

Право

журнал
высшей
школы
экономики

2/2013

ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Учредитель

Национальный
исследовательский
университет «Высшая
школа экономики»

Редакционный совет

А.А. Иванов
Г.П. Ивлиев
Г.А. Гаджиев
Т.Г. Морщакова
В.Д. Перевалов
Ю.А. Тихомиров

Редакционная коллегия

А.С. Автономов
Н.А. Богданова
Н.Ю. Ерпылева
В.Б. Исаков
А.Н. Козырин
М.А. Краснов
Г.И. Муромцев
М.И. Одинцова
О.М. Олейник
Ю.П. Орловский
И.В. Панова
В.А. Сивицкий
О.М. Теплов
В.А. Четвернин
Ю.М. Юмашев

Главный редактор

И.Ю. Богдановская

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

Адрес издателя и распространителя

Фактический: 115230,
Москва, Варшавское ш., 44а,
Издательский дом
Высшей школы экономики.
Почтовый: 101990,
Москва, ул. Мясницкая, 20
Тел./факс: 8 (495) 772-95-71
e-mail: id.hse@mail.ru
www.hse.ru

© НИУ ВШЭ, 2013

Правовая мысль: история и современность

- Л.К. Савюк**
Кодификации российского уголовного законодательства: pro et contra 3
- Г.А. Борисов, В.А. Носков**
Герменевтика права: проблема интегративной трактовки 23

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

- А.А. Петров**
Виды гарантий и компенсаций, их классификация 32
- А.В. Козлов**
Проблемы толкования уголовного законодательства об ответственности
за преступления против интеллектуальной собственности 39

- Е.А. Кауров**
Конституционно-правовое регулирование государственных (муниципальных)
финансов в России 48

- С.С. Заикин**
Избирательные блоки в России: история и перспективы развития 63

- С.И. Луценко**
Влияние решений акционеров (собственников) на корпоративную политику 73

- П.Н. Вишнеvский, С.В. Янкевич**
Понятие «фактический получатель дохода» в международной, зарубежной
и российской налоговой практике 85

Судебная практика

- А.Б. Панов**
Возможны ли проверки в отношении арбитражных управляющих? 96

Право в современном мире

- А.А. Вишнеvский**
Схемы гарантирования депозитов в банковском праве Европейского союза:
тенденции современного развития 102

- А.К. Волков, А.А. Рыжков**
Влияние права Европейского союза на регулирование национальных рынков
фармацевтических средств государств-членов 116

- Е.В. Постникова**
Реализация свободы предоставления услуг: принцип взаимного признания 134

- П.Н. Дудин**
Становление и нормативное закрепление теократической монархии
в Монголии в 1911–1924 годах 156

Реформа юридического образования

- Т.Н. Трошкина**
Развитие научно-исследовательского потенциала студентов в Концепции
модернизации высшего профессионального образования Российской
Федерации и в принятых в ее рамках целевых программах 162

- Научная жизнь** 172

- Рецензии** 189

- Summary** 193



Publisher

National Research
University «Higher School
of Economics»

Editorial Council

A.A. Ivanov
G.P. Ivliev
G.A. Gadzhiev
T.G. Morschakova
V.D. Perevalov
Yu.A. Tikhomirov

Editorial Board

A.S. Avtonomov
N.A. Bogdanova
N.Yu. Yerpylyova
V.B. Isakov
A.N. Kozyrin
M.A. Krasnov
G.I. Muromtsev
M.I. Odintsova
O.M. Oleynik
Yu.P. Orlovsky
I.V. Panova
V.A. Sivitsky
O.M. Teplov
V.A. Chetvernin
Yu.M. Umashev

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya

Address:

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

Legal Thought: History and Modernity

L.K. Savuk

Russian Criminal Law Codifications: pro et contra 3

G.A. Borisov, V.A. Noskov

Hermeneutics of Law: a Problem of Integrated Interpretation 23

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

A.Ya. Petrov

Forms and Classification of Guarantees and Compensations 32

A.V. Kozlov

Problems Interpreting Criminal Legislation on Liability for Crimes against Intellectual Property 39

E.A. Kayurov

Constitutional Law Regulation of State (Municipal) Finances in Russia 48

S.S. Zaikin

Electoral Blocs in Russia: History and Prospects 63

S.I. Lutsenko

Influence of Shareholders' Decisions on Corporate Policy 73

P.N. Vishnevskiy, S.V. Yankevich

Factual Receiver of Profit in International, Foreign and Russian Tax Practice 85

Judicial Practice

A.B. Panov

Are Insolvency Officers Subject to Inspection? 96

Law in Modern World

A.A. Vishnevskiy

Deposit Guarantee Schemes in EU Banking Law: Current Trends 102

A.K. Volkov, A.A. Ryzhkov

EU Law Influence on Regulating National Pharmaceutical Markets in EU Member States 116

E.V. Postnikova

Realization of the Freedom to Provide Services: Mutual Recognition Principle 134

P.N. Dudin

Formation and Standard Fastening of a Theocratic Monarchy in Mongolia 1911–1924 156

Legal Educational Reform

T.N. Troshkina

Developing academic competencies under the conception of modernizing RF higher professional education and within its target programs 162

Scientific life

172

Book Review

183

Summary

187



Л.К. Савюк

профессор кафедры
уголовного права
факультета права
Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики», доктор
юридических наук

Кодификация российского уголовного законодательства: pro et contra

В статье предлагается ретроспективный взгляд на кодификацию российского уголовного законодательства с желанием представить будущим исследователям этой проблемы, что было сделано до них, с тем чтобы последние смогли показать, на что способны они сами. Аргументируется изначальный вектор развития кодификации российского уголовного законодательства — закрытая полная (исчерпывающая) кодификация уголовно-правовых норм.

Ключевые слова: кодификация, уголовный закон, Кодекс Юстиниана, Русская Правда, Соборное Уложение 1649 г., каноническое право, Уголовное уложение, преступность, либерализация, криминализация, декриминализация.

Постановка проблемы. Несмотря на то что все нижеизложенное основательно проанализировано с позиций за и против (*pro et contra*), свежий взгляд на обозначенную проблему лишним не будет. Тезис «всякое новое есть хорошо забытое старое» не должен означать прекращение познания объективной действительности, поскольку задача кодификации уголовного законодательства России изначально и сегодня имеет особую актуальность. И не только потому, что данная отрасль — самая острая сфера государственного принуждения, и поэтому должна быть взвешенной, очень точной, до самых мелочей продуманной, старательно и тонко исполненной с тем, чтобы супротивничать любым избыточным результатам регулирования, так же как и недостаточным. Она должна быть оптимально пригодной в целях уравнивания потребности общества и государства в сфере охраны социально значимых ценностей.

По господствующему мнению, даже беглый взгляд на действующий Уголовный кодекс Российской Федерации (далее — УК РФ), напоминающий лоскутное одеяло¹,

¹ По сообщению Председателя Верховного Суда Российской Федерации В. Лебедева, в УК РФ уже внесено более 3 тыс. изменений и дополнений (99 федеральными законами) // <http://www.rg.ru/2013/02/19/lebedev.html>

Для сравнения: Уголовное уложение Германии, начавшее свою историю в 1871 г., претерпело множество изменений. В 1968 г. оно было заменено Уголовным уложением ГДР; с момента воссоединения Германии Уголовное уложение ФРГ вновь действует на всей территории Германии. Со времени издания Шестого закона о реформе уголовного права от 26 января 1998 г. УК ФРГ более

не оставляет сомнений в его ненадлежащем качестве: недостатков в нем не просто много, но опасно и избыточно много. Умноженные произволом отдельных сотрудников правоохранительных органов, судебской дискрецией и усмотрением судей, применяющих нормы закона при рассмотрении конкретных дел (чему способствует серьезная коррупционная составляющая санкций большинства статей УК РФ, имеющих, например, существенный разрыв между их нижним и верхним пределами; эта касается лишения свободы, штрафов). Они деформируют современную уголовную политику государства (независимо от того, выражена она в соответствующей форме или носит доктринальный характер). В этом же ряду и деструктивная юридическая практика миллионной армии чиновников всех уровней, сосредоточивших в своих руках политические, экономические, правовые рычаги регулирования социальных процессов, зачастую слившихся в экономическом экстазе с представителями крупного бизнеса.

Трудно поддающиеся подсчету многочисленные публикации на этот счет подразделяют на две группы, относящиеся к анализу:

а) излишней криминализации соответствующих деяний, пробелов в уголовно-правовом регулировании. В качестве примера последних укажем на то, чего нельзя не заметить: в соответствии с законом уголовной ответственности подлежит физическое лицо, достигшее ко времени совершения преступления 16-летнего возраста (ч. 1 ст. 20 УК РФ). В ч. 2 ст. 20 содержится перечень статей Особенной части УК РФ, устанавливающих преступления, за совершение которых лица, достигшие ко времени их совершения 14-летнего возраста, подлежат уголовной ответственности.

В указанном перечне содержится ст. 229 УК РФ «Хищение либо вымогательство наркотических средств или психотропных веществ, а также растений, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, либо их частей, содержащих наркотические средства или психотропные вещества». Вместе с тем к более общественно опасным преступлениям в сфере незаконного оборота наркотиков можно отнести сбыт наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, ответственность за которые предусмотрена ст. 228-1 УК РФ, не включенной в перечень, определенный ч. 2 ст. 20 УК РФ. Налицо явный законодательный пробел, очевидность восполнения которого не подлежит сомнению.

В этом же ряду и ст. 156 УК РФ, положения которой посвящены защите детей. Ею устанавливаются меры ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по воспитанию несовершеннолетнего родителем или иным лицом, на которое возложены эти обязанности, а равно педагогом или другим работником образовательного, воспитательного, лечебного либо иного учреждения, обязанного осуществлять надзор за несовершеннолетним. Согласно указанной статье уголовная ответственность за такое преступление предусмотрена только в том случае, если деяние соединено с жестоким обращением с ребенком. Однако законодатель не указал в статье четкого понятия «жестокое обращение с ребенком», что вызывает трудности при доказывании фактов указанного обращения с ребенком и привлечения виновных лиц к ответственности;

60 раз в той или иной степени претерпевал изменения. Большинство их имели своими предпосылками приведение национального права в соответствие (гармонизацию) с положениями европейского и международного права. См.: *Головненков П.В.* Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеральной Республики Германии: научно-практический комментарий и перевод текста закона. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2013. С. 9–11; *Уманский А.В., Маркунцов С.А.* Основные тенденции изменений уголовно-правовых запретов Особенной части Уголовного кодекса Германии // *Право. Журнал Высшей школы экономики.* 2013. № 1. С. 173–175.

б) изъянов техники уголовного закона, нарушений системности в конструировании его запретов и несогласованности одних с другими².

В этом же ряду отсутствие в УК РФ четких критериев разграничения преступлений и иных правонарушений, внутренняя противоречивость, понятийно-терминологическая неопределенность, неточность, некорректное использование понятийного аппарата, правотворческие ошибки, неполнота и противоречивость системы узаконенных последствий совершения общественно опасных деяний, паллиативное решение вопроса об уголовно-правовом статусе потерпевшего. И это, наверное, далеко не полный перечень проблемных ситуаций на пути кодификации российского уголовного закона. Но Федеральное Собрание — парламент Российской Федерации — не Геркулес, чтобы, выражаясь фигурально, очистить эти нормотворческие авгиевы конюшни.

Проистекающие в ценностной структуре россиян в период социально-экономических преобразований изменения³, социальное неравенство, поляризация обусловлены крайне несправедливым, экономически небезопасным распределением доходов между трудом и капиталом, а также либертарианским убеждением относительно неисчерпаемых саморегулятивных, саморазвивающихся и самодостаточных возможностей рыночной экономики⁴. Эти возможности не обеспечивают равных условий занятия экономической деятельностью, не способствуют стабилизации общественной жизни, минимизации ее негативных последствий (например, обузданию высокого уровня преступности), созданию устойчивых регулируемых систем⁵, социальных институтов, реализации принципов социальной справедливости и социальной ответственности⁶.

² См.: *Наумов А.В.* Проблемы кодификации российского уголовного законодательства: новый Уголовный кодекс или новая редакция Кодекса? // *Общество и право.* 2010. № 5. С. 13.

³ Исследователи обнаруживают парадокс современной жизни: «...в условиях подавляющей бедности и необходимости буквально бороться за выживание духовные ценности «сворачиваются», пребывают в латентном состоянии. Истинные ценности перестают являться мотиваторами каждодневного поведения, но они окончательно не исчезают». См.: *Национальная идея России: в 6 т. Т. 1. Ценности России: реальность и мифы.* М.: Научный эксперт, 2012 // <http://avkrasn.ru/article-1115.html>. См. также: *Демин И.Н.* Ценностные ориентации и социопроцессы в современной России // *Материалы третьих державинских чтений (Москва, 14–15 декабря 2007 г.).* Кн. 7. М., 2007; *Лебедева Н.М.* Ценности культуры и развитие общества / Н.М. Лебедева, А.Н. Татарко; Гос. ун-т — Высшая школа экономики. М.: Изд. дом ГУ ВШЭ, 2007.

⁴ Либертарианцы в принципе считают государство злом, однако злом неизбежным и необходимым. Следует поставить жесткие пределы государству, сведя к минимуму его вмешательство в жизнь и деятельность атомизированного сообщества индивидов; при современном уровне развития коммуникаций, доступности информации, открытости границ и мирового рынка индивиды все менее нуждаются в том, чтобы решения за них принимало государство. См.: *Либертариизм* // *Большая Российская энциклопедия: в 30 т. Т. 17. М.: БРЭ, 2010. С. 388 (авт. ст. — Мамут Л.С.).*

⁵ Подр. см.: *Харабет К.В.* Некоторые вопросы устойчивого развития государства и предупреждения правонарушений в свете Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года // *Российская юстиция.* 2009. № 7. В числе приоритетов на этом направлении названы: повышение качества жизни российских граждан путем гарантирования личной безопасности, экологический рост, экология живых систем и др. Выживание и сохранение России как геополитической реальности, обеспечение ее цивилизационной устойчивости, развития являются стратегической целью и одновременно безусловным главным приоритетом для России; кроме того, к приоритетам также относятся усиление роли государства в качестве гаранта безопасности личности, совершенствование нормативного правового регулирования предупреждения и борьбы с преступностью, повышение эффективности деятельности правоохранительных органов и спецслужб, создание единой государственной системы профилактики преступности и иных правонарушений и некоторые другие.

⁶ Принципиальный оппонент трех наиболее влиятельных антилиберальных экономико-политических проектов XX в. — социализма, кейнсианства и доктрины «государства всеобщего

Свою лепту в этот деструктивный процесс вносят и суды⁷. Так, не чем иным, как нарушением, подрывающим указанные принципы, следует считать приговоры об условном лишении свободы бывшим министрам юстиции и атомной промышленности за хищение этими сановными чиновниками миллионов долларов. И это наряду с бытующей судебной практикой жестких, порой жестоких приговоров в отношении граждан, совершивших преступления небольшой и средней тяжести.

Считается, что «равенство/неравенство», воплощенное в распределении (пропорции) бедности и богатства, дифференциации уровня и качества жизни, доступа к средствам существования, доступа к информации и культуре, может быть признано доминантным в сегодняшней социальной динамике российского общества⁸. Наверное, следует согласиться с убеждением М.Н. Марченко о невозможности в рамках права создать универсальные закрепленные в законе ценностные установки (от себя добавим — даже в его нормативно кодифицированной оболочке), поскольку право — это продукт социально-субъективного сознания⁹.

Отстраненность государства (в соответствии с указанными убеждениями) от этих процессов (вопреки историческим особенностям и геополитическому статусу страны), несовершенная институциональная среда, характерная для России повсеместная криминализация и коррумпированность государственных и муниципальных органов власти всех уровней по «кушевской модели» поиска «ренты» вызвали предсказуемые (возможно, необратимые) последствия. Озлобленный скудостью жизни или увлеченный погоней за ее роскошью, властью и гипертрофированными потребностями, человек идет на крайние способы их удовлетворения — убийство, изнасилование, педофилию, сексуальную и трудовую эксплуатацию, торговлю человеческими органами и тканями, организованные формы незаконной миграции, корыстно-насильственные посягательства, кредитные мошенничества, изощренные способы разворовывания государственного бюджета, проявления экстремизма и терроризма, ксенофобию и иные девиации. Как говорится, приехали.

Вспомним былое: нет такого преступления, на которое капитал не рискнул бы, даже под страхом виселицы, ради 300% прибыли; доказательство — контрабанда и торговля рабами¹⁰. К изложенному следует добавить 6–7 млн преступлений, не вошедших в официальную статистику и составляющих часть айсберга латентной пре-

благодеяния» — классик современного либерализма Ф. Хайек (1899–1992), проанализировав образы справедливости в рыночно-экономических концепциях, оценивает социальную справедливость как атавизм. См. подр.: *Хайек Ф.А.* Дорога к рабству. М.: Прогресс, 1993; Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М.: ИРИСЭН, 2006. В нашем понимании социальная справедливость — это социальный идеал, высшая цель, к которой стремятся люди.

⁷ Повышение общего уровня доверия к судебной власти как к основному регулятору правовых и политических конфликтов — актуальная проблема современности. См.: Стандарты справедливого правосудия (международные и национальные практики) / кол. авторов; под ред. д.ю.н. Т.Г. Моршаковой. М.: Мысль, 2012; Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике: междунар. кол. моногр. М.: Статут, 2009.

⁸ См.: *Демин И.Н.* Актуализация либертарно-юридической концепции права в российской правовой доктрине // Государственная власть и местное самоуправление. 2011. № 8. С. 14.

⁹ См.: Проблемы теории государства и права / под ред. М.Н. Марченко. М.: Юрист, 2003. С. 351.

¹⁰ Это парафраза цитаты, традиционно приписываемой К. Марксу, которая заимствована им из работы английского профсоюзного деятеля Т.Дж. Даннинга // *К. Маркс.* Капитал. Т. 1. М.—Л.: Гос. изд-во. 1927. С. 611. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Изд. 2-е. Т. 23. С. 770 (примеч. 250 кп. 6 гл. 24); *Dunning T.J.* Trades-Unions and Strikes. L., 1860. P. 36.

ступности, реальный уровень которой оценивается экспертами в 23–25 млн преступлений в год¹¹. Это не просто цифры: за ними реальные судьбы, незащищенные интересы, права и свободы граждан, организаций и государства, гарантированные Конституцией Российской Федерации.

Сюда можно отнести и отношение к закону как к товару, т.е. спрос на уголовное право, не соответствующий действительным социально-разумным потребностям гражданского общества, не ставящий право на службу всего общества, а, напротив, ставящий его на службу отдельно избранных групп. В последнем случае это деформированный, платежеспособный спрос — что хочу, за то и плачу, — подтверждающий известную историю жестокую мысль, что закон есть право сильного, желание, реализуемое давлением на законодателя или чиновников государственного аппарата. Наиболее развитой институциональной формой такого давления является теневой лоббизм¹². Сегодня юристам говорят: непреложных законов (обязательных, которые нельзя нарушить, изменить) в обществе никогда не было, нет и не будет. Какие выводы из такого «подарка» от современной науки должны извлечь законодатель и правоприменитель?..¹³

Общество озабочено и фактами безосновательных преследований акторами от уголовной юстиции субъектов предпринимательской деятельности путем возбуждения заказных уголовных дел, пособничества в рейдерских захватах, включения в теневую экономическую деятельность, понуждения к переделу бизнеса, получения в нем доли, использования своих полномочий, информационно-технических ресурсов оперативно-поисковых подразделений в осуществлении частным порядком слежки по найму, что, безусловно, нарушает конституционные права и свободы человека и гражданина. В этом ряду и преступно-порочная практика торговли удостоверениями на право вождения автомобилем, документами об освобождении от воинской обязанности, хотя все это, естественно, давно уже секрет Полишинеля¹⁴.

Официально констатируется нарастающее социальное напряжение в обществе в целом из-за снижения авторитета государственной власти. Это связано в значительной степени с высоким уровнем коррупции, nepotизма, а также поверхност-

¹¹ См.: *Торопин Ю.В.* Латентная преступность и использование ее показателей в деятельности органов внутренних дел (по материалам Центрального федерального округа): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 24.

¹² Ярким примером, по мнению ученых, «неприкрытого и демонстративно-вызывающего лоббирования интересов экономической преступности в уголовном законодательстве, которого не было за всю историю существования русского и российского уголовного права» является исключение в 2003 г. из «лестницы наказаний» конфискации имущества и возвращение ее в 2006 г. в качестве иной меры уголовно-правового характера. См.: *Кузнецова Н.Ф.* Мнение ученых о реформе УК РФ (или Quiprodest?) // Уголовное право. 2004. № 1. С. 26–27.

¹³ См.: Спрос на право в сфере корпоративного управления: Экономические аспекты / под ред. А. Яковлева. М.: ГУ ВШЭ, 2004; Проблема спроса на уголовное право // *Жалинский А.Э.* Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. М.: Проспект, 2008. С. 197–202; *Мальцев Г.В.* Социальные основания права. М.: Норма, 2007. С. 34, 35, 71 и др.

¹⁴ См.: Милиция принимала заказы // http://vipsecurity.ucoz.ru/news/milicija_prinimala_zakazy/2010-08-30-302; *Соколов С.* Милиция принимает «заказы» // ; *Поletaев В.* Осужден в особом порядке // Российская газета. 2013. 15 февраля. Федеральный выпуск № 6009(33). Бывший подполковник милиции Д. Павлюченков осужден к 11 годам лишения свободы за содействие в убийстве журналистки А. Политковской. Используя должностное положение, он привлек для негласного наблюдения за ней подчиненных сотрудников и передавал полученную информацию заказчику.

ностью и декларативностью мер по обеспечению правового контроля деятельности политических и экономических элит, что создает новые угрозы и вызовы национальной безопасности государства. «Вопрос об эффективности ведущейся борьбы с криминализацией, — утверждает Председатель Конституционного Суда Российской Федерации, — это вопрос о том, сохранится ли Россия в ближайшие десять лет. Все грандиозные планы в сфере развития, они же — планы по модернизации России, рухнут, коль скоро государство не сможет защитить своих граждан от криминального произвола»¹⁵.

К сожалению, люди — плохие ученики истории: мы упорно продолжаем наступать на одни и те же грабли. В этой ситуации проблематичной, если не сказать невозможной, становится эффективная кодификация уголовного законодательства, фундируемая теоретическими и методологическими установками юридической науки, прижившимися в практике правового регулирования, правотворчества и правоприменения. Речь идет об имеющих непреходящее значение объективности, закономерности, устойчивости, детерминированности явлениях и процессах общественной жизни, в особенности экономических отношениях (право — враг случайностей и импровизаций).

Наверное, указанные послы и есть, как принято сегодня говорить, дорожная карта для размышлений юридической науки над актуальной дилеммой, которая будоражит криминалистов: принятие нового Уголовного кодекса как такового или принятие его новой редакции? Очевидно, независимо от конечного продукта, цель его кодификации — обеспечить единое, упорядоченное регулирование уголовно-правовых отношений, результатом которого будет системное развитие уголовного законодательства. Здесь уместно вспомнить сентенцию известного цивилиста, изложенную применительно к кодификации частного права. Она актуальна и для нашего случая: «кодификация, фиксируя в ясном, простом и сжатом языке те идеи права, справедливость и полезность которых уже признана, и предоставляя свободному обсуждению те идеи, справедливость и полезность которых еще оспаривается», обеспечивает «одновременно и в правильной мере как устойчивость, так и прогресс права»¹⁶.

Не нами подмечено, что творец правовой нормы, законодатель, должен иметь в голове идеальный образ правопорядка, прежде чем он приступит к осуществлению правотворческих задач — кодификации уголовного законодательства. Есть большие сомнения в том, что такой прогностической конструкцией законодатель располагает, тем более что Регламент Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации предусматривает внесение в нее только готовых законо-

¹⁵ Государственная программа Российской Федерации «Обеспечение общественного порядка и противодействие преступности». Принята МВД России 2 декабря 2011 г. // <http://docs.pravo.ru/document/view/>. Справедливости ради отметим: побороть коррупцию в России пытались практически все Романовы. При Петре I за взятки публично казнили, по самым громким делам отрубали головы. Одновременно правая рука и сподвижник Петра I Меньшиков умудрился положить на свои счета в английских банках около 5 млн руб. при общем бюджете страны в 10 млн руб. Император Александр I боролся с коррупцией с помощью экспатов — на высшие должности назначал немцев и прочих иностранцев. В итоге столкнулся с сопротивлением его реформам со стороны «старых русских». См.: *Емельянова Е.* От Смуты до смуты // Московские новости. Специальное приложение «Свободное время» № 28(466). 15 февраля 2013 г.; *Зорькин В.Д.* Конституция против криминала // Российская газета. Столичный выпуск. 2010. 10 декабря; *Торочина Д.* До свидания, экспаты?

¹⁶ *Гамбаров Ю.С.* Курс гражданского права. Т. I. Часть общая. СПб., 1911. С. 152.

проектов (ст. 105)¹⁷. Отсутствие такой конструкции усугубляется и отсутствием в стране законодательно закрепленной концепции (доктрины) уголовной политики как части социальной и правовой политики в целом, проводимой в контексте социальных процессов различного уровня, являющейся базой для создания и совершенствования уголовного законодательства. На эти изъяны обращали пристальное внимание участники очередной сессии Российского конгресса уголовного права¹⁸. Думаем, разработка указанной концепции, ее обсуждение актуально не только в рассматриваемом аспекте; за ее основу можно взять вариант, размещенный на официальном интернет-сайте Общественной палаты Российской Федерации.

В пользу целесообразности разработки концепции уголовной политики государства высказался Председатель Верховного Суда Российской Федерации В. Лебедев. Он привел убедительный аргумент: наряду с более чем тремя тысячами новелл в УК РФ в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации за период его действия также внесено более 700 изменений. Тренд увеличения числа законопроектов о внесении изменений в данные акты налицо, как следствие — суды ежегодно наряду с рассмотрением уголовных дел в отношении 1 млн лиц выносят до 500 тыс. постановлений о приведении приговоров в соответствие с новым уголовным законом¹⁹.

С другой стороны, добросовестный правоприменитель должен иметь в своем распоряжении заранее установленную, хорошо ему известную норму, прежде чем он задается целью привести то или иное отношение в должный порядок. И для этих целей, как отмечалось, нормы уголовного закона, да и уголовно-процессуального, далеки от совершенства.

Следует согласиться с распространенным объяснением иррациональности уголовно-правового регулирования, криминализации и декриминализации деяний, от которой оно пока не избавлено. Это неполнота познания юридической действительности, дефицит надежной информации и истинных знаний о праве, несовершенство имеющихся методов правотворчества²⁰ и правоприменения²¹. «Дурные

¹⁷ СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 801.

¹⁸ См., напр.: *Голик Ю.В.* Остановить умерщвление уголовного права; *Жалинский А.Э.* Уголовная политика: актуальные задачи, субъекты и механизмы реализации // Современная уголовная политика: поиск оптимальной модели: матер. VII Российского конгресса уголовного права (31 мая — 1 июня 2012 г.). М.: Проспект, 2012. С. 67—72, 359—365; *Епифанова Е.В.* России необходима концепция уголовно-правовой политики // Российская юстиция. 2008. № 4.

¹⁹ <http://www.rg.ru/2013/02/19/lebedev.html>

²⁰ Каждый из отмеченных факторов, определяющих эффективность правового регулирования, достоин самостоятельных исследований; лимит объема статьи сдерживает это желание. Ограничимся указанием лишь на то, что при разработке проекта действующего УК РФ его информационный кейс не включал никакого специального статистического и криминологического анализа реальных и их прогноза; он готовился на основе логических умозаключений и копирования законодательства западных стран. См.: *Лунеев В.В.* Юридическая статистика: учеб. 3-е изд. перераб. и доп. М.: Норма; Инфра-М, 2010. С. 12, 28. Невольно вспоминается известное: взгляд на сложные массовые явления (каковым, бесспорно, является преступность) должен быть, по словам Л. Гумилева, не из мышиной норы, а с птичьего полета. Такой полет способно обеспечить творческое применение статистического метода изучения преступности на всех уровнях противостояния ей.

²¹ В целях совершенствования правовой системы Российской Федерации издан Указ Президента Российской Федерации от 20 мая 2011 г. № 657 «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 21. Ст. 2930. Им изменены подходы к законотворческому процессу, установлен единый правовой механизм, позволяющий осуществлять мониторинг правоприменения и реализовывать его результаты в законотворческой деятельности, а также правоприменитель-

законы, — резюмирует авторитетный исследователь, — принимаются потому, что законодатели плохо знают реальное положение дел в обществе, судьи и чиновники неумело применяют закон, не стремятся приобрести соответствующий опыт; преступность существует потому, что с ней борются недостаточно эффективно»²².

Свою лепту в разрешение этой ситуации должна и могла бы внести юридическая наука, если бы она не только шла нога в ногу с жизнью, но и опережала ее. Основу кодификации национального уголовного законодательства должны составлять теоретические исследования, достижения уголовно-правовой науки. Именно об этом с глубоким пониманием происходящих процессов писал академик В.Н. Кудрявцев. Он пришел к выводу, что сама «современная уголовно-правовая наука нуждается в серьезной модернизации», а «уголовное право крайне нуждается в глубоком анализе демографии, статистики, в социологических и психологических исследованиях, сравнительном правоведении, прогностике, основанной на понимании тенденций социально-экономического, политического и культурного развития страны»²³.

Как бы откликаясь на призыв академика, профессор А.Э. Жалинский с глубокой профессиональной эрудицией констатировал: «Оптимальное состояние уголовного права определяется его соответствием действительным социальным потребностям»; ученый полагал, что уголовное право, «несмотря на ожидание перемен в нем, и сейчас представляет собой достояние государства и общества»²⁴.

Без натяжки можно констатировать: совершенствование уголовного законодательства, его кодификация — *процесс непрерывный*, который будет продолжаться и развиваться столь долго, сколько будет совершенствоваться сам социум; вектор кодификационных работ должен иметь определенно направленный характер, закрепленный в концепции уголовной политики государства. Полагаю, аналогично совершенствованию гражданского законодательства²⁵, при Президенте Российской Федерации целесообразно образовать кодификационную комиссию, состав которой и положение о порядке работы необходимо утвердить указом; комиссия должна разработать проект концепции развития уголовного законодательства Российской Федерации.

Существо дела. Изначально уместен вопрос о понимании кодификации в полном смысле слова (по объему — отраслевой, межотраслевой, специальной; по форме выражения — основы или основные начала законодательства, кодекс, уложение, устав, закон, положение и др.)²⁶.

ными органами. Во исполнение указа подготовлен доклад Правительства Российской Федерации о результатах мониторинга правоприменения в Российской Федерации за 2011 год // Российская газета. № 65. 2013 (опубликован без прил. 1–19; они размещены на сайте «Российской газеты» за указанное число). В нем содержатся предложения для включения в проект плана законопроектной деятельности Правительства Российской Федерации на 2013 г., в том числе по совершенствованию уголовного закона (приложение № 19).

²² См. подр.: Мальцев Г.В. Указ. соч. С. 27, 55, 56.

²³ Кудрявцев В.Н. Науку уголовного права пора модернизировать // Уголовное право. 2006. № 5. С. 130–131.

²⁴ Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен. Теоретико-инструментальный анализ. М.: Проспект, 2008. С. 3.

²⁵ Указ Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2008. № 29 (ч. 1). Ст. 3482.

²⁶ Такая постановка вопроса исключает необходимость анализа близких к кодификации процессов систематизации правовых актов и ее видов: учета, инкорпорации, консолидации, ревизии, рекодификации.

Кодификация (позднелат. *codification*, от лат. *codex* — деревянный обрубок; скрепленные деревянные дощечки для письма, книга и *facio* — делать²⁷) в юридическом смысле — это процесс сведения к единству действующих законодательных актов путем переработки, отделения от них актов, утративших свою силу, создания логически цельной и внутренне непротиворечивой, согласованной правовой системы — сводного (систематизированного) акта, чаще всего в виде кодекса. В нем помещаются как оправдавшие себя нормы прежних актов, так и новые нормативные предписания. Кодекс строится на единых принципах, регулирующих определенную сферу общественных отношений, обеспечивая их устойчивость и стабильный характер на длительный период времени. Это наиболее сложный и вместе с тем наиболее совершенный *вид правотворчества*.

Господствующим мнением признается, что кодекс — это системосозидающий источник права, это закон, материал в котором упорядочен, выражен в определенной логической последовательности, отражающей внутреннюю структуру соответствующей отрасли (в нашем случае — уголовного права), выполняющий в ней важную, интегрирующую роль и охватывающий на данный момент с исчерпывающей полнотой ее нормативный правовой массив; он фундирует цельность и стабильность правового регулирования. По мнению Ю.А. Тихомирова, будучи законом, кодекс отличается от других нормативных правовых актов следующими признаками: занимает высокое место в иерархии актов; является сводным нормативным правовым актом, регулирующим важную и достаточно обширную сферу общественных отношений на основе единых принципов; вносит существенную новизну в содержание и методы правового регулирования однородных общественных отношений; обеспечивает полноту регулирования и представляет собой крупный акт, отличающийся внутренним единством, целостностью и согласованностью нормативных предписаний; способствует упорядочению и укреплению законодательства²⁸.

Результатом кодификации норм уголовного закона как законотворческого процесса является их объединение в одном отраслевом нормативном правовом акте — УК РФ, оптимизирующем регулятивно-охранительный потенциал государства, практику его применения. Применительно к отечественному уголовному законодательству кодификация носит исчерпывающий (полный) общеотраслевой характер²⁹. В этом убеждает императив ч. 1 ст. 1 УК РФ: «Уголовное законодательство Российской Федерации состоит из настоящего Кодекса. Новые законы, предусматривающие уголовную ответственность, подлежат включению в настоящий Кодекс». Он полностью вбирает в себя все основные нормы этой отрасли права³⁰.

²⁷ Краткий латинско-русский словарь / под общ. ред. А.М. Малинина М., 1941. С. 101.

²⁸ См.: Тихомиров Ю.А. Теория кодекса // Кодификация законодательства: теория, практика, техника: матер. Междунар. науч.-практ. конференции (Н. Новгород, 25–26 сентября 2008 г.). Н. Новгород, 2009. С. 38.

²⁹ В упоминаемом проекте концепции уголовно-правовой политики Российской Федерации, обнародованном Общественной палатой Российской Федерации, утверждается: «Правовые свойства УК РФ и его место в системе российского законодательства не предполагают с необходимостью полной кодификации уголовного законодательства» (п. 10). Очевидно, это не соответствует исторической тенденции и сложившейся на ее основе традиции кодификации отечественного уголовного законодательства.

³⁰ Дважды упоминаемое в указанной статье словосочетание «настоящим Кодексом», во взаимосвязи со ст. 3 УК РФ «Принцип законности», означает, что иными законами, кроме УК РФ, т.е.

Кодекс — это оптимальный вариант обобщения и систематизации законодательства, действенное средство ликвидации множественности актов по одному и тому же вопросу. Не погрешу против истины, — несмотря на высказанные в адрес УК РФ упреки (пожалуй, только ленивый этого не делает), направленные на его совершенствование, — если отмечу, что этот акт сохранил проверенные временем отечественные законодательные традиции (как досоветского, так и советского периода), вобрав в себя достижения современной уголовно-правовой мысли, кодистики (учения о технике и методике кодификации) и практики контроля преступности.

Здесь следует заметить, что дискурс по вопросу определения объема междисциплинарного понятия «кодекс», как и его структуры, актуален не только для отечественной юридической науки и правоприменения. Теоретики права отмечают, что «несмотря на продолжающиеся попытки выработать модель кодекса, приемлемую для «общего права», кодификация как вид систематизации имеет ограниченные возможности, обусловленные прежде всего соотношением кодекса и судебных прецедентов, а также прецедентов толкования. В современный период преимущественно принимаются кодифицированные акты, которые регулируют более узкий круг отношений»³¹.

Кодификационная работа в сфере уголовного права (рассматриваемого в единстве с законом — объективное право) в широком смысле включает процесс пересмотра (коренной переработки) и сведение в единое целое уголовных законов путем отделения действующих норм от недействующих, создание логически согласованной отраслевой правовой системы, целостно-систематизированного кодификационного акта, — уголовного кодекса, построенного на единых правовых принципах и общих положениях³². Только он «устанавливает основание и принципы уголовной ответственности, определяет, какие опасные для личности, общества или государства деяния признаются преступлениями, и устанавливает виды наказаний и иные меры уголовно-правового характера за совершение преступлений» (ч. 2 ст. 2 УК РФ). В такой постановке вопроса, фундированной национальными особенностями, становится бесплодным дискурс о допустимости существования наряду с законом множественности источников уголовно-правовых норм³³, в том

«настоящего Кодекса», преступность деяния, а также его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия устанавливаться не могут; уголовный закон является единственным источником уголовно-правовых норм. Обзор иных позиций см.: *Наумов А. В.* Российское уголовное право: курс лекций: в 3 т. Т. 1: Общая часть. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2007. С. 200 и след.

³¹ См., напр.: *Богдановская И. Ю.* Источники права на современном этапе развития «общего права»: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 11.

³² В работах по теории права выделяют: а) принципы права как фундаментальные идеи и идеалы, отражающие достижения правовой мысли, практики и объективные законы развития; б) принципы права как «исходные нормативно-руководящие начала (императивные требования), определяющие общую направленность правового регулирования общественных отношений» (Общая теория государства и права. Академический курс: в 3 т. 2-е изд. / отв. ред. М. Н. Марченко. Т. 2. М., 2002. С. 2002 (*В. Н. Карташов*)). В рассматриваемом аспекте в первую очередь речь идет о надотраслевых принципах — социально-политических принципах, определяющих основы общественного и государственного устройства страны (они концентрируются в гл. 1 Конституции Российской Федерации, в частности в ст. 2, 8, 13 и 15, фундирующих конституционализацию любого отраслевого законодательства, в особенности кодифицированного) а затем о внутриотраслевых принципах, как закрепленных в уголовном законе (ст. 3–7 УК РФ), так и незакрепленных в нем (доктринальных).

³³ Наряду с источниками уголовно-правовых норм в доктрине выделяют и подзаконные *источники уголовного права*, т. е. «все текстуально существующие способы выражения уголовно-

числе и судебного прецедента. Более того, наделение иного органа, наряду с Федеральным Собранием, полномочиями принятия и одобрения уголовного закона невозможно ввиду осуществления государственной власти в Российской Федерации на основе разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную, которые самостоятельны (ст. 10 Конституции Российской Федерации). Вот уже, как говорится, подлинно в новизне такой старина нам слышится. Наверное, не стоит уступать выстраданные исторической эволюцией достижения развития российской государственности.

Уроки кодификации уголовного законодательства России. По здравому смыслу, следует отметить непреходящую ценность кодификационной работы как в целом, так и в сфере уголовного законодательства. Об этом свидетельствует и то, что юридическая общественность проявляет к ней значительный интерес (причем не только теоретики права, но и отраслевые); библиография по данной тематике весьма обширна³⁴. С завидной периодичностью проводятся семинары, круглые столы, симпозиумы, конференции, форумы, в том числе и международного уровня. Состоялся VIII Российский конгресс уголовного права на тему «Проблемы кодификации уголовного закона: история, современность, будущее», который посвящался 200-летию проекта Уголовного уложения 1813 года» (юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова, 30–31 мая 2013 г.).

Интерес к прошлому (историзм) вообще и истории отрасли и науки отечественного уголовного права³⁵, кодификации уголовного законодательства — это не только дань традиции, уважения к ней. Специфика истории состоит в том, что ее действительность развернута во времени: непосредственно она предстает как прошлое человеческого общества, история которого существует не сама по себе, но (хотим мы этого или нет) лишь в ее современном освещении, в актуальной оценке. Ретроспективное освоение реалий существования уголовного закона открывает нам исторический характер его современного состояния. Переосмысление сущности исторической реальности³⁶, подход к действительности как изменяющейся во времени, развивающейся — это принцип изучения всех сфер общества: экономической, социальной, политической, культурной и правовой. С.С. Алексеев утверж-

релевантной информации, содержанием которой действительно или предположительно являются связывающие адресата уголовно-правовые нормативные предписания», включающие Конституцию Российской Федерации, общепризнанные принципы и нормы международного права, нормы иных отраслей права, постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации, уголовно-правовую доктрину. См.: Уголовное право: учеб.: в 3 т. Т. 1. Общая часть / под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф., засл. деят. науки Российской Федерации А.Э. Жалинского. М.: Изд. дом «Городец», 2011. Гл. 7. Подзаконные источники уголовного права. С. 234–246 (А.Э. Жалинский).

³⁴ См., напр.: Кленова Т.В. Основы теории кодификации уголовно-правовых норм: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2001; Тихомиров Ю.А. Кодекс среди законов // Право и экономика. 2002. № 2; Его же. О кодификации и кодексах // Журнал российского права. 2003. № 3 (совместно с Э.В. Талапиной); Юридическая техника: природа, основные приемы, значение: ретроспект. библиогр. указ. / сост. В.М. Баранов. Н. Новгород, 1999 и др.

³⁵ Подробнее см., напр.: Уголовное право: учеб.: в 3 т. Т. 1. Общая часть. Гл. 4. История отрасли и науки уголовного права. С. 84–186 (Л.К. Савюк).

³⁶ Основатель «Дома наук о человеке» (1962) французский историк Ф. Бродель (1902–1985), приверженец глобальной истории, уделивший в значительной мере свое внимание «времени большой длительности», утверждал: «Историю постоянно нужно переписывать, она вечно находится в стадии становления и преодоления самой себя». Цит. по: Отечественная история: История России с древнейших времен до 1917 года: энциклопедия: в 5 т. Т. 2. М., 1996. С. 651.

дал, что оно (право) «есть также явление культуры... именно через право воплощается главное, в чем выражается предназначение культуры, — потенциал разума, накопленных духовных богатств и творчества, призванных и способных оградить и защитить человека от непреклонных демонических сил природы и общества, от тенденций к энтропии, распаду»³⁷.

Хотим того или нет, но при рассмотрении права как важного элемента культуры неизбежно возникает вопрос, «откуда оно есть пошло», когда возникло и кто у кого заимствовал те или иные правовые институты. Говорят, если ты сам не пишешь свою историю, то ее напишут другие, но таким образом, что ты сам себя не узнаешь. И тот, кто не знает во всей конкретности и многообразии прошлого страны (государства, права, в том числе и уголовного закона), заблуждается в оценке настоящего и слеп перед будущим. Не осмыслив информацию о прошлом как фундаменте настоящего, невозможно генерировать перспективные идеи реконструкции исторического процесса с целью улучшения и совершенствования будущего. Кажется, К.А. Тимирязев (1843–1920) как-то заметил, что многие факты и открытия наук древности блестяще отражены светом, заимствованным от современности³⁸. Это с полным основанием относится и к истории уголовного права, уголовного закона, его кодификации.

Речь идет о реальных трудностях, которые со значительной степенью условности объединяются под именем концепции или принципа дополнительности³⁹ в общефилософском толковании при рассмотрении некоторых взаимоисключающих понятий, требующих «дополнительного способа описания» (например, разум и инстинкт, личная свобода и социальное равенство, правосудие и милосердие, закон и справедливость). Нормативность, общеобязательность, формальная определенность и неперсонифицированность уголовно-правовых запретов, как, впрочем, и всех правовых предписаний, при немногословности законодательных текстов⁴⁰ усиливают конфликтность права, придают ему славу нечуткого и несправедливого орудия управления. Эта его порочность афористично доносится в дефиниции права как равной меры к неравным людям и обстоятельствам⁴¹.

Действительно, например, понятия, которыми оперировали законодательные акты прошлых эпох, очень сильно отличаются от понятий, с которыми мы имеем дело в настоящее время, независимо от того даже, обозначаются ли они одним и тем же термином или нет. Это наглядно проявляется в семантической эволюции уголовно-правовых понятийных категорий: мститель — правоприменитель; неправда — обида — грех — судопроисшествие — преступление; зажигательство — поджог; смертоубийство — убийство; производитель убийства — исполнитель

³⁷ Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. М., «Статут», 1999. С. 224, 225.

³⁸ Цит. по: Пятницын Б.Н. Философские проблемы вероятностных и статистических методов. М., Наука. 1976. С. 89.

³⁹ Принцип дополнительности введен в рамках развития квантовомеханических представлений Н. Бором (1927). Данин Д. Нильс Бор. М., 1978.

⁴⁰ Справедливости ради напомним, что в уголовном законе есть и диспозиции — «монстры», в объеме целой страницы (ст. 141.1, 185.5 УК РФ) (что, впрочем, не исключает трудности их применения).

⁴¹ Это определение права приписывается классикам марксизма. См.: Маркс К. Критика Готской программы // К. Маркс, Ф. Энгельс. Соч. Т. 19. С. 19.

убийства; нерадение — халатность; мздоимство — лихоимство — взятка; татьба — воровство — кража и т.д.

Современность непрерывно вырастает из прошлого и, выполняя свою историческую миссию, сама уходит в прошлое. Как говорил поэт (правда, по случаю, не имеющему отношения к истории права): «Дни, месяцы, лета проходят/ И неприметно за собой/ И младость и любовь уводят.» (Пушкин А.С. Бахчисарайский фонтан). Задача историка права как раз и заключается в том, чтобы снять эти временные искажения. Историческое время, в отличие от абстрактного календарного, служащего средством датирования или измерения длительности процессов, характеризуется содержательной определенностью, которая применительно к праву, закону фундирована уровнем развития в первую очередь экономики государства. Очевидно, что государственное публичное право, в том числе уголовный закон любого социума, является продуктом его истории и потому претерпевает изменения в зависимости от исторических обстоятельств, отражающихся в его кодификации.

Контрпродуктивно опровергать тезис, что «вопрос о кодификации законов не новый: он старый как мир, как жизнь человечества на земле»⁴². От себя добавим — именно законов, а не обычаев, прецедентов или иных источников права. Без сомнения, следует согласиться с тем, что эта сфера государственной деятельности, конечно, не нова.

История кодификаций восходит к Древнему Риму. Наиболее известным кодификационным актом этой эпохи является Кодекс Юстиниана. Наряду с Дигестами (сборники отрывков из произведений римских юристов, сосредоточенных в 50 книгах, включающих положения о праве и законе, имеющих значение как четких юридических формул, подтвержденных веками) и Институциями (элементарные учебники римского права), имевшими силу закона, это одна из составных частей кодификации (Corpusjuriscivilis) римского права, составленной при византийском императоре Юстиниане. Кодекс Юстиниана выдержал два издания (528, 529 г.). Уже в первой редакции законы и императорские указы предшествующих веков были объявлены старым правом (jusvetus), а текущее императорское законодательство стало именоваться термином «законы» (leges). Вторая исправленная редакция Кодекса Юстиниана — Codexrepetitaepraeleclionis — включает 4652 отрывка из императорских конституций; состоит из 12 книг, излагающих акты соответствующих отраслей права; уголовно-правовые акты составляли девятую книгу. Книги распадаются на титулы, титулы — на отдельные императорские постановления (leges или constitutiones), расположенные в хронологическом порядке⁴³.

Древнейшим источником русского уголовного права (впрочем, как и других отраслей права) является обычай, формализованный в самых старых его памятниках — юридических артефактах; они фиксировались на бумаге. По сведениям историков права, следы обычая в виде «закона рускаго», обнаруживаются в договорах Руси с Византией, с немцами. Русская Правда (X–XIII вв.) всех изводов⁴⁴ и редак-

⁴² Будкевич Ф.П. Гражданское уложение. Система и цели кодификации законов. Варшава, 1905. С. 14 [Электронный ресурс РГБ].

⁴³ Кодекс Юстиниана // Антология мировой правовой мысли. М., 1999. Т. 1; Кодекс Юстиниана. Большая российская энциклопедия: в 30 т. М.: БРЭ, 2009. С. 405 (Графский В.Г.).

⁴⁴ Извод, в текстологии — текст, возникший в результате переписки древнего литературного памятника и, в отличие от редакции, не являющийся результатом целенаправленной деятельности переписчика. См.: Лихачев Д.С. Текстология. 2-е изд. Л., 1983.

ций начинается с обычно-правовой нормы о кровной мести. Поскольку Русская Правда является официальным актом, в ней (как в светском судебнике) особенно видна социальная дифференциация — различная ответственность за посягательство на лиц, стоящих на разных ступеньках феодальной лестницы⁴⁵.

Первым печатным комплексным систематизированным актом многих отраслей светского русского права, заложившим основы дальнейшего упрочения крепостнических отношений и абсолютизма — имперского законодательства, явилось Соборное Уложение царя Алексея Михайловича 1649 г. С точки зрения законодательной техники, четкости формулировок и полноты этот акт превосходил современные ему западноевропейские уголовно-правовые акты⁴⁶. Уложение сохранило свое значение закона в России вплоть до первой половины XIX в. Об этом свидетельствует тот факт, что Соборное Уложение 1649 г. открыло Полное собрание законов Российской Империи 1830 г. (введено в действие с 1835 г.). Уголовному праву в Уложении 1649 г. посвящены гл. I–V, X, XXI, XXII и др.: развивается представление о составе преступления, усложняется система преступлений, совокупность которых приобретает характер именно системы, упорядочивается, усложняется и ужесточается система наказаний⁴⁷.

Уложение 1649 г. в большой мере было использовано при составлении XV тома Свода законов и Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. (примечательно, в процессе подготовки Министерство юстиции получило 16 уголовных кодексов и 4 проекта из других стран). Последнее (в ред. 1903 г. — Уголовное уложение) действовало (не в полном объеме) вплоть до отмены всей прежней правовой системы советской властью. В нем уголовное законодательство России впервые было разделено на Общую и Особенную части, что наблюдалось не во всех европейских кодексах того времени.

Но при всей четкости построения и логичности формы Свод законов страдал недостатками в содержании. Это было неизбежно, так как он явился не новым законодательством и даже не переработкой старого, а только более упорядоченным изложением последнего, т.е. плодом инкорпорации, а не кодификации.

В московскую эпоху обычай употребляется значительно в меньшей степени, нежели раньше: государство, разумеется, постаралось проявить свою регулирующую роль. Однако в имперский период (от Петра I, принявшего титул «Великий» и «Отец Отечества» (22 октября (2 ноября) 1721 г.), до Николая II, отрекшегося от престола за себя и за своего сына 2 (15) марта 1917 г.), благодаря поддержке мировых и волостных судов, отчасти сила обычая даже крепнет.

⁴⁵ Подр. см.: *Маркунцов С.А.* Древнейшее русское уголовное право: возникновение первичных уголовно-правовых запретов: учеб. пособие. М.: Юриспруденция, 2012. С. 58–60 и др.

⁴⁶ Примерно в тот же период были составлены в Дании (1683) Кодекс короля Кристиана V (в 1687 г. его действие было распространено на Норвегию под названием «Норвежский свод законов короля Кристиана V») и Закон Шведского государства (1734). Составной частью последнего были и нормы уголовного права; они просуществовали до 1864 г., до издания нового Уголовного кодекса. Он составлен под влиянием уголовных кодексов Австрии (1803), Баварии (1813) и Пруссии (1851) (в Австрии и Пруссии уже в середине XVIII в. действовали кодификационные комиссии) и в целом отразил идеи классической школы уголовного права.

⁴⁷ См.: *Российское законодательство X–XX веков: в 9 т. Т. 3. Акты Земских соборов.* М.: Юрид. лит., 1985. С. 81 и др.

Одновременно с утверждением институтов государственности источником уголовного права становится закон. В то же время в древнейший период история русского права знает появление и такого источника уголовного законодательства, как церковные уставы, а в период зависимости русской церкви от константинопольского патриархата — каноническое право кириархальной церкви (до середины XV в.).

Каноническим правом в православной церкви именуется совокупность правил, составляющих основу действующего церковного законодательства, устанавливаемых главным образом на церковных соборах. Предпринимались попытки составления сборников канонического права, например, соединившего Кормчую, Мерило праведное, Русскую Правду и другие правовые источники⁴⁸.

В христианском понимании нарушение норм бытия тварного мира, установленных Богом, есть «грех» — термин, означающий «грешить», «совершать поступок», «провиниться»⁴⁹, хотя точное значение этого слова не установлено. В Библии грех обозначается словами «промах, совершение ошибки», «сопротивление, бунт», «преступление, злодеяние» (Ветхий Завет); «промах, преступление», «падение», «проступок» (Новый Завет). В славянских языках значение слов «грех», «грешить» иногда связано только с сексуальной областью. «В тесном значении «грех» — это, — отмечает В.И. Даль, — «распутство»: «он (она) еще и греха не знает»⁵⁰.

Важной особенностью церковно-правовых санкций, по своему характеру не сопоставимых с санкциями, применяемыми светской властью, «является «субъективная» сторона их действия — духовная польза для самого нарушителя церковных законов, что принципиально отличает их от норм светского права, главная задача которого состоит в охране общественного порядка и благополучия, а нравственное исправление правонарушителя не является определяющей целью»⁵¹.

Современное церковное право основывается также и на обычае, для признания законности которого требуются его разумность и известная давность; вспомогательным источником канонического права служат труды известных канонистов.

В качестве важнейшего источника светского уголовного права эпохи Империи явился Артикул воинский 1715 г. Это первый в России военно-уголовный и военно-процессуальный кодекс (применялся также в судах гражданской юрисдикции; на его основании, в частности, осуждены А. Радищев и декабристы). Состоял из преамбулы, 24 глав и 209 артикулов. Впервые в истории российского права он регламентировал воинские преступления; ввел в законодательство сам термин «преступление»; проводил различие между деяниями умышленными, неосторожными и случайными; определял институт необходимой обороны; закрепил различие мер наказания за одинаковые преступления для лиц разных сословий. В качестве наказаний устанавливал смертную казнь, ссылку, заключение в тюрьму, телесные наказания. Артикул воинский применялся вместе с Уставом воинским 1716 г. и

⁴⁸ Составление таких сборников можно расценить как позиционирование института церкви — государства в государстве — одним из инструментов управления государством того времени.

⁴⁹ Дворецкий И.Х. Древнегреческо-русский словарь. М., 1958. Т. 1. С. 91.

⁵⁰ Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. СПб.—М., 1903. М., 2000. Т. 1. Стб. 994.

⁵¹ *Каноническое право* // Православная энциклопедия / под ред. Патриарха Московского и всея Руси Кирилла. М., 2012. Т. XXX. С. 369 (В. Цытин).

действовал параллельно с Соборным Уложением 1649 г.⁵² В последнем, как отмечалось, нашли существенное развитие основные институты уголовного права (как его общей, так и особенной частей), содержащиеся в Судебниках 1447 и 1559 (хотя в формальном смысле такого деления этот юридический памятник еще не знал).

Обращает на себя внимание история комиссий по разработке законов еще со времен Петра I (работа в которых продолжалась много лет, порой десятилетиями, но в основном безуспешно). К делу кодификации впервые применено было начало выборное (губернаторам поручалось направлять в комиссии депутатов, способных к законотворчеству, из разных сословий).

Примечательно, что в сочинении Уложения по иностранному образцу предпочтение, тем не менее, дано было источникам туземным (т.е. местным). Екатерина II не была сторонницей механического копирования форм, развившихся совершенно в иной культурной среде, перенесения на русскую почву западноевропейских социальных теорий, считая, что они не могут дать хорошего результата, необходимо учитывать российскую специфику, традиции и обычаи. В своей реформаторской деятельности императрица придерживалась принципа постепенности, подготавливая общественное мнение к планируемым нововведениям. В духе сочинений Ш.Л. Монтескье и Ч. Беккариа, трудов английского правоведа У. Блэкстона, Вольтера и Дидро (с последними состояла в личной переписке) и других деятелей французского Просвещения, Екатерина II написала «Наказ» 1767 г. для Уложенной комиссии. В области уголовного права в нем главенствовала идея о необходимости предупреждения преступления, а не наказания преступника, подчеркивалась гуманистическая цель наказания — исправление личности преступника.

Ряд указов (1762, 1763, 1765 и 1767) ограничил применение пыток как средства дознания, для ведения следственных действий был установлен срок один месяц. Екатерина II сократила перечень преступлений, караемых смертной казнью, внедрила в законодательство принципы презумпций невиновности и соразмерности наказания преступлению, развивала пенитенциарную систему. Поучительны в «Наказе» и наставления в отношении языка законов: «Законы должны быть писаны простым языком, и уложение, все законы в себе содержащее, должно быть книгою весьма употребительною и которую за малую цену достать можно было, наподобие букваря. В противном случае, когда гражданин не может сам собою узнать следствий, сопряженных с собственными своими делами и касающихся до его особы и вольности, то будет он зависеть от некоторого числа людей, взявших себе в хранение законы и толкующих оные» (ст. 158).

Эти мысли не потеряли своей актуальности. Для обеспечения устойчивости законодательства и единообразия его понимания очень важно, чтобы каждое слово правовой нормы точно обозначало выраженное им соответствующее понятие, т.е. в юридические термины различных актов по возможности должен вкладываться единый смысл, и только в таком качестве термины должны использоваться в таких актах. Негативное влияние неопределенности, многозначности юридических терминов сказывается на всей системе законодательства. Очевидно, оценка существующих юридических терминов с помощью соответствующих словарей помо-

⁵² Военные уставы Петра Великого. М., 1946; *Исаев М.А.* История Российского государства и права: учеб. М.: Статут, 2012. С. 346, 347.

жет законодателю, да и правоприменителю, в решении этой проблемы; термины уместны в тексте закона лишь в случае крайней нужды в них⁵³.

Подготовка систематизации русского права продолжалась и при Павле I. 16 декабря 1796 г. последовал его указ: собрать существующие узаконения и извлечь из них три книги законов: 1) уголовных; 2) гражданских; 3) дел казенных. После их просмотра комиссией для составления законов итогом кодификационных работ XVIII в. явилось представление в Сенат 9 глав о делах вотчинных, 13 глав из законов уголовных и 17 глав о судоустройстве.

Практически весь XVIII век и значительную часть XIX века российский законодатель наряду с общей кодификацией стремился кодифицировать и уголовное право. Очередная попытка составления систематического сборника законов была предпринята с самого начала XIX в. законодательной комиссией, созданной в 1804 г. Александром I. С конца 1808 г. в центре ее внимания оказалось уже не общее Уложение, а разработка частных, отраслевых кодификаций, в том числе уголовного права⁵⁴.

Известно влияние на русскую интеллектуальную элиту английского философа-радикала, теоретика утилитаризма, правоведа И. Бентама (1748–1832), стоявшего в то время во главе движения за кодификацию законодательства вообще и уголовного в особенности, посвятившего значительную часть своих трудов этой идее; он написал обширный универсальный кодекс права, предназначенный для всех народов⁵⁵.

В отчете о четырех годах работы очередной комиссии по кодификации законодательства, поданном на рассмотрение императора, высказывались предложения о тех качествах, которыми должно обладать подготавливаемое Уложение: «III. Русское уложение должно быть истинно русским. В оное не должны входить никакие постановления иностранных держав, ибо в нашем отечественном законоположении доселе не было ничего чуждого. Почему комиссия, излагая для России новое уложение, удерживает во всей точности первобытный разум прежних узаконений и совершенную оных сообразность с правами и обычаями русского народа (курсив мой. — Л.С.)».

IV. Уложение должно быть утверждено на практических основаниях права, т.е. самых простых и ясных положениях, введенных из долговременных наблюдений многообразных случаев в общежитии и соответствующих прямой цели и существенным выгодам государства. При таковых токмо основаниях можно исправить существующие в законах противоречия, пополнить упущения и представить все статьи уложения в надлежащей точности и систематическом порядке.

...Известнейшие иностранные уложения должны приниматься во внимание только для примера в методе уложения отечественных законов, а не для каких-либо изменений в существе последних» (курсив мой. — Л.С.)⁵⁶.

⁵³ О научных наставлениях по применению юридических терминов в законодательстве см., напр.: Научные основы советского правотворчества. М., 1981. С. 302–303; *Бойко А.И.* Язык уголовного закона и его понимание: учеб.-науч. издание. Ростов н/Д: Изд-во СКАГС, 2009. С. 56, 62–104.

⁵⁴ См.: *Пахман С.В.* История кодификации гражданского права. СПб. 1876. Т. 1.

⁵⁵ Подро. об этом см.: *Савюк Л.К.* Портреты ученых-юристов: Иеремия Бентам // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. № 4. С. 19–38.

⁵⁶ Цит. по: *Тесля А.А.* Источники гражданского права Российской империи XIX — начала XX веков. Хабаровск: Изд-во ДВГУПС, 2005. Приложение 1: Общий ход кодификационных работ в Российской Империи в XVIII — 1-й четверти XIX века // portal/node/1041

При ретроспективном взгляде на историю кодификации в России, даже самыми крупными мазками, обнаруживается, что изначально в выгодном положении в большей мере находились отрасли публичного права, в особенности уголовного. Тем самым приобретался бесценный опыт в этом направлении; ранние попытки кодификационного права бедны актами, касающимися права частного.

Следует заметить, что зарубежный опыт, прежде всего немецкий, в деле кодификации и структурирования уголовного законодательства был удостоен в России самого пристального внимания. Хотя, как отмечалось, к тому времени, когда началась подготовка Уложения для Свода законов, накопился и собственный опыт. Уже в 1806 г. членом комиссии Г. Яцепковым был подготовлен проект Уголовного уложения. Он состоял из двух частей: Общей — «Основания уголовного права» — и Особенной — «Уголовное право. Часть первая», в которой формулировались государственные преступления трех степеней⁵⁷.

В 1808 г. руководителем комиссии был назначен М.Н. Сперанский. С его именем связаны все последующие законопроектные работы дореформенного периода. Предпочтение было отдано проекту Баварского уголовного кодекса. В качестве официального он рассматривался под названием «Проект Уголовного Уложения Российской империи 1813 г.»; предложен немецким членом комиссии Л.Г. Якоба⁵⁸. Судьба проекта оказалась неудачной. Департамент законов Государственного совета рассматривал и одобрил его в течение 1813 и 1814 г., но в общее собрание проект поступил лишь через 10 лет (после возвращения Сперанского из ссылки в 1821 г.). Только в августе 1826 г. Государственный совет приступил к его обсуждению. Была рассмотрена лишь Общая часть. Из-за кончины Александра I Уголовное уложение 1813 г. так и не было принято и в 1826 г. сдано в архив.

Проект включал 585 параграфов, содержащихся в трех частях:

первая — «Основания уголовного права», в том числе: О преступлениях вообще (гл. 1 §1–21); О наказаниях вообще (гл. 2 §22–88); Об обстоятельствах, увеличивающих и уменьшающих вину преступника и наказание (гл. 3 §89–93); Об уничтожении производства дела и наказания за преступления (гл. 4 §94–107); О подсудности Уголовного уложения (гл. 5 §108–111);

вторая — «О наказаниях за государственные и общественные преступления», в том числе за: Преступления против святой православной веры (гл. 1 §112–13); Оскорбления Императорского Величества (гл. 2 §131–142); Государственную измену (гл. 3 §143–151); Преступления, нарушающие внутреннюю общественную безопасность и тишину (гл. 4. §152–227); Вредные деяния, нарушающие благосостояние общества и здоровье обывателей в селениях, городах и округах (гл. 5 §228–235); Нарушение особенных государственных прав и принадлежностей (гл. 6 §236–255); Подкуп или лживые поступки (гл. 7 §256–276); Подлог и насилие при совершении брака (гл. 8 §277–289); Преступления чиновников по их должности (гл. 9 §292–331);

⁵⁷ По признанию историков права, в теоретическом отношении Общая часть этого проекта была разработана значительно лучше, чем последующие проекты комиссий. См.: *Солодкин И.И.* Очерки по истории русского уголовного права (Первая часть XIX в.). Л., 1961. С. 6.

⁵⁸ Первоначально этот проект был подготовлен Клейншродом, а окончательно — известным немецким криминалистом, доктором права А. Фейербахом, занимавшим высокий пост в баварском Министерстве юстиции. Проект получил силу закона в 1813 г.

третья — «О наказаниях за частные преступления», в том числе за: Смертоубийство (гл. 1 §332–396); Раны и другие опасные телесные повреждения (гл. 2 §397–422); Обиды (гл. 3 §423–491); Преступления против собственности (гл. 4 §492–585).

В проект включены только уголовные преступления, за которые положены наказания уголовные в противоположность полицейским.

Конечно, по технике изложения юридических норм (в сравнении с кодификационными актами предыдущего века) этот проект выгодно отличается. Вместе с тем он изобилует казуистическими способами формулирования уголовно-правовых запретов (что можно часто встретить в древнейших юридических памятниках), т.е. когда явления, их разновидности, факты характеризуются индивидуальными признаками путем перечисления тех или иных случаев — казусов. Например, «грабеж есть, когда кто на улицах, в городах и селениях и при случайных встречах на дорогах, отнимает у другого находящиеся при нем вещи...» (§520), или «несмотря на цену украденной вещи подлежит всегда уголовному суду и наказанию: 1. Ежели оное учинено в Храме божьем, в Государевом дворце, или из гробов. 2. Ежели учинено с насилием... во время пожара, моровой язвы, наводнения, или другой общей опасности..., учинено домашними людьми, караульными..., трактирщиком, корабельщиком, содержателем постоялых дворов...» (§527).

Проект Баварского уголовного кодекса не имел успеха в самой Германии. Первой единой уголовно-правовой кодификацией для всей Германии считается Уголовное уложение Германской империи (RStGB), опубликованное 15 мая 1871 г. Оно не было принципиально новым правовым документом. Его предтечей было Уголовное уложение Северогерманского альянса 1870 г., источником которого служило, в свою очередь, Уголовное уложение Пруссии, изданное в 1851 г. Примечательно, что для перевода названия немецкого уголовного закона (*Strafgesetzbuch*) избран исторический термин «Уголовное уложение», подчеркивающий коренное отличие современного немецкого уголовного законодательства от российской уголовной кодификации. В отличие от УК РФ, немецкое уголовное законодательство кодифицировано не полностью: оно содержит значительный массив уголовно-правовых норм в законодательных актах почти всех отраслей права (так называемое дополнительное уголовное право — *Nebenstrafrecht*)⁵⁹. Такова практика и во многих других правовых порядках. Изначальный вектор развития российского уголовного законодательства — закрытая полная (исчерпывающая) его кодификация: «в России существует принцип полной кодификации уголовно-правовых норм»⁶⁰. Насколько это хорошо или плохо — вопрос, требующий самостоятельного рассмотрения. Такова историческая реальность, не считаться с которой нельзя; это касается и механического копирования форм, развившихся в совершенно иной культурной среде. У нас свои болезни, и для их лечения не всегда подойдут инородные лекарства.

О более совершенном уровне юридической техники свидетельствует абстрактный способ изложения норм закона, когда признаки явлений, их многообразие да-

⁵⁹ Подр. см.: Головенков П.В. Указ. соч. С. 9, 12, 31 (сноска 1); Уманский А.В., Маркунцов С.А. Указ. соч. С. 173–195.

⁶⁰ Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: учеб. для вузов / под ред. В.С. Комиссарова, Н.Е. Крыловой, И.М. Тяжковой. М.: Статут, 2012 // СПС «КонсультантПлюс». Как уже отмечалось, на этот счет существуют и иные мнения.

ются в обобщенном виде, т.е. в виде абстрактного понятия. В связи с этим трудно согласиться с законодательным «шедевром» в виде продолжения казуистического способа изложения уголовно-правовых запретов в ст. 159.1–159.6 УК РФ (мошенничество в сфере кредитования, при получении выплат, с использованием платежных карт, предпринимательской деятельности, страховании, компьютерной информации)⁶¹. В принципе, этот способ изложения уголовно-правовых запретов имеет право на существование, позволяя с большей определенностью, четче регулировать (охранять) общественные отношения — определять точное число случаев ответственности, дозировать ее и т.д. Однако невольно и здесь вспоминается былое, заимствованное из Доклада министра юстиции России о преобразовании комиссии составления законов, приложенного к Указу 28 февраля 1804 г. о преобразовании этой комиссии (Полное собрание законов, 21187): «Обыкновенно законоискусники у всех народов полагают науку составления законов в том, чтобы собрать все случаи, какие в общезнании предполагать можно, и на каждый из них постановить новый особый закон, но если бы и могли они исчислить все те случаи, какие только разум в состоянии почерпнуть из понятия о возможных действиях воли человеческой, то *из сего бы происходило несметное множество законов, несообразных с обстоятельствами, и неясных определений, а через то смешение и запутанность в самом законе*; с другой стороны, не менее справедливо и то, что *невозможно предопределить все случаи, какие впредь могут встретиться*»⁶² (курсив мой. — Л.С.).

