

Право

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционная коллегия

Дж. Айани (Туринский университет, Италия)
Ю. Базедов (Институт Макса Планка, Федеративная Республика Германия)
Н.А. Богданова (МГУ имени М.В. Ломоносова, Российская Федерация)
Г.А. Гаджиев (Конституционный Суд Российской Федерации)
С.Ф. Дикин (Кембриджский университет, Великобритания)
Г.Б. Динуди (Оксфордский университет, Великобритания)
Н.Ю. Ерпылева (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Т.Г. Морщакова (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Г.И. Муромцев (РУДН, Российская Федерация)
В.Д. Перевалов (Уральский государственный юридический университет, Российская Федерация)
В.А. Сивицкий (Конституционный Суд Российской Федерации)
Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

Главный редактор

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

Адрес редакции

109028 Москва,
Б. Трехсвятительский пер, 3,
офис 113
Тел.: +7 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Адрес издателя

и распространителя

Фактический: 117418, Москва,
ул. Профсоюзная 33, к. 4
Издательский дом
Высшей школы экономики.
Почтовый: 101000,
Москва, ул. Мясницкая, 20
Тел./факс: +7 (495) 772-95-71
e-mail: id.hse@mail.ru
www.hse.ru

© НИУ ВШЭ, 2021

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

1/2021



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Правовая мысль: история и современность

С.А. Синицын

Корпоративный контроль в российском и зарубежном праве:
взаимосвязь права и экономики. 4

С.А. Агамагомедова

Аксиологические аспекты государственного контроля и надзора . . 37

О.Н. Коршунова, И.И. Головкин

Категория объекта в теории прокурорской деятельности:
теоретический и прикладной аспекты. 62

Г.И. Муромцев

Мусульманское право в контексте правогенеза 80

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

И.А. Купцов

Институциональные препятствия
к возбуждению уголовного дела 107

Е.Г. Комиссарова

Отношения по фактическому воспитанию ребенка:
проблемы семейно-правовой институционализации. 130

Право в современном мире

С.Б. Бальхаева, А.Е. Помазанский

Правовой статус международных организаций
как третьих сторон международных договоров в соответствии
с принципом *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* 154

В.С. Маличенко

Международно-правовые механизмы противодействия
чрезвычайным ситуациям в сфере здравоохранения. 174

Д.К. Мошников

Становление и развитие международно-правового
противодействия инфекционным заболеваниям 198

Р.Ж. Баишев

Правовое регулирование потребительского кредитования
в государствах ЕАЭС. 218

Е.С. Батусова

Испытание при приеме на работу: правовой опыт
зарубежных стран 244

Law

JOURNAL

OF THE HIGHER SCHOOL

OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics



ISSUED QUARTERLY

Editorial Board

G. Ajani (University of Torino, Italy)
J. Basedow (Max-Planck Institute, Federal Republic of Germany)
N.A. Bogdanova (Moscow State University, Russian Federation)
S.F. Deakin (University of Cambridge, Great Britain)
G.B. Dinwoodie (Oxford University, Great Britain)
T. Endicott (Oxford University, Great Britain)
G.A. Gadzhiev (Constitutional Court of Russian Federation)
A.A. Ivanov (HSE, Russian Federation)
V.B. Isakov (HSE, Russian Federation)
T.G. Morschakova (HSE, Russian Federation)
G.I. Muromtsev (Russian University of Peoples' Friendship, Russian Federation)
V.D. Perevalov (Ural State Law University, Russian Federation)
V.A. Sivitsky (Constitutional Court of Russian Federation)
Yu.A. Tikhomirov (HSE, Russian Federation)
N.Yu. Yerpilyova (HSE, Russian Federation)

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, Russian Federation)

Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitsky Per.,
Moscow 109028, Russia

Tel.: +7 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Legal Thought: History and Modernity

S.A. Sinitsin

Corporate Control in Russian and Foreign Law:
Relations of Economy and Law 4

S.A. Agamagomedova

Axiological Aspects of State Control and Supervision 37

O.N. Korshunova, I.I. Golovko

Category of Object in the Theory of Prosecutorial Activity:
Theoretical and Applied Aspects 62

G.I. Muromtsev

Muslim Law in the Context of Law-Genesis 80

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

I.A. Kuptsov

Institutional Obstacles for Initiating a Criminal Case. 107

E.G. Komissarova

Relations On Actual Upbringing of a Child: Family and Legal
Institutionalization 130

Law in the Modern World

S.B. Balkhayeva, A.E. Pomazansky

The Legal Status of International Organizations as Third Parties
to International Treaties in Accordance to Principle *pacta*
tertiis nec nocent nec prosunt 154

V.S. Malichenko

International Legal Mechanisms for Counteracting Health
Emergencies 174

D.K. Moshnikov

Development of International Law Regulations of Combating
Spread of Infectious Diseases 198

R.J. Baishev

Consumer Credit Regulation in EAEU States 218

E.S. Batusova

Employment Probation Period: Legal Experience
of Foreign Countries 244

Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

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

The objectives of the journal include:

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

The following key issues are addressed:

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

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

The journal is registered in **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) on the base of Web of Science**, Cyberleninka, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

Корпоративный контроль в российском и зарубежном праве: взаимосвязь права и экономики



С.А. Синицын

Ведущий научный сотрудник, отдел гражданского законодательства и процесса Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Б. Черемушкинская, 34. E-mail: synss@mail.ru



Аннотация

Убыстряющиеся темпы развития социально-экономических отношений являются мощным импульсом модернизации законодательства, которое в условиях глобализации рынков должно не только сохранить свойства стабильности, обеспечивая баланс частных и публичных интересов, но и создавать условия для дальнейшего развития предпринимательства. Проектируемые законодательством модели регулирования корпоративных отношений и контроля находятся в зоне пристального внимания бизнеса, регуляторов, юридической общественности. За всю историю развития корпоративного права законодателем не найдена оптимальная форма сочетания диспозитивного и императивного регулирования корпоративных правоотношений, обеспечивающая адекватное отражение экономических реалий и разрешение конфликта разнонаправленных интересов участников корпоративных отношений. Актуальными остаются вопросы выбора приоритета правоохраняемых интересов, определения пределов осуществления и защиты корпоративных прав, поиска допустимых форм концентрации и реализации корпоративного контроля в предпринимательской деятельности. Рынку известен широкий арсенал разнофункциональных договорных способов приобретения и расщепления корпоративного контроля (РЕПО, займ акций, опционы, свопы, деривативы, договоры на разницу ценных бумаг, титульное обеспечение, доверительная собственность и управление акциями и др.), обеспечивающих частные интересы инвесторов и кредиторов. Однако обеспечение свободы реализации частного интереса в выборе модели корпоративного контроля предполагает соблюдение публичного интереса стабильности оборота и охраны неопределенного круга лиц, в нем участвующих. Это может быть обеспечено за счет обязательного публичного раскрытия сведений о корпоративном контроле в корпорации. В современных условиях правовое регулирование концентрации и реализации корпоративного контроля является предпосылкой создания здорового инвестиционного и делового климата в экономике, гарантий интересов инвесторов и участников корпорации, что должно приниматься в расчет при развитии корпоративного законодательства. Определение и разграничения экономического содержания и юридической формы корпоративного контроля необходимо для дальнейшего развития механизмов и моделей осуществления и защиты корпоративных прав. Правовая регламентация корпоративного контроля не является однородной

и не исчерпывается только предметом гражданско-правового регулирования корпоративных отношений. По отраслевой принадлежности отдельные сегменты отношений корпоративного контроля могут регулироваться конкурентным и финансовым правом.



Ключевые слова

корпоративное право, юридическое и экономическое содержание корпоративного контроля, рынок, корпоративные правоотношения, императивность, диспозитивность.

Для цитирования: Сеницын С.А. Корпоративный контроль в российском и зарубежном праве: взаимосвязь права и экономики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 1. С. 4–36.

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.4.36

Введение

Современное развитие предпринимательства и рынка в условиях интернационализации капиталов ставят задачи перед законодательством и правовой наукой в поиске новых инструментов регулирования усложняющихся корпоративных отношений. Выбор регуляторов требует всестороннего исследования экономической основы и юридической формы отношений корпоративного контроля, что предполагает комбинированное использование методологии юридических и экономических наук. Излагаемый подход объясняет структуру исследования, позволяя сконцентрироваться на рассмотрении важных вопросов теории корпоративного права, правоприменительной практики и законодательства.

1. Корпоративный контроль как объект правового регулирования: подходы, формы

Теория и практика современного корпоративного права, развивая нормы закона об особенностях осуществления и защиты корпоративных прав, пресечении и предупреждении правонарушений, режимах деятельности юридических лиц, создали предпосылки трансформации классического понимания сути корпоративных правоотношений, статуса, баланса интересов, рисков и ответственности их участников. В фокусе внимания оказались вопросы правового регулирования форм, содержания, осуществления корпоративного контроля как «одной из самых главных, центральных категорий корпоративного права, корпоративных финансов и корпоративных отно-

шений вообще» [Степанов Д.И., 2009: 143]. Есть мнение, что контроль следует отнести к важнейшей предпринимательской ценности [Осипенко О.В., 2014: 2]. Впрочем, приверженность такому подходу заставляет определиться со значением и контекстом понятия контроля: объем и пределы осуществления экономической власти, объект правового регулирования, полномочия органов юридического лица, компетенция органов государственной власти по регулированию экономической деятельности. Не зря в литературе отмечено, что изначально корпоративный контроль был использован в публичном праве в значении механизма реализации контрольно-надзорных властных полномочий в отношении деятельности юридических лиц [Дьяченко Е.Б., 2013:12]. В настоящей работе автор ограничивается пониманием корпоративного контроля как меры и формы частной юридической власти в корпоративных правоотношениях, допуская отождествление терминов «корпорация» и «юридическое лицо». Турбулентность и кризисы финансовых рынков, изменение их привычных основ поставили новые задачи перед правовым регулированием, вскрыв недостатки в правовом регулировании корпоративного контроля [Kaserer K., 2011: 320]. Интересен предлагаемый ракурс исследований в выявлении взаимосвязи между экономическими институтами и правовыми нормами — корпоративный контроль лежит в основе рынка, связывая корпорации, финансы, инвестиции и производства [Haar B., 2008: 964–965].

В доктрине корпоративного права признано, что отношения корпоративного контроля predetermined констукцией юридического лица, поскольку термин «общество» (*la société*), происходя от римских *societas* или *socius*, означает «компаньон» или «ассоциированный» и знаменует неразрывную связь с участниками-учредителями [Ripert G., 1952: 21–32]; [Gierke O., 1913: 7–9]. Имущественная и организационная самостоятельность корпорации продиктована внешними причинами ее персонификации и обособления как лица [Тарасов И.С., 2000: 143], но из этого вовсе не следует вывода о формировании и проявлении вовне «чистой» воли корпорации как самодостаточного и независимого субъекта. Разграничение полномочий между органами юридического лица по принципу специализации и иерархии с внешней стороны создает впечатление о единой структуре корпоративного управления, но не может обеспечить свободного и независимого волеизъявления юридического лица как самостоятельного и изолированного субъекта права.

Нет основания для утверждения, что и волеизъявление участников юридического лица, в совокупности составляющих высший волеобразующий орган корпорации, отражает только их намерения и интересы. Такие намерения и интересы даже в сопоставлении друг с другом чаще всего не одинаковы, поскольку участники зачастую, будучи связанными собственными

обязательствами, используют чужие имущественные или интеллектуальные ресурсы для развития бизнеса, вынужденно выступая проводником чужих проектов в принятии корпоративных решений.

Очевидны не только конфликт интересов, разрешаемый нормами корпоративного права, но и наличие различных источников корпоративного контроля. Участник может действительно осуществлять корпоративный контроль только при наличии полной и объективной картины данных о состоянии дел в корпорации, которую трудно составить единолично и без искажений вследствие недостатка профессиональной компетенции. Следовательно, возможность индивидуального контроля ограничивается и искажается заранее как на этапе подготовки, так и принятия решения. Помимо полноты информации необходимо понимать ее значение и уметь интерпретировать скрытую в цифрах финансово-бухгалтерской отчетности и бизнес-планах организации информацию. Это означает, что среднестатистический участник не может сам полноценно составить правильное понятие о результатах и перспективах деятельности компании даже при непосредственном ознакомлении с документацией. Это затрудняет реализацию важнейшего права на информацию.

Современность подтвердила наблюдения М.И. Кулагина о том, что если в ретроспективе признак «независимости существования юридического лица от входящих в его состав участников» должен был восприниматься с оговорками об условности, то ныне вследствие усложнения отношений экономической зависимости утрачиваются всякие основания для рассмотрения юридического лица как экономически независимого субъекта товарно-денежных отношений [Кулагин М.И., 1997: 25]. Не зря в цивилистике отмечается гибкость понимания и применения основополагающего принципа разделения в современном корпоративном праве, в том числе и когда контролирующие лица недобросовестно реализуют собственный интерес под вывеской формально самостоятельной, но организационно и имущественно связанной с ними корпорации [Heindel T., 2020: 42]; [Суханов Е.А., 2013: 182–187]. На принципах экономической зависимости и корпоративного контроля нескольких юридических лиц строится целый раздел современного корпоративного права — Konzernrecht.

В российском законодательстве значительное время действуют правила о восстановлении корпоративного контроля (п. 3 ст. 65.2 Гражданского кодекса Российской Федерации; далее — ГК РФ), об исключении участника из корпорации (п. 1 ст. 67 ГК РФ), об ответственности лиц, уполномоченных выступать от имени юридического лица и определяющих действия юридического лица (ст. 53.1), о принудительном выкупе акций у миноритариев по требованию 95-ти процентного мажоритария ПАО (ст. 84.8 Закона «Об ак-

ционерных обществах» от 26.12.1995 г. № 208-ФЗ) и др. Даже беглый и выборочный обзор приведенных норм позволяет видеть новые формы концентрации и реализации прав и обязанностей субъектов корпоративного права, фрагментарное регулирование законом сфер корпоративной власти и ответственности. Это не может не сказаться на общей модели, структуре, содержании, принципах корпоративных правоотношений и вообще на статусе и значении юридического лица в контурах современного права и экономики.

Оптимизация корпоративного контроля невозможна без насаждения правом взаимной ответственности и подчиненности идее общего дела корпорации поведения всех ее участников. Точно так же нормативная регламентация специальных оснований ответственности контролирующих лиц корпорации призвана повысить качество принимаемых решений и оставить в прошлом распространенный афоризм, что при неразумном и недобросовестном принятии корпоративных решений «гораздо легче поймать за мыльный хвост поросенка, чем добиться возмещения от члена органа управления корпорации» [Reichert J., Weller M.-F., 2002: 50].

Осознание приведенных особенностей требует уяснить понимание корпоративного контроля как с точки зрения права, так и экономики, учесть особенности и разность его восприятия. Исследователями отмечена трудность жесткой вербализации корпоративного контроля и отсутствие устоявшихся на этот счет подходов в правовой доктрине.

Затруднения связывались с взаимообусловленностью и одновременно различиями посубъектного распределения функций по формированию стратегических и тактических направлений развития и текущему управлению корпорацией между участниками и наемным менеджментом. Сообразно этому выделялись и соответствующие формы корпоративного контроля, а через соперничество команд профессионалов за управление бизнесом обособывалась самостоятельность отдельных сегментов рынка корпоративного контроля и профессиональные компетенции менеджмента [Houben E., 1998: 2]. Отмечается, что конкурентность рынка корпоративного контроля окажется действенной в повышении стоимости корпорации за счет оптимизации управления ею и сокращения разрыва интересов менеджмента и участников. Профессионализм менеджмента предполагает связанность его поведения с интересами корпорации и невозможность достижения собственных выгод при принятии и реализации управленческого решения. Так, согласно доктрине корпоративных возможностей, подчеркивающей неразрывность потенциальной предпринимательской возможности только с интересами корпорации в оценке работы менеджмента, распространенной как в странах общего, так и отдельных правовых порядках континентального европейского права, нарушение менеджментом обязанности лояльности и при-

оритета интересов корпорации может обосновывать последующие притязания и присуждения в пользу корпорации эквивалента извлеченных выгод или упущенных возможностей.

Презюмируемая обязанность лояльности наемного директора не является разновидностью фидуциарных обязанностей и случаем их проявления в корпоративном праве, а следует из добросовестного и разумного осуществления функций корпоративного управления чужим бизнесом профессионалом, что в конечном счете выступает целью определения оценки качества работы менеджмента.

Доводы участников корпорации о примате их интересов за счет ограничения возможностей менеджмента не раз становились предметом дискуссий, в которых менеджеры оспаривали правильность ориентации бизнеса только на рост чистой прибыли за счет сокращения рабочих мест [Beyer J., 1999: 518–519]. При этом эгоцентричный интерес менеджмента очевиден, например, при сосредоточении в его руках значительного объема корпоративной власти при распылении корпоративного контроля миноритариев в крупном публичном акционерном обществе. В отдельных судебных решениях внутренние отношения директора и мажоритарного участника, а также степень их ответственности перед кредиторами корпорации образно сравнивают со связью марионетки и кукловода¹. Однако верно и то, что сама по себе принадлежность большинства голосующих акций не возводит мажоритария в статус субъекта активного корпоративного контроля, если он непосредственно не принимает оперативных решений по управлению корпорацией и сам не разрабатывает стратегию ее управления. Тем не менее мажоритарий в любом случае сохраняет пассивный контроль над корпорацией при найме и ротации менеджмента. Возможна и зеркальная ситуация. Недостатки коммуникаций участников благоприятствуют укреплению корпоративного контроля наемного менеджмента (*la désaffection [des assemblées] favorise les organes irigeants en place* — несогласие в собраниях развязывает руки наемному менеджменту).

Исследователи обобщений правоприменительной практики замечают, что корпоративные споры из притязаний на доступ к информации и на осуществление корпоративного контроля всегда взаимосвязаны и присущи любым корпорациям. Как правило, даже во внутренних делах активных и пассивных участников, не говоря об их взаимоотношениях с менеджментом, возникает непонимание и непринятие любых инициатив по проверке дел в корпорации, нарастают подозрения в излишней ретивости и каверзости и, как следствие, затягивание передачи или искажение соответствующей информации. На менеджменте лежит общая обязанность в установленном за-

¹ Zahn v. Transamerica Corp. (162 F.2d 36 (3d Cir. 1947)).

коном и корпоративными актами порядке сообщить по запросу участника объективную и актуальную информацию о состоянии дел в корпорации, а также доводить до сведения участников информацию о любых обстоятельствах, имеющих существенное значение для корпорации. Ее нарушение, по общему правилу, является основанием досрочного прекращения полномочий менеджмента и отмены решения собрания, принятого на основании недостоверных сведений при наличии разумности и добросовестности самих участников.

Признание возможности ознакомления с финансовой отчетностью, деловой документацией общества означает предъявление менеджментом документов корпорации независимо от бумажной или электронной формы фиксации соответствующей информации и документооборота. Объем необходимой для ознакомления информации предопределен статусом участника (например, для коммандитиста предусматриваются ограничения по номенклатуре документов, связанных с годовой отчетностью; могут учитываться корпоративные связи участника с другими корпорациями). Право на получение информации участником о состоянии дел в корпорации по общему правилу рассматривается как персональное, и от вида юридического лица зависит возможность представительства (например, в товариществах, такие исключительные случаи определяются невозможностью личного ознакомления вследствие болезни). Вопрос о допуске помощника и допустимом объеме его вмешательства является дискуссионным и не получил единообразного разрешения в правоприменительной практике. Единодушие прослеживается лишь в отношении субъектов, наделенных специальным статусом (аудитор, адвокат), который мог бы обеспечить конфиденциальность при условии, что привлекаемое лицо не участвовало в конфликте между участниками общества или их аффилированными лицами, «посеяв между ними раздор и вражду», нанеся вред самой корпорации [Lutz R., 2017: 227–235].

Объектом корпоративного контроля участника общества или инвестора являются органы корпорации, компетенционно управомоченные на принятие решения как на этапе их формирования, так и координации деятельности: общее собрание, наблюдательный совет, единоличный исполнительный орган. Для выявления корпоративного контроля важна комбинация фактических и юридических возможностей формирования субъектом органов юридического лица и по предопределению их решений. Это само по себе заставляет пересмотреть хрестоматийные суждения о корпоративном контроле (участие в корпорации — 50%+1), квалифицируя конкретную ситуацию по имеющимся характеристикам отдельно. Использование неколичественного подхода к определению корпоративного контроля, обеспечивая динамизм правоприменительной практики, уже позволило судам признать

контролирующим лицом корпорации миноритария с 1% участия, косвенно контролирующего мажоритарного участника корпорации². При разрешении другого дела³ контролирующим лицом был также признан однопроцентный миноритарий на основании договора об операционном контроле с несколькими другими участниками.

Отсутствуют основания говорить о жестких гранях между определением общей политики развития корпорации и текущим управлением ее делами, поскольку менеджмент, хотя и находится под постоянным контролем участников корпорации, самостоятелен в разрешении вопросов собственной компетенции. Уместность такого замечания позволяет предположить менеджменту самостоятельную зону ответственности за решения, которые им принимаются как профессиональным управляющим бизнеса. Налицо особая разновидность конфликта интересов по поводу корпоративного управления, без разбора которой реформы корпоративного контроля начиная с конца прошлого века и по сей день не могут быть поняты и продолжены полноценно.

Экономисты давно обосновали, что менеджмент принимает и активно развивает любые формы инвестиционной и финансовой политики корпорации, которые приносят ему выгоды, даже если это приводит к ущемлению экономических интересов участников [Cioffi J.-W., Hörner M., 2006: 419]. В любом случае организация и развитие рынка корпоративного контроля всецело относятся к предмету экономики [Windolf P., 1994: 82], поскольку идея его обоснования происходит из экономического описания прямой связи качества управления корпорацией и рыночной стоимости участия в ней. Более распространенный взгляд на рынок корпоративного контроля состоит в его понимании как оборота долей, акций, паев, принадлежность которых открывает широкие возможности экономического господства по управлению корпорацией [Manne H., 1965: 110]; [Lohrer S., 2001: 9], главная из которых состоит в передаче права голоса, а не в приобретении акции или доли как имущества. В свою очередь развитие рынка корпоративного контроля повлекло за собой повсеместное распространение практик поглощения, а в качестве реакции права — нормативное закрепление обязанностей мажоритарных участников публичных корпораций перед миноритариями при их вытеснении из корпорации.

Исследователями была отмечена близость корпоративного контроля к экономическому понятию собственности как присвоения и подчинения объекта власти лица, хотя такое понимание не находит опоры в законодательстве о вещном праве, показывая только абстрактный объем господства

² Дело Kahn v. Lynch Communications Systems 1994.

³ Corwin v. KKR Financial Holdings LLC 2015.

