняет, что признание такого права на международном уровне все еще вызывает серьезные возражения, которые обосновываются правовой природой права на здоровье. Например, США до сих пор относятся отрицательно к включению социальных и экономических прав в обязательные международные соглашения. Дж. Тобин считает, что принятие Устава ООН, Всеобщей декларации прав человека и в особенности Устава ВОЗ ознаменовали новый уровень правового положения индивида. В самом деле, несмотря на неоправданно широкое, по мнению многих ученых, определение здоровья, данное в преамбуле Устава ВОЗ<sup>2</sup>, само закрепление права на здоровье на международном уровне означает, что его существование более не является предметом дискуссий.

Международное признание права на здоровье, по мнению автора, означает создание новой структуры международных отношений, отличной от традиционной Вестфальской системы, предполагавшей, что лишь интересы государства являются основой для принятия решений в сфере здравоохранения. В то же время следует отметить, что достигнутый консенсус касается самого факта признания права на здоровье, однако его содержание и гарантии обеспечения остаются крайне неопределенными. Главной задачей монографии является преодоление данной неопределенности.

Для ее решения автор прежде всего подробно анализирует концептуальные основы права на здоровье (глава 2). Выбирая среди нескольких теорий, призванных обосновать наличие того или иного субъективного права, автор обращается к теории общественного интереса, содержание которой заключается в следующем: важно не то, какие интересы пригодны для обоснования права, а то, что государства договорились о наличии подобного интереса по определенной процедуре. Таким образом, в основе международного признания права на здоровье лежит достигнутый консенсус о наличии общественного интереса в таком признании.

Подобный подход переносит акцент с содержательного аспекта проблемы на процедурный. Обосновывая применимость теории общественного интереса, автор создает возможность для максимально полного учета уже разработанных концепций. Он не сосредотачивается на поиске соответствующих интересов как некоей данности, но закладывает основу для неограниченного развития межгосударственного дискурса в данной сфере. Именно поэтому следует согласиться с тем, что теория общественного интереса является оптимальной, так как способна обеспечить признание необходимости достижения наивысшего достижимого уровня здоровья (с. 73–74). Следует также отметить, что существующие международные соглашения содержат основополагающие нормы, затрагивающие право на здоровье, и, следовательно, являются гарантией против неоправданного занижения такого уровня в процессе дискурса.

Глава 3 посвящена толкованию права на здоровье. В книге приводятся доводы, что отсутствие общепринятого понимания данного права приводит к проблемам правоприменения. Хотя ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров (1969) предусматривает общие правила толкования договоров, ее положения не являются достаточно определенными и не лишены внутренних противоречий. Вновь используя избранный процедурный подход к решению проблемы, Дж. Тобин предлагает разработать новую методологию толкования. Ее целью является создание такого понимания права на здоровье, которое было бы принято как убедительное всеми участниками правотвор-

<sup>2</sup> См.: Блинов А.Г. Уголовно-правовая охрана пациента в международном и зарубежном законодательстве / под ред. Б.Т. Разгильдиева. М.: Юрлитинформ, 2010. С. 81–82.

ческого и правоприменительного процесса. При этом должны быть учтены и оценены точки зрения всех, кто обладает специальными познаниями по данному вопросу. Таким образом, автор называет критерий, которому должен соответствовать результат толкования (убедительность для соответствующих субъектов), и формулирует основное правило осуществления толкования — учет и оценка всех релевантных точек зрения.

Принимая во внимание острые споры, касающиеся пользы или вреда тех или иных способов охраны здоровья (например, вакцинации<sup>3</sup>), которые ведутся в разных странах мира, необходимо признать полезность данных предложений. В то же время их реализация может породить традиционные трудности, связанные с компетентностью оценивающих субъектов и выработкой критериев оценки достоверности различных точек зрения, что неизбежно для любой научной дискуссии, и полностью преодолено быть не может.

Дж. Тобин подчеркивает: понимание права на здоровье подразумевает возможность социального управления данным правом. При этом такое понимание должно соответствовать как локальному, так и глобальному социально-политическому контексту.

В главе 4 автор выдвигает четыре основных тезиса, касающихся права на здоровье в международном праве:

Право на здоровье — это не право быть здоровым, а право на получение медицинских услуг, доступ к возможностям системы здравоохранения и создание условий, необходимых для поддержания здоровья, лечения или облегчения болезненных состояний.