Устанавливая уголовно-правовые запреты, законодатель должен исходить из известной максимы: быть в полной убежденности в их безусловной верности и обоснованности. На этом должны фокусироваться процедуры принятия законов для минимизации риска ошибок в правотворческой деятельности. Однако, как свидетельствуют «кульбиты» с клеветой (ст. 129, 298 УК РФ), эти процедуры далеки от совершенства (в декабре 2011 г. в целях либерализации и дальнейшей гуманизации уголовного законодательства Российской Федерации, с учетом общественной опасности деяния клевета была декриминализована, а спустя 8 месяцев (!?) вновь стала уголовно наказуемой)⁶³. Нонсенс, и только!

Хочется надеяться, что богатая история уроков национальной кодификации уголовного законодательства все же даст положительные результаты.

⁶¹ См.: Федеральный закон от 29 ноября 2012 г. № 207-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 49. Ст. 6752.

⁶² Цит. по: Таганцев Н.С. Уголовное право (Общая часть). Ч. 1. (по изд. 1902 г.) // Al Ipravo.ru. 2003. 54. Комиссия Розенкампа 1804 г. и работы Сперанского; Проект 1813 года. [Электронный ресурс РГБ.]

⁶³ СЗ РФ. 2011. № 50. Ст. 7362; № 31. Ст. 4330.

Г.А. Борисов

профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Белгородского государственного национального исследовательского университета, доктор юридических наук

В.А. Носков

профессор кафедры философии Белгородского государственного национального исследовательского университета, доктор философских наук

Герменевтика права: проблема интегративной трактовки

Статья посвящена развитию идеи о синтезирующей философии права и интегративном типе правопонимания в отечественной теории права. Уточняются представления о ключевом значении базовых естественно-правового и юридико-позитивистского типов правопознания. Рассматриваются их метаморфозы как в связи с формированием ряда над-позитивных подходов к познанию сущности права, так и подходов, ориентированных на познание внутренних закономерностей развития права с помощью эмпирических методов. Углубляются представления о социологической трактовке права, о формально-догматической методологии и новой трактовке технологической стороны правопознания. Ставится вопрос о неизбежности востребования интегративного типа понимания права и дальнейшего развития идей о современных теоретико-методологических его основаниях.

Ключевые слова: герменевтика права, тип правопознания, юснатурализм, юридический позитивизм, универсализм в понимании права, интегративное понимание права, гражданское общество, правовое государство, социологическая трактовка права, формально-догматическая методология правопознания, технологическая трактовка права, юридическая техника.

Современное развитие правовой системы обусловливается процессами секуляризации, гуманизации, демократизации жизни общества, стимулированием многообразных форм, механизмов и способов социального самовыражения человека, раскрепощения его творческих сил и способностей. В то же время в этих судьбоносных процессах право играет не только роль объекта, т.е. производного фактора, но и роль субъекта — их активной стороны. Это выражается в стремлении ключевых участников (акторов) формирования, развития и структурирования государственно-правовой жизни опираться на право и законодательство как фундаментальные ориентиры и регуляторы, придающие движению социальной реальности устойчивый, последовательный и предсказуемый характер. Иными словами, социальные процессы неизбежно нуждаются в адекватном юридическом оформлении с актуализацией не просто факта обозначения, фиксации их бытия, но факта

их *легитимного бытия*, т.е. их правовой оценки, во многом определяющейся тем, какие типы правопонимания закладывались в теоретико-методологические основания трактовки феномена права.

Не претендуя на всеобъемлющую картину того, что в историческом разрезе было сделано для прояснения самого понятия «право», ограничимся анализом трех точек зрения, ставших классическими в мировой философской и политико-правовой мысли.

По мнению Т. Гоббса, генезис права следует выводить из естественного состояния человека, когда имеет место «война всех против всех»¹. Соответственно, возникающее естественное право позволяет человеку «делать все, что угодно, и против кого угодно»². В качестве реакции на освященную естественным правом необузданную свободу и вседозволенность возникает то, что предписано разумом, а отнюдь не является результатом соглашения людей — естественные (моральные) законы, которые, однако, сами по себе не являются безусловным императивом, ибо очевидно, что предписания можно как исполнять, так и игнорировать. Подобная дилемма устраняется в гражданских законах, инициированных, созданных и получающих свою реализацию благодаря государству. Отсюда в концепции Т. Гоббса вырисовывается редукция права (в своих высших проявлениях) к порядку, гарантом которого является государство вне зависимости от того, самодовлеющей или подчиненной обществу силой оно является. Следовательно, свобода как субстанция права вначале являет собой обусловленную природой человека вседозволенность, затем — санкционированные разумом моральные ограничения и, наконец, — политические ограничения, освященные авторитетом и силой государства. Именно последняя форма права воплощает собой, по мнению Т. Гоббса, высшую регулятивную силу общества.

Трактовка И. Канта права осуществляется в рамках требований практического (волевого) разума, ибо «практическое есть все то, что возможно благодаря свободе»³. Свобода — коррелят личности, руководствующейся «категорическим императивом» или априорным нравственным законом, который гласит: «Поступай согласно такой максиме, которая в то же время сама может стать всеобщим законом»⁴. Отталкиваясь от данной идеи, И. Кант соотносит мораль и право соответственно как внутренний (мотивирующий) и внешний (принуждающий) регуляторы поведения человека. В рамках данной взаимосвязи право изначально выступает как производное от морали, но и последняя существует постольку, поскольку признается значимость правового фактора в жизнедеятельности общества и государства. В итоге интерпретационная модель права у И. Канта представлена логической цепочкой «мораль — право — правовое государство», где каждое звено рассматривается не только с точки зрения его большей или меньшей значимости (как у Т. Гоббса), а в аспекте учета его детерминантных (определяющих) и дериватных (производных) свойств по отношению к другим звеньям этой цепочки. Исходя из этого, моральный критерий становится высшим мерилем всего, что имеет отношение к правовой реальности в различных ее формах и проявлениях.

¹ Гоббс Т. Избранные произведения: в 2 т. Т. 2. М.: Мысль, 1964. С. 152.

² Там же. С. 306.

³ Кант И. Соч.: в 6 т. Т. 3. М., 1964. С. 658.

⁴ Там же. С. 279.

Философия права Гегеля занимает исключительное место в силу того, что «до Гегеля понятие «право» не употреблялось в столь широком значении, охватывающем всю ту область, которая обозначается им как сфера объективного духа»⁵. Согласно Гегелю, право как выражение свободы, не может существовать вне диалектического процесса объективации духа, включающего в себя такие ступени своего развития, как абстрактное право, мораль, нравственность. Каждая из этих ступеней обладает «своим собственным правом, так как она есть наличное бытие свободы в одном из ее определений»⁶. Относительно абстрактного права является непосредственная свободная воля единичного лица, морали — рефлексированная в себя частная свободная воля, нравственности — субстанциальная воля «как соответствующая своему понятию действительность в субъекте и тотальность необходимости»⁷. Именно в сфере нравственности право и мораль достигают абсолютного единства, переходят друг в друга и сливаются друг с другом. В свою очередь, нравственность как завершение объективного духа воплощается в семье, гражданском обществе, государстве, венчая собой в данных моментах своего развития регулятивную пирамиду общества.

Таким образом, на примере анализа трех классических интерпретаций права можно прийти к выводу, что признание свободы в качестве субстанции права есть общепризнанная истина, что, однако, закономерно и неизбежно подразумевает плюрализм точек зрения, порожденный стремлением перейти от абстрактного (потенциальной свободы) к конкретному (актуальной свободе) в деле прояснения данного вопроса. Выходит, что в одном случае право изначально «отягощено» гражданским законом (Т. Гоббс), во втором — моралью (И. Кант), в третьем — нравственностью (Г. Гегель). Но в любой из этих концепций получают прописку темы, мотивы и контуры юснатуралистской, позитивистской, социологической и иных трактовок права, что свидетельствует об их непреходящем значении для политико-правовой мысли как в прошлом, так и в настоящем.

Если принять отмеченное обстоятельство как данность, то приходится констатировать, что формирование и развитие права есть история противоборства различных типов правопонимания, т.е. различных подходов к пониманию, что есть сущность права как специфического явления социальной жизни⁸. В условиях и в ходе отмеченного противопоставления отчетливо просматривалась господствующая тенденция опоры каждого из этих типов правопонимания на идею *универсализма*, т.е. обобщенного понимания права. Она может здесь выступать либо в качестве ключевой детерминанты иных его трактовок, либо в виде притягивающей, аккумулирующей их силы, либо как фактор, аннигилирующий, упраздняющий все, что содержат оппозирующие по отношению к нему (данному подходу) интерпретации права.

Универсализм в правопонимании тяготеет при этом к преобладанию, даже абсолютизации какого-либо одного из его типов, в основе которого лежит определенная

⁵ Нерсесянц В.С. Философия права. М.: Норма, 2005. С. 505.

⁶ Гегель Г.В.Ф. Философия права. М.: Мысль, 1990. С. 90.

⁷ Гегель Г.В.Ф. Энциклопедия философских наук. Т. 3. Философия духа. М.: Мысль, 1977. С. 329.

⁸ См.: Проблемы теории государства и права: учеб. / под ред. В.М. Сырых. М.: Эксмо, 2008. С. 41.

правовая реальность. Она трактуется как некая однородность в том смысле, что ее можно подогнать под единую объяснительную схему (норму) только данного правового типа, поскольку иные подходы к объяснению права в свете обозначенной установки становятся излишними и невостребованными. Подобная универсалистская ограниченность приводит к тому, что одна из интерпретаций права объявляется легитимной, а другие — нет, что автоматически ведет к принижению, а зачастую к игнорированию их эвристического потенциала, в конечном счете — к обеднению представлений о самой правовой жизни общества. Выход видится в *интегративном* понимании права — вполне очевидной альтернативе универсалистским интенциям в герменевтике права.

Интегративное понимание права исходит из признания разнородности правовой реальности, т.е. использования различных типов правопонимания как отражения этой разнородности с тем принципиальным допущением, что свою эвристическую ценность каждый из подходов к правопознанию может проявить, лишь соотносясь с другими его типами. Поскольку сама разнородность этой реальности не безусловна, т.е. имеет относительный характер, то очевидность интегративной интерпретации права никто не оспаривает, хотя признание этой идеи не трансформируется в ее надлежащее обоснование, поскольку все это осуществляется в основном на уровне абстракций — общих рассуждений, а не в русле конкретики — их предметного «заземления». О.В. Мартышин, например, отмечает: «Не лучше ли... не искать универсальное понятие, а сочетать разные понятия и определения, имея в виду, что каждое из них в отдельности неполно и относительно, и лишь их совокупность дает разностороннее представление о праве?»⁹

Обоснованность высказанного соображения очевидна, хотя при этом нельзя не видеть ее декларативности, того, что она сформулирована в общих чертах и, соответственно, не подкрепляется анализом конкретных социальных проблем, событий или фактов. Можно предположить, что интегративная трактовка природы права выступает в качестве противостоящего фактора по отношению к *поэлементно-структурной его герменевтике*. Это подразумевает трактовку правовой жизни общества как разнородной реальности, но с акцентом на то, что ее составляющие в известной степени самодостаточны и, следовательно, нуждаются лишь в «своем» типе правопознания, позволяющем более или менее точно отразить, понять их природу. Проблема, таким образом, заключается в избегании крайностей, с одной стороны, универсалистских, с другой — сепаратистских предпочтений в трактовке права. Апелляция к праву при этом — это одно, а его трактовки — это другое, поскольку соответствующие истолкования сами детерминированы и «высокими», и «приземленными» теориями. В первом случае задается ориентация на понимание *абстрактной сущности права*, а во втором — его *конкретной сущности*. С точки зрения предельного абстрагирования сущность права видится в первооснове, которая накладывается на социальную реальность, изначально олицетворяющую собой принципиально однородное социальное бытие.

Смысл такой однородности в том, что все его фрагменты (элементы) подвержены правовому управляющему воздействию, осуществляемому по единым, универсальным и однозначно трактуемым «правилам игры», которые задаются

⁹ См.: Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. 2003. № 6. С. 17.

соответствующим типом правопонимания, становящимся в этих условиях самодостаточной регулятивной силой и, следовательно, не нуждающейся в использовании потенциала других правовых регуляторов (типов правопознания). Парадигма абстрактной сущности права представляется убедительной, но с одной принципиальной оговоркой — она «работает» в рамках теории «вообще», но отнюдь не тогда, когда эта теория опредмечивается, экстраполируется, преломляется, т.е. используется как инструмент объяснения и понимания феноменологических (проявляющихся) форм правовой жизни. Ведь именно в ходе подобного анализа обнаруживается гетерогенный характер этой жизни, ее очевидная неоднородность, разнокачественность и многоликость. Это самый весомый довод в пользу понимания *конкретной сущности права*, ориентированной как раз на учет данных обстоятельств. Следовательно, в реальном (актуальном) познании обнаружение, собирание, обобщение, приращение знания относительно социальной и правовой реальности заключено не на путях противопоставления, а на основе сопряжения, или, если угодно, интеграции эвристического потенциала различных типов правопонимания, поскольку то, что убедительно трактуется в рамках одной интерпретации права, представляется неубедительным в рамках другого его истолкования.

Правопонимание, таким образом, — это герменевтика (трактовка) права с точки зрения двух взаимосвязанных познавательных стратегий, одна из которых апеллирует к праву как таковому, другая — к социальной реальности, которую право призвано отразить и объяснить. Образующаяся в связи с этим дилемма свидетельствует о том, что либо социальная реальность должна подгоняться под существующий тип правопонимания, либо, наоборот, эта реальность (или какой-либо ее фрагмент) в решающей степени определяет уместность использования того или иного типа правопонимания. Думается, что второй путь более плодотворен, так как в его основе лежит принципиальное допущение — признание *гетерогенного характера* этой реальности, ее разнородности, что предполагает сосуществование различных качеств в рамках ее бытия. Качество, как известно, есть тождественная с бытием определенность (Г.Ф. Гегель). Разнородность правовой реальности, таким образом, порождена спецификой уровней жизнедеятельности общества, его сфер, состояний, механизмов развития, «проблемных полей» и т. д.

Вместе с тем подобное допущение неизбежно предполагает корреляцию — соотнесенность с познавательным процессом, в котором смысловым ядром являются концепции правопознания. Каждая из них в своем прикладном назначении отвечает за «конкретное качество», а не за «качество вообще», поскольку не претендует на универсализм в объяснении социальной реальности, а реализует свои эвристические возможности *партикулярно*, «отвечая» за тот или иной модус ее бытия.

Из каких правовых позиций, например, можно исходить, если анализировать проблему взаимосвязи гражданского общества и правового государства? По сути дела речь идет о возможности и необходимости решения проблемы *порядка*, которая с точки зрения Т. Гоббса считается важнейшей, если не главной, проблемой общества. Порядок — это не столько фатальный, сколько условный факт, ибо он являет собой диалектическое единство устойчивости и неустойчивости, постоянства и изменчивости, преемственности и разрыва применительно к историческому развитию. Выражаясь метафорически, социальный порядок — это не подарок, а приз, за который нужно бороться, используя весь арсенал средств. Но в связи

с этим возникает вопрос о том, кто уполномочен использовать данные средства. Здесь приходится констатировать двойственность самих основ порядка, ибо порядок должен в идеале поддерживаться, с одной стороны, *правовым государством*, а с другой — *гражданским обществом*. Порядок, таким образом, существует, воспроизводится, трансформируется благодаря наличию двух проблемных полей (полюсов) — *свободы* как коррелята гражданского общества и *справедливости* — коррелята правового государства. Свобода в своем эмпирическом приземлении есть атрибут конкретных индивидов — носителей *персональной ответственности* по отношению к социальному миру, тогда как *тотальная ответственность* с не меньшей очевидностью атрибутируется государством, отвечающим за порядок в масштабах всего общества. Если редуцировать (упростить) приведенные характеристики такого соотношения, то можно сделать вывод, что на индивидуальном уровне свобода поглощает справедливость, а на уровне государства — наоборот, справедливость первична, а свобода вторична.

Уже это допущение рождает сомнение относительно правомерности использования одного типа правопонимания применительно к интеракции правового государства и гражданского общества, ибо здесь приходится соединять, стыковать противоположные миры, воплощающие, с одной стороны, горизонтальные (в лице гражданского общества), а с другой — вертикальные (в лице правового государства) процессы, связи и отношения. Получается, что исследование проблематики взаимодействия гражданского общества и правового государства обусловлено императивностью *правового дуализма*, ибо и то, и другое олицетворяют предполагающие друг друга, но не тождественные основы социальной и правовой реальности.

Выше обозначенные методологические акцентировки можно развернуть и конкретизировать следующим образом. Если исходить из исторически сложившегося деления права на «натуральный» и «искусственный» блоки, то гражданское общество востребует в качестве своей правовой характеристики «естественное право», тогда как суть правового государства наиболее адекватно отражается в юридической версии «позитивного права». В объеме понятия формально-догматической методологии в интегративной трактовке находит свое место также исследование и понимание государства с позиции различных методологических подходов: от легистского — к технологическим интерпретациям¹⁰.

Неоспоримым при этом становится тот факт, что гражданское общество состоит из свободных людей, осознающих свои права и обязанности, способных защищать их от чрезмерной опеки со стороны государства на основе четкой артикуляции своих интересов, практической реализации корпоративной (ассоциативной) солидарности, позиционирования себя в качестве равноправного партнера государства. Однако подобные социальные качества и свойства атрибутивно предполагают естественно-правовую оболочку, так как они осознаются как *правовые нормы, возвращенные «снизу», рожденные самой природой человека*, а не дарованные «сверху», по желанию и воле государства. Только в данном контексте эти нормы становятся легитимной саморегулирующей силой общества. Иная трактовка, в частности,

¹⁰ См.: *Корнев В.Н.* О некоторых методологических подходах к исследованию государства // Российская юстиция. 2009. № 12. С. 66–68; *Четвернин В.А.* Понятие права и государства. Введение в курс теории права и государства. М.: Дело, 1997. С. 83–104 и др.

с позиций другого типа правопонимания, становится неубедительной, «зависает в воздухе», теряет свою релевантность.

С позиций какого типа правопонимания уместна трактовка проблемы правового государства? Ход исторического процесса подсказывает, что природные права человека могут проявляться как в позитивном, так и в негативном аспекте. Например, оборотной стороной свободы является не только ответственность, но и *эгоизм* — абсолютизация собственного индивидуального и корпоративного самовыражения одних лиц при одновременном игнорировании прав, запросов и интересов других лиц. Причем подобная интенция может быть оправдана ссылкой именно на естественно-правовую природу человека. Можно, конечно, возразить, что означенный негативный тип личности воспроизводится *социальными условиями*, провоцирующими подобные устремления, расширяющими масштабы эгоистического самовыражения человека.

Но, как представляется, наряду с обозначенными условиями, актуализируется проблема *предисловий* — наличия четко артикулированных норм юридического позитивного права. Их формальным источником становится государство, отвечающее за порядок в обществе с точки зрения *справедливости*, т.е. обеспечения первичности социального по отношению к индивидуальному, интересов и запросов общества по отношению к намерениям и желаниям отдельных индивидов и т.д. Позитивное право в аспекте подчеркивания приоритета ценности порядка вкупе с гарантией обеспечения и реализации ценности свободы личности — это и есть правовое государство. В «сухом остатке» получается, что гражданское общество и правовое государство как ключевые акторы социальной жизни являются носителями, соответственно, естественного и позитивного начал в праве и, таким образом, продуцируют, рождают, задают соответствующие типы правопонимания — *естественно-правовой и юридико-позитивистский*. Последние становятся базовыми среди всех других научных подходов к правопознанию.

При этом необходимо признать, что характеристика реальных взаимоотношений гражданского общества и правового государства приводит к метаморфозам названных *ключевых* (базовых) типов правопонимания. Это получает свое воплощение, с одной стороны, в условиях формирования ряда надпозитивных подходов к познанию сущности права, порожденного самой природой человека в его взаимодействии с теми факторами, которые трансцендентны по отношению к праву (мировоззренческие, психологические, аксиологические, теологические, нравственные, антропологические и др.).

С другой стороны, в направлении отвлечения от внешнефакторного воздействия на право и акцентировки внимания на познании собственной нормативной природы права с использованием познающими субъектами специфических приемов, способов и средств научного поиска формируется множественность исследовательских направлений, нацеленных на собирание, описание, обобщение, возведение в принцип реально существующих правовых явлений. Объектом научного анализа становится исключительно позитивное право с точки зрения того, как оно устроено и образовано независимо от его содержания, т.е. в облике действующего законодательства. Как объективное, так и субъективное право здесь познается как данность, представлено в накопленном обширном законодательном материале и в равноценной совокупности знаний о внутренних его закономерностях, в соответ-

ствии с которыми оно существует, развивается, приобретая в этом процессе новые качества. С помощью эмпирических методов законодательные предписания могут лишь уточняться, но не формулироваться изначально, как это имеет место, допустим, в естественно-правовой концепции правопознания.

Юридический позитивизм рассматривается как явление собирательное. Оно охватывает ряд других концепций правопознания, определяющих саму сущность права, исходящих из того, что исследовательской базой для его определения являются действующие юридические решения (законы, правовые акты судебной власти), а также другие реальные правовые явления — правовой порядок, правовые отношения, правосознание и др. Модуль классического (догматического) позитивизма, например, с учетом названных особенностей эмпирической основы оценивается как исходный. В нем право рассматривается не только как объективированные юридические решения, но и как преобразованное законодательство такого качества, при котором выявленное содержание реальных законоположений в максимальной степени эффективно можно применить к каждому конкретному случаю. В научных исследованиях данный тип правопознания именуют юридической техникой и формально-догматическим методом. Последний не является чем-то, извне занесенным в право. Напротив, он становится единственным способом верного практического владения им¹¹.

Названные разновидности юридического позитивизма не исключают формирование других его направлений, которые, в частности, ассоциируют право с целями и интересами субъектов правовых отношений (юриспруденция интересов), с фактическим правопорядком, с «правом в действии» (которое противопоставлялось «праву в книгах»), с фактическими юридически значимыми действиями субъектов (прагматический позитивизм). Востребованность названных моделей юридического позитивизма обусловлена тем, что сформулированные государством нормы должны воплотиться на практике, равно как и естественные права человека необходимо наполнить содержанием через конкретные процедуры и механизмы их артикуляции, реализации и защиты. Связующим звеном здесь являются *решения правового характера*, принимаемые государственными органами либо с опорой на существующие законы, либо путем правотворчества в форме прецедентов, но замыкающиеся, в конечном счете, на правах и законных интересах конкретных граждан. В этом отношении большое значение приобретает *социологическая трактовка права, прагматический позитивизм*, который становится одним из ведущих направлений, задающих выходы и на проблему *легизма* — правового государства с точки зрения эффективности принятых правовых решений, и на проблему *юснатурализма* — гражданского общества с точки зрения защиты естественных прав человека.

Прагматической составляющей процесса социализации (развертывания) легизма и юснатурализма, в частности, является *формально-догматическая методология правопознания*. Здесь нужно, с одной стороны, принимать во внимание, насколько продуктивно и целеустремленно структуры власти и уполномоченные лица (в лице чиновничества и служащих) овладевают буквой и духом закона с вытекающими из этого алгоритмами их действий и процедур. С другой стороны, в какой степени

¹¹ См.: Усков О.Ю. Юридическая техника как формально-догматическая методология: учеб. пособие. Белгород: БелГУ, 2007. С. 10–12.

граждане государства владеют знаниями данных ипостасей (форм) правовой реальности с целью адекватного реагирования на изменяющиеся условия и обстоятельства, реализации и защиты своих прав и законных интересов. В рамках догматического контекста взаимодействия гражданского общества и правового государства на первый план выходит *технологическая трактовка права*, тогда как мировоззренческие, аксиологические, нравственные, психологические и иные надпозитивные подходы становятся герменевтической калькой второго порядка.

На технологический контекст формально-догматической методологии в последнее время все чаще обращается внимание. Эта сторона формально-догматической методологии именуется в юридической литературе юридической техникой. Она определяется как «система профессиональных юридических правил и средств, используемых при составлении правовых актов и осуществлении иной юридической деятельности в сферах правотворчества, правоинтерпретации, властной и невластной реализации права, обеспечивающих совершенство его формы и содержания»¹².

В результате получается, что, например, правовая оценка гражданского общества — это одно, правового государства — другое, реального взаимодействия гражданского общества и правового государства — третье, догм (канонов) этого взаимодействия — четвертое и т.д. В каждом из этих случаев один тип правопонимания играет ведущую, а остальные — вспомогательную роль.

При всей, на первый взгляд, несовместимости проанализированные типы правопонимания представляют собой некое диалектическое (противоречивое) единство, особенно в прикладном аспекте, т.е. в их использовании в качестве познавательного инструментария применительно к конкретным явлениям, событиям и процессам социальной жизни. Этот парадигмальный симбиоз неизбежно востребует интегративное понимание права, выступающего в связи с этим как система, где каждый ее элемент (тип правопонимания) одновременно играет роль и причины (детерминанты) по отношению к другим элементам, и следствия (деривата). Какой тип правопонимания становится причиной, а какой — следствием, определяется познавательным контекстом — целью и задачами, объектом и предметом исследования, мировоззренческо-методологической ангажированностью познающего субъекта и т.д. Ясно в связи с этим, что интегративная методология правопонимания востребуется тогда, когда она формируется и обозначается не как «в себе бытие», но как «для себя бытие». Это равнозначно реальному применению, использованию данной методологии в анализе социальной реальности в аспекте подчеркивания ее многообразия, многоликости, разнородности, диалектического характера развития, не сводимого к тому, что кажется очевидным. Ипостась очевидного может быть также тем, что уводит в сторону познающую мысль, затушевывает существо возникающих проблем и, следовательно, провоцирует аберрации (отклонения) в их изучении, понимании и оценке.

¹² Давыдова М.Л. Теоретические и методологические проблемы понятия и состава юридической техники: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Волгоград, 2010. С. 8.

А.Я. Петров

профессор кафедры
трудового права факультета
права Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики»,
доктор юридических наук

Виды гарантий и компенсаций, их классификация

В статье предпринята попытка сформулировать новые подходы к определению видов гарантий и компенсаций, их классификации. На основе раздела VII и иных норм Трудового кодекса Российской Федерации, доктрины трудового права исследуются вопросы гарантий, гарантийных выплат, компенсаций и компенсационных выплат.

Ключевые слова: виды гарантий и компенсаций, их классификация, гарантийные выплаты, компенсационные выплаты, раздел VII Трудового кодекса Российской Федерации.

Согласно ст. 165 Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ) помимо общих гарантий при приеме на работу (переводе на другую работу, по оплате труда и др.) работникам предоставляются определенные гарантии в случаях:

- 1) направления в служебные командировки;
- 2) переезда на работу в другую местность;
- 3) исполнения государственных или общественных обязанностей;
- 4) совмещения работы с обучением;
- 5) вынужденного прекращения работы не по вине работника;
- 6) предоставления ежегодного оплачиваемого отпуска;
- 7) прекращения трудового договора по отдельным основаниям;
- 8) задержки по вине работодателя выдачи трудовой книжки при увольнении работника;
- 9) иных, предусмотренных ТК РФ и иными федеральными законами.

При предоставлении гарантий и компенсаций соответствующие выплаты производятся за счет средств работодателя. Органы и организации, в интересах которых работник исполняет государственные или общественные обязанности (присяжные заседатели, доноры, члены избирательных комиссий и др.), производят работнику выплаты в порядке и на условиях, которые предусмотрены ТК РФ, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации. В указанных случаях работодатель освобождает работника от основной работы на период исполнения государственных или общественных обязанностей.

В науке трудового права представлены различные точки зрения по вопросам подразделения гарантий и компенсаций на определенные виды. Так, В.Н. Скобелкин предлагал подразделять юридические гарантии трудовых прав на три группы:

- 1) гарантии, обеспечивающие вступление в правоотношение;
- 2) гарантии, обеспечивающие беспрепятственное осуществление трудовых прав в правоотношении;
- 3) гарантии, обеспечивающие восстановление нарушенных прав.

К гарантиям, обеспечивающим вступление в правоотношение, он относил запрет необоснованных отказов в приеме на работу, разрешение принимать граждан на работу с неполным рабочим днем и неполной рабочей неделей либо устанавливать неполное рабочее время впоследствии. В свою очередь гарантиями, обеспечивающими беспрепятственное осуществление трудовых прав в правоотношении, ученый-юрист называл, например, установление обязанности администрации согласовывать свои действия с общественным или государственным органом либо с самим работником, осуществлять контроль за соблюдением трудового законодательства и прав трудящихся. Наконец, в качестве примера гарантий, обеспечивающих восстановление нарушенных прав, он указывал возможность работника обжаловать незаконные действия работодателя¹.

О.В. Смирнов классифицировал гарантии по содержанию и способам их осуществления: а) материально-правовые; б) процессуальные; в) общественно-правовые, т.е. такие, которые связаны с осуществлением охранной функции профсоюзов. Кроме этого, он подразделял гарантии трудовых прав по целевому назначению, а именно:

- а) гарантии реализации трудовых прав;
- б) гарантии охраны трудовых прав.

К гарантиям реализации трудовых прав О.В. Смирнов относил, в частности, право работника расторгнуть по своей инициативе трудовой договор, повышенную оплату за работу в сверхурочное время и праздничные дни. К гарантиям охраны трудовых прав — обязанность администрации предприятия или учреждения согласовывать свои действия с общественными органами, строго определенный перечень оснований, по которым администрация может увольнять работников, привлекать их к материальной ответственности².

В данном случае представлена заслуживающая пристального внимания классификация гарантий трудовых прав в широком смысле.

В теории трудового права классифицируются гарантии трудовых прав на виды и в узком смысле, т.е. они подразделяются на гарантийные выплаты и гарантийные доплаты, выплачиваемые работнику с целью недопущения снижения его заработной платы. Так, С.С. Каринский подчеркивал, что все предусмотренные законодательством гарантийные выплаты могут быть подразделены на две группы. К первой группе относятся выплаты, производимые тогда, когда работник не должен был выполнять возложенные на него трудовые обязанности, а ко второй группе — выплаты, производимые тогда, когда работник не мог выполнять свои трудовые обязанности³.

¹ См.: Скобелкин В.Н. Юридические гарантии трудовых прав рабочих и служащих в СССР: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1971. С. 13. С. 17–20, 22, 26, 29.

² См.: Смирнов О.В. Гарантии трудовых прав рабочих и служащих по КЗоТ РСФСР 1922 года // КЗоТ РСФСР 1922 года и современность. Тр. ВЮЗИ. М., 1974. Т. 35. С. 44–46.

³ См.: Каринский С.С. Правовая природа гарантийных и компенсационных выплат, предусмотренных трудовым законодательством // Уч. зап. ВНИИСЗ. М., 1966. Вып. 8. С. 125–126.

Некоторые юристы классифицировали гарантийные выплаты по трем группам:

- 1) выплаты, при которых заработная плата сохраняется полностью;
- 2) выплаты, которые начисляются в процентном отношении к заработной плате или в определенном размере, отличающемся от среднего заработка;
- 3) выплаты, при которых сохраняется зарплата, но ее выплата ограничена определенным сроком⁴.

Иная позиция: гарантийные выплаты (доплаты) предоставляются в виде выплаты среднего заработка или его части (доплаты до среднего заработка) в случаях, когда работник полностью или частично освобожден от выполнения трудовых обязанностей⁵.

Классификация компенсационных выплат представлена в науке трудового права также неоднозначно. С точки зрения В.С. Короткова, все компенсационные выплаты могут быть подразделены на выплаты, компенсирующие фактические материальные расходы рабочих и служащих, и выплаты, компенсирующие возможное повышение материальных расходов. Значение данной классификации он видел в том, что благодаря подобному делению компенсационных выплат устанавливается различие в их размерах⁶.

Н.В. Калпина классифицирует компенсационные выплаты по основаниям, влекущим их возникновение (командировки, использование инструментов), а также в зависимости от вида выплат, с учетом их служебной роли, узкого целевого назначения (суточные, выплаты, призванные возместить расходы, связанные с переездом и провозом багажа, единовременное пособие, выходное пособие, компенсация за амортизацию инструментов, за невыданную спецодежду)⁷.

Классификация компенсационных выплат по трем группам исходя из их оснований представляется наиболее распространенной. По такому критерию выделяются компенсационные выплаты, которые предоставляются при:

- а) направлении в служебную командировку;
- б) переводе работника на работу в другую местность;
- в) использовании работником собственного инструмента или приобретения спецодежды для нужд предприятия⁸.

В доктрине предлагается также классификация исходя из условий и способов предоставления работникам гарантий и компенсаций в сфере труда. При этом нельзя не учитывать и особенности субъектного состава отношений по предоставлению гарантий и компенсаций, а также их целевое назначение. Исходя из условий предоставления гарантий и компенсаций, можно выделить гарантии и компенсации, предоставляемые работникам при:

⁴ См.: *Цыпкина И.С.* Совершенствование законодательства о гарантийных и компенсационных выплатах: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1986. С. 39.

⁵ См.: *Зайцева Л.В.* Трудовые гарантии и компенсации: проблемы единообразия толкования // Международные юридические чтения: матер. науч.-практ. конференции (12 апреля 2006 г.). Омск, 2006. Ч. 5. С. 24.

⁶ См.: *Коротков В.С.* Гарантийные выплаты и гарантийные доплаты к заработной плате по советскому трудовому праву: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1966. С. 88.

⁷ См.: *Калпина Н.В.* Компенсационные выплаты по советскому трудовому праву: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1971. С. 28.

⁸ См.: *Зайкин А.Д.* Правовое регулирование заработной платы в СССР. М., 1961. С. 12; *Каринский С.С.* Правовое регулирование заработной платы в СССР. М., 1963. С. 38; *Лившиц Р.З.* Проблемы правового регулирования заработной платы в СССР: дис. ... д-р юрид. наук. М., 1972. С. 73.

- 1) направлении в служебную командировку или служебную поездку;
- 2) переезде на работу в другую местность;
- 3) исполнении государственных или общественных обязанностей;
- 4) обучении в образовательном учреждении;
- 5) временной нетрудоспособности;
- 6) использовании личного имущества в интересах работодателя, а также в других случаях, предусмотренных локальными нормативными актами, коллективными договорами, соглашениями, трудовыми договорами.

В.И. Симонов классифицирует гарантии и компенсации исходя из:

- 1) условий их предоставления работникам;
- 2) способов их предоставления работникам;
- 3) особенностей субъектов отношений по предоставлению гарантий и компенсаций;
- 4) их целевого назначения.

В связи с этим по первому критерию выделены гарантии и компенсации, предоставляемые работнику при:

- а) направлении в служебную командировку или служебную поездку;
- б) переезде на работу в другую местность;
- в) исполнении государственных и общественных обязанностей;
- г) прохождении профессионального обучения у работодателя;
- д) временной нетрудоспособности;
- е) использовании личного имущества в интересах работодателя, а также в других случаях, предусмотренных локальными нормативными актами, коллективным договором, соглашениями, трудовым договором.

По видам (формам) предоставления работникам гарантий и компенсаций выделяются имущественные (в денежной форме) и неимущественные (в неденежной форме), которые носят как общий, так и специальный характер.

По субъектному критерию выделяются общие и специальные гарантии и компенсации. К числу общих исследователь относит те, которые предоставляются при участии в коллективных переговорах, подготовке проекта коллективного договора, соглашения, при приеме на работу, переводе на другую работу, обработке персональных данных работника, установлении продолжительности рабочего времени, времени отдыха, охране труда и в других случаях. Специальными гарантиями и компенсациями являются те, которые связаны с особенностями правового регулирования труда отдельных категорий работников (разд. XII ТК РФ).

По целевому назначению выделяются гарантии и компенсации исходя из вида отношений, входящих в предмет трудового права:

- а) отношений, предшествующих трудовым,
- б) трудовых и сопутствующим им отношений;
- в) отношений, вытекающих из трудовых⁹.

Итак, виды, классификация гарантий и компенсаций, представленные в исследованиях советских и российских ученых-трудовиков, заслуживают пристального внимания. Без анализа этих исследований вряд ли можно сформулировать адекватную современным социально-экономическим потребностям общества правовую

⁹ См.: Симонов В.И. Реализация права на гарантии и компенсации в трудовых отношениях: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 21–23.

концепцию гарантий и компенсаций. При этом нельзя не отметить, что с позиции методологической науки традиционно систему гарантий прав и свобод человека и гражданина подразделяют на общие (экономические, политические, идеологические) и специальные (юридические). При этом их проявление представляется различным.

Экономические гарантии (эффективность общественного производства, фонд свободного времени и др.) обуславливают, например, реальность права на отпуск, так как создают материальные предпосылки для его осуществления.

Политические гарантии определяются состоянием и развитием политической системы общества, включая государство и государственную власть. Поэтому политические гарантии права определяются через направленность политики государства в сфере труда и занятости и их правового регулирования.

Идеологические гарантии относятся к мировоззрению человека и гражданина, к их правовой культуре и правосознанию. Особое значение имеют в данном контексте правосознание и правовая культура представителей работодателей-организаций и работодателей — физических лиц, которые нередко игнорируют трудовые права работников и гарантии этих прав.

Общие (фундаментальные) гарантии образуют комплекс базовых условий, которые определяют реальность основных прав и свобод человека и гражданина.

Юридические (правовые) гарантии — это совокупность специальных правовых средств и способов, при помощи которых реализуются, охраняются и защищаются права и свободы, пресекаются их нарушения, восстанавливаются нарушенные права¹⁰. Юридические гарантии — это правовые нормы (обязывающие, управомочивающие и запрещающие), предусматривающие средства обеспечения осуществления и защиты субъективных прав и обязанностей и выраженные в форме дозволений, предписаний, запретов.

С точки зрения общей теории права гарантии подразделяются на *конституционные и отраслевые*. Конституционные гарантии являются фундаментом гарантирования основных прав и свобод человека и гражданина. Так, в Конституции Российской Федерации предусмотрено следующее:

- государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина (ч. 2 ст. 19)¹¹;
- государство гарантирует защиту прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации (ч. 1 ст. 45);
- каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод (ч. 1 ст. 46);
- в Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина (ч. 2 ст. 55).

Исходя из субъективного критерия юридические гарантии в трудовом праве можно подразделить на *общие и специальные*. К общим гарантиям относятся такие средства обеспечения прав, которые применимы ко всем работникам.

¹⁰ См.: Гловов С.А., Миронов О.О., Фомиченко М.П., Шаклеин Н.И. Права человека в международном и российском праве: курс лекций / отв. ред. О.О. Миронов. М., 2007. С. 56.

¹¹ Представляет интерес предложение о дополнении ч. 2 ст. 19 Конституции Российской Федерации указанием, что государство гарантирует не только равенство прав и свобод человека и гражданина, но и равенство возможностей. См.: Евдонова С.В. Равенство прав и возможностей работников как отраслевой принцип трудового права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 9.

Согласно ч. 1 ст. 165 ТК РФ помимо общих гарантий и компенсаций работникам также предоставляются гарантии и компенсации в случае направления в служебную командировку, переезда на работу в другую местность, исполнения государственных или общественных обязанностей, совмещения работы с обучением и в других случаях, предусмотренных трудовым законодательством. Несмотря на такую конструкцию ст. 165 ТК РФ, очевидно, не совсем правильно было бы квалифицировать указанные гарантии и компенсации как специальные.

Специальными (дополнительными) гарантиями и компенсациями следовало бы признать те, которые связаны с особенностями правового регулирования труда отдельных категорий работников (разд. XII ТК РФ) и отражают дифференциацию в правовом регулировании отношений, входящих в предмет трудового права. Например, специальные юридические гарантии, предусмотренные для женщин, лиц с семейными обязанностями, для работников, не достигших возраста 18 лет, руководителей организаций и т.д.

Гарантии и компенсации можно подразделить и на такие группы, как *имущественные и неимущественные*. К имущественным гарантиям работников следует отнести, например, сохранение среднего заработка; к компенсациям — выплату за амортизацию инструментов, которые работник использовал в интересах работодателя. К неимущественным гарантиям работников можно отнести, например, сохранение места работы (должности). Целевое назначение гарантий и компенсаций позволяет выделить те из них, которые обеспечивают функционирование:

- трудовых отношений;
- иных отношений, непосредственно связанных с трудовыми (ст. 1 ТК РФ).

С учетом целевого назначения гарантии представляется обоснованным классифицировать на гарантии реализации и охраны (защиты) трудовых прав работников и работодателей.

Гарантии и компенсации логично классифицировать по их *содержанию* (ст. 21–22 ТК РФ), а также по субъекту трудового правоотношения:

- а) гарантии и компенсации, предусмотренные для работников;
- б) гарантии и компенсации, установленные для работодателей.

Известной и распространенной гарантией на практике для работодателя является положение ст. 80 ТК РФ о двухнедельном сроке предупреждения работодателя об увольнении работника по его инициативе.

Раздел VII ТК РФ закрепляет случаи предоставления гарантий и компенсаций, которые распространяются на всех работников, что определяет единство правового регулирования отношений по предоставлению гарантий и компенсаций. Вместе с этим в разд. XII ТК РФ сосредоточены нормы о гарантиях и компенсациях, характерные для отдельных категорий работников. В этом проявляется дифференциация трудового права в регламентации отношений по предоставлению гарантий и компенсаций.

Сочетание единства и дифференциации в правовом регулировании отношений по предоставлению гарантий и компенсаций может отражаться в локальных нормативных актах, коллективных договорах и соглашениях, трудовых договорах.

Гарантии и компенсации целесообразно классифицировать и по уровням их принятия компетентными органами государственной власти:

- федеральные (установление МРОТ — ст. 133 ТК РФ);
- субъекта Российской Федерации (РМЗП — ст. 133.1 ТК РФ).

В соответствии со ст. 6 ТК РФ к ведению федеральных органов государственной власти в сфере трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений относится принятие обязательных для применения на всей территории Российской Федерации федеральных законов и иных нормативных правовых актов, устанавливающих обеспечиваемый государством уровень трудовых прав, свобод и гарантий работникам (включая дополнительные гарантии отдельным категориям работников).

Органы государственной власти субъектов Российской Федерации принимают законы и иные нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права, по вопросам, не отнесенным к ведению федеральных органов государственной власти. При этом более высокий уровень трудовых прав и гарантий работникам по сравнению с установленным федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, приводящий к увеличению бюджетных расходов или уменьшению бюджетных доходов, обеспечивается за счет бюджета соответствующего субъекта Российской Федерации.

В случаях, если закон или иной нормативный правовой акт субъекта Российской Федерации, содержащий нормы трудового права, противоречит ТК РФ или иным федеральным законам либо снижает уровень трудовых прав и гарантий работникам, установленный ТК РФ или иными федеральными законами, применяется ТК РФ или иной федеральный закон.

В соответствии со ст. 8 ТК РФ нормы локальных нормативных актов, ухудшающие положение работников по сравнению с установленным трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, а также локальные нормативные акты, принятые без соблюдения установленного ст. 372 ТК РФ порядка учета мнения представительного органа работников, не подлежат применению. В таких случаях применяется трудовое законодательство и иные нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права, коллективный договор, соглашения.

Для реального обеспечения трудовых прав работников исключительно важна ч. 2 ст. 9 ТК РФ. В ней предусмотрено, что коллективные договоры, соглашения, трудовые договоры не могут содержать условий, ограничивающих права или снижающих уровень гарантий работников по сравнению с установленными трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права. Если такие условия включены в коллективный договор, соглашения или трудовой договор, то они не подлежат применению.

А.В. Козлов

доцент кафедры уголовного права и уголовного процесса Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук

Проблемы толкования уголовного законодательства об ответственности за преступления против интеллектуальной собственности

В статье рассматриваются проблемы толкования уголовного законодательства об ответственности за преступления против интеллектуальной собственности, предусмотренные ст. 146, 147, 180 и 183 Уголовного кодекса Российской Федерации. Автор предпринимает попытку разъяснить значение таких признаков, как присвоение авторства, причинившее крупный ущерб; неоднократное незаконное использование товарного знака и предупредительной маркировки; похищение документов, содержащих коммерческую тайну.

Ключевые слова: толкование закона, преступления против интеллектуальной собственности, уголовная ответственность, присвоение авторства, плагиат, крупный ущерб, неоднократное использование товарного знака.

Очевидно, что в ряде случаев проблема применения уголовного законодательства связана с его несовершенством. Одним из проявлений такого несовершенства является наличие в Уголовном кодексе Российской Федерации (далее — УК РФ) признаков, однозначное толкование которых невозможно или крайне затруднительно. Есть такие признаки и в составах преступлений против интеллектуальной собственности (ст. 146, 147, 180 и 183 УК РФ). В настоящей статье мы попытаемся данные признаки проанализировать.

В ч. 1 ст. 146 УК РФ уголовная ответственность предусмотрена за присвоение авторства (плагиат), причинившее ущерб автору или иному правообладателю. Право авторства на произведение можно нарушить, совершив ряд отличных друг от друга деяний, например: 1) лицо обнаруживает чужое произведение под своим именем; 2) лицо указывает себя в качестве соавтора произведения, в создании которого оно

творческого участия не принимало; 3) лицо при обнародовании произведения не указывает других соавторов; 4) лицо принуждает автора к соавторству; 5) лицо принуждает автора к отказу от авторства и др. И если первые три примера подпадают под присвоение авторства, то по поводу того, подпадает ли под присвоение авторства принуждение к соавторству или отказу от авторства, в юридической литературе единой точки зрения нет.

К.В. Кузнецов, например, полагает, что принуждение к соавторству или отказу от авторства следует рассматривать как разновидность присвоения авторства¹. Но мы согласны с теми авторами, которые предлагают для устранения правовой неопределенности в диспозиции ч. 1 ст. 146 УК РФ наряду с присвоением авторства прямо предусмотреть уголовную ответственность за присвоение авторства и принуждение к соавторству².

Однако присвоение авторства не является самым проблемным с точки зрения толкования и правоприменения признаком ч. 1 ст. 146 УК РФ. В качестве такового, по нашему убеждению, следует рассматривать признак крупного ущерба. Вопрос здесь даже не в том, *что* понимать под крупным ущербом, а в том, *что* понимать под ущербом вообще. Ответ на этот вопрос попытался дать Верховный Суд Российской Федерации. Согласно абз. 3 п. 24 и п. 28 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 апреля 2007 г. № 14 «О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака» (далее — Постановление № 14), «под ущербом в ч. 1 ст. 146 УК РФ может пониматься реальный ущерб и упущенная выгода, при исчислении которых можно учитывать размер доходов, полученных лицом в результате нарушения им прав на результаты интеллектуальной деятельности. При этом суды не должны понимать под ущербом моральный вред».

С таким подходом Верховного Суда к пониманию ущерба в ч. 1 ст. 146 УК РФ трудно согласиться. Во-первых, почему в качестве ущерба в ч. 1 ст. 146 УК РФ не должен учитываться моральный вред? Ведь право авторства, согласно ст. 150 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), является нематериальным благом, при посягательствах на которое, если верить ст. 151 и 1099–1101 ГК РФ, лицо имеет право на компенсацию морального вреда. К.В. Кузнецов, например, прямо указывает, что «поскольку право авторства является личным немущественным правом, то крупный ущерб может устанавливаться на основании морального вреда, причиненного потерпевшему»³. Во-вторых, Верховный Суд Российской Федерации рекомендует при установлении ущерба учитывать, в том числе, размер доходов, полученных лицом в результате нарушения им прав на результаты интеллектуальной деятельности. Но само присвоение авторства дохода лицу не дает. Чтобы доход извлечь, нужно произведение, авторство на которое присвоено,

¹ См.: Кузнецов К.В. Уголовно-правовая характеристика посягательств, нарушающих авторские, смежные, изобретательские и патентные права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 11–12.

² См., напр.: Кузьмина И.К. Уголовно-правовая охрана авторских, смежных, изобретательских и патентных прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2010. С. 9; Толченова Ю.В. Уголовная ответственность за нарушение авторских и смежных прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 12.

³ Кузнецов К.В. Указ. соч. С. 25.

распространить, публично исполнить и т.п. Но это уже незаконное использование произведения, ответственность за которое наступает по ч. 2 ст. 146 УК РФ.

Если не согласиться с Верховным Судом Российской Федерации и рассматривать в качестве ущерба в ч. 1 ст. 146 УК РФ моральный вред, то не вполне логично моральный вред маскировать под термин «ущерб». Если же согласиться с Верховным Судом Российской Федерации и под ущербом понимать реальный ущерб и упущенную выгоду, то возникают проблемы, связанные с его исчислением. Не случайно А.В. Борисов отмечает, что до настоящего момента ни в теории уголовного права, ни в правоприменительной практике не выработано четких критериев определения крупного ущерба по ч. 1 ст. 146 УК РФ, что обуславливает ее редкое применение на практике⁴. О том, что крупный ущерб по ч. 1 ст. 146 УК РФ практически невозможно рассчитать, вследствие чего в большинстве случаев уголовные дела по указанным преступлениям не возбуждаются, говорит и И.К. Кузьмина⁵.

Подавляющее число ученых, предметно занимающихся вопросами уголовно-правовой охраны интеллектуальной собственности, выступают за исключение из ч. 1 ст. 146 УК РФ признака крупного ущерба⁶. Мы такое решение полностью поддерживаем.

Справедливости ради следует отметить, что среди исследователей проблем уголовной ответственности за посягательства на объекты интеллектуальной собственности есть и те, кто предлагает оставить применительно к присвоению авторства признак крупного ущерба. К ним относятся, например, М.Ю. Бондарев⁷ и Р.В. Прилуин⁸. Последний предлагает в примечании к ст. 146 УК РФ указать, что «крупный ущерб применительно к ч. 1 ст. 146 УК РФ определяется с учетом имущественного положения автора или иного правообладателя, но не может составлять менее пятидесяти тысяч рублей», указывая при этом, что с таким предложением согласились 43% опрошенных сотрудников правоохранительных органов и 75% сотрудников коммерческих структур⁹. Но мы еще раз подчеркиваем свою приверженность предложению отказаться в ч. 1 ст. 146 УК РФ от признака крупного ущерба. Предусмотрение стоимостных критериев крупного ущерба в условиях, когда сам расчет размера ущерба крайне затруднен и связан не только с процессуальными издержками, но и возможными неточностями, не решит, на наш взгляд, проблемы.

Интересно, что все из приведенных выше исследователей, выступающих за отказ от крупного ущерба в ч. 1 ст. 146 УК РФ, не предлагают предусмотреть вместо него другой конструирующий признак. Все, кроме Д.В. Молчанова, который

⁴ См.: *Борисов А.В.* Уголовно-правовые и специально-криминологические меры борьбы с нарушениями авторского и патентного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 17.

⁵ См.: *Кузьмина И.К.* Указ. соч. С. 14–15.

⁶ См., напр.: *Молчанов Д.В.* Уголовно-правовая охрана интеллектуальной собственности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 10; *Долотов Р.О.* Механизм уголовно-правового регулирования в сфере преступных посягательств на объекты интеллектуальной собственности: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2008. С. 13; *Филиппов П.А.* Уголовно-правовая защита интеллектуальной собственности: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2003. С. 201; *Толченова Ю.В.* Указ. соч. С. 12; *Кузнецов К.В.* Указ. соч. С. 11; *Кузьмина И.К.* Указ. соч. С. 9.

⁷ См.: *Бондарев М.Ю.* Уголовно-правовая охрана интеллектуальных прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 13.

⁸ См.: *Прилуин Р.В.* Уголовная ответственность за нарушение авторских и смежных прав: проблемы теории и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 10.

⁹ См.: Там же.

предлагает предусмотреть уголовную ответственность за «присвоение авторства (плагиат), если это деяние совершено с целью получения дохода или иного вознаграждения в крупном размере»¹⁰. Но с таким предложением Д.В. Молчанова мы не согласимся. Как уже указано, основным механизмом получения вознаграждения от присвоения авторства на произведение является последующее использование произведения, в том числе путем распространения, публичного исполнения и т.д. Но ответственность за подобного рода деяния предусмотрена в ч. 2 ст. 146 УК РФ.

Вместе с тем признаем, что проблема существует. Если предусмотреть уголовную ответственность за сам факт присвоения авторства, то под сферу действия УК РФ могут попасть факты присвоения авторства, не достигающие степени общественной опасности преступления, например факт присвоения авторства на написанное четверостишие на день рождения друга. Но это комплексная проблема всей гл. 19 УК РФ, ряд статей которой предусматривает уголовную ответственность за сам факт нарушения тех или иных конституционных прав и свобод человека и гражданина. Так, согласно нормам указанной главы, преступлением признается любой факт: нарушения равенства прав граждан (ст. 136 УК РФ); нарушения неприкосновенности частной жизни (ст. 137), нарушения тайны переписки и т.д. (ст. 138), нарушения неприкосновенности жилища (ст. 139) и др.

Проблемным с точки зрения толкования является признак неоднократности в ст. 180 УК РФ. Справедливости ради следует отметить, что один из вопросов, связанных с толкованием признака неоднократности в ч. 1 ст. 180 УК РФ, Верховный Суд Российской Федерации разрешил. До принятия Постановления № 14 в теории и практике уголовного права были споры относительно того, рассматривать неоднократность в ч. 1 ст. 180 УК РФ как множественность преступлений или как множественность деяний, каждое из которых не является преступлением. Главенствовала, правда, вторая точка зрения¹¹. Верховный Суд Российской Федерации узаконил ее, указав в абз. 2 п. 15 Постановления № 14, что «неоднократность по смыслу части 1 статьи 180 УК РФ предполагает совершение лицом двух и более деяний, состоящих в незаконном использовании товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара или сходных с ними обозначений для однородных товаров».

Не случайно Д.В. Молчанов отмечает, что «после выхода в свет Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. № 14 в теории уголовного права разрешилась дискуссия о юридическом содержании признака неоднократности в диспозициях норм ст. 180 УК РФ, что благоприятно отразилось на правоприменительной практике. Неоднократность в рассматриваемых составах преступлений образует повтор совершения деяний, а не преступлений»¹².

¹⁰ Молчанов Д.В. Указ. соч. С. 10.

¹¹ См., напр.: Яни П.С. Неоднократность как признак незаконного использования товарного знака // Контрафакт как угроза экономической безопасности России (политико-правовые, оперативно-розыскные и морально-психологические проблемы противодействия): сб. ст. / под ред. д.ю.н., проф., заслуж. деят. науки Российской Федерации В.М. Баранова, к.ю.н., акад. РАЮН, действ. чл. Академии проблем безопасности, обороны и правопорядка В.И. Каныгина. Н. Новгород, 2006. С. 373–382; Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть: учеб. 2-е изд. исправл. и доп. / под ред. д.ю.н., проф. Л.В. Иногамовой-Хегай, д.ю.н., проф. А.И. Рарога, д.ю.н., проф. А.И. Чучаева. М., 2009. С. 309–310.

¹² Молчанов Д.В. Указ. соч. С. 24–25.

Следует, правда, отметить, что указанное выше разъяснение Верховного Суда Российской Федерации коснулось только ч. 1 ст. 180 УК РФ. Но полагаем, что такое же толкование признака неоднократности должно быть и применительно к ч. 2 ст. 180 УК РФ, предусматривающей уголовную ответственность за незаконное использование предупредительной маркировки, совершенное, в том числе, неоднократно.

Интересно, что в том же абз. 2 п. 15 Постановления № 14 Пленум Верховного Суда Российской Федерации указывает, что «может иметь место как неоднократное использование одного и того же средства индивидуализации товара (услуги), так и одновременное использование двух или более чужих товарных знаков или других средств индивидуализации на одной единице товара». Это уже интересно. В теории уголовного права неоднократность традиционно предполагает совершение двух и более действий, каждое из которых охвачено самостоятельным умыслом виновного. Не случайно Б.В. Волженкин указывает, что «многократное проставление чужого товарного знака на товарах, входящих в одну партию, признака неоднократности не создает, поскольку образует единое преступление»¹³. Очевидно, что действия по проставлению на одном товаре нескольких товарных знаков одновременно охвачены единым умыслом виновного. Это означает, что Пленум Верховного Суда Российской Федерации в абз. 2 п. 15 Постановления № 14 рекомендует нам считать деяние, которое в теории уголовного права рассматривается как единое правонарушение, правонарушением, совершенным неоднократно. Толкование Верховным Судом Российской Федерации одновременного проставления двух и или более чужих товарных знаков или других средств индивидуализации на одной единице товара как совершенного неоднократно полностью противоречит теории уголовного права. Кроме того, такое толкование несет еще и опасность того, что суды могут по аналогии (и, естественно, по ошибке) рассматривать как неоднократное проставление одного товарного знака на партии товаров, охваченное единым умыслом.

Еще один связанный с толкование признака неоднократности в ст. 180 УК РФ вопрос поднимает А.А. Энгельгардт. Он отмечает, что неразрешенной проблемой при привлечении к уголовной ответственности по ст. 180 УК РФ является отсутствие критериев срока, который может истечь после первого по факту незаконного использования чужого товарного знака, не повлекшего за собой причинения крупного ущерба¹⁴. Иными словами, какой максимальный срок может пройти между первым и вторым фактами незаконного использования товарного знака, чтобы лицо можно было привлечь к уголовной ответственности по ст. 180 УК РФ. Будет ли, например, неоднократность в том случае, если лицо второй раз незаконно использовало товарный знак, при условии, что оно за 10 лет до этого первый раз незаконно использовало товарный знак? УК РФ на данный вопрос ответа не дает. От разъяснений по данному вопросу уклонился в Постановлении № 14 и Верховный Суд Российской Федерации.

¹³ Полный курс уголовного права: в 5 т. / под ред. д.ю.н., проф., заслуж. деят. науки Российской Федерации А.И. Коробеева. Т. III. Преступления в сфере экономики. СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. С. 557.

¹⁴ См.: Энгельгардт А.А. Вопросы толкования незаконного использования чужого товарного знака, совершенного неоднократно (ст. 180 УК РФ) // Уголовное право и современность: сб. ст. Вып. 2 / науч. ред. д.ю.н., проф., заслуж. деят. науки Российской Федерации А.Э. Жалинский, отв. ред. к.ю.н. С.А. Маркунцов. М., 2009. С. 138–139.

Вопрос непростой. Логично предположить, что неоднократность незаконного использования товарного знака будет в том случае, если за первый факт незаконного использования товарного знака не истекли правовые последствия его совершения.

Любой факт незаконного использования товарного знака является гражданско-правовым деликтом, нарушающим гражданские права физических и юридических лиц. Согласно ст. 196 ГК РФ общий срок исковой давности для защиты лицом нарушенного права устанавливается в три года. Таким образом, гражданско-правовые последствия незаконного использования товарного знака действуют три года. Это первый срок, в течение которого действуют правовые последствия незаконного использования товарного знака.

Но любой факт незаконного использования товарного знака является еще и административным правонарушением, ответственность за которое предусмотрена в ст. 14.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ). Согласно ст. 4.6 КоАП РФ лицо, которому назначено административное наказание за совершение административного правонарушения, считается подвергнутым данному наказанию в течение одного года со дня окончания исполнения постановления о назначении административного наказания. Это второй срок, в течение которого действуют правовые последствия незаконного использования товарного знака.

А если лицо не привлекалось к административной ответственности за незаконное использование товарного знака? Тогда, в соответствии со ст. 4.5 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения о нарушении законодательства Российской Федерации о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров. Это третий срок, в течение которого действуют правовые последствия незаконного использования товарного знака.

Возникает вполне законный вопрос: какой или какие из этих трех сроков применять в уголовно-правовой сфере? Автор статьи склоняется к тому, чтобы уголовная ответственность по ч. 1 ст. 180 УК РФ наступала в случае, если между фактами незаконного использования товарного знака не прошли сроки, предусмотренные ст. 4.5, 4.6 КоАП РФ.

Сложнее дело обстоит с неоднократным использованием предупредительной маркировки в отношении товарного знака (ч. 2 ст. 180 УК РФ).

Дело в том что незаконное использование предупредительной маркировки не является гражданско-правовым деликтом, так как не нарушает прав физических и юридических лиц. Поэтому на трехлетний срок исковой давности, предусмотренный ст. 196 ГК РФ, ссылаться нельзя. Не является незаконное использование предупредительной маркировки и административным правонарушением. Значит, нельзя распространить на ч. 2 ст. 180 УК РФ и сроки, предусмотренные ст. 4.5, 4.6 КоАП РФ. Поэтому вопрос о сроках в ч. 2 ст. 180 УК РФ остается открытым.

Полагаем, что для устранения правовой неопределенности целесообразно было бы указанные сроки предусмотреть в примечании к ст. 180 УК РФ, как это сделал законодатель, например, в примечаниях к ст. 151.1 и 178 УК РФ.

При этом автор поддерживает тех исследователей, которые предлагают декриминализовать ч. 2 ст. 180 УК РФ, так как предусмотренное ею деяние не достигает

степени общественной опасности преступления¹⁵. Тем более что в отличие от незаконного использования товарного знака, однократное незаконное использование предупредительной маркировки не является не только административным правонарушением, но даже и гражданско-правовым деликтом.

Кроме того, в ч. 1 ст. 180 УК РФ от признака неоднократности следует отказаться. Судя по правоохранительной и судебной практике преступления, предусмотренные ст. 146, 147 и 180 УК РФ, совершаются одинаково. Виновный распространяет экземпляры товара, изготовленного с нарушением чужих исключительных прав. В случае с авторским правом в подавляющем большинстве случаев это диск с чужим фильмом, музыкальным альбомом или компьютерной программой. В случае с патентным правом — это телефон (телевизор, магнитофон, лекарство и т.д.), изготовленный по запатентованной технологии, или товар, внешний вид которого повторяет запатентованный промышленный образец. В случае с товарными знаками — это потребляемые (кефир, масло, консервы и т.д.) и непотребляемые (майка, утюг, телевизор и т.д.) вещи, на которые незаконно проставлен чужой товарный знак. Возникает вопрос: почему в ст. 146 УК РФ нижний порог преступности нарушения исключительных прав ограничивается крупным размером, в ст. 147 УК РФ — крупным ущербом, а в ст. 180 УК РФ — крупным ущербом и неоднократностью? С целью унификации уголовного законодательства России и удобства правоприменения автор во всех рассматриваемых статьях считал бы целесообразным предусмотреть единый криминообразующий конструирующий признак — «крупный размер».

С проблемой толкования уголовного законодательства мы сталкиваемся и в ст. 183 УК РФ. Ч. 1 указанной статьи предусматривает уголовную ответственность, в том числе, за собирание сведений, составляющих коммерческую тайну, путем похищения документов. Уголовное законодательство определения термина «похищение» не содержит. Поэтому большинство ученых толкование термина «похищение» в ч. 1 ст. 183 УК РФ осуществляют на основе определения термина «хищение», данного законодателем в примечании к ст. 158 УК РФ¹⁶. Т.В. Пинкевич отмечает, что похищение документов может осуществляться путем кражи, мошенничества, присвоения, растраты, грабежа и разбоя¹⁷. В свою очередь, Б.В. Волженкин и А.Ф. Жигалов считают, что похищение документов возможно путем кражи, грабежа, разбоя и мошенничества, но исключают похищение документов путем присвоения и растраты¹⁸.

Полагаем, что следует согласиться с Б.В. Волженкиным и А.Ф. Жигаловым. Как справедливо отмечает А.Н. Рогожкин, лица, которым коммерческая тайна была доверена (вверена), могут нести уголовную ответственность только по ч. 2–4

¹⁵ См., напр.: *Долотов Р.О.* Указ. соч. С. 12.

¹⁶ См.: *Лопашенко Н.А.* Преступления в сфере экономической деятельности. Саратов, 1997. С. 92; *Пинкевич Т.В.* Преступления в сфере экономической деятельности: уголовно-правовая характеристика, система, особенности квалификации. Ставрополь, 2000. С. 117; *Жигалов А.Ф.* Коммерческая и банковская тайна в российском уголовном законодательстве: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2000. С. 174.

¹⁷ См.: *Пинкевич Т.В.* Указ. соч. С. 117.

¹⁸ См.: *Волженкин Б.В.* Экономические преступления. СПб, 1999. С. 158; *Жигалов А.Ф.* Указ. соч. С. 174.

ст. 183 УК РФ за разглашение и незаконное использование коммерческой тайны. При этом уголовная ответственность по ч. 1 ст. 183 УК РФ для них исключается¹⁹.

В связи с толкованием термина «похищение документов» хотелось бы указать на следующее. По смыслу п. 3 ст. 3 Федерального закона от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ «О коммерческой тайне»²⁰ (далее — закон «О коммерческой тайне») информация, составляющая коммерческую тайну, охраняется по закону только после введения в отношении нее режима коммерческой тайны. Согласно ч. 2 ст. 10 закона «О коммерческой тайне» режим коммерческой тайны считается установленным после принятия обладателем информации, составляющей коммерческую тайну, мер по охране конфиденциальности информации, указанных в ч. 1 ст. 10 закона «О коммерческой тайне». Эти меры должны включать в себя:

- 1) определение перечня информации, составляющей коммерческую тайну;
- 2) ограничение доступа к информации, составляющей коммерческую тайну, путем установления порядка обращения с этой информацией и контроля за соблюдением такого порядка;
- 3) учет лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, и (или) лиц, которым такая информация была предоставлена или передана;
- 4) регулирование отношений по использованию информации, составляющей коммерческую тайну, работниками на основании трудовых договоров и контрагентами на основании гражданско-правовых договоров;
- 5) нанесение на материальные носители (документы), содержащие информацию, составляющую коммерческую тайну, грифа «Коммерческая тайна» с указанием обладателя этой информации (для юридических лиц — полное наименование и место нахождения, для индивидуальных предпринимателей — фамилия, имя, отчество гражданина, являющегося индивидуальным предпринимателем, и место жительства).

При этом согласно ч. 5 ст. 10 закона «О коммерческой тайне» меры по охране конфиденциальности информации признаются разумно достаточными, если:

- 1) исключается доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, любых лиц без согласия ее обладателя;
- 2) обеспечивается возможность использования информации, составляющей коммерческую тайну, работниками и передачи ее контрагентам без нарушения режима коммерческой тайны.

Полагаем, что в случае похищения документов целесообразно проверять, были ли приняты меры по охране конфиденциальности информации разумно достаточными. Например, если лицо тайно или открыто похитило документы, находящиеся в неохраняемом или недостаточно охраняемом помещении, то оно не должно привлекаться к уголовной ответственности по ч. 1 ст. 183 УК РФ, так как обладателем коммерческой тайны не приняты разумно достаточные меры по охране конфиденциальности информации, следовательно, такая коммерческая тайна не охраняется по закону.

В завершение статьи отметим, что важная роль в преодолении проблемы толкования уголовного законодательства об ответственности за преступления против

¹⁹ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. В.Т. Томина, В.В. Сверчкова. 7-е изд., перераб. и доп. М., 2011. С. 644.

²⁰ СЗ РФ. 2004. № 32. Ст. 3283.