лица безотносительно к режиму объекта права. Тем не менее, была выделена даже категория «корпоративная собственность».

Логика такого подхода в том, что рынок, конкуренция и собственность являются экономическими институтами, которые были дифференцированы во всех капиталистических обществах, но вместе с тем рынок и собственность являются абстрактными контрольными средами, развивающимися только в конкретных сегментах. Ансамбль этих институтов, специализирующихся на управлении экономической системой, называется социальной организационной формой экономической элиты. Собственность может быть сосредоточена в семье, распределена среди тысяч мелких акционеров или находиться в руках институциональных инвесторов. Эти проявления собственности связаны с различными опциями по управлению; они меняются со временем и различаются в разных странах, которые различаются политическими и культурными традициями [Windolf P., 1994: 76–77]. Встречаются утверждения, что функции собственности и корпоративного управления на современном этапе развития совпадают, в связи с чем предлагается новый институциональный дизайн экономики. При неподдельном интересе к таким интерпретациям очевидно, что в их основе лежит социологическое и экономическое, но не юридическое понимание собственности и контроля.

Не могут не учитываться и отличия по существу. Принадлежность корпоративных активов (акций, долей, паев) характеризует объем корпоративных прав и сам статус правомочного субъекта в управлении и участии в корпорации в динамике и не может быть сопоставлена с режимом права собственности на телесные вещи в статике гражданского оборота ни непосредственно, ни по аналогии. Факт принадлежности, возможность отчуждения и наследования корпоративного участия еще не позволяют распространить на соответствующие отношения правовой режим собственности. Налицо существенные и непреодолимые отличия в осуществлении, защите, объектах корпоративных прав и вещных прав. В целом сопоставление и поиск сходства в режимах корпоративных и вещных прав — не более, чем гипербола.

2. Проблема визуализации корпоративного контроля в праве и экономике

Изначально по своей экономической сути корпоративный контроль является инструментом (механизмом) управления инвестициями. При помощи различных правовых средств (нормативные требования и ограничения корпоративной власти мажоритариев и контролирующих лиц, закрепление имущественных компенсаций и прав миноритариев и др.) законодательство

устанавливает требования к субъектам в отдельных нормативно конкретизированных фазах приобретения (концентрации) и осуществления корпоративного контроля. Соответственно правовое регулирование корпоративного контроля не является всеобъемлющим, его общая задача состоит в обеспечении баланса интересов участников корпоративных правоотношений и принудительном согласовании их разнонаправленных интересов. Примечательно, что искомый баланс интересов в корпоративных правоотношениях может и не отвечать формальным критериям справедливости, но он обязателен для всех участников корпоративных отношений в силу их участия в корпорации и связанности принципами корпоративного права. История корпоративных правоотношений показывает их непрерывное развитие, что обуславливает непрерывность и динамику изменения форм и содержания самого корпоративного контроля, невозможность его рассмотрения в статике. Требуется разграничивать экономическое содержание и отдельные сегменты правового регулирования корпоративного контроля.

Регулируя лишь отдельные сегменты экономических отношений, право значительное время сталкивается со сложностью выявления и идентификации экономически оправданных запутанных систем участия и управления корпорациями с многоуровневыми системами бенефициарного владения. Очевидны не только фрагментарность правового регулирования корпоративного контроля применительно к отдельным сегментам его проявления, но и невозможность его институционализации в праве. Недаром при описании структуры собственности и управления корпорациями исследователи отталкивались от понимания корпоративного контроля через общие характеристики и признаки «влияния» как возможности предопределения решений, принимаемых корпорацией. Специально оговаривалось, что «отличительные черты контроля, доминирования и влияния в целом далеко не ясны — «контроль» чаще выступает в качестве конечного ярлыка, чем термина с определенным значением» [Deborah A., 1999: 234].

Примечательно, что и экономическое понимание корпоративного контроля не является устоявшимся и также находится в постоянных трансформациях во взаимосвязи с вариациями потребностей и решений конкретных задач бизнеса и предпринимательства. Достаточно вспомнить, что изначально введенный американскими экономистами (Г. Минз, А. Берли) термин «корпоративный контроль» рассматривался в значении формирования совета директоров в структуре органов управления корпорации. Только впоследствии под ним было предложено понимать возможность определять политику корпорации в целом (Д. Котц). Однако и то, и другое понимание являлось ограниченным и не раскрывающим всех особенностей и свойств корпоративного контроля. Есть мнение и о том, что в ряде случаев концен-

трация, осуществление и последствия корпоративного контроля могут и не быть обусловленными только экономическими причинами и значением (А. Сайкс).

Применительно к деятельности юридических лиц можно сказать, что корпоративный контроль является результатом движения и концентрации капиталов, выражая экономическое господство (хозяйственную власть) субъектов при управлении и осуществлении предпринимательской деятельности в корпорации и опосредованно через нее на товарных и финансовых рынках. Такое предположение позволяет расширить сложившееся понимание корпоративного контроля как «экономической власти, которую получает то или иное лицо по отношению к конкретному корпоративному образованию и/или его органам» [Степанов Д.И., 2009: 146]; [Глушецкий А.А., 2013: 48]. Точно так же этот подход позволяет концентрироваться на фактической возможности, а не на поиске и последующей квалификации «определенных прав по принятию управленческих решений, корпоративных актов по управлению юридическим лицом» [Сарбаш С.В., 2008: 70–79].

В реальности субъекты корпоративного контроля, проводя в жизнь собственный интерес в принятии корпоративного решения, не ограничиваются мажоритарными участниками корпорации, а дополняются ее контролирующими лицами, менеджментом, купными институциональными инвесторами и бенефициарными владельцами бизнеса. По сферам локализации корпоративный контроль концентрируется на управлении имущественными активами корпорации, определении сфер ее предпринимательской деятельности, принятии организационно-управленческих решений от ее имени. Нет оснований соглашаться с современными авторами, которые из разделения функций корпоративного контроля на управленческую и ревизионную выводят различия аффилированных лиц и подконтрольности [Осипенко О.В., 2014: 29–32].

Соотношение корпоративного контроля и корпоративного управления возможно представить как цель и средство. В доктрине указывалось, что выработано два основных механизма, посредством которых осуществляется корпоративный контроль: закон с его общеобязательными требованиями и корпоративное управление, которое основано на власти голосов акционеров, подчиняющей и принуждающей менеджмент к проведению приемлемой управленческой политики [Zechner J., 1999: 19].

Правовое регулирование корпоративного контроля является комплексным и не ограничивается нормами корпоративного права, находясь в тесной взаимосвязи с обязательственным правом и вторгаясь в предмет регулирования конкурентного, инвестиционного и даже трудового законодательства. Речь идет о многоуровневом объекте правового регулирования. Даже в локализованном аспекте защиты гражданских прав корпоративный контроль

остается многоуровневым объектом, требующим всесторонней оценки. Так, например, при восстановлении прав при рейдерском захвате бизнеса следует принимать во внимание не фактически противоправно утраченный объем корпоративного контроля в количестве долей, акций или паев, а экономическую ценность возможностей, из него следовавших по состоянию на момент учинения правонарушения (ценность деловой репутации, клиентеллы, активов корпорации, сорванных бизнес-проектов и др.).

Именно от законодательства, регулирующего правовой статус юридических лиц и устанавливающего конкурентные ограничения, допустимые формы инвестиций, зависит, насколько законная предпринимательская деятельность обеспечит соответствие получаемого дохода ожиданиям инвестора. Бизнес всегда будет вынужден довольствоваться введенными законодателем ограничениями предпринимательства, но это совсем не означает, что инвесторы оставят попытки упростить и ослабить неудобные для них нормы права, изображая их не иначе как барьерами в реализации свободы предпринимательства. Схожим недовольством была инициирована дискуссия о состоятельности и актуальности германского акционерного права. В основу призывов к ревизии и реформе корпоративного законодательства были положены доводы о кризисе крупнейших акционерных обществ (Metallgesellschaft AG, Daimler Benz AG), неопределенном значении наблюдательных советов и финансовых организаций в немецкой системе «Corporate Governance», сетования на недостаток «культуры акций» в Германии.

Учитывая экономическую основу корпоративного контроля и его использование в качестве действенного и не всегда прямого инструмента управления корпорацией, рынком капитала и инвестиционными проектами, было предложено при идентификации сфер проявления и локализации корпоративного контроля не ограничиваться первым и поверхностным уровнем организации деятельности юридического лица, а учитывать все связанные с ним механизмы, которые предназначены для того, чтобы «напрямую или опосредованно координировать через рынки долей участия децентрализованные, не зависящие друг от друга решения формально самостоятельных и правосубъектных юридических лиц относительно структурирования предпринимательской деятельности, активов и реализации бизнес-проектов» [Fey G., 2000: 1–2]. Проникновение в корпоративное управление крупных инвесторов так же, как и практика массовых поглощений, изначально получили развитие в экономике США, но интернационализация капиталов привела к их распространению в континентальной Европе [Moerland P., 1999: 444].

Российская доктрина содержит разноплановые, но вместе с тем разрозненные взгляды и подходы к правовой квалификации корпоративного контроля. Исследователи корпоративного права утверждают, что «проблема контроля над организацией изначально возникла в связи с поисками меха-

низма привлечения к ответственности перед контролируемым лицом и его кредиторами», на деле же формализация критериев фактического контроля неизбежно сводит такой контроль к понятию юридического контроля, придавая ему правовое основание. В то же время лица, оказывающие фактическое влияние на корпорацию, за отсутствием формально-юридических связей с ней не признаются носителями корпоративных прав и обязанностей [Ломакин Д.В., 2018: 6].

Отмечается неясность перспектив применения норм ГК РФ о восстановлении корпоративного контроля при том, что в корпоративных правоотношениях интерес «управомоченного лица направлен как на сохранение своего правового положения (сохранение корпоративного контроля), так и на развитие этого положения в динамике существования права на управление (например, на возникновение правомочия на получение дивиденда или увеличение корпоративного контроля)»; обладание корпоративным контролем ассоциировано с правом управления — «степень участия в отношениях по управлению юридическим лицом того или иного субъекта предопределяет и объем его корпоративной ответственности» [Гутников О.В., 2019: 116, 187]. Встречаются и весьма дискуссионные подходы. В диссертационных исследованиях корпоративный контроль позиционируется как «частный вид отношений членства», обеспечивающих решающее влияние на волеизъявление корпорации [Зотова Е.К., 2019: 11] или как «вид корпоративных отношений, при котором участник корпорации способен оказывать определяющее воздействие на принятие стратегических и оперативных решений контролируемой корпорации» [Лавров М.В., 2006: 19]. Из-за неясности и неубедительности аргументации спорной является возможность выделения самостоятельных прав и правоотношений по корпоративному контролю.

В зарубежных правовых системах с многовековым опытом развития рыночной экономики законодательство и правоприменительная практика сочетают правовые и экономические критерии идентификации корпоративного контроля. В частности, именно такой подход реализован во Французском торговом кодексе (2000) (L233-3 и L233-4 1), закрепившем признаки корпоративного контроля: преобладающее участие в капитале и любые иные основания возникновения аффилированности, договорные модели связанности с одним или несколькими лицами, включая согласованные действия. Одновременно в требованиях к финансовой отчетности⁴ приводятся не только уточняющие, но и самостоятельные основания выявления наличия отношений по корпоративному контролю: консолидирующей признается компания, которая самостоятельно или совместно с другими компаниями

⁴ Règlement du Comité de la réglementation comptable. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000768342> (дата обращения: 15.12.2020)

способна оказывать заметное влияние на деятельность другой компании (п. 1001); под исключительным контролем понимается возможность управлять финансовой и операционной политикой бизнеса для получения выгоды от его деятельности.

3. Обязательное публичное раскрытие информации

При всем разнообразии доктринальных взглядов на корпоративный контроль можно определить одну из общих задач правового регулирования, отвечающую потребностям рынка и востребованную правовым регулированием деятельности публичных корпораций. При установлении баланса интересов в корпоративных правоотношениях право определяет требования к возникновению (концентрации) корпоративного контроля и ограничения на реализацию экономического господства из него следующего. Гарантируя соблюдение законных интересов третьих лиц — потенциальных кредиторов корпорации, право призвано обеспечить превентивную манифестацию и публичное раскрытие любых значимых сведений о корпоративном контроле в отношении конкретной корпорации, особенно в условиях ослабления и разнообразного соблюдения принципов пропорциональности и нерасщепления корпоративного контроля. Такие меры вполне оправданы, например, применительно к тем ситуациям, когда в силу национального корпоративного права принадлежность равного количества акций одного вида и класса разным лицам в силу общего нормативного дозволения и содержания конкретного корпоративного договора дает им различный объем прав и возлагает на них различные объемы риска и ответственности. Европейская доктрина уже давно рассматривает соблюдение требований о максимальном раскрытии информации о структуре корпоративного контроля как обязательное условие открытости и безопасности рынка капитала [Eichner M.-P., 2010: 5–7]. Однако правом ЕС такие условия еще не созданы.

На межгосударственном уровне не сложилась изолированная система общеевропейского корпоративного права, которая могла бы полноценно заменить национальное регулирование. На текущий момент урегулирован правовой статус юридических лиц европейского права, имеющих возможность осуществлять деятельность на территории любого государства-члена без прохождения специальных регистрационных процедур. Также отсутствуют и акты ЕС, устанавливающие общеобязательные стандарты в регулировании корпоративного контроля и раскрытии соответствующей информации. Соответственно в европейских правовых системах современности сохраняется национальное регулирование корпоративного контроля и раскрытия соответствующей информации с различным объемом и стандартами требований.

Вместе с тем отдельные шаги в направлении создания единых требований в части раскрытия информации о наличии корпоративного контроля ЕС уже сделаны. В частности, установлено общее требование к раскрытию экономического интереса лица в отношении конкретной корпорации для обеспечения прозрачности корпоративной собственности и повышения доверия к рынку и в противодействие к тайным приобретениям контроля над корпорациями⁵. Трудность однозначного понимания и соблюдения установленных Директивой требований состоит в том, что ее текст не дает исчерпывающего понятия о формах визуализации соответствующего интереса как условия и требования публичного раскрытия информации. Нет, например, ясности, требуется ли для раскрытия хотя бы минимального приобретения прямого или косвенного участия в корпорации, либо под это требование подпадают любые опционы на будущее приобретение участия или деривативы, исполнение которых приводит к ограничению корпоративной власти участников. Учитывая многообразие форм проявления косвенного контроля и участия, неясно, действует ли и на кого распространяется соответствующая обязанность (например, если акционер при осуществлении корпоративных прав действует не в собственном интересе, а в интересе третьего лица — неучастника корпорации и др.).

Наконец, Директива сужает возможности раскрытия соответствующей информации как во времени, так и по кругу лиц: «(5). Государствам-членам не должно быть разрешено устанавливать в своем национальном законодательстве требования публикации периодической финансовой информации на более частой основе, чем годовые и полугодовые финансовые отчеты; тем не менее государства-члены должны иметь возможность требовать от эмитентов публикации дополнительной периодической финансовой информации, если соблюдение такого требования не составляет значительного обременения или несоразмерной нагрузки, а сама информация способствует принятию инвестиционных решений». Общая цель описания Директивой новых возможностей контроля, как следует из смысла ее формулировок («... этот подход используется для того, чтобы информация об общем количестве прав голоса, доступных инвестору, была как можно более точной»), состоит преимущественно в публичном информировании потенциально-

⁵ Directive 2013/50/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 amending Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market, Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and Commission Directive 2007/14/EC laying down detailed rules for the implementation of certain provisions of Directive 2004/109/EC // Official Journal of the European Union. 06.11.2013.

го инвестора о сложившихся особенностях осуществления права голоса в корпорации. Но эти формы корпоративного контроля не ограничиваются. Общеизвестно, что корпоративный контроль может осуществляться опосредованно через компании, которые сами находятся под контролем. Немаловажно, что Директива рассматривает как обязанное лицо по раскрытию соответствующей информации о корпоративном контроле из участия эмитента, но не устанавливает обязанностей участников и третьих лиц. Это существенно влияет на актуальность раскрываемой информации.

В отдельных правовых системах обнаруживаются сбалансированные и действенные правовые механизмы, гарантирующие максимальное раскрытие значимой информации о концентрации корпоративного контроля и собственности в публичной корпорации. В английском Кодексе поглощения (Takeover code) практика делового оборота к участникам сделок на рынке корпоративного контроля предъявляет строгие требования к раскрытию информации о всех бенефициарах публичной корпорации. Тем самым защищается публичный интерес в полном раскрытии регулятору и участникам рынка информации о структуре собственности и корпоративного управления в публичной корпорации при широких возможностях модификаций механизмов корпоративного контроля инструментарием договорного права. Такой пример является весомой гарантией наиболее полного раскрытия информации о корпоративном контроле и собственности. Однако его особенность состоит в нехарактерных для диспозитивности общего права последствиях — применение уголовного наказания за мошенничество в сочетании с обязанностью полного возмещения вреда при сокрытии или искажении подлежащей раскрытию информации. Впоследствии требования Кодекса были обобщены и нашли отражение в Директиве 2004/25ЕС⁶, ориентированной на последующее развитие европейского законодательства.

В целом цифровые основы современной экономики создают широкие возможности раскрытия информации о корпоративном контроле для защиты прав и законных интересов участников оборота, вступающих в корпоративные правоотношения.

4. Правовые формы непропорционального объема корпоративных прав по обыкновенным акциям

Формы и содержание корпоративного контроля акционеров предопределены правовым режимом принадлежащих им акций. В условиях расширения диспозитивности и укрепления свободы договора в корпоративном

⁶ Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids // Official Journal of the European Union 30.04.2004.

праве со ссылками на лучший зарубежный опыт то и дело возникают идеи о введении в российское законодательство положений, допускающих наличие различных корпоративных прав у владельцев одного количества и видов ценных бумаг.

Наряду с классической конструкцией «одна акция — один голос» мировой корпоративной практике известны несколько моделей непропорционального предоставления прав по акциям: классы одного вида акций дают различный объем прав и голосов, объем прав и голосов по акции определяется в зависимости от срока членства в корпорации. Примечательно, что даже в общем праве отсутствует единодушное отношение к такому расслоению, на этот счет встречаются как положительные [Khachatryan A., 2007: 335], так и негативные [Bebchuk L., Kraakman R., Triantis G., 2000: 6] мнения. Однако намерения сторонников экономического анализа права идут дальше: постулируется, что свободный и автономный оборот прав голоса наряду с иными экономическими благами принесет пользу акционерам.

Для воплощения такой модели предлагался широкий спектр правовых средств: дифференциация акций, дающих права только на голос или только на дивиденд; вариации сочетания таких прав; полное отделение права голоса от акции. Последнее радикальное предложение обосновывалось идеей неприкосновенности экономической свободы, но несогласие с ней предлагалось находить в экономическом вреде корпорации и ее участников [Robert C., 1979: 806]. Однако неясно, в чем будет заинтересованность в голосовании у приобретателя голосов и как принцип голосования будет соотноситься с интересами самой корпорации, ведь приобретение права голоса невозможно за пределами общих начал и принципов корпоративного права. В английском праве по умолчанию на одну акцию приходится один голос, исключения могут быть установлены преимущественно для непубличных корпораций их уставами — «возможно создать различные классы обыкновенных акций с различающимися правами голоса — например, могут быть выпущены обыкновенные акции, не дающие владельцу права голоса, хотя такие случаи встречаются редко», обычно владелец обыкновенной акции реализует право голоса. Различия режима акций в публичных и непубличных акционерных обществах предопределены следующими особенностями: в публичной корпорации акции рассматриваются как инструмент привлечения и управления инвестициями, а в непубличных ее значение чаще всего замыкается на средствах корпоративного управления [Gullifer L., Payne J., 2015: 64–65].

В 2018 г. при поддержке Минэкономразвития России либеральную модель и основу совершенствования корпоративного законодательства было предложено закрепить в программных документах развития российского корпо-

ративного законодательства. Целесообразность нормативного закрепления такого порядка объяснялась тем, что специальные права акционеров могут быть урегулированы корпоративным договором, но он не имеет силы в отношении третьих лиц, которым неизвестно и не должно быть известно о его заключении и содержании. Затруднения предлагалось видеть в том, что российское законодательство не предусматривает возможности установления непропорциональных прав по обыкновенным акциям в уставе и эмиссионных документах. Российский закон об акционерных обществах от 26.12.1995 № 208-ФЗ предусматривает только один тип обыкновенных голосующих акций без возможности выпуска обыкновенных акций с особыми правами и (или) обязанностями. Закрепление особых прав предусматривается только для размещенных привилегированных акций, номинальная стоимость которых не должна превышать 25% от уставного капитала. Отмечалось, что игнорирование российским законодателем позитивного опыта зарубежных юрисдикций (британские Виргинские Острова, Великобритания, Кипр), допускающих выделение классов и видов акций с различным объемом прав, определенных уставом, создает препятствия капитализации российских компаний на аналогичных условиях и является предпосылкой для «вывода» холдинговых компаний из России в иностранные юрисдикции.

В действительности примеры либерального и диспозитивного регулирования правового режима акций есть и в континентальном праве. Так, по праву Нидерландов по общему правилу акционер имеет один голос на акцию. Однако если номинальная стоимость акций имеет различную стоимость, право голоса акционера определяется пропорционально такой стоимости (п. 2, 3 ст. 2: 228 ГК 2009 г.). Положения уставов могут отличаться относительно данной нормы. Уставы могут определять акции различных категорий (например, акции класса А и В), и наделять держателей акций класса А в зависимости от номинальной стоимости большим правом голоса, чем держателей акций класса В. Так, может быть определено, что за акцию класса А номинальной стоимостью € 10 на собрании может быть подано 25 голосов, а за акцию класса В номинальной стоимостью тоже € 10 может быть подано только один голос (или наоборот). Такое гибкое регулирование может быть, в частности, при регулировании правоотношений предприятий семейного типа. Закон не устанавливает особых ограничений многократности голосования. Однако такие нормы устава должны применяться ко всем решениям, и они могут быть введены на основании решения о внесении изменений в устав, принятого единогласно на собрании, на котором представлен весь акционерный капитал (п. 4 ст. 2: 228 ГК Нидерландов).

Пункт 5 ст. 2:228 данного ГК позволяет закрепить в уставе положение, наделяющее по единогласному решению участников правом голоса не все ак-

ции определенного класса; такую норму могут установить сами акционеры. Также цитируемая норма определяет, что при выпуске акции не наделяются правом голоса на общем собрании [Kroeze M., Timmerman L., Wezeman J., 2017: 116]. Пример показывает, что и континентальное право допускает диспозитивность и автономию, отражая экономические потребности, вопрос только в их пределах и возможностях применения в отношении как публичных, так и непубличных обществ. Полное и достоверное публичное раскрытие информации о правах по эмитируемым акциям в значительной степени может обеспечить не только права внешних кредиторов корпорации инвесторов, но и стабильность рынка корпоративного контроля.