Хотя международные органы, контролирующие соблюдение прав человека, избегают вступления в дискуссию относительно содержания права на здоровье, такая дискуссия необходима, так как она позволит ограничить требования, которые могут быть обоснованно выдвинуты на основании указанного права.

В содержание права на здоровье не следует включать все факторы, влияющие на его состояние. Например, по мнению автора, обеспечение сексуального самоопределения личности непосредственно не вытекает из права на здоровье.

Необходимо более точное описание таких стандартов как доступность медицинской помощи, ее надлежащее качество и т.п., а также исследование природы и границ обязательств отдельных государств по выполнению этих стандартов.

Глава 5 посвящена обязательствам государств по соблюдению права на здоровье всеми необходимыми способами. Автор подчеркивает, что предпринимаемые в данной области меры зависят от доступных государству ресурсов и являются по своей природе поступательными.

В главе 6 Дж. Тобин обращает внимание на то, что поступательный характер мер выступает одновременно как сильная и как слабая их черта, так как с одной стороны предусматривает необходимость постоянного развития, улучшения качества и доступности здравоохранения, а с другой — ставит под сомнение возможность требовать исполнения конкретных мер в конкретной ситуации. Он указывает на то, что международное право устанавливает процедуру, направленную на решение данной проблемы. При этом речь не идет о разработке математической формулы, касающейся распределения ресур-

<sup>3</sup> См., напр.: Политика, наука и религия в дискуссии о прививках («Polityka», Польша) // Интернет-портал inoСМИ.ru. URL: <http://www.google.ru/url?q=http://inosmi.ru/world/20130929/213390700.html&sa=U&ei=p79bU-bWIIg24wSujYFQ&ved=0CC8QFjAD&usg=AFQjCNFHz6OgyJpC7T3tdxkKRex24ys4A> (дата обращения — 26 апреля 2014 г.); ВПЧ: вакцинировать или не вакцинировать. Дискуссии в Израиле // Информационно-аналитический портал Пролайф Беларусь. URL: <http://www.google.ru/url?q=http://www.pro-life.by/bioetika/medicine/vpch-vaktsinirovat-ili-ne-vaktsinirovat-diskussii-v-izraile/&sa=U&ei=p79bU-bWIIg24wSujYFQ&ved=0CEEQFjAG&usg=AFQjCNFkcliAK9AWXzZ0j7riRtF7sVYAbg> (дата обращения — 26 апреля 2014 г.).

сов государства. Ключевой обязанностью государства становится обоснование того или иного их распределения.

Дж. Тобин признает, что понятие обоснованности само по себе является спорным. На разрешение этих споров направлено установление критериев проведения процедуры обсуждения принимаемых мер, среди которых следует назвать: прозрачность; возможность принимать участие в дискуссии для широкого круга лиц; аргументированность и доказательность высказываемых позиций; возможность оценить результаты дискуссии; соблюдение правовых принципов.

Глава 7 посвящена специальным мерам, принимаемым для обеспечения соблюдения права на здоровье. Речь идет о таких проблемах как сокращение детской и младенческой смертности, борьба с недостаточным питанием, развитие профилактической медицины и т.п. Особую озабоченность мирового сообщества вызывает проблема надлежущей организации предродовой и послеродовой помощи женщинам. Автор приводит данные ВОЗ, согласно которым только в 2008 г. материнская смертность во всем мире составила 358 тыс. (с. 387).

Требование по предоставлению матерям надлежащих услуг по охране здоровья в дородовой и послеродовой периоды содержится в параграфе 2 (d) статьи 24 Конвенции ООН о правах ребенка (1989). Подобные требования имеются также в ст. 10 (2) Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (1966) и ст. 12 (2) Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (1979). Последняя предусматривает, что «государства-участники обеспечивают женщинам соответствующее обслуживание в период беременности, родов и послеродовой период, предоставляя, когда это необходимо, бесплатные услуги».