интеллектуальной собственности принадлежит Верховному Суду Российской Федерации. Так, например, до принятия Пленумом Верховного Суда Российской Федерации Постановления № 14 на практике возникали проблемы, на основе каких цен исчислять стоимость контрафактных экземпляров в ч. 2, 3 ст. 146 УК РФ: цен, по которым реализуется контрафактная продукция; цен, установленных правообладателем; оптовых цен; розничных цен? В абз. 3 п. 25 Постановления № 14 Пленум Верховного Суда Российской Федерации разрешил эту проблему, указав, что «устанавливая признаки крупного или особо крупного размера деяний, предусмотренных частями 2 и 3 статьи 146 УК РФ, следует исходить из розничной стоимости оригинальных (лицензионных) экземпляров произведений или фонограмм на момент совершения преступления, исходя при этом из их количества, включая копии произведений или фонограмм, принадлежащих различным правообладателям».

Буквальное толкование диспозиции ч. 1 ст. 146 УК РФ не позволяет однозначно ответить на вопрос, можно ли привлекать к уголовной ответственности за присвоение авторства на часть произведения. В п. 3 Постановления № 14 Верховный Суд Российской Федерации указал, что уголовная ответственность может наступать в случае присвоении авторства не только на произведение в полном объеме, но и на его часть, и тем самым поставил в этом вопросе точку. Правда, в науке этот вопрос не закрыт. Например, К.В. Кузнецов и П.А. Филиппов предлагают в тексте УК РФ прямо предусмотреть уголовную ответственность за присвоение авторства на произведение науки, литературы, искусства или на его часть, имеющую самостоятельное значение²¹.

Указать в законе на часть произведения можно (правда, как мы уже сказали, Верховный Суд Российской Федерации эту проблему решил в Постановлении № 14). Но мы полагаем, что указание в тексте закона на «имеющую самостоятельное значение часть произведения» излишне, так как, решив одну проблему, К.В. Кузнецов и П.А. Филиппов стимулируют другую — проблему доказывания самостоятельности значения части произведения. Взять, например, песню. Понятно, что стихи и музыка являются ее частями, которые имеют самостоятельное значение. Но если взять только музыку к песне, будет ли мотив вступления к песне, мотив куплета или припева иметь самостоятельное значение? И можно ли в качестве имеющей самостоятельное значение части музыки к песне рассматривать музыкальный ход или прием, который, являясь залогом успеха всей песни, составляет только часть, например, припева? Или возьмем книгу, состоящую из разделов, глав и параграфов. О какой структурной единице можно говорить как имеющей самостоятельное значение?

Кроме того, если предусмотреть в ч. 1 ст. 146 УК РФ уголовную ответственность за присвоение авторства на часть произведения только в том случае, если такая часть имеет самостоятельное значение, то это поставит под сомнение возможность привлечения к уголовной ответственности лица, которое, например, присвоило авторство на 200 страниц монографии из 300, но при этом авторство ни на один из восьми (10, 11 и т.д. — в данном контексте не принципиально) параграфов монографии целиком не присвоено.

²¹ См.: Кузнецов К.В. Указ. соч. С. 11; Филиппов П.А. Указ. соч. С. 201.

Е.А. Каюров

аспирант кафедры
государственного и
административного права
ФГБОУ ВПО «Самарский
государственный
университет»

Конституционно- правовое регулирование государственных (муниципальных) финансов в России

В работе анализируется конституционно-правовое регулирование государственных (муниципальных) финансов в современной России, выявляется существующая проблематика в данной области. Это позволяет автору предложить ряд мер по совершенствованию действующего законодательства. Исследование разделено на три блока: основные начала государственных (муниципальных) финансов, в том числе касающиеся их формирования, использования; общие принципы бюджетной политики и бюджетного процесса; принципы и идеи бюджетного федерализма.

Ключевые слова: конституция, конституционная экономика, государственные (муниципальные) финансы, бюджетный федерализм, бюджетная политика, налоги, межбюджетные трансферты, публичная власть.

Прошло практически 20 лет с момента вступления нашей страны в новый исторический этап, с момента установления и правового закрепления для граждан России новых условий и правил жизнедеятельности, с момента принятия основного закона страны — Конституции Российской Федерации. Конституция действительно является Основным законом государства, его основой, определяющей основы устройства государства, общегосударственные ценности, приоритеты, границы и правила жизнедеятельности граждан и общества и многое-многое другое. Ее значение нельзя переоценить, и поэтому для граждан любого государства важна буквально каждая запятая, каждая буква и знак, содержащиеся в Основном законе.

По сравнению с предыдущими конституциями нашей страны действующая Конституция Российской Федерации, безусловно, «революционна по своему содержанию», что, конечно, обусловлено политическими и экономическими процессами, предшествующими ее принятию. По мнению ученых-конституционалистов, выраженному в работе «Конституционная экономика» (под редакцией Г.А. Гаджиева), в 1993 г. Россия впервые за свою историю приняла реально действующую Конституцию, соответствующую всем современным параметрам конституционного права. В связи с этим можно отметить рецепцию многих норм и принципов передового иностранного конституционного права¹.

¹ См.: Конституционная экономика / отв. ред. Г.А. Гаджиев. М.: Юстицинформ, 2010. С. 100.

С данной позицией нельзя не согласиться, положения Конституции Российской Федерации являются прогрессивными, нацеленными на поступательное развитие России и не вызывающими по истечении почти двух десятилетий со дня принятия острых противоречий между действующими ценностями, требованиями современности и прописанными в Конституции принципами и правилами.

Вместе с тем, безусловно, предусмотреть и подробно урегулировать в основном законе идеальные для общества правила и нормы на длительный период времени является невозможным, да и нецелесообразным, поскольку такое регламентирование представляется достаточно детальным, что лишает Конституцию определенной мобильности для оптимального реагирования на вызовы современности. В Конституции, как представляется, должны быть установлены исключительно основные принципы, идеи, правила существования и деятельности государства и общества, важные, необходимые и поддерживаемые гражданами страны положения.

Учитывая, что в последнее время все больше внимания общества обращено на вопросы, касающиеся государственных (муниципальных) финансов, т.е. публичных финансов, представляется целесообразным обратить внимание на заложенные в действующей Конституции Российской Федерации основы и принципы в области государственных (муниципальных) финансов.

Детально проработаны вопросы государственных (муниципальных) финансов во многих конституциях, принятых в основном после Второй мировой войны, во второй половине XX века (ФРГ, Италия, Греция, Португалия, Испания, Бразилия, Швейцария, Польша, Румыния). Вопросы, касающиеся публичных финансов, во многом затронули и конституции, принятые до Второй мировой войны. К примеру, в конституции Бельгии и Люксембурга были внесены соответствующие поправки.

Вместе с тем, если взглянуть на положения Конституции Российской Федерации, принятой уже в конце XX в., в части регулирования государственных (муниципальных) финансов, то можно заметить, что им отводится крайне мало внимания. Авторским коллективом работы «Конституционная экономика» по данному поводу отмечается, что вопросам бюджета и бюджетной политики в Конституции России отводится крайне скромное место².

Возможно, это обусловлено спецификой данного вопроса, его сложностью и противоречивостью, может быть, на данном историческом этапе не представлялось возможным выработать действенные механизмы и идеи. Кроме того, Россия находилась в стадии перехода к рыночной экономике, предполагающей свои особенности формирования и использования публичных финансов, в связи с чем отсутствовал необходимый опыт и определенные традиции для принятия правильного решения, соответствующей регламентации.

Российский исследователь правовых проблем федерализма И.А. Умнова отмечает, что Россия является страной, которая лишь федерализируется³. В связи с этим представляется, что достаточно сложно было установить в Конституции Российской Федерации императивные положения в части регулирования бюджетного федерализма. Вместе с тем отсутствие в Конституции соответствующей регламентации именно в данной области могло повлечь те последствия, которые происхо-

² См.: Конституционная экономика. С. 136.

³ Российский бюллетень по правам человека. 1999. Вып. 12. С. 39.

дили в России на протяжении 1990-х годов и были вызваны неопределенностью в использовании публичных финансов. Большая часть вопросов относительно государственных (муниципальных) финансов была урегулирована уже на пороге XXI в. в принятых Налоговом и Бюджетном кодексах.

Таким образом, в рамках настоящего комментария представляется целесообразным проанализировать конституционно-правовое регулирование в области публичных финансов, выделить основы, заложенные в Конституции России, проанализировать положения, закрепленные в иных правовых актах, обратить внимание на положения конституций зарубежных государства, выработать возможные идеи и предложения по совершенствованию правового регулирования в области государственных (муниципальных) финансов.

Отдельно следует отметить, что данная область является предметом изучения молодой науки — конституционной экономики, изучающей принципы оптимального сочетания экономической целесообразности с достигнутым уровнем конституционного развития, идеи эффективных экономических (финансовых) решений для развития и исполнения конституционных гарантий и принципов в целом. В связи с этим разработка настоящего комментария должна способствовать развитию указанного научного течения, что дополнительно подтверждает его актуальность.

Основные начала государственных (муниципальных) финансов

Одним из важнейших элементов эффективной деятельности государства, удовлетворенности граждан условиями жизни является уровень налогового бремени, достигнутый баланс в части объема собираемых налогов для удовлетворения государством интересов общества. В рамках исследования, проведенного Барулиным С.В. и Барулиной Е.В. сделан вывод, что фактический уровень налогового бремени в экономике России за последние годы составил 38–40% ВВП. Как отмечают указанные авторы, это уровень, который примерно соответствует средне-европейскому налоговому бремени (при его разбросе по странам от 27,8% в Ирландии до 48,2% в Дании) и существенно превышает его значение в экономике США (24%) и Японии (28,1%)⁴.

Пожалуй, ни для кого не секрет, что грамотное, достаточное, но не обременительное налогообложение является одним из основных факторов развития государства, мощным инструментом для привлечения инвестиций, развития экономического базиса общества и государства. В свою очередь, чрезмерное налогообложение будет вести к стагнации экономики и, соответственно, к невозможности развития государства в целом. В случае уменьшения налогового бремени, конечно, может возникнуть риск обогащения богатых слоев населения и все большего обеднения бедных, риск недософинансирования социально значимых мероприятий. В таком случае выходом из данной ситуации видится акцентирование налогообложения на перераспределении денежных средств между населением путем налогообложения более богатого населения и деятельности, приносящей высокий доход, но не на увеличении объемов налогообложений.

⁴ См.: Барулин С.В., Барулина Е.В. Парадоксы российской системы налогообложения // Международный бухгалтерский учет. 2012. № 22.

Многие государства в своих конституциях уделяют особое внимание соответствующим принципам налогообложения.

Согласно Конституции Испании 1978 г., «каждый должен участвовать в общественных расходах в соответствии со своими экономическими возможностями посредством справедливой налоговой системы, основанной на принципах равенства и прогрессивного налогообложения, которая ни в коем случае не должна носить характера конфискации» (ч. 1 ст. 31)⁵. В данном случае Основной закон Испании прямо предусматривает, что налоговая система должна быть справедливой и ни в коем случае не должна носить характера конфискации. Безусловно, такая идея является следствием и необходимостью выстраивания социального государства. Одновременно она вытекает из заложенных в Конституции Испании принципов свободы, справедливости, равенства (ст. 1), из конституционной обязанности органов публичной власти по оказанию содействия участию всех граждан в экономической, социальной жизни (ст. 9).

Конституция Италии также регулирует вопросы, касающиеся чрезмерного и обременительного налогообложения, в частности, установлено, что все обязаны участвовать в государственных расходах в соответствии со своими налоговыми возможностями. Налоговая система строится на началах прогрессивности (ст. 53)⁶.

В соответствии с Конституцией Португалии «подходный налог должен способствовать уменьшению неравенства, будет единым и прогрессивным, учитывающим потребности и доходы семьи в целом. Обложение налогом предприятий основывается на их реальном доходе. Налог на имущество должен способствовать равенству между гражданами. Налог на потребление нацелен на приспособление потребления к эволюции потребностей экономического развития и социальной справедливости, при этом необходимо введение высоких налогов на предметы роскоши» (ст. 104).

В Конституции Швейцарии предусмотрено, что «поскольку характер налогов это позволяет, принципы всеобщности, равенства обложения и экономической способности должны быть, в частности, соблюдаемы»⁷.

Конституция России прямо аналогичные положения не закрепляет, устанавливая положения отсылочного характера, в частности, ст. 75 предусматривает, что система налогов, взимаемых в федеральный бюджет, и общие принципы налогообложения и сборов в Российской Федерации устанавливаются федеральным законом.

В развитие конституционных положений ст. 3 Налогового кодекса Российской Федерации установила основные начала законодательства о налогах и сборах в России. Так, налогообложение основывается на признании всеобщности и равенства налогообложения, фактической способности налогоплательщика к уплате налога. Кроме того, налоги и сборы должны иметь экономическое основание и не могут быть произвольными. Недопустимы налоги и сборы, препятствующие реализации гражданами своих конституционных прав.

Вместе с тем представляется, что данные принципы недостаточно прямо закрепляют необременительную, основанную на экономической способности на-

⁵ См.: Конституции зарубежных государств: учеб. пособие / сост. проф. В.В. Маклаков. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Изд-во БЕК, 2000. С. 179.

⁶ См.: Там же. С. 140.

⁷ Там же. С. 254.

селения систему налогообложения. Закрепление подобных положений могло бы послужить основой для выработки соответствующей налоговой системы и способствовать развитию экономики в целом.

Одной из самых актуальных проблем современной России является коррупция в государственном секторе, в том числе в области публичных финансов. В последнее время в обществе активно обсуждаются вопросы эффективного использования государственных финансов. Часто можно слышать, что налогов становится все больше, а качество жизни не улучшается. Крайне часто поднимается вопрос относительно завышения цен государственных и муниципальных контрактов, привлечения «приближенных» организаций к использованию публичных финансов, к размещаемым заказам, в связи с чем органы власти зачастую осуществляют приемку некачественно выполненных работ и оказанных услуг.

Все перечисленные вопросы очень важны, поскольку затрагивают каждого гражданина и касаются эффективного использования уплаченных им налогов. Безусловно, закупка дорогих автомобилей для государственных органов не может не вызывать недовольства при наличии большого числа нерешенных вопросов в социальной сфере.

Некоторые зарубежные государства в целях установления и возведения в ранг принципов идеи эффективного использования публичных финансов пошли по пути закрепления соответствующих положений в основном законе страны. К примеру, в Конституции Испании установлено, что «государственные расходы осуществляются за счет справедливого ассигнования ресурсов, а их планирование и расходование должно отвечать критериям эффективности и экономии» (ст. 31)⁸. Согласно Конституции Австрии при составлении и ведении бюджета следует учитывать требования экономичности, рентабельности и целесообразности (ст. 51a)⁹.

Анализируя положения Конституции Российской Федерации, необходимо констатировать, что данным вопросам в основном законе России не отводится должного внимания. При этом необходимо отметить, что частично данный пробел урегулирован Бюджетным кодексом Российской Федерации в котором установлены принципы результативности и эффективности использования бюджетных средств (ст. 34). В свою очередь представляется, что такие вопросы, как экономия бюджетных средств при реализации публичных полномочий не в полной мере охватываются указанными принципами бюджетной системы. Вместе с тем полагаем, что данный принцип является одним из основополагающих при использовании публичных финансов.

Кроме того, возможно, необходимо введение в действующее законодательство отдельных механизмов, которые бы позволяли указанным принципам реализовываться на практике. В частности, ярким примером такого механизма является обоснование начальной максимальной цены контракта при размещении заказов. Также, например, возможно введение долгосрочной системы планирования государственных закупок, которая открыто позволит анализировать эффективность планируемых расходов и предупреждать на раннем этапе неактуальные и нерезультативные расходы. Возможно и проведение общественного обсуждения наиболее

⁸ Конституции зарубежных государств / сост. В.В. Маклаков. С. 179.

⁹ <http://worldconstitutions.runwww.worldconstitutions.ru>

финансовоемких капиталовложений, а также иных бюджетных расходов. Следует отметить, что данная сфера публичных финансов, экономики и юриспруденции является определенно новой для современной России и требует в связи с этим повышенного внимания со стороны научного сообщества и населения.

Одним из наиболее действенных способов развития эффективной экономики и (или) обеспечения социального равенства и справедливости является возможность предоставления налоговых льгот и привилегий. Одновременно представляется, что к установлению налоговых льгот необходимо подходить предельно обоснованно, они должны отвечать требованиям современности и не должны создавать необъяснимые привилегии для отдельных физических либо юридических лиц.

К примеру, действующим законодательством Российской Федерации предусмотрены льготы по уплате налога на имущество организаций в отношении железнодорожных путей общего пользования, магистральных трубопроводов, линий электропередач. Безусловно, отмена таких льгот может повлечь незапланированный рост затрат субъектов естественных монополий в газовой сфере, сфере электроэнергетики и, соответственно, к росту тарифов и цен на оказываемые населению услуги.

Вместе с тем такие организации все более становятся коммерческими с участием частного капитала и действуют в соответствии с принципами конкуренции. Кроме того, такие организации отличаются высокой прибыльностью. Ранее предоставление указанных льгот было обосновано тем, что компании предоставляли услуги населению по льготным ценам, на сегодняшний день стоимость таких услуг приближается к общемировым. Одновременно установление для данных организаций льгот представляется не вполне обоснованным с позиции лишения соответствующих доходов региональных и местных бюджетов. Кроме того, наличие таких льгот может служить дестимулирующим фактором в развитии публичным образованием соответствующих сфер деятельности.

Конституции многих государств предусматривают определенные барьеры относительно предоставления налоговых льгот и привилегий. Так, согласно Конституции Швейцарии, «Конфедерация может законодательствовать в целях борьбы с предоставлением неоправданных налоговых преимуществ» (ст. 129)¹⁰. В соответствии с Конституцией Бельгии закон может определять только такие исключения из налогообложения, «необходимость которых обоснована» (ч. 2 ст. 170)¹¹. Достаточно жестко к этому вопросу подходит Конституция Люксембурга: «Никакие привилегии в области налогообложения не могут быть установлены. Никакое освобождение от налогов или их снижение не может иметь места иначе как в силу закона» (ст. 101)¹². В соответствии со ст. 78 Конституции Греции определение объекта налогообложения, освобождений или исключений не могут являться объектом законодательных полномочий, передаваемых Парламентом другим органам¹³.

Справедливости ради следует отметить, что ни в одной стране указанные требования не ограничивают права соответствующих органов устанавливать дифференци-

¹⁰ См.: Конституции зарубежных государств / сост. В.В. Маклаков. С. 255.

¹¹ <http://worldconstitutions.runwww.worldconstitutions.ru>

¹² <http://worldconstitutions.runwww.worldconstitutions.ru>

¹³ <http://worldconstitutions.runwww.worldconstitutions.ru>

рованные ставки налогообложения, вводить налоговые льготы, вычеты, привилегии. Вместе с тем наличие самой нормы-цели, что налоговые привилегии должны быть обоснованными, является важным направлением развития налогообложения.

В России соответствующие положения урегулированы в ст. 3 Налогового кодекса Российской Федерации на основании ст. 75 Конституции Российской Федерации, в соответствии с которой принципы налогообложения и сборов в Российской Федерации устанавливаются федеральным законом. В частности, ст. 3 Налогового кодекса Российской Федерации предусматривает недопущение установления дифференцированных ставок налогов и сборов, налоговых льгот в зависимости от формы собственности, гражданства физических лиц или места происхождения капитала. Представляется, что данный принцип, прежде всего, направлен на недопущение дискриминации при предоставлении налоговых льгот, а не на установление и анализ экономической целесообразности и социальной обоснованности при предоставлении налоговых привилегий. Необходимо отметить, что этот принцип часто используется законодателем при разработке действующего законодательства «подсознательно». В свою очередь, законодательное закрепление такого принципа, как представляется, будет являться мощным катализатором для выработки, к примеру, комплексной системы анализа целесообразности и эффективности предоставления тех или иных налоговых привилегий, дополнительного внимания компетентных органов и общества к данной проблематике.

Немаловажным фактором эффективного развития экономики является надлежащая защита прав налогоплательщиков. При этом данный принцип можно толковать как в узком, так и в широком смыслах. В узком смысле можно понимать как возможность налогоплательщиков обжаловать решения налоговых служб. В свою очередь в широком смысле, помимо данного права, можно также толковать как необходимость постоянного совершенствования деятельности налоговых органов, например, в части оказания помощи налогоплательщикам в упрощении процедур администрирования налоговых платежей, во взаимодействии с налогоплательщиками.

В связи с этим конституции зарубежных государств все чаще прямо устанавливают необходимость обеспечения защиты прав налогоплательщиков. Например, согласно Конституции Португалии закон должен устанавливать гарантии налогоплательщикам (ч. 2 ст. 106)¹⁴. В Конституции Финляндии содержится предписание, которое обязывает законодателя не только устанавливать принципы налогообложения, но и закреплять нормы о правовой защите налогоплательщиков (§61)¹⁵. В соответствии с Конституцией Швейцарии все важные постановления, устанавливающие правовые нормы, должны издаваться в форме федерального закона. Особенно к категории «важные» отнесены основные постановления, затрагивающие, в том числе, права налогоплательщика (ст. 164)¹⁶.

В России, безусловно, права налогоплательщика являются одной из высших ценностей. Так, ст. 3 Налогового кодекса Российской Федерации предусмотрено, что все неустранимые сомнения, противоречия и неясности актов законодательства о налогах и сборах толкуются в пользу налогоплательщика (плательщика сбо-

¹⁴ <http://worldconstitutions.runwww.worldconstitutions.ru>

¹⁵ <http://worldconstitutions.runwww.worldconstitutions.ru>

¹⁶ См.: Конституции зарубежных стран / сост. В.Н. Дубровин. М.: ООО Изд-во «Юрлитинформ», 2001. С. 121.

ров). Достаточно подробно урегулирован механизм административной и судебной защиты прав и законных интересов налогоплательщика. В свою очередь, норма-принцип, предусматривающая стремление к максимально возможной защите прав налогоплательщика, к повышению эффективности его обслуживания, деятельности налоговых служб, в действующем законодательстве России на сегодняшний день отсутствует. Представляется, что такая норма могла бы ориентировать законодателя на максимальный учет данного принципа при выработке правовых актов. Примером реализации данного принципа может служить задача по максимальному внедрению в работе налоговых органов электронного взаимодействия с налогоплательщиками, что лишает необходимости налогоплательщиков ксерокопирования большого объема документов и тем самым способствуют эффективному обеспечению прав налогоплательщиков.

Современную экономику, в том числе финансы публичного сектора, невозможно представить без кредитования, займов, предоставления гарантий. Практически любое государство в целях выполнения принятых на себя обязательств вынужденно прибегать к государственным заимствованиям на финансовом рынке. Вместе с тем непродуманное, сиюминутное и недальновидное заимствование на современном этапе становится крайне важным и актуальным вопросом для государств. Государственный долг многих стран является настолько большим, что вызывает сомнения относительно возможности его погашения в будущем, что приводит к недоверию кредитных организаций и может в итоге привести к финансовому кризису, стагнации экономического развития. В связи с этим неудивительно, что конституции многих государств регламентируют вопросы, касающиеся заимствований, кредитования, предоставления гарантий.

Так, согласно ст. 115 Конституции ФРГ открытие кредитов, равно как и принятие финансовой ответственности по обязательствам, гарантиям и другим видам обеспечения, которые могут привести к расходам в будущих расчетных годах, требуют законодательного уполномочия с указанием или разрешением установить их размеры. Размер средств для этих расходов не должен превышать сумм, указанных в бюджете в главе «Инвестиции», отступления допускаются только в целях борьбы с нарушениями национального экономического баланса¹⁷.

В соответствии со ст. 216 Основного закона Польши получение государственных займов, а также предоставление им финансовых гарантий и поручительств осуществляются на принципах и в порядке, определенных законом. Нельзя брать займы или предоставлять финансовые гарантии и поручительства, вследствие которых государственный публичный долг превысит 3/5 стоимости годового валового национального продукта¹⁸.

Согласно ст. 82 Конституции Финляндии государственные займы должны получаться с согласия Eduskunta (высшего законодательного органа Финляндии), которая изучает необходимость нового займа или верхний предел государственного долга¹⁹. Конституцией ОАЭ предусмотрен запрет в отношении выдачи кредитов (ст. 134)²⁰.

¹⁷ См.: Конституции зарубежных государств / сост. В.В. Маклаков. С. 109.

¹⁸ <http://worldconstitutions.runwww.worldconstitutions.ru>

¹⁹ <http://worldconstitutions.runwww.worldconstitutions.ru>

²⁰ <http://worldconstitutions.runwww.worldconstitutions.ru>

Следует отметить, что действующим законодательством Российской Федерации достаточно подробно урегулированы вопросы государственных заимствований. Конституцией Российской Федерации установлено, что государственные займы выпускаются в порядке, определяемом федеральным законом, и размещаются на добровольной основе. Детальное правовое регулирование вопросов кредитования, предоставления гарантий и иных обеспечений обязательств в Основном законе отсутствует. Подробно данные вопросы регулируются Бюджетным кодексом Российской Федерации.

Одновременно следует отметить, что в действующем законодательстве Российской Федерации отсутствует как таковая норма-цель в части осуществления государственных заимствований, к примеру законодательное закрепление порога, который не может быть превышен соответствующими заимствованиями. При этом предельный объем государственного долга ежегодно предусматривается законом о федеральном бюджете, который таким образом согласуется и фактически контролируется Федеральным собранием Российской Федерации, народным представительством. Учитывая, насколько важным на сегодняшний день является объем государственных заимствований для развития экономики (получение рейтингов финансовых организаций, привлечение инвестиций в страну), представляется возможным выработка в действующем законодательстве и науке концепции и рекомендаций относительно эффективности, экономичности и не злоупотребления государственными заимствованиями.

Общие принципы бюджетной политики и бюджетного процесса

Вопросам бюджета, его формирования, исполнения, контроля за его исполнением в конституциях многих зарубежных государств уделяется особое внимание. Конституция ФРГ предусматривает, что доходы и расходы должны быть сбалансированы в бюджете (ст. 110). В Конституции Испании установлено, что закон о бюджете не может устанавливать новые налоги (ст. 134). Согласно Конституции Японии «право распоряжаться государственными финансами осуществляется на основе решения Парламента... Никакие государственные средства не могут быть израсходованы, и никакие государственные денежные обязательства не могут быть приняты иначе как по решению Парламента» (ст. 83, 85).

Таких положений в конституциях зарубежных стран достаточно большое количество. Следует выделить ряд основных принципов бюджетной системы, предусмотренных в конституциях зарубежных государств. К таким принципам можно отнести: сбалансированность, единство, ежегодность, бюджетов, обязательное закрепление бюджета в форму законодательного акта, утверждение бюджета законодательной властью, обоснованность показателей бюджета, указание в бюджете только общих показателей государственных доходов и расходов без включения каких-либо иных норм, установление целевого использования средств (только по тем направлениям, которые определены в бюджете), подробное урегулирование процесса принятия бюджета, обязательное установление парламентского контроля за его исполнением.

Такая подробная конституционная регламентация вопросов бюджета далеко не случайна. От того, насколько бюджет обоснован экономически, сбалансирован, какие приоритеты в нем заложены, как осуществляется контроль за его исполне-

нием, зависит не только финансовое благополучие государства, но и жизнь каждого гражданина страны. По данному поводу в бюджетном послании Президент США Дж. Буш от 9 апреля 2001 г. отметил, что «бюджет является не просто собранием цифр, он отражает приоритеты нации, ее нужды и надежды... обеспечивает раскрытие всего потенциала нации»²¹.

Анализируя законодательство России в данной сфере, следует отметить, что оно является достаточно прогрессивным. При этом оно одновременно остается и достаточно динамичным, в последнее время в данной сфере внесено большое количество разного рода изменений и дополнений.

Конституция Российской Федерации предусматривает, что финансовое, кредитное регулирование, принятие федерального бюджета отнесены к исключительному ведению Российской Федерации (ст. 71). Также Основным законом России достаточно подробно урегулированы вопросы процедуры принятия федерального бюджета (ст. 104, 106, 114), осуществления Федеральным Собранием контроля за его исполнением (ст. 101, 114).

Дальнейшее специальное регулирование вопросов бюджетной политики и бюджетного процесса установлено в Бюджетном кодексе Российской Федерации. В частности, гл. 5 Бюджетного кодекса декларирует принципы бюджетной системы России, к которым, в том числе, отнесены: единство бюджетной системы Российской Федерации; самостоятельность бюджетов; равенство бюджетных прав субъектов Российской Федерации, муниципальных образований; сбалансированность бюджета; результативность и эффективность использования бюджетных средств; прозрачность (открытость); достоверность бюджета; адресность и целевой характера бюджетных средств.

Вместе с тем следует отметить, что в последнее время в науке и в обществе большое внимание уделяется вопросам, касающимся обеспечения возможности непосредственного участия граждан в формировании бюджета, в контроле за его исполнением.

К примеру, в ст. 31 Конституции Бразилии предусмотрено, что отчеты муниципий должны находиться в течение 60 дней ежегодно для изучения и оценки в распоряжении любого налогоплательщика, который может задавать муниципиям вопросы о правомерности действий, отраженных в отчетах, в соответствии с законом²². Данная норма прямо позволяет гражданам Бразилии участвовать в обсуждении деятельности муниципальных образований, открыто обозначать волнующую их проблематику и выработать рекомендации и предложения.

Необходимость всеобщего привлечения граждан к вопросам бюджета частично решается через принцип прозрачности (открытости) бюджета, закрепленный в гл. 5 Бюджетного кодекса Российской Федерации. Вместе с тем данный принцип прежде всего направлен на обеспечение открытости бюджета, а не на повсеместное привлечение граждан к формированию, исполнению бюджета, контролю за его исполнением, к закреплению в бюджете финансирования именно тех мероприятий, которые необходимы гражданам, и в том объеме, которого, по мнению граждан, будет достаточно.

²¹ Очерки конституционной экономики. 23 октября 2009 года / отв. ред. Г.А. Гаджиев. М.: Изд-во «Юстицинформ», 2009. С. 111.

²² См.: Конституции зарубежных стран / сост. В.Н. Дубровин. С. 309.

Такая норма-цель в действующем законодательстве России в настоящее время отсутствует. Вместе с тем, она могла бы стимулировать выработку таких правовых механизмов, которые бы способствовали развитию открытости деятельности органов власти по разработке, рассмотрению, утверждению и исполнению бюджетов, обеспечению широкого участия общественности в процессе принятия решений о распределении общественных финансов. Примером может являться внедрение института наказов избирателей при разработке и реализации государственных программ, включающих конкретные мероприятия и объемы финансирования. Также наличие такого принципа стимулировало бы к совершенствованию организации деятельности по участию граждан в обсуждении разрабатываемых проектов нормативных правовых актов в сфере управления общественными финансами, по учету соответствующими органами власти и организациями в их дальнейшей работе результатов таких общественных обсуждений.

Принципы и идеи бюджетного федерализма в России

Как уже отмечалось, Основной закон России не уделяет достаточно внимания вопросам, касающимся публичных, общественных финансов, в том числе связанных с реализацией бюджетного федерализма, выстраиваемого в России. Под бюджетным федерализмом, как правило, понимается система распределения и предоставления бюджетных средств между уровнями публичной власти для реализации ими возложенных на них законодательством полномочий.

Фактически можно отметить, что в действующей Конституции России регулируется лишь одна из трех составных частей бюджетного федерализма, а именно предметы ведения, полномочия, закрепляемые за уровнями публичной власти. Вопросам, касающимся формирования финансовой основы уровней публичной власти, а также межбюджетного взаимодействия в России, в Конституции России отводится крайне мало внимания.

Статьи 1 и 5 гл. 3 Конституции Российской Федерации прямо закрепляют, что Россия — это федеративное государство. Одновременно ст. 12 Основного закона России устанавливает самостоятельность органов местного самоуправления в пределах их полномочий. Федеративное устройство нашей страны основано на государственной целостности, единстве системы государственной власти, разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, равноправии и самоопределении народов Российской Федерации.

Как можно заметить, одним из основных принципов федерализма является разграничение предметов ведения и полномочий между уровнями публичной власти. Данное разграничение достаточно подробно урегулировано в ст. 71–76 Конституции России. При этом одновременно ст. 12, 130–132 устанавливают самостоятельность местного самоуправления в решении вопросов местного значения в пределах, предусмотренных законодательством Российской Федерации. Дальнейшее регламентирование вопросов, касающихся разграничения предметов ведения и полномочий между уровнями публичной власти в России, имеет место в федеральных законах «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Россий-

ской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации».

Относительно регулирования в Конституции России вопросов, касающихся финансовых основ уровней публичной власти и межбюджетного взаимодействия, следует обратить внимание на следующие положения. Ст. 71 Конституции Российской Федерации предусматривает, что установление правовых основ единого рынка, финансовое, валютное, кредитное, регулирование отнесены к исключительному ведению Российской Федерации. Ст. 57, 71, 72, 75, 132 Конституции устанавливают основы и принципы налогообложения в России, в том числе обязанность каждого платить налоги и сборы, обязанность установления системы налогов, взимаемых в федеральный бюджет, и общих принципов налогообложения и сборов исключительно федеральным законом и пр.

Данные положения Основного закона России, конечно, не в полной мере позволяют нам представить основу реализации соответствующих вопросов на практике, в повседневной жизни в России. В этой связи недостаток конституционного регулирования в области финансовых основ публичных образований и межбюджетного взаимодействия должен быть восполнен, в том числе иным правовым регулированием. Необходимо отметить, что для современной России указанные вопросы являются достаточно актуальными.

К примеру, в конце 2011 г. занимавший тогда пост Президента Российской Федерации Д.А. Медведев в своем послании Федеральному Собранию обратил внимание на необходимость децентрализации власти, проведения серьезного перераспределения властных полномочий и бюджетных ресурсов в пользу регионов и муниципалитетов. Также было указано на необходимость устранения излишнего регламентирования, мешающего самостоятельной работе на местах, создания солидной и прогнозируемой финансовой основы для своей деятельности, усиления политической ответственности руководителей регионов и муниципалитетов за конечные результаты их работы по развитию территорий, по повышению качества оказываемых людям услуг²³.

В свою очередь, в обществе много разговоров о централизации финансовых потоков страны через Москву, о направлении больших объемов финансовой помощи в регионы Северного Кавказа, о наличии огромного количества дотационных регионов России, об их скудности, о вымирании «сельских образований», о периодических сепаратистских движениях, одной из причин которых является недостаточной справедливой финансовой политикой государства.

Согласно позиции авторского коллектива работы «Конституционная экономика», в настоящее время важна проблема разграничения расходов между уровнями бюджетной системы. При этом решение данного вопроса должно базироваться на следующих требованиях конституционной экономики: соответствие формальным требованиям, предъявляемым Конституцией к бюджету; обеспечение реализации тех предметов ведения, которые закреплены за Федерацией, ее субъектами и местным самоуправлением; самостоятельность Федерации, ее субъектов, местного самоуправления в определении направлений и состава расходов своих бюджетов;

²³ Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию // Российская газета. 2011. № 290.

учет воздействия (значения) бюджетных мероприятий на развитие государства и экономики; минимальная бюджетная обеспеченность²⁴.

В России указанные финансово-бюджетные отношения получили подробное правовое регулирование в Бюджетном кодексе Российской Федерации. В частности, гл. 5 кодекса определяет общие принципы бюджетной системы России, которые можно отнести к бюджетному федерализму: разграничение доходов, расходов и источников финансирования дефицитов бюджетов между бюджетами бюджетной системы Российской Федерации, самостоятельность бюджетов, принцип единства бюджетной системы, равенства бюджетных прав субъектов Российской Федерации, муниципальных образований. Гл. 16 Бюджетного кодекса Российской Федерации регулирует отношения, связанные с предоставлением межбюджетных трансфертов, определяет их формы, порядок и основные условия предоставления.

Вместе с тем, необходимо отметить, что в настоящее время существует определенный пробел в части общих начал формирования доходной базы уровней публичной власти, которая могла бы стимулировать соответствующие органы власти к решению вопросов экономического характера. Такая доходная база должна быть стабильной и достаточной для финансирования расходов социальной направленности, обоснованной с позиции возможности финансирования возложенных вопросов. Также существует некоторый пробел в части определения системы принципов предоставления межбюджетных трансфертов. Финансовая поддержка регионов (муниципальных образований) и система финансового поощрения уровней публичной власти должны строиться на определенной системе ценностей, планируемых конечных результатов. Использование таких принципов на практике могло бы способствовать наиболее эффективному и результативному использованию бюджетных средств, стабилизации межбюджетного взаимодействия, и одновременно — стимулированию поиска новых форм межбюджетных трансфертов, условий их предоставления.

Некоторые зарубежные страны в целях исключения пробелов и для изначального установления основных принципов и правил в данной сфере регулируют такие вопросы в своих конституциях. Так, Конституция Австралии предусматривает, что до установления единообразного сбора таможенных пошлин Австралийский Союз кредитует каждому штату доходы, собранные в нем Австралийским Союзом. Австралийский Союз дебетует каждому штату:

- затраты в нем Австралийского Союза, предпринятые исключительно для обслуживания или поддержания деятельности, так же как и во время перевода, любого департамента, переводимого из штата в ведомство Австралийского Союза;
- долю штата, согласно числу его жителей, в других затратах Австралийского Союза (ст. 89).

Согласно ст. 91 Конституции Австралии не запрещается предоставление любой помощи или субсидии штату на добычу золота, серебра или других металлов, предоставление любой помощи или субсидии на производство или экспорт товаров при согласии обеих палат Парламента Австралийского Союза, оформленного соответствующим решением. В течение 10 лет с момента образования Австралийского Союза и до тех пор, пока Парламентом не будет предусмотрено иное, Парламент

²⁴ См.: Конституционная экономика. С. 136.

уполномочен предоставлять финансовую помощь любому штату на таких условиях, которые сочтет приемлемыми (ст. 96)²⁵.

Конституция Швейцарии предусматривает, что из валовой суммы налогов 3/10 поступают кантонам; из этого не менее 1/6 используется для финансового выравнивания между кантонами (ст. 128).

Наиболее подробно данные вопросы урегулированы в Основном законе ФРГ, страны, которую российское сообщество часто сравнивает с Россией по своему устройству, модели правового регулирования и пр. Так, ст. 104-а предусматривает общие положения в части распределения и использования бюджетных средств, а именно следующие. Если Основной закон не определяет иначе, Федерация и земли, каждая со своей стороны, несут расходы для решения своих задач. Если земли действуют по поручению Федерации, то на последнюю возлагаются расходы по этой деятельности.

Федерация может предоставить землям финансовую помощь для покрытия особо важных расходов земель и общин (объединений общин), которые необходимы для того, чтобы избежать нарушения общего экономического равновесия, или для выравнивания возможных экономических различий на территории Федерации, или для оказания помощи в экономическом развитии. Подробности применения и, в частности, форма, в которой инвестиции должны быть предоставлены, регламентируются федеральным законом или административным соглашением, основанным на федеральном финансовом законе²⁶. Федерация и земли несут административные расходы, возникающие у их властей, и ответственны по отношению друг к другу за надлежащее управление. Подробности определяются федеральным законом, нуждающимся в одобрении Бундесрата (высший законодательный орган ФРГ).

Статья 106 устанавливает подробное распределение в бюджеты Федерации и земель отчислений от налогов и сборов. Одновременно устанавливается норма-цель, согласно которой потребности Федерации и земель в покрытии расходов должны регулироваться таким образом, чтобы достичь их экономического выравнивания, избежать чрезмерной нагрузки на налогоплательщиков и обеспечить равный уровень жизни на всей территории Федерации.

Статья 107 предусматривает: «закон должен гарантировать, что различия в финансовых возможностях между землями будут выравниваться в достаточной степени; при этом должны учитываться финансовые возможности и потребности общин (объединений общин). Условия получения средств для выравнивания и условия, определяющие обязательства земель по таким выплатам, принципы предоставления таких средств и их размеров, получаемых в соответствии с этим абзацем, должны быть установлены законом. Закон в равной степени может установить, что Федерация предоставит субсидии экономически слаборазвитым землям для дополнительного покрытия их общих финансовых нужд (дополнительные субсидии)».

Согласно ст. 109 Федерация и земли самостоятельны и независимы друг от друга в отношении своего бюджетного хозяйства. Федерация и земли должны учитывать при ведении своего бюджетного хозяйства требования общего экономического баланса. Финансовым законом, нуждающимся в одобрении Бундесрата, могут быть установлены для Федерации и земель общие принципы бюджетного права и прове-

²⁵ <http://worldconstitutions.runwww.worldconstitutions.ru>

²⁶ См.: Конституции зарубежных государств / сост. В.В. Маклаков. С. 103.

дения бюджетной политики, приспособляемой к конъюнктуре и долгосрочному финансовому планированию²⁷.

Отдельно следует обратить внимание на предусмотренные в конституциях зарубежных стран механизмы ограничения финансовой деятельности нижних уровней публичной власти и взаимодействия с ними в целях сохранения экономического баланса страны в целом.

Например, ст. 105 Конституции Австралии предусматривает, что Парламент уполномочен принимать от штатов их государственные долги, полностью или частично, согласно количеству жителей штата, согласно последним статистическим данным Австралийского Союза и может конвертировать, продлевать или консолидировать такие долги полностью или частично. Штаты обязаны возмещать убытки Австралийскому Союзу в отношении принятых долгов, при этом причитающиеся проценты в отношении этих долгов вычитаются и удерживаются с долей избыточного дохода Австралийского Союза, подлежащего к выплате нескольким штатам, или, в случае, если такой излишек недостаточен или его нет, то недостающая или полная сумма должны быть выплачены несколькими штатами.

В соответствии со ст. 105а Австралийский Союз вправе заключать соглашения со штатами относительно государственных долгов штатов, включая принятие долгов Австралийским Союзом, управление долгами, выплату причитающихся процентов и предусмотренных сумм, а также управление амортизационными фондами в отношении долгов, консолидацию, возобновление, конверсию и погашение долгов, возмещение Австралийскому Союзу убытков, связанных с долгами, принятыми Австралийским Союзом, заем денежных средств штатами, Австралийским Союзом или Австралийским Союзом для штатов²⁸.

Согласно ст. 109 Основного закона ФРГ для избежания расстройств общего экономического баланса федеральный закон, нуждающийся в одобрении Бундесрата, может установить предписания, касающиеся максимальной суммы, условий и последовательности кредитов территориальным корпорациям и некоторым ассоциациям; обязательств Федерации и земель хранить в Федеральном банке Германии свои свободные активы (резервы на случай конъюнктурного нарушения баланса)²⁹.

Представляется, что аналогичные положения могли бы быть предусмотрены в действующем законодательстве России и использоваться на практике. Представляется целесообразным выработать нормы-цели в части формирования финансовых основ уровней публичной власти, установления системы принципов межбюджетного взаимодействия. Это могло бы разрешить существующие на сегодняшний день противоречия, определить ориентиры развития межбюджетного взаимодействия, формирования финансовых основ уровней публичной власти.

Подводя итог всему вышеизложенному, необходимо отметить, что Россия в ее существующем государственном формате все-таки является достаточно молодым государством. Настоящий период все еще можно отнести к переходному, на сегодняшний день лишь формируются новые правила и условия жизнедеятельности. Представляется, что поставленная в настоящем комментарии проблематика, а также соответствующие предложения должны способствовать дальнейшему развитию России.

²⁷ См.: Конституции зарубежных государств / сост. В.В. Маклаков. С. 108.

²⁸ <http://worldconstitutions.runwww.worldconstitutions.ru>

²⁹ См.: Конституции зарубежных государств / сост. В.В. Маклаков. С. 109.

С.С. Заикин

аспирант кафедры
конституционного
и муниципального
права факультета
права Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»

Избирательные блоки в России: история и перспективы развития*

В статье анализируется история функционирования института избирательных блоков в Российской Федерации, рассматриваются примеры соглашений политических партий и созданий избирательных блоков в контексте проходящей реформы партийного и избирательного законодательства.

Ключевые слова: выборы, политические партии, избирательные блоки, Центральная избирательная комиссия, соглашения политических партий.

Последние годы истории России характеризуются весьма динамичными изменениями законодательства о политических партиях и избирательного законодательства, вызванными различными причинами, в том числе и усилением общественно-политической активности в 2011–2012 гг. В середине осени 2011 г. был снижен избирательный барьер на выборах в Государственную Думу¹, весной 2012 г. были существенно снижены требования к минимальной численности политических партий², отменен институт сбора подписей политическими партиями, не представленными в Государственной Думе, при выдвижении кандидатов на выборах в нижнюю палату³. В это же время был возвращен институт прямых выборов высших должностных лиц субъектов Российской Федерации⁴. Впрочем, ровно че-

* Статья подготовлена в рамках исследовательского проекта «На пути к конкурентному правопорядку» № 12-05-0006 по конкурсу исследовательских проектов научных учебных групп Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» (Учитель — Ученики).

¹ См.: Федеральный закон от 20 октября 2011 г. № 287-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи со снижением минимального процента голосов избирателей, необходимого для допуска к распределению депутатских мандатов в Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 43. Ст. 5975.

² См.: Федеральный закон от 2 апреля 2012 г. № 28-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О политических партиях» // СЗ РФ. 2012. № 15. Ст. 1721.

³ См.: Федеральный закон от 2 мая 2012 г. № 41-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с освобождением политических партий от сбора подписей избирателей на выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, в органы государственной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления» // СЗ РФ. 2012. № 19. Ст. 2275.

⁴ См.: Федеральный закон от 2 мая 2012 г. № 40-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 19. Ст. 2274.

рез год, в начале апреля 2013 г., в законодательство опять была введена новелла, согласно которой конституцией (уставом), законом субъекта Российской Федерации может быть предусмотрено, что высшее должностное лицо субъекта Российской Федерации избирается депутатами законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации⁵. Наконец, 1 марта 2013 г. Президентом Российской Федерации был внесен в Государственную Думу законопроект «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации», главной новеллой которого является возврат к смешанной системе выборов в нижнюю палату российского парламента⁶.

Следует отметить, что снижение требований к минимальной численности политических партий с 40 000 членов до 500 уже привело к достаточно интенсивному росту числа зарегистрированных политических партий⁷. В то же время количество членов этих партий будет не очень большим, кроме этого, у них в течение определенного периода времени не будет достаточной и стабильной поддержки избирателей. Это в свою очередь вызовет процесс заключения между новыми мелкими и средними партиями, между новыми партиями и партиями, функционирующими длительное время, но не имеющими достаточной поддержки в силу тех или иных причин, соглашений о формировании предвыборных союзов, т.е. избирательных блоков. Таким образом, снижение требований к минимальной численности политических партий, очевидно, приведет к возвращению в избирательное законодательство понятия «избирательный блок», а также к необходимости регулирования соглашений о создании и деятельности избирательных блоков. Возвращение им статуса участников избирательного процесса обсуждалось при разработке законопроекта о выборах депутатов Государственной Думы⁸, об этом упоминал и Президент Российской Федерации в Послании Федеральному Собранию 12 декабря 2012 г.⁹

Исходя из изложенного, думается, что вопрос о возвращении института избирательных блоков в избирательный процесс будет оставаться актуальным. В связи с этим представляется необходимым проанализировать историю правового регулирования избирательных блоков, а также соглашений политических партий и иных общественных объединений, вступавших в подобные союзы.

Институт избирательных блоков получил нормативное отражение в 1993 г., перед первыми выборами в Государственную Думу. В ст. 5 Положения о выборах в Государственную Думу, утвержденного Указом Президента Российской Федерации от 1 октября 1993 г. № 1557, за избирательными блоками признавалось право выдвижения кандидатов как по общефедеральному избирательному округу, так и по

⁵ См.: Федеральный закон от 2 апреля 2013 г. № 30-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1638

⁶ [http://www.asozd.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=232119-6&02](http://www.asozd.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=232119-6&02) (дата обращения: 30 марта 2013 г.).

⁷ На конец марта 2013 г. в Министерстве юстиции Российской Федерации была зарегистрирована 61 партия, на момент принятия закона 2012 г. было зарегистрировано семь партий // <http://minjust.ru/nko/gosreg/partii/spisok> (дата обращения: 30 марта 2013 г.).

⁸ См., напр.: <http://er.ru/news/2013/1/10/vozvrashenie-izbiratelnyh-blokov-usilit-pozicii-krupnyh-partij-dubovik/>; http://www.gazeta.ru/politics/2013/01/29_a_4945497.shtml (дата обращения: 30 марта 2013 г.).

⁹ Российская газета. 2012. № 287.

одномандатным округам. Избирательный блок наряду с общефедеральными политическими партиями имел статус избирательного объединения. В состав блока могли входить общефедеральные партии, общефедеральные политические движения, иные общефедеральные общественные объединения, устав которых зарегистрирован Министерством юстиции Российской Федерации¹⁰.

Позднее Центральная избирательная комиссия Российской Федерации (далее — ЦИК РФ) разъяснила, что блок, создаваемый на период проведения выборов, может состоять из двух и более общефедеральных политических партий; двух и более общефедеральных политических движений; общефедеральной политической партии и общефедерального политического движения; общефедеральных политических партий, общефедеральных политических движений и других общефедеральных общественных объединений, уставы которых зарегистрированы в Минюсте России, если участие в выборах в федеральный законодательный орган предусмотрено этими уставами. Специально оговаривалось, что число общефедеральных общественных объединений, входящих в блок, не ограничивается¹¹. Таким образом, по сравнению с редакцией федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», действовавшей до июля 2005 г., количество участников избирательного блока не ограничивалось искусственно. ЦИК РФ устанавливала, что решение о создании избирательного блока принимается и оформляется полномочными органами входящих в него общефедеральных партий и политических движений. На документе о создании блока было обязательно наличие печатей и подписей ответственных лиц (руководителей или заменяющих их лиц) от каждого общественного объединения¹². Таким образом, в то время о соглашениях, предметом которых было создание избирательных блоков, речь напрямую не шла.

В дальнейшем указанные признаки избирательного блока (правовой статус избирательного объединения, неограниченное количество участников) были воспроизведены в принятом в 1994 г. федеральном законе «Об основных гарантиях избирательных прав граждан Российской Федерации»¹³. Основанием для регистрации избирательных блоков соответствующей избирательной комиссией служил факт представления ими совместного списка кандидатов¹⁴, но представления какого-либо документа, удостоверяющего создание избирательного блока, не требовалось. Напротив, принятый летом 1995 г. федеральный закон «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» закре-

¹⁰ Часть 2 ст. 5 гл. 1 «Общие положения» Положения о выборах депутатов Государственной Думы в 1993 г., утв. Указом Президента Российской Федерации от 1 октября 1993 г. № 1557 (в ред. от 4 февраля 1994 г.) // Собрание актов Президента и Правительства Российской Федерации. 1993. № 41. Ст. 3907. Утратило силу с 10 января 2003 г.

¹¹ Статья 5 гл. 1 «Общие положения» Разъяснений о порядке применения отдельных статей Положения о выборах депутатов Государственной Думы в 1993 г., утв. постановлением Центральной избирательной комиссии Российской Федерации от 10 ноября 1993 г. № 24 (в ред. от 7 декабря 1993 г.) // СПС «Консультант Плюс».

¹² Там же.

¹³ Абзац 11 ст. 2 Федерального закона от 6 декабря 1994 г. № 56-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав граждан Российской Федерации» (в ред. от 26 ноября 1996 г.) // СЗ РФ. 1994. № 33. Ст. 3406. Утратил силу с 19 сентября 1997 г.

¹⁴ См.: ст. 18 указанного закона.

плял, что регистрация избирательного блока производится после представления в ЦИК РФ протоколов съездов (конференций) общественных объединений с решениями о вхождении в избирательный блок и совместного решения общественных объединений о создании избирательного блока, подписанного уполномоченными представителями этих общественных объединений¹⁵. В то же время закон не содержал каких-либо дополнительных либо специальных положений, регулирующих правовой статус избирательных блоков во время проведения избирательной кампании. Тем не менее, в данном акте словосочетания «избирательное объединение» и «избирательный блок» употреблялись через запятую, из чего можно заключить, что избирательный блок имеет определенные отличия от избирательного объединения, хотя в ст. 32 закона подтверждалось, что избирательный блок обладает правами избирательного объединения.

В разъяснении, одобренном постановлением ЦИК РФ от 28 июля 1995 г., указывалось, что процесс образования избирательного блока начинается с соглашения руководящих органов общероссийских общественных объединений о создании избирательного блока. Совместное решение общественных объединений о создании избирательного блока должно было приниматься по процедуре, нормам и правилам, установленным общественными объединениями по согласованию друг с другом¹⁶. Таким образом, государственные органы оставляли общественным объединениям свободу в урегулировании вопросов, связанных с созданием избирательного блока. Но, исходя из сформулированной ЦИК РФ в 1995 г. позиции, можно утверждать, что по сути под соглашением о создании избирательного блока понималось некое решение, выраженное в весьма сжатой форме, фиксирующее принципиальное согласие общественных объединений о вхождении в состав данного блока и о выдвижении совместного списка кандидатов.

В парламентских выборах 1993 г. приняли участие четыре избирательных блока, из них два — «Выбор России» и «Явлинский — Болдырев — Лукин» — смогли преодолеть пятипроцентный барьер и попасть в Государственную Думу¹⁷. В 1995 г. в выборах в нижнюю палату российского парламента участвовали 18 избирательных блоков, при том что списки кандидатов выдвинули 29 избирательных блоков, включавших 71 избирательное объединение¹⁸. Стоит оговориться, что ни один избирательный блок не преодолел тогда избирательный барьер¹⁹. Напротив, в 1999 г. из шести избирательных объединений, допущенных к распределению депутатских

¹⁵ См.: ст. 33 Федерального закона от 21 июня 1995 г. № 90-ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» (в ред. от 17 ноября 1998 г.) // СЗ РФ. 1995. № 26. Ст. 2398. Утратил силу с 24 июня 1999 г.

¹⁶ Абзацы 1, 3 разд. I **Разъяснений о порядке образования избирательных блоков, их регистрации** Центральной избирательной комиссией Российской Федерации и выдвижения кандидатов в депутаты избирательным блоком. Одобрено постановлением ЦИК РФ от 28 июля 1995 г. № 8/50-II (в ред. от 18 сентября 1995 г.) // Российская газета. 1995. № 153.

¹⁷ См.: *Иванченко А.В., Кынев А.В., Любарев А.Е.* Пропорциональная избирательная система в России: история, современное состояние, перспективы. М., 2005 // <http://www.vibori.ru/Publikat/PES/tab1-2-1.htm> (дата обращения: 30 марта 2013 г.).

¹⁸ См.: *Иванченко А.В., Любарев А.Е.* Российские выборы от перестройки до суверенной демократии. М.: Аспект Пресс, 2006. С. 94.

¹⁹ См.: *Иванченко А.В., Кынев А.В., Любарев А.Е.* Указ. соч. // <http://www.vibori.ru/Publikat/PES/tab1-2-2.htm> (дата обращения: 30 марта 2013 г.).

мандатов в Государственной Думе, четыре имели статус избирательных блоков (фактически избирательный блок «Блок Жириновского» был только формой участия в выборах Либерально-демократической партии России)²⁰, при том что всего в выборах приняли участие 10 избирательных блоков²¹. Наконец, в избирательной кампании 2003 г. было зарегистрировано пять избирательных блоков, из которых наибольший успех сопутствовал блоку «Родина», сформированному Партией российских регионов, Социалистической единой партией России и партией «Народная воля» и набравшему по итогам выборов 9%. Остальные избирательные блоки набрали от 1,9 до 4%²².

Достаточно любопытная ситуация с применением института избирательных блоков складывалась на выборах депутатов законодательных (представительных) органов субъектов Федерации. Сначала, в 1995—1997 гг., на выборах в регионах лишь около 25% кандидатов выдвигались избирательными объединениями и блоками. По результатам выборов выдвиженцы избирательных объединений и блоков получили 19% мандатов. В депутатском корпусе 17 регионов (из 72, где в 1995—1997 гг. проводились выборы) избирательные объединения и блоки вообще оказались не представлены²³. В 1998—1999 гг. число кандидатов, выдвинутых избирательными объединениями, несколько уменьшилось по сравнению с предыдущим периодом — 19%²⁴, а в избирательных кампаниях с 2000 по 2003 г. только 15% кандидатов от общего числа были выдвинуты избирательными объединениями и блоками²⁵.

Зато с декабря 2003 г. по март 2006 г. в 15 регионах из 19, где избирательные блоки участвовали в избирательных кампаниях, их списки получили мандаты. В трех регионах избирательные блоки оказывались лидерами: блок «За наш Алтай — коммунисты, аграрии, НПСР!», блок «Мы за развитие Амурской области» (образован региональными отделениями Российской партии Жизни и партии «Яблоко») и блок «Наша Родина — Сахалин и Курилы» (образован региональными отделениями Аграрной партии России, партии «Народная воля» и «Евразийской партии — Союза патриотов России»)²⁶.

Стоит отметить, что на региональном уровне избирательные комиссии разрабатывали собственные модели соглашений о создании избирательного блока. Так, решением Избирательной комиссии Республики Хакасия от 23 сентября 2004 г. № 33/180-4 в числе примерных форм документов, представляемых при проведении выборов депутатов Верховного Совета Республики Хакасия четвертого созыва избирательными объединениями и избирательными блоками в Избирательную комиссию Республики Хакасия и кандидатами в окружные избирательные комиссии, была утверждена форма Соглашения о создании избирательного блока. В соглашении должны были быть отражены состав избирательного блока, норма представительства на конференции избирательного блока от каждой партии — участницы

²⁰ См.: Иванченко А.В., Любарев А.Е. Указ. соч. С. 129, 135.

²¹ См.: Там же. С. 128.

²² См.: Там же. С. 170, 172.

²³ См.: Там же. С. 117.

²⁴ См.: Там же. С. 141.

²⁵ См.: Там же. С. 164.

²⁶ См.: Там же. С. 187.

соглашения, порядок принятия решений на конференции избирательного блока, основания для исключения кандидата из списков кандидатов²⁷.

Приведенный краткий количественный анализ опыта участия избирательных блоков в федеральных и региональных избирательных кампаниях в 1993—2006 гг., когда их существование было закреплено законодательно, позволяет сделать достаточно любопытные выводы. Наибольших успехов на федеральном уровне (выборы в Государственную Думу) избирательные блоки добивались в 1993 г., т.е. в самом начале формирования российской избирательной и партийной систем, а также на последних для них выборах в 2003 г., когда они еще обладали статусом избирательных объединений. В количественном отношении больше всего избирательных блоков было на выборах в Государственную Думу 1995 г., оказавшихся для этих избирательных объединений неудачными.

Резкий рост популярности института избирательных блоков на выборах субъектов федерации опять-таки пришелся на 2003—2006 гг., т.е. в заключительный период признания за ними статуса участников избирательного процесса. Успех избирательных блоков на выборах в субъектах Федерации объясняется, в частности, использованием в своем названии темы регионального патриотизма, причем независимо от того, образовывали их правые или левые партии²⁸.

Стоит согласиться с А.В. Иванченко и А.Е. Любаревым, по мнению которых «избирательные блоки, образуемые избирательными объединениями для участия в конкретных выборах, играли в условиях неразвитой партийной системы важную роль, способствуя созданию новых дееспособных политических партий. Отмена института избирательных блоков искусственно прервала этот позитивный процесс. В результате небольшие партии лишены возможности естественным путем объединяться и формировать таким образом более крупные партии»²⁹. Разумеется, прекращению процессов создания новых политических партий способствовало не только исключение избирательных блоков из числа участников избирательного процесса, но и ужесточение требований к минимальной численности политических партий при их регистрации. Интересно отметить, что в пояснительной записке к законопроекту 2005 г., предусматривавшему исключение избирательных блоков из числа участников избирательного процесса, указывалось, что усилившаяся роль политических партий в общественно-политической жизни страны, а также принятые в последнее время законодательные меры, направленные на увеличение численности политических партий, дают основание полагать, что отпала необходимость их объединения в избирательные блоки для совместного выдвижения кандидатов, списков кандидатов и участия в иных избирательных действиях³⁰.

Между тем из данного документа не ясно, по каким критериям было определено, что происходит усиление роли политических партий в общественно-политической

²⁷ Решение Избирательной комиссии Республики Хакасия от 23 сентября 2004 г. № 33/180-4 // <http://docs.pravo.ru/document/view/15288746/> (дата обращения: 30 марта 2013 г.). Утратило силу с 20 ноября 2008 г., см.: Решение Избирательной комиссии Республики Хакасия от 20 ноября 2008 г. № 46/308-5 // <http://docs.pravo.ru/document/view/12369523/> (дата обращения: 30 марта 2013 г.).

²⁸ См.: Иванченко А.В., Любарев А.Е. Указ. соч. С. 187.

²⁹ Там же. С. 203.

³⁰ http://www.asozd.duma.gov.ru/arhiv/a_dz_4.nsf/ByID/22DD25230541F1A0432571BB0058F74B?OpenDocument (дата обращения: 23 февраля 2013 г.),

системе, и к чему это привело, какие факты свидетельствовали о таком усилении. Кроме этого, думается, что предполагаемое или реальное усиление роли политических партий в общественно-политической системе и потребность политических партий в создании избирательных блоков (друг с другом либо с иными общественными объединениями) представляют собой явления, не связанные напрямую между собой. Решение о создании избирательного блока принимается политическими партиями исходя из состояния общественно-политической ситуации, расстановки политических сил, предпочтений избирателей в момент перед конкретными выборами. Таким образом, факт формирования избирательного блока не зависит от количества политических партий и их членов, этот процесс является проявлением саморегуляции в обществе. Скажем, в гражданском обороте граждане и организации вступают в договорные правоотношения исходя из своих собственных потребностей и воли. Однако следует оговориться, что, действительно, более распространены избирательные блоки между небольшими и средними по количеству политическими партиями.

Для понимания проблем содержания соглашений политических партий о создании избирательных блоков целесообразно проанализировать Соглашение о создании избирательного блока «Родина» для совместного участия в выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации четвертого созыва, заключенное 14 сентября 2003 г. Партиями-участницами были Партия российских регионов, Социалистическая единая партия России (Духовное наследие) и Партия национального возрождения «Народная воля». Соглашение предусматривало созыв конференции блока, на которой решались такие вопросы, как определение и утверждение программных задач избирательного блока, выдвижение федерального списка кандидатов и кандидатов по одномандатным округам, а также создание единого руководящего органа — Высшего Совета. Положение об этом органе также утверждалось на заседании конференции³¹.

Важно отметить, что основным принципом функционирования избирательного блока, который нашел отражение в соглашении, был принцип участия в принятии решений всех политических партий, входящих в его состав. Так, конференция избирательного блока являлась правомочной, если в ее работе принимали участие не менее двух третей от общего количества представителей политических партий, назначенных для участия в конференции избирательного блока съездами политических партий, вошедших в избирательный блок, при условии, что каждая политическая партия представлена на конференции не менее чем одним представителем. Кроме этого, решения конференции не считались принятыми, если за них не проголосовал хотя бы один представитель от каждой политической партии, вошедшей в состав избирательного блока (п. 2.2 и 4.2 соглашения). Указанные положения представляют собой нормы, регулирующие отношения между политическими партиями-участницами избирательного блока по поводу принятия решений, связанных с деятельностью избирательного блока, т.е. по поводу осуществления пассивного избирательного права.

В соглашении определялись также основания, в соответствии с которыми органы избирательного блока имели право исключать кандидатов из федерального

³¹ <http://www.orodine.ru/museum/blok0309.html> (дата обращения: 30 марта 2013 г.).

списка и из списка по одномандатному избирательному округу. Исходя из положений п. 6.3—6.4 соглашения, правом исключения кандидатов из обоих списков обладал Высший Совет избирательного блока. Он мог отозвать кандидата как из федерального списка, так и из списка по одномандатному округу в случае подачи кандидатом письменного заявления об исключении из списка, грубого или неоднократного нарушения кандидатом законодательства Российской Федерации о выборах депутатов Государственной Думы, а также утраты кандидатом пассивного избирательного права. Основания утраты пассивного избирательного права были закреплены в федеральном законе о выборах депутатов Государственной Думы 2002 г. В качестве таковых признавались признание гражданина судом недееспособным, нахождение гражданина в местах лишения свободы по приговору суда, а также наличие у гражданина гражданства иностранного государства³². В последнем случае конференция избирательного блока имела бы право исключить кандидата из федерального списка, а также списка по одномандатному округу в случае получения им гражданства иностранного государства.

Что касается такого основания для исключения кандидата из федерального списка и из списка по одномандатному округу, как грубое нарушение законодательства Российской Федерации о выборах депутатов Государственной Думы, то в данном случае приходится иметь дело с оценочной категорией. Возникает вопрос, какие именно нарушения законодательства о выборах депутатов Государственной Думы можно считать грубыми? Например, согласно п. 4 ч. 8 ст. 47 федерального закона о выборах депутатов Государственной Думы 2002 г., грубым нарушением считался сбор не менее 20% от представленных для регистрации кандидата подписей избирателей в местах, где сбор подписей запрещен. Являются ли грубыми нарушениями подкуп избирателей или употребление кандидатом, выдвинутым избирательным блоком, нецензурной лексики при выступлении, оскорбление политических оппонентов?

Проблема использования в анализируемом соглашении оценочных категорий связана с вопросами процедуры установления нарушения кандидатом законодательства о выборах, а также рассмотрения споров по поводу обжалования решений руководящих органов избирательного блока. В соглашении отсутствовали положения, которые бы регулировали данные процедуры, что следует признать его недостатком. В то же время существует неясность, каким образом кандидат мог бы оспорить решение Высшего Совета избирательного блока, если он был с ним не согласен. В соглашении не указан порядок взаимодействия между конференцией избирательного блока и его Высшим Советом, в том числе и по данному вопросу.

Между тем, исходя из того, что конференция избирательного блока являлась учредительным органом по отношению к Высшему Совету и была уполномочена на решение вопроса о выдвижении федерального списка кандидатов и кандидатов по одномандатным избирательным округам, можно утверждать, что кандидат, не согласный с решением Высшего Совета об его исключении из списка, мог бы обжаловать данное решение на заседании конференции избирательного блока. Помимо этого, можно было бы попытаться обжаловать данное решение Высшего Совета избирательного блока и в судебном порядке по аналогии.

³² См.: ч. 6 и 6.1 ст. 4 Федерального закона от 20 декабря 2002 г. № 175-ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» (в ред. от 25 июля 2006 г.). Утратил силу с 6 декабря 2006 г. // СЗ РФ. 2002. № 51. Ст. 4982.

Часть 1 ст. 259 и ч. 2 ст. 260 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее — ГПК РФ) закрепляют условия подачи заявления в суд кандидатами об обжаловании решений избирательных комиссий об отказе в регистрации кандидатов. По сути отказ избирательной комиссии в регистрации кандидата и исключение руководящим органом избирательного блока кандидата из федерального списка либо списка по одномандатному округу по своим последствиям одинаковы: лицо, имевшее статус кандидата, лишается его и в дальнейшем утрачивает возможность реализовать свое пассивное избирательное право. Однако в данном случае, скорее всего, заявитель мог бы получить отказ даже не столько по причине отсутствия прямого правового закрепления данной категории дел, сколько в силу содержания и толкования уже имеющихся норм.

В ГПК РФ норма ч. 1 ст. 259 сформулирована следующим образом: избиратели, участники референдума, кандидаты и их доверенные лица, избирательные объединения и их доверенные лица, политические партии и их региональные отделения, иные общественные объединения, инициативные группы по проведению референдума и их уполномоченные представители, иные группы участников референдума и их уполномоченные представители, наблюдатели, прокурор, считающие, что решениями или действиями (бездействием) органа государственной власти, органа местного самоуправления, общественных объединений, избирательной комиссии, комиссии референдума, должностного лица нарушаются избирательные права или право на участие в референдуме граждан Российской Федерации, вправе обратиться с заявлением в суд. Позиция суда могла быть следующей: кандидат может подать заявление только в случае, если его права были нарушены действиями (бездействием) общественного, но не избирательного объединения. Избирательный блок обладал статусом именно избирательного объединения, он подлежал регистрации в ЦИК РФ, однако при создании его участниками не принимался учредительный документ в форме устава и, соответственно, не требовалось регистрации избирательного блока в качестве юридического лица. По этой причине кандидат не мог бы обжаловать решение Высшего Совета избирательного блока в судебном порядке.