В качестве возможных путей развития российского акционерного законодательства предлагалось две модели.

Первая основывалась на легитимации неограниченной возможности выпуска обыкновенных акций с любыми условиями, которые бы не противоречили закону. Как предполагалось, в этом случае эмитент будет свободен в выпуске обыкновенных акций любого типа с теми правами и обязанностями, которые необходимы акционерам конкретного общества, но это существенно усложнит работу финансовых рынков и сведет на нет принцип пропорциональности в корпоративных правоотношениях, которые, по существу, заменят механизмы договорного права.

Вторая модель предполагала возможность выпуска особых типов обыкновенных акций с правами, прямо предусмотренными Законом об акционерных обществах. В числе таковых предлагалось установить:

супер-голосующие акции — акции учредителей/мажоритарных акционеров, которые должны сохранить контроль/оговоренную долю контроля над обществом после вхождения в его капитал новых инвесторов. Данный тип акций предполагалось возможным выпускать, если в уставе и корпоративном договоре будет установлено, что новые акционеры не будут принимать активного участия в управлении обществом, но пользуются экономическими гарантиями (право на получение дивидендов, части имущества общества при его ликвидации). При этом право на отчуждение таких акций может быть ограничено установлением специального срока, так же как может устанавливаться срок неосуществления прав по ним. Права контролирующих лиц на получение дивидендов и распределение имущества общества могут быть ограничены установлением приоритетных выплат миноритарным акционерам;

акции миноритарных акционеров/инвесторов — обыкновенные акции при наличии супер-голосующих. Предоставляют низкий процент голосов для блокировки ключевых вопросов деятельности общества, но вместе с тем допускают экономическое участие в обществе, в том числе наделяя приори-

тетом при выплате дивидендов и иммунитетом при распределении имущества общества. Осуществление прав по такой разновидности обыкновенных акций и их оборотоспособность не ограничиваются;

акции с правом вето дают акционеру/инвестору право вето по установленным вопросам повестки дня собрания. Оказываются востребованными при приобретении инвестором крупных пакетов акций. Распоряжение ими может быть ограничено преимущественными правами других акционеров на их выкуп;

акции топ-менеджмента могут эмитироваться в рамках мотивационных программ деятельности наемного менеджмента. Свобода распоряжения ими ограничена преимущественным правом общества или акционеров на их выкуп;

особые акции, право голоса по которым не возникает или прекращается полностью или в части при наступлении оговоренных в уставе обстоятельств или срока. Как предполагали разработчики, будут размещаться в дополнение к другим классам акций.

Принятие этих моделей не может не сказаться стабильности и развитии финансовых рынков. Возможные опасения инвесторов не будут беспочвенными, поскольку фактически при непропорциональном распределении имущественных прав и контроля в корпорации выгоды от ее деятельности будут подчинены интересам контролирующего акционера как инсайдера по принципу внутренней частной выгоды. Также разработчики не проанализировали рисков и перспектив введения данных моделей в публичных и непубличных акционерных обществах.

Приведенные направления развития российского законодательства воплотились в отдельных законопроектных инициативах. В разработанном в 2020 году Минэкономразвития России проекте федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О международных компаниях» (в части разных типов акций)» со ссылками на лучший зарубежный опыт предлагается применительно к международным компаниям отказаться от разделения акций на обыкновенные и привилегированные и установить, что уставом, а не законом могут быть предусмотрены положения, согласно которым объем корпоративных прав, предоставляемых акциями разных типов, должен содержаться в уставе общества и в решении о выпуске соответствующего типа акций. В развитие этого положения в законопроекте предусматриваются различные сочетания и комбинации прав из акции в части управления акционерным обществом (голосование по всем или отдельным вопросам повестки дня, возможность осуществления права голоса под условием (совершение обществом или его акционером определенных действий)), получения отдельных экономических предоставлений из участия в

корпорации (право на получение дивидендов, части имущества общества, оставшегося после ликвидации общества и расчетов с его кредиторами) и т.д. По мнению разработчиков законопроекта, принятие таких мер позволит обеспечить интересы различных групп акционеров и создать правовую основу для многообразия гибких форм участия в уставном капитале.

При этом не учитываются, во-первых, недостатки и неудобства для рынка ценных бумаг диспозитивного регулирования деления акций на виды и классы с произвольным закреплением прав по ним без предварительного публичного и исчерпывающего раскрытия информации о правах по эмитируемым акциям. Во-вторых, что эффект редомициляции и изменение личного закона юридического лица не могут означать трансформации изначально определенной иностранным правом правоспособности корпорации при ее создании в неограниченную свободу выбора форм ведения предпринимательской деятельности на территории иностранного государства, правовой системой которого не предусматривается свобода установления типов и видов акций с непропорциональным объемом прав. В противном случае правовой статус международной компании и правовой режим выпущенных ею акций оказываются вне связи с правом страны создания юридического лица и с правом страны, определяющей статус международной компании.

5. Инструменты договорного расщепления и перераспределения рисков корпоративного контроля

В доктрине отмечается, что интересы инвестора на рынке корпоративного контроля требуют не меньших гарантий, чем участников обществ в сделках по приобретению участия в корпорациях [Einsele D., 2014: 706]. Право не может не учитывать интересы внешних кредиторов в управлении корпорацией, различая содержание корпоративного контроля для участников, кредиторов, менеджмента корпорации — именно акционеры обладают львиной долей корпоративного контроля в сравнении с менеджментом и внешними кредиторами корпорации, поскольку несут больший предпринимательский риск. Интерес кредиторов чаще всего ограничивается облигационной политикой корпорации.

При разности подходов правовых систем современности экономика подтверждает, что успешный рост корпорации невозможен без участия внешних инвесторов, интересы которых состоят в управлении корпорацией и получении дохода от ее деятельности. Распределение права голоса и права получения дохода положениями устава корпорации, например по общему праву, может быть поставлено в зависимость от размера участия в корпорации, произведенных инвестиционных вложений в имущество корпорации

или объема закупки выпускаемой продукции и других утвержденных уставом критериев. Интересы инвестора, участников корпорации, ее внешних кредиторов и менеджмента чаще всего не совпадают и находятся в состоянии конфликта — «сложные схемы для разделения прав на получение доходов, на активы и контроль между участниками и инвесторами в высокотехнологичных стартаповых компаниях могут послужить красноречивым примером» [Kraakman R., Armour J., Davies P. et al., 2009: 1–8]. Однако обеспечение и сохранение баланса интересов участников корпоративных отношений требует не запрета на использование отдельных договорных и корпоративных инструментов в управлении корпоративным контролем заинтересованными в развитии частной инициативы на его рынке субъектами, а закрепления нормативной обязанности по общеобязательному публичному и полному раскрытию информации о структуре и содержании корпоративного контроля в корпорации. Данное утверждение представляется универсальным и применимым независимо от конкретных форм и условий договорного расщепления корпоративного контроля. В свою очередь, используемые участниками рынка договорные модели и свобода автономии воли потенциально могут удовлетворить различные потребности и интересы участников рынка.

Маскировка структуры собственности в корпорации может осуществляться за счет использования арсенала доверительной собственности, в результате чего экономический собственник акций или долей полностью контролирует определенного им бенефициарного владельца, действующего исключительно в его интересах и на его средства, не имеющего возможности осуществлять корпоративные права и распоряжаться участием в корпорации самостоятельно [Geibel S.-J., 2008: 451–474]. При всей возможной разнице отношений по доверительной собственности и возмездному управлению корпоративными активами, многообразии комбинаций определения их принадлежности и распределения получаемых доходов следует различать два уровня складывающихся правоотношений: непосредственно между собственником и управляющим; между собственником, управляющим и третьими лицами. Вторая группа отношений затрагивает интересы третьих лиц и не может рассматриваться как *causa privata*, что требует публичного и обязательного раскрытия установленных имущественных титулов и прав из них, а также выполнения требования экономического и юридического обособления корпоративных активов как объекта доверительной собственности или управления. Не зря в цитируемом сочинении договоры о возмездном управлении долями/акциями и предоставлении их в доверительную собственность названы «атипичными учредительными договорами», исполнение которых может в корне менять предусмотренную законом модель корпоративного управления юридическим лицом.

Даже при отсутствии трастовых начал в законодательстве широкие возможности перераспределения корпоративного контроля оставляет модель договора управления акциями/долями: в российском законодательстве (ст. 5 Федерального закона «О рынке ценных бумаг» от 22.04.1996 № 39-ФЗ) допускает доверительное управление правами по ценным бумагам без лицензии доверительного управляющего, что означает ничто иное, как управление голосом.

В условиях непрерывного развития и модификаций договорных форм акционер получает возможность хеджировать риски падения цены и спроса на акцию страхованием или деривативным договором с финансовой организацией-инвестором, получив взамен дополнительно понесенных издержек гарантированный иммунитет от обычного для его статуса предпринимательского риска. К сходному экономическому эффекту приведет использование фьючерсов с фиксированной ценой продажи акций, опционов и свопов, позволяющих переложить на контрагента риск изменения цены акций.

Использование деривативов на рынке корпоративного контроля создает легальную возможность исключить риск колебания цены акции [Shen J., 2016: 14], но существенным образом преобразует понимание статуса акционера. Только с точки зрения экономики и выработанной ею теории эффективного рынка, но не права можно сказать, что договорные формы расщепления корпоративного риска могут быть рассмотрены в границах частноправовой автономии, диспозитивности. Не зря так характеризуют ситуацию экономисты и сторонники экономического анализа права, утверждающие, что законодательство и легитимированные им возможности должны рассматриваться участниками экономической деятельности в значении оферты [Fama F., 1970: 384].

Как можно понять, роль права исчерпывает себя в этом случае на этапе дозволения, далее вся надежда возлагается на силу самоорганизации рынка и его возможности сгладить и устранить негативное влияние распространения практик расщепления корпоративного контроля. Однако развитие рынка вне права — стихия, в которой права субъектов не защищены. С точки зрения содержания корпоративных правоотношений, распространение таких практик приходит в противоречие с устоявшимися основами корпоративного права, согласно которым право голоса и риска принятия решения, из него следующего, неразрывны и заставляют задуматься над характеристиками правового статуса акционера в условиях стремительного развития рынков капитала. Результат приведенных примеров расщепления состоит в отделении экономического риска от прав контроля.

В подобных условиях предпринимательский риск и право голоса акционера оказываются разорванными и нескоординированными друг с другом, в результате чего сам акционер теряет интерес к разумности и осмотри-

тельности осуществления права голоса при формировании рационального волеизъявления в голосовании в интересе корпорации. Дела компании для акционера, в отличие от его контрагентов, производших соответствующие инвестиции, становятся едва ли не безразличными. Напротив, третьи лица — неучастники корпорации, заинтересованные в возврате и приращении произведенных инвестиций, приобретают неподдельный интерес во временном управлении делами корпорации и поиске возможностей заместить или противопоставить свой голос голосам других акционеров. Истинный интерес в делах корпорации приобретают третьи лица, которые на момент осуществления акционером права голоса по сформированной повестке дня не обладают правом членства и корпоративного участия.

Указанная диспропорция интересов приводит к разрыву права на акцию и права голоса из нее с презюмируемым несением риска принятия решения по вопросам повестки дня акционером, права которого являются формально действующими. Иными словами, акционер, сохраняя за собой формальную полноту права участия, снижает свой риск наступления неблагоприятных последствий, следующих из нерациональной реализации права голоса. Исследователи охарактеризовали произведенное в подобных условиях голосование акционера «пустым» при возникновении в акционерном капитале «скрытой собственности», субъект которой несет всю полноту риска, следующего из волеизъявления своего контрагента, хотя и сам он правом голоса не обладает [Henry T., Bernard S., 2006: 811]. Однако нельзя не видеть и того, что при принятии корпоративных решений и оценке их последствий в долгосрочной перспективе развития корпорации инвесторы прямо или опосредованно едва ли будут мотивированы соблюдать интересы компании, не подменяя их собственными. В связи с этим есть основания рассматривать их как фрирайдеров, деятельность которых не всегда будет соответствовать интересам корпорации.

При всей инвестиционной привлекательности широкого спектра открывающихся возможностей нельзя не видеть очевидных рисков, из них следующих. Признание законом допустимыми таких форм предпринимательства создает заведомо неравные условия охраны интересов различных кредиторов корпорации и их необоснованные преимущества друг перед другом. Было бы необоснованным считать, что договорные правовые средства расщепления корпоративного контроля могут только минимизировать риски участников корпоративных отношений за счет разделения права голоса и рисков, из него следующих.

В корпоративной практике крупные инвесторы используют особый алеаторный договор (контракт) на неопределенный срок действия на разницу стоимости ценных бумаг, исполнение которого, в отличие от фьючерса, не предполагает передачу в собственность ценных бумаг в конкретную дату и

их оплату по адекватной рыночной стоимости инвестором. Эти особенности такого контракта позволяют считать его расчетным деривативом. Внешний экономический эффект исполнения такого договора состоит в присвоении инвестором стоимости роста котировок, а в случае снижения цены ценных бумаг — в праве инвестора на возмещение суммы соответствующего падения с причитающимися ему в соответствии с договорными условиями процентами и иными выплатами.

В действительности вследствие произведенных предоставлений, заведомо неэквивалентных стоимости ценных бумаг, инвестор приобретает существенную экономическую власть в корпорации, позволяющую ему не только опосредованно координировать ее имущественные активы, но и косвенно оказывать влияние на принимаемые ее органами решения, а также создающие возможность последующего поглощения корпорации (договор может включать эксклюзивные условия об особом порядке и цене приобретения отдельных акций инвестором, например, в зачет согласованных сторонами и уже сделанных инвестором предоставлений). Привлекательность и риск использования в корпоративных практиках состоит в приобретении значительной экономической власти над корпорацией инвестором как лицом, которое не имеет формального статуса акционера и не несет обязанности по раскрытию информации о содержании и исполнении биржевых сделок.

Особые правовые последствия, связанные с расщеплением корпоративного контроля, возникают при кредитовании акциями (*Aktienleihe*). Мировой финансовый рынок знаком с несколькими правовыми инструментами, служащими достижению данной цели. С экономической точки зрения происходит временная передача права собственности на акции с обязательством их обратной продажи или возврата по фиксированной договором цене. Для этого могут использоваться как сделки по передаче акций в заем, так и специальные договоры РЕПО.

С точки зрения как экономики, так и права в аспекте рассмотрения корпоративного контроля интересна конструкция, цели и последствия займа акций. Можно предполагать, что при займе акций расщепление корпоративного контроля является следствием, но не самоцелью сделки. Цель займа акций может состоять в обеспечении возможности господства над принятием широкого спектра корпоративных решений (отчуждение активов и (или) их «дружественное» перераспределение между аффилированными лицами, выплата дивидендов, управление холдинговой структурой взаимосвязанных компаний, привлечение финансовых активов и управление филиальной сетью корпорации и т.д.), заинтересованность в которых имеется у заемщика. Вместе с тем по договору займа акций именно заемщик приобретает всю полноту прав из акции на срок договора, включая и голосование. При этом на заемщика не ложится груз рисков и последствий выбора и принятия ре-

шений по голосованию, поскольку вся полнота ответственности, следующей из неразумного и неосмотрительного решения, возлагается на займодавца, предоставившего акции в заем.

При всей очевидности деформаций волеизъявления участников, возникающей при займе акций, подтвержденной международным сообществом корпоративного управления⁷, такая практика не признается недобросовестной. Напротив, в аналитических обзорах сообщается о росте заключения займов акций перед датами закрытия реестров акционеров [Christoffersen S., Geczy C., Musto D., Reed A., 2007: 2899], что может свидетельствовать о цели использования конструкции займа преимущественно для целей голосования. Часть из возможных в этом случае злоупотреблений может быть обеспечена положениями об отзыве акций из займа, сформулированными, в том числе и в уставе корпорации и имеющими приоритет над заключаемыми корпоративными договорами. Однако осуществление такой возможности должна быть гарантирована единообразными требованиями закона при предварительной проработке вопроса о возможности и допустимых сферах использования займа акций для целей осуществления корпоративных прав.

По содержанию и правовым последствиям заем акций не является разновидностью займа, урегулированного в системе договорных обязательств в гражданском законодательстве, и, соответственно, не может рассматриваться в ракурсе соотношения типа и вида договора применительно к урегулированной законом систематике договоров в общих положениях гражданских кодификаций. Можно констатировать лишь внешнее лингвистическое, а не содержательное сходство в рассматриваемых договорных конструкциях. Различия очевидны в объеме власти и ограниченности правомочий заемщика акций: заем акций является финансовым инструментом, но не источником получения корпоративного контроля над обществом.

Ошибочно впечатление и о сходстве общей конструкции займа с правоотношениями по займу акций, поскольку им фокусируется внимание только на эффекте передачи права на акции в распоряжение заемщика без учета условий таковой и объема юридической и экономической власти заемщика. Заем акций не дает заемщику неограниченных самостоятельных возможностей по их распоряжению и осуществлению прав, ими обусловленных, на оговоренный договором срок, как это было бы характерно для займа иного имущества, идентифицируемого по родовым признакам. В литературе отмечаются отдельные допустимые цели и опции использования акций заемщиком: переданные по займу акции используются для того, чтобы устранить

⁷ ICGN Securities Lending Code of Best Practice. P. 5. Available at: <https://www.sec.gov/comments/4-590/4590-10.pdf> (дата обращения: 15.12.2020)

возникающие при поставке операций с ценными бумагами «узкие места», при так называемых опционах «зеленого ботинка» (опционах доразмещения); при эмиссии заем акциями используется консорциумами для того, чтобы лучшим образом иметь возможность принять во внимание состояние конъюнктуры рынка; с помощью приема/передачи в заем акций могут быть ограничены риски падения курсов акций» за счет стабилизации цены акций инвестиционным банком. Далее утверждается, что для национальных фондовых рынков открывающиеся приемом/передачей в заем акций возможности означают повышение их ликвидности и надежности. Утверждается и то, что заемщик получает возможность путем продажи заимообразно передаваемых акций играть на разнице падающих курсов.

Считается, что от договора займа акций заимодавец приобретает следующие выгоды: накапливает прибыль от предоставления акций в заем, за счет реинвестирования акций повышает доход по своим ценным бумагам. Заемщик приобретает возможность распоряжения взятыми в заем акциями как товарами, что дает возможность последующей продажи, передачи в залог и заем акций. По договорной практике заемщику акций, как правило, передается только ограниченный объем корпоративных прав из акции: право на получение дивидендов, преимущественные права на приобретение акций дополнительных выпусков. Все риски снижения цены переданных акций в заем возлагаются на заимодавца [Mittermeier M., 2014: 100–104].

Голосование по заемным акциям не урегулировано законодательством единообразно. Предполагается, что заемщик не реализует права голоса по заемным акциям в полном объеме. Осуществление права голоса не соответствует экономической цели займа акций и должно толковаться не иначе, как вмешательство в частные дела корпорации при том, что заемщик акций не имеет присущей участнику корпорации заинтересованности и связанности с ее делами. Спорно утверждение, что в условиях распространения электронно-автоматизированного оборота ценных бумаг в масштабах мировой торговли рынок займа акций продолжает расти. Нельзя отрицать возможной полезности эпизодического использования займа акций в отдельных сделках, но говорить о его универсальной востребованности на рынке ценных бумаг едва ли обосновано.

Особенности рынка и депозитарного учета ценных бумаг полагаются в большей степени на широту возможностей и гибкость конструкций РЕПО, дающих в отличие от займа акций набор и варианты сочетания опций управления корпоративным контролем в корпорации с получением гарантированного дохода от продажи ценных бумаг акционером. На том основании, что экономическая основа и юридическая форма РЕПО состоит в возмездной возвратной передаче ценных бумаг, а акты их передачи и возврата неразрывны и в смысловом, и нормативном значении, нельзя согласиться с

пониманием и описанием РЕПО как «не самостоятельного типа договора, а лишь одного вида купли-продажи с обязательством обратного выкупа, являющегося самостоятельным типом договора, непоименованным в российском законодательстве» [Хлюстов П.В, 2013: 10–11].

Заключение

Экономические отношения по концентрации и реализации корпоративного контроля являются следствием движения инвестиций и капиталов участников предпринимательской деятельности, объектом правового регулирования при создании и деятельности юридических лиц. Отсутствуют основания для рассмотрения корпоративного контроля в значении института права. В целях предупреждения и минимизации корпоративных конфликтов правом определяются пределы и ограничения осуществления корпоративных прав, устанавливается баланс разноректорных интересов участников корпоративных правоотношений, определяется ответственность контролирующих лиц, устанавливаются требования и юридические последствия приобретения участия в юридическом лице.

Условием визуализации и идентификации корпоративного контроля является оценка фактических условий его концентрации и реализации в конкретной корпорации безотносительно к заранее определенным и общепринятым стандартам объема (количества) участия.

Баланс интересов рынка и участников корпоративных отношений требует нормативного закрепления всеобщей обязанности полного раскрытия информации об объеме приобретенного корпоративного контроля в корпорации, но не искусственного сдерживания использования договорных инструментов для его перераспределения и расщепления за счет установления в законодательстве соответствующих запретов на осуществление предпринимательской деятельности.



Библиография

- Глушецкий А.А. Корпоративный контроль участников хозяйственного общества и методы его формирования // Менеджмент и бизнес-администрирование. 2013. № 3. С. 38–48.
- Гутников О.В. Корпоративная ответственность в гражданском праве. М.: Норма, 2019. 488 с.
- Дьяченко Е.Б. Контроль за корпорациями: доктрина и практика. М.: Инфотропик Медиа, 2013. 144 с.
- Зотова Е.К. Сохранение корпоративного контроля в акционерном обществе в праве Германии и России: Дис. ... к.ю.н. М., 2019. 269 с.