Автор задается вопросом: как определить ситуации, в которых возникает необходимость бесплатного предоставления услуг? Решение Комитета Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин по делу *Alyne de Sylva v. Brazil*<sup>4</sup> содержит ряд рекомендаций по решению данной проблемы. По обстоятельствам дела беременная женщина обратилась в медицинский центр с сильной тошнотой и болью в животе. Необходимые анализы, которые помогли бы своевременно установить гибель нерожденного ребенка, проведены не были. Впоследствии был допущен ряд иных ошибок, что привело к задержке хирургического вмешательства. В результате наступила смерть женщины от осложнений, связанных с ее беременностью. В своем решении Комитет постановил, что отсутствие надлежащей медицинской помощи матери в государстве — участнике Конвенции нарушает право на жизнь и здоровье. Дж. Тобин отмечает, что хотя Комитет не дал толкования формулировке «когда это необходимо», исходя из его правовой позиции в целом, следует считать, что такая необходимость возникает в случае предотвращения реальной угрозы для жизни матери (с. 289).

Хотя существует мнение, что жизнь должна находиться под непосредственной угрозой, Комитет не стал ссылаться на этот критерий, указав, напротив, на обязанность государства по обеспечению неотложной гинекологической помощи в максимальном объеме, исходя из доступных государству ресурсов.

Таким образом, право на здоровье помимо обоснованности мер по его соблюдению и обеспечения процедуры их обсуждения предполагает обязательное наличие некоторого объема медицинской помощи, который определен как «максимальный», однако в то же время поставлен в зависимость от доступных государству ресурсов. В данном случае проявляется фундаментальный недостаток предложенного автором процедурного подхода: критерий максимальной (наибольшего объема) принимаемых мер, по

<sup>4</sup> CEDAW/C/49/D/17/2008 (10 August 2011).

сути, полностью зависит от усмотрения государства (при соблюдении процедурных требований) и приобретает декларативный характер. Следует признать, что данный недостаток трудно устранить: он является обратной стороной вышеперечисленных достоинств процедурного подхода к решению проблемы.

В главе 8 рассматривается обязанность государств по упразднению традиционных практик, отрицательно влияющих на здоровье. Особое внимание уделяется этому вопросу в отношении детей. Так, ст. 24 (3) Конвенции о правах ребенка предусматривает, что государства-участники принимают любые эффективные и необходимые меры с целью упразднения таких практик. Дж. Тобин отмечает, что при работе над данной формулировкой было решено, что указание на серьезность вреда является излишним. Следовательно, сфера действия статьи максимально широка.

В статье не содержится перечня традиционных практик, которые наносят вред здоровью. Тем не менее государства — участники Конвенции согласились, что все практики, перечисленные в докладе Рабочей группы по традиционным практикам, влияющим на здоровье женщин и детей E/CN.4.1986/42 (1986), подпадают под указанную статью, например: женское обрезание, иное нанесение увечий, ранние браки, принудительное кормление женщин. Принципиально важно, что перечень, предусмотренный в докладе, является открытым.

По мнению автора, данное положение Конвенции не входит в противоречие со ст. 30, которая закрепляет, что «в тех государствах, где существуют этнические, религиозные или языковые меньшинства или лица из числа коренного населения, ребенку, принадлежащему к таким меньшинствам или коренному населению, не может быть отказано в праве совместно с другими членами своей группы пользоваться своей культурой». Статья 30 предусматривает право придерживаться традиций. Она не указывает обязанности ребенка быть подвергнутым той или иной традиционной практике, особенно если она связана с причинением вреда здоровью.

В то же время, понимая всю сложность проблемы, Дж. Тобин призывает к просветительской деятельности и диалогу с целью действительного преодоления культурных предрассудков. По сути, формальные запреты хотя и необходимы, но могут быть реализованы лишь в обществах, в целом осуждающих подобные традиционные практики, либо при условии изменения сознания соответствующей социальной группы (или большинства населения)<sup>5</sup>. Таким образом, данная проблема носит в большей степени социально-культурный, нежели правовой характер.

Глава 9 посвящена обязанности государств по сотрудничеству в сфере обеспечения права на здоровье. Автор отмечает, что, толкуя данную обязанность, международные органы, в том числе Комитет Конвенции о правах ребенка, предпочитают использовать общие формулировки («принимать надлежащие меры», «стремиться к международному сотрудничеству»), которые ничего не добавляют к решению проблемы. То же самое относится к регулированию вопросов сотрудничества развитых стран с развивающимися. Последние лишены возможности требовать какой-либо определенной помощи. Подобная ситуация отражает современные реалии, связанные с нежеланием развитых государств связывать себя обязательствами по предоставлению масштабной финансовой и иной помощи развивающимся странам, что свойственно не только для сферы здравоохранения, но и, например, для экологической сферы (в частности, при решении проблем изменения климата). Главной причиной является общая неблагоприятная экономическая ситуация в мире.