Основаниями, вынуждающими Высший Совет исключить кандидата из федерального списка кандидатов, отозвать кандидата по одномандатному избирательному округу, являются следующие обстоятельства: признание кандидата судом недееспособным, ограниченно дееспособным, тяжелая болезнь, стойкое расстройство здоровья кандидата или его близких родственников. В данном случае участники соглашения пошли по пути воспроизведения норм избирательного законодательства — именно такие обстоятельства, вынуждающие избирательный блок отозвать кандидата, были указаны в ч. 13 ст. 52 федерального закона о выборах депутатов Государственной Думы, принятого в 2002 г.

Еще одним примером воспроизведения законодательных положений являются п. 8.1—8.2 соглашения, согласно которым политическая партия, входящая в избирательный блок, была вправе в любое время, но не позднее чем за пять дней до дня голосования, отказаться от дальнейшего участия в выборах в составе избирательного блока по решению уполномоченного органа политической партии. Если же после заверения ЦИК РФ копии списка (списков) кандидатов, выдвинутых избирательным блоком, от участия в выборах отказались бы все входящие в избирательный блок политические партии, за исключением одной, эта политическая партия

была вправе продолжить участвовать в выборах в качестве избирательного блока с использованием его наименования и эмблемы, с сохранением прав и обязанностей избирательного блока, представившего соответствующий список кандидатов.

Такие же нормы содержались и в ч. 7 ст. 52 федерального закона о выборах депутатов Государственной Думы, принятого в 2002 г. Кроме этого, в данном документе также распределялись обязательства партий-участниц относительно бесплатного эфирного времени и печатной площади, а также распределения бюджетных средств в случае их получения по итогам выборов.

Таким образом, в соглашении были урегулированы процедуры создания органов управления избирательного блока, их компетенция, порядок принятия решений на конференции избирательного блока, вопросы отзыва кандидатов и последствия выхода партий-участниц из состава избирательного блока, пусть данные нормы и воспроизводили положения закона о выборах депутатов Государственной Думы 2002 г. Представляется, что в соглашении можно было бы также закрепить порядок рассмотрения вопросов на конференции избирательного блока, порядок выдвижения политическими партиями-участницами избирательного блока кандидатов для включения в списки кандидатов от избирательного блока. Если этот порядок должен быть определяться в соответствии с уставами самих партий, то, возможно, в соглашении следовало бы сделать соответствующую оговорку. Наконец, было бы целесообразным отразить в соглашении процедуры рассмотрения споров, которые могут возникнуть в ходе его исполнения.

Таким образом, в России существует вполне достаточный опыт и правового регулирования статуса избирательных блоков, и практика заключения соглашений между избирательными объединениями о создании и функционировании такого рода предвыборных союзов. Думается, что данный опыт и практика могут быть полезными при разрешении вопросов о возвращении избирательным блокам статуса избирательных объединений в будущем.

С.И. Луценко

ведущий эксперт Контрольного
управления Президента
Российской Федерации

Влияние решений акционеров (собственников) на корпоративную политику

В представленной статье рассматриваются особенности влияния решений акционеров (собственников) на политику компаний. Целью анализа является идентификация отношений между самими акционерами (собственниками), а также между акционерами и менеджментом компании. В частности, освещены вопросы, касающиеся некоторых аспектов при проведении общих собраний (принятия решений об увеличении уставного капитала, преимущественного права приобретения акций), высоких вознаграждений менеджмента (предоставление опционов). Исследование влияния решений акционеров на корпоративную политику иллюстрируется прецедентной практикой.

Ключевые слова: корпоративное управление, собственник, менеджмент, сделки с заинтересованностью.

Введение

Акционер (собственник) обладает широкой дискрецией в отношении принятия решений и влияния на корпоративное управление¹. Все права акционера вытекают из его права собственности (экономического интереса) на определенное количество акций в данном акционерном обществе и производны от количества акций, находящихся в собственности члена акционерного общества. Личное участие члена акционерного общества в управленческих вопросах напрямую связано с находящимися в его собственности акциями². Другими словами, акционер имеет право выбирать членов совета директоров, одобрять сделки с заинтересованностью, вносить изменения в учредительные документы, делегировать полномочия менеджменту компании при принятии корпоративных решений.

Предоставление широких полномочий менеджменту компаний может привести к следующей ситуации. Менеджмент компании склонен оценивать акционерное общество как свою личную собственность, как активы, в создании которых он имеет особые заслуги. Если менеджеры являются контролирующими акционерами, то их интересы аналогичны интересам других крупных индивидуальных собственников. Если они не являются контролирующими собственниками, то наряду

¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24 февраля 2004 г. № 3-П.

² Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 11 апреля 1997 г. № 53-О.

с интересом к высокой текущей доходности и ликвидности акций у них возникает интерес к перераспределению доходов компании в свою пользу (в ущерб другим акционерам) за счет очень высокой текущей оплаты труда и уплаты крупных вознаграждений исполнительному органу компании³.

Хотелось бы обратить внимание на асимметричность информации при принятии решений. Акционеры испытывают недостаток в определенной информации о компании и решениях в отношении голосования, они могут отступить от участия в голосовании (зачастую акционер не обладает управленческими навыками), делегировав полномочия принятия решения менеджменту. В свою очередь правоприменитель легитимизирует решение, связанное с голосованием, когда нарушения при проведении собрания не являются существенными: погрешности в представленных материалах при голосовании и решение общего собрания не повлекли причинения убытков акционеру (п. 24 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18 ноября 2003 г. № 19 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах»). Таким образом, последующие голосования могут привести к отвлечению времени и средств компании (транзакционным издержкам).

В результате менеджмент компании может самостоятельно принять решение, обладая большей информацией. В таком случае акционеры делегируют некоторые полномочия менеджменту компании.

Модель делегирования полномочий от собственников (акционеров) менеджменту компании, представленная Агийоном и Тиролем⁴, иллюстрирует, насколько уровень управленческой инициативы зависит от собственников, делегирующих полномочия (при этом не сохраняются полномочия в отношении пересмотра некоторых деловых решений). Зачастую, делегируя полномочия менеджменту, акционер (собственник) вынужден нести убытки (неполучение дивидендов от прибыли компании).

Обратимся к нескольким примерам, опираясь на национальную корпоративную правоприменительную практику.

Собственник компании обратился с исковым заявлением в суд о возмещении убытков (упущенной выгоды) со стороны руководителя компании. Мотивировка заключалась в том, что назначенный руководитель, воспользовавшись отсутствием контроля со стороны собственника, разослал всем клиентам компании письма, на основании которых расторг с ними договоры на возмездное оказание услуг. В результате данных действий собственнику был причинен материальный ущерб.

Суд при вынесении решения исходил из следующих положений.

Принцип добросовестности и разумности действий субъектов гражданских правоотношений является одним из общих принципов гражданского права. Члены совета директоров (наблюдательного совета), единоличный исполнительный орган, члены коллегиального исполнительного органа, управляющая организация или управляющий должны вести дела компании добросовестно и разумно. Добросовестность означает субъективное состояние лица при совершении юридических

³ Распоряжение Правительства г. Москвы от 8 сентября 2006 г. № 1766-РП «О систематизации мер по пресечению и предупреждению противоправных действий на финансовом и фондовом рынках».

⁴ См.: *Aghion P., Tirole J. Formal and Real Authority in Organizations // Journal of Political Economy. 1997. № 1.*

актов. В соответствии с современными правилами толкования русского языка слово «добросовестный» означает «честно выполняющий свои обязательства, обязанности». Таким образом, добросовестность в контексте корпоративного права предполагает прежде всего честность, т.е. субъективную психологическую установку на соблюдение правовых предписаний, а также искреннюю заинтересованность в положительном развитии организации. Руководитель обязан относиться к интересам соответствующей компании как к своим собственным интересам.

Разумность действий руководителя компании предполагает, с одной стороны, поиск оптимального пути разрешения конкретной хозяйственно-управленческой ситуации, а с другой — ту степень профессионализма, которая минимально необходима для исполнения соответствующих служебных обязанностей, обусловленных занятием той или иной должности (осуществлением функции). В результате недобросовестных действий со стороны руководителя возможны неблагоприятные имущественные последствия для компании.

Согласно ст. 277 Трудового кодекса Российской Федерации руководитель организации несет полную материальную ответственность за прямой действительный ущерб, причиненный организации.

Таким образом, руководитель, действуя в нарушение устава компании, в нарушение трудового договора, заключенного с ним, в нарушение корпоративного права, причинил собственнику убытки в виде упущенной выгоды⁵.

Обратимся к другому примеру.

В ряде нефтедобывающих компаний их руководители были лишены управленческих функций (полномочий) со стороны менеджмента управляющих компаний. Менеджмент управляющих компаний действовал на основании доверенностей; в противоречии с уставом нефтедобывающих компаний совершались сделки с превышением полномочий или вопреки интересам акционеров нефтедобывающих компаний. Руководители нефтедобывающих компаний были лишены своих полномочий в отношении собственности предприятий.

Суд отметил, что использование сделок со стороны менеджмента управляющих компаний с занижением цен реализации нефти влекло ущемление интересов акционеров на получение дивидендов от прибыли добывающих компаний. Это становилось возможным в связи с тем, что вся выручка при применении таких цен выводилась в зарубежные офшоры (в так называемые центры прибыли), а добывающие российские компании, которым взамен своего имущества фактически возмещалась только его себестоимость, становились центрами издержек. Их акционеры лишались возможности пользоваться прибылью, получаемой от продажи и переработки нефти. Данный механизм ценообразования позволял выводить прибыль за пределы России.

В итоге суд пришел к выводу, что нефтедобывающим компаниям (их акционерам) причинялись убытки, а менеджмент управляющих компаний за счет присвоения права на распоряжение чужой собственностью и за счет снижения отпускных цен на нее получал материальную выгоду (превышение полномочий). Следовательно, методы ценообразования, применяемые менеджментом управляющих компаний, являются незаконными⁶.

⁵ Апелляционное определение Пермского краевого суда от 9 апреля 2012 г. № 33-2926.

⁶ Постановление Верховного Суда Российской Федерации от 15 мая 2012 г. № 5-Д12-24.

В представленной работе необходимо рассмотреть особенности взаимоотношений между самими собственниками компании, а также между собственниками и менеджментом, попытаться решить проблемы, связанные с конфликтами интересов (сделки с заинтересованностью, решения, связанные с предпочтениями в отношении менеджмента).

В первой части работы будет представлена ситуация, связанная с проведением собраний акционеров (участников) в отношении некоторых решений: преимущественного права приобретения акций, увеличения уставного капитала и разводнения доли. Другими словами, решений, которые имеют экономический интерес и порождают латентный конфликт между самими акционерами (собственниками).

Во второй части работы будет рассмотрена ситуация, связанная с управленческими предпочтениями (высокие вознаграждения, опционные программы). В этой части работы необходимо проследить конфликт интересов между акционерами (собственниками) и менеджментом компании.

Влияние решений акционеров при проведении общих собраний: конфликт интересов собственников

Поведение при принятии решений со стороны акционеров (прежде всего крупных (мажоритарных)) отличается следующими особенностями. Как правило, контролирующие акционеры⁷ склонны рассматривать акционерное общество как свою личную собственность, как созданные ими личные активы, минимизируя выплаты любым другим акционерам и стремясь получить доходы от компании не только в форме дивидендов, но и в форме прямого доступа к денежным потокам компании (в том числе путем перехвата контроля над компанией и нарушения преимущественного права других акционеров на приобретение акций)⁸.

В связи с этим обратимся к примерам, которые наглядно иллюстрируют нарушения, связанные с проведениями внеочередных общих собраний акционеров.

Акционер (собственник) компании не принимал участие на внеочередном общем собрании, по вопросам повестки не голосовал. На дату формирования списка акционеров для участия во внеочередном общем собрании он в реестре акционеров не значился, в связи с чем и не имел возможности принимать участие в собрании. Учитывая, что акционер не участвовал в общем собрании, не голосовал по вопросу об определении цены дополнительных акций, был лишен возможности воспользоваться правом преимущественной покупки акций и продажи дополнительных акций по цене существенно ниже рыночной, суд пришел к выводу о наличии у акционера убытков, связанных с уменьшением реальной стоимости принадлежащих ему акций.

Далее суд отмечает, что решение общего собрания акционеров о дополнительном выпуске ценных бумаг является недействительным исходя из того, что имела

⁷ Как отмечает Конституционный Суд Российской Федерации в своем Определении от 11 апреля 1997 г. № 53-О, все права акционера вытекают из его права собственности на определенное количество акций в данном акционерном обществе и производны от количества акций, находящихся в собственности члена акционерного общества; личное участие члена акционерного общества в управленческих вопросах напрямую связано с находящимися в его собственности акциями.

⁸ Распоряжение Правительства г. Москвы от 8 сентября 2006 г. № 1766-РП «О систематизации мер по пресечению и предупреждению противоправных действий на финансовом и фондовом рынках».

место недобросовестная эмиссия, дополнительный выпуск акций был зарегистрирован на основании документов, содержащих недостоверную информацию, было нарушено преимущественное право акционера на приобретение акций⁹.

Особенностью проведения внеочередных собраний в непубличных компаниях является нарушение процедуры увеличения уставного капитала за счет дополнительных взносов (разводнение доли более мелких собственников).

Рассмотрим следующий пример.

Три собственника (участника) компании имеют доли в уставном капитале 70, 20 и 10% соответственно. На общем собрании собственником принято решение об увеличении уставного капитала за счет дополнительных взносов со стороны участников. Первый участник внес дополнительный взнос в полном объеме, два других участника вклады не внесли. Решение общего собрания было утверждено по итогам внесения дополнительных вкладов (взносов), при этом два участника с долями 20 и 10% воздержались от голосования. В результате доли этих участников были уменьшены до 8,333 и 4,167% соответственно. Доля первого участника в уставном капитале компании увеличилась до 87,5%. После чего один из участников (собственников), чья доля была уменьшена (разводнена), обратился в суд с иском о незаконности решения внеочередного общего собрания участников (увеличение уставного капитала за счет дополнительных взносов).

Суд свою позицию сформулировал следующим образом.

Порядок увеличения уставного капитала общества за счет дополнительных вкладов его участников установлен п. 1 ст. 19 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью». В соответствии с указанной нормой общее собрание участников компании большинством не менее 2/3 голосов от общего числа голосов участников компании, если необходимость большего числа голосов для принятия такого решения не предусмотрена уставом, может принять решение об увеличении уставного капитала за счет внесения дополнительных вкладов участниками компании.

Каждый участник общества вправе внести дополнительный вклад, не превышающий части общей стоимости дополнительных вкладов и пропорциональной размеру доли этого участника в уставном капитале общества. Дополнительные вклады могут быть внесены участниками общества в течение двух месяцев со дня принятия общим собранием участников общества соответствующего решения, если уставом общества или решением общего собрания участников общества не установлен иной срок.

Не позднее одного месяца со дня окончания срока внесения дополнительных вкладов общее собрание должно принять решение об утверждении итогов внесения дополнительных вкладов участниками общества и о внесении в устав изменений, связанных с увеличением размера уставного капитала общества. При этом номинальная стоимость доли каждого участника, внесшего дополнительный вклад, увеличивается в соответствии с установленным соотношением. П. 2 той же статьи предусматривает, что общее собрание участников компании может принять решение об увеличении его уставного капитала на основании заявления участника о внесении дополнительного вклада и (или), если это не запрещено уставом, заявления третьего лица о принятии его в компанию и внесении вклада. Такое решение принимается всеми участниками единогласно.

⁹ Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 18 мая 2010 г. № А27-17300/2009.

Внесение дополнительных вкладов является правом, а не обязанностью участников (собственников) компании. Невнесение дополнительных вкладов всеми участниками общества исключает принятие решения об утверждении итогов внесения вкладов и изменение учредительных документов. Суд указал, что внесение вкладов в уставный капитал не всеми, а только несколькими участниками общества возможно в случае, предусмотренном п. 2 ст. 19 федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью». Согласно решению собственников уставный капитал компании подлежал увеличению за счет всех ее участников (собственников), а не только одного участника. Иное толкование приведет к нарушению прав участников компании, так как позволит уменьшать принадлежащие им доли в уставном капитале в отсутствие их воли¹⁰.

Другими словами, вынесение решения со стороны собственников компании об увеличении уставного капитала существенно нарушает нормы корпоративного права (в отсутствие единогласного решения происходит уменьшение доли других участников и им причиняются убытки). Позиция правоприменителя является характерной для российской корпоративной практики¹¹.

Необходимо учитывать, что незаконное решение собственников в отношении распределения долей в уставном капитале в ущерб другим собственникам (нарушение корпоративного права) может быть квалифицировано по ст. 185.5 Уголовного кодекса Российской Федерации (фальсификация решения общего собрания участников хозяйственного общества). Данная позиция подтверждается практикой российских следственных органов¹².

Подводя некоторые итоги, необходимо отметить следующее.

Разрушительные конфликты в российских компаниях (публичных и непубличных) зачастую возникают между собственниками, в частности между мажоритариями и миноритариями. Данные конфликты связаны с подчинением воли других собственников. Конечной целью крупных собственников являются экономические интересы (контроль над денежными потоками). С другой стороны, именно право голоса является каналом для связи между акционерами (собственниками) для формулирования повестки на общих собраниях собственников (акционеров) и инициирования законных требований¹³.

Влияние решений акционеров на политику вознаграждений: конфликт интересов между собственниками и менеджментом

Высокие выплаты менеджменту, особенно в убыточных компаниях, являются перманентным предметом инициирования судебных тяжб со стороны акционеров.

¹⁰ Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 5 апреля 2010 г. по делу № А56-15879/2009.

¹¹ Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 16 сентября 2011 г. № А32-29224/2010.

¹² Пресс-релизы Следственного управления Следственного комитета Российской Федерации по Свердловской области от 3 февраля 2012 г., Следственного управления Следственного комитета Российской Федерации по Забайкальскому краю от 3 августа 2011 г.

¹³ См.: *Yermack D. Shareholder Voting and Corporate Governance // Annual Review of Financial Economics. Forthcoming, 2010.*

В частности, конфликт интересов между собственниками (акционерами) и менеджментом возникал в отношении выплат (компенсаций) менеджменту при досрочном прекращении трудовых правоотношений (такие выплаты получили название «золотой парашют»), высоких премиальных выплат (сделки с заинтересованностью), фондовых опционов и прочих управленческих преференций.

Обратимся к примерам из правоприменительной практики.

Советом директоров компании было принято решение о досрочном прекращении полномочий генерального директора и избрании нового генерального директора. На момент заключения трудового договора новый генеральный директор являлся акционером данной компании и членом совета директоров. В дальнейшем решением заседания совета директоров компании полномочия нового генерального директора были досрочно прекращены без указания причины. Согласно положениям трудового договора в случае его досрочного расторжения по инициативе любой из сторон руководителю выплачивается выходное пособие из расчета 100% от недополученного дохода за оставшийся период до окончания срока действия трудового договора.

Один из акционеров обратился в суд о признании данного пункта трудового договора с генеральным директором недействительным.

Судом установлено, что на момент подписания договора новым генеральным директором он являлся членом совета директоров и одновременно работником (генеральным директором), с которым компания заключила трудовой договор, поэтому суд сделал вывод, что новый генеральный директор является заинтересованным лицом. В п. 1 ст. 83 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» предусмотрено, что сделка, в совершении которой имеется заинтересованность, должна быть одобрена до ее совершения советом директоров общества или общим собранием акционеров.

Согласно п. 5 ст. 83 федерального закона «Об акционерных обществах» сделка, в совершении которой имеется заинтересованность, не требует одобрения общего собрания акционеров, предусмотренного п. 4 той же статьи, если условия такой сделки существенно не отличаются от условий аналогичных сделок, которые совершались между обществом и заинтересованным лицом в процессе осуществления обычной хозяйственной деятельности, имевшей место до момента, когда заинтересованное лицо признается таковым.

Поскольку размер выплат, подлежащих генеральному директору в связи с досрочным расторжением трудового договора, составлял менее 2% от балансовой стоимости активов компании, заключение указанного договора требовало одобрение советом директоров. Между тем доказательств принятия решения об одобрении оспариваемой сделки по выплате компенсации советом директоров не было. При этом законодательством не установлен аналогичный размер компенсации для сходных ситуаций расторжения трудового договора с руководителем организации по не зависящим от него обстоятельствам. В результате совершения данной сделки был нанесен убыток компании.

Суд определил, что вознаграждение генеральному директору является убыточным для компании и нарушает права других акционеров на получение дивидендов по принадлежащим им (акционерам) акциям. Кроме того, в связи со снижением величины чистых активов компании принято решение об уменьшении уставного

капитала, что, в свою очередь, влечет уменьшение стоимости акций, принадлежащих другим акционерам.

Таким образом, суд признал пункт трудового договора с новым генеральным директором в части выплаты компенсации в размере 100% от недополученного дохода за оставшийся период до окончания срока действия договора недействительным¹⁴.

Рассмотрим другой пример.

Между компанией и генеральным директором был заключен трудовой договор. В соответствии с данным трудовым договором вознаграждение генерального директора устанавливалось общим собранием акционеров. В некоторый период времени данный руководитель, в отсутствие волеизъявления со стороны работодателя (компания), осуществлял выплату самому себе премий. Компания обратилась в суд с требованиями к генеральному директору о взыскании убытков в виде незаконно начисленных премиальных выплат.

Суд в основу своего решения определил следующее.

В соответствии со ст. 71 федерального закона «Об акционерных обществах» единоличный исполнительный орган общества (генеральный директор) при осуществлении своих прав и исполнении обязанностей должен действовать в интересах общества, осуществлять свои права и исполнять обязанности в отношении общества добросовестно и разумно. Единоличный исполнительный орган общества (директор) несет ответственность перед обществом за убытки, причиненные обществу его виновными действиями (бездействием), если иные основания ответственности не установлены федеральными законами.

Любые денежные выплаты, к которым относится и денежная премия генерального директора, производятся исключительно с согласия и на основании выраженного волеизъявления работодателя. Работодателем по отношению к генеральному директору является компания, а лицо (орган), уполномоченное принимать решение о назначении/прекращении полномочий генерального директора, является представителем работодателя. Таким образом, органом, выступающим по отношению к генеральному директору представителем работодателя, является общее собрание акционеров компании.

Исходя из этого, работник, занимая должность генерального директора компании, не вправе был самостоятельно, без согласия и выраженного волеизъявления общего собрания акционеров издавать приказы и выплачивать премии себе лично. Указанные действия являются недобросовестными и виновными. В данном случае убытки компании в соответствии со ст. 15 Гражданского кодекса Российской Федерации характеризуется наличием расходов, которые понесла компания, перечисляя необоснованно начисленные генеральным директором премии¹⁵.

В обоих случаях имеет место конфликт интересов между собственниками компании (акционерами) и менеджментом, в результате которого компания несет убытки. Решение данной проблемы возможно с помощью активности акционера в отношении корпоративного управления. Например, за счет предоставления определенной степени

¹⁴ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 28 апреля 2012 г. № 09АП-7807/2012-ГК.

¹⁵ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 12 апреля 2012 г. № 09АП-6051/2012.

свободы менеджменту с правом мониторинга со стороны акционера и с помощью модели делового целеполагания легитимности действий менеджмента¹⁶.

Еще одним инструментарием вознаграждения менеджмента является фондовый опцион (тип управленческих преференций). Интерес к этому инструментарию в российской корпоративной практике подогревается правовой неурегулированностью данного вопроса. В результате правоприменителю (суду) тяжело порой идентифицировать отношения между менеджментом и компанией в лице ее собственников (акционеров) при реализации фондового опциона.

Снова обратимся к примерам из правоприменительной практики, но для начала необходимо определить понятийный аппарат в отношении опциона.

Опционный контракт (опцион) представляет собой сделку, в которой одна сторона (покупатель опциона) приобретает у другой стороны (продавца опциона) право купить или продать определенное количество базисного актива (ценные бумаги, имущественные права) по заранее установленной цене. Главной особенностью опциона является то, что его покупатель имеет право, но не обязанность купить или продать базисный актив. За получение такого права покупатель опциона уплачивает продавцу премию, которая не подлежит возврату. Держатель опциона может использовать свое право, объявив об этом контрагенту, а может выйти из контракта, теряя уплаченную премию. Если опцион исполняется, то продавец опциона обязан выполнить контракт на заранее оговоренных условиях¹⁷.

В свою очередь правоприменитель (суд) квалифицирует опционный договор следующим образом. Опционный договор следует считать смешанным, поскольку он содержит элементы как регулируемого гл. 30 Гражданского кодекса Российской Федерации договора купли-продажи, так и регулируемого гл. 58 Гражданского кодекса Российской Федерации договора на проведение игр и пари (предусматривающего обязанность его сторон уплачивать денежные суммы в зависимости от изменения цен на товары, ценные бумаги, курса соответствующей валюты, величины процентных ставок, уровня инфляции или т.п.).

По сделкам купли-продажи опционов покупатель обязан уплатить продавцу предусмотренную договором премию. При этом поскольку опционы являются расчетными, то физическая поставка базисного актива по ним не производится. Договор в части заключения сделок купли-продажи опционов является сделкой под отлагательным условием. Вместе с тем этот договор содержит условия сделок по проведению пари, т.е. возникновение прав и обязанностей сторон поставлено в зависимость от наступления события в будущем (например, изменение курса акции).

Еще одним важным фактором при совершении опционных сделок, по мнению суда, является действительная воля сторон (например, взаимное возложение друг на друга экономического риска, связанного с выплатой маржи в зависимости от изменения курса акции). Таким образом, опционный договор сопровождается следующими атрибутами: он является смешанным (элементы договора купли-продажи и пари), с отлагательным условием и наличием действительной воли сторон¹⁸.

¹⁶ См.: Луценко С.И. Теории приоритета управления компанией: баланс интересов участников // Финансовый менеджмент. 2011. № 6.

¹⁷ Письмо УФНС по г. Москве от 17 апреля 2009 г. № 16-15/037626@.

¹⁸ Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 28 марта 2011 г. № А56-32481/2010.

Применительно к опционным сделкам правоприменитель акцентирует особое внимание на совпадении цели и правового результата совершения сделки. Как было отмечено в постановлении Федерального арбитражного суда Уральского округа от 21 марта 2006 г. № Ф09-1869/06-С5, контрагенты (участники сделки) имели намерение и цель передать принадлежащие им акции компании на определенный срок для получения наибольшей выгоды. Однако, поскольку на законодательном уровне механизм исполнения и осуществления таких правоотношений не урегулирован, стороны договор на опционные акции не исполнили, заключив при этом договоры купли-продажи акций, которые подлежали передаче во исполнение условий договора на опционные акции. В результате этого опционные акции были переоформлены на другую компанию, которая определила свой статус в реестре акционеров (компания, чьи акции были переданы) как «назначенный акционер». Целью участников сделки являлась передача акций на хранение и получение наибольшей цены за акции. Правовым результатом указанных сделок явилось приобретение права собственности на данные акции оффшорной компанией по стоимости, равной опционной цене акций, вместо цены исполнения при реализации. Прикрываемая сделка не соответствует установленным законом правилам совершения операций с ценными бумагами и фиксации их в системе ведения реестра владельцев именных ценных бумаг и в силу этого является ничтожной (ст. 168 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Другими словами, участники сделки попытались использовать неурегулированность вопроса в отношении опционных сделок для легитимизации активов компании.

Интересным представляется пример взаимоотношений между собственниками компании и менеджментом в отношении реализации опционных программ.

Между акционерным обществом и членом совета директоров данного общества было подписано соглашение о дополнительном вознаграждении. В соответствии с положениями данного соглашения компания обязуется предоставить члену совета директоров дополнительное вознаграждение при наличии установленных соглашением оснований, а член совета директоров — совершить определенные действия для его получения. Основанием для заключения соглашения является право члена совета директоров на получение дополнительного вознаграждения в порядке и на условиях, определенных в опционной программе компании, утвержденной советом директоров.

Компания обратилась в суд с требованием о нарушении соглашением исключительного права компании, предусмотренного п. 2 ст. 64 федерального закона «Об акционерных обществах», по определению размера и выплате вознаграждения, связанного с выполнением членом совета директоров соответствующих функций, и признании соглашения недействительным (ничтожным).

Решением совета директоров компании была утверждена опционная программа, в соответствии с которой установлен механизм, условия и порядок выплаты дополнительного вознаграждения участникам опционной программы. Она предусматривала реализацию так называемой виртуальной опционной программы, не предполагающей заключения ее участниками договоров купли-продажи эмитированных обществом и находящихся в обращении ценных бумаг с отложенным исполнением обязательств по передаче. В соответствии с данной опционной программой ее участниками могли являться члены совета директоров. При этом

порядок участия членов совета директоров в программе и количество акций, отражаемых в их опционных договорах, определяется решением совета директоров по предложению правления общества, согласованного с комитетом по кадрам и вознаграждениям совета директоров общества.

При этом список участников опционной программы (в который в том числе входил и член совета директоров, с которым было подписано соглашение о дополнительном вознаграждении) не утверждался решением общего собрания, равно как и сумма вознаграждения, определяемая в вышеназванном порядке, не была установлена общим собранием акционеров, как того требует п. 2 ст. 64 федерального закона «Об акционерных обществах», связывая выплату вознаграждения членам совета директоров с выполнением ими управленческих функций.

Между тем из п. 2 ст. 48, п. 2 ст. 64 федерального закона «Об акционерных обществах» следует, что выплата вознаграждения члену совета директоров общества и установление его окончательного размера в зависимости от конкретного участия в управлении делами общества *является правом акционеров. Иное означало бы фактическое отстранение акционеров от решения вопроса о выплате вознаграждения назначенным ими членам совета директоров и влияния на размер этого вознаграждения.*

Далее суд отмечает, что из дела не усматривается, что общим собранием акционеров общества принимались решения об установлении размера вознаграждения членам совета директоров, а также о выплате им этого вознаграждения. Итак, оспариваемое компанией соглашение заключено (в лице генерального директора и члена совета директоров) единоличным исполнительным органом с превышением его полномочий, поскольку общество не наделяло его полномочиями на подписание данного соглашения, возлагающего на общество обязательство по выплате вознаграждения.

Поскольку орган юридического лица при заключении оспариваемого соглашения действовал с превышением полномочий, установленных законом, к данным правоотношениям применима ст. 168 Гражданского кодекса Российской Федерации¹⁹.

Таким образом, менеджмент российских компаний (отдельные собственники) стремится нанести убыток компании, отсекая часть финансовых потоков (посредством установления себе высоких вознаграждений, превышая при этом полномочия, подготовка и реализация в компании опционных программ (занижении цены акции), с целью вывод активов из компании). Заинтересованные стороны (директорат, мажоритарии) стремятся подчинить себе волю собственников компании, увеличивая личные доходы и действуя вразрез с корпоративными целями. Порой менеджмент компании стремится исказить прибыль (занизив ее) для отказа в выплате собственникам компании, подвергая себя при этом административным санкциям в соответствии со ст. 15.11 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях²⁰.

Заключение

В процессе деятельности акционерной компании возникают конфликты интересов между контролирующими и миноритарными собственниками. Одной из

¹⁹ Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 12 августа 2010 г. № А06-7624/2009.

²⁰ Постановление Нижегородского областного суда от 7 июля 2010 г. № 7п-376/10.

основных задач корпоративного законодательства является обеспечение баланса их законных интересов (Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 3 июля 2007 г. № 713-О-П). При разрешении данного конфликта интересов стороны должны руководствоваться интересами компании (капитализация и деловая репутация), а не краткосрочными личными материальными интересами.

В отношении конфликта интересов между собственниками и менеджментом компании необходимо обратить внимание на следующее.

Собственники компании могли бы, с целью избежать причинения им убытков со стороны менеджмента (установление слишком высоких вознаграждений, превышение полномочий, конструкция опционных программ с целью личного обогащения), создать механизмы, при помощи которых они смогут регулировать деятельность менеджмента и давать ему рекомендации (консультации в форме переписки, написание пояснительных записок при планировании сделки, создание контролирующих служб, которые отслеживали бы легитимность хозяйственных операций (превентивные меры)). Реализация собственниками (акционерами) в своей практической деятельности модели делового целеполагания помогает идентифицировать легитимность сделок как со стороны менеджмента, так и стороны контролирующих акционеров компании.

П.Н. Вишневский

аспирант кафедры
международного частного права
факультета права Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики»

С.В. Янкевич

аспирант кафедры финансового
права факультета права
Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»

Понятие «фактический получатель дохода» в международной, зарубежной и российской налоговой практике

В статье анализируется понятие «фактический получатель дохода» в международной, зарубежной и российской налоговой практике. На примере выпуска международных облигаций авторы исследуют проблемы применения данного понятия. Приводятся различные толкования понятия «фактический получатель дохода» в международных договорах, национальном законодательстве и судебной практике.

Ключевые слова: международное налогообложение, двойное налогообложение, фактический получатель дохода, международные облигации, SPV.

Понятие «фактический получатель дохода» (*«beneficial owner», «bénéficiaire effectif»*) впервые было введено Модельной конвенцией об избежании двойного налогообложения, разработанной Организацией экономического сотрудничества и развития в 1977 г.¹ (далее — Конвенция ОЭСР). Термин «фактический получатель дохода» был введен для того, чтобы избежать распространения льгот из соглашений об избежании двойного налогообложения (далее — СИДН) на посредников — поверенных или агентов из третьих стран. Ст. 10 «Дивиденды», 11 «Проценты» и 12 «Роялти» Конвенции ОЭСР распространяются на отношения по выплате дивидендов в случаях, когда плательщик дивидендов является резидентом по праву договаривающегося государства, а получателем дивидендов выступает так называемый фактический получатель дохода, являющийся резидентом другого договаривающегося государства.

Проблема применения понятия «фактический получатель дохода» возникает там, где есть доход из пассивного источника, например дивиденды по акциям, проценты по облигациям, процентные выплаты по лицензионным соглашениям (роялти). В качестве иллюстрации можно привести дело, рассмотренное судом США еще до того, как в Европе была принята Конвенция ОЭСР.

¹ Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2010 // URL: <http://www.oecd.org/> — официальный сайт Организации экономического сотрудничества и развития.

Спор «Эйкен Индастрис»

В 1971 г. Федеральным налоговым судом США был рассмотрен спор «Эйкен Индастрис Инк.» против комиссионера Службы внутренних сборов². Как следует из обстоятельств дела, компания «ИСиЭл», расположенная в США, предоставила заем своей «внучке» — компании «ЭмПиАй», расположенной также в США. Заем был оформлен выпуском облигаций, держателем которых выступила «ИСиЭл». Впоследствии «ИСиЭл» переуступила права по облигациям другой своей дочерней компании «Индастриас», расположенной в Гондурасе, при этом платеж по уступке был оформлен в заемное обязательство в форме облигаций, размер и стоимость которого ничем не отличались от первоначального займа между «ИСиЭл» и «Индастриас».

Переоформление прав на имя «Индастриас» было сделано с целью применения положений действующего на тот момент Соглашения об избежании двойного налогообложения между США и Гондурасом (1964)³ (далее — Соглашение). Данным Соглашением предусматривалось освобождение от налогов по процентным платежам, подлежащих уплате на территории США, если одной из сторон по данному долговому обязательству выступает компания, расположенная на территории договаривающегося государства. Таким образом, можно было избежать уплаты внутреннего налога по процентным платежам, переоформив источник дохода на компанию в другой стране. Считая подобное применение положений Соглашения неправомерным, комиссионер Службы внутренних сборов США обратился в суд с требованием о взыскании неуплаченных сумм налога.

Проанализировав фактические обстоятельства дела, суд пришел к следующим выводам. По формальным критериям компания «Индастриас», расположенная в Гондурасе, подпадала под определение, предусмотренное в Соглашении. Поэтому процентные платежи, получаемые «ИСиЭл», должны освобождаться от налогообложения на территории США.

Однако суд не согласился с доводами представителей «Индастриас», утверждавшими, что формального критерия — факта местонахождения получателя процентных платежей на территории договаривающегося государства — достаточно для применения положений Соглашения. Суд подчеркнул, что во внимание должны приниматься все обстоятельства дела. Так, суд указал, что термин «получение процентных платежей» означает не только фактическое получение процентных платежей от компании, расположенной на территории договаривающегося государства, но также и полный контроль над такими средствами. В этом отношении факт передачи прав по облигациям «ЭмПиАй» и последующего оформления облигационного займа между «ИСиЭл» и «Индастриас» на условиях, абсолютно идентичных первоначальному заемному обязательству, является недостаточным для вывода, что между данными компаниями возникло реальное долговое обязательство. Более того, то обстоятельство, что на «Индастриас» было возложено обязательство по выплате платежей в пользу «ИСиЭл», свидетельствует, что фактическим получателем дохода была компания «ИСиЭл». Таким образом, суд пришел к выводу, что применение положений Соглашения к данным отношениям является неправомерным.

² Aiken Industries, Inc. v. Commissioner 56 T.C. 925 (1971) // URL: http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=197198156brtc925_1912.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985

³ Ссылка на Соглашение содержится в материалах дела. См. сн. 2.

Таким образом, суд применил расширительное толкование Соглашения, указав на недостаточность формального критерия, содержащегося в Соглашении, для применения льгот. Позднее данный принцип нашел отражение в нормах международного и национального права.

Нормы международного и национального права

В комментарии к ст. 10 «Дивиденды»⁴ говорится, что практика, когда получатели дивидендов (а) используются в целях трансферта платежей между заемщиками одной страны и держателями облигаций другой страны и (b) не являются фактическими получателями дохода, противоречит целям и задачам международных договоров об избежании двойного налогообложения. В данном случае нарушаются такие основные принципы договоров, как предотвращение злоупотребления их положениями и преобладание сущности над формой. В комментарии отмечается, что простого факта получения резидентом договаривающегося государства процентных платежей от резидента другого договаривающегося государства недостаточно для применения льгот по Соглашению об избежании двойного налогообложения.

Директива Совета Европейского союза № 2003/48/ЕС по налогообложению доходов от сбережений в виде процентных платежей (далее — Директива)⁵ определяет признаки, которые не присущи фактическому получателю дохода. Под последним понимается физическое лицо, которое получает процентные платежи или которому гарантируется выплата таких платежей, за исключением случаев, когда данное лицо:

(а) является платежным агентом;

(b) действует от имени юридического лица, прибыль которого облагается налогом;

(с) действует от имени другого физического лица, которое является бенефициарным владельцем, и сообщает платежному агенту сведения о личности бенефициарного владельца.

В соответствии со ст. 4 Директивы платежным агентом является юридическое лицо, уплачивающее сумму процентов или гарантирующее уплату процентов для непосредственной выгоды фактического получателя, а также юридическое лицо, которое является должником по иску о взыскании долга или на которого должником или фактическим получателем дохода возложена обязанность уплаты процентов или гарантии их уплаты.

Нередко в договорах об избежании двойного налогообложения страны изначально определяют понятие фактического получателя доходов в самом соглашении. Одним из первых стал Договор между Федеративной Республикой Германия и Итальянской Республикой об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы и капитал и предотвращении уклонения от уплаты налогов⁶. Согласно п. 9 протокола к договору получатель дивидендов, процентов и роялти является фактическим получателем дохода, если он имеет право, на котором основано

⁴ Commentary on Model Tax Convention on Income and on Capital 2010 // URL: <http://www.oecd.org/>

⁵ Council Directive 2003/48/EC of 3 June 2003 on taxation of savings income in the form of interest payments // Official Journal of the European Union. L 157. 26.6.2003. P. 38.

⁶ Подписан в Бонне 18 октября 1989 г. // URL: http://www.pgpartners.it/pdf/Germania__Italia_ENG_2.pdf

получение таких платежей, и если этот доход присваивается им в соответствии с налоговым законодательством обоих государств. Определение фактического получателя дохода по договору между Германией и Италией основано на двух критериях: наличие права на получение дохода (неналоговый «тест») и присвоение дохода для целей налогообложения (налоговый «тест»).

Интересна практика применения подобных соглашений, заключенных Соединенными Штатами Америки. При заключении первого договора между Правительством Соединенных Штатов Америки и Правительством Итальянской Республики об избежании двойного налогообложения⁷ Конгресс и Казначейство США выработали важные правовые позиции по вопросу определения фактического получателя дохода. Совместный комитет по налогообложению Конгресса США, анализируя статью договора, касающуюся выплаты процентов, пришел к выводу, что «более низкая ставка налога может применяться, только если проценты получены бенефициарным владельцем-резидентом другого Договаривающегося государства»⁸.

Как в утратившем силу, так и в новом договоре между Правительством Соединенных Штатов Америки и Правительством Итальянской Республики об избежании двойного налогообложения в отношении налога на доходы и предотвращении мошенничества или уклонения от уплаты налогов⁹ термин «фактический получатель дохода» не определен. В этом случае следует руководствоваться положениями национального законодательства договаривающихся сторон.

Как пояснил в техническом разъяснении к договору Департамент Казначейства США, «если проценты, уплачиваемые компанией, которая является резидентом одного Договаривающегося государства, получает уполномоченное лицо или агент, являющееся резидентом другого Договаривающегося государства от имени лица, которое не является резидентом этого другого Договаривающегося государства, такое уполномоченное лицо или агент не является фактическим получателем дохода, а проценты не подлежат льготному налогообложению»¹⁰.

В налоговом законодательстве Украины легальное определение «фактический получатель дохода» впервые закреплено в Налоговом кодексе от 2 декабря 2010 г.¹¹ В ст. 103.3 установлено, что бенефициарным (фактическим) получателем (владельцем) дохода признается лицо, имеющее право на получение доходов в виде процентов, роялти, дивидендов, других доходов из источников на Украине. При этом бенефициарным получателем не может быть юридическое и физическое лицо, даже если оно имеет право на получение дохода, но является лишь агентом, номинальным собственником или посредником по отношению к указанным доходам.

⁷ Подписан в Риме 16 ноября 1985 г. // URL: <http://www.irs.gov/pub/irs-trty/italy.pdf> — официальный сайт Службы внутренних доходов Казначейства США.

⁸ Explanation of Proposed Income Tax Treaty (and Proposed Protocol) between the United States and the Republic of Italy. Prepared by the Joint Committee of Taxation of the United States Senate. July 30, 1985 // URL: <http://www.jct.gov/publications.html?func=startdown&id=3363> — официальный сайт Совместного комитета по налогообложению Конгресса США.

⁹ Подписан в Вашингтоне 25 августа 1999 г. // URL: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/italy.pdf> — официальный сайт Казначейства США.

¹⁰ Technical Explanation of the Convention between the Government of the United States of America and the Government of the Italian Republic for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income and the Prevention of Fraud or Fiscal Evasion // URL: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/teitaly.pdf>

¹¹ Ведомости Верховной Рады Украины. 2011. № 13–17. Ст. 112.

Судебные прецеденты

Вызывает интерес подход английских судов к вопросу о фактическом получателе дохода. Наиболее известным в этом отношении является дело «Индофуд Интернешнл Файнанс Лимитед против Джей-Пи Морган Чейс НА Лондонский филиал», рассмотренное в 2006 г.¹² В настоящее время принципы, закрепленные в данном деле, используются налоговой службой Англии.

Компания «Индофудс», расположенная на территории Индонезии, намеревалась привлечь заемные средства в третьих странах. Однако налоговым законодательством Индонезии был предусмотрен налог в размере 20% на процентные платежи, выплачиваемые резидентам других стран. Поэтому в целях снижения налогового бремени компанией «Индофудс» было инкорпорировано специальное юридическое лицо (*Special Purpose Vehicle*, далее — SPV) в Республике Маврикий — стране, с которой Индонезия заключила СИДН¹³. Таким образом уплачиваемый «Индофудс» налог был снижен до 10%.

Впоследствии СИДН между Индонезией и Республикой Маврикий было отменено. Для сохранения налоговых льгот компания «Индофудс» учредила еще одну компанию, которая выступила посредником между SPV и «Индофудс» и располагалась в Нидерландах (между Индонезией и Нидерландами также действовало СИДН¹⁴).

В данном деле суд пытался определить, могут ли распространяться льготы, предусмотренные СИДН между Индонезией и Нидерландами, на данные отношения. Суд пришел к выводу, что расположенная в Нидерландах компания не является фактическим получателем дохода. Суд указал, что следует отличать понятие «фактический получатель дохода», определяемое в целях международного налогообложения, от такого же понятия, но используемого в целях национального налогообложения. Определяя значение понятия «фактический получатель дохода» в целях международного налогообложения, суд сослался на комментарий к Конвенции ОЭСР. Суд определил роль компании, учрежденной в Нидерландах, в качестве администратора дохода, а не фактического получателя, так как данная компания являлась простым посредником и переводила напрямую проценты на имя заемщика.

Наиболее детально вопрос фактического получателя дохода был освещен канадским судом в деле «Превос Кар Инк против Ее Величества Королевы» 2008 г.¹⁵ В данном деле рассматривался иск канадской налоговой службы к компании «Превос Кар» в связи с неуплатой налога с дивидендов, выплачиваемых в пользу иностранного держателя акций. Следует отметить, что в рассматриваемом деле суд поддержал ответчика и вынес решение в его пользу. Фактические обстоятельства дела следующие.

В 1995 г. компания «Превос Кар», зарегистрированная в Канаде, продала свои акции двум другим компаниям — «Вольво» (51% акций), зарегистрированной в

¹² *Indofood International Finance Ltd v JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch*, Court of Appeal — Civil Division, March 02, 2006, [2006] EWCA Civ 158 // URL: <http://court-appeal.vlex.co.uk/vid/-52568119>

¹³ Подписано в Джакарте 10 декабря 1998 г. // URL: <http://www.pajakonline.com/engine/treaty/view.php?id=28>

¹⁴ Подписано в Джакарте 29 января 2002 г. // URL: http://www.pajak.go.id/tkb/engine/rule_engine/engine/treaty/view.php?id=34

¹⁵ *Prévost Car Inc., and Her Majesty the Queen* 2008 DTC 231 (TCC) // URL: <http://decision.tcc-cci.gc.ca/en/2008/2008tcc231/2008tcc231.pdf>

Швеции, и «Хэглис» (49% акций), зарегистрированной в Великобритании. Покупатели учредили холдинговую компанию «ПиЭйчБиВи», владельцами которой они выступали в соответствующих долях и которая в свою очередь владела 100% акций канадской «Превос Кар». При такой организационно-правовой схеме дивиденды, уплачиваемые по акциям «Превос Кар», поступали сначала на имя «ПиЭйчБиВи», а затем распределялись между «Вольво» и «Хэглис». Это позволяло использовать льготы, предусмотренные Соглашением об избежании двойного налогообложения, заключенным между Канадой и Нидерландами (далее — Соглашение).

Однако налоговая служба Канады не признала возможным применение к данным отношениям положений Соглашения, обосновывая свою позицию тем, что «ПиЭйчБиВи» не является фактическим получателем дохода и, следовательно, не имеет права на льготы, предусмотренные Соглашением. Однако суд не согласился с мнением налоговой службы и вынес решение в пользу «ПиЭйчБиВи». В ходе судебного разбирательства суд пытался определить содержание термина «фактический получатель дохода». В итоге была принята позиция, согласно которой под «фактическим получателем дохода» понимается лицо, которое получает дивиденды на свои собственные нужды, принимает риск и получает контроль над полученными дивидендами».

В результате судебного разбирательства выяснилось, что порядок распределения дивидендов в «ПиЭйчБиВи» определялся акционерным соглашением между «Вольво» и «Хэглис». В частности, предусматривалось, что не менее 80% доходов должны распределяться между акционерами. Однако возможность выплаты дивидендов определялась советом директоров «ПиЭйчБиВи» с учетом финансового состояния «ПиЭйчБиВи». Данные обстоятельства позволили суду сделать вывод о том, что выплата дивидендов компанией «ПиЭйчБиВи» осуществлялась не по воле акционеров, а на основании решения совета директоров. Таким образом, компания «ПиЭйчБиВи» не являлась агентом или посредником компаний «Вольво» и «Хэгли» и обладала полным правом на распределение прибыли.

Российская налоговая практика

В Российской Федерации термин «фактический получатель дохода» не находит легального определения ни в одном правовом акте. Тем не менее, на протяжении многих лет в договорах об избежании двойного налогообложения употребляются подобные формулировки. Вот лишь некоторые из них: «фактически имеет право на доход»¹⁶, «лицо, фактически обладающее правом собственности на доход»¹⁷, «фактический владелец дохода»¹⁸, «обладатель права собственности на доход»¹⁹.

¹⁶ Конвенция между Правительством СССР и Правительством Японии от 18 января 1986 г. «Об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы» // Ведомости Верховного Совета СССР. 1986. № 50. Ст. 1022.

¹⁷ Соглашение между Российской Федерацией и Федеративной Республикой Германия от 28 мая 1996 г. «Об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы» // СЗ РФ. 1998. № 8. Ст. 913.

¹⁸ Конвенция между Правительством Российской Федерации и Правительством Алжирской Народной Демократической Республики от 10 марта 2006 г. «Об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы и имущество» // СЗ РФ. 2009. № 17. Ст. 1968.

¹⁹ Конвенция между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Дания от 8 февраля 1996 г. «Об избежании двойного налогообложения и предотвращения уклонения от налогообложения в отношении налогов на доходы и имущество» // СЗ РФ. 1997. № 18. Ст. 2106.

Министерство финансов Российской Федерации в письме от 21 апреля 2006 г. № 03-08-02²⁰ (далее — Письмо от 2006 г.) дало разъяснения по данному вопросу. В письме указано, что термин «фактический получатель дохода» разработан международной практикой заключения договоров об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от налогообложения и содержится, в частности, в статьях «Дивиденды», «Проценты», «Роялти» действующих международных договоров об избежании двойного налогообложения, заключенных Российской Федерацией с иностранными государствами, а также в таких источниках международного налогового права, как модели налоговой конвенций ОЭСР и ООН, и в официальных комментариях к ним.

В данном письме министерство конкретизировало свою позицию и обобщило ранее выработанные подходы к концепции «фактический получатель дохода». Во-первых, иностранная компания имеет фактическое право на доход при наличии оснований для его получения. Таким основанием является заключение гражданско-правового договора. Во-вторых, для признания лица фактическим получателем дохода оно должно обладать не только правом получения дохода по договору, но и быть непосредственным выгодоприобретателем, т.е. лицом, самостоятельно определяющим дальнейшую экономическую судьбу полученного дохода.

Необходимо, подчеркнуть, что термин «фактический получатель дохода» не должен пониматься в узком, «техническом» смысле, его следует трактовать исходя из целей и задач международных договоров об избежании двойного налогообложения, как, например, «избежание двойного налогообложения и уклонения от уплаты налогов», и с учетом таких основных принципов договоров, как «предотвращение злоупотребления положениями договора» и «преобладание сущности над формой».

Данная позиция министерства, отраженная в Письме от 2006 г., была текстуально воспроизведена в письме от 30 декабря 2011 г. № 03-08-13/1²¹. Таким образом, Министерство финансов Российской Федерации не изменило своей позиции, что посредники между заемщиками и кредиторами, платежные агенты не могут признаваться фактическими получателями дохода.

Стоит отметить, что попытки внести ясность в понимание данной категории предпринимались и раньше. В Методических рекомендациях налоговым органам по применению отдельных положений главы 25 Налогового кодекса Российской Федерации, касающихся обязанностей налогообложения прибыли (доходов) иностранных организаций²², указывается, что лица, к которым применяются положения статей соглашения об избежании двойного налогообложения, устанавливающих порядок налогообложения определенных видов доходов, должны иметь фактическое право на получение соответствующего дохода. Иностранная организация имеет фактическое право на доход при наличии правовых оснований для получения дохода, которым является факт заключения ею договора.

²⁰ СПС «Консультант Плюс».

²¹ СПС «Консультант Плюс».

²² Приказ Министерства по налогам и сборам Российской Федерации от 28 марта 2003 г. № БГ-3-23/150 «Об утверждении Методических рекомендаций налоговым органам по применению отдельных положений главы 25 Налогового кодекса Российской Федерации, касающихся обязанностей налогообложения прибыли (доходов) иностранных организаций» // Бухгалтерский учет. 2003. № 9.

Поэтому при наличии выплат доходов иностранным организациям, относящимся к доходам от источников в Российской Федерации, в целях установления обязанности по удержанию налогов у источника выплаты необходимо удостовериться, имеет ли лицо, в пользу которого осуществлена выплата, фактическое право на получение этих доходов.

Освобождение от удержания налогов у источника выплаты в установленных случаях может быть осуществлено только в отношении лица, имеющего фактическое право на получение дохода. Если фактическое право на получение дохода имеет российское лицо, а платежи производятся иностранной организацией (например, в счет взаимозачетов), то положения международного договора не применяются. Если фактическое право на получение доходов имеет иностранная организация, то не имеет значения, на счета каких лиц перечисляются эти доходы.

На сегодняшний день наиболее обоснованной представляется позиция Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, нашедшая воплощение в Постановлении Пленума от 12 октября 2006 г. № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды»²³. В постановлении закреплена доктрина деловой цели, согласно которой налоговая выгода может быть признана обоснованной и экономически разумной, только если она получена в связи с осуществлением реальной предпринимательской или иной экономической деятельности.

Похожая позиция уже была сформулирована Конституционным Судом Российской Федерации в Постановлении от 27 мая 2003 г. № 9-П²⁴. Согласно постановлению, «недопустимо установление ответственности за такие действия налогоплательщика, которые, хотя и имеют своим следствием неуплату налога либо уменьшение его суммы, но заключаются в использовании предоставленных налогоплательщику законом прав, связанных с освобождением на законном основании от уплаты налога или с выбором наиболее выгодных для него форм предпринимательской деятельности и, соответственно, — оптимального вида платежа».

Напротив, если получение налоговой выгоды является основным инструментом извлечения систематической прибыли, по смыслу Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации такая налоговая выгода должна быть признана необоснованной.

В п. 5 и 6 постановления Высший Арбитражный Суд Российской Федерации определил критерии, которые могут служить основанием для признания налоговой выгоды необоснованной:

- 1) отсутствие необходимых условий для достижения результатов соответствующей экономической деятельности в силу отсутствия управленческого или технического персонала, основных средств, производственных активов, складских помещений, транспортных средств;
- 2) создание организации незадолго до совершения хозяйственной операции;
- 3) разовый характер операции;

²³ Вестник ВАС РФ. 2006. № 12.

²⁴ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 мая 2003 г. № 9-П по делу о проверке конституционного положения статьи 199 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан П.Н. Белецкого, Г.А. Никовой, Р.В. Рукавишникова, В.Л. Соколовского и Н.И. Таланова // СЗ РФ. 2003. № 24. Ст. 2431.

4) взаимозависимость участников сделок (непосредственное участие российского банка-заемщика в юридическом лице SPV, где суммарная доля такого участия составляет более 20% (ст. 20 Налогового кодекса Российской Федерации));

5) неритмичный характер хозяйственных операций (деятельность юридического лица SPV отличается периодической активностью, хозяйственные операции не имеют постоянного и продолжительного характера).

Наконец, как справедливо отметило Министерство финансов Российской Федерации в Письме от 2006 г., фактический получатель дохода должен самостоятельно определять его дальнейшую экономическую судьбу. SPV самостоятельно распоряжается денежными средствами в виде процентов по кредитному договору, отчуждая их в пользу заемщика. Однако это не является выражением свободы воли данного субъекта правоотношений, а продиктовано интересами юридического лица-заемщика, создавшего SPV и в большинстве юрисдикций являющегося его 100-процентным собственником.

Проблема определения фактического получателя дохода при выпуске еврооблигаций

В настоящее время в России среди крупных заемщиков широко распространена практика выпуска еврооблигаций с использованием SPV. SPV учреждаются в стране выпуска облигаций, являются эмитентами облигаций и полностью принадлежат российским заемщикам, чаще всего российским банкам. При этом кредиторы-держатели облигаций располагаются в третьих странах (Рис).

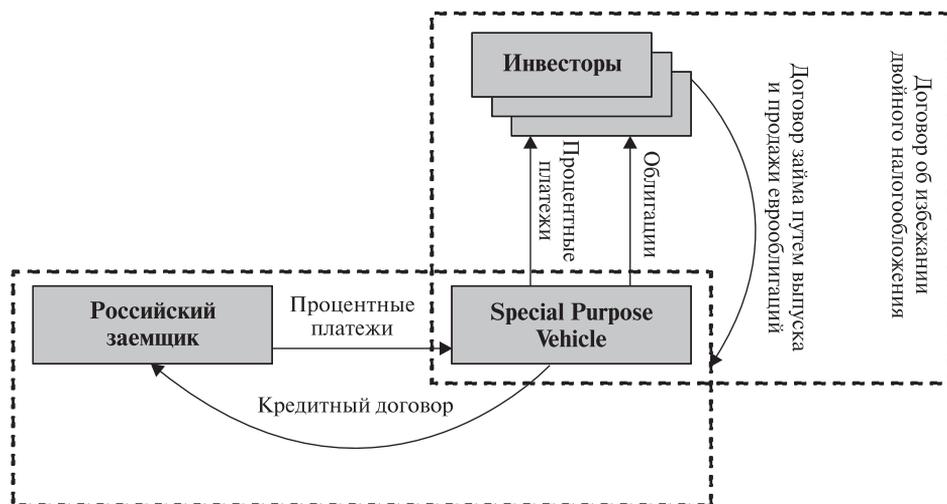


Рис.

В связи с этим возникает проблема двойного налогообложения. Во-первых, процентные выплаты по облигациям, осуществляемые российским банком, подлежат налогообложению на территории Российской Федерации в силу обязанности иностранных лиц уплачивать налог у источника (*withholding tax*). Во-вторых, эти же

процентные выплаты рассматриваются в качестве подлежащих налогообложению процентных доходов в государстве местонахождения SPV.

В подобных случаях в интересах инвесторов в проспект эмиссии облигаций включается оговорка *taxgross-up*. Ее действие обеспечивает получение держателями облигаций своих процентных платежей свободными от налогов, взимаемых в Российской Федерации. Если по законодательству Российской Федерации заемщик обязан производить соответствующие вычеты для удержания из суммы платежа в счет уплаты налогов, то на него возлагается обязанность увеличить сумму выплат, с тем чтобы обеспечить получение кредитором суммы, которую последний получил, если бы платеж осуществлялся без взимания каких-либо налогов.

Чтобы уменьшить налоговую нагрузку, возникающую при применении оговорки *taxgross-up*, заемщики предпочитают инкорпорировать SPV в юрисдикциях, с которыми у государства резидентства заемщика заключены соглашения об избежании двойного налогообложения. Подобная практика осуществляется также в интересах инвесторов — она позволяет избежать последствий возможных негативных изменений законодательства или общей политической ситуации в стране местонахождения заемщика.

Тем не менее, сложившаяся практика использования SPV при выпуске еврооблигаций неоднозначно оценивается Министерством финансов Российской Федерации. Так, в письме Минфина России от 30 декабря 2011 г. № 03-08-13/1²⁵ было выражено намерение России облагать налогом процентные выплаты в пользу SPV, связанные с исполнением денежных обязательств по еврооблигациям. Свою позицию министерство обосновывает ссылкой на комментарий к Конвенции ОЭСР.

Впоследствии, однако, Правительство Российской Федерации скорректировало свою позицию в отношении налогообложения процентных доходов в подобных схемах. Так, в подразд. 1.2 ч. II «Основных направлений налоговой политики Российской Федерации на 2013 год и на плановый период 2014 и 2015 годов»²⁶ указывается, что процентный доход, выплачиваемый в структурах выпуска еврооблигаций с датой размещения до 1 января 2013 г., освобождается от налогообложения. После 1 января 2013 г. данный доход будет облагаться налогом, только если этот доход направлен по информации реестродержателя получателю, постоянным местонахождением которого является государство или территория, с которым у Российской Федерации отсутствует действующее соглашение об избежании двойного налогообложения. Данный порядок налогообложения будет распространен только на еврооблигации, которые либо прошли листинг на одной или нескольких общепризнанных биржах, либо по которым учет прав осуществляется общепризнанными депозитарно-клиринговыми организациями (такими, как Euroclear, Clearstream, DTC, подразделениями крупных транснациональных банков).

Представляется, что понятие «фактический получатель дохода» следует закрепить на уровне налогового законодательства Российской Федерации. Альтернативно содержание данного понятия может определяться в каждом конкретном двустороннем соглашении об избежании двойного налогообложения, заключаемом между Россией и другими странами. При этом толкование понятия «фактический

²⁵ СПС «Консультант Плюс».

²⁶ СПС «Консультант Плюс».

получатель дохода» правоприменительными органами не должно оказывать негативного влияния на отношения между российскими лицами и их иностранными партнерами. Так, например, при выпуске еврооблигаций, если практически все держатели облигаций находятся в странах, с которыми у России имеются СИДН, используемые в таких отношениях SPV могут рассматриваться в качестве фактических получателей дохода. В таком случае маловероятно, что учреждение SPV в одной из подобных стран будет свидетельствовать о злоупотреблении положениями Соглашения. И наоборот, в случаях, когда держатели облигаций находятся в странах, с которыми у России нет действующих СИДН, оснований для применения льгот по таким соглашениям, вероятно, не может возникнуть.

С другой стороны, для избежания последствий произвольного толкования налоговыми органами Российской Федерации понятия «фактический получатель дохода» российским лицам не следует применять схему 100-процентного участия в SPV. Более разумным было бы использование холдинговых структур, по аналогии с компанией «Превос Кар», дело которой приведено выше. В уставах подобных холдинговых компаний можно устанавливать такие корпоративные процедуры распределения прибыли, которые впоследствии будут свидетельствовать в пользу российских заемщиков, соответственно в пользу применения льгот из соглашений об избежании двойного налогообложения.

А.Б. Панов

Российская академия
правосудия, кандидат
юридических наук

Возможны ли проверки в отношении арбитражных управляющих?

В статье рассматривается вопрос о привлечении арбитражного управляющего к административной ответственности, предусмотренной ст. 14.13 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, на основании жалобы конкурсного кредитора.

Ключевые слова: арбитражный управляющий, административная ответственность, федеральный закон «О банкротстве».

Предметом рассмотрения Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации 23 апреля 2013 г. (надзорное производство № 15652/12) был вопрос о том, может ли арбитражный управляющий быть привлечен к административной ответственности, предусмотренной ст. 14.13 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ), если дело об административном правонарушении возбуждено по жалобе конкурсного кредитора? Правомочно ли Управление Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии проводить проверки в отношении арбитражных управляющих?

Решением Арбитражного суда Алтайского края от 23 мая 2012 г. по делу № А03-2922/2012 общество было признано несостоятельным (банкротом), после чего в отношении него было открыто конкурсное производство и утвержден конкурсный управляющий.

В Управление Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии по Алтайскому краю (далее — Управление) поступила жалоба от индивидуального предпринимателя на действия конкурсного управляющего, в которой сообщалось о нарушении последним предусмотренных законодательством о несостоятельности (банкротстве) требований при проведении процедуры конкурсного производства указанного предприятия.

По результатам проверки деятельности конкурсного управляющего, которую провело Управление, в отношении него был составлен протокол об административном правонарушении. Впоследствии протокол и материалы проверки были направлены в арбитражный суд вместе с заявлением о привлечении арбитражного управляющего к административной ответственности.

Арбитражный суд в удовлетворении требования о привлечении арбитражного управляющего к административной ответственности отказал по следующим основаниям¹.

На основании п. 3 ч. 1 ст. 28.1 КоАП РФ поводами к возбуждению дела об административном правонарушении являются заявления физических и юридических лиц, а также сообщения в средствах массовой информации, содержащие данные, которые указывали бы на наличие события административного правонарушения (за исключением административных правонарушений, предусмотренных ч. 2 ст. 5.27, ст. 14.12 и 14.13 КоАП РФ).

Поводами к возбуждению дела об административном правонарушении на основании ст. 14.13 КоАП РФ являются следующие обстоятельства: непосредственное обнаружение должностными лицами, уполномоченными составлять протоколы об административных правонарушениях, достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения; поступившие из правоохранительных органов, а также из иных государственных органов, органов местного самоуправления, от общественных объединений материалы, содержащие данные, указывающие на наличие события административного правонарушения, а также сообщения и заявления собственника имущества унитарного предприятия, органов управления юридического лица, арбитражного управляющего, а при рассмотрении дела о банкротстве — собрания кредиторов.

Из материалов дела следует, что производство по делу об административном правонарушении в отношении конкурсного управляющего N возбуждено административным органом на основании поступившей от индивидуального предпринимателя жалобы на незаконные действия первого, которые выражались в ненадлежащем исполнении своих обязанностей, необоснованном привлечении специалиста по учету и реализации имущества и необоснованности начисления почтовых расходов.

В соответствии с определением о возбуждении дела об административном правонарушении и проведении административного расследования, возбуждая в отношении конкурсного управляющего производство по делу об административном правонарушении на основании жалобы конкурсного кредитора — индивидуального предпринимателя, Управление исходило из непосредственного обнаружения достаточных данных, указывающих на наличие состава административного правонарушения.

Необходимо также отметить, что заявления об ознакомлении представителя Управления с материалами арбитражного дела о несостоятельности (банкротстве) были поданы в арбитражный суд уже после возбуждения дела об административном правонарушении.

Суд первой инстанции также посчитал, что административным органом не учтено, что индивидуальный предприниматель в рамках дела о банкротстве является кредитором третьей очереди.

Производство по делу об административном правонарушении в отношении конкурсного управляющего возбуждено административным органом на основании жалобы, которая в силу ч. 1.1 ст. 28.1 КоАП РФ не может рассматривать-

¹ Решение Арбитражного суда Алтайского края от 23 мая 2012 г. по делу № А03-2922/2012.

ся в качестве повода к возбуждению дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 3 ст. 14.13 КоАП РФ.

Проанализировав довод Управления, что поводом к возбуждению производства по делу об административном правонарушении в рассматриваемом случае явилось непосредственное обнаружение должностным лицом данных, указывающих на наличие события административного правонарушения, суд пришел к выводу, что данный довод противоречит фактическим обстоятельствам дела.

При отсутствии предусмотренных законом оснований для возбуждения административного дела полученные в ходе административного расследования доказательства и составленный по результатам расследования протокол об административном правонарушении в силу ч. 3 ст. 26.2 КоАП РФ не могут быть признаны надлежащими доказательствами, подтверждающими наличие в действиях арбитражного управляющего состава административного правонарушения.

В соответствии с п. 10 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (далее — ВАС РФ) от 2 июня 2004 г. № 10 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» нарушение административным органом при производстве по делу об административных правонарушениях процессуальных требований, установленных КоАП РФ, является основанием для отказа в удовлетворении требований административного органа о привлечении к административной ответственности либо для признания незаконным и отмене оспариваемого постановления административного органа при условии, если указанные нарушения носят существенный характер и не позволяют всесторонне, полно и объективно рассмотреть дело.

Вторая жалоба того же конкурсного кредитора — индивидуального предпринимателя, поступившая в Управление, была рассмотрена вследствие вновь открывшегося обстоятельства, однако доказательств приобщения указанной жалобы к материалам настоящего административного дела либо о возбуждении по ней дела об административном правонарушении Управлением не было представлено. Кроме того, КоАП РФ не предусматривает такого обстоятельства для продления срока административного расследования.

Не согласившись с выводами суда первой инстанции, Управление обратилось в Седьмой арбитражный апелляционный суд.

Апелляционная инстанция удовлетворила требования Управления, отменив решение Арбитражного суда Алтайского края и приняв по рассматриваемому делу новый судебный акт о привлечении арбитражного управляющего к административной ответственности². Свою правовую позицию суд обосновал следующими доводами.

На основании п. 6 ст. 24 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — закон «О банкротстве») при проведении процедур банкротства арбитражный управляющий, утвержденный арбитражным судом, обязан действовать добросовестно и разумно в интересах должника, кредиторов и общества.

² Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 27 июля 2012 г. по делу № А03-2922/2012.