- Кулагин М.И. Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо / Избранные труды. М.: Статут, 1997. 329 с.
- Лавров М.В. Риск в сфере корпоративного контроля: гражданско-правовые аспекты: Дис. ... к.ю.н. Волгоград, 2006. 200 с.
- Ломакин Д.В. Контроль как форма зависимости юридических лиц // Хозяйство и право. 2018. N 2. С. 3–20.
- Осипенко О.В. Корпоративный контроль: экспертные проблемы эффективного управления дочерними компаниями. М.: Статут, 2014. 686 с.
- Сарбаш С.В. Восстановление корпоративного контроля // Вестник гражданского права. 2008. N 4. С. 70–79.
- Степанов Д.И. Феномен корпоративного контроля // Вестник гражданского права. 2009. N 3. С. 142–206.
- Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2013. 456 с.
- Тарасов И.Т. Учение об акционерных компаниях М.: Статут, 2000. 666 с.
- Хлюстов П.В. Договор репо в российском гражданском праве: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2013. 260 с.
- Bebchuk L. Kraakman R., Triantis G. Stock Pyramids, Cross-Ownership, and Dual Class Equity: Mechanisms and Agency Costs of Separating Control from Cash-Flow Rights. Chicago, 2000. 318 p.
- Beyer J. Unternehmensverflechtungen und Managerherrschaft in Deutschland. Leviathan, 1999, no 4, pp. 518–536.
- Cioffi J., Höpner M. Das parteipolitische Paradox des Finanzmarktkapitalismus. Aktionärsorientierte Reformen in Deutschland, Frankreich, Italien und USA. Politische Vierteljahresschrift, 2006, no 3, pp. 419–440.
- Christoffersen S. et al. Vote Trading and Information Aggregation. Journal of Finance, 2007, vol. 62, pp. 2897–2929.
- Deborah A. The Mechanism of Control. Connecticut Journal of International Law, 1999, vol. 13, pp. 233–255.
- Eichner M. Anschleichen bei Unternehmensübernahmen: Perfides taktisches Manöver oder achtbare strategische Entscheidung? Zeitschrift für Rechtspolitik, 2010, 43 Jahrg. S.1–5.
- Einsele D. Kapitalmarktrecht und Privatrecht. Juristen Zeitung, 2014, no 14, S.703-714.
- Fama F. Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work. Journal of Finance, 1970, vol. 25, pp. 383–417.
- Fey G. Unternehmenskontrolle und Kapitalmarkt: Die Aktienrechtsreformen von 1965 und 1998 im Vergleich. Stuttgart: Gruyter, 2000. 83 S.
- Gierke O. Das deutsche Genossenschaftsrecht. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, Bd. 4.1913. 567 S.
- Geibel S. Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. 523 S.
- Gullifer L., Payne J. Corporate Finance Law: Principles und Policy. Oxford, 2015. 896 p.
- Haar B. Law and Finance. Kapitalmarktentwicklung in interdisziplinärer Perspektive. Juristen Zeitung, 2008, no 20, pp. 964–974.
- Henry T., Bernard S. The New Vote Buying: Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership. Southern California Law Review, 2006, vol. 79, pp. 811–908.
- Hopt K., Kanda H., Rock E. The Anatomy of Corporate law. Oxford: University, 2009. 352 p.

- Heindel T. et al. Aktienrecht und Kapitalmarktrecht. Bonn: Nomos, 2020. 3293 S.
- Houben E. Funktionsweise und effiziente Ausgestaltung des Marktes für Unternehmenskontrolle. Bonn: Diplomica, 1998. 66 S.
- Kaserer K. Mehr Aktionärsrechte und weniger Interessenskonflikte für eine verbesserte Corporate. Die Unternehmung, 2011, no 4, p. 320–327.
- Khachatryan A. Trapped in Delusions: Democracy, Fairness and the One-Share-One-Vote Rule in the European Union. European Business Organization Law Review, 2007, vol. 8, pp. 335–367.
- Kraakman R., Armour J. et al. The anatomy of corporate law. Oxford: University, 2009, 352 p.
- Kroeze M., Timmerman L., Wezeman J. De kern van het ondernemingsrecht. Deventer: Wolters Kluwer, 2017. 278 p.
- Lohrer S. Unternehmenskontrolle und Übernahmerecht. Baden-Baden: Nomos, 2001. 320 S.
- Lutz R. Der Gesellschafterstreit. München: C.H. Beck, 2017. 563 S.
- Manne H. Mergers and the Market for Corporate Control. Journal of Political Economy, 1965, vol. 73, pp. 110–120.
- Mittermeier M. Empty Voting: Risikoentleerte Stimmrechtsausübung im Recht der börsennotierten Aktiengesellschaft. Hamburg: Gruyter, 2014, 468 S. Moerland P. Corporate Ownership and Control Structures: International Comparison. Review of Industrial Organization, 1995, pp. 443–464.
- Reichert J., Weller M. Haftung von Kontrollorganen: Die Reform der aktienrechtlichen und kapitalmarktrechtlichen Haftung. Zeitschrift für Rechtspolitik, 2002, 35. Jahrg., H. 2, S. 45–63.
- Ripert G. Les aspects juridiques du capitalisme. Paris: LGDJ, 1952, 354 p.
- Robert C. Vote Buying und Corporate Law // Case Western Reserve Law Review, 1979, vol. 29, pp. 776–807.
- Shen J. Anatomy of Dual Class Share Structures: A Comparative Perspective. Hong Kong Law Journal, 2016, vol. 46, pp. 1–14.
- Windolf P. Die neuen Eigentümer. Eine Analyse des Marktes für Unternehmenskontrolle. Zeitschrift für Soziologie, 1994, Jg. 23, Heft 2, S. 73–92.
- Zechner J. Institutions of Corporate Governance: Comment // Journal of Institutional and Theoretical Economics. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 1999, no 1, pp. 19–21.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 1

Corporate Control in Russian and Foreign Law: Relations of Economy and Law



Sergey Sinitsin

Leading Researcher, Institute of Legislation and Comparative Law under Government of Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russia. E-mail: synss@mail.ru



Abstract

The accelerating pace of development of socio-economic relations is a powerful impetus for the modernization of legislation, which in the conditions of globalization of markets should not only preserve the stability properties, providing a balance of private and public interests, but also create conditions for the further development of entrepreneurship. Legislation-designed models for regulating corporate relations and control are in the zone of close attention of business, regulators, and the legal community. Over the entire history of the development of corporate law, the legislator has not found the optimal form of combining the dispositive and peremptory regulation of corporate legal relations, providing an adequate reflection of economic realities and resolving the conflict of multidirectional interests of participants in corporate relations. The issues of choosing the priority of protected interests, determining the limits for exercising and protecting corporate rights, finding acceptable forms of concentration and implementing corporate control in business are relevant. The market knows a wide arsenal of multifunctional contractual methods for acquiring and splitting corporate control (repos, equity loans, options, swaps, derivatives, securities difference agreements, etc.) that ensure the private interests of investors and lenders. However, ensuring the freedom to exercise private interest in choosing a corporate control model presumes that the public interest is in the stability of turnover and the protection of an indefinite number of persons participating in it, which can be ensured through mandatory public disclosure of corporate control information in the corporation. In modern conditions, the legal regulation of the concentration and implementation of corporate control is a prerequisite for creating a healthy investment and business climate in the economy, guarantees for the interests of investors and participants of the corporation, which should be taken into account when developing corporate legislation. The definition and differentiation of the economic content and legal form of corporate control is necessary for the further development of mechanisms and models for the implementation and protection of corporate rights. The legal regulation of corporate control is not homogeneous and is not limited only to the subject of civil law regulation of corporate relations; according to industry, certain segments of corporate control relations can be regulated by competition and financial law.



Keywords

legal and economic content of corporate control, corporate law, market, legal relations, imperative and dispositive nature, competition.

For citation: Sinitsin S.A. (2021) Corporate Control in Russian and Foreign Law: Relations of Economy and Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 4–36 (in Russian) DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.4.36



References

- Bebchuk L., Kraakman R., Triantis G. (2000) *Stock Pyramids, Cross-Ownership, and Dual Class Equity: The Mechanisms and Agency Costs of Separating Control from Cash-Flow Rights*. University of Chicago Press, 318 p.
- Beyer J. (1999) Unternehmensverflechtungen und Managerherrschaft in Deutschland. *Leviathan*, vol. 27, no 4, pp. 518–536.
- Cioffi J-W., Höpner M. (2006) Das parteipolitische Paradox des Finanzmarktkapitalismus. Aktionärsorientierte Reformen in Deutschland, Frankreich, Italien und den USA. *Politische Vierteljahresschrift*, vol. 47, no 3 (September), pp. 419–440.

- Christoffersen S., Geczy C., Musto D., Reed A. (2007) Vote Trading and Information Aggregation. *Journal of Finance*, vol. 62, p. 2897–2929.
- Deborah A. (1999) The Mechanism of Control. *Connecticut Journal of International Law*, vol. 13, pp. 233–255.
- Dyachenko E.B. (2013) *Control over corporations*. Moscow: Infotropik Media, 144 p. (in Russian)
- Eichner M.-P. (2010) Anschleichen bei Unternehmensübernahmen — Perfides taktisches Manöver oder achtbare strategische Entscheidung? *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 43. Jahrg., S.1–5.
- Einsele D. (2014) Kapitalmarktrecht und Privatrecht. *Juristen Zeitung*, no 14 (18. Juli), S. 703–714.
- Fama F. (1970) Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work. *Journal of finance*, vol. 25, p. 383–417.
- Fey G. (2000) *Unternehmenskontrolle und Kapitalmarkt: Die Aktienrechtsreformen von 1965 und 1998 im Vergleich*. Stuttgart: Gruyter, 83 S.
- Gierke O. (1913) *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, Bd. 4, 567 S.
- Geibel S.-J. (2008) *Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 523 S.
- Glushetsky A. (2013) Corporate control of participants of economic society and methods of its formation. *Menedgment and biznes-administrirovaniye*, no 3, pp. 38–48 (in Russian)
- Gullifer L., Payne J. (2015) *Corporate Finance Law: Principles and Policy*. Oxford: University, 896 p.
- Gutnikov O.V. (2019) *Corporate liability in civil law*. Moscow: Norma, 488 p. (in Russian)
- Haar B. (2008) Law and Finance — Kapitalmarktentwicklung in interdisziplinärer Perspektive. *Juristen Zeitung*, no 20, pp. 964–974.
- Heindel T. (hsg.) (2020) *Aktienrecht und Kapitalmarktrecht*. Bonn: Nomos, 3293 S.
- Henry T., Bernard S. (2006) The New Vote Buying: Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership. *Southern California Law Review*, vol. 79, pp. 811–908.
- Hopt K., Kanda H., Rock E. (2009) *The Anatomy of Corporate law*. Oxford: University, 352 p.
- Houben E. (1998) *Funktionsweise und effiziente Ausgestaltung des Marktes für Unternehmenskontrolle*. Bonn: Diplomica Verlag, 66 S.
- Kaserer K. (2011) Mehr Aktionärsrechte und weniger Interessenskonflikte für eine verbesserte Corporate. *Die Unternehmung*, vol. 65, no 4, p. 320–327.
- Khlyustov P. V. (2013) Repo contract in Russian civil law. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 260 p. (in Russian)
- Khachaturyan A. (2007) Trapped in Delusions: Democracy, Fairness and the One-Share-One-Vote Rule in the European Union. *European Business Organization Law Review*, vol. 8, pp. 335–367.
- Kraakman R., Armour J., Davies P. et al. (2017) *De kern van het ondernemingsrecht*. Deventer: Wolters Kluwer, 278 p.
- Kulagin M.I. (1997) *State monopolistic capitalism and legal person*. Moscow: Statut, 329 p. (in Russian)
- Lavrov M.V. (2006) Risk in the sphere of corporate control. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Volgograd, 200 p. (in Russian)

- Lohrer S. (2001) *Unternehmenskontrolle und Übernahmerecht*. Baden-Baden: Nomos, 320 S.
- Lomakin D.V. (2018) Control as a form of dependency of legal entities. *Khozyaystvo i pravo*, no 2, pp. 3–20 (in Russian)
- Lutz R. (2017) *Der Gesellschafterstreit*. München: C.H. Beck, 563 S.
- Manne H.G. (1965) Mergers and the Market for Corporate Control. *Journal of Political Economy*, vol. 73, p. 110–120.
- Mittermeier M. (2014) *Empty Voting: Risikoentleerte Stimmrechtsausübung im Recht der börsennotierten Aktiengesellschaft*. Hamburg: De Gruyter, 468 S.
- Moerland P. (1995) *Corporate Ownership and Control Structures: An International Comparison*. Review of Industrial Organization, pp. 443–464.
- Osipenko O.V. (2014) *Corporate control: problems of managing subsidiaries*. Moscow: Statut, 686 p. (in Russian)
- Reichert J., Weller M.-F. (2002) Haftung von Kontrollorganen: Die Reform der aktienrechtlichen und kapitalmarktrechtlichen Haftung. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 35. Jahrg., H. 2, S. 45–63.
- Ripert G. (1952) *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris: LGDJ, 354 p.
- Robert C. (1979) Vote Buying und Corporate Law. *Case Western Reserve Law Review*, vol. 29, pp. 776–807.
- Sarbash S.V. (2008) The restoration of corporate control. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 4. pp. 70–79 (in Russian)
- Shen J. (2016) The Anatomy of Dual Class Share Structures: A Comparative Perspective. *Hong Kong Law Journal*, vol. 46, pp. 1–14.
- Stepanov D.I. (2009) The phenomenon of corporate control. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 3, pp. 142–206 (in Russian)
- Sukhanov E.A. (2013) *Comparative corporate law*. Moscow: Statut, 456 p. (in Russian)
- Tarasov I.T. (2000) *The doctrine of joint-stock companies*. Moscow: Statut, 666 p. (in Russian)
- Windolf P. (1994) Die neuen Eigentümer. Eine Analyse des Marktes für Unternehmenskontrolle. *Zeitschrift für Soziologie*, Jg. 23, Heft 2, S. 73–92.
- Zechner J. (1999) Institutions of Corporate Governance: Comment. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. 155, no 1, pp. 19–21.
- Zotova E.K. (2019) Corporate control in a company limited by shares in Germany and Russia. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 269 p. (in Russian)

Аксиологические аспекты государственного контроля и надзора



С.А. Агамагомедова

Доцент, кафедра государственно-правовых дисциплин юридического факультета Пензенского государственного университета, кандидат юридических наук. Адрес: 440026, Российская Федерация, Пенза, ул. Красная, 40. E-mail: saniyat_aga@mail.ru



Аннотация

Предметом исследования выступают аксиологические основы государственного контроля и надзора. Аксиологические подходы имеют два уровня: первый позволяет определить ценность государственного контроля и надзора как управленческих форм; второй формирует варианты теоретико-правового обоснования соотношения контрольно-надзорной деятельности государства и совокупности охраняемых законом ценностей в системе государственного управления. Целью статьи является предложение методологических приемов определения ценности государственного контроля и надзора, под которой понимается значимость данных институтов в системе государственного управления в целом в контексте возможности использования иных управленческих форм для достижения целей регулирования. Ценность контрольно-надзорной деятельности государства обосновывается с точки зрения возможности замены государственного контроля и надзора иными регулятивными механизмами в рамках процессов дерегулирования (горизонтальный подход), а также с учетом предшествующего развития данных управленческих форм (эволюционный подход). Ценность государственного контроля и надзора рассматривается как способность обеспечения защиты охраняемых законом ценностей с минимальным вмешательством публичной власти в подконтрольную деятельность. Ценность рассматриваемых управленческих форм обосновывается с использованием категории дерегулирования, которая понимается в качестве: процесса развития определенной сферы общественных отношений; процесса делегирования государственных полномочий; тенденции расширения свободы субъектов, перехода к «мягкому» регулированию; процесса сокращения и упрощения административных процедур (процедурное дерегулирование). Определение ценности государственного контроля и надзора связано с обоснованием возможности замены данных управленческих форм иными применительно к определенной сфере регулирования, которая обуславливает соотношение различных управленческих форм и механизмов. С точки зрения эволюционного подхода ценность государственного контроля и надзора определяется предшествующим развитием данных управленческих форм. В рамках теоретико-правового обоснования содержания категории «охраняемые законом ценности» в системе государственного контроля и надзора выделено многообразие позиций. В качестве вывода предложена современная формула: государственный контроль и надзор — общественно значимые результаты — обязательные требования — охраняемые законом ценности.



Ключевые слова

административное право, государственный контроль и надзор, охраняемые законом ценности, дерегулирование, государственное управление, административная реформа, цели контрольно-надзорной деятельности.

Благодарности: Статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Агамагомедова С.А. Аксиологические аспекты государственного контроля и надзора // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 1. С. 37–61.

УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.37.61

Введение

В современных условиях особую значимость приобретает переосмысление фундаментальных правовых подходов к взаимодействию государства и личности, гражданина и публичных механизмов. Устаревшие идеологические стереотипы, связанные с доминированием государства и его интересов в подобном взаимодействии, до настоящего времени превалируют в общественном правосознании, что не способствует современному пониманию юридических форм государственной деятельности как способа обеспечения приоритета прав человека в сфере публичной власти. В связи с этим важное значение придается обоснованию новых подходов к оценке и формированию государственной деятельности [Тонков Е., 2018: 15]. Важнейшими видом такой деятельности традиционно выступают государственный контроль и надзор. Трансформация их в условиях очередного этапа административной реформы требует, на наш взгляд, не только административно-процедурного обеспечения, которому в последнее время уделяется должное внимание как на уровне научного осмысления, так и в рамках совершенствования правового регулирования, но и аксиологического обоснования, связанного с определением места и роли государственного контроля и надзора как управленческих форм в общей системе государственного управления, выявлением их необходимости, оценкой целесообразности использования.

Государственный контроль и надзор в современной доктрине практически не рассматриваются с точки зрения их ценности и значимости в контексте государственного управления, возможности и целесообразности их замены иными управленческими формами. Полагаем, что эти институты с полным основанием можно отнести к ценностям системы государственного управления; к разновидности национальных политико-правовых ценно-

стей, выступающих объектом передачи от поколения к поколению в рамках правовых культур [Сальников М., 2013: 171]; к инструментальным столпам административно-правовой регламентации подавляющего большинства сфер общественной жизни.

Ученые справедливо отмечают повышенное внимание к административно-процедурным аспектам государственного контроля и надзора в условиях административной реформы, справедливо констатируя, что за пределами реформирования остались вопросы критического анализа необходимости и (или) достаточности контрольно-надзорной деятельности с точки зрения защиты охраняемых законом ценностей; возможности замещения государственной контрольно-надзорной деятельности иными, в том числе негосударственными институтами защиты охраняемых законом ценностей [Масленникова Е., 2018: 338]. О поисках альтернативных государственному контролю и надзору способов защиты охраняемых законом ценностей говорят и иные авторы, полагая, что эти поиски должны стать содержанием нового этапа реформы государственного управления [Ноздрачев А., Зырянов С., Калмыкова А., 2017: 34–46]. С учетом того, что в законодательстве и научных исследованиях в области государственного контроля и надзора активно и широко применяется категория «охраняемые законом ценности», необходимо рассмотреть и обосновать аксиологические аспекты современной контрольно-надзорной деятельности государства. В противном случае активность ученых, законодателей и правоприменителей может быть нивелирована отсутствием концептуального аксиологического обоснования государственного контроля и надзора.

В качестве основных методов аксиологического обоснования государственного контроля и надзора выступают горизонтальный и эволюционный методы. Первый заключается в обосновании контрольно-надзорной деятельности государства с точки зрения возможности замены государственного контроля и надзора иными механизмами в рамках процессов дерегулирования и его разновидностей. Второй метод базируется на учете предшествующего развития данных управленческих форм.

1. Государственный контроль и надзор с аксиологических позиций

В аксиологических подходах применительно к правовым институтам и явлениям выделяют широкий и узкий подходы. В рамках первого право выступает в качестве базовой ценности социума на определенном этапе развития. Так, право наряду с семьей, собственностью, личностью, свободой, духовностью, порядком, государственностью позиционируются в качестве

краеугольного камня и фундаментальной ценности гражданского общества. Узкий аксиологический подход акцентирует внимание на ценностях, защищаемых правовыми институтами и процессами.

Аксиологические аспекты применительно к контрольно-надзорной деятельности включают также два уровня, которые различаются масштабом позиционирования институтов государственного контроля и надзора. Первый (более высокий) уровень определяет ценность самой контрольно-надзорной деятельности в системе государственного управления в целом. Подобная ценность и, как следствие, значимость данной деятельности определяется в сравнении с иными формами обеспечения охраняемых законом ценностей, средствами достижения надлежащего государственного управления (лицензирование, разрешительная система, саморегулирование и др.). Отдельные авторы видят ценность (аксиологию) контроля в том, что он позволяет с должной степенью уверенности судить о достижении намеченной цели, равно как и в том, что контроль позволяет своевременно принять решение и скорректировать процесс деятельности в случаях его отклонения от идеала (цели) [Тонков Е., 2018: 86–94]. Второй, не менее значимый уровень предполагает выделение и определение содержания категории «охраняемые законом ценности» в системе государственного контроля и надзора. Защита охраняемых законом ценностей, обеспечение необходимого уровня их сохранности, недопущение причинения им вреда выступают целями государственного контроля и надзора.

Отметим, что оба уровня аксиологического обеспечения государственно-го контроля и надзора практически не исследованы в современной юридической науке.

2. Ценность государственного контроля и надзора

Под ценностью понимается положительная или отрицательная значимость объектов окружающего мира для человека, класса, группы, общества в целом, определяемая не их свойствами самими по себе, а их вовлеченностью в сферу человеческой жизнедеятельности, интересов и потребностей, социальных отношений [Прохоров А.М., 1991: 613–614]. Ценность можно определить лишь при рассмотрении объекта в социальной совокупности, применительно к государственному контролю и надзору — в контексте всей системы государственного управления с учетом многочисленных и сложных связей между ее составляющими. Иными словами, речь идет об оценке значимости их использования в общей системе мер и форм государственного регулирования, средств управленческого воздействия на определенную сферу общественных отношений.

Ценность государственного контроля и надзора обусловлена способностью обеспечить защиту охраняемых законом ценностей посредством минимального вмешательства в подконтрольную деятельность граждан и организаций, установить необходимый уровень ограничений их прав и свобод. Контроль и надзор как управленческие формы являются самостоятельными, но в рамках данной статьи наличие ряда критериев по их разграничению (прежде всего, административно-процедурному) будет рассматриваться в качестве составляющих одного из направлений государственной управленческой деятельности — контрольно-надзорного. В противном случае их ценность также должна разграничиваться, а сами они должны подлежать сравнительно-правовому анализу с позиций значимости в системе государственного управления.

Не вдаваясь в дискуссию о разграничении государственного контроля и государственного надзора как форм управленческой деятельности, нами признается тот факт, что соотношение контрольной и надзорной составляющих применительно к определенной сфере государственного регулирования также зависит от потенциальной возможности обеспечения публичной властью защиты охраняемых законом интересов в конкретной области общественных отношений. Специфика последних определяет уровень управленческого воздействия, а также арсенал инструментов и форм подобного воздействия.

В связи с этим можно говорить об определенном аксиологическом круге применительно к государственному контролю и надзору, который заключается в корреляции ценности контрольно-надзорной деятельности с уровнем защиты охраняемых законом ценностей.