<sup>5</sup> США принимают меры по запрещению женского обрезания // ИП DIGITAL. URL: <http://iipdigital.usembassy.gov/st/russian/article/2013/02/20130208142342.html#axzz30BNep3kV> (дата обращения — 28 апреля 2014).

В заключение Дж. Тобин резюмирует, что государства обладают широким усмотрением в вопросах обеспечения права на здоровье, но в то же время они обязаны надлежащими образом обосновать разумность принимаемых мер в конкретных обстоятельствах.

В целом следует отметить, что рецензируемая монография представляет собой глубокое исследование сложной и весьма неоднозначной темы, результат анализа которой зачастую сводится к формулированию декларативных предложений, которые трудно реализовать на практике. Дж. Тобин успешно избежал подобного метода изложения, предложив не идеальный, однако практически применимый способ решения ряда проблем. Данная работа, безусловно, внесла существенный вклад в изучение права на здоровье и может стать основой для дальнейших исследований.

## **Review of the Book by Tobin J. The Right to Health in International Law (Oxford: Oxford University Press, 2012. 416 p.)**



**Irina Nagornaya**

Junior Fellow, the Institute of Scientific Information for Social Sciences, Russian Academy of Sciences.  
Address: Nakhimovskiy Prospekt, 51/21, 117418, Moscow, the Russian Federation. E-mail: irag@yandex.ru



### **Abstract**

The article presents a review of the monograph by Professor John Tobin studying the content of the right to health in international law and the legal obligations of states resulting from it. A special focus is made on the process of reaching consensus.



### **Keywords**

Health, right to health, World Health Organization, health services, consensus, procedure.

# Рецензия на монографию А.Б. Панова «Административная ответственность юридических лиц»

(М.: Норма, 2014. 192 с.)

---

---



## В.А. Юсупов

профессор, заведующий кафедрой административного права и процесса юридического факультета имени М.М. Сперанского РАНХ и ГС, доктор юридических наук. Адрес: Российская Федерация, 119571, г. Москва, проспект Вернадского, 82, стр. 1. E-mail: information@rane.ru.

---



## Аннотация

В рецензии на монографию Панова А.Б. рассматриваются основные положения исследования, затрагивающие важнейшие вопросы, возникающие в правоприменительной практике у судей и других органов при привлечении юридических лиц к ответственности. Объективно оцениваются все положения монографической работы, делаются соответствующие выводы.

---



## Ключевые слова

Административная ответственность, деяния правонарушения, законный представитель, КоАП РФ, малозначительность, правосубъектность, судебная практика, юридическое лицо

---

---

Монография кандидата юридических наук Алексея Борисовича Панова затрагивает важнейшую проблему современного административного права — привлечение юридических лиц к административной ответственности. В настоящее время происходит реформирование законодательства о юридических лицах, что вызывает особый аналитический интерес к данной монографии. Надо сказать, что подобная тема до недавнего времени не получала достаточной разработки в отечественной юридической науке. Более того, среди исследователей и практиков нет единого формулирования актуальных вопросов, возникающих при привлечении к административной ответственности юридических лиц правоприменителями.

До сих пор не было единой фундаментальной работы, посвященной практическим и теоретическим проблемам, с которыми постоянно сталкиваются суды и административные органы. К тому же конституционное декларирование в нашей стране прав гражданина на свободу предпринимательской деятельности не ограждает таких субъектов в достаточной степени от административного произвола и несправедливости, что самым серьезнейшим образом ставит на повестку дня вопросы о реформировании административной ответственности в России. Нам показалось, что целью монографии А.Б. Панова явилось изучение административной ответственности юридических лиц в комплексе ее сложнейших актуальных проблем, составляющих этот вид ответственности, а также разработка и обоснование на основе системного анализа теоретических положений и выводов, направленных на решение вопросов, возникающих в правоприменительной практике, в том числе судебной.