Исходя из изложенного, в отношении арбитражного управляющего принцип разумности означает соответствие его действий определенным стандартам, установленным, помимо законодательства о банкротстве, правилами профессиональной деятельности арбитражного управляющего, утвержденными постановлениями Правительства Российской Федерации, либо стандартами, выработанными правоприменительной практикой в процессе реализации законодательства о банкротстве. Добросовестность действий арбитражного управляющего выражается в отсутствии умысла причинить вред кредиторам, должнику и обществу.

Изучив обстоятельства, приведенные в жалобе индивидуального предпринимателя, суд пришел к выводу, что в действиях арбитражного управляющего имеется событие, вмененное ему в качестве административного правонарушения, предусмотренного КоАП РФ (ч. 3 ст. 14.13).

Согласно ч. 1 ст. 1.5 КоАП РФ лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина. Исходя из фактических обстоятельств дела, усматриваются основания для применения в отношении арбитражного управляющего санкции в виде штрафа.

Учитывая изложенное, по мнению суда апелляционной инстанции, арбитражным судом первой инстанции решение было принято при недоказанности имеющих значение для дела обстоятельств, которые суд посчитал установленными, а выводы, изложенные в решении, не соответствуют обстоятельствам дела.

Не согласившись с постановлением суда апелляционной инстанции, арбитражный управляющий обратился с заявлением в Высший Арбитражный Суд Российской Федерации о пересмотре в порядке надзора постановления Седьмого арбитражного апелляционного суда. Свою правовую позицию арбитражный управляющий мотивировал следующими доводами.

Сведения, полученные при изучении информации по результатам рассмотрения жалобы индивидуального предпринимателя, как и их оценка, имеют опосредованный, а не прямой характер. Эти сведения активными действиями административного органа в установленном порядке на момент возбуждения дела об административном правонарушении не проверялись, поэтому не могут быть признаны непосредственно обнаруженными.

По мнению арбитражного управляющего, Управление не подтвердило наличие предусмотренного законом повода для возбуждения дела об административном правонарушении по ч. 3 ст. 14.13 КоАП РФ. Дело возбуждено на основании заявления конкурсного кредитора, которое в силу ст. 28.1 КоАП РФ поводом к возбуждению дела об административном правонарушении по ст. 14.13 КоАП РФ не является. Административное расследование проведено в нарушение требований КоАП РФ на основании требований конкурсного кредитора.

С учетом названных обстоятельств полученные в ходе такого расследования доказательства, в том числе протокол об административном правонарушении, нельзя признать допустимыми в силу положений ст. 68 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ).

Возбуждение дела об административном правонарушении и проведение административного расследования на основании жалоб отдельных кредиторов создает угрозу злоупотребления таким правом со стороны кредитора, не согласного с позицией арбитражного управляющего, либо собрания кредиторов. Для конкурсных

кредиторов Федеральным законом от 29 декабря 2012 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» предусмотрены иные средства защиты своих прав, в том числе обжалование действий (бездействия) арбитражного управляющего без вмешательства административных органов.

Иными словами, кредитор злоупотребляет своим правом, не соблюдая баланса интересов должника, конкурсного управляющего, кредиторов и иных лиц, участвующих в деле о банкротстве.

Доказательств о нарушении конкурсным управляющим норм действующего законодательства о банкротстве и нарушении в результате этого прав и законных интересов кредитора не представлено. Позиция Управления основывается на неправильном толковании норм права и носит формальный характер. Действия конкурсного управляющего не повлекли нарушения законных прав кредиторов и наступления неблагоприятных последствий.

Также Управлением не было подтверждено наличие предусмотренного законом повода для возбуждения дела об административном правонарушении по ч. 3 ст. 14.13 КоАП РФ в отношении арбитражного управляющего.

Коллегией судей Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации рассматриваемое дело было передано в Президиум по следующим основаниям.

Согласно п. 1 и 2 ч. 1 ст. 28.1 КоАП РФ поводами к возбуждению дела об административном правонарушении являются: непосредственное обнаружение должностными лицами, уполномоченными составлять протоколы об административных правонарушениях, достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения; поступившие из правоохранительных органов, иных государственных органов, органов местного самоуправления, от общественных объединений материалы, содержащие данные, указывающие наличие события административного правонарушения.

Поводом к возбуждению дела об административном правонарушении являются основания, закрепленные в ст. 28.1 КоАП РФ, а также сообщения и заявления собственника имущества унитарного предприятия, органов управления юридического лица, арбитражного управляющего, а при рассмотрении дела о банкротстве — собрания кредиторов. Дело об административном правонарушении может быть возбуждено должностным лицом, уполномоченным составлять протоколы об административных правонарушениях, только при наличии хотя бы одного из поводов, предусмотренных ч. 1 и 1.1 вышеназванной статьи КоАП РФ и достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения.

Из системного анализа норм КоАП РФ следует, что жалоба конкурсного кредитора не может быть отнесена к числу поводов для возбуждения дела об административном правонарушении на основании ст. 14.13 КоАП РФ.

Однако вопреки перечисленному в материалах дела имеется определение Управления о возбуждении дела об административном правонарушении и проведении административного расследования, из которого следует, что поводом к возбуждению дела об административном правонарушении в отношении конкурсного управляющего является рассмотрение жалобы конкурсного кредитора — индивидуального предпринимателя. Одновременно в материалах дела отсутствуют иные доказательства, что поводом к возбуждению дела об административном правонарушении послужили основания, предусмотренные п. 1 и 2 ч. 1 и ч. 1.1 ст. 28.1 КоАП РФ.

Резюмируя вывод коллегии судей, следует отметить, что суд первой инстанции, установив законные основания для возбуждения в отношении арбитражного управляющего дела об административном правонарушении, правомерно отказал Управлению в удовлетворении заявленного требования.

Также следует добавить, что постановление Правительства Российской Федерации от 25 июня 2003 г. № 365 «Об утверждении Положения о проведении проверки деятельности саморегулируемой организации арбитражных управляющих регулирующим органом» предусматривает право проведения проверок только саморегулируемых организаций арбитражных управляющих, даже если в административный орган поступила информация о нарушениях, допущенных арбитражным управляющим.

Между тем проверка деятельности арбитражных управляющих имеет особенности, вытекающие из положений закона «О банкротстве». Орган по контролю (надзору) может проводить проверки деятельности только самих саморегулируемых организаций арбитражных управляющих. При этом, говоря о полномочиях в части возбуждения дел об административном правонарушении, законодатель специального оговаривает право административного органа как в отношении саморегулируемой организации арбитражных управляющих, так и в отношении арбитражного управляющего. Из сказанного следует, что законодатель не отождествляет понятие саморегулируемой организации с ее членами (ст. 23.1 закона «О банкротстве»).

На основании этого Президиумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации было принято решение обратиться с запросом в Конституционный Суд Российской Федерации с целью толкования действующего законодательства в части законности проведения проверок в отношении арбитражных управляющих и возбуждения в отношении них дел о привлечении к административной ответственности.

На основании изложенного необходимо сделать следующие выводы.

1. В соответствии с ч. 3 ст. 29 закона «О несостоятельности (банкротстве)» орган по контролю (надзору) может проводить проверки деятельности только самих саморегулируемых организаций арбитражных управляющих.

2. В полномочия Управления не входит проверка арбитражных управляющих.

3. Суд первой инстанции допустил ошибку, поскольку не проверил полномочия административного органа, как этого требует ч. 6 ст. 205 АПК РФ.

4. Вся судебная практика, вопреки действующему законодательству, признает за Управлением право проводить проверки арбитражных управляющих.

5. Суд апелляционной инстанции применил ст. 28.1 КоАП РФ в толковании, приравнивающим получение информации о правонарушении из жалобы к непосредственному обнаружению правонарушения должностным лицом Управления.

А.А. Вишневский

профессор кафедры
предпринимательского
права факультета
права Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»,
кандидат юридических
наук

Схемы гарантирования депозитов в банковском праве Европейского союза: тенденции современного развития

В статье исследуются итоги более чем двадцатилетнего развития гарантирования депозитов в банковском праве Европейского союза, основополагающие понятия и возможные перспективы их совершенствования.

Ключевые слова: схемы гарантирования депозитов, защита депозитов, банковское право Европейского союза, банковский вклад (депозит).

Регулирование института банковского вклада (депозита) в современном банковском праве осуществляется по двум направлениям:

1) частноправовое — создание баланса интересов банка и клиента (физического лица) как сторон договора банковского вклада (достигается путем установления минимума императивных условий договора в законодательстве или вырабатывается прецедентным правом);

2) публично-правовое — создание систем гарантирования возврата депозитов.

Превалирующим направлением в развитии современного банковского права является второе. Причиной этого можно назвать то обстоятельство, что к настоящему времени в различных национальных системах банковского права уже сложился набор норм и конструкций, которые позволяют уменьшить договорную диспропорцию между банком и вкладчиком-гражданином. Так, в праве Франции существует традиция законодательного регулирования нескольких видов депозитов, вследствие чего достигается не только цель уменьшения договорной диспропорции, но и иные социальные цели, например создание условий для гарантированного минимума накоплений вкладчиков с невысокими доходами¹. В банковском праве Анг-

¹ Например, таким образом может быть охарактеризован вклад *Livret d'Epargne populaire*: <http://www.french-property.com/guides/france/finance-taxation/banking/savings/regulated-savings-accounts/>

лии законодательное регулирование депозитного договора сведено к минимуму, но прецедентное право выработало немало конструкций, защищающих интересы клиента банка (особенно физического лица) и применимых в том числе к отношениям между банком и клиентом и в связи с депозитным счетом. В Российской Федерации нормы Гражданского кодекса также содержат ряд правил, защищающих интересы вкладчика — физического лица, в том числе ограничение права банка на уменьшение процентов по вкладу в одностороннем порядке, ограничение права банка на одностороннее изменение условий договора с вкладчиком и др.

В условиях, когда разумный минимум императивных условий договора банковского вклада достигнут, дальнейшее развитие концентрируется на другом аспекте — создании эффективной системы гарантирования возврата депозитов. Этот вопрос имеет достаточно продолжительную историю в банковском праве европейских стран как на уровне Европейского союза (далее — ЕС), так и в национальных правовых системах.

В банковском праве ЕС официальное внимание к вопросу гарантирования возврата депозитов насчитывает более чем двадцатилетнюю историю и обусловлено пониманием того простого обстоятельства, что для создания единого рынка банковских услуг наличие системы гарантирования возврата вкладов на всей территории ЕС столь же существенно, сколь и наличие сходных пруденциальных правил². В качестве первого официального документа по этому вопросу можно рассматривать Рекомендацию 87/63/ЕЕС относительно введения схемы гарантирования возврата депозитов в сообществе³. Однако данный документ не привел к ожидаемым результатам, поскольку реальное изменение ситуации с гарантированием возврата депозитов в ЕС возможно только на директивном уровне. В связи с этим была принята Директива 94/19/ЕС от 30 мая 1994 г. о схемах гарантирования возврата депозитов. Основные правовые конструкции, используемые директивой, следующие.

Понятие депозита и «недоступного депозита». Директива 94/14/ЕС определяет депозит как «любой кредитный баланс, который возник в результате того, что денежные средства были оставлены на счете, или вследствие временной ситуации, возникшей вследствие обычных банковских сделок, и который кредитный институт должен вернуть в соответствии с применимыми положениями права или договора, или любой долг, подтвержденный сертификатом, выпущенным кредитным институтом» (ст. 1).

По поводу данного определения можно сказать, что оно преследует цель дать разумно широкое понятие депозита, с тем чтобы не свести его к формально-юридическому аспекту, т.е. договору банковского вклада. Речь идет о любом кредитном остатке, который кредитный институт должен вернуть клиенту в соответствии с заключенным между ними договором и/или нормами применимого права.

Наряду с этим Директива 94/14/ЕС установила ряд изъятий, т.е. тех денежных средств, которые, подпадая под определение депозита, тем не менее исключались из числа гарантируемых депозитов (это исключение могло быть установлено по усмотрению отдельных государств — членов ЕС). В числе таких изъятий были названы следующие денежные средства, размещенные в кредитных институтах:

² Об этом, в частности, прямо сказано в преамбуле Директивы 94/19/ЕС о схемах гарантирования возврата депозитов.

³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31987H0063:EN:HTML>

- кредитными и финансовыми институтами;
- страховыми предприятиями;
- правительствами и иными центральными государственными органами;
- провинциальными, региональными, местными и муниципальными органами;
- предприятиями коллективного инвестирования;
- пенсионными фондами и фондами компенсации при увольнении;
- директорами, менеджерами кредитного института (и другими приравненными к ним лицами), в том числе если вкладчик занимает аналогичную должность в другом кредитном институте той же группы, а также депозиты близких родственников таких лиц;
- другими компаниями, входящими в ту же группу, что и кредитный институт, а также денежные средства, размещенные на следующих условиях:
 - на счетах на предъявителя и ряд других, включая денежные средства, за размещение которых клиент получил индивидуальные условия, выполнение которых кредитным институтом способствовало ухудшению финансового состояния института;
 - в долговых ценных бумагах, обязательствах из собственных акцептов и векселей;
 - в денежных средствах в валюте стран, не являющихся членами ЕС⁴.

Наряду с этим защита не предоставлялась инструментам, которые подпадали под определение «собственные средства» в соответствии с Директивой 89/299/ЕС о собственных средствах кредитных институтов, а также депозиты, возникающие из сделок, в отношении которых в уголовном судопроизводстве было вынесено решение об отмывании денег (ст. 2).

Таким образом, директива устанавливает достаточно широкое определение депозита и одновременно исключает из сферы защиты ряд категорий денежных средств, формально подходящих под определение депозита. В этом проявляется стремление, с одной стороны, не допустить возможность устранения из сферы защиты определенных категорий добросовестных вкладчиков, чьи денежные средства могут быть охарактеризованы не как банковский вклад в соответствии с формально юридическими нормами определенной правовой системы. С другой стороны, это стремление исключить из сферы защиты определенные категории депозитов, которые, формально являясь депозитами, размещены в кредитном институте на условиях, экономически и политически отличных в сравнении с обычными банковскими вкладами обычных банковских вкладчиков.

Наряду с определением понятия «депозит» столь же важное значение имело и определение тех случаев, когда у вкладчика возникало право на получение компенсации от гарантийной схемы. основополагающая идея состоит в том, что не во всех случаях неполучения депозита в срок, предусмотренный договором, вкладчик мог обратиться за получением компенсации к гарантийной схеме, но только в случаях, специально установленных правом соответствующего государства.

В директиве данный вопрос решается через конструкцию «недоступный депозит». Под недоступным депозитом понимается депозит, срок которого истек и который подлежит выплате, но не был выплачен вкладчику кредитным институтом, и при этом имеет место одно из следующих условий:

⁴ Приложение I к Директиве 94/14/ЕС.

- компетентные власти определили, что кредитный институт не способен выплатить депозит в настоящее время по причинам, которые непосредственно относятся к его финансовой ситуации, и не сможет этого сделать в ближайшей перспективе;
- судебные органы вынесли решение, в соответствии с которым по причинам, непосредственно относящимся к финансовой ситуации кредитного института, приостанавливается возможность вкладчиков заявить требования о выплате вкладов (ст. 1).

Размеры и порядок выплаты. Согласно директиве (ст. 7) размер покрытия определяется как 20 000 экю в отношении всех депозитов одного вкладчика. Данный уровень мог изменяться при наличии ряда обстоятельств, предусмотренных директивой.

Так, если в каких-либо государствах ко времени принятия директивы уровень покрытия был меньше, то уровень 20 000 ЭКЮ должен был быть достигнут к 31 декабря 1999 г. В любом случае со вступлением директивы в силу он не мог быть ниже 15 000 экю. Кроме того, директива не препятствовала государствам принимать нормы внутреннего права, которые предоставляли бы более высокое или более всестороннее покрытие депозитов. Например, директива прямо указывала на возможность предоставить полное покрытие в отношении ряда депозитов по социальному критерию. Кроме того, государствам предоставлялось право определить покрытие в виде процента от суммы депозитов (с определенными ограничениями). Наконец, директива установила правило, в соответствии с которым сумма покрытия подлежала пересмотру по крайней мере один раз в пять лет.

Не меньшее значение, чем размер покрытия, имел вопрос об объекте покрытия. Директива заняла позицию, согласно которой покрытие предоставлялось не в отношении одного (каждого) депозита, а в отношении одного (каждого) вкладчика.

Наконец, директива установила минимум правил в отношении процедуры выплаты покрытия в случаях недоступности депозитов: государства вправе установить в национальном законодательстве ряд формальностей, которые должны быть выполнены в качестве предварительного условия получения гарантийного покрытия. При этом срок получения гарантийного покрытия не должен превышать три месяца с даты определения компетентных властей или судебного решения, вследствие которых депозит квалифицировался как недоступный.

Обязательность участия кредитных институтов в схеме (схемах) гарантирования возврата депозитов. Директива установила обязательность участия кредитного института в схеме гарантирования возврата депозитов в качестве условия, исключительно при выполнении которого кредитному институту разрешается принимать депозиты (ст. 3). Таким образом в банковском праве ЕС была воплощена конструкция обязательности участия кредитных институтов в схемах гарантирования возврата депозитов.

Директива не оставила без внимания и связанный с этим вопрос — обязательность участия кредитного института в системе гарантирования депозитов означала и наличие его обязательств перед такой схемой (в частности, обязательств по финансированию соответствующей схемы). По логике директивы неучастие в схеме и невыполнение обязательств перед схемой влекли для кредитного института в конечном счете одинаковые последствия — невозможность принятия депозитов и, более того, невозможность продолжения деятельности в качестве кредитного

института. Невыполнение обязательств из схемы гарантирования возврата депозитов влекло за собой предупреждение и иные предусмотренные соответствующей правовой системой санкции с целью принудить кредитный институт к выполнению таких обязательств. Если эти меры не дали результатов, директива предусматривала возможность исключения кредитного института из схемы. При этом устанавливалось правило, согласно которому все депозиты, размещенные в таком кредитном институте до исключения его из схемы, покрывались соответствующей схемой гарантирования возврата депозитов (ст. 3). Последующая деятельность кредитного института ставилась в зависимость от наличия альтернативного варианта гарантирования возврата депозитов, размещаемых в таком кредитном институте. При отсутствии альтернативного варианта компетентные власти должны были отозвать лицензию у такого кредитного института.

Следует отметить, что директива допустила дискреционные полномочия государств — членов ЕС освободить отдельные кредитные институты от обязательного участия в схемах гарантирования депозитов, если при этом кредитный институт принадлежал к системе, обеспечивающей его ликвидность и платежеспособность, и система удовлетворяла критериям, установленным директивой (ст. 3).

Равный уровень защиты в различных странах. Данный аспект имеет значение как в контексте логики банковского права ЕС, которое изначально развивалось как сходное в различных странах, так и в свете характерного для современного банковского права процесса его фактической гармонизации, выходящего за пределы политических границ ЕС.

Основная идея соответствующих норм состояла в том, чтобы филиалы кредитных институтов, действующие на территории другого государства (государства пребывания), предоставляли такие же гарантии своим вкладчикам, что и кредитные институты, зарегистрированные в этом государстве пребывания. Норма появилась в связи с принципиальной возможностью того, что уровень гарантий, предоставляемых в государстве учреждения такого кредитного института, мог быть выше, чем в соответствии со схемами государства пребывания. В этом случае принадлежность филиала кредитного института к более выгодной для вкладчика гарантийной схеме могла иметь нежелательные последствия для конкуренции на рынке банковских услуг государства пребывания филиала кредитного института.

Естественно, была возможна и иная ситуация, когда уровень покрытия, предлагаемый схемами гарантирования в государстве пребывания филиала, был выше того, который предлагался схемами государства учреждения головного офиса кредитного института. Для таких случаев директива предусмотрела возможность дополнительной компенсации вкладчикам филиала кредитного института, выплачиваемой в рамках схем, существующих в государстве пребывания филиала. Но возможность выплаты такой компенсации оставлялась на усмотрение государства пребывания, которое в случае принятия законодательных положений, позволяющих выплату дополнительной компенсации, должно было исходить из ряда руководящих принципов, установленных Директивой 94/14/ЕС⁵.

Наконец, важно отметить предусмотренные Директивой 94/14/ЕС *информационные требования*. Они состояли прежде всего в том, что кредитные институты

⁵ Приложение II к Директиве 94/14/ЕС.

должны информировать как своих существующих, так и потенциальных вкладчиков о гарантировании депозитов, что подразумевает предоставление, по крайней мере, следующей информации:

- о схеме гарантирования депозитов, к которой принадлежит кредитный институт, либо об иных соглашениях, направленных на гарантирование депозитов;
- об условиях гарантирования депозитов соответствующей схемой, включая размер и объект покрытия, предоставляемого соответствующей схемой;
- по требованию вкладчика должна предоставляться информация об условиях выплаты покрытия и формальностях, которые должны быть при этом соблюдены, причем такая информация должна предоставляться в понятной для вкладчика форме (ст. 9).

Рассмотренные правовые конструкции и принципы (понятие депозита и недоступного депозита, законодательное регулирование размера и порядка выплаты, обязательность участия кредитных институтов в системе гарантирования возврата вкладов, равный уровень защиты в различных странах) создали основу правового регулирования гарантирования возврата депозитов в банковском праве ЕС. Последующее развитие правового регулирования в данной сфере предстает, главным образом, как дальнейшее развитие именно этих, изначально установленных правовых конструкций и принципов.

В качестве последующего этапа такого развития можно представить Директиву 2009/14/ЕС, изменяющую Директиву 94/19/ЕС о схемах гарантирования депозитов в части размера покрытия и срока выплаты. В части *размера* покрытия Директива 94/19/ЕС установила, что размер покрытия на одного вкладчика увеличивался до 50 000 евро, когда депозит становился недоступным (т.е. сохранился принцип покрытия не одного депозита, а одного вкладчика в отношении всех размещенных им депозитов). При этом до 31 декабря 2010 г. Директива предписывала увеличить размер такого покрытия до 100 000 евро (ст. 1). Специально оговаривалось, что при выплате покрытия в национальной валюте в странах, не вошедших в еврозону, денежные средства, фактически выплаченные вкладчику, должны быть эквивалентны этим 100 000 евро — последнее правило может рассматриваться как одно из проявлений принципа равного уровня защиты вкладчиков в различных странах ЕС.

В отношении размера покрытия следует отметить и еще две новеллы Директивы 2009/14/ЕС. Во-первых, установленные директивой более высокие размеры покрытия могли быть введены и ранее в отношении отдельных депозитов, выделенных по критерию их социальной значимости. Во-вторых, директива предоставляла право комиссии корректировать размеры покрытия в зависимости от изменения гармонизированного индекса потребительских цен, опубликованного комиссией.

В части *ускорения* выплаты покрытия устанавливалось, что схемы гарантирования депозитов должны быть в состоянии выплатить покрытие (естественно, в отношении должным образом доказанных вкладчиками требований в отношении недоступных депозитов) в течение 20 дней. Этот срок исчислялся с того дня, в который соответствующий депозит стал «недоступным депозитом» либо в силу определения компетентных органов в банковской сфере, либо в силу судебного решения, как это изначально устанавливалось Директивой 94/14/ЕС. Директива содержала возможность исключения, в соответствии с которым государства — члены ЕС могли установить в своем праве возможность продления такого срока в определенных национальным законодательством случаях, но не более чем на 10 дней.

Немаловажно, что директива не просто установила более короткие сроки выплаты покрытия, но и указала на один немаловажный аспект, который имел значение для фактической реализации предписаний, касающихся сроков выплаты. Речь идет о требовании проведения схемами гарантирования депозитов регулярных тестов своих систем, а также о возможности своевременного информирования таких схем о возможности принятия компетентными надзорными органами решения, в силу которого депозиты, размещенные в конкретном кредитном институте, могут быть признаны недоступными.

Директива 2009/14/ЕС также расширила объем информации, который должен быть предоставлен кредитным институтом вкладчикам и потенциальным вкладчикам о гарантировании депозитов, размещенных в этом институте. Наряду с информацией о принадлежности кредитного института к определенной схеме, условиях выплаты покрытия этой схемой (схемами), кредитный институт должен был предоставлять информацию об отсутствии гарантий конкретного вида депозита, если это имело место (ст. 1).

Две директивы, о которых шла речь, справедливо могут рассматриваться в качестве показателей тенденций развития гарантирования депозитов за пятнадцатилетний период развития банковского права ЕС. Однако было бы неправильно считать, что данный процесс завершил свое развитие. Это развитие продолжается и идет по двум направлениям. С одной стороны, это создание (или совершенствование) эффективных систем гарантирования депозитов в рамках существующих положений банковского права ЕС, с другой — попытки дальнейшего развития собственно банковского права ЕС в данном направлении.

Первый процесс имеет серьезное значение в свете того обстоятельства, что несмотря на наличие директивных положений в сфере гарантирования депозитов, степень гармонизации банковского права стран ЕС в этом отношении пока минимальна. Различия в правовом регулировании систем гарантирования депозитов в банковском праве отдельных стран ЕС в настоящее время достаточно серьезны⁶. Развитие данного процесса предстает прежде всего как формирование общепринятых принципов эффективности систем гарантирования депозитов. Данная работа ведется на уровне Международной ассоциации страховщиков депозитов и Банка международных расчетов и материализована в настоящее время в виде документа «Ключевые принципы эффективных систем страхования депозитов»⁷.

Второй процесс к настоящему времени материализован в виде проекта еще одной директивы о гарантировании депозитов, ко времени написания настоящей статьи еще не принятой.

Основной причиной, по которой вопрос о совершенствовании системы гарантирования депозитов был поднят на уровне банковского права ЕС, стал финансовый кризис, точнее, те аспекты поведения банковских систем, которые проявились именно в ходе и вследствие кризисных явлений. Чтобы не погружаться в экономическую и политическую проблематику данного вопроса, отметим основную проблему, обнажившуюся в ходе кризиса: минимальный уровень гармонизации

⁶ Ограниченный объем настоящей статьи не позволяет рассматривать этот вопрос подробно, поэтому мы ограничиваемся только констатацией факта существенных различий в национальных системах гарантирования депозитов.

⁷ http://www.iadi.org/cms/secure/docs/JWGD1%20CBRG%20core%20principles_18_June.pdf

правил, относящихся к гарантированию депозитов, показал свою недостаточную полезность, а отчасти даже «вредность» в контексте развития единого рынка банковских услуг на уровне ЕС, оборачиваясь не совсем справедливыми конкурентными преимуществами. Так, авторы, анализирующие данную проблему, приводят в качестве примера действия правительства Ирландии, которое предоставило неограниченное покрытие по депозитам, размещенным в ирландских банках, что повлекло серьезный отток средств в них из британских банков.

Как одно из следствий подобных процессов появилось предложение комиссии о принятии новой редакции директивы о схемах гарантирования депозитов. Ко времени подготовки настоящей работы она существует в виде проекта, который мы вкратце проанализируем.

Основные вопросы, которыми озабочен общеевропейский банковский законодатель в отношении гарантирования депозитов в настоящее время, могут быть суммированы следующим образом:

- упрощение и гармонизация гарантирования депозитов, в частности в отношении объема покрытия и условий его получения;
- дальнейшее сокращение срока выплаты и улучшение доступа схем гарантирования депозитов к информации о своих членах — кредитных институтах;
- надежность и достаточное финансирование схем гарантирования депозитов;
- возможность взаимных заимствований между схемами гарантирования депозитов.

Кроме того, весьма немаловажным обстоятельством в современном развитии банковского права ЕС в части гарантирования депозитов является его комплексное развитие совместно с правовыми актами, регулирующими сферы, примыкающие к депозитным банковским продуктам. Особо следует отметить Директиву 97/9/ЕС о схемах компенсации инвесторов и существующие в настоящее время предложения о схемах гарантирования страховых продуктов⁸. Более того, речь идет не просто об интеграции гарантийных схем в отношении различных банковских и финансовых услуг, но об интеграции схемы гарантирования депозитов в более широкую систему обеспечения стабильности и устойчивости банковской (финансовой) системы. На языке современного банковского права ЕС это чаще всего звучит как «financial safety net»⁹.

Вот как пишут об этом М. Герхардт и К. Ланноо: «Похоже, намечается тенденция к наделению схем гарантирования депозитов большим объемом ответственности и предоставлению им большего объема полномочий равным образом. Они должны быть обеспечены адекватными инструментами, с тем чтобы быть в состоянии эффективно поддерживать стабильность на финансовых рынках... В США реформа Додд-Франка и Закон о защите потребителей 2010 г. действительно предоставили Федеральной корпорации страхования депозитов (ФКСД) больше ответственности в проверке банков и процессе их санации, например, путем передачи полномочий

⁸ Explanatory Memorandum to the Proposal of the European Commission for a Directive of the European Parliament and of the Council on Deposit Guarantee Schemes (recast). Brussels, 12.7.2010. Com 2010(368) final // http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/guarantee/comm_pdf_com_2010_0368_proposition_de_directive_en.pdf

⁹ См., напр.: *Norton J.J., Lastra R.M., Arner D.W.* Legal Aspects of Depositor Protection Schemes: Comparative Perspective. International Seminar on Legal and Regulatory Aspects of Financial Stability. Basel, 21–23 January 2002 // http://www.cdic.ca/multimedia/Website/Documents/APEC/en/ProfNorton-Basel_Jan_2002.pdf

по управлению неплатежеспособными институтами ФКСД. В Европе схемы гарантирования депозитов в основном имеют гораздо меньше функций по поддержанию безопасности банковской системы... Широко признается, что страхование депозитов является ключевым компонентом в поддержании безопасности финансовой системы наряду с пруденциальным регулированием и надзором, наличием кредитора последней инстанции и механизма санации неплатежеспособных банков»¹⁰.

Проект директивы о гарантировании возврата депозитов содержит чрезвычайно существенные новеллы в данной сфере банковского права ЕС. Не случайно введение некоторых положений в проекте директивы рассматривается в качестве длительного процесса, рассчитанного на десятилетнюю перспективу. Предложенные проектом директивы о гарантировании депозитов нововведения можно суммировать следующим образом.

Уточнение основополагающих понятий. В первую очередь речь идет об уточнении понятия «депозит» для целей гарантирования депозитов. Если ранее под таким понимался кредитный баланс, возникший на счете вследствие нормальных банковских операций, подлежащий возврату, а также любой долг, подтвержденный выпущенным кредитным институтом сертификатом, то проект директивы исключает из содержания данного понятия долг, подтвержденный выпущенным сертификатом. Дополнительно проект уточняет, что из содержания понятия «депозит» изымаются такие подлежащие выплате банком средства, существование которых подтверждается только сертификатом, либо которые не должны быть выплачены по своему номиналу, либо выплата по номиналу возможна только при наличии специальных гарантий, предоставленных кредитным институтом или третьей стороной.

Кроме того, если действующая в настоящий момент Директива 94/14/ЕС только допускает возможность исключения ряда депозитов (таких, как депозиты, размещенные финансовыми институтами, правительствами) из покрытия схемами гарантирования по усмотрению государств — членов ЕС, то в проекте директивы такое исключение носит категоричный характер. Более того, проект директивы содержит перечень иных депозитов, исключаящихся из покрытия, в числе которых депозиты, размещенные анонимными вкладчиками, страховыми организациями, пенсионными фондами. При этом кредитным институтам вменяется в обязанность обеспечить прием депозитов таким образом, чтобы депозиты, размещенные указанными организациями, могли быть немедленно идентифицированы.

Таким образом, понимание депозита сужается, но это не должно рассматриваться как снижение уровня гарантий для вкладчика. Задача проекта директивы состоит в другом: ограничить понятие депозита только сделками, которые предполагают безусловную выплату, и изъять из данного понятия такие инструменты, как облигации, сертификаты, структурированные продукты. Тем самым из объема гарантий исключаются рискованные инвестиционные продукты, что позволяет предоставить более эффективные гарантии в отношении традиционных депозитов.

Понимание недоступного депозита в проекте директивы сохраняется прежнее, но устанавливается ускоряющий срок в отношении принятия компетентным органом в национальной банковской системе решения о недоступности депозита, т.е. решение о невозможности выплат депозитов конкретным кредитным институтом

¹⁰ Gerhardt M., Lannoo K. Options for Reforming Deposit Protection Schemes in the EU // ECRI Policy Brief No4 (March 2011) // http://aei.pitt.edu/30828/1/ECRI_Policy_Brief_4.pdf

в силу причин, непосредственно относящихся к его финансовому положению. Проект директивы устанавливает, что компетентный орган должен принять такое решение в течение пяти дней с даты получения первой информации о том, что кредитный институт не выполнил свои обязательства по выплате депозита.

Кроме этого проект директивы вводит два новых уточняющих по своему характеру понятия: «приемлемые депозиты» (депозиты, не исключенные из схемы гарантирования в соответствии с установленными в проекте директивы ограничениями) и «покрытые депозиты» (приемлемые депозиты, не превышающие размер покрытия, установленный в проекте директивы).

С точки зрения *обязательности участия кредитных институтов* в схемах гарантирования депозитов проект директивы занимает более категоричную позицию — безусловная обязательность для кредитных институтов участвовать в схеме. Напомним, что позиция, выраженная в Директиве 94/14/ЕС, состояла в возможности освободить отдельные кредитные институты от обязательного участия в схемах гарантирования депозитов, если они принадлежали к системам, обеспечивающим их ликвидность и платежеспособность. Проект директивы не допускает такого дискреционного полномочия отдельных государств. В связи с этим участие кредитного института в системе, обеспечивающей его ликвидность и платежеспособность, не освобождает его от обязанности участия в схеме гарантирования депозитов, но может быть принято во внимание при определении размера взноса такого кредитного института в схему.

Проект директивы не оставил без внимания вопросы *статуса* схем гарантирования депозитов. Речь идет не о подробном определении их статуса, но о закреплении ряда основополагающих правил, в частности:

- надзор за схемами со стороны компетентного органа в банковской системе на постоянной основе;
- проведение схемами регулярного стресс-теста, по крайней мере один раз в три года;
- право схем гарантирования депозитов получать информацию о финансовом состоянии банков (как от надзорных властей в банковской системе, так и от кредитных институтов — членов соответствующей схемы) с целью обеспечения возможности быстрой выплаты по недоступным депозитам;
- право исключить из схемы кредитный институт, не выполняющий свои обязательства перед схемой, с предупреждением за один месяц (в соответствии с действующей в настоящее время Директивой 94/14/ЕС — за 12 месяцев).

Ряд вопросов статуса схем гарантирования депозитов имеет значение в контексте правовой реальности именно ЕС. Так, проект директивы предусматривает:

- право государств — членов ЕС допускать объединение схем гарантирования депозитов;
- взаимодействие между схемами, расположенными в различных государствах, в том числе путем заключения соглашений о взаимодействии и обмене информацией. Это предстает в качестве объективной необходимости в ситуации, когда схема, расположенная в одной стране, выплачивает покрытия по недоступным депозитам, принятым в отделениях банков, головные офисы которых расположены в других государствах;

- надзор за схемами гарантирования депозитов со стороны не только надзорных органов национальных банковских систем, но и со стороны Европейского банковского надзорного органа (European Banking Authority).

Проект директивы устанавливает более детальные правила, касающиеся *финансирования схем* гарантирования депозитов. Общее положение, согласно которому кредитные институты, входящие в схему, обязаны вносить взносы в схему, конкретизируется рядом количественных показателей. Так, прежде всего схема гарантирования депозитов должна постоянно располагать средствами в размере 1,5% от общей суммы приемлемых депозитов данной схемы. Если в случае дефолта кредитного института этих средств оказывается недостаточно, то предусмотрены дополнительные меры — дополнительные взносы со стороны банков, а также возможность схемы занять денежные средства у другой схемы. Такой заем возможен в соответствии с предписанными условиями, которые предусматривают, в частности, выплату займа в течение пяти лет и обеспечение в виде суброгации требований вкладчиков дефолтного кредитного института в пользу схемы-кредитора. При этом такие требования схемы должны рассматриваться применимым правом в качестве первоочередных требований в процессе банкротства соответствующего кредитного института.

Интересной новеллой проекта является введение финансирования схемы гарантирования депозитов ее участниками — кредитными институтами в различном размере в зависимости от профиля риска соответствующего кредитного института. Эта схема предполагает наличие не-рисковой и рискованной составляющих при определении размера взноса, который кредитный институт должен совершить в систему гарантирования депозитов. Проект директивы в связи с этим предусматривает внедрение гармонизированного в рамках ЕС рискованного профиля кредитного института, который подсчитывается с учетом ряда показателей: достаточность капитала, качество активов, прибыльность, ликвидность. Проект директивы поощряет менее рискованную деятельность кредитного института, устанавливая различную сумму взноса в зависимости от рискованного профиля (разница колеблется между 75 и 200% от стандартного размера взноса, необходимого для достижения требуемого уровня финансирования соответствующей схемы).

Нужно сказать, что запланированная проектом директивы система финансирования рассматривается как нуждающаяся в достаточно длительном периоде внедрения (согласно проекту, новый механизм финансирования должен начать функционировать спустя 10 лет после принятия директивы).

В отношении *процедуры выплаты* компенсации по недоступным депозитам проект директивы устанавливает две важных новеллы: выплата должна быть осуществлена в течение семи дней (в качестве общего правила), кроме того, упрощается процедура заявления требований вкладчиками. Срок исковой давности по требованиям вкладчиков к схеме гарантирования депозитов может быть ограничен только соответственно ограничению срока исковой давности по требованиям схемы гарантирования депозитов к кредитному институту, депозиты в котором стали недоступными. В качестве одного из условий выполнения схемами требования о столь коротком периоде выплаты покрытия проект директивы рассматривает адекватное информирование схем гарантирования депозитов как со стороны компетентных органов в банковской системе, так и со стороны кредитных институтов.

Кредитные институты должны быть в состоянии предоставить информацию о совокупном размере депозитов одного вкладчика («single customer view») в любое время.

В связи с вопросом о выплатах по недоступным депозитам уместно отметить, что проект директивы допускает возможность использования средств схем гарантирования депозитов не только для выплаты покрытия по недоступным депозитам, но и для санации банков. Санация банков рассматривается в качестве второстепенной цели, выполнение которой не должно отрицательно сказываться на способности схем гарантирования депозитов выполнять свою главную задачу — удовлетворять требования вкладчиков по недоступным депозитам. Тем не менее, сама такая возможность довольно показательна и может быть охарактеризована в качестве более масштабного подхода к защите интересов вкладчиков: не только *непосредственная* защита их интересов в виде выплаты покрытия по недоступным депозитам, но и *опосредованная* защита их интересов в виде совершения действий, направленных на улучшение финансового состояния кредитных институтов. Как следствие, должны увеличиться стабильность банковской системы и тем самым снизиться вероятности возникновения ситуации, когда депозиты становятся недоступными.

Можно констатировать, что проект директивы рассматривает гораздо более широкий круг вопросов, чем существующие директивы о гарантировании депозитов, что, естественно, направлено на достижение гораздо более высокого уровня гармонизации данной сферы с целью, в том числе, недопущения конкурентных злоупотреблений. Несмотря на это, специалисты указывают, что даже предлагаемый проектом директивы уровень гармонизации недостаточен для эффективного достижения поставленных перед европейскими схемами гарантирования депозитов целей. В научной литературе вопрос ставится более радикально — предлагается создание общеевропейской схемы гарантирования депозитов.

В определенной степени такого рода тенденция заметна в проекте директивы, который предлагает новую архитектуру управления схемами — в виде надзора за схемами со стороны не только надзорных органов национальных банковских систем, но и со стороны Европейского банковского надзорного органа (European Banking Authority). Кроме того, проект поощряет взаимодействие между схемами, расположенными в различных государствах, и даже право государств допускать объединения таких схем.

Более радикальные подходы, выраженные специалистами, предлагают еще более высокую степень общеевропейской интеграции схем гарантирования депозитов. Речь идет о следующих двух опциях: «режим двадцать восьмого фонда» (28th regime) и создание единого общеевропейского фонда гарантирования депозитов. Высказываются мнения, что процесс может развиваться постепенно — от создания общей сети существующих национальных схем через «режим двадцать восьмого фонда» к общеевропейскому единому фонду¹¹.

Сеть существующих схем может быть создана достаточно быстро при наличии политического решения — достаточно усилить обмен информацией и предусмотреть создание механизма взаимного кредитования и рамбурсирования схем. В то

¹¹ См., напр.: *Gerhardt M., Lannoo K.* Op. cit.

же время при учете существенных различий между схемами функционирование такой сети может оказаться недостаточно эффективным.

«Режим двадцать восьмого фонда» предполагает создание дополнительного общеевропейского фонда наряду с сохранением национальных фондов гарантирования депозитов. Дополнительный фонд мог бы осуществлять частичное дополнительное финансирование или осуществлять перестрахование в отношении национальных схем. Но опять же, при существовании различий в национальных схемах «режим двадцать восьмого фонда» тоже может оказаться недостаточно эффективным.

Опция общеевропейского единого фонда предполагает создание такого фонда *вместо* национальных фондов, и такой единый фонд осуществлял бы страхование депозитов во всем Европейском союзе. Данная опция не имеет недостатков двух других опций, поскольку такие проблемы, как размер покрытия депозитов, размещенных в транснациональных кредитных институтах, и создание конкурентных преимуществ вследствие различий в национальных системах гарантирования депозитов, просто перестали бы существовать. Кроме того, это означало бы следующий шаг в направлении гармонизации защиты потребителей финансовых услуг и позволило бы уменьшить расходы на содержание схемы.

Тем не менее, при всех своих достоинствах идея единого общеевропейского фонда защиты депозитов пока остается только теорией, как и другие аспекты более полной гармонизации, в том числе и в силу несогласия ряда правительств и заинтересованных групп в слишком радикальном развитии подобного процесса¹².

Подводя итоги, можно сказать, что хотя процесс формирования общеевропейской схемы гарантирования депозитов еще не завершен, есть достаточно оснований говорить о ряде тенденций, проявившихся в ходе этого процесса. Прежде всего, это тенденция к безусловной обязательности участия кредитного института в схеме гарантирования. Причем речь идет не просто о принадлежности кредитного института к *какой-либо* схеме гарантирования, но именно к той, которая создана в соответствии с положениями Директивы 94/14/ЕС (с последующими изменениями)¹³.

Обязательность принадлежности к такого рода схеме в том или ином государстве достигает своей конечной цели постольку, поскольку такие схемы являются гармонизированными. При этом речь идет не о минимальной гармонизации, которая изначально предусматривалась Директивой 94/14/ЕС, но о гораздо более широкой гармонизации, включающей все основные понятия и процедуры гарантирования депозитов, в том числе размер покрытия и сроки и формальности (либо отсутствие таковых) его выплаты. Данный вопрос является одним из наиболее непростых и существует заметное противодействие такому подходу со стороны ряда европейских государств. В то же время именно эта перспектива представляется единственно приемлемой, особенно в контексте формирования и развития единого рынка банковских услуг в европейском пространстве.

¹² См., Gerhardt M., Lannoo K. Op. cit.

¹³ По данному поводу уместно заметить, что ФРГ пыталась оспорить положения данной директивы как незаконные, в том числе и в части обязательности участия кредитных институтов именно в таких схемах, рассматривая в качестве достаточного их участие в добровольно созданных ими схемах. Европейский суд не согласился с позицией ФРГ // <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994CJ0233:EN:PDF>

Наконец, заметна тенденция к изменению принципиального взгляда на функцию схемы гарантирования депозитов — от рассмотрения ее в качестве денежного сундучка, из которого берутся средства для возмещения требований вкладчиков, до наделения схемы более существенными полномочиями по поддержанию стабильности банковской системы. Эта тенденция проявляется в предоставлении схеме полномочий, способствующих недопущению ситуации, когда депозиты становятся недоступными, — речь идет о полномочиях схемы по поддержанию платежеспособности банков с целью недопущения их дефолта.

Данные тенденции проявляются не только на директивном уровне банковского права Европейского союза, они заметны и в правовом регулировании систем гарантирования депозитов в отдельных странах. Но эти вопросы заслуживают отдельного рассмотрения и не исследуются в настоящей статье с учетом ее объема.

А.К. Волков

доцент, заместитель декана
юридического факультета
Санкт-Петербургского
филиала Научного
исследовательского
университета «Высшая школа
экономики» по научной работе
и международным связям,
кандидат юридических наук

А.А. Рыжков

LL.M. Dresden, law of the
EU, юрист, специалист
по гражданскому праву,
член Российско-немецкого
юридического союза

Влияние права Европейского союза на регулирование национальных рынков фармацевтических средств государств-членов*

Статья посвящена исследованию влияния права Европейского союза на регулирование национальных рынков фармацевтических средств государств-членов. Авторами рассмотрены препятствия для существования внутреннего рынка лекарственных препаратов Европейского союза, а также тенденции развития правового регулирования в данной сфере.

Ключевые слова: право ЕС, фармацевтический рынок ЕС, Директива 65/65/ЕЕС от 26 января 1965 г. «О гармонизации допуска лекарственных препаратов», Регламент Европейского Парламента и Совета (ЕС) № 726/2004 от 31 марта 2004 г. «Устанавливающий процедуры Сообщества по авторизации и надзору за медицинской продукцией, предназначенной для употребления человеком и в ветеринарных целях, а также учреждающий Европейское медицинское агентство», параллельный импорт.

Введение

31 декабря 1992 г. в рамках Европейского экономического сообщества (далее — ЕЭС) был создан единый внутренний рынок, объединивший рынки 12 государств (на сегодняшний день — уже 27 государств). Общие правила его функционирования, унифицирующие и гармонизирующие правовое регулирование, сначала принимались на уровне ЕЭС, а затем Европейского союза (далее — ЕС) и постепенно вытесняли¹ национальное законодательство. Тем самым устранялись препятствия для построения единого внутреннего рынка, частью которого должен был стать рынок фармацевтических средств, имеющий свои характерные особенности, определяемые приоритетностью обеспечения здоровья граждан и нормального функ-

Исследование осуществлено в рамках программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2011 г. (The Study was Implemented in the Framework of the Program of Fundamental Studies of the Higher School of Economics in 2011).

¹ В ЕС действует принцип приоритета права ЕС над национальным правом.

ционирования системы здравоохранения. Кроме того, лекарственные препараты по своей важности можно поставить в ряд таких товаров, как вода, электричество, газ. Неслучайно Парацельс называл их полезным ядом, и нередко чем серьезнее ситуации, в которых они спасают, тем опаснее сами лекарства. Так, применение сталинона (препарат от ожогов) в 1953 г. повлекло смерть 102 человек во Франции, в 2001 г. — церивастатина (лекарства от холестерина) — более 100 человек в течение нескольких месяцев². В период с 1956 по 1962 г. в ряде стран мира родилось по разным подсчетам от 8 до 12 тыс. детей с врожденными уродствами, обусловленными тем, что матери принимали препараты талидомида во время беременности.

Нельзя не согласиться с мнением профессора Пермана: «все производства имеют свою специфику, но некоторые обладают еще большей, чем другие, и фармацевтика как раз относится к данной категории»³. Для этого стратегически важного технологического сектора экономики характерны высокий уровень прибыли и ограниченное количество участников⁴. К тому же для разработки новых препаратов требуются значительные инвестиции, а потребитель нередко платит лишь часть цены — остальную возмещает правительство или страховые фирмы. Кроме того, государства стремятся сохранить возможность для оказания влияния на функционирование фармацевтического рынка с целью обеспечить конкурентоспособность национальных производителей.

На данный момент право ЕС проникло в регулирование почти всех стадий производства и продажи фармацевтических средств⁵, однако перечисленные особенности сделали невозможным автоматическое распространение общих правил ЕС о функционировании рынка на фармацевтическую отрасль. Это предопределило характерные черты ее правового регулирования, а соответственно, и соотношение национальных норм с законодательством ЕС.

Допуск лекарственных препаратов на рынок ЕС

Единая процедура допуска лекарственных препаратов. Первоначально государства — участники ЕС самостоятельно устанавливали порядок получения разрешений для допуска на рынок лекарственных препаратов, поэтому ничего удивительного, что он мог кардинально различаться в разных странах. Первым шагом по гармонизации процедуры стало принятие в 1965 г. Директивы «О гармонизации положений, касающихся готовых лекарственных препаратов»⁶, в литературе⁷ называемой основным законом фармацевтической отрасли. Главным нововведением

² См.: Hauray B. L'Europe du médicament. Politique-expertise-intérêts privés. Paris: Presses de Sciences Po, 2006. P. 12.

³ Permand G. EU Pharmaceuticals Regulation. The Politics of Policy-Making. Manchester: Manchester University Press, 2006. P. 17.

⁴ См.: Ibid. P. 22.

⁵ См.: Harvey T.K., McHale J.V. Health Law and the European Union. Cambridge: University Press, 2004. P. 284.

⁶ Council Directive 65/65/EEC of 26 January 1965 on the Approximation of Provisions Laid down by Law, Regulation or Administrative Action Relating to Proprietary Medicinal Products // Official Journal. № 22. 09/02/1965. P. 369–373.

⁷ См.: Thier. Das Recht des EG-Arzneimittelmarktes und des freien Warenverkehrs. Frankfurt, 1990. S. 18.

стала обязанность всех стран-членов установить процедуру получения разрешения перед допуском лекарства на рынок. При этом каждое государство сохраняло или могло создавать собственную процедуру допуска. Однако некоторые требования были все же гармонизированы. Так, в директиве фиксировался перечень причин, по которым в получении разрешения могло быть отказано либо действие разрешения могло быть приостановлено, устанавливался предельный срок для рассмотрения государственным органом заявки на получение разрешения. Впоследствии был принят ряд директив, изменяющих и дополняющих нормы указанного акта⁸.

Следующим этапом в реформировании допуска стало принятие Директивы 93/39/ЕЭС⁹, установившей новую процедуру, которая с некоторыми дополнениями действует с 1995 г. по настоящее время. Принципиально новым стало введение единой процедуры допуска, так называемой централизованной процедуры. Вместе с тем государства сохранили в определенных случаях собственные национальные процедуры.

Порядок осуществления единой процедуры допуска урегулирован Регламентом № 726/2004¹⁰, предусматривавшим создание Европейского агентства по оценке лекарственных препаратов¹¹. Последнее составляет свое заключение относительно рассматриваемого нового лекарства, на основании которого Комиссия ЕС принимает решение. Основными критериями для исследования и оценки являются установленные стандарты качества, безопасности и эффективности.

Преимуществом процедуры является то, что полученное разрешение действительно во всех государствах — членах ЕС. Следует отметить, что описываемый порядок применим лишь в отношении определенного и очень ограниченного круга лекарственных препаратов: являющихся в значительной степени инновационными, созданных в результате определенных биотехнологических процессов, обладающих новыми видами терапии, содержащих новые действующие вещества.

Национальная процедура (на примере Германии). Если единая процедура в рамках ЕС неприменима, то производитель проходит национальную процедуру по допуску лекарств на внутренний рынок. В Германии ее осуществление урегулировано законом «О лекарственных препаратах»¹², в котором также нашли отражение требования директив ЕС в фармацевтической сфере. В соответствии с данным актом производитель (или импортер) должен подтвердить качество, эффективность воздействия

⁸ Council Directive 75/318/EEC of 20 May 1975 on the Approximation of the Laws of Member States Relating to Analytical, Pharmacological and Clinical Standards and Protocols in Respect of the Testing of Proprietary Medicinal Products // Official Journal, L 147, 09/06/1975. P. 1–12; Council Directive 83/570/EEC of 26 October 1983 amending Directives 65/65/EEC, 75/318/EEC and 75/319/EEC on the Approximation of Provisions Laid down by Law, Regulation or Administrative Action Relating to Proprietary Medicinal Products // Official Journal, L 332, 28/11/1983. P. 1–10; Council Directive 87/22/EEC of 22 December 1986 on the Approximation of National Measures Relating to the Placing on the Market of High-Technology Medicinal Products, Particularly those Derived from Biotechnology // Official Journal, L 15, 17/1/1987. P. 38–41.

⁹ Council Directive 93/39/EEC of 14 June 1993 amending Directives 65/65/EEC, 75/318/EEC and 75/319/EEC in Respect of Medicinal Products // Official Journal, L 214, 24/8/1993. P. 2–30.

¹⁰ Regulation (EC) No 726/2004 of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 laying down Community Procedures for the Authorization and Supervision of Medicinal Products for Human and Veterinary Use and Establishing a European Medicines Agency // Official Journal L 136, 30/4/2004. P. 1–33.

¹¹ В настоящее время — Европейское агентство лекарственных препаратов.

¹² Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz — AMG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Dezember 2005, I 3394; Zuletzt geändert durch Art. 7 G v. 22.12.2010 I 2262.

и безопасность (*Unbedenklichkeit*) препарата. При этом качество — это «такое свойство лекарства, которое определяется через его структурный состав, чистоту (наличие примесей), идентичность, через иные химические, физические и биологические свойства, либо через процесс его непосредственного изготовления»¹³. Понятие эффективности воздействия в законе не определяется, но раскрывается в судебной практике¹⁴ и научной литературе¹⁵. Опасным признается такое лекарство, в отношении которого на основании научных выводов возникает обоснованное подозрение, что оно при употреблении оказывает вредное воздействие для здоровья (§5 абз. 2 № 5 Закона ФРГ «О лекарственных препаратах»).

Прочие процедуры. Наряду с двумя основными описанными процедурами для определенных групп лекарственных препаратов существуют иные процедуры, применяемые в случае, если разрешение запрашивается более чем в одном государстве-участнике. Упрощенная процедура¹⁶ используется, если разрешение уже было получено в одной из стран ЕС. Если в рамках данной процедуры государство-участник не выдает разрешение на основании того, что имеется серьезная опасность для здоровья населения (абз. 1 ст. 29 Директивы 83/2001)¹⁷, в таком случае создается специализированная координационная группа (в соответствии со ст. 27 Директивы 83/2001). Если ей не удастся прийти к общему мнению, то применяется коммиссионная процедура, предполагающая для принятия решения создание специальной комиссии, в деятельности которой участвует и Европейское агентство по лекарственным препаратам (ст. 32–34 Директивы 83/2001).

Оценивая гармонизацию национальных законодательств с правом ЕС, следует отметить, что она привела к существенным изменениям в области допуска лекарственных препаратов на национальные рынки. Если в 1960-е годы европейское право¹⁸ обеспечило усиление контроля в сфере допуска лекарств на рынок¹⁹, то в последние 15 лет активно развивалась единая процедура допуска внутри ЕС. Данный процесс фактически только начался и будет продолжаться в ближайшем будущем. Вместе с тем по-прежнему существует необходимость для производителя (либо импортера) некоторых видов лекарственных препаратов получать до 27 разрешений допуска на фармацевтический рынок, что не позволяет в полной мере рассматривать последний как часть внутреннего рынка ЕС. Сложившаяся система может быть оптимизирована путем введения принципа европаспорта (*Europass*), который успешно применяется в других областях²⁰.

¹³ Там же. §4 абз. 15.

¹⁴ Подробное исследование судебной практики по данному вопросу см.: *Heitz. Arzneimittelsicherheit zwischen Zulassungsrecht und Haftungsrecht*. Baden-Baden, 2005. S. 64.

¹⁵ См.: *Heitz. Arzneimittelsicherheit zwischen Zulassungsrecht und Haftungsrecht*. Baden-Baden, 2005. S. 64.

¹⁶ Так называемая процедура взаимного признания.

¹⁷ Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council of 6 November 2001 on the Community Code Relating to Medicinal Products for Human Use // Official Journal, L 311, 28/11/2001. P. 67–128.

¹⁸ Право Европейского союза.

¹⁹ Например, вместо простой регистрации лекарственных препаратов в Германии была введена процедура получения разрешения на основании Директивы 65/65/EEC.

²⁰ См.: *Roth. Möglichkeiten und Grenzen eines einheitlichen Binnenmarktes für Arzneimittel* // *Zeitschrift Europarecht*. Baden-Baden, Beiheft 2, 2007. S. 15.

Упаковка лекарственных препаратов

Использование неправильно подобранных лекарств может привести к тяжелым последствиям. Европейский законодатель, обеспокоенный тем, чтобы необходимая информация присутствовала на маркировке и упаковке медикаментов, в 1965 г. принял Директиву 65/65/ЕЕС «О гармонизации допуска лекарственных препаратов»²¹, а в 1992 г. — Директиву 92/27/ЕЕС «О маркировке лекарственных препаратов для человека и об инструкциях по их применению»²² (замененную в 2001 г. Директивой 2001/83/ЕС Европейского Парламента и Совета ЕС «О своде законов Сообщества в отношении лекарственных препаратов для человека»²³, также впоследствии претерпевшей многократные изменения). Задачей директив является устранение препятствий свободной торговли на территории ЕС, налагаемых национальными регуляторами путем установления национальных требований маркировки и упаковки продукта. Европейский законодательством самограничил государства в возможностях вводить различные стандарты, даже если те устанавливали более высокий уровень защиты потребителей или публичного здоровья. Таким образом, страны-члены не могут запретить или препятствовать размещению на рынке своей страны лекарственных препаратов на основании причин, связанных с маркировкой или инструкцией по применению, если они соответствуют требованиям директивы (ст. 60 Директивы 2001/83/ЕС Европейского Парламента и Совета ЕС «О своде законов Сообщества в отношении лекарственных средств для человека»).

Как правило, информация, представляемая потребителю, размещается на упаковке и в инструкции по применению, и это единственные сведения, которые он получает. Они позволяют покупателю сделать более осознанный выбор, однако в то же время слишком большой объем информации, например о возможных последствиях применения лекарств, может оттолкнуть потенциального потребителя.

В Директиве 2001/83/ЕС перечисляется информация, которая должна быть указана на маркировке: название, активные ингредиенты, правила использования, дата истечения срока годности (месяц/год), при необходимости — особые предостережения относительно лекарственного препарата, условия хранения, название и адрес владельца; номер торговой лицензии и др. (ст. 54–57). В ст. 63 изложено требование о необходимости размещения информации на официальном языке или языках государств-членов, на рынке которых будет реализовываться продукт. Это по-прежнему является препятствием для создания единого рынка, так как физически на небольшой упаковке возможно размещение информации не более чем на двух-трех языках. Выходом из положения может быть размещение информации не на упаковке, а на прилавке или в брошюре (в данном случае проблема состоит в том, что брошюра не присоединена к продукту и потребители не уделяют ей должного внимания).

²¹ Council Directive 65/65/EEC of 26 January 1965 on the Approximation of Provisions Laid down by Law, Regulation or Administrative Action Relating to Medicinal Products // Official Journal, 09/02/1965, L 22. P. 369–373.

²² Council Directive 92/27/EEC of 31 March 1992 on the Labeling of Medicinal Products for Human Use and on Package Leaflets // Official Journal, 1992, L 113, P. 8-12.

²³ Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council of 6 November 2001 in the Community Code Relating to Medicinal Products for Human Use // Official Journal, 2004, L 311, P. 67–128.

Помещение в упаковку всех лекарственных препаратов инструкции по применению является обязательным, если вся информация, требуемая согласно ст. 59 и 62 данной директивы, не приведена непосредственно на вторичной или первичной упаковке. Относительно информации в инструкции действуют правила, установленные в ст. 58–59 директивы. Они составляются в соответствии с краткой характеристикой продукта, являющейся частью заявления о допуске лекарства на рынок (требования к которым в каждой стране по-прежнему остаются разными). Однако в список должны в любом случае входить сведения об идентификации лекарственного препарата, показания к применению, необходимые и обычные указания относительно правильного применения, описание нежелательных эффектов, которые могут наблюдаться при обычном применении лекарственного препарата, а также меры, которые необходимо принять для их устранения, ссылка на дату истечения срока годности, дата последнего пересмотра инструкции по применению и др.

Параллельный импорт

Практика осуществления параллельного импорта лекарственных препаратов показала, а Суд ЕС в 1971 г. в решении *Deutsche Grammophon*²⁴ подтвердил, что в некоторых случаях защита интеллектуальной собственности может стать преградой для функционирования рынка. Обладателю торговой марки, например, принадлежит исключительное право первичного размещения товара на рынке той или иной страны, однако в рамках ЕС последнее предполагает одновременное размещение на **всем** его внутреннем рынке. Таким образом, после продажи товара, например, в Италии обладатель торговой марки не имеет возможности препятствовать его распространению во Франции. Данное правило имеет целью пресечь злоупотребления исключительным правом и обеспечить свободу перемещения товаров на внутреннем рынке. В соответствии с решениями Суда ЕС 1974 г. *Centrafarm BV and Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc.*²⁵, *Centrafarm BV and Adriaan de Peijper v Winthrop BV*²⁶ данная практика была распространена и на лекарственные препараты, если, конечно, они допущены на тот или иной национальный рынок. Примечательно, что параллельный импорт разрешен и в случае первичного размещения товара на рынке, где он не пользовался защитой патента²⁷.

Позднее данные правила были отражены и в законодательстве, например в первой Директиве Совета 89/104/СЕЕ от 21 декабря 1988 г. «О сближении законодательства о торговых марках государств-членов»²⁸, в Директиве Европейского

²⁴ Judgment of the Court of 8 June 1971. *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*. Reference for a Preliminary Ruling: *Oberlandesgericht Hamburg — Germany*. Case 78–70 // European Court Reports. 1971. P. 00487.

²⁵ Judgment of the Court of 31 October 1974. *Centrafarm BV and Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc.* Reference for a preliminary ruling: *Hoge Raad — Netherlands*. Case 15–74// European Court reports. 1974. P. 01147.

²⁶ Judgment of the Court of 31 October 1974. *Centrafarm BV and Adriaan de Peijper v Winthrop BV*. Reference for a Preliminary Ruling: *Hoge Raad — Netherlands*. Case 16–74 // European Court Reports, 1974, P. 01183.

²⁷ Judgment of the Court 187/80 of 14 July 1981 *Merck & Co. Inc. v Stephar BV and Petrus Stephanus Exler* // European Court Reports. 1981. P. 02063.

²⁸ Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks // Official Journal, L 40, 11.2.1989. P. 1–7.

Парламента и Совета 2004/48/ЕС от 29 апреля 2004 г. «Об обеспечении соблюдения прав интеллектуальной собственности»²⁹ и в Регламенте № 40/94 «О торговой марке Сообщества»³⁰ с поправками 2004 г.³¹

Сложность обеспечения параллельного импорта именно данной категории товаров связана еще и с тем, что государства осуществляют ценовое регулирование. В результате, например, такие страны, как Испания, Греция, Португалия, Франция, являются государствами с более низкими ценами, нежели, например, Великобритания и Дания. Неудивительно, что на сегодняшний день параллельный импорт составляет около 5% оборота рынка лекарственных препаратов ЕС³².

Нередко продавцы для обеспечения эффективного доступа на рынок переупаковывают товар, в том числе без согласия производителя. В 1971 г. Суд ЕС³³ установил, что подобная переупаковка является допустимой, если не причиняется вред состоянию продукта, применение права марки ведет к разделению рынков государств — участников ЕС при условии уведомления об этом производителя и потребителя.

Впоследствии Суд ЕС продолжил снимать препятствия для перепродажи лекарственных препаратов в другие страны ЕС. В 1976 г.³⁴ за импортером было признано право не предоставлять всю документацию в отношении импортируемого продукта, уже направленную производителем соответствующим органам в случае, если продукт идентичен уже реализуемому продукту в данной стране, произведенному той же фармацевтической лабораторией.

В 1996 г. в нескольких объединенных делах³⁵ была установлена возможность для импортеров разрезать блистеры³⁶, даже имеющие свой индивидуальный номер, и размещать новые этикетки. В 1981 г.³⁷ Суд разрешил импортерам извлекать таблетки из их упаковок и помещать в другие емкости. Однако в уже процитированных делах 1996 г. Суд признал за производителем право выступить против переупаковки, если она может нанести вред репутации обладателю торговой марки.

²⁹ Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the Enforcement of Intellectual Property Rights // Official Journal, L 195, 02/06/2004. P. 0016 — 0025.

³⁰ Council Regulation No 40/94 of 20 December 1993 on the Community Trade Mark // Official Journal, L 11, 14.1.1994. P. 1—36.

³¹ Council Regulation No 422/2004 of 19 February 2004 on the Community Trade Mark Council Regulation Amending Regulation No 40/94 on the Community Trade Mark // Official Journal L 70, 9.3.2004. P. 1.

³² См.: *Fauran B.* Le commerce parallèle des médicaments dans l'Union européenne : un fléau utile? // *Les Annales des Mines*. Paris, février 2005. P. 69 // <http://www.annales.org/ri/2005/fevrier/69-74Fauran.pdf> (дата последнего обращения: 30 июля 2011 г.).

³³ Judgment of the Court 102/77 of 23 May 1978 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH* // *European Court reports*. 1978. P. 01139.

³⁴ Judgment of the Court 104-75 of 20 May 1976 *Adriaan de Peijper, Managing Director of Centrafarm BV* // *European Court Reports*. 1976. P. 00613.

³⁵ Judgment of the Court of 11 July 1996 *Bristol-Myers Squibb v Paranova A/S (C-427/93)* and *C.H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG and Boehringer Ingelheim A/S v Paranova A/S (C-429/93)* and *Bayer Aktiengesellschaft and Bayer Danmark A/S v Paranova A/S (C-436/93)* // *European Court reports*. 1996. P. I-03457.

³⁶ Пластиковая упаковка.

³⁷ Judgment of the Court 1/81 of 3 December 1981 *Pfizer Inc. v Eurim-Pharm GmbH* // *European Court reports*. 1981. P. 02913.

Следующим этапом стало установление возможности для импортера изменения торговой марки лекарственного препарата по причине объективной необходимости для обеспечения эффективного доступа на тот или иной рынок, при этом изменение названия запрещается осуществлять лишь с целью обеспечения коммерческих преимуществ³⁸. В 2002 г. Судом было установлено³⁹, что к объективной необходимости относятся случаи, когда невозможен эффективный доступ на рынок, а также случаи противодействия значительной части потребителей к переупакованным товарам. Таким образом, даже привычки потребителей могут стать основанием для ограничения прав интеллектуальной собственности.

Следует учитывать и то, что разрешение параллельного импорта предоставляет не только возможности для потребителей приобретать товары по более низким ценам, но и вызывает определенные сложности. Так, это дестабилизирует ценовую политику государств, подвергает риску публичное здравоохранение, так как сокращается запас лекарственных препаратов, доступных для внутренних рынков (случай Греции), кроме того, компании-производители терпят финансовые потери, в результате чего становится более сложным осуществлять инвестиции в разработку новых лекарств⁴⁰.

Ценообразование и возмещение стоимости

Регулирование цен в данном секторе экономики преследует несколько целей. Во-первых, исключение ценовой конкуренции между аптеками за счет установления единых розничных цен заставляет их повышать уровень сервиса, разнообразить ассортимент. Кроме того, в таком случае пациенту не приходится искать лекарства, реализуемые по более низкой цене в других аптеках. Во-вторых, в большинстве стран покупка лекарственных препаратов софинансируется со стороны государства за счет социального страхования, таким образом, разумное регулирование цен на лекарства обеспечивает большую стабильность системы социального страхования.

Ценообразование на лекарственные препараты в государствах ЕС регулируется преимущественно на национальном уровне. Так, в Германии законодательно определен уровень оптовой и розничной наценки: для оптовых продавцов она может составлять от 6 до 15%; для аптек — 3% от максимально возможной цены оптового продавца плюс 8,1 евро⁴¹ (постановление «О ценах на лекарства» (Arzneimittelpreisverordnung)⁴²). Данные нормы действуют лишь для рецептурных (отпускаемых по рецепту) лекарств, безрецептурные лекарства из сферы действия указанных норм

³⁸ Judgment of the Court C-379/97 of 12 October 1999 *Pharmacia & Upjohn SA v Paranova A/S* // European Court reports. 1999. P. I-06927.

³⁹ Judgment of the Court 443/99 of 23 April 2002 *Merck, Sharp & Dohme GmbH v Paranova Pharmazeutika Handels GmbH* // European Court reports. 2002. P. I-03703.

⁴⁰ См.: *Fauran B.* Le commerce parallèle des médicaments dans l'Union européenne: un fléau utile? // *Les Annales des Mines.* Paris, 2005. P.69 // <http://www.anales.org/ri/2005/fevrier/69-74Fauran.pdf> (дата последнего обращения: 30 июля 2011 г.).