3. Ценность государственного контроля и надзора в контексте дерегулирования

В вопросе о ценности государственного контроля и надзора как управленческих форм закономерно возникает необходимость обосновать дерегулирование в целях сравнения результатов функционирования регулируемой (в том числе посредством государственного контроля и надзора) и регулируемой сфер. Если цели контрольно-надзорной деятельности могут быть достигнуты менее затратными для государства и общества и одновременно более (такими же или не менее) действенными средствами, логично заменить механизмы контроля и надзора на иные. Соотношение государственного регулирования и дерегулирования в сферах общественной жизни меняется на различных этапах социально-экономического развития. Л.К. Терещенко относит к общественным отношениям, где потенциально возможен от-

каз от правового регулирования, такие общественные отношения, которые государство не считает нужным регулировать, не эффективно регулировать правом, невозможно регулировать правом. При этом ученый справедливо указывает на подвижность границ между этими группами отношений [Терещенко Л., 2019: 98].

Содержание категории «дерегулирование» имеет сложный характер. Во-первых, если понимать под ним процесс развития определенной сферы общественных отношений от уровня правового регулирования до уровня, когда регулирование отсутствует полностью, то определенной стадией этого процесса может быть состояние сферы регулирования, когда степень регулирования снизилась, но полностью оно не отменено (заменено).

Во-вторых, к видам дерегулирования относят делегирование государственно-властных полномочий, в качестве форм которого признают сорегулирование, саморегулирование и квазирегулирование; создание организации с особым статусом; управление территорией организацией частного права; аутсорсинг функций органов государственной власти [Романовская О., 2017: 143–154]. Под дерегулированием экономики ученые понимают устранение излишних барьеров, установленных государством на пути развития свободного рынка, причем экономисты используют категории «дерегулирование» и «дебюрократизация» в качестве синонимов [Жаворонков С. и др., 2001: 8]. В то же время следует поддержать позицию ученых, согласно которой повышение эффективности и снижение обременительности контроля и надзора в отношении экономических субъектов — общая тенденция, политика, проводимая государством, не исключающая правового регулирования [Терещенко Л., 2019: 108]. Соответственно, дерегулирование — в конечном итоге продукт регулирования государственного, отражение позиции публичной власти. Оно выражается либо в снижении регулятивной нагрузки на сферу, либо в замене субъекта управленческих полномочий (вместо государства — частные организации либо государство и частные организации).

Государство может искусственно создавать сферы (по отраслевому и территориальному признакам), выделять сегменты, институты, в которых регулятивная нагрузка на хозяйствующих субъектов снижена. К институтам, имеющим территориальный характер, можно отнести территории опережающего развития, в которых установлен особый правовой режим предпринимательской и иной деятельности в целях формирования благоприятных условий привлечения инвестиций, ускоренного социально-экономического развития и создания комфортных условий жизнедеятельности населения¹.

¹ Федеральный закон от 29.12.2014 № 473-ФЗ (ред. от 26.07.2019) «О территориях опережающего социально-экономического развития в Российской Федерации» // Российская газета. 31.12.2014.

Эксперты считают дерегулирование ключевым принципом формирования подобных территорий².

В-третьих, под дерегулированием зачастую понимается процесс не отмены или замены управленческого воздействия, а расширение свободы и самостоятельности субъектов экономической деятельности, переход к «мягкому» регулированию (дерегулирование в широком смысле) [Терещенко Л., 2019: 106]. Не случайно термин «дерегулирование» в контексте российского правопонимания считается наиболее близким к понятию «диспозитивный метод правового регулирования» [Демин А., 2017]. В зарубежной литературе активно используется сочетание «deregulation and reregulation» [Winston С., 1993: 1264], при этом последний термин означает изменение регулирования, «перерегулирование», в отдельных случаях — разработку новых ориентированных на рынок регуляторов, создание новых правил [Cerny G., 1991: 173–174]. Полагаем, что регулирование, дерегулирование и ререгулирование можно отнести к разновидностям управленческого воздействия государства на общественные отношения. Применительно к отношениям экономическим в условиях интеграционных процессов и формирования единых макрорегиональных рынков все чаще речь идет о надгосударственном или наднациональном регулировании (дерегулировании, ререгулировании).

В-четвертых, применительно к государственному контролю и надзору дерегулирование выражается в упрощении и сокращении административных процедур (элементов процедур) контроля и надзора (процедурное дерегулирование). Правовое регулирование соответствующей сферы отношений сохраняется, но его процедурное обеспечение минимизируется, при этом достигаются конечные цели государственного контроля и надзора. В отношении отдельных рынков законодатель применяет одновременно категории «дерегулирование» и «либерализация», придавая им синонимичный характер³.

Тенденции дерегулирования явственно присутствуют в современных правовых порядках, при этом наиболее наглядно они проявляются в экономической сфере. Ученые говорят о «мировой моде на дерегулирование» как одном из объективных экономических условий современного международного сотрудничества [Доронина Н., Семилютин Н., 2015], связывают всплеск интереса к нему с экономическими (финансовыми) кризисами

² Официальный сайт Дальневосточного таможенного управления. Available at: URL: <http://dvtu.customs.gov.ru/news/document/79031?print=1> (дата обращения: 27.11.2020)

³ Распоряжение Правительства РФ от 17.11.2008 № 1662-р (ред. от 28.09.2018) «О Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года» (вместе с «Концепцией долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года») // СЗ РФ. 24.11.2008. № 47. Ст. 5489.

[Dean S., 2011: 388–389], позиционируют его в качестве национального движения (national movement) [Winston C., 1993: 1264].

Процессы либерализации рынка и дерегулирования экономики, происходившие в мире в последние десятилетия, в большинстве случаев оцениваются положительно, поскольку минимизация вторжения государства в деятельность экономических субъектов определенным образом простимулировала развитие экономик и повышение уровня и качества жизни населения.

К механизмам, способным заменить контрольно-надзорное воздействие государства (их также называют альтернативными или рыночными механизмами), относят институт страхования ответственности, регулярный аудит негосударственными специализированными организациями, обеспечительные инструменты (финансовые гарантии, поручительство третьих лиц), саморегулирование, самоконтроль, общественный контроль [Южаков В., Добролюбова Е., Покида А., Зыбуновская Н., 2017: 61].

Другие авторы называют такие формы дерегулирования как отмена существующих разновидностей государственного контроля или ограничений, отмена лицензионного и разрешительного порядка осуществления деятельности, отмена необходимости иметь посредников, отмена сегрегации участников рынка путем установленного для них различного объема доступа, доступ иностранных инвесторов, упрощение стандартов надзора; объединение нескольких регуляторных актов в один акт [Буркова А., 2020: 71–73]. В контексте широкого понимания категории дерегулирования применение механизма «регуляторной гильотины» в рамках современного этапа реформы контрольно-надзорной деятельности также можно отнести к разновидности дерегулирования. В связи с этим отдельные ученые полагают, что основная проблема при дерегулировании — анализ правоприменения в сфере предпринимательской деятельности с выработкой критериев, на основании которых будет происходить сокращение излишних требований [Губин Е., 2019].

Говоря о возможности замены государственного контроля и надзора иными формами воздействия на определенную сферу отношений, необходимо обратить внимание на то, что данная возможность обусловлена в том числе и спецификой сферы. Чаще всего даже потенциальная возможность такой замены рассматривается в контексте экономических отношений, отдельных секторов рынка или рынка в целом, предпринимательской деятельности, т.е. в сферах, которым присущ признак диспозитивности, свободы участников. В сферах, связанных с обеспечением безопасности, отношение к замене государственного контроля и надзора иными регуляторными конструкциями более осторожное. Признавая условность подобной дифференциации сфер

регулирования, полагаем, что в любой сфере могут быть сегменты, требующие традиционных контрольно-надзорных регуляторов, и ниши, в которых уместна и оправдана практика ухода от них. Так, применительно к сфере связи ученые справедливо обращают внимание на то, что основной объем регуляции лежит на государстве, а тенденцию к дерегулированию можно усмотреть только по вопросам ценообразования [Терещенко Л., 2019: 108]. Зарубежные ученые также признают возможность полного или частично-го экономического дерегулирования значительной части отраслей, среди которых транспортная, коммуникационная, энергетическая, финансовая [Winston C., 1993: 1263].

Обзор ведомственной базы государственных контрольно-надзорных органов показал, что использование категории дерегулирования наиболее распространено в регламентации конкурентных отношений. При этом Федеральная антимонопольная служба оперирует категорией дерегулирования применительно к определенному сегменту рынка (например, сегменту перевозок), к тарифу, к ценам на определенные товары (к оптовым ценам на газ с учетом биржевых котировок, к ценам на отдельные виды товаров в сфере теплоснабжения)⁴, к определенной сфере деятельности (к примеру, к сфере деятельности по транспортировке нефтепродуктов по магистральным трубопроводам)⁵; к предельным уровням тарифов на услуги⁶ и др. Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года также содержала положения о необходимости дерегулирования соответствующих конкурентных секторов экономики⁷.

4. Регулирование и саморегулирование

Следует признать, что идея замены государственного контроля и надзора на альтернативные негосударственные (рыночные) механизмы лежит в плоскости возможного снижения административной нагрузки на бизнес, связанной с контрольно-надзорной деятельностью органами государственной власти. Эффективность таких мер, их влияние на уровень риска причинения

⁴ Письмо ФАС России от 28.06.2019 № ИА/54920/19 «О правоприменительной практике в процессе формирования договорных отношений в сфере теплоснабжения». Документ опубликован не был // СПС КонсультантПлюс.

⁵ Доклад по правоприменительной практике, статистике типовых и массовых нарушений обязательных требований с разъяснением (утв. ФАС России). Документ опубликован не был. Available at: URL: <http://knd.fas.gov.ru> (дата обращения: 24.01.2018)

⁶ План деятельности Федеральной антимонопольной службы на 2019 — 2024 годы (утв. ФАС России 07.02.2019). Документ опубликован не был // СПС КонсультантПлюс.

⁷ Распоряжение Правительства РФ от 17.11.2008 № 1662-р (ред. от 28.09.2018) // СЗ РФ. 24.11.2008. № 47. Ст. 5489.

вреда гражданам, окружающей среде, на безопасность производимой продукции и предлагаемых услуг оценить трудно, при этом важно определить позицию подконтрольных лиц по данному вопросу. По данным социологического опроса деятелей предпринимательского сообщества, бизнес не поддерживает большинство из предложенных альтернативных механизмов контроля за их деятельностью. Большая часть опрошенных считает нецелесообразным замену государственного контроля и надзора на «регулярный аудит негосударственными специализированными организациями», «обеспечение исполнения обязательств (финансовые гарантии, поручительство третьих лиц)», «введение обязательного членства в саморегулируемых организациях».

Менее критические оценки наблюдаются в отношении страхования и общественного контроля. Наибольшие предпочтения с точки зрения замены государственного контроля и надзора связываются с самоконтролем. Тем не менее при определенных условиях бизнес готов рассматривать все варианты. Одно из главных условий — отсутствие дополнительных расходов, что особенно актуально для индивидуальных предпринимателей. Интересно, что оценки бизнеса в отношении альтернативных механизмов замены государственного контроля и надзора не зависят от разновидности контроля и надзора [Южаков В., Добролюбова Е., Покида А., Зыбуновская Н., 2017: 60–64].

Отметим, что общественному контролю как альтернативе или вспомогательному ресурсу государственного контроля уделялось большое внимание в государственном управлении советского периода. Ученые признавали, что общественный контроль может осуществляться как самостоятельно, так и параллельно с государственным. При этом параллельное осуществление государственного и общественного контроля в государственном управлении отдельными сферами (к примеру, в области торговли), было призвано полностью заменить государственный контроль [Мальков В., 1965: 18].

Замена (частичная замена) государственного контроля и надзора представляется возможной в самых разных сферах общественной деятельности: в сфере экологических отношений предлагается заменить государственный контроль экологическим аудитом. В финансовой сфере была реализована замена государственного контроля аудитом федеральных государственных внебюджетных фондов и унитарных предприятий [Андрюшин С., Дадашев А., Соколовская Е., 2002]. Признается целесообразность передачи ряда функций по контролю и надзору в области конкуренции в негосударственный сектор посредством замены государственного контроля на контроль саморегулируемых организаций [Якунин В., Сулакшин С. и др., 2009: 102]. В рамках эксперимента по созданию института таможенного аудита, про-

водимого Федеральной таможенной службой, предполагается возможность использования таможенными органами аудиторских заключений для целей таможенного контроля⁸. Д.Н. Бахрах и В.В. Скороходова, характеризуя наделение банков в некоторых правоотношениях властными полномочиями, делегированными государством только банку как кредитной организации (например, обязанности по контролю за кассовой дисциплиной клиентов), констатируют наличие тенденции «огосударствления» коммерческих банков [Бахрах Д., Скороходова В., 2007: 2–5]. Это свидетельствует о тенденции, заключающейся, с одной стороны, в передаче контрольных полномочий государства определенным учреждениям (банки, независимые аудиторские организации, саморегулируемые организации и др.), с другой — в замене контроля иными формы взаимодействия.

Ситуации с заменой государственного контроля и надзора иными механизмами в определенных сферах не всегда положительно характеризуются специалистами. Так, попытки ликвидировать контроль государства в области взрывного дела, по мнению экспертов — верный путь к созданию условий для массовых аварий. При этом справедливо замечено, что замена государственного контроля страховыми схемами призвана обеспечить экономическое благополучие собственников горных предприятий, но не способна вернуть жизни погибших шахтеров. Ученые также отмечают, что отмена лицензирования (замена его саморегулированием) в условиях отсутствия адекватных государственных регуляторов может привести к ухудшению состояния законности [Ноздрачев А.Ф., 2017].

Настороженное отношение к замещению государственного разрешительного регулирования саморегулированием аргументируется необходимостью системного государственного контроля за деятельностью саморегулируемых организаций. Признавая возможность и законность замены административного разрешительного регулирования институтами гражданского содержания, ученые настаивают, чтобы такие институты были способны предупредить или по крайней мере минимизировать отрицательные последствия опасных видов деятельности.

Таким образом, ценность государственного контроля и надзора, а также иных управленческих механизмов обусловлена способностью в нужной мере обеспечивать охраняемые законом ценности. Следует поддержать позицию А.В. Мартынова, что проверка соблюдения обязательных требований не должна являться самоцелью контрольно-надзорных органов, т.к. если соблюдение таких требований не приводит к безопасности и охране общественных благ, причиняет ущерб предпринимательской деятельности, то та-

⁸ Семинар по вопросам таможенного аудита. Официальный сайт ФТС России. Available at: URL: <http://customs.gov.ru/press/federal/document/19369> (дата обращения: 25.11.2020)

кая деятельность государства не имеет какого-либо смысла [Мартынов А., 2017: 65–89].

5. Государственный контроль и надзор в стимулировании правомерного поведения

Говоря о ценности государственного контроля и надзора и рассматривая контрольно-надзорные механизмы в качестве альтернативы иным управленческим формам (с полным или частичным участием государства), следует обратить внимание на их потенциальную способность стимулирования подконтрольной (управляемой) деятельности в заданном направлении. Речь идет о таком уровне взаимодействия лиц и организаций с государственной властью, которым управленческие полномочия делегированы, когда по его результатам субъекты управляемой сферы мотивированы в развитии своей деятельности. Посредством данного уровня взаимодействия они получают стимул на определенное отношение к охраняемым законом ценностям, и, в конечном итоге, правомерное поведение становится выгодным и комфортным для них. При этом если в отношении государственного контроля и надзора данная целевая установка не очевидна, то в отношении дерегулированных сфер экономики часто упоминаются подобные результаты. Так, дерегулирование и либерализация энергетических рынков формируют экономическую мотивацию энергосбережения потребителями⁹. Другим примером могут быть территории опережающего социально-экономического развития, в которых особый правовой режим предпринимательской и иной деятельности обеспечивает ее активность, высокий уровень инициативности хозяйствующих субъектов.

Выдвигая проблему ценности государственного контроля и надзора, полагаем, что основное ее содержание не в позиционировании ценности государственной контрольно-надзорной деятельности как таковой, а в понимании ее ценности в статусе, обусловленном органичностью данной управленческой формы в современной системе социального устройства, логичностью ее встроенности в прогрессивные конструкции государственного управления. В связи с этим возможно говорить о ценности административно-процедурной формы государственной контрольно-надзорной деятельности. Процедурная ценность государственного контроля и надзора обусловлена универсальностью административной процедуры осуществления контрольно-надзорных мероприятий как внешней формы выражения управленческого воздействия.

⁹ Распоряжение Правительства РФ от 17.11.2008 № 1662-р (ред. от 28.09.2018) «О Концепции долгосрочного ...» // СЗ РФ. 24.11.2008. № 47. Ст. 5489.

6. Ценность государственного контроля и надзора в контексте межгосударственной экономической интеграции

Характеризуя ценность государственного контроля и надзора в современной системе управления, нельзя обойти вниманием факторы международной экономической интеграции, оказывающие воздействие на многие организационно-правовые и социально-экономические институты. Государственный контроль и надзор, в частности в сфере экономики, трансформируются в условиях формирования единых экономических рынков. Отражением этой трансформации выступает наднациональное (интеграционное) правовое регулирование отдельных разновидностей государственного контроля и надзора; установление единых принципов государственного контроля и надзора, прежде всего, на трансграничных рынках; поэтапные гармонизация и унификация административных процедур контроля и надзора в определенных сферах. В связи с этим очевидна ценность государственного контроля и надзора как традиционных управленческих форм, их приоритетность по отношению к другим регуляторам, правовая регламентация которых в межгосударственных образованиях существенно отстает по уровню сближения.

7. Ценность государственного контроля и надзора с точки зрения предшествующего развития

Применительно к ценности государственного контроля и надзора нужно обратить внимание еще на один аспект. Ценность государственного контроля и надзора как управленческих форм обусловлена также предшествующим развитием, эволюцией данных публично-правовых институтов. Сегодня одним из институциональных подходов к социально-экономической истории выступает теория *path dependence* — зависимость от предшествующего развития (пути), которая позиционируется учеными в качестве «новейшей экономической истории» [Нуреев Р., Латов Ю., 2006: 228]. Данная теория вызывает активный интерес, имеет междисциплинарный характер и является весьма актуальной. Применительно к рассматриваемым нами институтам востребовано построение зависимости от предшествующих показателей развития или от «начальных условий системы».

Полагаем, что все модели государственной контрольно-надзорной деятельности в мире — результат длительной эволюции систем законодательства и государственного управления в различных государствах. В связи с этим ценность государственного контроля и надзора в современной России

определяется, в том числе и сложным, многоступенчатым развитием данных управленческих форм в системе государственной власти, включающим в себя также этапы функционирования советской командно-административной системы. С учетом предшествующего развития современная отечественная система государственного контроля и надзора, активно вбирающая в себя все прогрессивные тенденции государственного развития в мире, позволяющая защищать права и законные интересы граждан и организаций, обеспеченная в административно-процедурном отношении, закономерно подвергающаяся влиянию цифровизации, представляет собой универсальную ценность в системе государственного управления, призванную обеспечивать всю совокупность частных и публичных интересов в определенной сфере социальной жизни.

Данный методологический подход к определению ценности государственного контроля и надзора (назовем его эволюционным) может применяться параллельно с подходом, заключающимся в сравнении рассматриваемых управленческих форм с иными на одном хронологическом этапе (горизонтальный метод). Предложенные подходы к выявлению ценности государственного контроля и надзора способны стимулировать содержательную и процедурную составляющие данных управленческих форм на основе сравнительного анализа (своего рода конкуренции) их с иными регуляторными механизмами (к примеру, оптимизация контрольно-надзорных процедур в направлении моделирования правомерного поведения субъектов в подконтрольной сфере).

8. Общественно значимые результаты государственного контроля и надзора и охраняемые законом ценности

Законодателем установлено, что государственный контроль (надзор), муниципальный контроль должны быть направлены на достижение общественно значимых результатов, связанных с минимизацией риска причинения вреда (ущерба) охраняемым законом ценностям, вызванного нарушениями обязательных требований¹⁰. Федеральный закон от 31.07.2020 № 248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» не содержит определения категории «охраняемые законом ценности». Примечательно, что содержание этой категории было дано в проекте федерального закона «Об основах государственного контроля (надзора) и муниципального контроля в Российской Федерации» (п. 7 статьи 2). Разработчики проекта отнесли к охраняемым законом ценностям такие ценности, как жизнь и здоровье граждан, права, свободы и законные интересы

¹⁰ Российская газета. 05.08.2020.

граждан и организаций, их имущество, сохранность животных, растений, иных объектов окружающей среды, объектов, имеющих историческое, научное, культурное значение, поддержание общественной нравственности, обеспечение установленного порядка государственного управления и местного самоуправления, в том числе посредством обеспечения исполнения гражданами и организациями обязанностей платы законно установленных налогов, сборов, иных обязательных платежей, обеспечение обороны страны и безопасности государства, стабильности финансового сектора, единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности¹¹. Практически идентичный перечень ценностей (за исключением отдельных формулировок) содержался в п. 6 статьи 2 проекта ФЗ «Об основах государственного и муниципального контроля (надзора) в Российской Федерации»¹².

Раскрывая принцип законности при установлении и оценке применения обязательных требований, законодатель в п. 1 ст. 5 Федерального закона от 31.07.2020 № 247-ФЗ «Об обязательных требованиях в Российской Федерации» устанавливает, что обязательные требования устанавливаются в порядке, определяемом настоящим Федеральным законом, исключительно в целях защиты жизни, здоровья людей, нравственности, прав и законных интересов граждан и организаций, непричинения вреда (ущерба) животным, растениям, окружающей среде, обороне страны и безопасности государства, объектам культурного наследия, защиты иных охраняемых законом ценностей¹³.

Ученые наряду с категорией «охраняемые законом ценности» также используют категорию «общественно значимые ценности», применяя их как синонимы [Добролюбова Е., 2016: 51], или, пользуясь выражением ряда других отечественных исследователей, «признаваемые всеми ценности». В ряде судебных актов международного уровня применяются такие выражения, как «социальные ценности, охраняемые законом» или «ценности, охраняемые уголовным законом»¹⁴. В отдельных случаях суды говорят о «человеческих

¹¹ Проект Федерального закона «Об основах государственного контроля (надзора) и муниципального контроля в Российской Федерации». Available at: URL: <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/47109.html/> (дата обращения: 29.06.2020)

¹² Проект Федерального закона «Об основах государственного и муниципального контроля (надзора) в Российской Федерации». Available at: URL: <https://regulation.gov.ru/FileData/GetDocContent/619a4d98-1500-46b9-995a-0398a4809c2c> (дата обращения: 29.06.2020)

¹³ Федеральный закон от 31.07.2020 № 247-ФЗ «Об обязательных требованиях в Российской Федерации» // Российская газета. 05.08.2020.

¹⁴ Постановление ЕСПЧ от 08.07.2019 «Дело «Михалаке против Румынии» (жалоба N 54012/10) // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2019. № 4.

ценностях»¹⁵, «охраняемых законом интересах общества и государства»¹⁶, «публично значимых ценностях»¹⁷, «конституционно признаваемых ценностях государства и общества»¹⁸.