Что отличает данную монографию от прочих трудов по проблемам административной ответственности юридических лиц?

Автором впервые осуществлено комплексное исследование проблем административной ответственности юридических лиц в рыночных условиях постсоветского времени в системе юридических процессов на основе обобщения проблем, возникающих в судебной практике; проведено объемное исследование на базе положений КоАП РФ с учетом новых социальных, политических, экономических и правовых реалий сегодняшнего дня. Научную ценность монографического исследования для читателя представляют следующие положения, на которых зиждется каркас монографии.

Хочу согласиться с тем, что проблемы административной ответственности юридических лиц приобретают сейчас особую остроту и практическую актуальность. Этот важнейший институт административного права в настоящее время нуждается в модернизации для более эффективного воздействия на правонарушителей и, в то же время, в целях защиты граждан и юридических лиц от неправомерных действий административных органов, а также обеспечения более слаженной работы всех юрисдикционных органов, применяющих законодательство об административной ответственности. Действительно, в КоАП РФ ныне насчитывается более 500 статей, предусматривающих составы административных правонарушений, за совершение которых юридические лица привлекаются как административными органами, так и в судебном порядке.

Правоприменительная деятельность субъектов административной юрисдикции, в том числе судей, выявляет новые проблемы при применении к юридическому лицу мер административных наказаний. Эти проблемы требуют осмысления и своего разрешения, в частности, в практике судов арбитражной системы. Актуальность вопросов административной ответственности юридических лиц обусловила необходимость проведения современных научно-теоретических исследований в указанной области. Имеются в виду выработка новых подходов к понятию административной ответственности юридических лиц и законодательного ее закрепления; исследование проблем привлечения юридических лиц к административной ответственности за делящиеся правонарушения; определение вины юридического лица; уточнение статуса законного представителя юридического лица.

В науке административного права ряд исследований посвящены тем или иным аспектам административной ответственности юридических лиц. Эти вопросы разрабатывались на уровне общей теории юридической ответственности. Понятие юридической ответственности в общей теории права рассматривали М.М. Агарков, С.С. Алексеев, В.К. Бабаев, В.М. Баранов, Ю.Н. Белошапко, Д.И. Бернштейн, С.Н. Братусь, О.С. Иоффе, О.Э. Лейст, И.С. Самощенко, М.К. Фарукшин, В.М. Чхиквадзе, М.Д. Шаргородский и др.

Полагаю, что автор успешно выполнил поставленные в исследовании задачи:

- определил особенности административной ответственности юридических лиц;
- провел сравнительный анализ предшествующего и действующего законодательства об административной ответственности юридических лиц;
- изучил проблемы вины юридических лиц и выработал предложения по ее законодательному определению;
- исследовал теоретические вопросы понятия и надлежащего функционирования законного представителя юридического лица;
- определил особенности административной ответственности за налоговые правонарушения и внес предложения по унификации законодательного регулирования в этой области;
- исследовал особенности делящихся и малозначительных административных правонарушений юридических лиц и предложил ряд рекомендаций для правоприменительной практики.

Автор активно использовал материал судебной практики Конституционного Суда Российской Федерации, Верховного Суда Российской Федерации, Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, федеральных арбитражных судов округов, арбитражных судов субъектов, судов общей юрисдикции; нормативные акты, изданные иными государственными органами, а также данные статистики и социологических исследований, что говорит о высоком уровне исследования материала и написания работы.

Первая глава «Юридические лица как субъекты административной ответственности» посвящена анализу наиболее общих вопросов определения понятия административной ответственности в целом. Первая глава состоит из трех параграфов.

В первом параграфе «Понятие административной ответственности» проведено теоретическое исследование понятия и правовой природы административной ответственности, ее роли и места в системе административного права. Отмечается, что ни в действующем ныне КоАП РФ, ни в действовавшем ранее КоАП РСФСР легальное определение административной ответственности не было закреплено. Проведено исследование попыток правоведов на протяжении более чем 50 лет сформулировать единое понятие административной ответственности. Выявлены также факторы, послужившие установлению административной ответственности юридических лиц в современной России. Завершается данный параграф обоснованием авторской концепции понятия административной ответственности, которая, являясь самостоятельным видом юридической ответственности и видом государственного принуждения, представляет собой такое правовое состояние физического или юридического лица, при котором оно претерпевает неблагоприятные последствия морального или имущественного характера. Предложено включить аналогичную редакцию сформулированной дефиниции «административная ответственность» во вторую главу КоАП РФ.