⁴¹ Фиксированная наценка 8,1 евро обеспечивает равный интерес фармацевта продавать лекарства с разной стоимостью.

⁴² *Arzneimittelpreisverordnung vom 14. November 1980, BGBl. I S. 2147. Zuletzt geändert durch Art. 8 u. 9 Gv. 22.12.2010 I 2262.*

исключены. Помимо регулирования наценок в Германии существует система возмещения стоимости на лекарства, так называемая система фиксированных платежей (*Festbetrag*). При покупке лекарства пациенту возмещается определенная сумма (фиксированный платеж), если же цена на лекарство превышает данную сумму, то разницу должен доплатить потребитель. Данная система является удобным ориентиром для производителей лекарств, благодаря твердым наценкам на лекарственные препараты они могут точно рассчитать розничную цену того или иного лекарства и определить, должен ли будет покупатель доплачивать за лекарство или цена для него будет установлена в пределах фиксированного платежа⁴³.

Необходимо отметить, что указанный порядок регулирования наценок и возмещения стоимости как ориентир для ценообразования охватывает всю цепочку формирования цены от производителя до розничного продавца. Соответственно, фактически именно государство определяет цену на лекарство. Такие меры ценового регулирования могут вступать в противоречие с правом ЕС. В первую очередь, возможно нарушение норм о свободе передвижения товаров и услуг, в частности, регулирование цен подпадает под действие ст. 34 и 35 ДоФЕС⁴⁴ — меры, являющиеся аналогичными количественным ограничениям. Однако Суд ЕС в делах *Tasca*⁴⁵ и *Roussel*⁴⁶ подтвердил, что ценовое регулирование и установление максимально допустимых цен не является нарушением свободы перемещения товаров и услуг, если оно, во-первых, применяется без различий и к национальным, и к иностранным (в рамках ЕС) поставщикам лекарств, во-вторых, установленная предельная цена не является настолько низкой, что сбыт импортированной продукции становится экономически невыгодным по сравнению с продукцией, произведенной внутри страны. В дальнейшем в судебной практике было признано, что регулирование цен является ограничением способа продаж⁴⁷, которое не является нарушением ст. 34 ДоФЕС в соответствии с выработанной Судом ЕС «формулой Кека»⁴⁸. Кроме того, в 1989 г. была издана Директива 89/105/ЕЭС⁴⁹ относительно прозрачности мер ценового регулирования и установления фиксированных цен на лекарственные препараты. Таким образом, законодательно была подтверждена допустимость ценового регулирования.

⁴³ С июля 2006 г. по октябрь 2009 г. количество лекарств с ценой ниже уровня «фиксированного платежа» возросло с 2102 до 11 629 единиц // https://www.gkv-spitzenverband.de/upload/PM_2009-08-27_Zuzahlungsbefreiung_Grafiken_8572.pdf (дата последнего обращения: 20 августа 2011 г.). Экономика социальной системы в Германии в 2009 г. должна была составить 4,3 млрд евро от системы фиксированных платежей // https://www.gkv-spitzenverband.de/PM_2009_09_01.gkynet (дата последнего обращения: 20 августа 2011 г.).

⁴⁴ Treaty on the Functioning of the European Union // Official Journal, C 83, 30.3.2010.

⁴⁵ Judgment of the Court of 26 February 1976. Riccardo Tasca. Case 65-75 // European Court Reports. 1976. P. 00291.

⁴⁶ Judgment of the Court of 29 November 1983. Roussel Laboratoria BV and others v État néerlandais. Case 181/82 // European Court reports. 1983. P. 03849.

⁴⁷ См.: *Roth*. Möglichkeiten und Grenzen eines einheitlichen Binnenmarktes für Arzneimittel // Zeitschrift Europarecht. Baden-Baden, Beiheft 2, 2007. S. 32.

⁴⁸ Judgment of the Court of 24 November 1993. Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard. Joined Cases C-267/91 and C-268/91 // European Court Reports. 1993. P. I-06097.

⁴⁹ Council Directive 89/105/EEC of 21 December 1988 Relating to the Transparency of Measures Regulating the Prices of Medicinal Products for Human Use and their Inclusion in the Scope of National Health Insurance Systems // Official Journal, L 40, 11/2/1989. P. 8–11.

Кроме того, возникает вопрос соответствия системы фиксированных платежей (возмещения стоимости) в рамках социального страхования праву ЕС в контексте ст. 36 ДоФЕС, сложившейся судебной практике⁵⁰ и основным экономическим свободам. Во-первых, система возмещения является государственной мерой, предусмотренной Социальным кодексом Германии (§35 ч. 5)⁵¹, что соответствует требованию ст. 36 ДоФЕС. Во-вторых, данная мера не является дискриминационной, поскольку она затрагивает в равной степени и национальных, и иностранных производителей/поставщиков. Однако и недискриминационная мера может представлять собой нарушение свободы перемещения товаров, если одновременно выполняются два условия: первое, такая мера имеет отношение к определенным свойствам товара (так называемая формула *Dassonville*)⁵², а не к регулированию способа продаж такого товара (так называемая формула *Keck*)⁵³; второе — цель, которую преследует данная мера, не является общим интересом, а если и является, то такая мера непропорциональна в достижении заявленной цели⁵⁴.

Система фиксированных платежей, как показано выше, может приводить к ограничению цен. Кроме того, в соответствии с Социальным кодексом Германии (§35 абз. 5) фиксированный платеж на определенное лекарство должен находиться в пределах нижней трети всего спектра розничных цен на данное лекарство. Таким образом, производители, чьи цены превышают уровень нижней трети розничных цен, находятся в менее выгодной ситуации. В соответствии с судебной практикой *Dassonville*, «любая государственная мера, которая прямо или косвенно, фактически или потенциально может приводить к ограничению торговли внутри ЕС, является мерой, аналогичной количественным ограничениям в смысле ст. 34, 35 ДоФЕС»⁵⁵. Учитывая, что рассматриваемая мера ставит определенный круг производителей в менее выгодное положение, что может приводить потенциально к ограничению торговли лекарствами, ее следует отнести к мерам, охватываемым практикой *Dassonville*.

Относя систему фиксированных платежей к практике, подпадающей под критерии, установленные в решении *Dassonville*, необходимо проверить, имеет ли она в качестве цели общий интерес, а также оценить ее соответствие принципу пропорциональности для достижения поставленной цели, прежде всего обеспечению

⁵⁰ Judgment of the Court of 11 July 1974. *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville*. Case 8-74. European Court reports, 1974, P. 00837, Judgment of the Court of 24 November 1993. Criminal Proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard. Joined Cases C-267/91 and C-268/91 // European Court Reports. 1993. P. I-06097.

⁵¹ Sozialgesetzbuch Fünftes Buch — Gesetzliche Krankenversicherung vom 20. Dezember 1988 BGBl I S. 2477, 2482. Zuletzt geändert durch Art. 3 G vom 28. Juli 2011 BGBl. I S. 1622, 1625 ff.

⁵² Judgment of the Court of 11 July 1974. *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville*. Case 8-74 // European Court Reports. 1974. P. 00837.

⁵³ Judgment of the Court of 24 November 1993. Criminal Proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard. Joined Cases C-267/91 and C-268/91 // European Court Reports. 1993. P. I-06097.

⁵⁴ Judgment of the Court of 11 July 1974. *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville*. Case 8-74 // European Court Reports. 1974. P. 00837; Judgment of the Court of 24 November 1993. Criminal Proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard. Joined Cases C-267/91 and C-268/91 // European Court Reports. 1993. P. I-06097.

⁵⁵ Judgment of the Court of 11 July 1974. *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville*. Case 8-74 // European Court Reports. 1974. P. 00837.

стабильности системы социального страхования. В судебной практике подобная цель признается в качестве преследующей общий интерес⁵⁶, так как фиксированные платежи способствуют стабильности системы социального страхования. Под сомнением остается пропорциональность рассматриваемой меры.

В связи с этим необходимо отметить, что компетенцией в области защиты здоровья населения в соответствии с ч. 5 ст. 152 ДоФЕС наделены государства-члены, а не ЕС. Таким образом, они сами уполномочены определять достаточный уровень защиты в указанной области. Социальные системы (системы социального страхования) государств ЕС сильно отличаются друг от друга, поэтому провести аналогию с применяемыми мерами относительно свободы передвижения товаров не представляется возможным. Более мягкая мера, которая обеспечивала бы такой же результат, что и система возмещения стоимости, на сегодняшний день не разработана и не предложена как альтернатива. Более того, такая система не имеет рестриктивного характера, не образует императивных запретов. Представляется, что с учетом указанных причин однозначно можно сделать вывод, что система возмещения стоимости лекарств является пропорциональной мерой и, следовательно, не противоречит нормам о свободе перемещения товаров.

В Германии в сфере ценообразования на лекарства практически никакие рыночные механизмы не действуют. Свобода действий участников рынка сильно ограничена, регулируется вся цепочка цен от производителя до розничного продавца. Одна сложившаяся ситуация не противоречит праву ЕС, поскольку, в частности, защита здоровья отнесена к компетенции государств-членов. Данная ситуация явно не способствует образованию фармацевтического внутреннего рынка⁵⁷. Несмотря на то что в этой сфере вряд ли в полной мере будут задействованы рыночные механизмы, гармонизация или унификация норм могли бы привести к тому, что общая система ограничений стала бы более простой и понятной для всех европейских участников фармацевтического рынка, что также значительно упростило доступ на национальные рынки.

Дистанционная продажа лекарств (на примере Германии)

Формирование рынка дистанционной продажи или посылочной торговли в Германии началось в 2000 г., когда голландская сеть ДокМоррис (DocMorris) разместила на своем сайте предложения о продаже лекарств, в том числе на немецком языке. Получить заказанные лекарства можно было либо в аптеке в Голландии, недалеко от границы с Германией, либо по почте. К продаже были предложены только лекарства, допущенные на немецкий рынок. Вскоре против компании ДокМоррис был подан иск, поскольку в Германии действует запрет осуществления продажи

⁵⁶ Judgment of the Court of 28 April 1998. *Nicolas Decker v Caisse de maladie des employés privés*. Case C-120/95 // European Court Reports. 1998. P. I-01831; Judgment of the Court of 28 April 1998. *Raymond Kohll v Union des caisses de maladie*. Case C-158/96 // European Court Reports. 1998. P. I-01931. Также см.: *Roth. Möglichkeiten und Grenzen eines einheitlichen Binnenmarktes für Arzneimittel* // Zeitschrift Europarecht. Baden-Baden, Beiheft 2, 2007. S. 31.

⁵⁷ См.: *Roth. Möglichkeiten und Grenzen eines einheitlichen Binnenmarktes für Arzneimittel* // Zeitschrift Europarecht. Baden-Baden, Beiheft 2, 2007. S. 33–34.

лекарств по почте. ДокМоррис ссылалась на то, что данная норма противоречит свободе перемещения товаров. Дело было передано для рассмотрения в Суд ЕС⁵⁸.

Европейский суд, сославшись на дело *Dassonville*, установил, что запрет дистанционных продаж в Германии приводит к ограничению свободы передвижения товаров⁵⁹. Для немецких аптек продажа по почте представляет собой дополнительный или альтернативный способ продаж, в то же время для иностранных аптек установленный запрет исключает доступ на немецкий рынок. Соответственно, такой запрет по-разному затрагивает национальные и иностранные аптеки и подпадает в область применения судебной практики *Dassonville*⁶⁰. Проверяя, может ли данное ограничение быть оправданным общим интересом в соответствии со ст. 36 ДоФЕС, Суд отметил, что при наличии менее строгой ограничивающей меры, которая при этом является столь же эффективной для достижения цели (защита здоровья населения), исходное ограничение не подпадает под действие ст. 36 ДоФЕС.

Далее Суд разграничил случаи продаж рецептурных и безрецептурных лекарств. В отношении безрецептурных лекарств информирование и консультирование потребителя возможно в полной мере и в виртуальной аптеке, а риск ошибки минимизируется за счет интерактивных элементов с информацией и предупреждениями, которые сопутствуют виртуальной покупке. Кроме того, регулирование цен не распространяется на безрецептурные лекарства, так что не возникает проблем с ценообразованием (п. 113–116 Решения). Иначе следует оценивать ситуацию с рецептурными лекарствами: ошибка в данном случае может привести к очень серьезным (тяжким) последствиям, возникают сложности с проверкой подлинности рецепта, информация на упаковке указана на другом языке, отсутствие фиксированных цен для рецептурных лекарств при трансграничной торговле может являться «существенной угрозой для системы социального страхования». Основываясь на данной аргументации, Суд признал запрет на посылочную торговлю в отношении рецептурных лекарств обоснованным.

Представляется, что позиция Суда ЕС в отношении рецептурных лекарств неубедительна. Указанные опасности распространяются в равной мере и на безрецептурные лекарства. Они могут быть предотвращены за счет детальной регламентации процесса продаж, а не абсолютного запрета. Например, в компании *DocMorris* все подобные вопросы консультирования и проверки подлинности эффективно применяются (п. 113–116 Решения). По мнению профессора Хеш, общая опасность, обосновываемая Судом, также неубедительна⁶¹. Напротив, функционирующая сегодня в Германии система подтверждает, что обе проблемы с определенными ограничениями могут быть преодолены для всех допущенных лекарств.

Данный процесс в Суде ЕС повлиял на либерализацию рынка посылочной торговли лекарственных препаратов. Еще до принятия решения по данному делу в Гер-

⁵⁸ Judgment of the Court of 11 December 2003. *Deutscher Apothekerverband eV v 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval*. Case C-322/01 // European Court Reports. 2003. P. I-14887.

⁵⁹ Judgment of the Court of 11 July 1974. *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville*. Case 8–74 // European Court Reports. 1974. P. 00837.

⁶⁰ Judgment of the Court of 11 December 2003. *Deutscher Apothekerverband eV v 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval*. Case C-322/01 // European Court Reports. 2003. P. I-14887.

⁶¹ См.: *Hösch*. *DocMorris — Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 11-12-2003 in der Rechtssache C-322/01 DocMorris* // *Gewerbe Archiv*. München, 2004. S. 100.

мании были внесены поправки в законодательство⁶², имевшие цель допустить подобную практику, причем как для безрецептурных, так и для рецептурных лекарств. В законе «О лекарственных препаратах» предусмотрено, что посылочная торговля в отношении лекарств возможна лишь на основании специального разрешения (§43 и 73), для получения которого необходимо выполнить следующее требование: посылочная торговля может быть организована только как дополнение к обычной аптечной деятельности (§11а, абз. 1 закона «О лекарственных препаратах»)⁶³. Существенные требования предъявляются также к обеспечению качества и эффективности при пересылке препаратов. Кроме того, потребители, которым отправляется товар, должны иметь последующую возможность при необходимости получить консультацию на немецком языке. Закон устанавливает срок подготовки к отправке, право потребителя на возврат товара в определенных случаях и т.д.

Посылочная торговля и регулирование цен. В связи с отменой запрета на посылочную торговлю возникает вопрос применения ценового регулирования в отношении рецептурных лекарств для зарубежных организаций на рынке посылочной торговли. Закон «О лекарственных препаратах» допускает возможность посылочной торговли также для иностранных продавцов, но в соответствии с положениями немецкого законодательства о посылочной торговле и (или) электронной торговле (§73). При этом не разъясняется, какие конкретные нормы следует применять. В судебной практике, как и в литературе, отражены различные позиции⁶⁴. Верховный земельный суд Хамм установил, что, несмотря на то что постановление «О ценах на лекарства» действует для зарубежных аптек в случае посылочной торговли, однако в конкретном случае оно может не применяться⁶⁵. В то время как земельные суды Саарбрюкена и Гамбурга указали, что данное постановление подлежит применению во всех случаях⁶⁶.

Следует согласиться с мнением, что нормы о ценовом регулировании все же должны применяться⁶⁷. Прежде всего они преследуют такие цели, как воспрепятствование ценовой конкуренции, обеспечение единых цен для потребителей и содействие существованию достаточного количества аптек в стране⁶⁸. Данные задачи могут быть достигнуты только тогда, когда ценовое регулирование будет действовать для каждого способа продаж. Кроме того, отсутствие ценового регулирования в трансграничной посылочной торговле вело бы к дискриминации внутригосударственных аптек и к искажению конкуренции, т.е. к ситуации, которую нацио-

⁶² Gesetz zur Modernisierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz) vom 14. November 2003 BGBl. I S. 2190 (№ 55). Zuletzt geändert durch Artikel 1 G. v. 15.12.2004 BGBl. I S. 3445.

⁶³ Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz — AMG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Dezember 2005, I 3394; Zuletzt geändert durch Art. 7 G v. 22.12.2010 I 2262.

⁶⁴ SG Freiburg, Urteil v. 21.06.2005, Az. S 11 KR 41 03/03; SG Frankfurt a. M., Urteil v. 9.8.2006, Az. S 21 KR 429/06 ER; SG Berlin, Urteil v. 16.11.2005, Az. S 89 KR 2244/03.

⁶⁵ OLG Hamm, Entscheidung v. 21.9.2004, Az. 4 U 74/04.

⁶⁶ LG Saarbrücken, Urteil v. 31.1.2007, Az. 7I O 103/06, LG Hamburg, Urteil v. 17.08.2006, Az. 315 O 340/06.

⁶⁷ См.: Mand. Nationales Vertriebsrecht für Arzneimittel im grenzüberschreitenden Handel // Zeitschrift Europarecht. Baden-Baden, Beiheft 2, 2007. S.76.

⁶⁸ См.: Cyran/Rotta-Deitling. Apothekenbetriebsordnung-Kommentar, 4. Auflage, Stuttgart 2007, §17, Rn. 65; Könen. Grenzüberschreitende Handel mit Humanarzneimitteln. Hamburg, 2008. S. 141–142.

нальное законодательство, наоборот, стремится не допустить. К тому же немецкий законодатель мог бы вообще отказаться от разрешения посылочной торговли в отношении рецептурных лекарств. Такую возможность ему предоставляет принятое решение Суда ЕС по делу ДокМорис.

В связи с либерализацией посылочной торговли для зарубежных аптек возникают сложности и с возмещением стоимости лекарств для застрахованных лиц, число которых составляет около 90% всего населения ЕС⁶⁹. Должен ли каждый застрахованный клиент после приобретения лекарственного препарата сам получать возмещение у страховщика?

Полагаем, подобные случаи следует отнести к исключениям, поскольку обычно потребители вообще не участвуют в процессе возмещения стоимости, а аптека получает соответствующую сумму возмещения у страховщика. Отношения аптек и страховщиков основываются на рамочном соглашении, предусмотренном Социальным кодексом Германии между союзом социальных страховщиков («Spitzenverband der Krankenkassen») и объединением аптек (§129 ч.5). С самого начала возник вопрос: могут ли также зарубежные аптеки быть участниками такого соглашения, поскольку, естественно, участвуя в процессе возмещения вместо потребителя, аптека получает серьезное преимущество в глазах последнего. Социальный кодекс предусматривает в качестве стороны такого соглашения также отдельно взятую аптеку без дальнейшей конкретизации. Данная норма, в принципе, позволяет зарубежным аптекам в рамках ЕС присоединяться к данному соглашению, что подтверждается судебной практикой⁷⁰. Иное противоречило бы положениям о свободе перемещения товаров.

Рекламная деятельность в фармацевтической отрасли

Прежде всего следует отметить, что если на рекламу безрецептурных лекарственных препаратов не устанавливается особых ограничений, то в отношении рекламы рецептурных лекарств установлен запрет, причем как на уровне ЕС (абз. 1 п. 88 Директивы 2001/83/ЕС), так и в национальном законодательстве, например в немецком законе «О рекламе лекарственных препаратов»⁷¹.

Запрет на рекламу рецептурных лекарств может представлять ограничение свободы перемещения товаров. Оно может являться правомерным, если соответствует правилам, выработанным упоминавшейся ранее судебной практикой⁷². Правомер-

⁶⁹ Die gesetzliche Krankenversicherung // http://www.gkv-spitzenverband.de/GKV_was_ist_das.gkv-net (дата последнего обращения: 20 августа 2011 г.).

⁷⁰ SG Köln, Urteil v. 21.9.2005, Az. S 5 KR 292/05, SG Berlin, Urteil v. 16.11.2005, Az. S 89 KR 2244/03. (дата последнего обращения: 20 августа 2011 г.)

⁷¹ Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Oktober 1994, BGBl. I S. 3068, Neugefasst durch Bek. v. 19.10.1994 I 3068. Zuletzt geändert durch Art. 2 G v. 26.4.2006 I 984. При этом есть основания полагать, что директива, устанавливающая запрет на рекламу, не подлежит применению в силу противоречия принципу subsidiarности (ст. 5 Договора о ЕС), поэтому действителен запрет, установленный в национальном законодательстве, независимо от директивы.

⁷² Judgment of the Court of 11 July 1974. Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville. Case 8–74 // *European Court Reports*. 1974. P. 00837; Judgment of the Court of 24 November 1993. Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard. Joined Cases C-267/91 and C-268/91 // *European Court Reports*. 1993. P. I-06097.

ность данного запрета определяется тем, что он распространяется в равной мере на всех участников гражданского оборота вне зависимости от их местонахождения и одинаково влияет на национальные и иностранные лекарственные препараты, что соответствует «формуле Кеск». Если же предположить обратное, то и в таком случае правомерность запрета будет обеспечиваться наличием общего интереса, а именно защитой здоровья населения (ст. 36 ДоФЕС) и защитой потребителей⁷³.

Кроме того, оценка запрета на рекламу рецептурных лекарственных препаратов давалась в контексте основных прав, зафиксированных как в Хартии основных прав, так и в Основном законе Германии⁷⁴. Было подтверждено его соответствие и основным правам.

Розничная продажа лекарственных препаратов (на примере Германии)

При попытке стать участником розничного рынка лекарственных препаратов зарубежное предприятие сталкивается с серьезными препятствиями. В Германии, как и в некоторых других государствах, существует запрет на владение и управление аптекой для нефармацевтов. Данный запрет устанавливается в законе «О лекарственных препаратах» (§2). Кроме того, указанный акт фиксирует обязанность личного руководства и ответственности аптекой (§7). Владельцем аптеки может быть индивидуальный предприниматель (*Einzelunternehmen*), а управление может осуществляться объединением гражданского права (*Gesellschaft bürgerlichen Rechts*) или открытым торговым обществом (*offene Handelsgesellschaft*). Все участники такого объединения или общества должны обладать апробациями аптекаря. Наряду с одной основной аптекой разрешается открывать не более трех филиалов. При этом основной аптекой предприниматель должен управлять лично, а за аптеки-филиалы нести ответственность, причем филиалы могут находиться лишь в той же местности, что и основная аптека. Кроме того, закон предъявляет ряд требований к персоналу, который состоит из фармацевтов и иных сотрудников, таким образом, кроме управляющего в аптеке должны быть также трудоустроены другие дипломированные фармацевты.

Данные нормы имеют вековую историю. Верховный суд Германии проверял указанные запреты и ограничения на соответствие Конституции ФРГ. Однако сложности вновь возникли в связи с развитием права ЕС, а именно с возникновением судебной практики по аналогичному делу «О салонах оптики» в Греции⁷⁵. В национальном праве данной страны существовало аналогичное ограничение в отношении салонов оптики: их владельцы, занимавшиеся подбором и продажей очков и контактных линз, должны были обладать соответствующим дипломом и не могли иметь более одного магазина. Суд ЕС, рассматривая данное дело по заявлению Комиссии ЕС, оценил норму как ограничение свободы учреждения пред-

⁷³ Judgment of the Court of 20 February 1979. *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Cassis de Dijon). Case 120/78 // European Court Reports. 1979. P. 00649.

⁷⁴ См.: *Faßbender*. Der grundrechtliche Schutz der Werbefreiheit in Deutschland und Europa // *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, Heft 12. 2006. S. 965–978, 968.

⁷⁵ Judgment of the Court (Second Chamber) of 21 April 2005. *Commission of the European Communities v Hellenic Republic*. Case C-140/03 // European Court Reports. 2005. P. I-03177.

приятий, являющейся одной из основных свобод, зафиксированных в ст. 49 и 55 ДоФЕС. В итоге данное ограничение не было признано необходимым, поскольку преследуемая цель может быть достигнута более мягкими мерами. Например, достаточно, если руководитель оптики будет дипломированным специалистом и застрахует ответственность перед клиентами. Исходя из этого, Суд ЕС решил, что национальное греческое законодательство противоречит нормам права ЕС.

Уже упоминавшаяся компания ДокМоррис, созданная в форме акционерного общества, не имела права по немецкому закону открывать аптеку в Германии. Тем не менее, в 2006 г. после принятия решения по делу «О салонах оптики» ДокМоррис подала заявление в соответствующее министерство земли Саарланд на открытие аптеки. В июне 2006 г. министерство выдало разрешение компании ДокМоррис, поскольку, по его мнению, запрет в национальном законодательстве Германии противоречил праву ЕС и ввиду приоритета европейского права над национальным законодательством не подлежал применению. В августе 2006 г. Объединение аптек земли Саарланд (и другие) подало иск о признании данного решения министерства недействительным, поскольку оно противоречит немецкому закону. В результате дело было передано суду ЕС для определения соответствия данной нормы праву ЕС.

В первую очередь Суд указал, что данная ситуация подпадает под действие норм ст. 49 и 55 ДоФЕС. Если ранее признавалась недопустимой лишь дискриминация в отношении свободы учреждения предприятий⁷⁶, т.е. были запрещены все меры, применявшиеся по-разному для национальных и иностранных физических и юридических лиц, то со временем позиция Суда была скорректирована⁷⁷. На сегодняшний день всякие меры, которые «запрещают применение данной свободы, каким-либо образом препятствуют ее реализации или делают ее реализацию менее привлекательной»⁷⁸, трактуются в судебной практике как ограничения, требующие для своего оправдания легитимной цели, кроме того, такие меры должны быть направлены на достижение заявленной цели, а также необходимы, т.е. не должны существовать более мягких мер, позволяющих так же эффективно достигнуть данную цель.

Суд, генеральный адвокат и большинство исследователей признали, что запрет на владение аптекой лицами, не имеющими диплома, направлен на обеспечение более высокого уровня защиты здоровья населения. Во-первых, из-за повышенного риска непрофессиональной консультации потребитель может принять ненужное или даже вредное лекарство. Во-вторых, фармацевт выполняет функцию двойного контроля: в случае с рецептурными лекарствами данная мера позволяет избежать ошибки врача при выписывании рецепта.

Следует согласиться с тем, что приведенные доводы, по крайней мере в отношении рецептурных лекарств, подтверждают то, что рассматриваемые ограничения направлены на достижение заявленной цели. Однако в отношении признания не-

⁷⁶ См.: *Dausen-Roth*. Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 24. Auflage, München 2009, Bd. 1, E.I, Rn. 61.

⁷⁷ Judgment of the Court of 31 March 1993. *Dieter Kraus v Land Baden-Württemberg*. Case C-19/92 // European Court Reports. 1993. P. I-01663, margin № 15.

⁷⁸ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 30 March 1993. *Christos Konstantinidis v Stadt Altensteig — Standesamt und Landratsamt Calw — Ordnungsamt*. Case C-168/91 // European Court Reports. 1993. P. I-01191.

обходимости их применения и соразмерности заявленной цели возможны и другие мнения. В соответствии с п. 7 ст. 168 ДоФЕС государство — участник ЕС может самостоятельно определить необходимый уровень защиты здоровья населения и ввести необходимые для этого меры. Задача Суда ЕС — оценить, не выходит ли введенная мера за рамки заявленной цели и не нарушает ли она в связи с этим нормы права ЕС⁷⁹. Кроме того, Суд проверяет наличие альтернативных мер, которые могли бы так же эффективно обеспечить защиту здоровья населения и при этом были бы менее рестриктивными⁸⁰.

Фирма ДокМоррис, как и Европейская Комиссия, полагала, что возможно введение более мягких мер, например, аптекой мог бы управлять наемный управляющий, владеющий необходимым дипломом. Если, в дополнение к этому ответственность фармацевтов перед клиентами будет в обязательном порядке застрахована, то этого будет достаточно для достижения цели защиты здоровья населения⁸¹. Несмотря на то что такая конструкция была принята Судом ЕС в деле о салонах оптики, в данном процессе Суд пришел к выводу, что помимо общих соображений не была предложена конкретная система, более эффективная, чем немецкие национальные правила в данной сфере. Предложенная более мягкая мера была отвергнута на основании того, что наемный работник будет связан отношением подчинения, у него будут возникать сложности с возражениями владельцу (п. 54–55 Решения). Кроме того, Суд указал на более высокий уровень ответственности владельца, чем наемного управляющего.

Тем не менее, сложно однозначно согласиться с такой позицией. Во-первых, владелец аптеки, вне зависимости от наличия диплома, действует на свой страх и риск как предприниматель, несет полную имущественную ответственность и в любом случае целью его деятельности является извлечение прибыли. В то время как у наемного управляющего отсутствуют серьезные причины иметь экономический интерес, поэтому в случае поступления от владельца указаний, расходящимися с тем, что от него требуется как от профессионального фармацевта, у такого управляющего не будет оснований исполнять данные указания. В случае оказания давления он может сменить работу, в то время как владелец такими возможностями не обладает.

Во-вторых, нельзя согласиться с тем, что только владелец как дипломированный фармацевт способен обеспечить необходимый уровень защиты здоровья населения, а хозяйственные общества будут лишь разрабатывать стратегии продаж и не обращать внимания на политику защиты здоровья. Любого владельца оптовые поставщики могут заинтересовать дополнительными скидками, отсрочками платежей и другими экономическими мерами в зависимости от объемов, маркетинга, дизайна помещений применительно к определенным маркам лекарств. Кроме

⁷⁹ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 May 2009. *Apothekerkammer des Saarlandes and Others (C-171/07) and Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) v Saarland and Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*. Joined Cases C-171/07 and C-172/07 // European Court Reports. 2009. P. I-04171.

⁸⁰ Сравн. Judgment of the Court of 11 December 2003. *Deutscher Apothekerverband eV v 0800 Doc-Morris NV and Jacques Waterval*. Case C-322/01 // European Court Reports. 2003. P. I-14887.

⁸¹ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 May 2009. *Apothekerkammer des Saarlandes and Others (C-171/07) and Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) v Saarland and Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*. Joined Cases C-171/07 and C-172/07 // European Court Reports. 2009. P. I-04171.

того, у потребителя уже появилась возможность приобретать лекарства в аптеках, которые принадлежат недипломированным специалистам, так как Суд ЕС либерализовал почтовую торговлю, в том числе интернет-торговлю безрецептурными лекарственными препаратами. Немецкий законодатель распространил ее также и на рецептурные лекарства, поскольку не во всех государствах ЕС существуют ограничения на субъектный состав владельцев аптек.

Таким образом, позиция Суда ЕС в отношении предложенных альтернативных мер представляется, как минимум, спорной.

Заключение

Данный краткий обзор функционирования рынка фармацевтических препаратов позволяет нам сделать вывод, что это особый сектор единого рынка ЕС, имеющий свои особенности правового регулирования.

Во-первых, правовое регулирование в данной отрасли по-прежнему подвержено сильному воздействию и ограничению национальным законодательством. Правомерность ограничений объясняется охраной общественного здоровья. Граница национального и наднационального регулирования остается размытой. Суд ЕС неоднократно высказывался на этот счет, однако единые четкие критерии или подход так и не были выработаны.

Во-вторых, хотя и следует признать, что внутренний рынок лекарственных препаратов так и не был создан⁸², влияние права ЕС достаточно велико, и в будущем оно будет только увеличиваться. Соответственно, компетенция национальных законодательств в фармацевтическом секторе постепенно будет сужаться. Как показано выше, государство — член ЕС обладает компетенцией в сфере допуска лекарственных препаратов, которая действует по остаточному принципу, если единая процедура допуска ЕС не подлежит применению. Таким образом, фармацевтический рынок, как и вообще защита здоровья граждан, перестали быть только внутренней заботой государств.

В-третьих, следует отметить, что государства, с одной стороны, пытаются создать единый рынок, открывая национальные рынки для иностранных фармацевтических компаний, что в итоге способствует более интенсивному развитию собственной индустрии за счет конкуренции; с другой стороны, каждая страна защищает своих производителей и потребителей с помощью барьеров⁸³. Несмотря на необходимость отказа от протекционизма, соблазн краткосрочных выгод и страх перед утратой национальной фармацевтической промышленности остается слишком большим.

⁸² См.: *Harvey T.K., McHale J.V.* Health Law and the European Union. Cambridge: University Press, 2004. P. 469.

⁸³ См.: *Krapohl S.* Risk Regulation in the Single Market. The Governance of Pharmaceuticals and Foodstuffs in the European Union. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2008. P. 18–19.

Е.В. Постникова

старший преподаватель
кафедры международного
права факультета
права Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики», кандидат
юридических наук

Реализация свободы предоставления услуг: принцип взаимного признания*

Основной целью статьи является выявление значения принципа взаимного признания для реализации свободы предоставления услуг и оценка эффективности применения этого принципа. Обращается внимание на неоднозначность анализируемого принципа ввиду существования в доктрине разных подходов при определении его сути. На основании исследования актов вторичного права ЕС, практики Суда ЕС, а также различных доктринальных взглядов дается характеристика содержания принципа взаимного признания. Проводится сравнительный анализ товаров и услуг как объектов трансграничных экономических отношений, выявляются особенности применения принципа взаимного признания в сфере предоставления услуг. Дается оценка применения принципа взаимного признания, формулируются причины, препятствующие его реализации. Особое внимание уделяется анализу правового регулирования ЕС в сфере признания профессиональных квалификаций.

Ключевые слова: Европейский союз, услуги, свобода предоставления услуг, принцип взаимного признания, внутренний рынок, гармонизация, эквивалентность, поставщик услуг, либерализация, право ЕС, Суд ЕС.

В рамках внутреннего рынка должны соблюдаться общие принципы¹ либерализации, среди которых важную роль играют принципы недискриминации и взаимного признания. Прежде всего необходимо отметить, что, будучи общим для всех основных свобод внутреннего рынка Европейского союза (далее — ЕС), принцип взаимного признания имеет свои особенности применительно к сфере действия

* В статье использованы результаты, полученные в ходе выполнения проекта № 11-01-0129 «Либерализация предоставления услуг в Европейском союзе: правовой аспект», реализованного в рамках Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2012–2013 гг.

¹ Принцип взаимного признания фактически был признан Судом ЕС в качестве общего принципа права в решениях по делам. См. напр.: Case C-5/94 Hedley Lomas [1996] ECR I-02553; Case C-87/94 Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium [1996] ECR I-02043; Case C-205/89 Commission of the European Communities v Hellenic Republic [1991] ECR I-01361. Явное подтверждение квалификации данного принципа как общего принципа права было сделано Судом в решении по делам, касающимся заключения государственных контрактов. См. напр.: Case C-225/98 Commission of the European Communities v French Republic (Nord-Pas-de-Calais) [2000] ECR I-07445; Case C-231/03 Coname [2005] ECR I-07287.

каждой свободы. Это обусловлено различиями, которые существуют между объектами свобод (товарами, лицами, услугами, капиталами). Принцип взаимного признания является чрезвычайно динамичным — он эволюционирует с течением времени и адаптируется к различным сферам.

Принцип взаимного признания играет немаловажную роль в реализации принципа свободного движения услуг. В статье, в частности, будут рассматриваться различия между применением принципа взаимного признания в сфере предоставления услуг и в сфере торговли товарами в рамках внутреннего рынка ЕС и выявляются их основания.

Содержание и правовая основа принципа взаимного признания

В учредительных договорах Сообщества (ныне — ЕС) не раскрывается содержание принципа взаимного признания, но некоторые положения направлены на его обеспечение. Чрезвычайно важно, что принцип взаимного признания закреплен в Договоре об учреждении Европейского экономического сообщества (далее — ЕЭС) с момента его создания. Речь идет о ст. 57 Договора (ныне — ст. 53 Договора о функционировании Европейского союза², далее — ДФЕС), в которой данный принцип упоминается применительно к дипломам, сертификатам и иным документам, подтверждающим ту или иную профессиональную квалификацию (профессиональное образование). Действие данной статьи распространяется на право учреждения³ и свободу предоставления услуг.

Будучи закрепленным в акте первичного права ЕЭС, принцип взаимного признания служил в качестве правовой основы для целого ряда так называемых «переходных мер», принимаемых с 1964 г.⁴ В дальнейшем он лег в основу секторальных

² Consolidated Versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union // Official Journal C 115. 09.5.2008.

³ Под свободой учреждения (ст. 49 ДФЕС) понимается свобода передвижения граждан ЕС (физических лиц) на территорию другого государства-члена с целью получения статуса гражданина-предпринимателя или создания обществ (первичных структур предпринимательской деятельности) и осуществления там постоянной экономической деятельности; а также свободу передвижения граждан одного из государств-членов ЕС, учредивших свое собственное дело на территории одного из них, с целью создания представительств, филиалов и дочерних компаний (вторичные структуры). Для краткости формулировок в статье будет использоваться термин «право учреждения» или «свобода учреждения» (the right of establishment (англ.), le droit d'établissement (фр.)), хотя с точки зрения содержания было бы юридически грамотнее использовать термин «свобода создания постоянных коммерческих предприятий» или «свобода осуществления постоянной самостоятельной трансграничной экономической деятельности». Сторонником последнего термина является, например, Ю.М. Юмашев. См.: Юмашев Ю.М., Филлимонов К.В. Свобода осуществления постоянной самостоятельной экономической деятельности (СОПСТЭД) в праве Европейского союза // Правовые исследования: новые подходы: сб. ст. факультета права НИУ ВШЭ / под общ. ред.: Е.Н. Салыгин, О.М. Олейник, М.А. Краснов, В.Б. Исаков, Л.А. Прокудина, С.А. Маркунцов, С.А. Чеховская, Т.С. Жукова. М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ», 2012. С. 58–86.

⁴ В эти директивы многократно вносились изменения, и в конечном итоге они были заменены Директивой 2005/36 о признании профессиональных квалификаций. Official Journal L 255. 30.9.2005. P. 22–142. См., напр.: Council Directive 64/222/EEC of 25 February 1964 Laying down Detailed Provisions Concerning Transitional Measures in Respect of Activities in Wholesale Trade and Activities of Intermediaries in Commerce, Industry and Small Craft Industries // Official Journal 56. 4.4. 1964. P. 857–863.

директив о признании дипломов по шести медицинским специальностям, дипломов архитекторов и юристов (адвокатов), а также общей системы признания дипломов и квалификаций. В то же время считается, что принцип взаимного признания был включен в правовую систему Сообщества с принятием Судом ЕС⁵ решения по делу 120/78 Cassis de Dijon⁶ и основанного на нем Сообщения⁷ Комиссии. В конечном итоге с момента принятия в 1985 г. нового подхода к гармонизации и стандартизации⁸ принцип взаимного признания стал неотъемлемой частью внутреннего рынка⁹. Ключевые принципы нового подхода изложены в Резолюции Совета о новом подходе в отношении технической гармонизации стандартов^{10, 11}. Относительно недавно был принят Регламент, который устанавливает процедуры, связанные с применением некоторых национальных технических правил к товарам, законно произведенным и продаваемым в другом государстве-члене¹².

Впервые содержание принципа взаимного признания было сформулировано в решении по делу 120/78 Cassis de Dijon, которое касалось устранения ограничений свободы движения товаров¹³. Суть дела заключалась в следующем.

⁵ В данной статье под «Судом ЕС» будет пониматься как Суд европейских сообществ, так и Суд Европейского союза (в зависимости от года принятия того или иного решения).

⁶ Case 120/78 Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon) [1979] ECR 649.

⁷ Communication interprétative de la Commission du 3 octobre 1980 sur les suites de l'arrêt rendu par la CJCE, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 Cassis de Dijon, JOCE C 256, du 3 octobre 1980. P. 2.

⁸ Директивы, принятые согласно новому подходу, не содержат детальных правил, но закрепляют основные требования в сфере безопасности и здравоохранения, защиты прав потребителей, защиты окружающей среды, технические вопросы, регулирование которых осуществляется методом отсылки к международным, европейским или национальным нормам. Директивы применяются в отношении определенной отрасли промышленности в целом, а не отдельных групп товаров в рамках данной отрасли.

⁹ Новый подход был предусмотрен одним из основных пунктов *Белой книги* по завершению создания единого внутреннего рынка (White Paper. Com (85) 310 of 14 juin 1985 // СПС Eur-Lex // URL: <http://eur-lex.europa.eu>).

¹⁰ Council Resolution of 7 May 1985 on a New Approach to Technical Harmonization and Standards // Official Journal C 136. 4.6.1985. P. 1–9. Гармонизация должна выражаться лишь в принятии основных стандартов безопасности. Из практики Суда ЕС следует, что товарам, которые соответствуют этим стандартам, должен обеспечиваться свободный доступ на рынок и свободное движение.

См. также: Council Resolution of 21 December 1989 on a Global Approach to Conformity Assessment // Official Journal C 10. 16.1.1990. P. 1–2.

¹¹ См.: Отметим одну из точек зрения по поводу роли принципа взаимного признания в «новом подходе». Так, М. Донни считает, что новый подход, в котором прослеживаются выводы Суда ЕС по делу C-120/78 Cassis de Dijon, основывается на принципе взаимного признания национального регулирования. Это позволяет ограничивать гармонизацию основными требованиями, допущенными Судом и в целях защиты интересов согласно ст. 36 ДФЕС. *Dony Marianne*. Droit de l'Union Européenne. Troisième édition revue et augmentée. Edition de l'Université de Bruxelles: Bruxelles, 2008, 2010. P. 397. Однако не ясно, что автор понимает под основными требованиями: императивные требования общего интереса или требования, закрепленные в директиве.

¹² Regulation (EC) № 764/2008 the European Parliament and the Council of 9 July 2008 Laying down Procedures Relating to the Application of Certain National Technical Rules to Products Lawfully Marketed in another Member State and Repealing Decision № 3052/95/EC // Official Journal L 218/21. 13.8.2008.

¹³ Практикой Суда ЕС был внесен существенный вклад в формирование механизма правового регулирования свободы предоставления услуг. Правовой основой свободы предоставления услуг также являются некоторые решения Суда, которые первоначально не касались услуг.

Компания Реве-Централе АГ собиралась импортировать «Касси» (традиционный черносмородиновый ликер, производимый в Дижоне) в Германию. В соответствии с рецептурой оптимальное содержание алкоголя в «касси» составляет 15–20%, что соответствует требованиям французского законодательства к содержанию алкоголя в ликере. Однако немецкие власти (федеральная монопольная служба по спиртным напиткам ФРГ) отказали в продаже на территории Германии французского ликера на том основании, что согласно немецкому законодательству (нормам о ликерах) содержание алкоголя в ликерах должно быть не меньше 25%. Компания Реве-Централе АГ подала иск в Налоговый суд земли Гессен. Суд направил запрос в Суд ЕС. Истец считал, что немецкие требования являются мерами, равнозначными количественным ограничениям. Ответчик ссылаясь на то, что в целях защиты прав потребителей в Германии существуют единые стандарты, которые применяются без дискриминации и к зарубежным, и к отечественным производителям.

Из решения Суда ЕС следует, что в отсутствие гармонизирующего правового регулирования на уровне Сообщества препятствия трансграничному движению товаров, связанные с различиями в законодательствах государств-членов, будут правомерными в той мере, в какой это необходимо для соответствия «императивным требованиям» (особенно в целях эффективности налогового контроля, добросовестности торговли, обеспечения общественного здоровья и защиты прав потребителей). В решении Суд дал толкование содержанию понятия «меры, равнозначные количественным ограничениям импорта», закрепленного в ст. 30 Договора об учреждении ЕЭС (ныне — ст. 34 ДФЕС)¹⁴ в свете рассматриваемого дела. К таким мерам Суд отнес фиксирование государством-членом минимального содержания алкоголя в спиртосодержащих напитках в отношении импортируемых алкогольных напитков, правомерно произведенных и продаваемых на территории другого государства-члена. В конечном итоге, Суд признал незаконным требования немецкого законодательства о минимальном содержании алкоголя на том основании, что они не являются пропорциональными поставленным целям (защите общественного здоровья и защите прав потребителей в результате незаконной торговли). Германия должна была признать стандарты, действовавшие на территории Франции, эквивалентными своим собственным.

Таким образом, при рассмотрении данного дела Судом ЕС был разработан правовой механизм свободы движения товаров, основанный на трех основных критериях¹⁵, одним из которых является критерий или принцип взаимного признания или страны происхождения (часто эти критерии рассматривают как синонимы). В дальнейшем он стал применяться в процессе реализации остальных свобод общего (ныне — внутреннего рынка), став одним из общих принципов либерализации трансграничных экономических отношений. Согласно точке зрения Ю.М. Юмашева, трудно переоценить значение принципа взаимного признания для создания единого внутреннего рынка на всей территории ЕС¹⁶.

¹⁴ Представляется необходимым отметить, что нормы права ЕС, регулирующие свободы внутреннего рынка и свободу движения товаров, в частности, имеют прямое действие.

¹⁵ Другими двумя критериями являются критерий императивных требований общего (всеобщего или государственного) интереса или всеобщего блага (imperative reasons relating to the public interest) и критерий или принцип пропорциональности.

¹⁶ См.: Юмашев Ю.М. Свобода движения товаров в Европейском Союзе (нетарифные ограничения) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2009. № 3. С. 81.

В соответствии с принципом взаимного признания для обеспечения, например, свободы движения товаров или свободы предоставления услуг не требуется гармонизация национального законодательства государств-членов¹⁷. В доктрине часто встречается точка зрения, что принцип взаимного признания применяется в отсутствие гармонизирующих актов на уровне ЕС, т.е. они исключают друг друга. Также сравнивают рассматриваемый принцип и процесс гармонизации, выделяя их преимущества и недостатки¹⁸. Здесь, скорее всего, имеется в виду принцип взаимного признания в его классическом понимании.

Существует и иная, более гибкая формулировка, в которой подчеркивается, что принцип взаимного признания применяется в отношении товаров или услуг, которые не являются объектом гармонизирующих норм на уровне ЕС или на которые распространяется минимальная¹⁹ и необязательная гармонизация²⁰. Здесь следует добавить, что новый подход к гармонизации также не исключает применение принципа взаимного признания.

Содержание принципа сводится к следующему: товар, законно произведенный, или услуга, законно предоставляемая в одном государстве-члене, не могут быть запрещены в другом государстве-члене. Таким образом, им должен быть обеспечен доступ на рынок другого государства-члена (принимающего государства). В законодательстве государств-членов не должна быть запрещена возможность доступа товаров на рынок, отвечающих эквивалентным стандартам, установленным в других государствах-членах. Принимающее государство не должно применять дискриминационные меры в отношении данных товаров или услуг на основании их происхождения. Оно также обязано признавать и разъяснять всю правовую информацию о товаре или услуге из другого государства-члена.

¹⁷ См.: Le principe de la reconnaissance mutuelle dans le marché intérieur // http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/internal_market_general_framework/121001b_fr.htm

Communication de la Commission «La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du plan d'action pour le marché intérieur» [COM(1999) 299 final — Non publié au Journal officiel].

Представляется, что это наиболее удачное определение, поскольку подчеркивается самостоятельность принципа и не отрицается в то же время возможность принятия гармонизирующих актов. Хотя принцип взаимного признания, применяемый на основании актов гармонизации, не является таковым в чистом виде. Если в силу гармонизации не принимается в расчет законодательство государства происхождения, то признание не может быть взаимным по определению. Все зависит от подхода к процессу гармонизации, от степени гармонизации. Например, выделяют полную гармонизацию, необязательную гармонизацию, частичную гармонизацию, минимальную гармонизацию, возвратную гармонизацию, а также так называемый новый подход.

¹⁸ См.: EU Law. Text, Cases and Materials. Paul Craig and Gráinne de Búrca. 4th ed. Oxford University Press, 2008. P. 836: «Принцип взаимного признания имеет как свои преимущества в сравнении с времязатратным секторальным подходом гармонизации, так и недостатки».

¹⁹ Минимальная гармонизация является одним из наиболее часто применяемых сегодня способов сближения национальных законодательств государств-членов. Она заключается в разработке минимальных стандартов на уровне ЕС. Допускается принятие государствами более строгих мер в отношении своих товаров и услуг.

²⁰ В рамках данного подхода в директивах закрепляется гармонизированный стандарт и производители могут выбирать, следовать ему или нет. Однако гармонизированный стандарт должен применяться, если производители намерены производить торговлю товарами через границы государств-членов ЕС. Если они имеют целью осуществлять данную деятельность в рамках местного рынка, то они вправе применять гармонизированный стандарт или нормы национального права.

Единственное исключение связано с защитой общего интереса: из соображений императивных требований общего интереса, а также на основании ст. 36 ДФЕС (бывшая ст. 30²¹) в отношении свободы движения товаров и ст. 52 ДФЕС (бывшая ст. 46) в отношении свободы предоставления услуг и свободы учреждения. Это исключение выступает объектом строгого регулирования. Например, принимающее государство-член вправе отказать в доступе на рынок поставщику услуг из соображений защиты окружающей среды, прав потребителей, добросовестной торговли, многообразия средств массовой информации, общественной безопасности, общественного порядка и здравоохранения.

Таким образом, нормы государства происхождения товара или услуги превалируют над нормами государства назначения. Это позволяет избежать распространения двойного регулирования²² на товар или деятельность по предоставлению услуг (особенно поставщика услуг), излишней детализации правового регулирования на уровне ЕС, гарантирует уважение национальных традиций и поддержку разнообразия товаров и услуг. Следствием данного подхода является также то, что национальные правовые системы государств-членов находятся в состоянии конкуренции друг с другом. По идее, это должно быть выгодно как производителям и продавцам товаров и поставщикам услуг, так и потребителям. Несмотря на такие преимущества, в результате применения анализируемого принципа можно усмотреть и определенные недостатки. Например, в сфере торговли товарами будут применяться стандарты государства происхождения, даже если они представляют собой более низкие требования к качеству товара.

Будучи средством обеспечения как доступа на рынок, так и разнообразия национального правового регулирования, принцип взаимного признания является ограниченным посредством деятельности как государств-членов, так и институтов (органов) ЕС. Например, иногда эквивалентность товаров и услуг (как правило, требований к поставщику) из других государств-членов признается достаточно неохотно. Действие принципа взаимного признания ограничивается, в том числе, и Судом ЕС, во-первых, посредством введения императивных требований, которые могут исключить применение принципа взаимного признания. Во-вторых, согласно развивающейся идее функциональной эквивалентности процесс оценки эквивалентности должен учитывать не только иностранные стандарты, но и рассматривать более широкую сферу взаимоотношений, в рамках которой будут использоваться товары и услуги²³.

В качестве примера можно привести решение по делу C-188/84 *Woodworking machines*²⁴. Речь шла о столярном оборудовании, производимом в Германии в соответствии со стандартами, учитывающими, что люди, которые работают с этим оборудованием, должны иметь высокий уровень подготовки или квалификации. Однако во Франции стандарты предполагали низкий (или несущественный) уро-

²¹ В данной статье под бывшими статьями будут пониматься статьи Договора об учреждении Европейского сообщества.

²² На товар распространяет действие лишь законодательство государства его происхождения.

²³ *Barnard Catherine*. The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms. Oxford University Press, 2004. P. 508.

²⁴ Case C-188/84 *Commission of the European Communities v French Republic (Woodworking Machines)* [1986] ECR 00419.

вень подготовки. Рассмотрев данные различия между законодательствами двух государств, Суд позволил Франции применять свои собственные стандарты в отношении импортируемых из Германии товаров.

Важно обратить внимание на то, что в доктрине встречаются разные подходы к пониманию принципа взаимного признания в зависимости от его правовой основы. Так, одни авторы различают принцип взаимного признания как общий принцип права, с одной стороны, а с другой — как взаимное признание, реализованное посредством директив (технического характера), общих систем признания дипломов и нового подхода к гармонизации. Другие авторы проводят разграничение между судебным признанием и признанием посредством иных актов правового регулирования. Акцент делается именно на втором виде признания, особенно на предварительном признании, например, осуществляемом посредством механизма уведомления о принятии определенных технических правил (стандартов, требований).

Различие в рассмотренных подходах может объясняться тем, что первый расчитан в большей степени на применение принципа в сфере предоставления услуг, в то время как второй — торговли товарами. Применительно к услугам правовое регулирование является более ограниченным, как и система предварительного уведомления о принятии национальных мер.

В доктрине также выделяют активное признание и пассивное признание. В первом случае власти принимающего государства должны сами оценивать эквивалентность правовых актов других государств-членов. Во втором власти принимающего государства лишь применяют систему взаимного признания, принятую на уровне ЕС. Достаточно распространена точка зрения, что следует различать эквивалентность, которая может быть констатирована национальными властями государств-членов или Судом ЕС в отсутствие регулирования на уровне ЕС, и взаимное признание, требование и условия которого закреплены в секторальных актах права ЕС.

Представляется, что наиболее часто встречается подход, согласно которому разделяют признание в отсутствие какого-либо правового инструмента (признания или сближения законодательств) и признание на основании актов вторичного права²⁵.

Более понятной и закономерной представляется классификация в зависимости от инструмента, который предусматривает взаимное признание. Выделяют случаи, когда не действуют никакие правовые положения (признание в чистом виде); когда признание осуществляется при помощи систем обмена информацией или систем координации или же обусловлено обязанностью административного сотрудничества со стороны национальных властей; когда признание предусмотрено актами вторичного права ЕС, но не является автоматическим и полным (общие системы признания дипломов); когда признание является следствием предварительной гармонизации и имеет квази-автоматическое действие²⁶.

²⁵ *Nikolaidis K. & Schmidt S. Mutual Recognition 'on Trial': the Long Road to Services Liberalization // JEPP. 14:5 (2007). P. 717–734. См. также: EU Law. Text, Cases and Materials. Paul Craig and Gráinne de Búrca. 4th ed. Oxford University Press, 2008.*

²⁶ *Vassilis Hatzopoulos. Le principe de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services // College of Europe. Research Papers in Law. Cahiers Juridiques. 2/2009. P. 15 // URL: <http://www.coleurope.eu/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/Research%20Paper%20202009%20Hatzopoulos.pdf>*

Сфера применения принципа взаимного признания

Принцип взаимного признания применяется как минимум к четырем объектам или ситуациям. Во-первых, к документам (и национальным, и унифицированным на основании гармонизирующих актов ЕС и признанным всеми государствами-членами). Во-вторых, к определенным мерам (гарантийное или страховое покрытие в одном государстве-члене признается во всех других государствах-членах, в которых оно требуется). В-третьих, когда сложно определить соответствие между нужными нормами государства происхождения и государства назначения услуги. Например, с целью защиты прав потребителей в одном государстве-члене от поставщика требуется быть записанным в национальные реестры, а в другом государстве-члене действует система информирования потребителей, например, о рисках предоставляемых услуг, об ответственности поставщика. Если будет установлено, что в каждом из этих государств обеспечивается сравнимая защита интересов потребителей, то действие принципа взаимного признания должно распространиться на две первоначально разные системы²⁷. В-четвертых, речь идет о доминировании единой цели регулирования над различными путями ее достижения в разных государствах. В частности, во Франции при наборе государственных служащих должны учитываться квалификации и опыт работы, полученные в рамках других систем образования и государственной службы²⁸.

Итак, основными формами взаимного признания в ЕС наряду с признанием лицензий и стандартов является признание профессиональных квалификаций и документов, их подтверждающих²⁹.

Особенности применения принципа взаимного признания к предоставлению услуг

Принцип взаимного признания распространяется на различные элементы правового статуса субъектов и объектов трансграничных отношений. Прежде всего необходимо отметить, что особенности такого объекта экономических отношений, как услуги, а также, естественно, и их правового регулирования влияют на применение принципа взаимного признания в этой сфере.

С точки зрения механизма правового регулирования для услуг характерно большое разнообразие источников регулирования: кроме актов органов государственной власти ими являются и те, которые принимаются внутри синдикатов³⁰, профессиональных сообществ³¹, спортивных союзов³². Что касается правового регулирования на региональном или местном уровнях, сложно установить его влияние на транс-

²⁷ См.: *Vassilis Hatzopoulos*. Le principe de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services // College of Europe. Research Papers in Law. Cahiers Juridiques. 2/2009. P. 21 // URL: <http://www.coleurope.eu/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/Research%20Paper%20202009%20Hatzopoulos.pdf>

²⁸ Case C-285/01 *Isabel Burbaud v Ministère de l'Emploi et de la Solidarité* [2003] ECR I-08219.

²⁹ См.: *Кашкин С.Ю., Калинин П.А., Четвериков А.О.* Введение в право Европейского союза: учеб. / под ред. С.Ю. Кашкина. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Эксмо, 2010. С. 370.

³⁰ Case C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v Svenska* [2007] ECR I-11767.

³¹ *Joined Cases C-94/04 and C-202/04 Cipolla* [2006] ECR I-11421.

³² Case 36-74 *Walrave* [1974] ECR 01405; Case C-415/93 *Bosman* [1995] ECR I-04921.

граничную торговлю и обосновывать применение положений ДФЕС³³. При применении положений ДФЕС также возникает большое количество сложностей с взаимным признанием множества различных по своему характеру и содержанию норм.

Стоит отметить, что во многих случаях потребитель является объектом оказания услуги и (или) непосредственно участвует в процессе ее предоставления; как правило, услуга имеет индивидуальный характер. Это качество менее свойственно услугам, для предоставления которых не предъявляются высокие требования к образованию (услуги, предоставляемые уборщиками, садовниками, работниками гостиниц), в отличие от тех, для возможности предоставлять которые требуется высокий уровень квалификации (услуги врачей, юристов, архитекторов и т.д.). Кроме того, очень сложно определить длительность предоставления услуги.

Принципиальными различиями между такими экономическими объектами как услуга и товар является также то, что услугам чаще всего свойственны качества неосвязаемости и невидимости. Услуге приписываются также такие характеристики, как недвижимость, невозможность хранения, в противовес товару, который, наоборот, движим и может подлежать хранению³⁴. Качество услуги более изменчиво по сравнению с материально-вещественным товаром.

Сформулировать требования к содержанию услуги намного сложнее, чем к товару. Правовое регулирование услуг сводится, как правило, к регулированию условий, которые должны выполнять поставщики, чтобы получить разрешение на осуществление своей деятельности по предоставлению той или иной услуги (наличие определенной квалификации, запись в реестрах, ответственность), а также условий для осуществления этой деятельности (дни и часы предоставления услуг, установление цен). Следовательно, преобладает регулирование действий, которые ведут к возможности предоставления услуг, нежели регулирование содержания услуги³⁵. Различие в подобных видах регулирования имеет непосредственное влияние на применение принципа взаимного признания.

В силу того, что услуги разнообразны и многочисленны и большая часть регулирующих их норм касается не содержания, а в основном требований, предъявляемых к поставщику услуг, можно говорить еще об одной критерии, отличающей услуги от товаров. Так, производство товаров и требования, которым они должны соответствовать, зависят в большой степени от четких «технических» правил, которые к услугам, как правило, не применимы. Под техническими правилами (нормами) понимаются, в частности, технические стандарты. В сфере услуг правовое регулирование технического характера имеет узкую область применения, в то время как в основном применяется регулирование экономического и социального характера, касающееся трудовых отношений, а также защиты прав потребителей. Такое регулирование сложно поддается учету в силу разнообразия его источников и процесса гармонизации.

Практически невозможно применить к услугам³⁶ систему уведомления, закрепленную в отношении товаров в *Директиве 98/34 о процедуре предоставления ин-*

³³ См.: *Vassilis Hatzopoulos*. Op. cit.

³⁴ *Feketekuty G.* International Trade in Services: An Overview and Blueprint Fornegotiations. Cambridge: Trebilcock, Howse, 1988. P. 217.

³⁵ *Vassilis Hatzopoulos*. Op. cit.

³⁶ За исключением услуг информационного общества, технические аспекты которых преобладают.

формации в сфере технических стандартов и регулирования³⁷. Во исполнение этой директивы все технические спецификации, технические правила или иные требования к товарам, их продаже и даже использованию должны сообщаться Комиссии прежде, чем они будут введены в действие.

Директива 2006/123 по услугам на внутреннем рынке³⁸ вводит систему уведомления мер, принимаемых государствами-членами. В соответствии с п. 7 ст. 15 директивы государства-члены обязаны уведомлять Комиссию о всех новых принятых ими законодательных и административных актах, предусматривающих определенные требования для доступа к деятельности по предоставлению услуг и ее осуществлению. Причем требования касаются не самого предоставления услуг, а учреждения поставщика услуг. Например, это требование к юридической форме поставщика, к минимальному числу работников, запрет иметь больше одного места учреждения на территории одного государства; обязанность поставщика предоставлять совместно с его услугой другие услуги. Государства-члены должны следить за тем, чтобы эти требования соответствовали условиям недискриминации, необходимости и пропорциональности, а также привести в соответствие с ними свои законодательные и административные нормы. Под необходимостью понимается обоснование требований императивными требованиями общего интереса. Таким образом, речь идет об исключениях из применения принципа взаимного признания, а точнее — о правомерном основании его ограничения.

Либерализация предоставления услуг и повышение эффективности принципа взаимного признания в рамках внутреннего рынка ЕС

Процесс либерализация торговли услугами в рамках ЕС характеризуется неравномерностью и тормозился из-за неразвитости правового регулирования, разнообразия услуг, их особой природы, длительности предоставления, столкновения интересов государства-члена, на территории которого учрежден поставщик услуг, и государства-члена, на территории которого происходит их предоставление; столкновений интересов потенциальных поставщиков и получателей услуг³⁹. К тому же на национальном уровне существующие механизмы соблюдения норм права Сообщества долгое время были неэффективными или недостаточными.

В 1997 г. Комиссия приняла «План действий для единого рынка»⁴⁰, направленный на улучшение функционирования единого рынка к 1 января 1999 г. В плане применение принципа взаимного признания называлось среди приоритетных задач для достижения стратегических целей: сделать законодательство, касающееся

³⁷ Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 Laying down a Procedure for the Provision of Information in the Field of Technical Standards and Regulations // Official Journal L 204. 21.7.1998. P. 37–48.

³⁸ Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on Services in the Internal Market // Official Journal L 376. 27.12.2006. P. 36–68.

³⁹ См.: Постникова Е.В. Эволюция правового регулирования свободы предоставления услуг в Европейском союзе // Международное право и международные организации. 2012. № 4.

⁴⁰ Achèvement du Marché unique: le Plan d'action fixe l'agenda // Сайт Европейской Комиссии // URL: http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/action-plan_fr.htm

единого рынка, более эффективным; устранить принципиальные противоречия, влияющие на рынок; исключить секторальные барьеры на пути интеграции рынков и создать единый рынок для граждан ЕС.

Для достижения поставленных целей Комиссия проанализировала сложности применения принципа взаимного признания. Результаты были представлены в опубликованном в 1999 г. сообщении «Взаимное признание в рамках реализации плана действий по становлению внутреннего рынка»⁴¹. Комиссия пришла к выводу, что *принцип взаимного признания* не был в полной мере реализован по причине существования препятствий на уровне норм и технических правил. Среди обстоятельств, затрудняющих реализацию принципа взаимного признания, следует назвать контроль со стороны государства назначения услуги в целях защиты прав потребителей (который далеко не всегда необходим); административные сроки, стоимость административных процедур, неспособность решать сложные вопросы, например, в отношении инновационных услуг; недостаток взаимного доверия актам других государств-членов⁴². Это привело к тому, что многие поставщики услуг были вынуждены приводить свою деятельность в соответствие с требованиями принимающего государства и даже отказываться от осуществления деятельности по предоставлению услуг на территории другого государства-члена.

Следует отметить, что Комиссия столкнулась с недостаточностью информации, необходимой для того, чтобы объективно оценить эффективность принципа взаимного признания. Доступные сведения не позволили точно оценить его экономическое влияние. Однако, несмотря на это, было очевидно, что данный принцип является чрезвычайно важным для многих производственных сфер и секторов услуг. Комиссия располагала лишь информацией о количестве поданных ей жалоб. Число же дел, в которых производители товаров или поставщики услуг следовали законодательству принимающего государства и вынуждены были уйти с рынка этого государства, неизвестно. В сообщении приведены секторы услуг, применительно к которым Комиссия получила наибольшее число жалоб о несоблюдении принципа взаимного признания. Это услуги в области торговых коммуникаций, обеспечения безопасности, выдачи патентов, строительства. Было также подчеркнуто, что в сфере признания регламентируемых профессий⁴³ с трудностями применения данного принципа сталкиваются, в основном, физические лица. В сфере финансовых услуг Комиссия установила злоупотребление принимающими государствами-членами понятием общего интереса и защитой прав потребителей при запрете соответствующей деятельности на их территории. Был сделан вывод, что существующие правовые барьеры ограничивают возможности единого рынка электронной торговли, и что в сфере торговых коммуникаций (в частности, рекламы) существующие различия правового регулирования в государствах-членах препятствуют становлению внутреннего рынка⁴⁴.

⁴¹ Communication from the Commission «Mutual Recognition in the Context of the Follow-up of the Action Plan for the Single Market» [COM(1999) 299 final — Not Published in the Official Journal].

⁴² Le principe de la reconnaissance mutuelle dans le marché intérieur // Портал Европейского союза «Europa» // URL: <http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l21001b.htm>

⁴³ См. далее про признание профессиональных квалификаций.

⁴⁴ См.: **Premier rapport biennal sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle dans les marchés de produits et de services.** SEC(1999)1106 // Портал Европейского союза «Europa» // URL: http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/internal_market_general_framework/l21001b_fr.htm

Комиссия заявила, что каждые два года будет представлять отчет о реализации принципа взаимного признания. В частности, Комиссия предложила проводить экономический анализ применения этого признания в различных секторах для улучшения качества системы оценки экономических преимуществ, а также анализ национальных норм по защите прав потребителей в финансовом секторе, организовать круглые столы с участием представителей государств-членов и предприятий; развить систему обработки жалоб в сфере финансовых услуг, предпринять секторальные инициативы для содействия применению принципа взаимного признания в сфере услуг (в частности, в области воздушного транспорта и телекоммуникаций), сделать возможным для экономических операторов запрашивать обоснование отказа в применении принципа. На международном уровне Комиссия предложила заключить соглашения о взаимном признании в рамках ГАТС. Комиссия предложила государствам-членам давать в разумные сроки ответ на просьбы о применении принципа взаимного признания; усилить сотрудничество национальных властей; разрабатывать регулярные отчеты о сложностях применения принципа и путях их решения; следовать практике Суда ЕС и включать в национальное законодательство положения, касающиеся взаимного признания.

Требование соблюдения принципа взаимного признания содержится в директивах гармонизирующего характера, например, в сфере государственных закупок и признания профессиональных квалификаций. Что касается практики Суда ЕС, то в качестве примера можно назвать решение по делу *C-184/96 Foie Gras*⁴⁵, в котором было признано, что Франция нарушила свое обязательство, вытекающее из ст. 30 Договора об учреждении ЕЭС (ныне — ст. 36 ДФЕС). Франция приняла закон (Декрет), касающийся использования термина «foie gras»⁴⁶, в который не было включено положение о взаимном признании. С этого момента Комиссия требует, чтобы положение о взаимном признании включалось во все технические акты с целью информировать экономических субъектов о действии данного принципа⁴⁷.

Рассмотренное сообщение Комиссии легло в основу Резолюции Совета о взаимном признании 1999 г.⁴⁸, в котором подчеркивается важность данного принципа для надлежащего функционирования внутреннего рынка. Для достижения этой цели необходимо последовательно сочетать гармонизирующее законодательство, стандартизацию (нормообразование)⁴⁹, инструменты, позволяющие проверять соответствие (эквивалентность) и взаимное признание. Применительно к сфере предоставления услуг Совет посчитал необходимым предпринимать новые меры по надлежащему применению принципа взаимного признания. Особое внима-

Deuxième rapport biennal sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle au sein du marché intérieur [COM(2002) 419 final] // Документ опубликован не был. СПС Eur-Lex // URL: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=COMfinal&an_doc=2002&nu_doc=419

⁴⁵ Case C-184/96 Commission of the European Communities v French Republic (*Foie Gras*) [1998] ECR I-06197.