В системе охраняемых законом ценностей можно выделить конституционные ценности, которые выступают остовом данной системы. Согласно российской Конституции, человек, его права и свободы провозглашаются высшей ценностью. В Основном законе страны данное положение закреплено в качестве одной из основ конституционного строя (ст. 2). Конституция подтверждает, что фундаментальные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения (ст. 17). Из общепризнанной конституционной нормы о человеке, его правах и свободах как высшей ценности следует, что под защитой Конституции находятся и другие ценности в той мере, в какой они выступают в правовом обличье. В определенном смысле Основной закон есть выражение основных юридических ценностей — это права и свободы человека, верховенство права, справедливость и равенство, демократическое, федеративное, правовое и социальное государство, разделение властей, парламентаризм, правовая экономика [Зорькин В., 2008: 7–20].

Применительно к категории «охраняемые законом ценности» следует обратить внимание на несколько важных моментов.

Во-первых, перечень данных ценностей — не застывшая догма, а живая и подвижная система, отражающая свойства и признаки определенного политико-правового периода в развитии государства. С течением времени корректируются цели правового регулирования, трансформируется ценностная система, подлежащая сохранению посредством такого регулирования и управленческой практики. В.С. Нерсисянц справедливо отмечал, что абсолютный характер цели и требования правового закона и правового государства не означает, будто сегодня эта цель (и требуемые ею правовой закон и правовое государство) по своему смысловому содержанию и ценностному объему та же, что и 100 лет назад или 100 лет спустя. Яркой иллюстрацией таких изменений является, например, весьма радикальное развитие и существенное обновление за последнее столетие представлений о правах и

¹⁵ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 20.05.2019 № 31-КГ19-1. Документ опубликован не был // СПС КонсультантПлюс.

¹⁶ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2018) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 28.03.2018) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 1.

¹⁷ Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.05.2015 № 18АП-1428/2015 по делу № А76-23728/2014. Документ опубликован не был // СПС КонсультантПлюс.

¹⁸ Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 31.05.2018 № 11АП-4955/2018 по делу № А65-29909/2017. Документ опубликован не был // СПС КонсультантПлюс.

свободах человека, их месте и значении в иерархии правовых ценностей, их определяющей роли в процессе правовой оценки действующего законодательства, деятельности государства и т.д. [Нерсисянц В., 2005: 61].

Во-вторых, охраняемые законом ценности представляют собой не простую совокупность, а определенную иерархию, конкретное на определенный период времени соотношение ценностей между собой. Согласно позиции В.Д. Зорькина, ценности находятся в иерархическом соподчинении. Данное соотношение подвижно во времени, иерархия меняется с развитием социально-экономических, государственно-правовых и иных условий существования социума. При этом является весьма важным поддержание баланса и соразмерности конституционно защищаемых ценностей, целей и интересов, недопустимы подмена одной ценности другой или ее умаление за счет другой ценности [Зорькин В., 2008: 20].

Полагаем, что можно выделить два критерия иерархической структуризации охраняемых законом ценностей. Первый обуславливает деление всех ценностей на ценности, охраняемые Конституцией, и ценности, охраняемые иными законами. Данное деление условно, так как все базовые ценности общества так или иначе закреплены в Основном законе страны. Тем не менее в современных судебных актах часто встречаются формулировки «охраняемые Конституцией Российской Федерации и законом ценности»¹⁹, «охраняемые Конституцией Российской Федерации и федеральными законами ценности»²⁰. Второй критерий, неразрывно связанный с первым, заключается в значимости определенной ценности в сравнении с иными. Суды часто оперируют категорией «значимость охраняемых законом ценностей»²¹. При этом в отдельных случаях суды обращают внимание на значимость охраняемых отношений в определенной сфере (к примеру, в сфере стабильности рынка ценных бумаг²²). Категория «вид охраняемых законом ценностей» ис-

¹⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 10.10.2019 № 2685-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Байло Юрия Владимировича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 171 Уголовного кодекса Российской Федерации». Документ опубликован не был // СПС КонсультантПлюс.

²⁰ Решение Верховного Суда РФ от 20.01.2020 № АКПИ19-869 «Об отказе в удовлетворении заявления о признании недействующим пункта 2.1.6 Критериев оценки материалов и (или) информации...», утв. Приказом Роскомнадзора № 84, МВД России № 292, Роспотребнадзора № 351, ФНС России ММВ-7-2/461@ от 18.05.2017». Документ опубликован не был // СПС КонсультантПлюс.

²¹ Определение Конституционного Суда РФ от 12.03.2019 № 579-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Нацарашвили Гелы Арчиловича на нарушение его конституционных прав частью третьей статьи 256 Уголовного кодекса Российской Федерации». Документ опубликован не был // СПС КонсультантПлюс.

²² Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 06.02.2020 № Ф02-7285/2019 по делу № А78-10468/2019. Документ опубликован не был // СПС КонсультантПлюс.

пользуется и в процедурном обеспечении профилактики нарушений обязательных требований как важного направления реформы современной системы государственного контроля и надзора²³.

В-третьих, верно выстроить и применить определенное соотношение, иерархию охраняемых законом ценностей важно как при нормотворчестве, так и в правоприменении. В последнем случае учет соотношения охраняемых законом ценностей, отражение действующих на определенный период времени приоритетов в существующей иерархии ценностей могут быть осуществлены посредством административного или судебного усмотрения как закономерно-го свойства правоприменительной практики. Учет ценностных приоритетов в условиях использования риск-ориентированного подхода в контрольно-надзорной деятельности возможен и при разработке критериев градации подконтрольных объектов на группы в зависимости от уровня риска или класса опасности. Подобное ведомственное усмотрение отдельные ученые подразделяют на субъективное усмотрение и профессиональное суждение.

В-четвертых, обеспечение охраняемых законом ценностей возможно и через призму принципов права как такового, а также принципов осуществления правоприменительной деятельности, одним из направлений которой является контрольно-надзорная деятельность. В системе принципов разновидностей государственного контроля и надзора закономерно выделяются целеполагающие принципы, представляющие собой идейные начала контрольно-надзорной деятельности, обусловленные целями государственного контроля и надзора в сфере регулирования.

Цели государственного контроля и надзора по-разному позиционируются в доктрине и действующем законодательстве. В отдельных случаях в качестве поставленной для государственного контроля цели выступает обеспечение безопасности жизнедеятельности [Винокуров В., 2018: 113–119]. В нормативно-правовом массиве речь идет о направленности контрольно-надзорной деятельности на предупреждение, выявление и пресечение нарушений подконтрольными лицами обязательных требований²⁴, на проверку

²³ Стандарт комплексной профилактики нарушений обязательных требований (утв. Протоколом заседания проектного комитета по основному направлению стратегического развития Российской Федерации «Реформа контрольной и надзорной деятельности» от 12.09.2017 № 61(11)) (вместе с «Требованиями к структурированию и размещению сведений о мерах профилактики нарушений обязательных требований на официальном сайте контрольно-надзорного органа», «Порядком составления и ведения перечня типовых нарушений обязательных требований», «Порядком установления контрольно-надзорными органами обстоятельств для обоснованного объявления предостережений о недопустимости нарушений обязательных требований»). Документ опубликован не был // СПС Консультант Плюс.

²⁴ Федеральный закон от 26.12.2008 № 294-ФЗ (ред. от 01.04.2020) «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» // Российская газета. 30.12.2008.

и (или) обеспечение соблюдения законодательства в определенной сфере регулирования²⁵. Распространенной является позиция законодателя о предотвращении вреда охраняемым законом ценностям посредством обеспечения соблюдения гражданами и организациями обязательных требований как цели государственного и муниципального контроля (надзора)²⁶.

Охраняемые законом ценности позиционируются учеными в качестве объектов государственного контроля, надзора и муниципального контроля. Одновременно они рассматриваются в качестве задач государственного (административного) надзора и государственного или муниципального контроля [Мартынов А., 2017]. Охраняемые законом ценности рассматриваются также в контексте с результатом контрольно-надзорной деятельности. Так, под непосредственным результатом государственного и муниципального контроля (надзора) понимается соблюдение обязательных требований, обеспечивающих защиту охраняемых ценностей [Масленникова Е., 2018: 336].

Полагаем, что целью контрольно-надзорной деятельности является обеспечение защиты охраняемых законом ценностей. Факт «охраняемости» определенных ценностей свидетельствует о наличии правового режима существования этих ценностей, функционирования их в государственно-правовом поле. Государственный контроль и надзор могут рассматриваться в качестве одной из разновидностей средств обеспечения защиты ценностей от посягательства, обеспечения предотвращения ущерба, который может быть им причинен деятельностью лиц (или их бездействием).

Интересным является также подход о направленности контрольно-надзорной деятельности не на обеспечение или защиту охраняемых законом ценностей, а на «достижение высокого уровня защиты охраняемых законом ценностей» [Талапина Э., Ефремов А., Черешнева И., 2019: 41–44]. В системе современного процедурного обеспечения реформирования контрольно-надзорной деятельности используется также категория «недостаточный уровень защищенности охраняемых законом ценностей»²⁷.

²⁵ Таможенный кодекс Евразийского экономического союза (приложение N 1 к Договору о Таможенном кодексе Евразийского экономического союза). Available at: <http://www.eaeunion.org/> (дата обращения: 12.04.2017)

²⁶ Проект Федерального закона «Об основах государственного и муниципального контроля (надзора) в Российской Федерации». Available at: URL: <https://regulation.gov.ru/FileData/GetDocContent/619a4d98-1500-46b9-995a-0398a4809c2c> (дата обращения: 29.06.2020)

²⁷ Стандарт комплексной профилактики нарушений обязательных требований (утв. Протоколом заседания проектного комитета по основному направлению стратегического развития Российской Федерации «Реформа контрольной и надзорной деятельности» от 12.09.2017 № 61(11)) (вместе с «Требованиями к структурированию и размещению сведений о мерах профилактики нарушений обязательных требований на официальном сайте контрольно-надзорного органа», «Порядком составления и ведения перечня типовых нарушений обязательных требований», «Порядком установления контрольно-надзорными ор-

Вариативность целевой направленности контрольно-надзорной деятельности в контексте категории «охраняемые законом ценности» предполагает в качестве целевого вектора подобной деятельности обеспечение защиты охраняемых законом ценностей, достижение высокого уровня защиты охраняемых законом ценностей, достижение необходимого (минимального) уровня защиты охраняемых законом ценностей, предотвращение вреда (ущерба) охраняемым законом ценностям и др.

В свете принятых недавно законов «Об обязательных требованиях в Российской Федерации» и «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» связь охраняемых законом ценностей с государственным контролем и надзором выглядит следующим образом. Государственный контроль и надзор направлен на достижение общественно значимых результатов. Эти результаты связаны с минимизацией риска причинения вреда (ущерба) охраняемым законом ценностям. Наличие подобного риска — обязательное условие установления обязательных требований, целью которого выступает защита охраняемых законом ценностей. Практика реализации обновленного законодательства в сфере государственного контроля и надзора может предложить новые варианты подобной формулы, а также выявить иные аспекты научных исследований в области аксиологического обоснования контрольно-надзорной деятельности государства. В частности, предстоит определить соотношение признака «охраняемость законом» применительно к ценностям с наличием обязательных требований в соответствующей сфере государственного регулирования.

Заключение

Аксиологические подходы к контрольно-надзорной деятельности подразумевают два уровня: первый связан с оценкой самой контрольно-надзорной деятельности в системе иных управленческих форм, второй — с обеспечением защиты охраняемых законом ценностей посредством государственного контроля и надзора.

Государственный контроль и надзор как управленческие формы могут быть рассмотрены с точки зрения их ценности, под которой следует понимать значимость данных форм в системе государственного управления в целом в контексте возможности использования иных управленческих форм для достижения целей управления. Возможность замены государственно-го контроля и надзора иными регулятивными механизмами рассмотрена

ганами обстоятельств для обоснованного объявления предостережений о недопустимости нарушений обязательных требований»). Документ опубликован не был // СПС Консультант-Плюс.

нами в рамках дерегулирования и его разновидностей. Эффективность замены контрольно-надзорных механизмов государства на иные, связанные с делегированием государственно-властных полномочий, саморегулированием, сорегулированием и иными проявлениями дерегулирования институты связана прежде всего с возможностью обеспечения необходимого уровня защиты охраняемых законом ценностей.

С точки зрения эволюционного подхода ценность государственного контроля и надзора обусловлена предшествующим развитием данных управленческих форм в системе государственного управления.

Действующее законодательство относит к охраняемым законом ценностям прежде всего жизнь, здоровье, нравственность, права и законные интересы граждан и организаций, животных, растения, окружающую среду, оборону страны и безопасность государства, объекты культурного наследия. Содержание перечня ценностей в разных документах несколько отличается, основу его составляют базовые конституционные ценности.

Перечень охраняемых законом ценностей — подвижная система с внутренней иерархической структурой. Охраняемые законом ценности можно классифицировать на конституционные и иные ценности, а также в зависимости от сферы регулирования.

Учет ценностных ориентиров контрольно-надзорной деятельности очень важен и возможен как на стадии нормотворчества, так и в правоприменительной практике. В определенной степени учет структуры охраняемых законом ценностей, значимости отдельной ценности или совокупности ценностей возможен в рамках усмотрения как естественного свойства правоприменения, а также при разработке критериев рисков при реализации контрольно-надзорной деятельности, в контексте реализации принципов государственного контроля и надзора, его разновидностей.

В.Е. Чиркин, характеризуя единую систему публичной власти в демократическом государстве, говорит о системном подходе к ней с одновременным выяснением наиболее целесообразных сфер регулирования и организации различных видов публичной власти, что в конечном итоге призвано сделать практику управления в обществе более рациональной [Чиркин В.Е., 2009: 13]. Подобная рациональность связана в том числе с оценкой значимости и оправданности использования в государственном управлении всего спектра существующих форм и механизмов, призванных оптимизировать взаимодействие граждан и организаций с публичной властью.



Библиография

Андрюшин С.А., Дадашев А.З., Соколовская Е.А. Финансовый контроль в Российской Федерации: проблемы организации и управления / Материалы круглого стола. М.: Ин-т экономики РАН, 2002. 250 с.

Бахрах Д.Н., Скороходова В.В. Делегирование коммерческим банкам властных полномочий // Современное право. 2007. N 11. С. 2–5.

Большой энциклопедический словарь. М.: Советская энциклопедия, 1991. Т. 2. 768 с.

Буркова А.Ю. Дерегулирование // Юрист. 2020. N 1. С. 71–73.

Винокуров В.А. Государственный контроль в современной России: предложения по его совершенствованию в сфере безопасности жизнедеятельности // Журнал российского права. 2018. N 9. С. 113–119.

Губин Е.П. Принципы предпринимательского права. Свобода предпринимательской деятельности как основной принцип правового регулирования экономической деятельности / Предпринимательское право России: итоги, тенденции и пути развития / отв. ред. Е.П. Губин. М.: Юстицинформ, 2019. 664 с.

Демин А.В. Диспозитивность и налогообложение: комментарий законодательства и практики налогового администрирования // СПС Консультант Плюс, 2017.

Добролюбова Е.И. Оценка результативности и эффективности государственного контроля на примере сферы трудовых отношений // Статистика и экономика. 2016. N 6. Т. 13. С. 49–55.

Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г. «Экономическое право» и система российского законодательства в современных условиях / Право и экономическая деятельность: современные вызовы: / отв. ред. А.В. Габов. М.: Статут, 2015. С. 25–35.

Жаворонков С. и др. Дерегулирование российской экономики. М.: Институт экономики переходного периода, 2001. 70 с.

Зорькин В. Аксиологические аспекты Конституции России // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. N 4. С. 7–20.

Мальков В.В. Общественный контроль в советском государственном управлении. М.: Изд-во Московского университета, 1965. 123 с.

Мартынов А.В. Новые подходы к установлению обязательных требований, которые должны выполняться субъектами предпринимательской деятельности и являются предметом проверки со стороны контрольно-надзорных органов / Право и экономическое развитие: проблемы государственного регулирования экономики / отв. ред. В.А. Вайпан, М.А. Егорова. М.: Юстицинформ, 2017. С. 65–89.

Масленникова Е.В. Анализ российского опыта реформирования контрольно-надзорной деятельности (часть 2) // Вестник РУДН. Серия: Государственное и муниципальное управление. 2018. Т. 5. N 3. С. 318–342.

Нерсисянц В.С. Философия права. М.: Норма, 2005. 656 с.

Ноздрачев А.Ф., Зырянов С.М., Калмыкова А.В. Реформа государственного контроля (надзора) и муниципального контроля // Журнал российского права. 2017. N 9. С. 34–46.

Нуреев Р.М., Латов Ю.В. Что такое зависимость от предшествующего развития и как ее изучают российские экономисты / Истоки: из опыта изучения экономики как структуры и процесса. М., 2006. С. 228–255.

Ноздрачев А.Ф. (отв. ред.) Разрешительная система в Российской Федерации. М.: ИНФРА-М, 2015. 928 с.

Романовская О.В. Делегирование государственно-властных полномочий в системе публично-правового регулирования // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. N 2. С. 143–154.

Сальников М.В. Западная традиция права: политико-правовые ценности и идеалы // Мир политики и социологии. 2013. N 10. С. 170–191.

Талапина Э.В., Ефремов А.А., Черешнева И.А. Перспективы применения технологии распределенного реестра для осуществления отдельных государственных функций // Административное право и процесс. 2019. N 11. С. 41–44.

Терещенко Л.К. Государственное регулирование и дерегулирование в сфере связи // Журнал российского права. 2019. N 10. С. 98–108.

Тонков Е.Е. Контроль и надзор в российском обществе: приоритеты и перспективы в условиях кризиса // Проблемы правоохранительной деятельности. 2011. N 1. С. 86–94.

Чиркин В.Е. Публичная власть в современном обществе // Журнал российского права. 2009. № 7. С. 3–13.

Южаков В.Н., Добролюбова Е.И., Покида А.Н., Зыбуновская Н.В. Результативность контрольно-надзорной деятельности государства глазами бизнеса. М.: Дело, 2017. 288 с.

Якунин В.И., Сулакшин С.С., Фонарева Н.Е. и др. Государственная конкурентная политика и стимулирование конкуренции в Российской Федерации. Т. 2. М.: Научный эксперт, 2009. 352 с.

Cerny G. The limits of deregulation: Transnational interpenetration and policy change. *European Journal of Political Research*, 1991, vol. 19, pp. 173–196.

Dean S. Tax Deregulation. *New York University Law Review*, 2011, vol. 86, pp. 387–436.

Winston C. Economic Deregulation: Days of Reckoning for Microeconomists. *Journal of Economic Literature*, 1993, vol. 31, pp. 1263–1289.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 1

Axiological Aspects of State Control and Supervision



Saniat Agamagomedova

Associate Professor, Department of State Law Subjects, Penza University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 40 Krasnaya Str., Penza 440026, Russia. E-mail: saniyat_aga@mail.ru



Abstract

The subject of research is state control and supervision from the point of view of axiological approaches. The first level of the latter makes it possible to determine value of state control and supervision as administrative forms; the second level forms variants of theoretical and legal substantiation of the correlation between the control and supervisory activities of the state and the totality of values protected by law. The aim of the article is to propose methodological techniques for determining the value of state control and supervision, which is understood as the importance of these institutions in the public administration system as a whole in the context of the possibility of using other administrative forms to achieve regulatory goals. The value of the control and supervisory activities of the state is substantiated from the point of view of the possibility of replacing state control and supervision with other regulatory mechanisms within the framework of deregulation processes (horizontal approach), as well as taking into account previous development

of these administrative forms (evolutionary approach). Value of state control and supervision is seen as the ability to ensure the protection of legally protected values with minimal interference of public authorities in controlled activities. Value of the considered management forms is substantiated using the category of deregulation, which is understood as: process of development of a certain sphere of social relations; process of delegating state powers; trends to expanding the freedom of subjects, transition to “soft” regulation; process of reducing and simplifying administrative procedures (procedural deregulation). Determination of the value of state control and supervision is associated with the justification of the possibility of replacing these management forms with others in relation to a certain area of regulation, which determines a specific ratio of various management forms and mechanisms. From the point of view of evolutionary approach, value of state control and supervision is determined by the previous development of these administrative forms in the system of state power. Within the framework of the theoretical and legal substantiation of the category “values protected by law” in the system of state control and supervision, a variety of positions are highlighted. As a conclusion, a modern formula is proposed: state control and supervision — socially significant results — mandatory requirements — values protected by law.



Keywords

state control and supervision; values protected by law; value; deregulation; public administration; administrative reform; objectives of control and supervisory activities.

Acknowledgments: The paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the NRU HSE academic publications.