Во втором параграфе «Административно-правовой статус юридического лица в административно-деликтных отношениях» рассматриваются вопросы юридического состава административного правонарушения как совокупности четырех элементов (объект противоправного посягательства, субъект деликта, содержание (объективная сторона) деликта, субъективная сторона участников). Выявлены особенности привлечения к административной ответственности юридических лиц, учитывая их гражданскую и административную правосубъектность. Обоснована невозможность по действующему законодательству привлечения к административной ответственности таких образований, как религиозные группы, международные организации, филиалы и представительства российских юридических лиц. Подчеркнуто, что в отношении юридических лиц могут применяться только пять видов административных наказаний из восьми, предусмотренных КоАП РФ. Проанализированы составы административных правонарушений юридических лиц, обращено внимание на тенденции развития законодательства об административной ответственности.

В третьем параграфе «Особенности определения вины юридических лиц» рассмотрены характерные особенности субъектов административной ответственности, в частности, юридических лиц. Рассмотрены дискуссионные вопросы вины юридического лица и его ответственности, что вытекает из его сущности как правовой фикции; определены существенные различия вины юридического лица и вины физического лица, что исключает возможность использования в отношении юридического лица классического понимания вины. В работе отмечается, что определение вины юридического лица является также одной из самых сложных практических проблем непосредственно в правоприменительной, административно-юрисдикционной деятельности. Рассмотрены различия в понимании вины юридических лиц в теории административного права. Об-

ращено внимание на то, что фактически проблема установления вины в судебной практике трансформируется в проблему доказывания факта совершения правонарушения.

Вторая глава «Проблемы привлечения юридических лиц к административной ответственности» посвящена процессуальным вопросам привлечения юридических лиц к административной ответственности, возникающим в правоприменительной практике, в частности в деятельности арбитражных судов.

В первом параграфе «Проблемы привлечения к административной ответственности юридических лиц за деяния административные правонарушения» отмечается, что одной из нерешенных проблем административной ответственности является применение на практике понятия «деяние административное», упомянутое в ч. 2 ст. 4.5 КоАП РФ. Различия в понимании судьями данного термина нередко отражаются в судебных постановлениях Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации и Верховного Суда Российской Федерации, призванных исправлять ошибки в толковании норм закона нижестоящими судами. Вопрос, какое правонарушение считать деянием, важен для практики, поскольку ст. 4.5 КоАП РФ устанавливает начало течения срока давности привлечения к административной ответственности за деяние административное — со дня его обнаружения.

В российской правоприменительной практике имеет место значительное рассогласование в решениях судов различных инстанций по вопросу квалификации деяния административного правонарушения. Разъяснения, данные в п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2005 г. № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении КоАП РФ», позволили в значительной мере систематизировать правоприменительный подход к квалификации деяния административного правонарушения. Вместе с тем судебная практика за прошедший период выявила отдельные аспекты, требующие дальнейшего уточнения, дополнения и конкретизации соответствующих рекомендаций.

В данном параграфе обоснована необходимость законодательного закрепления понятия «деяние административное» путем определения его основных элементов (признаков) и четкого указания на то, что считать днем обнаружения деяния административного правонарушения.

Во втором параграфе «Проблемы определения малозначительности административных правонарушений при привлечении к административной ответственности юридических лиц» подчеркивается, что проблема малозначительности при привлечении к административной ответственности является новой для КоАП РФ. Малозначительность административного правонарушения тесно связана с конструкцией его состава. Косвенно это определяют и позиции высших судов, в которых утверждается необходимость учитывать все обстоятельства административно-наказуемого деяния. Решающее значение для квалификации малозначительности деяния имеют признаки объективной стороны правонарушения.

По мнению автора монографии, при столкновении с формальными составами административно-юрисдикционные органы должны оценивать не размер реального ущерба (как результат деяния), а вредоносность противоправного деяния, составляющего объективную сторону правонарушения. Определенное значение здесь может иметь способ нарушения правовых норм, но многие составы административных правонарушений указывают на единственно возможный способ. В таком случае следует вводить дополнительные признаки, характеризующие малозначительность. В заключение предлагается авторский подход к понятию малозначительности, которая может быть определена исходя из конкретных обстоятельств совершения правонарушения и имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям. В связи с этим автор предлагает внести изменения в ст. 2.9 КоАП РФ.