⁴⁶ Foie gras (фр.) — паштет из гусиной печени.

⁴⁷ *Barnard Catherine*. The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms. Oxford University Press, 2004. P. 507.

⁴⁸ Council Resolution of 28 October 1999 on Mutual Recognition // Official Journal C 141 of 19.5.2000.

⁴⁹ Normalisation (фр.), standardization (англ.).

ние следовало уделить финансовым услугам, а также признанию профессиональных квалификаций и документов, их подтверждающих. В итоге Совет призывал государства-члены изучить и упростить национальное законодательство и процедуры применения принципа взаимного признания, повысив их эффективность и скорость; усилить административное сотрудничество, оказывать поддержку Комиссии по сбору информации о проблемах применения принципа взаимного признания. В свою очередь Комиссии рекомендовалось, в частности, собирать информацию об успешном и неудачном применении принципа, а также об экономических последствиях. Поддержку Комиссии и государствам в сборе сведений, связанных с проблемами применения данного принципа предлагалось оказывать как предпринимателям, так и просто гражданам.

Рассмотрим роль принципа взаимного признания в правовом регулировании заключения государственных контрактов на предоставление услуг. Открытие рынка государственных закупок, особенно услуг для трансграничной конкуренции, было достаточно сложным и длительным процессом⁵⁰. Принятие в 2004 г. двух директив явилось его важным этапом (*Директива 2004/18 относительно координации процедур заключения государственных контрактов на выполнение работ, поставку товаров и предоставление услуг*⁵¹ и *Директива 2004/17 относительно координации процедур заключения государственных контрактов в сфере водоснабжения, энергетики, транспорта и почтовых услуг*)⁵². Они представляют собой консолидацию имеющегося законодательства. Следует подчеркнуть, что текст директив был разработан на основе практики Суда ЕС. В директивах указано, что заключение государственных контрактов должно соответствовать принципам ДФЕС, особенно свободе движения товаров, учреждения и предоставления услуг, а также принципам, которые из них вытекают: равенства, недискриминации, *взаимного признания*, пропорциональности и прозрачности⁵³. Аналогичное положение содержится в сообщении Комиссии, касающемся права Сообщества, применимого к заключению контрактов, на которые не распространяется или распространяется частично действие директив о государственных контрактах⁵⁴.

⁵⁰ Ввиду большого значения государственных закупок для развития европейской интеграции открытие рынка государственных закупок было включено в качестве одного из ключевых элементов Программы внутреннего рынка. Предполагалось, что преимуществами от ликвидации дискриминации в сфере государственных закупок будут выражаться в снижении закупочных цен, в повышении качества товаров, работ, услуг. Программа предусматривала принятие ряда директив, направленных на открытие рынка государственных закупок в целях обеспечения подлинной трансграничной конкуренции. Программа Комиссии по завершению становления внутреннего рынка была изложена в Белой книге 1985 г. и начала реализовываться посредством Единого Европейского Акта.

⁵¹ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the Coordination of Procedures for the Award of Public Works Contracts, Public Supply Contracts and Public Service Contracts // Journal Officiel № L 134 du 30/04/2004. P. 0114—0240.

⁵² Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Journal officiel № L 134 du 30/04/2004. P. 0001—0113.

⁵³ Принцип взаимного признания как общий принцип права был подтвержден в таком качестве Судом ЕС наравне с принципами недискриминации, прозрачности, пропорциональности и равенства регулирования в решениях, касающихся применения данного принципа к заключению государственных контрактов. См.: Case C-225/98 Commission of the European Communities v French Republic (Nord-Pas-de-Calais) [2000] ECR I-07445).

⁵⁴ La communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics // JO C 179 du 1.8.2006. P. 2—7.

В преамбулах директив в отношении государственных контрактов, стоимость которых превышает определенный уровень, рекомендовано разрабатывать положения по координации на уровне ЕС национальных процедур заключения контрактов, которые должны основываться на перечисленных принципах (в том числе и на принципе взаимного признания) как для обеспечения их реализации, так и в целях открытия рынка государственных закупок для конкуренции. Специально оговаривается, что нормы ЕС, касающиеся взаимного признания дипломов, сертификатов и иных документов, подтверждающих квалификацию, применяются, если необходимо представить доказательства полученной квалификации для участия в процедурах заключения контракта или в конкурсе.

Принцип взаимного признания непосредственно закреплен и в ст. 52 «Взаимное признание в отношении административных, технических или финансовых условий, а также сертификатов, опыта и иных подтверждений квалификации» Директивы 2004/17. Согласно данной статье, государственный заказчик обязан признавать эквивалентные сертификаты, выданные органами (учреждениями), находящимися на территории других государств-членов. Речь идет о выборе тех экономических субъектов, которые могут представить предложения в рамках процедуры с ограниченным числом участников⁵⁵ или переговорной процедуры⁵⁶, когда решение государственного заказчика зависит, например, от квалификации. Надлежащее применение принципа взаимного признания способствует, в том числе, развитию конкуренции между потенциальными поставщиками услуг посредством упрощения порядка участия поставщиков из других государств-членов ЕС.

Таким образом, принцип взаимного признания служит одним из средств создания единого рынка государственных закупок услуг, в рамках которого гарантируется доступ как частных, так и государственных поставщиков услуг на равных условиях к рынку государственных закупок услуг любого государства-члена ЕС и обеспечивается прозрачность процедур размещения государственного заказа. Право ЕС предусматривает возможность обжалования действий субъекта, обладающего государственно-властными полномочиями, и выступающего в роли заказчика, который нарушает свои обязанности. Регулирование государственных закупок и, в частности, государственных закупок услуг в ЕС, рассматривалось как инструмент, способствующий развитию европейской интеграции.

Большой вклад в реализацию свободы предоставления услуг внесла *Стратегия для внутреннего рынка на 2003–2006 гг.*⁵⁷ Одним из ее приоритетных направлений выступало объединение рынков услуг, так как по-прежнему существовали важные различия в правовом регулировании рынка услуг в государствах-членах. Были, в частности, предусмотрены подготовка Советом и Парламентом проекта *Директивы о признании профессиональных квалификаций*, а также представление Комиссией проекта директивы по услугам на внутреннем рынке. Принятие этих директив стало важным этапом в развитии правового регулирования свободы предоставления услуг.

Первоначально в целях координации и гармонизации законодательств государств-членов относительно признания квалификаций и соответствующих доку-

⁵⁵ Restricted procedure (англ.).

⁵⁶ Negotiated procedure (англ.).

⁵⁷ Stratégie pour le marché intérieur — Priorités 2003–2006. COM(2003) 238 final.

ментов принимались секторальные директивы, в основном, применительно к медицинским профессиям⁵⁸, архитекторам и юристам (адвокатам)⁵⁹. С конца 1980-х годов был изменен подход к гармонизации национальных требований, касающихся признания профессиональных квалификаций и подтверждающих их документов. Новый подход заключался в создании общей системы признания дипломов и квалификаций. Было принято три директивы: *Директива 89/48 об общей системе признания дипломов высшего образования, которые подтверждают профессиональное обучение, длящееся не менее трех лет*⁶⁰, *Директива 92/51 о второй общей системе признания профессионального образования*⁶¹ и *Директива 1999/42, учреждающая механизм признания квалификаций лиц, осуществляющих профессиональную деятельность, на которую распространяется действие Директив о либерализации и переходных мерах, дополняя общие системы признания квалификаций*⁶². Новый подход был не лишен определенных недостатков. Например, его основной принцип — взаимное доверие — на практике сталкивался с большими трудностями, так как государства-члены не следовали ему в должной мере. Это выражалось, в частности, в том, что в большинстве случаев меры по контролю признавались обоснованными⁶³. Также государства-члены отдавали предпочтение экзамену на соответствие определенной квалификации⁶⁴, сдать который было совсем не просто. Это являлось расширительным толкованием исключения из положения директив, предоставляющих лицу право выбора между экзаменом и периодом адаптации⁶⁵. Таким образом, принцип взаимного признания дипломов существенно ограничивался и терял свой первоначальный смысл.

В 2005 году Европейским Парламентом и Советом была принята *Директива 2005/36 о признании профессиональных квалификаций*⁶⁶, которая представляет собой консолидацию законодательства и сохраняет основные элементы ранее дей-

⁵⁸ См., напр.: Council Directive 93/16/EEC of 5 April 1993 to Facilitate the Free Movement of Doctors and the Mutual Recognition of their Diplomas, Certificates and other Evidence of Formal Qualifications // Official Journal L 165. 7.7.1993. P. 1–24 (утратила силу 19 октября 2007 г.).

⁵⁹ Council Directive 77/249/EEC of 22 March 1977 to Facilitate the Effective Exercise by Lawyers of Freedom to Provide Services // Official Journal L 78, 26.3.1977. P. 17–18.

⁶⁰ Council Directive 89/48/EEC of 21 December 1988 on a General System for the Recognition of Higher-Education Diplomas Awarded on Completion of Professional Education and Training of at Least Three Years' Duration // Official Journal L 19, 24.1.1989. P. 16–23 (утратила силу 19 октября 2007 г.).

⁶¹ Council Directive 92/51/EEC of 18 June 1992 on a Second General System for the Recognition of Professional Education and Training to Supplement Directive 89/48/EEC // Official Journal L 209, 24.7.1992. P. 25–45 (утратила силу 19 октября 2007 г.).

⁶² Directive 1999/42/EC of the European Parliament and of the Council of 7 June 1999 Establishing a Mechanism for the Recognition of Qualifications in Respect of the Professional Activities Covered by the Directives on Liberalisation and Transitional Measures and Supplementing the General Systems for the Recognition of Qualifications // Official Journal L 201, 31.7.1999. P. 77–93 (утратила силу 19 октября 2007 г.).

⁶³ EU Law. Text, Cases and Materials. Paul Craig and Gráinne de Búrca. 2nd ed. Oxford University Press, 1998. P. 742.

⁶⁴ An aptitude test (англ.), une épreuve d'aptitude (фр.).

⁶⁵ Под адаптационным периодом (an adaptation period — англ.; un stage d'adaptation — фр.) понимают осуществление заинтересованным лицом регламентируемой профессии в принимающем государстве под ответственностью квалифицированного работника и, как правило, сопровождающееся дополнительным обучением.

⁶⁶ Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the Recognition of Professional Qualifications // Official Journal L 255, 30.9.2005. P. 22–142.

ствующих систем признания⁶⁷. Она направлена на либерализацию предоставления услуг, повышение автоматизма признания квалификаций, упрощение административных процедур. Сфера действия директивы распространяется на всех граждан какого-либо государства-члена ЕС, которые хотят работать по регламентируемой профессии как в качестве наемных, так и самозанятых работников (индивидуальных предпринимателей) в другом государстве-члене, нежели в котором они получили соответствующую профессиональную квалификацию.

Директива устанавливает правила, согласно которым государство-член, которое требует для доступа к регламентируемой профессии⁶⁸ на его территории наличие определенных профессиональных квалификаций⁶⁹ (принимающее государство), признает для доступа к этой профессии наличие профессиональных квалификаций, полученных в другом или нескольких других государствах-членах (государство происхождения) и позволяющих их обладателю заниматься этой профессией. То есть возникает вопрос об эквивалентности профессиональной деятельности, по которой получена соответствующая квалификация в государстве происхождения, и к осуществлению которой обладатель последней хочет быть допущен в принимающем государстве. Таким образом, речь идет об усмотрении государства и о возможном препятствии реализации принципа взаимного признания, а, следовательно, и свободы предоставления услуг.

Признание профессиональных квалификаций принимающим государством позволяет поставщику услуг в этом государстве осуществлять деятельность в рамках той же профессии, по которой он получил квалификацию в государстве происхождения, и осуществлять свою деятельность на тех же условиях, что национальные поставщики услуг.

⁶⁷ В ее тексте нашли отражение положения 15 директив, среди которых 12 секторальных директив и 3 директивы, которые учреждали общую систему признания профессиональных квалификаций (в том числе, упомянутые выше Директива 93/16 о свободе передвижения и признания дипломов врачей, а также директивы № 89/48, 92/51/и 1999/42).

Сфера действия директивы не распространяется на регламентируемую профессию в той части, на которую распространяется действие другого акта ЕС специального характера, касающиеся признания профессиональных квалификаций.

⁶⁸ Согласно п. 1 (а) ст. 3 директивы регламентируемая профессия (*regulated profession* (англ.), *profession réglementée* (фр.)) — это профессиональная деятельность или совокупность видов профессиональной деятельности, доступ к которым, осуществление или один из способов осуществления которых является прямо или косвенно предметом регулирования законодательных или административных положений относительно обладания определенными профессиональными квалификациями. Кроме этого, регламентируемыми профессиями считаются профессии членов ассоциаций и организаций, перечисленных в Приложении 1. В их число входят, например в Ирландии, Ассоциация сертифицированных бухгалтеров.

⁶⁹ Согласно п. 1 (b) ст. 3 директивы под профессиональными квалификациями (*professional qualifications* (англ.), *qualifications professionnelles* (фр.)) понимаются квалификации, подтверждаемые документом об образовании, свидетельством о наличии определенной компетенции в соответствии с п. (а) (i) ст. 11 и/или профессиональным опытом. В ст. 3 директивы также раскрывается, что понимается под документом об образовании (*evidence of formal qualifications* (англ.яз.), *titre de formation* (фр.яз.)). В соответствии с п. 1 (с), это дипломы, сертификаты и иные документы, выданные органом государства-члена, наделенным таким полномочием законодательными или административными положениями этого государства. К документу об образовании приравнивается любой документ об образовании, выданный в третьей стране, если его обладатель имеет профессиональный опыт сроком три года на территории государства-члена, которое признало этот документ в соответствии с п. 2 ст. 2 Директивы и заверило его.

В директиве проводится разграничение между сферой действия свободы предоставления услуг и свободы учреждения на основании критериев, разработанных Судом ЕС⁷⁰: продолжительность, периодичность, частота (регулярность) и непрерывность⁷¹. Это является существенным, поскольку установлены различные правовые режимы в отношении временного и нерегулярного трансграничного предоставления услуг и предоставления услуг при осуществлении постоянной деятельности на территории другого государства. Вопрос о разграничении встает особо остро, когда поставщик услуг направляется в другое государство-член ЕС по месту нахождения получателя услуг. Положения директивы (ст. 5), направленные на реализацию принципа свободного предоставления услуг, должны применяться лишь когда поставщик услуг направляется на территории другого государства-члена для осуществления профессиональной деятельности на временной и нерегулярной основе.

Любой гражданин ЕС, правомерно учрежденный на территории государства-члена, вправе предоставлять услуги на временной и нерегулярной основе в другом государстве-члене на основании своего первоначального профессионального звания (название профессии)⁷², без обязанности просить о признании квалификации⁷³. Имеется в виду, что поставщик вправе осуществлять ту же деятельность (по той же профессии) в принимающем государстве (государстве назначения услуги), которую он правомерно осуществлял в государстве происхождения. Если профессия не регламентируется в государстве происхождения, то для допуска к осуществлению деятельности на территории другого государства поставщик должен подтвердить наличие двухлетнего профессионального опыта. При этих условиях государства-члены не могут ограничивать свободу предоставления услуг по причинам, связанным с профессиональными квалификациями.

В целях обеспечения свободного предоставления услуг государства-члены не вправе распространять на поставщиков услуг, учрежденных на территории другого государства-члена, требования, перечисленные в ст. 6 директивы. Эти требования действуют в отношении поставщиков услуг, учрежденных на территории данного государства-члена, и касаются получения разрешения на деятельность, регистрации или членство в профессиональной организации или органе⁷⁴; регистрации в государственном органе страхового обеспечения⁷⁵.

⁷⁰ См.: Case C-55/94 Gebhard [1995] ECR I-4165.

⁷¹ Duration, frequency, regularity and continuity (англ.)

⁷² Professional title (англ.).

⁷³ В качестве исключения предоставление услуг осуществляется на основании профессионального звания (с использованием названия профессии) принимающего государства в случаях, предусмотренных в гл. 3 «Признание на основе координации минимальных требований к образованию» разд. 3 «Свобода учреждения» директивы. Это в основном медицинские профессии, а также архитекторы. В отношении этих профессиональных квалификаций действует режим автоматического признания.

⁷⁴ В целях упрощения применения дисциплинарных положений в соответствие с п. 3 ст. 5 директивы государства-члена могут предусмотреть или временную автоматическую регистрацию или включение *pro forma* в подобную профессиональную организацию при условии, что это никаким образом не усложнит и не отложит предоставление услуг.

⁷⁵ В любом случае поставщик услуг заблаговременно или (в срочных случаях) по факту должен информировать орган страхового обеспечения о предоставлении услуг.

Следует отметить, что в то время как принцип взаимного признания реализуется в отношении доступа к деятельности на территории принимающего государства и применяется право государства учреждения поставщика, в отношении самой деятельности действует правовое регулирование принимающего государства, как и в отношении деятельности лиц, работающих по той же профессии (например, дисциплинарные нормы).

Принимающее государство вправе потребовать от иностранного поставщика заблаговременного уведомления о первом предоставлении услуг на его территории (его ежегодного обновления). Уведомление происходит посредством подачи письменного заявления, содержащего информацию о страховом возмещении и профессиональной ответственности. Кроме того, может быть предъявлено требование предоставить ряд документов. Таковыми могут быть документы, подтверждающие национальность поставщика услуг, его профессиональную квалификацию; правомерность создания первичных структур предпринимательской деятельности с целью предоставления услуг на территории государства-члена; отсутствие судимости, если речь идет о профессиях в сфере обеспечения безопасности, при условии, что данное требование предъявляется к гражданам принимающего государства.

Директива предоставляет государствам-членам право проводить проверку профессиональной квалификации поставщика услуг, если его профессиональная деятельность имеет отношение к здравоохранению и общественной безопасности. Это право не распространяется на профессиональные квалификации, которые в соответствии с положениями директивы являются объектом автоматического признания.

В отношении лиц, на которые распространяется свобода учреждения, в Директиве можно выделить несколько режимов признания профессиональных квалификаций и соответствующих документов. Это автоматическое признание подтвержденных профессиональным опытом квалификаций, касающихся некоторых видов промышленной и торговой деятельности, деятельности ремесленников⁷⁶; автоматическое признание квалификаций (документов об образовании) медицинских профессий и архитекторов на основе координации минимальных требований к образованию. Общий режим признания квалификаций, основанный на принципе взаимного признания, применяется к профессиям, которые не являются объектом действия специальных режимов, или если лицо, занимающееся профессиональной деятельностью, не выполнило требования, предусмотренные иными режимами признания. В директиве закреплена также процедура признания профессиональных квалификаций.

Таким образом, директива в большей степени обеспечивает реализацию принципа взаимного признания и в меньшей степени его ограничивает в случае предоставления услуг на временной и нерегулярной основе в другом государстве-члене, чем при осуществлении профессиональной деятельности на постоянной основе.

В директиве закреплён механизм, который в целях реализации свободы предоставления услуг направлен на обеспечение применения принципа взаимного признания в сфере профессиональных квалификаций. Однако он имеет ряд недостатков. Во-первых, некоторые положения директивы предусматривают действие

⁷⁶ Эти виды деятельности перечислены в гл. 2 «Признания профессионального опыта» разд. 3 «Свобода учреждения» директивы.

права принимающего государства и в этих случаях применение принципа взаимного признания может быть ограничено из-за отсутствия доверия между государствами, а также из-за протекционистской политики. Следует в то же время подчеркнуть, что Директива 2005/36, именно как гармонизирующий акт, практически не ограничивает рассматриваемый принцип в качестве средства обеспечения свободы предоставления услуг. Во-вторых, сфера действия директивы распространяется лишь на лиц, имеющих квалификацию по профессии, регламентируемой в принимающем государстве-члене. В-третьих, особые сложности с применением принципа возникают, когда гражданин ЕС получил профессиональную квалификацию за пределами ЕС⁷⁷.

Итак, несмотря на предпринятые на уровне ЕС меры, применение принципа взаимного признания в сфере признания профессиональных квалификаций продолжает сталкиваться с определенными трудностями. Лицам, обладающим профессиональными квалификациями, не предоставляется абсолютных гарантий, что они будут допущены к осуществлению деятельности в любом государстве-члене. Кроме вышеперечисленных случаев сложности с признанием возникают также в отсутствии соответствующего акта гармонизирующего характера⁷⁸.

С точки зрения принципа взаимного признания (в формулировке принципа страны происхождения) особый интерес представляет *Директива 2006/123 по услугам на внутреннем рынке*, точнее, ее проект, разработанный Комиссией, который сопровождался многочисленными дискуссиями⁷⁹. Наибольшие противоречия вызвал ключевой принцип директивы — принцип страны происхождения и сфера его применения. В качестве ключевых принципов Директивы рассматривались также принцип взаимного признания, положение о внутреннем рынке и принцип применения законодательства страны, где находятся получатели услуги. Принцип страны происхождения заключался в том, что правовое регулирование страны происхождения должно применяться в отношении доступа к деятельности по предоставлению услуги и ее осуществлению (требования, в частности, к поведению поставщика, качеству и содержанию услуг, договоров в сфере рекламы и ответственности поставщика). Радикальность данного принципа проявлялась и в том, что государство происхождения услуг определяло правовой акт, применимый в случае недобросовестного предоставления услуг (в том числе если услуга предоставлялась в другом государстве-члене).

Принцип страны происхождения должен был применяться как к доступу к деятельности по предоставлению услуги, ее осуществлению, а также разрешению возникших споров, затрагивая, таким образом, частноправовую сферу. Проект директивы предусматривал широкую сферу ее действия, не ограничиваясь предоставлением услуг с территории государства происхождения. Одни противники принятия директивы были обеспокоены тем, будут ли власти страны происхождения иметь веские причины проверять деятельность поставщика услуг в другом

⁷⁷ См.: п. 2 ст. 2 директивы о взаимном признании профессиональных квалификаций.

⁷⁸ Здесь пробел в правом регулировании заполняется благодаря практике Суда ЕС. См.: Case C-340/89 Vlassopoulou [1991] ECR 2357.

⁷⁹ Директива должна была позволить ликвидировать дискриминационные препятствия, ослабить бюрократизм, модернизировать и упростить правовое и административное регулирование, систематизировать административное сотрудничество государств-членов, а также расширить права потребителей услуг.

государстве-члене⁸⁰. Другие — тем, что принцип страны происхождения приведет к социальному демпингу, подрывая тем самым европейскую социальную модель. В связи с этим следует упомянуть нашумевшее во Франции дело, связанное с директивой, в котором польский сантехник для многих французских граждан воспринимался как низкооплачиваемый, соответствующий низким стандартам рабочих из Восточной Европы⁸¹.

Проект директивы по услугам на внутреннем рынке был полностью переписан депутатами Парламента. В результате принцип «страны происхождения» был исключен и заменен на свободу предоставления услуг (ныне ст. 16 директивы). Была также сокращена сфера применения директивы; расширен перечень оснований, позволяющих государствам-членам ограничивать свободу предоставления услуг, поставляемых поставщиком, учрежденным в другом государстве-члене. Итоговый текст директивы существенно отличается от его первоначального проекта, но цели изменению не подверглись. директива по услугам на внутреннем рынке 2006/123 была принята Советом 12 декабря 2006 г.⁸² В соответствии с ее положениями для завершения создания внутреннего рынка услуг необходимо достижения четырех целей: упростить реализацию свободы учреждения и свободы предоставления услуг в рамках ЕС; усилить права получателей услуг; способствовать повышению качества услуг; организовать эффективное административное сотрудничество между государствами-членами.

В доктрине выделяют этапы реализации принципа взаимного признания применительно к предоставлению услуг. Профессор Колледжа Европы (Брюгге, Бельгия) В. Хатсопулос в качестве первого этапа рассматривает включение принципа взаимного признания в правовой порядок Сообщества посредством практики Суда ЕС (здесь называется решения по делам *Van Binsbergen*⁸³ и *Cassis de Dijon*⁸⁴). Характерными примерами второго этапа, по мнению В. Хатсопулоса, являются директивы, касающиеся предоставления финансовых услуг. Эти директивы основываются на четком различии между условиями доступа к рынку (авторизацией) и условиями осуществления деятельности (контролем за ней). Различие заключается в применении принципа взаимного признания лишь к условиям доступа, т.е. на осуществление деятельности по предоставлению услуг распространялось правовое регулирование государства назначения услуги (принимающего государства).

⁸⁰ *Barnard Catherine*. The substantive law of the EU. The four freedoms. 2nd ed. Oxford University Press, 2007. P. 401.

⁸¹ *Waterfield*. Polish workers protest against French bosses // EUPolitix.com. 4 Oct. 2005. № 1.

⁸² См.: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Implementation of the Services Directive «A Partnership for New Growth in Services 2012–2015». COM(2012) 261 final, Brussels, 8.6.2012; Commission Staff Working Document: Detailed Information on the Implementation of Directive 2006/123/EC on services in the Internal Market, Brussels, 8.6.2012, SWD(2012) 148 final; Commission Staff Working Document with a View to Establishing Guidance on the Application of Article 20(2) of Directive 2006/123/EC on Services in the Internal Market («the Services Directive»), Brussels, 8.6.2012, SWD(2012) 146 final; Commission Staff Working Document on the Result of the Performance Checks of the Internal Market for Services (Construction, Business Services and Tourism), Brussels, 8.6.2012, SWD(2012) 147 final.

⁸³ Case C-33/74 *Van Binsbergen* [1974] ECR 1299.

⁸⁴ *Vassilis Hatzopoulos*. Le principe de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services // College of Europe. Research papers in law. Cahiers juridiques. 2/2009. P. 16 // URL: <http://www.coleurope.eu/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/Research%20Paper%20202009%20Hatzopoulos.pdf>

Второй этап характеризуется ограничением реализации принципа взаимного признания. Для укрепления взаимного доверия государств и обеспечения признания авторизации, выданной государством происхождения, был принят еще ряд директив. Они закрепляли требование минимальных гарантий ликвидности предприятий, технические правила подсчета активов. Ограничение заключалось, во-первых, в том, что принцип взаимного признания применялся только в отношении условий доступа к рынку; во-вторых, имела место значительная гармонизация.

Третьему этапу свойственно распространение действия принципа на само осуществление деятельности по предоставлению услуг (помимо условий доступа к рынку). Реализация принципа основана на более ограниченной гармонизации. В качестве примера приводятся Директива 89/552 о координации некоторых правовых и административных норм государств-членов, регулирующих сферу телевидения (так называемая Директива «Телевидение без границ»)⁸⁵ и Директива 2000/31 о некоторых правовых аспектах предоставления услуг информационного общества, в частности в сфере электронной торговли, на внутреннем рынке (Директива об электронной торговле)⁸⁶. Они содержат положения о внутреннем рынке, согласно которым государства-члены обеспечивают свободу получения услуг и не препятствуют предоставлению услуг на их территории.

Помимо этого данные директивы имеют следующие общие черты: их применение приводит лишь к минимальной гармонизации; они содержат исключения, допускающие действие права принимающего государства, и предусматривают виды деятельности, которые полностью исключаются из сферы их действия. Директивы содержат достаточно подробные правила, позволяющие определить государство, в котором учрежден поставщик услуг (чтобы избежать злоупотребления правом). Каждая директива имеет ограниченную сферу действия и распространяется на предоставление услуг, которое осуществляется без перемещения поставщика. Отсюда логически следует право государства происхождения предоставлять доступ к деятельности и в то же время контролировать условия ее осуществления. В. Хатсупулос также подчеркивает, что принцип страны происхождения, предлагавшийся в проекте директивы по услугам на внутреннем рынке, был гораздо радикальней.

Заключение

Принцип взаимного признания играет немаловажную роль в реализации принципа свободного предоставления услуг, который, как и другие свободы внутреннего рынка, имеет прямое действие на всей территории ЕС. Содержание принципа взаимного признания заключается в том, что государства-члены обязаны обеспечивать доступ к рынку и осуществление деятельности по предоставлению услуг,

⁸⁵ Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the Coordination of Certain Provisions Laid down by Law, Regulation or Administrative Action in Member States Concerning the Pursuit of Television Broadcasting Activities // Official Journal L 298. 17.10.1989. P. 23–30. Она была впоследствии отменена, точнее заменена Директивой 2010/13 о координации некоторых положений правовых и административных норм государств-членов, регулирующих предоставление аудиовизуальных медиа-услуг.

⁸⁶ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market («Directive on Electronic Commerce») // Official Journal L 178. 17.7.2000. P. 1–16.

если такая деятельность велась правомерно в другом государстве-члене. Иными словами, услуга, законно предоставляемая в одном государстве-члене, не может быть запрещена в другом государстве-члене. Следовательно, принцип взаимного признания играет значительную роль в экономической интеграции вместе с соблюдением принципа субсидиарности. Исключения из принципа взаимного признания допускаются лишь при соблюдении принципа пропорциональности на основании императивных требований общего интереса, а также в целях обеспечения общественной безопасности, общественного порядка и здравоохранения. Преимуществом применения принципа взаимного признания является то, что он позволяет избежать двойного регулирования поставщика услуг и осуществляемой им деятельности, излишней детализации правового регулирования на уровне Союза, гарантирует уважение национальных традиций.

Однако применение принципа взаимного признания часто сопровождается определенными сложностями. Этот принцип в полной мере не реализуется, в частности, поскольку зависит от доверия и антипротекционистской политики национальных властей. Если принцип взаимного признания рассматривать в классическом понимании (не основанном на акте вторичного права ЕС), то лишь его применения недостаточно для обеспечения свободы предоставления услуг. Становится очевидной необходимость в гармонизирующем законодательстве, направленном на реализацию принципа взаимного признания.

Таким образом, в то время как принцип взаимного признания продолжает быть ключевым для функционирования внутреннего рынка, существуют ограничения его применения. Однако можно сделать вывод, что, несмотря на неполную реализацию принципа взаимного признания, наблюдается тенденция к повышению его эффективности в сфере предоставления услуг.

П.Н. Дудин

старший преподаватель кафедры
теории и истории права и
государства юридического
факультета Бурятского
государственного университета
(г. Улан-Удэ, Республика Бурятия),
кандидат политических наук

Становление и нормативное закрепление теократической монархии в Монголии в 1911– 1924 годах

С распадом государства Цин в октябре 1911 г. усилилась национально-освободительная борьба в Монголии и активизировались центробежные силы, которые в декабре 1911 г. провозгласили независимость страны. В Монголии, где религиозные институты традиционно играли важную роль в жизни общества, волна религиозного возрождения вызвала теократизацию государственно-властных отношений. Фигурой, представляющей божественное провидение, традиционно выступал Богдо-гэгэн, также являющийся Халха-Джебдзун-Дамба-хутухтой. Однако после изгнания китайских оккупантов в 1921 г. идея объединения всех монгольских народностей под знаменем суверенного теократического образования под эгидой такого же монарха-суверена утратила актуальность из-за отсутствия национального единства. В 1924 г., после смерти Богдо-хана, форма правления была изменена с провозглашением Внешней Монголии в качестве республики.

Ключевые слова: монархия, религия, власть, государственность, независимость, договор.

Монгольская теократическая монархия, существовавшая в условиях становления монгольской государственности в начале XX в., имела ряд особенностей, исследование которых представляет значительный научный интерес. Опираясь на духовенство как наиболее сплоченный слой общества, она была и консолидирующей силой, которой удалось сплотить монгольское общество в период провозглашения политики отделения от Китая, и выступала своего рода компромиссом после событий, получивших название «народная революция».

Особенность теократического характера власти Богдо-гэгэна заключалась в следующем. Во-первых, теократия как власть от Бога не предполагает ограниченный, поскольку суверенитет в данном случае принадлежит не только и не столько монарху, сколько собственно Богу, наместником которого монарх выступает. Во-вторых, на данном этапе в Монголии не было писаной конституции или иного

основного закона (законов), который определял хотя бы условно круг полномочий хана. В-третьих, сами полномочия были весьма широки и касались практически всех сфер общественной, экономической и политической жизни. В-четвертых, Монголия входила в состав республиканского Китая, и это, безусловно, накладывало свой отпечаток на характер взаимоотношений высших органов управления Монголии с другими субъектами общественных отношений. Наконец, в-пятых, на завершающем этапе — в 1921–1924 гг. — была выстроена классическая модель монархического европейского конституционализма с большинством его обязательных элементов: договорный характер отношений хана с правительством, четкий круг полномочий, механизм контрасигнатуры и др.

Относительно ограниченной конституционной монархии мнения и политологов, и юристов не имеют принципиальных расхождений. Б.Н. Чичерин писал, что ограниченная монархия, свойственная новому времени, есть так называемая конституционная монархия, в которой монархическая власть ограничивается не привилегиями сословий, а представительством народа как целого. При этом аристократии и демократии уделяется та степень влияния, которая принадлежит им фактически, по их общественному положению¹.

Советская политико-правовая мысль сводилась, как правило, к тому, что ограниченная (конституционная) монархия как форма правления есть результат компромисса буржуазии с дворянством, ограниченная на основании конституции и в результате распределения полномочий между другими органами власти: «В конституционной монархии монарх юридически считается верховным носителем исполнительной власти, главой судебной системы, формально он назначает правительство, смещает министров, имеет право распоряжения военными и полицейскими силами, издания указов, запрещения принятых парламентом законов или отсрочки вступления их в силу, право законодательной инициативы, роспуска парламента и т.п. Однако фактически эти полномочия обычно полностью находятся в руках правительства, а монарх «царствует, но не управляет»².

Современная научная мысль сводится к тому, что при конституционной монархии реальная законодательная власть принадлежит парламенту, исполнительная — правительству. Обычным юридическим способом ограничения власти монарха является постановление, что никакое его повеление не имеет силы, пока оно не контрасигновано соответствующим министром³. Эта позиция совпадает с представлениями о народном суверенитете, когда народ, обладающий суверенной властью, вручает монарху осуществление этой власти на основе договора подчинения. Суверенитет принадлежит народу, но осуществляется — на тех или иных условиях — контрагентом народа, монархом⁴.

В 1911 г. Внешняя Монголия (Халха), изгнав маньчжурских наместников, провозгласила свою независимость. Созданная 30 ноября 1911 г. Временная полно-

¹ См.: Чичерин Б.Н. Курс государственной науки. Т. I—III. М.: Типография товарищества И.Н. Кушнерев и К^о, 1894. С. 215.

² См.: Большая советская энциклопедия. М.: Сов. энциклопедия, 1969—1978.

³ См.: Медушевский А.Н. Конституционная монархия в России // Вопросы истории. 1994. № 8. С. 36.

⁴ См.: Гессен В.М. Основы конституционного права. 2-е изд. Пг.: Издание юридического книжного склада «Право», типо-литография товарищества А.Ф. Маркс, 1918.

мочная администрация (правительство) Халхасского Хурээ (Халхын Хүрээний бvх хэргийг түр ерөнхийлэн шийтгэх газар) выпустила всеобщее обращение о независимости всех монголов⁵. 1 декабря 1911 г. четыре аймака Внешней Монголии распространили воззвание, в котором объявлялось о создании независимого монгольского государства. Маньчжурский амбань Сань-Та (Саньдо-ван) и другие чиновники через Кяхту бежали в Китай⁶.

Во главе Халхи стал первоиерарх монгольской ламаистской церкви Богдо-гэгэн VIII (Джебзун-Дамба-хутухта XXIII), получивший титул Богдо-хана (Великого хана). Тот факт, что страну возглавил не представитель рода Чингисхана, а другой человек, объяснялся глубокой религиозностью монгольского населения. По оценкам специалистов, к 1921 г. в стране насчитывалось 747 буддистских монастырей, 120 тыс. монахов и священников при общем населении страны в 650 тыс. чел.⁷

Статус Богдо-гэгэна не нашел своего четкого закрепления в Манифесте о независимости⁸, и этот факт, а также отсутствие закона о престолонаследии закономерно усиливали неустойчивость положения Богдо-гэгэна в качестве главы государства⁹, фактически получившего неограниченную правовыми нормами власти¹⁰. О неограниченности характера теократической власти Богдо-гэгэна можно говорить, учитывая и наличие (помимо административных) весьма широкого круга законодательных функций¹¹.

16 декабря 1911 г. было сформировано правительство, включающее пять министерств: внутренних дел; иностранных дел; военных дел; финансов; судебных дел. 20 июня 1912 г. Богдо-гэгэн издал указ об образовании совета министров, определяющий среди прочего, что правительственными чиновниками могут быть только ламаисты и что «с требованием ламаизма будет согласовываться весь образ государственного управления Монголии»¹². В 1914 г. создается двухпалатный совещательный орган. Верхняя палата образовывалась высшими светскими и духовными руководителями, а нижняя — чиновничеством и администрацией низового уровня. Однако это не был ни представительный орган, ни орган, ограничивающий полномочия хана.

⁵ См.: *Хашчулуун Ч.* Современная Монголия — продукт и оплот панмонголизма // Калмыцкий университет. 2007. № 11 (811). 31 августа.

⁶ См.: *Белов Е.А.* Революция 1911—1913 годов в Китае. М.: Восточная литература, 1958. С. 77.

⁷ См.: *Бру С.И.* Население мира: этнодемограф. справ. М.: Наука, 1986. С. 400

⁸ 1 декабря Временное правительство Халхи издало манифест за подписью Богдо-гэгэна, официально объявляющий отмену цинского правления и провозглашающий теократию во главе с Богдо-гэгэном. Сам Богдо-гэгэн 29 декабря был возведен на монгольский престол с титулом Богдо-хан — «Многими возведенный».

⁹ См.: *Майский И.* Современная Монголия (Отчет Монгольской экспедиции, снаряженной Иркутской конторой Всероссийского Центрального союза потребительских обществ «Центросоюз»). Иркутск, 1921. С. 267—284.

¹⁰ См.: *Батсайхан О.* Кульминация Монгольской национальной революции 1911 года, или Интронизация Богдо Джебзун-Дамбы. Улан-Батор, 2009.

¹¹ Так, по указу Богдо-гэгэна был разработан в 1913—1918 гг. и введен в действие правовой акт «Установленное указом правовое писание Монголии», который состоял из 65 томов. Этот документ стал преемником древних правовых актов, таких как Великая Яса Чингисхана, Великое уложение (ойратские законы) и Халх Джурам.

¹² См.: Современная Монголия. 1936. № 1. С. 4, 44; Монголии иийгмийн давхраажил: хогжил, хандлага. Х. Гундсамбуу. Улан Батор, 2002. С. 74.

Статус Внешней Монголии нашел свое отражение не только в декларации о независимости, но и в ряде международных договоров. 21 октября 1912 г. было заключено русско-монгольское соглашение о гарантиях со стороны России автономии Халхи в составе Китая¹³. Соглашение предусматривало возможность управления Внешней Монголией ее национальными властями в лице, в первую очередь, Джебзун-Дамба-хутухты с одновременным удалением представителей китайских властей (преамбула договора).

Договор вызвал резкие протесты официального Пекина. В письменных обращениях в российский МИД китайское правительство настойчиво заявляло, что «Монголия является составной частью Китая и, хотя в ней и происходят волнения, она отнюдь не правоспособна заключать соглашения с иностранными государствами»¹⁴.

В ответ на это 5 ноября 1913 г. в результате русско-китайских переговоров в Кяхте была подписана декларация, формулирующая позиции сторон в возникнувшем споре о статусе Внешней Монголии. Согласно декларации территория Халхи признавалась частью Китая на правах широкой автономии. Китай, в свою очередь, признавал автономию Монголии (ст. 1, 2). Признавалось исключительное право Внешней Монголии ведать вопросами внутреннего управления и решать вопросы, касающиеся торговой и промышленной сфер. На китайские власти накладывалось обязательство не вмешиваться во внутренние процессы управления, не посылать на территорию Монголии войска и не содержать там никаких гражданских или военных властей, воздерживаться от политики колонизации. Такое же обязательство брала на себя и российская сторона (ст. 3). Власть Богдо-гэгэна подкреплялась соответствующими гарантиями, которыми обеспечивалось и сохранение монгольской теократии при республиканском правительстве Китая. Китайское присутствие обеспечивалось лишь за счет уполномоченного должностного лица, резиденция которого располагалась в Урге.

В целях урегулирования имеющихся разногласий и дальнейшего определения статуса Внешней Монголии в сентябре 1914 г. в пограничном российском городе Кяхта начались тройственные русско-китайско-монгольские переговоры, закончившиеся подписанием 7 июня 1915 г. Русско-китайско-монгольского «Тройного соглашения» об автономии Внешней Монголии. Соглашение во многом воспроизводило ранее закрепленные позиции, в частности, Внешняя Монголия признавала сюзеренитет Китая, а Россия и Китай — ее автономию. Под территорией автономной Монголии понимались Халха и Кобдоский округ. Правительство Богдо-гэгэна получало исключительное право ведать всеми делами внутреннего управления, иметь свое дипломатическое представительство за границей, а также заключать международные договоры и соглашения, касавшиеся вопросов торговли и промышленности. Оно было лишено права заключать международные договоры с другими государствами, которые предусматривали бы решение политических и территориальных проблем¹⁵.

Россия и Китай обязывались не вводить свои войска на территорию Внешней Монголии, не претендовать на колонизацию ее земель¹⁶ и не вмешиваться в дела

¹³ Архив внешней политики Российской империи. Ф. Китайский стол. 1912. Д. 617. Л. 329.

¹⁴ Сборник дипломатических документов по монгольскому вопросу. Док. № 27. С. 32.

¹⁵ См.: Там же. С. 68.

¹⁶ См.: «Китай и Япония». Хабаровск, 1915. № 230. С. 36–39; *Martens Fr. Nouveau recueil général de traités*. 3 série. Т. 10. Lpz., 1920. P. 374–80; Советская историческая энциклопедия / под ред. Е.М. Жукова. М.: Сов. энциклопедия, 1973–1982.

внутреннего управления автономной Монголии. Правительство Внешней Монголии оставляло в силе маньчжурское законодательство и учрежденный ими сословный суд. Россия и Китайская Республика брали на себя роль гарантов нового юридического статуса Монголии. Пекинскую власть представлял китайский резидент в Урге и его помощники в Улясутае, Маймачене (Алтан-Булаке) и Кобдо. Как гарант автономии Монголии Россия также должна была принимать участие в решении пограничных вопросов между Монголией и Китаем¹⁷.

Вслед за крушением Российской империи соотношение сил в Монголии нарушилось. После декрета о самоопределении и независимости и ликвидации неравноправных договоров, подписанных царским правительством, поражение и гибель А.В. Колчака, приближение Красной армии к границам Монголии спровоцировали Пекин на жесткие действия. 22 ноября 1919 г. декретом китайского президента автономия Монголии была отменена¹⁸.

Ситуация изменилась на исходе лета 1920 г. Отколовшийся от атамана Семенова бывший командующий конно-азиатской дивизией его формирований генерал-лейтенант барон Р.Ф. Унгерн фон Штенберг осенью 1920 г. занял Ургу. Статус Монголии был восстановлен. Барон Унгерн предпринял попытку военной экспедиции на территорию Дальневосточной республики в Забайкалье, но были разбит Красной армией. 6 июня 1921 г. объединенные войска Д. Сухэ-Батора, части Красной армии и Народно-революционной армии Дальневосточной республики заняли Ургу. Эти события получили название «народная революция». Революционеры фактически захватили власть в стране после взятия ее столицы и создали в июле 1921 г. так называемое народное правительство. 5 ноября в Соглашении между РСФСР и Монголией об установлении дружественных отношений Правительство РСФСР признало народное правительство «единственно законным» (ст. 1, 2). Внешняя Монголия вновь объявила о восстановлении своей независимости.

Новый режим формально не упразднял прерогатив Богдо-гэгэна, хотя последний по-прежнему фактически лишился власти¹⁹. Авторитет Богдо-гэгэна VIII среди монголов был настолько высок, что революционеры, захватившие власть в Монголии, не посмели его свергнуть. Вместо этого начинается непродолжительный, но планомерный процесс лишения Богдо-хана основных государственных полномочий.

В октябре 1921 г. открылся Временный государственный Хурал²⁰, являвшийся совещательным органом при правительстве. В состав этого органа входили министры и их заместители, представители аратов, князья и представители ламаистского духовенства. На нем было принято Положение о местной администрации, согласно ему были созданы органы местного самоуправления²¹.

¹⁷ См.: Мясников В.С. Договорными статьями утвердили. М., 1996. С. 341.

¹⁸ См.: Вышинский А.Я., Лозовский С.А. Дипломатический словарь. М.: Гос. изд-во полит. лит., 1948.

¹⁹ См.: Современная история международных отношений: в 4 т. 1918–1991. Т. 1. События 1918–1945 / под ред. д-ра полит. наук, проф. А.Д. Богатурова. М.: Московский рабочий, 2000. С. 224.

²⁰ См.: Зимица Н.В., Шемелин А.В. Избирательная система Монголии: историко-правовой аспект // Сравнительное правоведение в странах Азиатско-Тихоокеанского региона: матер. междунар. науч.-практ. конференции (г. Улан-Удэ, 15–16 июня 2007 г.). Улан-Удэ: изд-во Бурят. ун-та, 2007. С. 45.

²¹ См.: Там же. С. 46.

1 ноября 1921 г. Богдо-хана вынудили подписать так называемый Клятвенный договор, который лишал его права влиять на важные государственные решения. В 1921 г. Далай-лама XIII получил от Богдо-гэгэна VIII письмо, что Советы, уничтожив свои храмы и священные книги, добрались до Монголии и при содействии Монгольской народной партии сместили его с престола²². Клятвенный договор между Народно-революционным правительством Монголии и Богдо-гэгэном от 1 ноября 1921 г. предписывал оставить за Богдо-гэгэном функции главы ламастской церкви, но ограничить его светские функции. Он признавался в качестве конституционного монарха с довольно ограниченными правами. Оговаривалось, что он «не должен касаться дел государственных, в отношении же всех дел религиозных пользуется неограниченными правами». Вводилось понятие конституционной монархии, которая предполагала наличие института хана, действующего через председателя народного правительства.

В качестве прерогативы за Богдо-гэгэном оставались согласительные функции по утверждению законов, однако ни изменять, ни отвергать, ни аннулировать их он не мог. Он наделялся правом отлагательного вето в отношении законов, не касающихся укрепления и улучшения основ Монгольского народного государства²³.

Клятвенный договор утратил силу в 1924 г. после смерти Богдо-гэгэна (20 мая) и провозглашения Монгольской Народной Республики. В преамбуле первой в истории Монголии Конституции от 26 ноября 1924 г. говорилось: «В соответствии с интересами широких народных масс, выявивших свое стремление в революции 11 года (1921 года), когда восставшим народом были изгнаны чужеземные угнетатели, а также ввиду смерти... Богдо-Хан-Дамба-Хутухты, являвшегося до того времени главой государства, — избранное революционным народом правительство постановило:

... 2) Ввести в стране республиканский строй без президента, как главы государства, передав всю верховную власть Великому Народному Хуралу и избираемому последним Правительству...»²⁴.

В результате консолидации политических и религиозных сил в 1911 г. Внешняя Монголия получила значительную долю самостоятельности. Эта самостоятельность выразилась в первую очередь в особой форме правления, которая после народной революции стала сочетать в себе традиционный и приемлемый для монгольского народа теократический характер с европейской моделью конституционной монархии. Однако как форма политической организации общества она оказалась недолговечной и не пережила носителя верховной государственной власти, уступив место идеям социализма и республики.

²² См.: *Андреев А.И.* Тибет в политике царской, советской и постсоветской России. СПб.: С.-Петербург. унив. Нартанг, 2006, С. 121.

²³ См.: Современная Монголия. 1934. № 1. С. 23.

²⁴ См.: *Дурденевский В.Н., Лудшувейт Е.Ф.* Конституции Востока. Л., 1926. С 157.

Т.Н. Трошкина

доцент кафедры
финансового права
факультета права
Национального
исследовательского
университет «Высшая
школа экономики»,
кандидат юридических
наук, кандидат
экономических наук

Развитие научно-исследовательского потенциала студентов в Концепции модернизации высшего профессионального образования Российской Федерации и в принятых в ее рамках целевых программах*

В статье раскрывается специфика образовательной сферы на современном этапе. Рассматриваются вопросы модернизации образовательного законодательства, его практической реализации. Анализируется организация образовательного процесса, особое внимание уделяется проблемам, связанным с добавлением в него новых элементов. Аргументируется предположение, что именно обозначенное сочетание дает право называть современную модернизацию системы высшего профессионального образования комплексной.

Ключевые слова: научно-исследовательский потенциал студентов, модернизация высшего профессионального образования, юридическое образование.

Достойная реализация права на образование во многом определяет уровень развития государства как особой формы организации общества и самостоятельной единицы на мировой арене. В настоящее время вопрос создания эффективной, отвечающей современным реалиям системы образования в России является одним из наиболее актуальных. Можно предположить, что данный вопрос не по-

* В данной научной работе использованы результаты, полученные Т.Н. Трошкиной в ходе реализации проекта №11-01-0231, выполненного в рамках Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2012–2013 гг.

теряет своей актуальности и по истечении неопределенного промежутка времени. По уровню образованности общества можно судить не только о степени развития и удовлетворения духовных и интеллектуальных потребностей каждого его члена, но и о функционировании производственных и непроизводственных сфер, обеспечивающих государственный суверенитет и политику государства во внешних и внутренних связях. На этапе среднего общего образования закладываются базовые характеристики личности, однако ее профессиональное рождение и дальнейшее развитие заключается в успешной реализации и усвоении программ высшего профессионального образования.

В связи с реальной необходимостью приведения качества образовательных услуг и профессиональных показателей, которые являются отражением этих услуг, к уровню современных требований в рамках государственной политики Российской Федерации был выбран курс на комплексную модернизацию системы высшего профессионального образования. Модернизация всегда подразумевает усовершенствование, обновление тех или иных общественных отношений. Специфика образовательной сферы на современном этапе заключается в том, что модернизации одновременно подверглось законодательство, его практическая реализация, организация образовательного процесса (посредством добавления в ее рамках новых элементов) и т.д. Именно обозначенное сочетание дает право называть современную модернизацию системы высшего профессионального образования комплексной.

Вступление Российской Федерации в Болонский процесс способствовало кардинальным изменениям в среде высшего профессионального образовательного процесса, открытое европейское пространство предоставило перспективы российским выпускникам, но вместе с этим предъявило к ним повышенные требования. В связи с этим недостаточным стало просто создавать условия для успешного усвоения образовательных программ, необходимым стало научить действовать исходя из приобретенных компетенций.

Согласно документам Болонского периода, высшее образование на всех уровнях должно основываться на современных научных исследованиях и разработках и тем самым способствовать развитию инновационного и творческого начал в обществе¹. Однако мысль, что стимулирование и развитие научного потенциала должно быть признано одним из приоритетных направлений функционирования государства, была привнесена в российскую действительность отнюдь не Болонскими документами. Так, в приказе Госкомвуза России от 22 июня 1994 г. № 614 «Об утверждении Положения о научной деятельности высших учебных заведений Государственного комитета Российской Федерации по высшему образованию» уже был изложен ряд задач в области развития науки. Соответствующими задачами являлись: приоритетное развитие фундаментальных исследований как основы для создания новых знаний; обеспечение подготовки в вузах квалифицированных специалистов и научно-педагогических кадров высшей квалификации на основе новейших достижений научно-технического прогресса; усиление влияния науки на решение образовательных и воспитательных задач; эффективное использование научно-технического потенциала высшей школы для решения приоритетных

¹ См.: Байденко В.И., Селезнева Н.А. Болонский процесс: глоссарий. М., 2009. С. 29.

задач обновления производства и проведения социально-экономических преобразований и т.д.²

Как видно, данные задачи своей актуальности не потеряли и по сей день. Действительно, роль науки в образовательном процессе нельзя умалять. С одной стороны, выпускники, обученные размышлять критически, смогут привнести новизну и творчество в решение обыденных практических проблем. С другой стороны, довольно остро встала проблема нехватки квалифицированных научно-педагогических кадров, призванных влиять как на реализацию Болонских предписаний, так и на становление инновационных подходов к формированию специалистов в интересах общества и государства.

Более того, снижение интереса к науке у обучающихся может первостепенным образом отразиться на научном потенциале страны, задействованном в разработке и внедрении инноваций, способных обеспечить рост различных высокотехнологичных секторов производства. При этом научный потенциал выступает в качестве одного из основных ресурсов роста в общегосударственном масштабе.

В концепции Госкомвуза от 1994 г. решения задач предполагалось достичь посредством обеспечения единства учебного и научного процессов в рамках высших учебных заведений. Планировалось привлекать студентов к участию в научно-исследовательских и проектно-конструкторских работах; создавать на базе кафедр и факультетов вуза учебно-научные комплексы, ориентированные на разработку и использование в учебном процессе новейших достижений науки и техники. Обращалось внимание на необходимость более активного участия вузов в фундаментальных и прикладных исследованиях и использования их результатов в образовательном процессе. Обозначенную задачу предполагалось разрешить посредством проявления внутригосударственной формы академической мобильности, т.е. свободного перемещения студентов и представителей научно-педагогического сообщества в целях обогащения опытом по ведущим российским образовательным учреждениям, а также посредством организации и проведения научных конкурсов, грантов, олимпиад, студенческих научных конференций и семинаров.

На настоящий момент необходимость интеграции образования и науки нашла отражение как в законодательстве Российской Федерации об образовании, так и в ряде современных государственных программ.

В ст. 2.1 Федерального закона от 22 августа 1996 г. № 123 «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» отмечается: «Интеграция высшего и послевузовского профессионального образования и науки имеет целями кадровое обеспечение научных исследований, а также развитие и совершенствование системы образования путем использования новых знаний и достижений науки и техники»³.

Идентичная статья содержится и в принятом 29 декабря 2012 г. в третьем чтении Государственной Думой Российской Федерации федеральном законе № 273 «Об образовании в Российской Федерации»⁴. Так, в ст. 72 закона отмечается значимость

² Бюллетень Госкомвуза РФ. 1994. № 10.

³ СЗ РФ. 1996. № 35. Ст. 4135.

⁴ С вступлением в силу с 1 сентября 2013 г. федерального закона от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» прекращают действие Закон Российской Федерации от 10 июля 1992 г. № 3266-1 «Об образовании» и Федеральный закон от 22 августа 1996 г. № 125-ФЗ

интеграции образования и науки, а также приводятся основные формы этой интеграции. Интеграция образовательной и научной деятельности в высшем образовании может осуществляться в разных формах. Первой формой интеграции является проведение образовательными организациями, реализующими образовательные программы высшего образования, научных исследований и экспериментальных разработок за счет грантов или иных источников финансового обеспечения.

Новый закон упоминает такие формы, как привлечение образовательными организациями работников научных организаций и иных организаций, осуществляющих научную (научно-исследовательскую) деятельность в целях обмена опыта и повышения собственного научно-исследовательского уровня. Перечисляются также такие формы, как создание в образовательных организациях, реализующих образовательные программы высшего образования, научными и иными организациями, осуществляющими научную (научно-исследовательскую) деятельность, лабораторий, осуществляющих научную (научно-исследовательскую) и (или) научно-техническую деятельность, и создание образовательными организациями, реализующими образовательные программы высшего образования, в научных организациях и иных организациях, осуществляющих научную (научно-исследовательскую) деятельность, кафедр, осуществляющих образовательную деятельность, в порядке, установленном федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере образования.

Необходимость достижения целей интеграции образования и науки как одного из направлений государственной политики отражена также в федеральном законе «О науке и государственной научно-технической политике» наряду с такой целью, как увеличение вклада науки и техники в:

- развитие экономики государства,
- реализации важнейших социальных задач,
- обеспечение прогрессивных структурных преобразований в области материального производства,
- улучшение экологической обстановки и защиты информационных ресурсов государства, укрепление обороноспособности государства и безопасности личности, общества и государства⁵.

Нетрудно заметить, что по истечении почти десятилетия с момента принятия приказа Госкомвуза 1994 г. основные задачи и формы интеграции высшего образования и науки существенно не изменились, что свидетельствует как о важности данного процесса, так и о сложности достижения необходимого результата. Такие выводы позволяет сделать также принятие органами государственной власти целевых программ и концепций мероприятий, направленных на развитие научно-го потенциала России как за счет вовлечения студентов в науку, пробуждения их заинтересованности в этом, так и поддержания научно-педагогических кадров в целом. Однако необходимо также отметить, что, несмотря на идентичные задачи и формы их реализации, по истечении времени существенно изменились средства их достижения.

«О высшем и послевузовском профессиональном образовании».

⁵ Федеральный закон от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике» // СЗ РФ. 1996. № 35. Ст. 4137.

Так, учитывая, что процесс развития образования не может не опираться на достижения других сфер в целях реализации и учета всесторонних потребностей общества, существенно возросла роль использования компьютерных технологий в обозначенной области. Именно поэтому образовательный процесс модернизируется посредством внедрения в него качественно новых элементов. Одним из таких элементов, несомненно, является интернетизация образования, использование компьютерной техники, электронных образовательных ресурсов в процессе обучения, что в свою очередь также упрощает процесс интеграции науки и образования, выводит последнее на качественно новый уровень.

Также необходимо обратить внимание на роль академической мобильности в процессе повышения научного потенциала участников образовательных правоотношений. Ее роль отмечалась уже в приказе Госкомвуза. Однако на тот момент лишь начиналась зарождаться внутригосударственная форма академической мобильности, которая, кстати, даже не имела соответствующего названия. Рост академической мобильности в форме студенческих и преподавательских обменов с зарубежными университетами в настоящий момент является одним из приоритетных направлений. Мобильность участников образовательных правоотношений на уровне высшего профессионального образования представляла и представляет собой один из основных принципов организации образовательного процесса в условиях становления Болонской системы. Большинство российских вузов и государство в целом усиливают внимание к академической мобильности. Оказываемая ими финансовая и организационная поддержка мероприятий по перемещению студентов, преподавателей, исследователей в зарубежные и российские вузы, а также образовательный и научный интерес участников образовательных правоотношений являются основными предпосылками развития академической мобильности в Российской Федерации и ее регионах.

Необходимо отметить, что академическая мобильность — это не просто перемещение студентов, преподавателей и исследователей в образовательных целях между российскими и зарубежными вузами, не просто элемент международного сотрудничества. Это, скорее, личностное качество участников образовательных правоотношений, развитию которого нужно способствовать как внутри университета (посредством проведения конференций, семинаров, на которых предоставляется нужная информация, создания специальных структур, которые занимаются этой организацией, а также посредством открытости вузов к сотрудничеству), так и в рамках Российской Федерации в целом (посредством учреждения российских денежных фондов развития академической мобильности и привлечения в этих целях зарубежных инвестиций).

При всем этом академическая мобильность — это лишь одна из граней мобильности в контексте Болонских преобразований. Болонский процесс требует более широкой парадигмы мобильности, чем просто социально-культурный обмен. В связи с этим особое значение приобретает виртуальная мобильность, основанная на использовании Интернета, электронных библиотек, виртуальных научных мероприятий (семинаров, конференций).

Как уже отмечалось, отдельные задачи в области повышения научного потенциала участников образовательных правоотношений посредством интеграции науки и образования, находят отражение в государственных целевых программах

и мероприятиях. Необходимость интегрирования научной деятельности и образования, а также развитие вузовской науки и крупных научно-образовательных центров впервые была отмечена в Послании Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации от 26 мая 2004 г.⁶ По сути, обозначенный приоритет дал основу для работы в области составления соответствующих концепций и стратегий.

В настоящий момент ключевой при разработке, принятии и реализации государственных целевых программ является Стратегия развития науки и инноваций в Российской Федерации на период до 2015 г., утвержденная протоколом № 1 Межведомственной комиссии по научно-инновационной политике от 15 февраля 2006 г. Следует отметить, что сам по себе документ, утверждающий стратегию, по форме его принятия не относится к нормативным правовым актам. При этом смело сказать, что он содержит нормы права, также не представляется возможным. Стратегия представляет собой свод информации о текущем состоянии науки в государстве и некоторых перспективах на будущее. При этом роль стратегии значительна, так как она призвана обеспечить комплексность усилий государства в области целенаправленного развития науки и инноваций. В стратегии определена последовательность мероприятий, способствующих достижению государственной цели, их предположительные результаты. Именно стратегия развития науки и инноваций лежала и лежит в основе государственных целевых программ и мероприятий, принятых после ее утверждения в 2006 г.

Что касается интеграции науки и образования, то в рамках стратегии данную задачу предполагается решить посредством:

- создания необходимых условий для формирования и функционирования базовых кафедр ведущих вузов в академических институтах, а также отраслевых лабораторий в вузах; создание и поддержка деятельности интегрированных научно-образовательных структур, университетских и межвузовских комплексов, научно-учебно-производственных центров;
- государственной поддержки российских научно-педагогических коллективов и молодых ученых посредством предоставления грантов для проведения исследований;
- развития инновационных и исследовательских университетов⁷.

Разработчиками стратегии был принят во внимание факт, что снижение научного потенциала студентов является серьезной проблемой для будущего России. Отсутствие необходимых рычагов стимулирования научной деятельности студентов во многом усугубляет положение. Именно поэтому инструменты, необходимые для разрешения проблемы и указанные нами выше, — это своего рода и есть те самые рычаги стимулирования. Действительно, для того чтобы научная сфера стала более интересной и открытой для студентов, работа в ее рамках должна на конкурсной основе поощряться материально посредством премий, грантов, стипендий и т.д.

Так, на необходимость материального поощрения научных исследований и научного потенциала обучающихся указывается в Указе Президента Российской Федерации от 6 апреля 2006 г. № 325 «О мерах государственной поддержки талант-

⁶ Российская газета. 2004. № 109.

⁷ СПС «Консультант Плюс»

ливой молодежи»⁸. Необходимость стимулирования посредством грантов отражена в постановлении Правительства Российской Федерации от 9 апреля 2010 г. № 220 «О мерах по привлечению ведущих ученых в российские образовательные учреждения высшего профессионального образования, научные учреждения государственных академий наук и государственные научные центры Российской Федерации». Выражается это, например, в следующей формулировке: «В целях усиления государственной поддержки развития науки и инноваций в высшей школе, государственных академиях наук, государственных научных центрах Российской Федерации и повышения качества высшего образования Правительство Российской Федерации учреждает гранты, выделяемые на конкурсной основе для государственной поддержки научных исследований, проводимых под руководством ведущих ученых в российских образовательных учреждениях высшего профессионального образования, научных учреждениях государственных академий наук и государственных научных центрах Российской Федерации»⁹.

Что касается создания лабораторий, научных центров и иных структур в вузах, так этот процесс также может быть признан эффективным инструментом стимулирования. Более подробно концепция создания научно-учебных структур была отражена в Федеральной целевой программе «Научные и научно-педагогические кадры инновационной России на 2009–2013 годы».

Так, студенты получают возможность участия в эффективных и жизнеспособных научных коллективах с исследователями старших поколений, что, несомненно, оказывает стимулирующее воздействие в связи с предоставлением возможностей, во-первых, осознать себя частью этого научного коллектива, а во-вторых, обеспечить себя необходимым и незаменимым опытом.

Развития инновационных и исследовательских университетов также отмечается в стратегии как эффективный способ повышения научного потенциала обучающихся, так как это нововведение направлено в первую очередь на обновление исследовательской, научной и лабораторной базы, разработку программы научных обменов, привлечение лучших ученых и т.д. Также необходимо учесть один важный момент. Создав соответствующие университеты, государство, по сути, возлагает ответственность за повышение научного потенциала обучающихся на сами университеты, которые обязаны готовить современных специалистов, бакалавров и магистров на базе реальной интеграции научного и образовательного процессов.

Так, работа по созданию научно-исследовательских университетов и федеральных университетов началась после принятия и вступления в силу указов Президента Российской Федерации от 7 октября 2008 г. № 1448 «О реализации пилотного проекта по созданию национальных исследовательских университетов» и от 7 мая 2008 г. № 716 «О федеральных университетах». В основе идеи создания федеральных университетов лежало слияние некоторых высших учебных заведений, территориально расположенных в рамках одного региона, и акцентирование их дальнейшей работы на достижении цели создания единого научного и методического центра. Что интересно, в основе дальнейшей научной и исследовательской деятельности полученного в результате центра должны лежать реальные потребности региона¹⁰.

⁸ СЗ РФ. 2006. № 15. Ст. 1583.

⁹ Российская газета. 2010. № 81.

¹⁰ СЗ РФ. 2008. № 19. Ст. 2118.

Что касается национальных исследовательских университетов, то в основе их создания и функционирования лежало обеспечение одинаково эффективной реализации образовательных программ высшего профессионального и послевузовского профессионального образования и выполнение фундаментальных и прикладных научных исследований по широкому спектру наук¹¹.

Так, первоначально в рамках реализации пилотного проекта был создан Национальный исследовательский ядерный университет на базе государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Московский инженерно-физический институт (государственный университет)» и Национальный исследовательский технологический университет на базе федерального государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Государственный технологический университет «Московский институт стали и сплавов».

На базе Красноярского государственного университета путем присоединения Красноярской государственной архитектурно-строительной академии, Красноярского государственного технического университета и Государственного университета цветных металлов и золота был создан Сибирский федеральный университет. В его рамках выделены шесть приоритетных областей научной и образовательной деятельности (инженерная физика; химия новых материалов и материаловедение; биофизическая экология и биотехнология; космические и информационно-коммуникационные технологии; геотехнологии; региональная экономика и управление человеческим капиталом) и 13 укрупненных групп направлений и специальностей подготовки кадров. Это обеспечивает научное и кадровое сопровождение основных направлений социально-экономического развития территории Сибири¹².

В настоящий момент правовые основы функционирования национальных исследовательских и федеральных университетов отражены в федеральном законе «Об образовании в Российской Федерации». При этом под федеральным университетом следует понимать образовательную организацию, реализующую основные образовательные программы высшего образования, соответствующие международным стандартам качества образования; осуществляющую подготовку, переподготовку и повышение квалификации кадров на основе применения современных образовательных технологий для комплексного социально-экономического развития региона, являющуюся ведущим научным и методическим центром, обеспечивающим развитие высшего образования региона.

Под национальным исследовательским университетом современное законодательство понимает образовательную организацию, реализующую основные образовательные программы высшего профессионального образования, основной задачей функционирования которой является обеспечение интеграции науки, образования и производства, в том числе путем доведения результатов интеллектуальной деятельности до практического применения.

¹¹ Постановление Правительства Российской Федерации от 28 июля 2008 г. № 568 «О федеральной целевой программе «Научные и научно-педагогические кадры инновационной России» на 2009–2013 годы» // СЗ РФ. 2008. № 31. Ст. 3739.

¹² Официальный сайт Министерства образования и науки Российской Федерации — <http://mon.gov.ru/pro/ved/> (дата обращения: 6 апреля 2013 г.).

Концепция создания национальных исследовательских и федеральных университетов имеет огромное значение для повышения потенциала обучающихся, так как данные виды образовательных учреждений обязаны создавать все необходимые для этого условия, выражающиеся в следующем:

- использовании инновационных методов организации образовательного процесса (например, дистанционное обучение);
- реализации фундаментальных и прикладных исследований по приоритетным научным направлениям;
- создании условий для академической мобильности обучающихся, преподавателей и научных работников;
- формировании кадрового потенциала университета, отвечающего высоким требованиям;
- модернизации материально-технической базы университета и развитие современных информационных технологий.

Также необходимо остановиться на еще одной государственной концепции, основной целью реализации которой является повышение научного потенциала обучающихся. Концепция развития научно-исследовательской и инновационной деятельности в учреждениях высшего профессионального образования Российской Федерации на период до 2015 г., разработанная Министерством образования и науки Российской Федерации, напрямую ориентирована на определение направлений и форм интеграции научно-исследовательской и учебной деятельности¹³.