For citation: Agamagomedova S.A. (2021) Axiological Aspects of State Control and Supervision. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 37–61 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.37.61



References

- Andrushin S.A., Dadashev A.Z., Sokolovskaya E.A. (2002) Financial control in Russia: papers of round table. Moscow: Institute of Economics, 250 p. (in Russian)
- Bahrah D.N., Skorohodova V.V. (2007) Delegating power functions to commercial banks. *Sovremennoe pravo*, no 11, pp. 2–5 (in Russian)
- Big encyclopedia dictionary (1991) A. M. Prokhorov (ed.). Vol. 2. Moscow: Sovetskaya encyclopedia. 768 p. (in Russian)
- Burkova A. Yu. (2020) Deregulation. *Yurist*, no 1, pp. 71–73 (in Russian)
- Cerny G. (1991) Limits of deregulation. *European journal of political research*, vol. 19, pp. 173–196.
- Chirkin V.E. (2009) Public power in the contemporary society. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 7, pp. 3–13 (in Russian)
- Dean S. (2011) Tax deregulation. *New York University law review*, vol. 86, pp. 387–436.
- Demin A.B. (2017) Disposition and taxation. SPS Consultant Plus (in Russian)
- Dobrolubova E.I. (2016) Results and efficiency of state control in labor relations. *Statistika i ekonomika*, no 6, pp. 49–55 (in Russian)
- Doronina N.G., Semilutina N.G. (2015) Russian modern economic law. In: Law and economic activity. A.V.Gabov (ed.). Moscow: Statute, pp. 25–35 (in Russian)

- Gubin E.P. (2019) *The principles of business. Business law in Russia: trends and ways of progress*. Moscow: Yustitsinform, 664 p. (in Russian)
- Malkov V.V. (1965) *Social control in Soviet state administration*. Moscow: University, 123 p. (in Russian)
- Martynov A.V. (2017) New approaches to establishing guidelines for entrepreneurs. In: Law, economic progress and state regulation. V.A.Vaipan (ed.). Moscow: Justitsinform, pp. 65–89 (in Russian)
- Maslennikova E.B. (2018) Study in reforming control and supervision in Russia. *Vestnik RUDN*, no 3, pp. 318–342 (in Russian)
- Nersesiantz V.S. (2005) *Philosophy of law*. Moscow: Norma, 656 p. (in Russian)
- Nozdrachev A.F., Zyrianov S.M., Kalmykova A.V. (2017) Reform of state and control and supervision. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 9, pp. 34–46 (in Russian)
- Nureev R.M., Latov Yu.V. (2006) What dependency from the past means and how Russian economists analyze it. In: The sources: experience of exploring economics. Moscow: Ekonomika, pp. 228–255 (in Russian)
- Romanovskaya O.V. (2017) Delegation of state powers in system of public law. *Vestnik Permskogo Universita*, no 2, pp. 143–154 (in Russian)
- Salnikov M.V. (2013) Western legal tradition: values and ideals. *Mir politiki i sotsiologii*, no 10, pp. 170–191 (in Russian)
- Talapina E.V., Efremov A.A., Cereshneva I.A. (2019) Prospects of implementing dispatched register methods for fulfilling state functions. *Administrative pravo i protsess*, no 11, pp. 41–44 (in Russian)
- Tereschenko L.K. (2019) State regulation and deregulation in communication sphere. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 10, pp. 98–108 (in Russian)
- Tonkov E.E. (2018) Creative state, alternative to corporatism. In: Law and state in the world: papers of a conference. Belgorod: GIK press, pp. 8–18 (in Russian)
- Winston C. (1993) Economic deregulation: days of reckoning for microeconomists. *Journal of economic literature*, vol. 31, pp. 1263–1289.
- Zhavoronkov S. et al. (2001) *Deregulation of the Russian economy*. Moscow: RAN, 70 p. (in Russian)
- Zorkin V.D. (2008) Axiological aspects of Russian Constitution. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no 4, pp. 7–20 (in Russian)
- Yakunin V.I., Sulakhin S.S., Fonareva N.E. et al. (2009) *Competition policies in the Russian Federation*. Vol. 2. Moscow: Expert, 352 p. (in Russian)
- Yuzhakov V.N., Dobrolubova E.I., Pokida A.N., Zybunovskaya N.V. (2017) *How business feels results of state control*. Moscow: Delo, 352 p. (in Russian)

Категория объекта в теории прокурорской деятельности: теоретический и прикладной аспекты



О.Н. Коршунова

Профессор, кафедра прокурорского надзора и участия прокурора в рассмотрении уголовных, гражданских и арбитражных дел Санкт-Петербургского юридического института Университета прокуратуры Российской Федерации, доктор юридических наук. Адрес: 191104, Российская Федерация, Санкт-Петербург, Литейный проспект, 44. E-mail: olga_korshunova1@mail.ru



И.И. Головки

Доцент, кафедра прокурорского надзора и участия прокурора в рассмотрении уголовных, гражданских и арбитражных дел Санкт-Петербургского юридического института Университета прокуратуры Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 191104, Российская Федерация, Санкт-Петербург, Литейный проспект, 44. E-mail: irinaivanovna2009@yandex.ru



Аннотация

В статье рассматриваются проблемы определения объекта прокурорской деятельности с учетом современного уровня развития науки, федерального законодательства, развития надзорных и ненадзорных направлений деятельности. Предметом исследования выступают нормативные акты, регулирующие деятельность прокурора, выводы ученых по проблемам определения объекта прокурорского надзора и прокурорской деятельности, содержания правоотношений с участием прокурора. Целью исследования является изучение особенностей объекта в науке и практической деятельности прокурора. До настоящего времени теория не выработала единого мнения по вопросу объекта прокурорской деятельности; предлагаются различные подходы и концепции, которые не лишены недочетов. В связи с этим в статье определены и обоснованы подходы к установлению содержания и сущности объекта применительно к прокурорской деятельности как к практической деятельности, так и к науке, для целей научных исследований. Проанализировано содержание правоотношений с участием прокурора в рамках надзорной и ненадзорной функций прокуратуры Российской Федерации. Для детального ознакомления с мнениями ученых в статье кратко проанализирован путь становления взглядов на исследуемую проблему в науке советского периода и в современной российской науке. Сделан вывод о необходимости разделения объекта правоотношений с участием прокурора и объекта прокурорской деятельности. Авторы поддерживают мнение, что объектом прокурорского надзора выступает поведение, действия, решения поднадзорных субъектов. Проверяемые прокурором органы, организации, их должностные лица являются поэтому субъектами правоотношений с участием прокурора, но не объектом надзора. В результате исследования предлагается в качестве объекта ненадзорной деятельности прокурора рассматривать деятельность

субъектов правоотношений, специфическим субъектом которых является прокурор при реализации соответствующих ненадзорных полномочий. Также определен объект прокурорской деятельности в целом. Изучение формулировок объекта исследования в диссертациях, посвященных прокурорской деятельности, позволило сделать вывод, что в настоящее время не имеется общих позиций в формулировании объекта и предмета исследования, что требует внимания ученых к указанной проблеме.



Ключевые слова

прокурорская деятельность, прокурорский надзор, объект, субъект, правоотношение, объект диссертационного исследования.

Для цитирования: Коршунова О.В., Головки И.И. Категория объекта в теории прокурорской деятельности: теоретический и прикладной аспекты // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 1. С. 62–79.

УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.62.79

Введение

Целенаправленное и плодотворное развитие любой науки возможно только при должном уровне разработки ее теоретических и методологических основ. Для создания таких основ необходимо достижение соответствующего уровня исследования теоретических и методологических вопросов более частного характера. Не является исключением и теория прокурорской деятельности, для которой на современном этапе можно констатировать достижение определенного уровня исследования теоретических основ прокурорской деятельности в различных ее направлениях. Очевидно, что с учетом ярко выраженной прикладной направленности данной науки необходима активная разработка понятийного аппарата, используемого как в науке в целом, так и в практической деятельности прокуратуры: в тех или иных направлениях надзорной и ненадзорной деятельности прокурора. Однако механическое объединение сформулированных подходов не обеспечит создания общей теории прокурорской деятельности. Вместе с тем современный уровень исследований теоретических вопросов, имеющих большое прикладное значение для организации и деятельности органов прокуратуры Российской Федерации, позволяет перейти к более активному формированию теоретических и методологических основ теории прокурорской деятельности в целом.

Поскольку теория прокурорской деятельности является юридической наукой, необходимо проанализировать доктринальные подходы к определению основных наиболее значимых категорий, определить возможность и

целесообразность экстраполяции указанных подходов на понятийный аппарат, используемый теорией прокурорской деятельности, определить, каким образом специфика теоретических подходов прокурорской деятельности подходов влияет на определение содержания таких категорий, как объект и предмет, система, задачи и методы рассматриваемой отрасли науки.

Не ставя задачи формирования теоретических основ прокурорской деятельности в целом, в настоящем исследовании возможно и необходимо остановиться на обосновании подходов к определению понятия и содержания такой значимой в теоретическом отношении категории, которой выступает объект.

1. Проблемы формирования подходов к изучению понятия объекта в прокурорской деятельности

В научной литературе категория объекта рассматривается в различных аспектах. Различают категории объекта науки, научных исследований и прикладной (в данном случае — прокурорской) деятельности. При этом объекты последних двух видов выступают составными частями понятия «объект теории прокурорской деятельности» как науки. При некоторой общности подходов к определению содержания понятия «объект» для различных видов деятельности все же следует формулировать это понятие применительно к каждому из них таким образом, чтобы в определении нашла отражение и специфика соответствующего вида деятельности.

Прежде чем перейти к определению содержания объекта теории прокурорской деятельности, подчеркнем, что подходы к его определению во многом определяются природой, сущностью самой науки. В теории познания под объектом принято понимать то, на что направлена познавательная деятельность субъекта [Гусев С.С., 2009: 142]; [Лекторский В.А., 2010: 136], в правовых науках — то, на что направлено правоотношение. Это наиболее широкое понимание объекта.

Теория прокурорской деятельности является не только юридической наукой, но правовой юридической наукой. Напомним, что в литературе одно время активно обсуждалась необходимость и целесообразность даже называть данную науку прокурорско-надзорным правом [Даев В.Г., Маршун М.Н., 1990]. Излишне возвращаться к доводам, обосновывающим правовой характер рассматриваемой отрасли науки, однако следует признать справедливость данного подхода и в настоящее время¹. Вместе с тем сегодня

¹ Исходя из определения отраслей права как наиболее крупных звеньев системы права, охватывающих качественно особые виды общественных отношений, которые по своему экономическому, социально-политическому содержанию требуют обособленного, юридиче-

корректно использовать другое понятие, а именно — *теория прокурорской деятельности*, которое отражает тот факт, что не только реализация полномочий надзорного характера составляет содержание прокурорской деятельности. Значительный объем работы органов прокуратуры сегодня связан с реализацией полномочий ненадзорного характера. Поэтому и название отрасли науки должно отражать соответствующий комплексный характер изучаемых процессов.

Признание правового характера теории прокурорской деятельности обуславливает необходимость использования категорий, понятий, характерных для правовых юридических наук, прежде всего такого основополагающего для любой отрасли права и каждой правовой науки понятия, как правоотношения. Поскольку объект правовой науки традиционно определяется через правоотношения, которые изучает соответствующая наука, то следует обратиться к определению понятия правоотношения, в данном случае — правоотношения, одним из участников которого выступает прокурор.

Одновременно для формирования теоретических основ прокурорской деятельности как науки надлежит различать не только категории объекта и субъекта правоотношений. В качестве самостоятельных необходимо рассматривать категории объекта правоотношений и объекта самой прокурорской деятельности надзорного или ненадзорного характера.

2. Проблемы определения объекта правоотношения с участием прокурора

Начнем с определения понятия объекта правоотношения, о сущности которого в литературе существуют различные мнения. Результаты анализа позиций, которые исходят из традиционного подхода к содержанию правоотношений, включающих объекты, субъекты и содержание правоотношений, позволили выделить три относительно самостоятельных подхода. Представители первой группы полагают, что объектами правоотношений выступают материальные объекты окружающей человека среды, блага, результаты труда [Алексеев С.С., 1982: 155, 157].

Согласно другой устоявшейся позиции, объектом правоотношения является то, по поводу чего оно возникает [Александров Н.Г., 1948: 260]. Представители второй группы убеждены, что объектом правоотношений выступает поведение субъекта [Ванеева Л.А., 1974: 22]; [Спиридонов Л.И., 1996: 195]; в качестве объекта рассматривают даже будущее поведение участников правоотношений [Толстой Ю.К., 1959: 60].

ски своеобразного регулирования [Алексеев С.С., 1982: 246].

Представители третьей группы полагают, что объектами правоотношений являются вещи, блага и действия одновременно [Лупарев Е.Б., Добрабаба М.Б., Мокина Т.В., 2011: 55].

Применительно к правоотношениям, участником которых является прокурор, содержание надзорного правоотношения составляет право прокурора (одновременно это и его обязанность) по предупреждению и пресечению правонарушений, выяснению обстоятельств правонарушения и принятию мер для устранения правонарушения и его последствий, по привлечению виновных к ответственности путем возбуждения соответствующей процедуры, а поднадзорные органы, организации, лица имеют право (в ряде случаев несут обязанность) обратиться к прокурору с заявлением о совершенном или готовящемся правонарушении [Маршунов М.Н., 1982: 19]. С такой точки зрения более обоснована позиция, в соответствии с которой в качестве объекта правоотношений, участником которых выступает прокурор, следует рассматривать то, по поводу чего правоотношения возникают и на что направлена деятельность прокурора, а именно, деятельность тех или иных органов и организаций, их руководителей и должностных лиц.

На наш взгляд, содержание объекта как элемента правоотношений с участием прокурора определяется надзорными и ненадзорными функциями органов прокуратуры и, соответственно, полномочиями прокуроров по обеспечению соблюдения Конституции и исполнения законов, соблюдения прав, свобод и законных интересов человека и гражданина, интересов общества и публично-правовых образований и их защите, уголовному преследованию, координации деятельности правоохранительных органов по борьбе с преступностью, возбуждению дел об административных правонарушениях и проведению административного расследования, участию в рассмотрении дел судами, участию в правотворческой деятельности, а также отмеченной нами спецификой реализации полномочий в отношениях с обязанным лицом.

Таким образом, необходимо определить соотношение понятий объекта прокурорских правоотношений и объекта прокурорской деятельности.

3. Современные проблемы определения категории «объект прокурорской деятельности»

В XX веке, разделяя понятия прокурорско-надзорных правоотношений и надзора (как основного вида, направления прокурорской деятельности), М.Н. Маршунов указывал, что поскольку объект — то, на что воздействует правовое отношение (а именно — поведение его субъектов, предусмотренное диспозицией правовой нормы [Маршунов М.Н., 1982: 17]), в состав правоотношения он входить не может. В противном случае правоотношение

воздействовало бы на себя. С другой стороны, в дальнейших работах он уже не употреблял термин «объект» правоотношения [Маршунов М.Н., 1991], но говорил об объекте надзора – «безобъектного прокурорского надзора быть не может» [Даев В.Г., Маршунов М.Н., 1990: 63].

Приведенная позиция свидетельствует, что автор, разделяя понятия прокурорско-надзорных отношений и надзорной деятельности, фактически не считал необходимым разделять понятия объекта правоотношений и объекта прокурорской деятельности (на тот момент преимущественно надзорного характера).

Однако такое разделение не только целесообразно, но и необходимо в силу ряда обстоятельств. Прокурор, будучи несомненно специфическим субъектом правоотношений, в которые он вступает в процессе деятельности, не является единственным их субъектом. Иными субъектами выступают те, законность деятельности и решений которых прокурору надлежит оценивать с позиций закона. При этом на поведение иных субъектов рассматриваемых правоотношений воздействует не только прокурор, но и сами эти субъекты, изменяя поведение, решения и приводя их в соответствие с требованиями закона. Таким образом, не правоотношение «воздействует на самого себя», но субъекты правоотношения воздействуют на его объект.

В современной доктрине есть также мнение, что следует разделять объект в смысле элемента правоотношения и в смысле общей цели, которая достигается путем осуществления правоотношений [Лупарев Е.Б., Добробаба М.Б., Мокина Т.В., 2011: 53]. Предлагаемый подход является спорным, поскольку приводит фактически к смешению понятия элементов правоотношения и его цели. Применительно к прокурорской деятельности такой подход недопустим, поскольку цели деятельности органов прокуратуры установлены в п. 2 ст. 1 Федерального закона от 17.01.1992 № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» вне зависимости от характера правоотношений, в которых участвуют прокуроры.

Что касается объекта деятельности прокурора, то подходы к его определению также менялись, и существенно. В исторической ретроспективе проблема объекта деятельности рассматривалась учеными применительно к прокурорско-надзорным правоотношениям, поскольку, как известно, надзорные направления деятельности и, соответственно, полномочия прокурора составляли основное содержание деятельности органов прокуратуры. Несмотря на то, что на современном этапе развития роль надзорных отраслей (направлений) прокурорской деятельности изменилась, целесообразно остановиться на тех подходах, которые имели место в науке ранее и в определенной мере сохранили актуальность сегодня.

Анализ подходов к определению понятия объект надзора позволил выделить три группы авторов. Тех, кто рассматривал в качестве объекта надзора

поведение, действия, решения поднадзорных субъектов; группу авторов, которые под объектом надзора понимали непосредственно органы, организации, лиц; и тех, кто объединял указанные подходы.

Рассмотрим указанные подходы подробнее. Трудно и сегодня не согласиться с точкой зрения профессора Б.М. Спиридонова, который считал, что объектом прокурорского надзора выступает точное исполнение законов [Спиридонов Б.М., 1973: 86]. Справедливыми и сегодня остаются выводы о том, что в качестве объекта деятельности с учетом элементов и содержания прокурорско-надзорных правоотношений следует рассматривать поведение субъектов правового отношения [Маршунов М.Н., 1982: 84–87], т.е. законность действий (бездействия) должностного лица государственного органа, организации, причем не любых действий (бездействий), а тех, которые связаны с нарушением закона [Николаева Л.А., 1975: 36–40].

Как известно, в советский период деятельности прокуратуры осуществляли надзор за исполнением законов, в том числе и гражданами («Положение о прокурорском надзоре» 1922 г., Закон СССР от 30.11.1979 «О прокуратуре СССР»), что повлекло выводы ученых о допустимости определения в качестве объекта надзора прокурора и поведения граждан [Николаева Л.А., 1975: 36–40]. Но именно поведение граждан, поскольку сами граждане должны рассматриваться как субъекты прав и правоотношений, но не их объекты [Лупарев Е.Б., Добробаба М.Б., Мокина Т.В., 2011: 60].

В настоящее время также есть мнение, что объект прокурорского надзора — соответствующая поднадзорная деятельность².

Разделяя такой подход, современные авторы несколько уточняют его применительно к исследуемым направлениям деятельности прокурора. Обосновываются необходимость рассматривать в качестве объекта прокурорского надзора соответствие законам деятельности участников правовых отношений; соответствие принимаемых ими правовых актов законам; исполнение государственными органами и должностными лицами их обязанностей по контролю за исполнением законов участниками правовых отношений, на которых распространяется их компетенция [Клочков В.В., 1995: 31]; исполнение закона, соответствие закону издаваемых поднадзорными органами правовых актов, соблюдение ими прав и свобод человека и гражданина [Шалумов М.С., 2001: 66–67].

В качестве объекта прокурорского надзора за исполнением законов при расследовании уголовных дел о должностных преступлениях, связанных с сокрытием преступлений от учета, предлагается рассматривать законность

² Пункт 4 Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 17.02.2015 № 2-П; см. также: [Исаенко В.Н., 2010: 25–28]; [Воронин О.В., 2013: 61]; [Анисимов Г.Г., 2015: 16–20].

и эффективность процессуальной деятельности органов предварительного следствия по расследованию уголовных дел указанной категории [Колесов М.В., 2015: 34].

Однако подходы не всегда последовательны. Так, спорно мнение, в соответствие с которым в качестве объекта прокурорского надзора за соблюдением социальных прав человека и гражданина предлагается рассматривать непосредственно сам перечень социальных прав человека и гражданина, а также совокупность урегулированных правом общественных отношений, связанных с соблюдением социальных прав человека и гражданина, закрепленных Конституцией России, конституциями (уставами) субъектов Федерации, действующими на территории России законами [Бессарабов В.Г., 2012: 26–32]. Более корректно в данном случае в качестве объекта рассматривать также деятельность тех органов, организаций, их руководителей и должностных лиц, обязанных соблюдать права и законные интересы человека и гражданина.

Что касается авторов, считающих необходимым объединять понятием объекта непосредственно сами органы, организации и соответствующих лиц, то многие из них справедливо подчеркивают необходимость разделения категорий объектов и субъектов надзора (хотя их выводы не полностью совпадают с положениями сформулированными Л.А. Николаевой и М.Н. Маршуновым). Однако в исследованиях, посвященных различным направлениям прокурорской деятельности, обосновывается необходимость рассматривать в качестве объектов сами органы, организации, иные структуры, но не их деятельность.

Значительное число авторов, основываясь на соответствующих положениях Закона о прокуратуре, предлагает в число объектов прокурорского надзора включать органы, организации и должностных лиц [Артеменков В.К., 2017: 23–27]; [Буланова Н.В., 2014: 39–46]; [Кехлеров С.Г., Капинус О.С., 2012: 176–177]; [Неганова Е.Н., 2017: 22–26]; [Субанова Н.В., 2011: 35–41]; [Иголина Н.А., 2017: 51–57], а также индивидуальных предпринимателей [Субанова Н.В., 2010: 125].

Аналогичная позиция нашла отражение в ряде диссертационных исследований, защищенных в последнее время в Университете прокуратуры Российской Федерации (Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации). Преобладает подход, в соответствие с которым формулирование объекта надзора в соответствии со ст. 21, 26 Закона о прокуратуре должно происходить через определение круга соответствующих органов, организаций, должностных лиц [Барабаш Д.И., 2016]; [Беяков П.А., 2016]; [Дымолазов В.С., 2016]; [Ивкова А.В., 2014]; [Курилова Е.В., 2016]; [Лавров В.В., 2016]; [Огурцова М.Л., 2015]; [Пономарев А.А., 2016]; [Субанова Н.В., 2014].

Исходя из сформулированного ранее постулата, в соответствии с которым в качестве объекта следует рассматривать то, на что направлена деятельность субъекта (в данном случае — прокурора), подход второй группы авторов выглядит спорным. Действуя в целях обеспечения верховенства закона, единства и укрепления законности, защиты прав и свобод человека и гражданина, а также охраняемых законом интересов общества и государства, органы прокуратуры призваны направлять деятельность не на сами органы, организации и т.д., но на их деятельность, на то, чтобы эта деятельность протекала в рамках закона.

В определенной мере о противоречивости рассматриваемого подхода свидетельствуют работы тех авторов, которые в качестве объектов прокурорского надзора за исполнением законов судебными приставами по обеспечению порядка деятельности судов предлагают рассматривать только структурные подразделения органов Федеральной службы судебных приставов России всех уровней; а должностных лиц данной Федеральной службы — в качестве субъектов прокурорского надзора [Пак В.А., 2013: 20]. Сходным образом в качестве объектов прокурорского надзора рассматривают предприятия, учреждения, организации, другие органы, в которых проводятся прокурорские проверки исполнения законов, а должностных и иных лиц — в качестве субъектов надзора [Винокуров А.Ю., 2011: 23–26]; [Винокуров А.Ю., 2015: 14–23].

От того, насколько правильно определен перечень органов, организаций, их руководителей и должностных лиц, во многом зависит правильность определения таких категорий, как предмет и пределы прокурорского надзора в соответствующем направлении деятельности. Однако это не означает, что они должны рассматриваться именно в качестве объектов прокурорской деятельности.

Распространена третья из названных точек зрения, которая объединяет в качестве объекта надзора как органы, организации, их должностных лиц, так и их деятельность, связанную с исполнением законов [Чувилев А.А., 1999]. Подобная позиция вызывает еще больше возражений, поскольку фактически в качестве объектов надзорной деятельности рассматриваются элементы, взятые из перечней, сформированных по разным основаниям.

Таким образом, наиболее обоснованной является первая из рассмотренных выше позиций. При этом нецелесообразно в качестве объекта надзора рассматривать все многообразие возможного поведения поднадзорных субъектов, поскольку прокурорский надзор имеет установленные законом пределы.

Что касается проверяемых органов, организаций, их руководителей и должностных лиц, то, поскольку они обладают собственным правовым ста-

тусом, их следует рассматривать в качестве субъектов правоотношений, в том числе и тех правоотношений, в которые вступает прокурор при осуществлении деятельности в соответствии с возложенными на него полномочиями. Подобное мнение разделяют деятели научного сообщества Уральского государственного юридического университета, которые считают необходимым рассматривать объект и субъект прокурорского надзора как самостоятельные категории [Козлов А.Ф., 1969: 218].