В третьем параграфе «Роль законного представителя юридического лица при привлечении к административной ответственности» подчеркивается, что для эффективной реализации права юридического лица на защиту ему необходимо прибегнуть к помощи лица, которое будет осуществлять в производстве по делам об административных правонарушениях правомочия данного субъекта, реализуя тем самым его административную дееспособность, — представителя юридического лица. Автор выделяет, что в целом вопрос о реализации прав и обязанностей юридического лица, закрепленных административным правом, через представителей не получил должного разрешения в российском законодательстве. Во всяком случае, это понятие не тождественно представительству по гражданскому законодательству.

Выделяются существующие в КоАП РФ формы представительства юридического лица в производстве по делам об административных правонарушениях и делается вывод о необходимых условиях допуска субъекта к законному представительству юридического лица, коими являются наличие у такого субъекта собственной правоспособности, а также признание его в соответствии с законом или учредительными документами, органом юридического лица (в частности, руководителем). Подчеркивается, что в некоторых формах юридических лиц (полное товарищество и товарищество на вере) понятия «руководитель юридического лица» и «орган юридического лица» отсутствуют (хозяйственные товарищества).

Отмечается также, что КоАП РФ возлагает именно на законного представителя юридического лица соответствующие процессуальные полномочия и не допускает возможности реализации этих полномочий иными лицами, в частности, уполномоченными представителями юридического лица. Автором монографии предлагается внесение изменений в ст. 25.4 КоАП РФ, регулирующие вопросы представительства юридических лиц в производстве по делам об административных правонарушениях.

В четвертом параграфе «Особенность административной ответственности юридических лиц за нарушение законодательства о налогах и сборах» исследуются множество взглядов на проблему соотношения административной и налоговой ответственности, освещены различные подходы к их соотношению. Обосновывается вывод автора, что по своей природе налоговая ответственность является разновидностью административной ответственности. Далее рассматриваются особенности привлечения юридических лиц к административной ответственности за нарушение законодательства и налогов и сборах. Особо выделен вопрос о персонификации ответственности за налоговые правонарушения в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением должностным лицом своих трудовых обязанностей. Это очень важный фактор, особенно учитывая значимые негативные последствия привлечения лица к административной ответственности. В работе приведены выводы по анализу судебной практики по рассмотрению дел об административных правонарушениях юридических лиц в сфере налогового законодательства.

Считаю, что данная книга может служить практическим пособием для рабочих групп федеральных органов исполнительной власти, других административных правоприменительных органов и судов. Монография также заинтересует теоретиков административного права, исследующих проблемы административной ответственности в целом.

## **Review of the Monograph by Panov A.B. Administrative Liability of Legal Entities (Moscow: Norma, 2013. 192 p.)**



### **Vitaliy Yusupov**

Professor, Deputy Head of the Department of Administrative Law and Procedure, Speranskiy Faculty of Law at The Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Doctor of Juridical Sciences. Address: Prospekt Vernadskogo 82/1, 119571, Moscow, the Russian Federation. E-mail: information@rane.ru.



### **Abstract**

The review of the monograph by A.B. Panov deals with the major aspects of the research concerning paramount issues arising in courts when legal persons are held liable. The review assesses objectively all the features of the monograph and conclusions are made.



### **Keywords**

Administrative liability, continuing offence, legal representative, Administrative Offences Code of the Russian Federation, insignificance, legal personality, judicial practice, legal person.

**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 — 2014»  
АГЕНТСТВА «РОСПЕЧАТЬ»  
**подписной ИНДЕКС — 47097**

Распространяется по России и странам СНГ

Дополнительная информация о подписке на сайте  
Издательского дома корпоративного портала НИУ ВШЭ:

<http://www.hse.ru>

или на сайте журнала <http://law-journal.hse.ru>

По вопросам подписки обращаться по тел.: (499) 611-15-08

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 10.12.2013. Формат 70×100/16  
Усл. печ. л. 16,5. Тираж 600 экз.