В концепции отражен принципиально важный момент относительно значимости освоения студентами базовых компетенций научно-исследовательской и инновационной деятельности, а также изменения самого подхода к организации образовательного процесса в высших учебных заведениях. Так, в условиях выхода Российской Федерации на уровень единого мирового образовательного пространства очень важно обеспечить конкурентоспособность российских вузов. Именно поэтому в рамках концепции предполагается:

- активное использование студентов прежде всего магистратуры в качестве важнейшей рабочей силы для исследований и разработок; реальное включение большинства преподавателей в научно-исследовательскую и инновационную деятельность;
- интернационализация научной деятельности и подключение к передовой науке в рамках междисциплинарного научно-технического сотрудничества, выражающиеся в формировании интернациональных исследовательских коллективов, проведении стажировок в зарубежных научных и международных центрах, публикации результатов научных исследований в ведущих зарубежных журналах.

Таким образом, развитие научного потенциала студентов, интеграция науки и образования — это сложная, требующая значительных государственных усилий как в области составления стратегий и концепций, так и в области их дальнейшей реализации работа, обусловленная внутригосударственными потребностями и Болонскими преобразованиями. К тому же, с учетом вышеизложенного, необходимо

¹³ Письмо Минобрнауки России от 22 февраля 2011 г. № 13-91 «О направлении Концепции развития научно-исследовательской и инновационной деятельности в учреждениях высшего профессионального образования Российской Федерации на период до 2015 года» // Администратор образования. 2011. № 7.

констатировать, что содержание современного образовательного процесса ввиду комплексности и сочетания в нем всех финансовых, материальных и интеллектуальных составляющих вышло за пределы его законодательного определения через процесс передачи и усвоения знаний.

На семинаре «Болонья 2020: раскрывая потенциал Европы — вклад в улучшение мира», состоявшемся 18–20 мая 2008 г. в Генте, применительно к высшему профессиональному образованию была сформулирована мысль, что «университет больше не то тихое место, где можно неторопливо учить, заниматься ученой деятельностью и созерцать Вселенную, как в прошлые века. Это большой, сложный, ответственный, конкурентный бизнес, требующий постоянных масштабных инвестиций»¹⁴. Именно стык экономических и социальных функций современного образования предъявляет особенные требования к качеству последнего. А повышение научного потенциала студентов, развитие всех форм академической мобильности и интеграция науки и образования являются лишь частью комплексного подхода к изменению самой сущности образования и его выхода на новый уровень.

¹⁴ Байдено В.И., Селезнева Н.А. Указ. соч. С. 18.

С.А. Румянцев

аспирант кафедры
предпринимательского
права факультета
права Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»

Кредитный договор: поиск баланса интересов банка и заемщика (обзор круглого стола на факультете права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»)

В настоящем обзоре приведены тезисы участников круглого стола по вопросам кредитования, который прошел в Национальном исследовательском университете «Высшая школа экономики». Основной темой для обсуждения стали подходы, которые применяются в действующем законодательстве для регулирования отношений банков и заемщиков. По мнению участников, законодательные меры должны учитывать баланс интересов контрагентов и не допускать предоставления преимуществ одной стороне за счет ущемления правомерных интересов другой.

Ключевые слова: банки, кредитование, кредит, заемщики, защита прав потребителей, свобода договора.

Кафедра предпринимательского права факультета права НИУ ВШЭ провела круглый стол на тему «Кредитный договор: поиск баланса интересов банка и заемщика». В мероприятии приняли участие преподаватели и аспиранты, сотрудники банков и надзорных органов, а также практикующие юристы и адвокаты. В качестве ведущей выступила заведующая кафедрой предпринимательского права, доктор юридических наук, ординарный профессор НИУ ВШЭ **О.М. Олейник**.

Вопросы защиты прав заемщиков по кредитным договорам (в особенности потребителей) в последнее время находятся под пристальным вниманием со стороны научного сообщества. Причина — массовые правонарушения, которые существуют и прогрессируют на рынке банковских услуг. В результате предпринимаемых защитных мер свобода договора и автономия воли кредитных организаций последовательно ограничиваются законодательными нововведениями и позициями высших судебных органов, формирующих правоприменительную практику. Не

пора ли от защиты должников переходить к защите банков? Как сделать нормативное регулирование кредитования оптимальным? Эти вопросы задали направление для научной дискуссии.

По мнению О.М. Олейник, частые изменения в законодательстве разрушают принцип стабильности правового регулирования в финансовой сфере. Сложившаяся ситуация не выгодна никому: ни кредиторам, ни заемщикам, ни даже государству, которое имеет публичный интерес в развитии кредитного рынка.

Вице-президент Ассоциации региональных банков России, кандидат юридических наук **О.М. Иванов** выступил с докладом о составе и структуре цены кредитного продукта.

Докладчик отметил, что по состоянию на 1 ноября 2012 г. общий объем кредитов, предоставленных банками российским гражданам, составил 6,5 трлн руб., или около 10% ВВП. 32% этого объема приходится на жилищный кредит (1,7 трлн руб.), 15% — на автокредиты (700 млрд руб.), 40% — на нецелевые потребительские кредиты. Около 85% составляют рублевые кредиты. Все большую популярность приобретают кредитные карты, их доля в общем выпуске карточных продуктов увеличилась до 20% от общего числа выпускаемых банковских карт. Согласно данным социологических опросов каждый третий россиянин имеет опыт потребительского кредитования.

Финансовый кризис 2008–2009 гг., резкое повышение процентных ставок, временные трудности с возвратом ранее взятых кредитов вызвали волну судебных разбирательств между банками и гражданами-заемщиками, основным предметом которых вновь стал вопрос о стоимости кредита. Кризисные проявления в секторе потребительского кредитования и стремление правоприменительных органов снизить социальную напряженность привели к тому, что на защиту заемщиков-потребителей встали Роспотребнадзор, Федеральная антимонопольная служба (ФАС), суды и Банк России.

Существует значительное количество иных нерешенных вопросов, связанных с потребительским кредитованием, включая регулирование права потребителя на отказ от кредита, право на получение всеобъемлющей информации о стоимости кредита до заключения договора, единой судьбы целевого кредитного договора и сделки купли-продажи, финансируемой за счет этого кредита.

Практика применения разрозненных и недостаточно согласованных правовых норм, регламентирующих цену потребительского кредита, показывает, что законодательная база в этой области имеет недостатки. Правовое регулирование потребительского кредита и его стоимости всегда сопровождается поиском компромисса между принципом свободы договора и принципом защиты слабой стороны, т.е. потребителя. Это требует существенных усилий и всестороннего анализа.

В течение последних лет количество судебных решений, касающихся законности взимания банковских комиссий по договорам потребительского кредита, увеличилось многократно. Как правило, подход судов к рассмотрению споров о взимании банковских вознаграждений носит казуистический характер, что только увеличивает необходимость выявления основополагающих принципов. По данным Судебного департамента при Верховном суде Российской Федерации¹, в

¹ Официальный интернет-сайт Судебного департамента — www.cdep.ru/index.php?id=5

2011 г. число поданных гражданами исков о защите прав потребителей из договором с финансово-кредитными учреждениями превысило 230 тыс. Это почти вдвое больше общего числа исков этой категории за все предыдущие годы и составляет 10% общего числа исковых заявлений, поданных физическими лицами к юридическим лицам за тот же период². Иски о взыскании ранее уплаченных комиссий по договорам потребительского кредита занимают подавляющую часть от общего количества всех исков в сфере потребительского кредитования.

Потребительский кредит является сложной договорной конструкцией. Наряду с кредитным договором заемщику может быть предложено заключить договор банковского счета, один или несколько договоров страхования³, залога (ипотеки) и т.д. В другом случае за выдачей целевого кредита следует, например, заключение договора купли-продажи. Все перечисленные договоры находятся в тесном логическом, экономическом и правовом единстве с кредитным договором.

С точки зрения заемщика, заключение договора банковского счета или договора страхования лишено смысла в отрыве от права на получение им кредита. Более того, полученная заемщиком сумма кредита важна не сама по себе, а как средство приобретения товара. С точки зрения банка предоставление кредита является возможным лишь при заранее согласованном распределении рисков между ним, заемщиком и страховой компанией. Как показывает анализ судебной практики⁴, суды часто признают условия договора потребительского кредита ущемляющими права потребителей⁵ и игнорируют аргументы банков, ссылающихся на свободу договора и автономию воли сторон. Защита слабой стороны сама по себе еще не оправдывает ограничения права банков определять часть условий кредитного договора в одностороннем порядке и не является достаточным основанием для признания таких условий недействительными.

В связи с изложенным представляется необходимым выяснить границы сферы действия принципа свободы договора и принципа приоритетной защиты потребителя. Для этого следует установить и обосновать критерии применения указанных принципов, прежде всего в отношении согласования сторонами способа определения цены кредитного договора.

Понятие «кредитная услуга» употребляется в законодательстве, на практике и в литературе в широком и узком значении. Кредитная услуга в узком смысле заключается в предоставлении заемщику кредита в соответствии с кредитным договором. Кредитная услуга в широком смысле включает в себя комплекс различных операций, осуществляемых банком и иными лицами на основе взаимосвязанных договоров (кредитного договора и сопутствующих договоров), объединенных об-

² Данные взяты из отчетов по работе судов общей юрисдикции по первой инстанции о рассмотрении гражданских дел по графе «Поступило дел в отчетном периоде», включенных в статистическую информацию Судебного департамента.

³ В сделках ипотечного кредитования, например, обычно заключаются договор имущественного страхования приобретаемой жилой недвижимости, а также договор страхования жизни и здоровья заемщика.

⁴ См.: Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 13 сентября 2011 г. № 146 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с применением к банкам административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей при заключении кредитных договоров».

⁵ Части 1 и 3 ст. 16 Закона Российской Федерации от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей».

щей правовой целью — предоставление заемщику денежной суммы (кредита) с обязательством возврата. К числу сопутствующих договоров относятся, например, обеспечительные сделки, договор банковского счета, договор страхования и т.п., которые связаны с предоставлением, обслуживанием, возвратом или обеспечением кредита. В практике розничного (массового) банковского кредитования кредитную услугу в широком значении принято называть кредитным продуктом.

При применении нормы законодательства о защите прав потребителей, запрещающей навязывать потребителю дополнительные товары (работы, услуги), понятие кредитной услуги следует понимать в широком значении, что не ограничивает кредитные организации в предложении потребителям сложных услуг (кредитных продуктов).

Цена кредитного договора состоит из двух частей: процентов и непроцентных платежей, которые могут включать комиссии и компенсации отдельных издержек, которые понес банк в связи с заключением и исполнением кредитного договора. Непроцентная часть цены кредитного договора может не зависеть от установленного договором срока пользования кредитом и поэтому не будет изменяться при досрочном возврате кредита.

Опираясь на определение, содержащееся в Директиве ЕС 2008/48 о потребительском кредите, можно предложить следующее определение понятия «цена договора» (ст. 424 Гражданского кодекса Российской Федерации) применительно к договору потребительского кредита: ценой договора потребительского кредита признается сумма всех расходов по обслуживанию кредита, включая проценты, комиссии, иные вознаграждения, которые потребитель обязан уплатить банку в связи с предоставлением кредитного продукта за исключением нотариальных расходов и государственной пошлины. Платежи по сопутствующим договорам включаются в цену договора потребительского кредита, если заключение указанных договоров является обязательным условием получения кредита на рыночных условиях.

В свою очередь полная стоимость кредита (эффективная годовая процентная ставка) выражает цену кредитного продукта в виде годовой процентной ставки, рассчитанной по формуле сложных процентов с ежедневным начислением.

При массовом кредитовании на стандартных условиях банками используется тарифная форма выражения цены кредитного договора. Под банковским тарифом следует понимать перечень ценовых ставок, которые в одностороннем порядке установлены кредитной организацией и предназначены для многократного применения в целях определения цены договоров, заключаемых банком.

Классификация ценовых ставок банковских тарифов может проводиться по нескольким критериям: по основанию взимания (наступление срока, совершение банком определенных действий), регулярности уплаты (единовременные, периодические, специальные), способу определения размера платежа. Размер платежа может определяться в зависимости от следующего:

- суммы банковской операции (в долях или процентах);
- количества совершенных банковских операций;
- срока оказания банковской услуги.

Разнообразные платежи, взимаемые банками с заемщиков-потребителей, которые в банковской практике именуется процентами и комиссиями и являются частью единой цены кредитного договора, могут иметь различную правовую природу:

- проценты являются частью цены кредитного договора, которая представляет собой денежное вознаграждение (плату) за временное использование суммы кредита (предоставленного банком капитала), зависит от срока использования кредита и отражает возмездность кредитного договора;
- дополнительные выплаты (комиссия за выдачу или предоставление кредита, комиссия за открытие ссудного счета и комиссия за обслуживание кредита), одновременно взимаемые банком при выплате заемщику суммы кредита, представляют собой часть цены кредита, не зависящую от его срока;
- комиссия за досрочный возврат кредита представляет собой компенсацию издержек банка, вызванных недополучением банком процентного дохода, дополнительными операционными расходами и реинвестированием, в смысле п. 2 ст. 709 Гражданского кодекса Российской Федерации;
- комиссия за рассмотрение кредитной заявки в случае, когда она взимается банком без последующего предоставления кредита, является вознаграждением за консультацию потребителя о порядке и условиях получения кредита по договору возмездного оказания услуг;
- комиссии за расчетно-кассовое обслуживание, внесение/получение наличных денежных средств в кассе банка (или банкомате) являются вознаграждениями по договору банковского счета.

На основе анализа зарубежного права (США, Великобритания, Германия, Франция, ЕС), действующего российского законодательства и судебной практики можно предложить следующий комплекс правовых средств, которые являются элементами правового регулирования полной стоимости (цены) договора потребительского кредита:

- ограничение на уровне закона допустимых способов определения цены и ее элементов в договорах потребительского кредита;
- единый для всех кредиторов порядок определения полной стоимости кредита и обязательное информирование о ней заемщика до заключения договора потребительского кредита;
- определение в федеральном законодательстве максимального значения полной стоимости кредита для различных групп кредитных продуктов. Указанная мера направлена на предупреждение практики взимания необоснованно высокой платы за кредит (запрет ростовщичества);
- запрет на взимание отдельных видов банковских комиссионных вознаграждений и компенсаций;
- уменьшение цены кредитного договора при досрочном возврате кредита;
- наделение судебных органов правом осуществлять по заявлениям заинтересованных сторон контроль за содержанием условий кредитного договора, которые влияют на его цену и установлены кредитором в одностороннем порядке (в банковских тарифах).

С.А. Румянцев, аспирант кафедры предпринимательского права НИУ ВШЭ, представил доклад о недобросовестных банковских практиках в сфере потребительского кредитования. По его мнению, с экономической точки зрения банки и заемщики всегда находятся в неравном положении на рынке потребительского кредитования. В абсолютном большинстве случаев потребители не способны повлиять на условия кредитных договоров (договорная диспропорция), а также не

обладают достаточной информацией для принятия рациональных решений (информационная диспропорция).

Это неравенство имеет серьезное правовое последствие: у кредитных организаций появляется фактическая (но не правовая) возможность удовлетворять свои интересы за счет ущемления интересов клиентов. Как показывает судебная практика, некоторые банки этим пользуются. Подобное поведение противоречит принципу добросовестности, который предполагает, среди прочего, обязанность сторон по взаимному сотрудничеству, а также уважение не только личных интересов, но и интересов контрагента⁶. Другими словами, банк должен стремиться к тому, чтобы его действия, в том числе по составлению кредитного договора, соответствовали разумным ожиданиям потребителя.

По экономическим причинам почти все взаимодействие между банками и клиентами стандартизировано, поэтому ущемление прав заемщиков следует считать не единичным случаем, а заранее продуманной недобросовестной практикой. Данная практика реализуется двумя способами: 1) путем включения в кредитный договор условий, которые имеют заведомо несправедливый и, соответственно, недобросовестный характер по отношению к заемщику; 2) путем организации взаимодействия с потребителями таким образом, чтобы они не имели возможности пользоваться установленными законом правами и гарантиями, а также принимали решения, не соответствующие их разумным ожиданиям.

Текущая судебная практика позволяет выделить несколько типов противозаконных договорных условий, в том числе:

1) условия об одностороннем изменении ставки процента, графика платежей, тарифов;

2) условия о сроках исполнения обязательств, не соответствующие нормам гражданского законодательства;

3) условия, навязывающие потребителям дополнительные финансовые услуги;

4) условия о безакцептном списании денежных средств для погашения кредита и о прекращении/приостановлении действия кредитной карты по усмотрению банка;

5) условия об установлении подсудности споров;

6) условия о скрытых комиссиях;

7) условия об ответственности банка и заемщика;

8) условия, ущемляющие права заемщика при досрочном возврате денежных средств, и т.д.

При оценке законности данных условий суды часто прибегают к системному и расширительному толкованию законодательства. Например, ч. 1 ст. 16 закона «О защите прав потребителей» запрещает включать в договор условия, ущемляю-

⁶ Речь идет об объективном смысле понятия «добросовестность» (по классификации И.Б. Новицкого). Характеризуя добросовестность в объективном значении, проф. Новицкий писал о «связанности, согласованности отдельных частных интересов, а также частного интереса с интересом целого; подчинении каждого равномерно идее общего блага, поскольку она проявляется или отражается на отношении между данными лицами». *Новицкий И.Б.* Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. № 1. Т. 6. С. 131. В современной литературе эта мысль получила развитие: «Добросовестность в объективном смысле — это взаимная честность и доверие контрагентов в отношениях друг к другу, учет взаимных интересов, рачительность, старательность, необходимая осмотрительность субъекта в гражданском обороте». *Радченко С.Д.* Злоупотребление правом в гражданском праве России. М.: Волтерс Клувер, 2010.

щие *права* потребителя по сравнению с правилами, установленными законами или иными правовыми актами. Однако суды усматривают нарушение указанного положения закона и в том случае, когда договорное условие вообще не касается прав потребителей, а устанавливает для них дополнительные *обязанности*, например обязанность по ведению ссудного счета.

Механизм защиты прав потребителей дает сбой всякий раз, когда договорное условие было установлено с учетом диспозитивных норм гражданского права, т.е. формально — по усмотрению сторон, а по факту — по усмотрению банка. Исходя из п. 3 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 13 сентября 2011 г. № 146, в подобных случаях суды должны сравнивать условие конкретного договора с вариантом поведения, предусмотренным диспозитивной нормой Гражданского кодекса Российской Федерации и применяемым в случае отсутствия специального соглашения. Соответственно, условие договора должно быть не хуже, чем этот вариант. Эта позиция не только не соответствует формулировке ч. 1 ст. 16 закона «О защите прав потребителей», но и сложна в практическом применении. Например, какие платежи по кредиту удобнее для заемщика — дифференцированные или аннуитетные? Банкиры полагают аннуитетный платеж удобным, прежде всего для самого заемщика, но он возможен только в силу диспозитивности ч. 2 ст. 809, ч. 1 ст. 810 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Из судебной практики вполне понятно, что правоприменительные органы стремятся признать положение договора ничтожным не в силу буквального противоречия какой-либо норме закона, а в силу необоснованного ущемления *интересов* заемщиков. Российское законодательство не содержит эффективных средств, которые позволяли бы оспаривать условия потребительского договора по подобному основанию⁷.

По этой же причине единообразная судебная практика до сих пор не сформировалась в отношении правомерности уступки долга коллекторам, а также по ряду иных вопросов.

Примером недобросовестной практики второго типа может служить одно из дел, рассмотренных Мосгорсудом⁸.

Потребитель приобрел в кредит автомобиль, кредитный договор был оформлен представителем банка, который находился в автосалоне. Перед подписанием он разъяснил потребителю условия кредитования. После того как заемщик вернулся домой и внимательно ознакомился с документами, оказалось, что многие условия не соответствуют устным разъяснениям. Как следует из объяснений потребителя, «в течение дня ему долго не отдавали документы, около 23 часов 26.04.2011 г. ему предложили быстро расписаться в документах, так как офис закрывался, что лишило его возможности ознакомиться с документами, прочитав которые он обнаружил, что стоимость автомашины завышена в два раза, сумма кредита также превышает в два раза сумму кредита, о которой имелась договоренность. В дальнейшем

⁷ При этом ст. 428 Гражданского кодекса Российской Федерации (договор присоединения) в подобных случаях практически не применяется, поскольку ее формулировки имеют недостатки. Кроме того, институт договора присоединения не позволяет признать договорное условие недействительным. Расторжение или изменение договора (ч. 2 ст. 428) часто не отвечает интересам заемщика.

⁸ Определение Московского городского суда от 20 февраля 2012 г. по делу № 33-0908.

ответчики оставили без удовлетворения его претензии о расторжении договоров... Кроме того, истцу навязана услуга по страхованию автомобиля». Исковые требования сводились к признанию недействительными ряда условий договора.

Суд иск отклонил, ограничившись формальной позицией: потребитель подписал все документы, в том числе акт приема-передачи, где написано, что он не имеет претензий, и согласовательный лист, из которого следует, что потребитель самостоятельно принял решение приобрести автомобиль в кредит, «находясь в здравом уме и твердой памяти, без оказания давления».

Рассматриваемый пример позволяет обратить внимание на пробел в законодательстве. Ч. 1 ст. 12 закона «О защите прав потребителей» наделяет потребителя правом отказаться от договора и потребовать возмещения убытков только в том случае, когда потребителю не предоставили возможность незамедлительно получить информацию при заключении договора. Даже если представитель банка допустил ошибку в устной консультации, то в письменных документах, которые заемщик подписал, содержалась корректная информация, т.е. так или иначе эта информация была предоставлена потребителю до подписания документов и ч. 1 ст. 12 не применима. Условия кредитного договора могут быть признаны недействительными в силу введения потребителя в заблуждение (ст. 178 Гражданского кодекса Российской Федерации) или обмана (ст. 179). В соответствии с ч. 1 ст. 178 потребитель может ссылаться только на заблуждение относительно природы сделки либо тождества или таких качеств ее предмета, которые значительно снижают возможности его использования по назначению. Заемщик в рассматриваемом примере заблуждался в отношении совсем других условий. Для суда было бы также затруднительно признать факт обмана, поскольку все кредитные условия были изложены в бумагах, которые потребителю предоставили, но он сам не стал с ними подробно знакомиться.

Вопрос возможно поставить и по-другому: установлена ли в законодательстве обязанность банка консультировать своих клиентов корректно и в обстановке, позволяющей сосредоточиться на содержании банковских документов? На данный момент — нет, но мы снова возвращаемся к общим правилам о добросовестности, закрепленным в ст. 1 и 10 кодекса. Вполне естественно, что добросовестный банк не должен заставлять потребителя подписывать кредитный договор в спешке. Проблема лишь в том, что законодательство не устанавливает каких-либо правил или критериев для судебной оценки подобных ситуаций, поэтому суду приходится занимать формальную позицию по подобным спорам.

Существуют дела, когда суды все же признали некоторые виды недобросовестной практики незаконными. К ним относятся: 1) составление договора мелким шрифтом и использованием сложных терминов; 2) размещение некоторых условий кредитования в Интернете, а не непосредственно в бумажном тексте договора; 3) возложение на потребителя обязанности по самостоятельному получению информации; 4) неприкладывание тарифов банка к тексту договора (при этом с потребителя берется расписка, что он с тарифами ознакомлен). В подобных делах, так же как и в случае с незаконными договорными условиями, позиции судебных органов представляются крайне спорными, поскольку основаны на расширительном толковании закона.

Проблема состоит в том, что формализованное российское законодательство не может предложить правоприменителям какие-либо эффективные средства оценки баланса интересов сторон кредитного отношения. Мировой опыт, а также отечественная правовая доктрина подсказывают, что данная задача может быть решена при помощи развития принципа добросовестности⁹. Целесообразно законодательно установить систему критериев («тест на добросовестность»), которые позволят судье оценить соблюдение баланса интересов.

К примеру, в Европейском союзе несправедливыми (недобросовестными) могут быть признаны условия, которые не являются индивидуально согласованными с потребителем и в нарушение принципа доброй воли вызывают существенный дисбаланс в правах и обязанностях сторон по договору в ущерб потребителю¹⁰. С.А. Румянцев полагает, что подобные формулировки не подходят для российского законодательства в силу разницы в правовых традициях и доктринах, хотя общий вектор развития законодательства в России и Европе совпадает.

Говоря о «существенном дисбалансе в правах и обязанностях сторон» российский юрист предполагает прежде всего, что каждому праву должна корреспондировать обязанность¹¹. Напротив, европейский юрист ведет речь о дисбалансе в рыночном положении сторон, о проявлении негативного эффекта от договорной и информационной диспропорции. По мнению докладчика, российское определение понятия «недобросовестное договорное условие» должно включать указания на стандартизированный характер условия и заведомое (для банка) противоречие данного условия правомерному и очевидному интересу потребителя, что не соответствует принципу добросовестности.

Второй вид недобросовестной практики может быть обозначен в законодательстве термином «недобросовестная коммерческая практика», которая предполагает любое недобросовестное влияние банка или аффилированного с ним третьего лица на поведение потребителя, совершаемое в интересах банка и противоречащее правомерному интересу потребителя.

Круглый стол продолжился выступлением начальника Управления контроля финансовых рынков Федеральной антимонопольной службы (ФАС) **О.С. Сергеевой**. Она рассмотрела отдельные вопросы защиты прав заемщиков в России, исходя из правоприменительного опыта ФАС. На сегодняшний день функции защиты прав потребителей напрямую не входят в компетенцию данного органа. Однако, применяя нормы антимонопольного законодательства, ФАС косвенно защищает и права потребителей.

О.С. Сергеева начала выступление с примера: психологически какой приятнее покупать товар — за 2000 руб. или за 1999 руб.? Так же и с кредитом. Какой кредит более привлекателен: за 20% годовых + 2% ежемесячно или за 60% годовых? Цифра

⁹ Это соответствует и п. 6 Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

¹⁰ См.: *Ефремова М.Д., Петрищев В.С., Румянцев С.А., Фогельсон Ю.Б.* Защита прав потребителей финансовых услуг / отв. ред. Ю.Б. Фогельсон. М.: Норма, Инфра-М, 2010. С. 277–280.

¹¹ Как писал Н.М. Коркунов, «определяемые юридическими нормами взаимные отношения людей слагаются из соответствующих друг другу и друг друга обуславливающих права и обязанности... Отношение, слагающееся из права и обязанности, и есть юридическое отношение». См.: *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права. СПб.: Изд. кн. магазина Н.К. Мартынова, 1909. С. 118–119.

в 60% психологически менее приятна. В начале 2000-х годов кредитование стало достаточно активно развиваться и банки стали искать более эффективные способы продвижения своих продуктов. Появились скрытые комиссии. Под скрытыми комиссиями или скрытыми процентами многие, в том числе и потребители, понимают те проценты, которые скрывают полную стоимость кредита. 2% ежемесячно от стоимости кредита скрывали реальную ставку в 40, 50 или 60%. Такой продукт намного сложнее продать, чем продукт за 20% плюс 2% ежемесячно.

Можно использовать терминологию недобросовестных практик. В законе о защите конкуренции есть свой термин — «недобросовестная конкуренция». Согласно определению, это действия, направленные на получение преимуществ, противоречащие законодательству или обычаям делового оборота, требованиям разумности, добропорядочности, справедливости и способные причинить ущерб или нанести вред деловой репутации конкурентов. Недобросовестная конкуренция запрещена антимонопольным законодательством. Одной из форм нарушения данного запрета является введение потребителей в заблуждение в отношении потребительских свойств товаров. Теоретически к действиям тех банков, которые начали предлагать потребителям указанные выше продукты со скрытыми процентами, можно было применить запрет на недобросовестную конкуренцию. Некоторые конкурирующие банки обращали внимание, правда неофициально, что они-то как раз в отличие от конкурентов честно указывали стоимость кредитов и потребителей в заблуждение не вводили.

Таким образом, понятно, что различные практики банков по отношению к потребителям могут быть ограничены в том числе и требованиями антимонопольного законодательства. Однако в данном случае кредитные организации жалоб на конкурентов не подавали и не были недостаточно активны, поэтому по такому пути не пошли, в свою очередь остальные банки переняли указанный способ продвижения банковских продуктов.

По вопросу о стоимости кредита можно дискутировать долго. В эту стоимость закладывается как стоимость денег (процентная ставка по кредиту), так и другие расходы банка (например, аренда). ФАС никогда не ставил своей целью оценивать законность или незаконность тех или иных комиссий, но с точки зрения потенциального пользователя услуг банковской системы есть определенная логика в признании комиссий незаконными. Например, комиссия за ведение ссудного счета не предполагает оказания какой-либо отдельной услуги, как разъяснил Высший Арбитражный Суд. Комиссия за выдачу кредита взимается только с тех, кто кредит получил. Но с тех, кому было отказано в выдаче кредита, эта комиссия не взимается. Получается, что услуга по рассмотрению документов оказывается и тому, и другому, но взимание комиссии зависит от принятого положительного или отрицательного решения. Но объективно затраты на рассмотрение заявок на кредит, по которым было отказано, включаются в стоимость банковских продуктов. Аналогично в процентные ставки по всем кредитным договорам закладывается риск того, что часть заемщиков кредиты не вернет. Таким образом, этот риск компенсируется заемщиками, которые исполняют договор надлежащим образом.

Что касается жалоб потребителей, то тут примеры могут быть самые разные. В личной практике докладчика встречалась жалоба, где гражданка писала: «Я хотела купить себе шубу, я не была проинформирована обо всех условиях. Все, что

я подписала, — это один листочек». Это была оферта банку. На этом одном листе бумаги было все написано: и процент по кредиту, и все остальные комиссии. Не прочитать один листочек — это, как минимум, безответственно. Практика знает примеры, когда более опытные заемщики начинают жаловаться либо предпринимать какие-либо иные действия, чтобы не платить. Когда они брали кредит, это соответствовало и их разумным ожиданиям, и все они были проинформированы, и обо всем прекрасно знали. Но когда узнали, что судебная практика признает такие сделки незаконными, начинают пытаться получить какую-либо компенсацию.

Истина где-то посередине. Можно найти примеры и недобросовестных заемщиков, и недобросовестных банков.

К примеру, во время кризиса в общественную приемную ФАС обратились граждане, у которых была заложена машина. Они были не в состоянии платить по кредиту и хотели продать машину. Но банк держал документы и не давал возможности продать это транспортное средство, чтобы они могли погасить кредит. При этом банк был согласен отдать документы, если сами потенциальные покупатели придут в банк. Потенциальные покупатели, естественно, вообще не хотели связываться с кредитными машинами, поэтому получилась странная ситуация. Есть долг, он растет. Долг может быть погашен, но никакие разумные усилия со стороны банка не предпринимались.

Касательно прочтения условий договора О.С. Сергеева отметила следующее. Неправильно исходить из того, что договор не нужно читать. С самого начала потребительского кредитования до потребителя должны в определенной форме доводиться все существенные условия договора. Должна быть предоставлена информация, необходимая для правильного принятия решения. Идея достаточно четкая, но это вопрос правоприменения. Безусловно, мы будем сталкиваться с появлением новых практик в ответ на законодательное и судебное регулирование.

Право должно реагировать на меняющуюся ситуацию. Вопрос справедливого баланса — это вопрос обсуждения. Как и добросовестность, баланс является оценочным понятием. Конечно, потребители учатся на ошибках, но ошибки могут быть слишком жестокими. Это все-таки вопрос имущественного положения заемщиков, одно неверное решение — и долговая яма на всю жизнь. Поэтому государство при осуществлении регулирования должно создавать все условия, чтобы выбор потребителя был осознанным и, главное, правильным.

Доклады участников и последующая дискуссия показали, что найти компромисс в области кредитования крайне непросто, но необходимо для дальнейшего развития финансового сектора экономики. Значит, исследования данной проблемы будут продолжаться.

Н.Н. Телешина

доцент кафедры
ГиМПД Муромского
института (филиал)
Владимирского
государственного
университета, кандидат
юридических наук

ИКТ и право: современные проблемы киберправа (обзор материалов Международной летней школы по киберправу)

В обзоре освещаются результаты научной летней школы по киберправу, посвященной актуальным проблемам правового регулирования Интернета, информационной безопасности, защиты авторских права, предотвращению распространения нелегального контента и др.

Ключевые слова: киберправо, авторское право, нелегальный контент, информационная безопасность, открытое программное обеспечение, электронная коммерция.

Первая Международная летняя школа по киберправу прошла в Подмосковье со 2 по 7 июля 2012 г. Она была организована научно-учебной лабораторией по информационному праву факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

Международная летняя школа по киберправу направлена на объединение молодых специалистов в сфере ИКТ и права (студентов бакалавриата, магистратуры, аспирантов, молодых преподавателей, практикующих юристов) для совместного обсуждения правовых проблем. Участие в работе школы приняли представители научных и учебных центров Финляндии, Монголии, Белоруссии. Россия была представлена исследователями и практическими работниками из Москвы, Санкт-Петербурга, Ульяновска, Таганрога, Тюмени, Мурома и других городов России. В работе школы также участвовали специалисты из Великобритании, Бельгии, Франции, проводившие мастер-классы, которые позволили ознакомиться с методикой университетского преподавания, а также с авторскими позициями докладчиков.

Цель школы – дать возможность участникам обсудить общие проблемы, глобальные тенденции развития киберправа, обменяться результатами исследований, опытом в изучении и преподавании курсов информационного права, телекоммуникационного права в российских и зарубежных университетах, получить новые знания о методиках и результатах российских и зарубежных исследований, наладить профессиональные связи. Международная летняя школа по киберправу – это шаг к вовлечению молодых специалистов в научные процессы, получение навыков презентаций в международной аудитории.

Участники школы рассматривали наиболее актуальные вопросы, которые не имеют однозначного решения:

- регулирование отношений в сети Интернет, в том числе посредством права;
- пути развития авторского права в странах с разными правовыми традициями;
- правовая защита персональных данных;
- правовое регулирование формирования электронного государства.

Кроме того, обсуждались такие актуальные для современной юридической науки и практики вопросы, как создание открытого программного обеспечения, распространение легального и нелегального контента в Интернете, обеспечение информационной безопасности и др.

Открывая работу Международной летней школы по киберправу, И.Ю. Богдановская (доктор юридических наук, профессор, заведующая научно-учебной лабораторией по информационному праву факультета права Научного исследовательского университета «Высшая школа экономики») акцентировала внимание на сложности феномена «киберправо», на особенностях выработки национальных доктринальных учений о киберправе. И.Ю. Богдановская указала на наличие противоположных подходов в современном понимании киберправа. В соответствии с первым подходом, киберправо не может рассматриваться как самостоятельная отрасль права. Однако согласно второму подходу, сформировавшемуся в последние годы, киберправо представляет собой самостоятельную комплексную отрасль национального права.

С.Г. Камолов, кандидат экономических наук, также отметил особую актуальность научного и практического осмысления вопросов информатизации и компьютеризации, в том числе, в целях повышения эффективности государственного управления при реализации принципа «одного окна», оказании государственных и муниципальных услуг в электронном виде, внедрении межведомственного электронного документооборота. С.Г. Камолов подчеркнул, что все информационные и телекоммуникационные технологии должны использоваться в интересах обеспечения и соблюдения прав человека.

С основным докладом выступил И. Ллойд, профессор Университета в Саутгемптоне (Великобритания). Данный Университет входит в десятку лучших исследовательских университетов Великобритании по компьютерным и инженерным наукам, изучению окружающей среды, экономике и праву и традиционно занимает первое место по «Электронной технике». И. Ллойд подробно и наглядно охарактеризовал глобальные масштабы изменений, происходящих в современном обществе, вызванных развитием Интернета и информационных технологий в целом. Докладчик сформулировал концептуальные основы развития Интернета с момента возникновения и до сегодняшнего времени, необходимые для теоретического осмысления Интернета и определения перспектив его регулирования.

В середине 1980-х гг. Интернет появился и развивался как форма коммуникации. В то время он являлся во многом монопольной телекоммуникационной сетью, находящейся под контролем государства, при ограниченной доступности для населения и низкой скорости передачи информации. В 1990-х гг. доступ населения к Интернету значительно расширился, он стал намного более быстрым и доступным в любое время суток. В настоящее время Великобритания является свидетельницей двух основных процессов, происходящих в Интернете: либерализации, поощряющей конкуренцию интернет-операторов в еще недавно моно-

польной сфере, и приватизации интернет-услуг. Сети беспроводного мобильного Интернета в Великобритании развиваются значительно быстрее, чем выделенные сети связи. Например, бывший английский монопольный поставщик Интернет-услуг BT по-прежнему владеет около 80% инфраструктуры телекоммуникаций, но доля оказываемых им услуг составляет не более 40% в общем объеме рынка. Наблюдается быстрый рост мобильного интернет-трафика. Однако долгое время эти вопросы не регулировались законодательно, не было никакой судебной практики. И сегодня в Великобритании (так же, как и во всем мире) еще не выработаны эффективные правовые механизмы для регулирования Интернета и обеспечения добросовестной конкуренции в сфере интернет-услуг.

И. Ллойд затронул сложность решения вопросов регулирования Интернета. В интернет-отношениях участвует несколько сторон, интересы которых могут расходиться (государство, сервис- и контент-провайдеры, отдельные индивиды и интернет-сообщество в целом, заинтересованное в регулировании поведения пользователей).

А. Савельев (кандидат юридических наук, представляющий компанию IBM) посвятил свой доклад особенностям правового регулирования открытого программного обеспечения. Открытое программное обеспечение (англ. — open-source software) — это программное обеспечение с открытым исходным кодом, лицензируемое на условиях особых лицензий, предоставляющих широкий спектр правомочий по его использованию. Исходный код таких программ доступен для просмотра, изучения и изменения, что позволяет пользователю принять участие в доработке самой открытой программы, использовать код для создания новых программ и исправления в них ошибок.

Общепринятая дефиниция открытого программного обеспечения изложена на сайте www.opensource.org. Там же содержится и перечень лицензий, которые отвечают признакам open source. В настоящее время *открытое программное обеспечение* получает все более широкое распространение в России, чему способствуют кампании против нелегального использования проприетарного программного обеспечения. Открытое программное обеспечение в 2008 году внедрено в ряде школ Российской Федерации и может быть установлено в государственных и бюджетных организациях для обеспечения национальной безопасности в сфере ИТ.

Несмотря на то, что права, предоставляемые в рамках свободных лицензий, предоставляются бесплатно, открытое программное обеспечение (далее — ПО) представляет собой немалый интерес и для коммерческих организаций, которые могут организовывать на его основе различные бизнес-модели. В частности, оказывать сопутствующие услуги (поддержка, внедрение, обучение); повышать уровень продаж аппаратного обеспечения использующего такие программы (смартфоны на базе ПО Android, серверы на базе Linux и др.), **распространять коммерческий продукт на базе свободного ПО с добавлением определенного функционала и т.д.**

Юридическая сила свободных лицензий в контексте российского права является предметом острых дискуссий. В целях устранения неопределенности их правового статуса в ГК РФ предлагается ряд поправок, которые, к сожалению, не могут в полной мере решить данную проблему. В частности, отсутствует четкая дефиниция открытых лицензий, в связи с чем применение специального правового режима, разработанного в их отношении, «повисает в воздухе». Ошибочным является и указание

на возможность установления в лицензии возмездного характера предоставления соответствующих прав. Это в корне противоречит природе свободных лицензий и смешивает их с обычными коммерческими (проприетарными) лицензиями.

Предлагаемый в дополнение к регламентации открытых лицензий механизм самоограничения права как особой односторонней сделки, совершаемой правообладателем на сайте специализированного государственного органа власти в целях доведения своего произведения до сведения как можно большего круга лиц, может повлечь больше проблем, нежели принести пользы. В отсутствие четкой идентификации правообладателя и подтверждения его прав на произведение может возникнуть конфликт между интересами добросовестных пользователей и правообладателей, чьи произведения были выложены в общий доступ мошенниками, выдававшими себя за правообладателей. Да и вряд ли имеет смысл создание некоего параллельного механизма по отношению к свободным лицензиям в условиях, когда последние уже получили международное признание.

Так или иначе, несмотря на все недостатки предлагаемого регулирования, в случае принятия указанных поправок Россия может стать одной из первых стран, где на уровне закона введена регламентация свободных лицензий.

Данную актуальную тему продолжила Р. Мур из Университета Саутгемптона (Великобритания). В ее выступлении подробно освещена история возникновения движения за свободное программное обеспечение. Обращаясь к истории вопроса, профессор указывает, что в 50-е гг. XX века на компьютерном рынке доминировали крупные фирмы (например, IBM), которые специализировались не на продаже компьютеров (по причине их большой стоимости), а на сдаче их в аренду вместе с программным обеспечением с открытым программным кодом, который пользователи могли модифицировать.

В 1960 г. в интересах развития конкуренции на компьютерном рынке аппаратное (hardware) и программное (software) обеспечение стали продаваться отдельно. Это привело к коммерциализации создания и распространения программного обеспечения, и открытый код перестал быть доступным.

27 сентября 1983 года в Массачусетском технологическом институте известный программист и сторонник свободного программного обеспечения Р. Столлман запустил проект GNU (англ. — The GNU Project) — проект по разработке свободного программного обеспечения. Изначальной целью проекта была разработка достаточного количества свободного программного обеспечения, чтобы можно было обойтись без коммерческого «несвободного» программного обеспечения. Для достижения указанных целей в 1984 году началась разработка операционной системы GNU. Эта цель была достигнута в 1992 году, когда последний пробел в ОС GNU — ядро системы — был заполнен сторонней разработкой, ядром Linux, которое было выпущено как свободное программное обеспечение в соответствии с лицензией GNU GPL v2. Специфика данной лицензии заключалась в том, что любая модификация исходного кода предполагала возложение обязанности распространять модифицированную программу на тех же условиях **GPL лицензии, тем самым препятствуя** ее коммерциализации и «закрытию» исходного кода. Средства авторского права использовались тем самым не для максимизации прибыли правообладателя и возложения ограничений на пользователей, а для сохранения свободного статуса программы.

Несмотря на успех проекта GNU/Linux, свободное программное обеспечение вряд ли смогло бы привлечь достаточное количество сторонников и профессиональных разработчиков, если бы сохранялась пафосная идеологическая риторика движения.

В целях продвижения идей свободного программного обеспечения в бизнес-кругах была создана организация Open Source Initiative (OSI). Организация была основана в феврале 1998 года Б. Перенсом и Э. Рэймондом, когда корпорация Netscape Communications выпустила исходный код браузера Netscape Communicator как свободное программное обеспечение (СПО) из-за снижения прибыли и конкуренции с Microsoft Internet Explorer.

Инициативы и принципы OSI были поддержаны многими коммерческими компаниями, в том числе IBM, Oracle, Novell и рядом других компаний.

М. Жунич, директор по взаимодействию с органами государственной власти, Google (Россия), отметила необходимость более гибкого подхода к регулированию и защите авторских прав с точки зрения расширения легального контента в Интернете, в том числе, через формирование новой модели защиты авторских прав.

Данная тема была продолжена профессором С. Манара (Франция), который заострил внимание на проблеме предотвращения повторного появления нелегального контента в Интернете. Профессор на конкретных примерах показал различные способы ее решения в национальном законодательстве и правоприменительной практике: возложение на провайдеров обязанности контролировать доступ к контенту через IP-адреса, блокирование доступа, фильтрация и др. Однако все эти меры оказались неэффективными. Профессор остановился на проблеме «киберсквоттинге» (cybersquatting – регистрация доменных имен с целью их дальнейшей перепродажи или «захват доменов»). Основными видами киберсквоттинга являются тайпсквоттинг – регистрация доменных имен, близких по написанию с адресами популярных сайтов в расчете на ошибку части пользователей; брендовый киберсквоттинг – регистрация доменных имен, содержащих товарные знаки, фирменные наименования, популярные имена собственные, т.е. средства индивидуализации, охраняемые законом, а также регистрация «на перспективу; защитный киберсквоттинг – когда легальный владелец популярного сайта (товарного знака) регистрирует все доменные имена, близкие, созвучные, похожие, связанные по смыслу с его собственным доменным именем. С. Манара отметил французскую практику борьбы с нелегальным контентом.

В заключение выступления профессор сделал закономерный вывод о возрастающей роли технологий в регулировании интернет-отношений. Он подчеркнул, что правовые акты, регулирующие информационные отношения, наиболее эффективны, если они направлены на изменение архитектуры виртуального пространства, т.е. на регулирование технологий (программного обеспечения и компьютерного оборудования). Иными словами, закон в виртуальном пространстве меняет архитектуру с тем, чтобы она позволяла проще регулировать поведение пользователей. Это важно, так как иногда закон позволяет иметь доступ к определенному ресурсу, но современные технологии защиты не дают возможности этим правом воспользоваться.

Обсуждение вопросов защиты авторского права продолжил Б. Коэн, сотрудник Междисциплинарного центра права и ИКТ Лувенского католического универси-

тета (Бельгия). Он поднял важный вопрос определения неправомерных действий, от которых должно защищать правообладателя авторское право. Б. Коэн предлагает соотносить объем естественных прав человека и экономических вложений в результат интеллектуальной деятельности. Исследователь на конкретных примерах показал, что авторское право имеет пространственные (территориальные) и временные пределы действия, которые часто бывает сложно определить. Б. Коэн также затронул вопросы киберсквотинга, акцентируя внимание на том, что основной проблемой является выявление самого факта киберсквотинга, установление личности киберсквотера и его местонахождения. Ни законодательство, ни правоприменительная практика пока не имеет ответов на эти вопросы.

Представители компании Microsoft **А. Страх** и **М. Саакян организовали** дискуссию, посвященную способам борьбы с контрафактным программным обеспечением и защите персональных данных в Сети (в том числе при использовании «облачных технологий»).

Юрист международной юридической фирмы «Baker Boots L.L.P.» **Е. Тиллинг** подробно осветила российский и зарубежный опыт борьбы с недобросовестной конкуренцией при использовании объектов интеллектуальной собственности.

Юрист международной юридической фирмы «Baker Boots L.L.P.» **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 предмета соглашения, а также специфических способов использования соответствующего программного обеспечения; кроме того, внимания заслуживают вопросы, связанные с территорией действия лицензии, сроком действия договора и лицензии, способами защиты авторских прав, налогообложением. В контрактах на разработку или модификацию программного обеспечения необходимо отразить вопросы принадлежности исключительного права на производные работы, рисков проекта и др. В числе основных тенденций правового регулирования отношений в области информационных технологий **М. Баширов** назвал облачные вычисления (Cloud computing), предоставление программного обеспечения как услуги.

По прозвучавшим на школе докладам состоялась активная творческая дискуссия, в которой приняли участие студенты и аспиранты НИУ ВШЭ, высказавшиеся по другим актуальным проблемам киберправа: развитие электронной коммерции в России, формирование электронного государства, ответственность за информационные правонарушения, охрана авторских и патентных прав.

В заключение работы школы **И.Ю. Богдановская** подвела итоги научного мероприятия и вручила всем участникам сертификаты.

И.В. Гетьман-Павлова

*доцент кафедры
международного частного
права факультета
права Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики», кандидат
юридических наук*

Наука международного права и психологическая теория права

Рецензия на монографию доктора юридических наук, профессора А.А. Мережко «Психологическая теория международного права (публичного и частного)». Одесса: Феникс, 2012. 244 стр.

Начало XX в. в российской юриспруденции ознаменовалось бурным развитием доктрины международного публичного и международного частного права (далее — МП/МЧП). Значительный вклад в развитие российской теории МП/МЧП внесли В.Э. Грабарь, А.А. Пиленко, П.Е. Казанский, В.А. Краснокутский, А.Н. Мандельштам, Л.А. Шалланд. Еще более впечатляющим является перечень российских ученых, не занимавшихся специально проблемами МП/МЧП, но исследовавших в своих трудах различные их аспекты: В.М. Гордон, И.А. Покровский, Ф.В. Тарановский, Г.Ф. Шершеневич, Т.М. Яблочков. По непонятным причинам в современной литературе по проблемам науки МП/МЧП практически не упоминается имя Л.И. Петражицкого. Между тем этот ученый серьезно интересовался проблемами МП/МЧП, активно интересовался работами своих коллег¹. В частности, на публичной защите диссертации на соискание степени магистра международного права А.Н. Мандельштама «Гаагские конференции о кодификации международного частного права» Л.И. Петражицкий выступал неофициальным оппонентом².

В связи с этим представляет большой интерес изданная в 2012 г. на русском языке монография известного украинского ученого, доктора юридических наук профессора А.А. Мережко, к которой хотелось бы привлечь внимание российских ученых, занимающихся исследованием теории и практики международного права

¹ См. подр.: *Абдуллин А.И.* Очерки истории науки международного частного права в России (проблема понимания природы международного частного права в трудах отечественных правоведов XIX — начала XX в.). Казань, 2004.

² Возможно, не случайно последователями социологической и психологической теории Петражицкого в эмиграции выступили именно те ученые, которые специализировались и в международном частном праве, — Г.К. Гинс и Г.Д. Гурвич.

и международных отношений. Новая монография профессора Мережко посвящена психологической теории МП/МЧП. Интересно отметить, что это практически первая научная работа не только в доктрине права постсоветских государств, но и в западной теории права, специально посвященная обоснованию психологического подхода к проблематике современного МП/МЧП. К сожалению, несмотря на многообразие различных школ в науке МП/МЧП, в ней отсутствовало одно из интереснейших и наиболее плодотворных направлений, способных по-новому осветить проблематику международных отношений, — психологическое направление. Основной причиной этого было то, что психологическая теория права Л.И. Петражицкого не получила должного развития и освещения в мировой науке, а его главные произведения не были переведены на английский язык и остались неизвестными широкому кругу ученых-юристов³.

В своей монографии профессор Мережко представил методологические основы психологической школы в МП/МЧП на основе учения Л.И. Петражицкого, раскрыл основные понятия, принципы и институты МП/МЧП в свете психологического подхода к правовым явлениям.

По мнению автора, в настоящее время в теории международного публичного права наблюдается серьезный кризис, вызванный отсутствием общепризнанного научного понимания сущности и природы этого права. С учетом подобного кризиса, а также на фоне постмодернистского хаоса в данной науке необходимо вернуться к понятию права, разработанному Петражицким, и попытаться заново построить науку международного права на фундаменте психологической школы права.

«Для психологической теории права, — пишет профессор Мережко, — характерен ряд ценных и весьма редких для современной гуманитарной науки особенностей. Во-первых, эта теория, в отличие от постмодернистских концепций, не запутывает, а дает подлинное и ясное понимание сути права. Во-вторых, она лишена претенциозности, столь характерной для ныне модных, но бессодержательных теорий права, и доступна пониманию практически каждого юриста. В-третьих, эта теория непосредственно доступна соотнесению с практикой и дает возможность экспериментального подтверждения ее положений» (с. 10).

С учетом определения права вообще и международного права в частности, которое дал в своей теории Петражицкий, А. Мережко предлагает такое определение: международное право — «это императивно-атрибутивные убеждения людей относительно того, каковы взаимные права и обязанности государств, а также других субъектов международного сообщества» (с. 22).

Важно обратить внимание, что автор творчески подходит к психологическому учению Петражицкого, развивая его с учетом тех достижений, которые имели место после Петражицкого в области науки права, психологии и социальной психологии. Он также обращает внимание на социально-психологическую концепцию права, разработанную учеником Петражицкого — Г.К. Гинсом.

Вместе с тем Мережко не останавливается на исключительно психологической концепции международного права, а пытается показать тот путь, на котором международное право в качестве ментального факта становится фактом социальным. По его

³ Пожалуй, единственным исключением в этом плане является перевод отрывков из некоторых произведений Петражицкого, предпринятый в США в 1955 г.: Law and Morality: Leon Petrazycki / translated by Hugh W. Babb. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1955.

мнению, «с течением времени юридические эмоции (ментальные факты) кристаллизуются в социальные правовые структуры (институциональные факты), которые затем начинают оказывать обратное воздействие на юридические эмоции, подвергая их определенному отбору, закреплению и развитию. Причем этот отбор может протекать как стихийно, так и целенаправленно (т.е. с помощью политики права)» (с. 37).

Автор также приходит к заключению, что международное право существует в виде: 1) определенных юридических эмоций (ментальных фактов); 2) физических фактов (например, здание ООН, ст. 38 Статута Международного суда ООН и др.); 3) системы международно-правовых знаков (международно-правовой символики); 4) институциональных фактов (например, операции ООН по поддержанию мира, санкции ООН и военные операции на основе резолюций Совета Безопасности ООН) (с. 37–38). Взаимосвязь и взаимовлияние между этими психологическими, социальными и физическими явлениями создает, по мнению автора, такой сложный и многомерный феномен бытия, которым является международное право.

Примером развития учения Петражицкого применительно к проблематике международного права является довольно удачная попытка А. Мережко поместить психологическое определение права в качестве особых психических переживаний императивно-атрибутивного характера в контекст понятия идентичности: «Именно идентичность выступает той основой, на которой формируются и существуют юридические эмоции. Идентичность определяет психологическое содержание взаимных прав и обязанностей между данным субъектом и теми социальными группами, в которые он входит и с которыми он взаимодействует. В силу принадлежности человека к различным социальным образованиям, в его сознании складывается множественность идентичностей и даже их определенная иерархия, поскольку между этими идентичностями иногда возникает конфликт. Идентичность человека непосредственно связана с той социальной ролью, вернее даже ролями, которые играет в обществе данный человек. А эти роли, в свою очередь, определяются той системой разделения труда, которая сложилась в данном социуме» (с. 54).

Вызывает интерес типология норм международного права, которую предлагает автор исходя из учения Петражицкого. А. Мережко выделяет следующие виды международного права: 1) интуитивное международное право; 2) позитивное международное право; 3) официальное международное право (в рамках этого права он выделяет подвиды — внутреннее и внешнее официальное международное право); 4) неофициальное международное право.

Психологический подход, который применяет автор в ходе анализа принципов международного права, его источников и субъектов, позволяет ему прийти к достаточно интересным и оригинальным выводам.

Обращает также на себя внимание и та схема эволюции международно-правовой психики (точнее, международного правосознания), которую представил автор, используя модели спиральной динамики и меметики (науке о мемах) Ричарда Докинса. Такой подход придает всей монографии ярко выраженный междисциплинарный характер и показывает, что достижения других гуманитарных наук могут с успехом быть использованы в науке международного права.

Чрезвычайно большой интерес представляет последний раздел монографии, в котором автор формулирует основы психологической теории международного частного права, истоки которой также лежат в учении Л.И. Петражицкого. По-

сколькx нам ранее приходилось писать на тему психологического подхода Петражицкого и его теории политики права в контексте науки МЧП⁴, то мы полностью признаем плодотворность этого подхода в теории и практике решения коллизионных вопросов. В частности, хотелось бы обратить внимание на рассуждения А. Мережко о формировании политики МЧП: «Смысл политики МЧП... нам видится в том, чтобы законодатель и правоприменительные органы посредством создания и реализации соответствующих норм права оказывали сознательное и рациональное мотивационное и воспитательное воздействие на индивидуальную и массовую психологию в целях ее нравственного развития. Эта политика требует создания новой науки — науки политики МЧП со своей особой научной методологией и принципами. Одним словом, создание и реализация норм МЧП должны быть поставлены на солидный научный фундамент.

Одним из принципов политики МЧП должен стать принцип доверия к праву, в том числе к тем гражданско-правовым правам и обязанностям, которые возникли под воздействием иностранного права...

Данный принцип, который также можно было бы назвать принципом защиты правомерных ожиданий, в практическом плане предполагает, что судья, решающий коллизионный вопрос, должен способствовать защите тех гражданско-правовых прав, которые возникли у иностранных граждан в рамках их правовой системы» (с. 205–206).

Автор предлагает определение МЧП с точки зрения психологической теории права; предлагает рассмотреть МЧП с точки зрения схемы интеллектуального состава права, предложенной Л.И. Петражицким; выделяет несколько видов МЧП: 1) интуитивное; 2) позитивное; 3) неофициальное; 4) официальное. Большое внимание уделяется анализу принципов международного частного права в свете психологической теории права: «К числу основополагающих принципов частного права, характерных для практически всех национальных систем частного права и потому являющихся одновременно принципами МЧП, относят такие принципы, как справедливость, добросовестность и разумность. Не трудно заметить, что каждый из этих принципов имеет психологическое содержание. В свете психологической теории права эти принципы являются выражением интуитивного права, можно даже сказать интуитивного частного права, ибо за ними скрываются интуитивно-правовые представления, например, судьи, рассматривающего конкретное дело в области частного права. Так, например, в области МЧП принцип разумности проявляется в понятии «разумный срок» (с. 226).

Говоря в целом, монография профессора А.А. Мережко представляет собой серьезный вклад в развитие современной методологии международно-правовых исследований и дает нам возможность по-новому взглянуть на международное право. Очень жаль, что монография была издана весьма ограниченным тиражом и является труднодоступной для российских читателей. Остается только надеяться, что книга (изданная на русском языке в Одессе!) будет размещена в Интернете и таким образом приобретет известность в России.

⁴ См.: *Гетьман-Павлова И.В.* Проблемы международного частного права в психологической теории Л.И. Петражицкого // Журнал международного публичного и частного права. 2009. № 5; *Ее же.* Наука международного частного права: проблемы международной вежливости, публичного порядка и отсылки в психологической теории Л.И. Петражицкого // Журнал международного публичного и частного права. 2009. № 6.

LEGAL THOUGHT: HISTORY AND MODERNITY

L.K. Savuk

RUSSIAN CRIMINAL LAW CODIFICATIONS: PRO ET CONTRA

The article gives a retrospective glance at the codification of Russian criminal legislation to lay the ground for would-be legal scholars in this area. In particular, the paper shows what has already been done, which will assist young scholars to ground their assumptions on the past contributions. The article argues that the original vector of Russian criminal law development is intended to include all necessary criminal law norms

Keywords: codification, criminal law, Corpus iuris civilis, Russkaya Pravda, the 1649 Sobornoye. Ulozheniye, canon law, Criminal code, crime, liberalization, criminalization, decriminalization.

G.A. Borisov, V.A. Noskov

HERMENEUTICS OF LAW: A PROBLEM OF INTEGRATED INTERPRETATION

The article is devoted to the idea of synthesizing philosophy of law and integrated type of law interpretation in the Russian legal theory. More details are given on the key meaning of natural and positive types of law. A focus is given to the transformations as to their forming as superpositive approaches to cognizing empirically law and the approaches aimed at cognizing inner trends in law. The paper looks into the sociological interpretation of law, formal dogmatic methods and a new interpretation of the technological aspect of legal studies. The author starts a discussion on the inevitable necessity of integrated interpretation of law and the further development of idea on modern theoretical and methodological approaches.

Keywords: hermeneutics of law, type of law interpretation, natural law, legal positivism, universalism in understanding law, integrated understanding of law, civil society, legal state, sociological interpretation of law, dogmatic methodology of understanding law, juridical technique.

RUSSIAN LAW: CONDITIONS, PERSPECTIVES, COMMENTARIES

A.Ya. Petrov

FORMS AND CLASSIFICATION OF GUARANTEES AND COMPENSATIONS

The article attempts to formulate new approaches to defining forms of guarantees and classifying them. Guarantees, guarantee payments, compensations and compensation payments are studied on the basis of Section 7 and other norms of RF Labour Code, labour law doctrine.

Keywords: types of guarantees and compensations, their classification, guarantee payments, compensatory payments, Section 7 of the RF Labour Code.

A.V. Kozlov

PROBLEMS INTERPRETING CRIMINAL LEGISLATION ON LIABILITY FOR CRIMES AGAINST INTELLECTUAL PROPERTY

The article deals with the problems of interpreting criminal legislation on liability for crimes against intellectual property rights provided in Articles 146, 147, 180 and 183 of the

Russian Federation Criminal Code. The author attempts to explain the meaning of terms: misappropriation of authorship causing major damage; repeated illegal use of trademark and warning label; theft of documents containing trade secrets etc.

Keywords: interpretation of law, crimes against intellectual property, criminal liability, misappropriation of authorship, plagiarism, major damage, repeated illegal use of trademark.

E.A. Kayurov

CONSTITUTIONAL LAW REGULATION OF STATE (MUNICIPAL) FINANCES IN RUSSIA

The paper analyzes constitutional law regulation of state (municipal) finances in modern Russia and reveals topical issues in this area. It helps the author suggest measures to enhance the current legislation. The research is divided into three blocks: fundamentals of state (municipal) finances including their management, use, general principles of budgetary policy and budgetary process, principles and ideas of budgetary federalism.

Keywords: Constitution, constitutional economy, state (municipal) finances, budgetary federalism, budgetary policy, taxes, interbudgetary transfers, public power.

S.S. Zaikin

ELECTORAL BLOCS IN RUSSIA: HISTORY AND PROSPECTS

The article analyzes the history of the institution of electoral blocs in the Russian Federation; the examples of agreements of political parties founding the electoral blocs are examined in the context of the current reform of political parties and election legislation.

Keywords: elections, political parties, electoral blocs, Central Election Commission, agreements of political parties.

S.I. Lutsenko

INFLUENCE OF SHAREHOLDERS' DECISIONS ON CORPORATE POLICY

The paper considers how decisions of shareholders influence corporate policy. The purpose of the analysis is to identify relations among shareholders and between shareholders and the company management. In particular, the questions, concerning general meetings (decisions to increase capital stock, preemptive right of share acquisition), high remuneration to top managers (stock option). Influence of shareholders' decisions on the corporate policy are illustrated with cases.

Keywords: corporate governance, shareholder, management, related-party transactions.

P.N. Vishnevskiy, S.V. Yankevich

FACTUAL RECEIVER OF PROFIT IN INTERNATIONAL, FOREIGN AND RUSSIAN TAX PRACTICE

The article deals with the notion *factual receiver of profit* in international, foreign and Russian practice. The problem of applying this notion is being studied on the case study of the emission of international bonds. The study examines different interpretations of *factual receiver of profit* in international contracts, national laws and court practice.

Keywords: international taxation, double taxation, factual receiver of profit, international bonds, SPV.

JUDICIAL PRACTICE

A.B. Panov

ARE INSOLVENCY OFFICERS SUBJECT TO INSPECTION?

The article deals with the issue of bringing insolvency officers to administrative liability under Art. 14.13 of the RF Administrative Code on the basis of a bankruptcy creditor complaint.

Keywords: insolvency officer, administrative liability, the Federal Bankruptcy Law.

LAW IN MODERN WORLD

A.A. Vishnevskiy

DEPOSIT GUARANTEE SCHEMES IN EU BANKING LAW: CURRENT TRENDS

The article considers certain results of more than twenty year development of deposit protection in the EU banking law, major notions and possible perspectives.

Keywords: deposit guarantee schemes, deposit protection, EU banking law, bank deposit.

A.K. Volkov, A.A. Ryzhkov

EU LAW INFLUENCE ON REGULATING NATIONAL PHARMACEUTICAL MARKETS IN EU MEMBER STATES

The article is devoted to the influence of the EU law on national pharmaceutical markets of its members states. The authors study the obstacles impeding internal market of pharmaceuticals in the EU and the tendencies in its legal regulation.

Keywords: EU law, EU pharmaceutical market, Council Directive 65/65/EEC of 26 January 1965 on the approximation of provisions laid down by law, regulation or administrative action relating to medicinal products, Regulation (EC) No 726/2004 of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 laying down Community procedures for the authorization and supervision of medicinal products for human and veterinary use and establishing a European Medicines Agency, parallel import.

E.V. Postnikova

IMPLEMENTING FREEDOM TO PROVIDE SERVICES: MUTUAL RECOGNITION PRINCIPLE

The article aims to reveal the role of mutual recognition principle in implementing freedom to provide services and to appraise the effectiveness of its application. The author challenges the unambiguity of the principle under consideration due to different doctrinal approaches to its nature. On the basis of the analysis of secondary EU law, EU case law and diverse doctrinal views, the author outlines the features of the mutual recognition principle. The comparative analysis deals with goods and services as the objects of cross-border economic relations and on the basis of this research the author reveals peculiarities in applying mutual recognition principle in service sector. The study examines the application of mutual recognition principle and formulates the factors restricting its implementation. A special attention is paid to the analysis of EU legislation as to recognizing professional qualifications.

Keywords European Union, services, freedom to provide services, mutual recognition principle, internal market, harmonization, service provider, liberalisation, EU law, EU Court of Justice.

P.N. Dudin

FORMATION AND STANDARD FASTENING OF A THEOCRATIC MONARCHY IN MONGOLIA BETWEEN 1911 AND 1924

With state Qing disintegration in October, 1911, Mongolia saw an intense national-liberation struggle and more intense activity of centrifugal forces that led to the proclamation of the country's independence in December, 1911. In Mongolia where religious institutes have traditionally played an important role in society, the wave of religious revival brought the religious aspect into the relations between the state and authorities. The figure representing the divine foresight was BogdGeegen, also being the Jebtsundamba Khutuktu. However, after the Chinese invaders were defeated in 1921, the idea of association of all Mongolian nationalities as a sovereign theocratic formation under the aegis of the same monarch-sovereign got irrelevant with the lack of national unity. In 1924, after the death of the Bogdo-khan, the form of government changed and External Mongolia was declared a republic.

Key words: monarchy, religion, power, statehood, independence, treaty.

LEGAL EDUCATION REFORM

T.N. Troshkina

DEVELOPING ACADEMIC COMPETENCIES UNDER THE CONCEPTION OF MODERNIZING RF HIGHER PROFESSIONAL EDUCATION AND WITHIN ITS TARGET PROGRAMS

The article features the current educational area with the focus on modernizing education legislation and its implementation. Arrangement of educational process is analyzed with a special attention to the issues of adding new components. An assumption is made that this combination allows referring to the modernization of higher professional education as complex.

Keywords: research potential of students, modernizing higher professional education, legal education.

SCIENTIFIC LIFE

S.A. Rumyantsev

CREDIT AGREEMENT: BALANCING THE INTERESTS OF BANK AND CREDITOR (REVIEW OF ROUND TABLE DISCUSSION HELD AT THE HSE LAW FACULTY)

The review incorporates the proposals of the round table participants on crediting. The academic event was held at the National Research University Higher School of Economics. The subject matter of the discussion was the approaches applicable to the laws regulating the relations between banks and lenders. The panelists arrived at the conclusion that legal measures should take into account the interests of both parties and no preference at the expense of the other party is acceptable.

Keywords: banks, crediting, bank loans, debtors, consumer protection, freedom of contract.

N.N. Teleshina

ICT AND LAW: MODERN TRENDS OF CYBER LAW

The review contains the results of International Summer school of Cyber Law, devoted to issues of legal regulation of the Internet, information security, copyright protection, prevent the spread of illegal content etc.

Keywords: Cyberlaw, Internet regulation, copyright, illegal content, information security, open source software, electronic commerce.

BOOK REVIEW

I.V. Getman-Pavlova

THE INTERNATIONAL LAW SCIENCE AND PSYCHOLOGICAL THEORT OF LAW

Review of the monography writeen by Dr. of Law A.A. Merezhko Psychological Theory of International Law. Odessa, Feniks, 2012, 244 p.

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях.

На первой странице следует указать название статьи, ФИО автора, ученую степень, ученое звание, место работы, должность, контактные телефоны, e-mail.

Объем статей — до 1 усл. п.л., рецензий, обзоров зарубежного законодательства — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общее требование и правило составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии, введен в действие 01.01.2009 г.

Статьи должны сопровождаться краткой аннотацией и ключевыми словами на русском и английском языках.

Рукописи направляются по адресу: 109017, Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, оф. 212 (с приложением файла на носителе) или по e-mail: lawjournal@hse.ru.

Рукописи не возвращаются.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При наличии замечаний рецензента рукопись и файл возвращаются автору на доработку. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Позиция редакции необязательно совпадает с мнением авторов.

Перепечатка материалов только по согласованию с редакцией.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-52403 от 28 декабря 2012 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Редактор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Корректор *Н.О. Федорова*

Подписано в печать 07.06.2013. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 16,25. Тираж 600 экз.