Таким образом, объект надзорной деятельности прокурора — это деятельность субъектов, на которых распространяется компетенция прокурора по осуществлению надзора, по исполнению законов и соблюдению прав и свобод человека и гражданина.

При всем многообразии подходов, которым отличается исследование категории объекта надзорной деятельности прокурора, вплоть до настоящего времени указанная категория остается практически неисследованной применительно к направлениям прокурорской деятельности ненадзорного характера. Как сказано выше, на современном этапе направления деятельности органов прокуратуры, которые носят ненадзорный характер, также имеют большое значение в достижении целей, стоящих перед ними.

В Законе о прокуратуре указаны наиболее значимые ненадзорные функции прокуратуры: уголовное преследование; координация деятельности правоохранительных органов по борьбе с преступностью; возбуждение дел об административных правонарушениях и проведение административного расследования; участие в рассмотрении дел судами; участие в правотворческой деятельности.

Хотя деятельность в указанных направлениях также осуществляется органами прокуратуры, основные категории, используемые при осуществлении такой деятельности, не могут быть определены методом аналогии. В связи с отсутствием нормативных положений, раскрывающих сущность объектов ненадзорной деятельности прокурора, этой проблеме также уделяется внимание в доктрине.

Однако относительно объекта деятельности прокурора при осуществлении ненадзорных полномочий точки зрения различаются еще существеннее. Так, предлагается определять объект деятельности прокуратуры как сферу общественных отношений, в которой комплексно осуществляется многофункциональная деятельность прокуратуры [Карпов Н.Н., 2012: 42]. Развивая предложенный подход применительно к разным направлениям деятельности органов прокуратуры ненадзорного характера, авторы предлагают:

объектом участия прокуратуры в законотворческой деятельности органов государственной власти субъектов Российской Федерации рассматривать совокупность правовых отношений, возникающих в ходе осуществле-

ния прокурорами своих полномочий при осуществлении деятельности по принятию, изменению, дополнению или отмене законов субъектов федерации или их отдельных норм [Паштов Д.Р., 2014: 62];

объект взаимодействия с органами государственной власти и органами местного самоуправления в сфере обеспечения законности определять как складывающееся в конкретный временной отрезок на определенной территории (Российская Федерация, ее субъекты, муниципальные образования) состояние законности в той или иной сфере общественных отношений [Семенов А.В., 2015: 66];

в качестве объекта взаимодействия прокуратуры с неподнадзорными государственными органами рассматривать определенную материальную среду, т.е. определенные территории, предприятия, организации, иные государственные органы и их должностные лица, а также явления и процессы, на которые распространяются компетенция органов прокуратуры и неподнадзорных государственных органов, выступающих в этом случае в качестве субъектов взаимодействия [Усов А.Ю., 2016: 59].

Многообразие подходов к определению категории объекта деятельности прокурора применительно к направлениям ненадзорного характера свидетельствует о необходимости дальнейших исследований в целях формирования единства подходов. Считаем возможным и необходимым определение единого для всех направлений деятельности органов прокуратуры подхода к пониманию объекта деятельности прокурора.

Разделяя позицию, согласно которой прокурорская деятельность рассматривается как совокупность функций надзорного и ненадзорного характера [Амирбеков К.И., 2016: 49–52], подчеркнем, что и объект деятельности прокурора в целом должен формулироваться с учетом подходов к определению объектов деятельности прокурора по реализации полномочий надзорного и ненадзорного характера.

Таким образом, в качестве объекта прокурорской деятельности следует рассматривать деятельность субъектов по исполнению законов и соблюдению прав и свобод человека и гражданина, на которых распространяется компетенция прокурора по осуществлению надзора, а также деятельность иных субъектов права — участников правоотношений, на которых распространяется компетенция прокурора по реализации соответствующих полномочий ненадзорного характера.

Заключение

Сформулированные в статье подходы к определению содержания таких понятий, как объект теории прокурорской деятельности, объект правоотношений, участником (одним из субъектов) которых выступает прокурор,

объект прокурорской деятельности в целом, а также объект деятельности прокурора надзорного и ненадзорного характера, не исчерпывают всего круга проблем, связанных с категорией объекта в теоретическом и прикладном отношениях. Развивая позиции, связанные с определением объекта теории прокурорской деятельности как науки, следует признать весьма актуальными исследования вопросов, связанных с методологией диссертационных исследований. Очевидно, что объект исследования должен составлять часть объекта теории прокурорской деятельности как науки. Однако какую именно часть, как это должно быть сформулировано, чтобы был обеспечен соответствующий теоретический и методологический уровень исследования, — это вопросы, решение которых должно иметь строго научную основу. Вместе с тем по-прежнему весьма существенно различаются подходы к определению объекта и предмета исследования теоретических, правовых и прикладных аспектов прокурорской деятельности в различных ее направлениях. Поэтому актуальным остается формирование общих позиций в формулировании объекта и предмета исследования в диссертациях доктора юридических наук, кандидата юридических наук по специальности 12.00.11 — судебная деятельность, прокурорская деятельность, правоохранительная и правозащитная деятельность. Самостоятельного внимания требует исследование категорий объекта и предмета исследования применительно к магистерским диссертациям, посвященным проблемам прокурорской деятельности.

С учетом изменений, внесенных в Закон о прокуратуре в части процессуализации прокурорской проверки, формулирования требований определения цели и предмета каждой проводимой прокурорской проверки, актуальность приобрела необходимость исследования категорий предмета прокурорской проверки, объектов проверки, иных вопросов, связанных с формированием соответствующего понятийного аппарата.

Исследование категории объекта применительно к прокурорской деятельности имеет не только теоретическое, но и существенное прикладное значение, поскольку выработка единых подходов способствует достижению целей, стоящих перед органами прокуратуры, реализации принципов законности, единства и других основополагающих принципов организации и деятельности органов прокуратуры Российской Федерации.



Библиография

Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. М.: Юридическое издательство, 1948. 337 с.

Алексеев С.С. Общая теория права. Том II. М.: Юридическая литература. 1982. 360 с.

Амирбеков К.И. Объект и предмет прокурорской деятельности: теоретический подход // Российский следователь. 2016. N 24. С. 49–52.

- Анисимов Г.Г. Надзор за исполнением законов об оперативно-розыскной деятельности в органах ФСБ // Законность. 2015. N 1. С. 16–20.
- Артеменков В.К. Граждане (физические лица) как объекты прокурорского надзора за исполнением законов, соблюдением прав и свобод человека и гражданина // Законность. 2017. N 11. С. 23–27.
- Барабаш Д.И. Организация прокурорского надзора за исполнением законов в сфере безопасности дорожного движения. Дис... к.ю.н. М., 2016. 236 с.
- Беляков П.А. Защита прокурором права граждан на обращение в государственные органы и органы местного самоуправления. Дис... к.ю.н. М., 2016. 250 с.
- Бессарабов В.Г. Предмет, объект и пределы прокурорского надзора за соблюдением социальных прав человека и гражданина // Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации. 2012. N 5. С. 26–32.
- Буланова Н.В. Принципы, предмет, объект и пределы прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия // Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации. 2014. N 6. С. 39–46.
- Ванеева Л.А. Гражданские процессуальные правоотношения. Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1974. 40 с.
- Винокуров А.Ю. К вопросу о теоретических основах прокурорской деятельности // Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации. 2015. Т. 45. N 1. С. 14–23.
- Винокуров А.Ю. Объекты и субъекты прокурорского надзора: проблемы законодательной идентификации // Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации. 2011. N 3. С. 23–26.
- Воронин О.В. Теоретические основы современной прокурорской деятельности. Томск: Изд-во НТЛ, 2013. 62 с.
- Гусев С.С. Энциклопедия эпистемологии и философии науки. М.: Канон, 2009. С. 642.
- Даев В.Г., Маршунов М.Н. Основы теории прокурорского надзора. Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1990. 136 с.
- Дымолазов В.С. Прокурорский надзор за исполнением законодательства об отходах производства и потребления. Дис... к.ю.н. М., 2016. 245 с.
- Ивкова А.В. Прокурорский надзор за исполнением законодательства о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма в банковской сфере. Дис... к.ю.н. М., 2014. 210 с.
- Иголина Н.А. Защита прокурором прав инвалидов вне уголовно-правовой сферы // Адвокат. 2017. N 1. С. 51–57.
- Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ленинград: Изд-во Ленинградского ун-та, 1949. 144 с.
- Исаенко В.Н. Объект прокурорского надзора — процессуальная деятельность руководителя следственного органа как объект прокурорского надзора // Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации. 2010. N 18. С. 25–28.
- Карпов Н.Н. Теоретические и прикладные проблемы деятельности прокуратуры по обеспечению законности в сфере прохождения военной службы. Автореф. дис... д.ю.н. М., 2012. 59 с.
- Кехлеров С.Г., Капинус О.С. (ред.). Настольная книга прокурора. М.: Юрайт, 2012. 1159 с.

- Клочков В.В. Деятельность прокуратуры: типология, классификация / Прокуратура. Законность. Государственный контроль. Сборник. М.: Манускрипт, 1995. С. 18–33.
- Козлов А.Ф. Взаимоотношения суда первой инстанции и прокурора при рассмотрении гражданских дел // Ученые труды Свердловского юридического института. 1969. Вып. 9. С. 213–234.
- Колесов М.В. Прокурорский надзор за исполнением законов при расследовании должностных преступлений, связанных с укрытием преступлений от учета. Дис. ... к.ю.н. М., 2015. 225 с.
- Курилова Е.В. Правовые и организационные основы прокурорского надзора за исполнением законодательства об административной ответственности в экологической сфере. Дис. ... к.ю.н. М., 2016. 270 с.
- Лавров В.В. Прокурорский надзор за исполнением законов об охране объектов культурного наследия. Дис. ... к.ю.н. М., 2016. 238 с.
- Лекторский В.А. и др. Новая философская энциклопедия. М.: Мысль, 2010. Т. 3. 692 с.
- Лупарев Е.Б., Добробаба М.Б., Мокина Т.В. Общая теория публичных правоотношений. М.: Юрлитинформ, 2011. 280 с.
- Маршунов М.Н. Понятие прокурорско-надзорного правоотношения // Правоведение. 1982. N 4. С. 84–87.
- Маршунов М.Н. Прокурорско-надзорное право. Проблемы правового регулирования. СПб.: Издательство Санкт-Петербургского университета, 1991. 128 с.
- Маршунов М.Н. Прокурорско-надзорные правоотношения. Автореф. дис... к.ю.н. Л., 1982. 25 с.
- Неганова Е.Н. Предметный принцип организации прокурорской проверки с учетом новелл законодательства о прокуратуре // Современное право. 2017. N 7. С. 22–26.
- Николаева Л.А. Прокурорско-надзорные правоотношения как предмет правового регулирования // Правоведение. 1975. N 4. С. 36–40.
- Огурцова М.Л. Прокурорский надзор за соблюдением жилищных прав несовершеннолетних. Дис... к.ю.н. М., 2015. 228 с.
- Пак В.А. Прокурорский надзор за исполнением законов судебными приставами по обеспечению установленного порядка деятельности судов. Автореф. дис... к.ю.н. М., 2013. 30 с.
- Паштов Д.Р. Участие прокуратуры в законотворческой деятельности законодательных (представительных) и исполнительных органов субъектов Российской Федерации. Дис... к.ю.н. М., 2014. 240 с.
- Пономарев А.А. Прокурорский надзор за исполнением законодательства о противодействии коррупции в государственных и муниципальных органах. Дис... к.ю.н. М., 2016. 261 с.
- Семенов А.С. Взаимодействие прокуратуры с органами государственной власти и органами местного самоуправления в сфере обеспечения законности. Дис... к.ю.н. М., 2015. 270 с.
- Спиридонов Б.М. Понятие отрасли прокурорского надзора / Совершенствование прокурорского надзора в СССР. Сборник статей. М.: Министерство юстиции СССР, 1973. С. 83–91.
- Субанова Н.В. Органы управления саморегулируемых организаций как объекты прокурорского надзора // Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации. 2011. N 4. С. 35–41.

Субанова Н.В. Прокурорский надзор за исполнением законодательства в сфере лицензирования: вопросы теории и практики. М.: Юриспруденция. 2010. 208 с.

Субанова Н.В. Теоретические и прикладные основы прокурорского надзора за исполнением законов о разрешительной системе. Дис... д.ю.н. М., 2014. 462 с.

Толстой Ю.К. К теории правоотношения. Л.: Издательство Ленинградского университета, 1959. 88 с.

Усов А.Ю. Взаимодействие прокуратуры Российской Федерации с неподнадзорными государственными органами. Дис... к.ю.н. М., 2016. 196 с.

Шалумов М.С. Прокуратура в современном российском государстве. Кострома: Знание, 2001. 131 с.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 1

Category of Object in the Theory of Prosecutorial Activity: Theoretical and Applied Aspects



Olga Korshunova

Professor, Department of Prosecutorial Supervision, Saint Petersburg Law Institute, University of the Prosecutor Office of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences. Address: 44 Liteinyi Prospekt, Saint Petersburg 191014, Russian Federation. E-mail: olga_korshunova1@mail.ru



Irina Golovko

Associate Professor, Department of Prosecutorial Supervision, Saint Petersburg Law Institute, University of the Prosecutor Office of the Russian Federation. Address: 44 Liteinyi Prospekt, Saint Petersburg 191014, Russian Federation. E-mail: irinaivanovna2009@yandex.ru



Abstract

The article discusses the problem of determining the object of prosecutorial activity, taking into account the current level of development of legal science, federal legislation, development of supervisory and non-supervised activities. The subject of the research are the normative acts regulating the activities of the prosecutor, the conclusions of researchers on the issues of determining object of prosecutorial supervision and prosecutor's activities, the content of legal relations with the participation of the prosecutor. The purpose of the study is to explore the characteristics of the object for academic purposes and practical prosecutorial activities. At present, the theory has not developed a consensus on the subject of the prosecutor's activity; various approaches and concepts are proposed that are not without flaws. In this regard, the article defines and substantiates approaches to determining the content and essence of the object in relation to prosecution activities as a practice, science, for research. The content of legal relations with the participation of the prosecutor within the supervisory and non-supervisory functions of the prosecutor's office of the Russian Federation has been analyzed. For a detailed acquaintance with the opinions of scholars, the article analyzed a brief way of establishing views on the studied issue in the legal science of the Soviet period and in modern times. The conclusion is made about the need to separate the object of legal

relations with the participation of the prosecutor and the object of prosecutorial activities. The authors support the view that the object of prosecutorial supervision is the behavior, actions, decisions of the supervised entities. The bodies, organizations, and their officials inspected by the prosecutor are subjects of legal relations with the participation of the prosecutor, but not the object of supervision. As a result of the research, it is proposed to consider the activity of the subjects of legal relations, the specific subject of which is the prosecutor when exercising the relevant non-supervising powers, as the object of non-supervision activities of the prosecutor. The object of prosecutorial activity as a whole is also determined. The study of the formulations of the object of study in dissertations devoted to prosecution activity led to the conclusion that at present there are no common positions in the formulation of the object and subject of research, which requires that home researchers pay more attention to this problem.



Keywords

prosecutor's activity; prosecutor supervision; an object; subject; legal relationship; object of research.

For citation: Korshunova O.M., Golovko I.I. (2021) Category of Object in the Theory of Prosecutorial Activity: Theoretical and Applied Aspects. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 62–79 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.62.79



References

- Aleksandrov N.G. (1948) *The Labor Legal Relations*. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 337 p. (in Russian)
- Alekseev S.S. (1982) *General theory of law*. Vol. II. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 360 p. (in Russian)
- Amirbekov K.I. (2016) On the subject and subject of prosecutorial activity: a theoretical approach. *Rossiyskiy sledovatel'*, no 24, pp. 49–52 (in Russian)
- Anisimov G.G. (2015) Supervision of the implementation of laws on operational search activities in the FSB bodies. *Zakonnost'*, no 1, pp. 16–20 (in Russian)
- Artemenkov V.K. (2017) Individuals as objects of prosecutor's supervision over implementation of laws, observance of human rights and freedoms. *Zakonnost'*, no 11, pp. 23–27 (in Russian)
- Barabash D.I. (2016) Prosecutor's supervision over the fulfilling laws for road safety. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 236 p. (in Russian)
- Belyakov P.A. (2016) Prosecutor's office as protector of citizen rights to appeal to public bodies. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 250 p.
- Bessarabov V.G. (2012) Subject, object and limits of the prosecutor's supervision over protection of social rights of a person. *Vestnik Akademii General'noj prokuratury Rossiyskoi Federacii*, no 5, pp. 26–32 (in Russian)
- Bulanova N.V. (2014) Principles, subject and limits of prosecutorial supervision over the procedural activities of inquiry and preliminary investigation. *Vestnik Akademii General'noj prokuratury Rossijskoi Federacii*, no 6, pp. 39–46 (in Russian)
- Daev V.G., Marshunov M.N. (1990) *Basic of prosecutorial oversight theory*. Leningrad: University, 136 p. (in Russian)

- Dymolazov V.S. (2016) Prosecutorial supervision over ensuring laws on waste and pollution. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 245 p. (in Russian)
- Gusev S.S. (2009) *Encyclopedia of epistemology and philosophy of science*. Moscow: Kanon, 642 p. (in Russian)
- Handbook of the prosecutor (2012) S.G. Kekhlerov, O.S. Kapinus (eds.). Moscow: Yurait, 1159 p. (in Russian)
- Igonina N.A. (2017) Prosecutorial protection of rights of persons with disabilities outside the criminal law field. *Advokat*, no 1, pp. 51–57 (in Russian)
- Ioffe O.S. (1949) *Legal relationship in Soviet civil law*. Leningrad: University, 144 p. (in Russian)
- Isaenko V.N. (2010) Procedural activity of investigative body head as object of prosecutor's supervision. *Vestnik Akademii General'noi prokuratury Rossijskoj Federacii*, no 18, pp. 25–28 (in Russian)
- Ivkova A.V. (2014) Prosecutorial supervision over ensuring laws against washing criminal incomes and financing terrorism. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 210 p. (in Russian)
- Karpov N.N. (2012) Prosecutor's office and ensuring legality at military service. Doctor of Juridical Sciences Summary. Moscow, 59 p. (in Russian)
- Klochkov V.V. et al (1995) Activities of prosecutor's office: typology, classification. In: Prosecutor, legality, state control. Moscow: Manuscript, pp. 18–33 (in Russian)
- Kolesov M.V. (2015) Prosecutor's supervision over legality in the investigation of malfeasance related to the concealment of crimes from accounting. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 225 p. (in Russian)
- Kozlov A.F. (1969) Court of first instance and prosecutor in civil cases. *Uchenye trudy Sverdlovskogo yuridicheskogo instituta*, no 9, pp. 213–234 (in Russian)
- Kurilova E.V. (2016) Legal and organizational basis of prosecutor's supervision over ensuring legislation on administrative responsibility in the environmental field. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 270 p. (in Russian)
- Lavrov V.V. (2016) Prosecutor's supervision over ensuring laws on the protection of cultural heritage. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 238 p. (in Russian)
- Lektorskij V. A. et al (2010) *New philosophical encyclopedia*. Vol. 3. Moscow: Mysl', 692 p. (in Russian)
- Luparev E.B., Dobrobaba M.B., Mokina T.V. (2011) *Theory of public relations*. Moscow: Yurlitinform, 280 p. (in Russian)
- Marshunov M.N. (1982) The concept of prosecutorial supervision. *Pravovedenie*, no 4, pp. 84–87 (in Russian)
- Marshunov M.N. (1982) Prosecutor's Supervisory Legal Relations. Candidate of Juridical Sciences Summary. Leningrad, 25 p. (in Russian)
- Marshunov M.N. (1991) *Prosecution and supervision Law: legal regulation*. Saint Petersburg: University, 128 p. (in Russian)
- Neganova E.N. (2017) The subject principle of organizing prosecutor's check and novelties of the legislation. *Sovremennoe pravo*, no 7, pp. 22–26 (in Russian)
- Nikolaeva L.A. (1975) Prosecutor's supervisory legal relations as a subject of legal regulation. *Pravovedenie*, no 4, pp. 36–40 (in Russian)
- Ogurcova M.L. (2015) Prosecutorial supervision over ensuring minor's rights for a shelter. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 228 p. (in Russian)

- Pak V.A. (2013) Prosecutor's supervision over the execution of laws by bailiffs to ensure established order of the courts. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 30 p. (in Russian)
- Pashtov D.R. (2014) Prosecutor's office and legislative activities of Russian Federation subjects. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 240 p. (in Russian)
- Ponomarev A.A. (2016) Prosecutor's supervision and combating corruption in public bodies. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 261 p. (in Russian)
- Semenov A.S. (2015) The interaction of the prosecutor's office with public bodies in the field of law enforcement. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 270 p. (in Russian)
- Shalumov M.S. (2001) *Prosecutor's office in the modern Russian state*. Kostroma: Znanie, 131 p. (in Russian)
- Spiridonov B.M. (1973) The concept of industry prosecutor's supervision. In: *Optimization of prosecutorial supervision in the USSR*. Moscow: Justice Ministry, pp. 83–91 (in Russian)
- Subanova N.V. (2010) *Prosecutor's supervision over ensuring laws in the licensing field: theory and practice*. Moscow: Yurisprudentciya, 208 p. (in Russian)
- Subanova N.V. (2011) The governing bodies of self-regulating organizations as objects of prosecutor's supervision. *Vestnik Akademii General'noi prokuratury Rossijskoi Federacii*, no 4, pp. 35–41 (in Russian)
- Subanova N.V. (2014) Principles of prosecutor's supervision over ensuring laws on permitting system. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 462 p. (in Russian)
- Tolstoy Yu. K. (1959) *Theory of legal relations*. Leningrad: University, 88 p. (in Russian)
- Usov A. Yu. (2016) The interaction of the prosecutor's office with unsupervised state bodies. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 196 p. (in Russian)
- Vaneeva L.A. (1974) *Civil procedural legal relations*. Vladivostok: University, 40 p. (in Russian)
- Vinokurov A. Yu. (2011) Objects and subjects of prosecutor's supervision: legislative identification. *Vestnik Akademii General'noi prokuratury Rossijskoi Federacii*, no 3, pp. 23–26 (in Russian)
- Vinokurov A. Yu. (2015) Theoretical basis of prosecutorial activity. *Vestnik Akademii General'noi prokuratury Rossijskoi Federacii*, no 1, pp. 14–23 (in Russian)
- Voronin O.V. (2013) *Theoretical basis of modern prosecutor's activity*. Tomsk: NTL Press, 62 p. (in Russian)

Мусульманское право в контексте правогенеза



Г.И. Муромцев

Профессор, кафедра теории права и государства Юридического института Российского университета дружбы народов, доктор юридических наук. Адрес: 117198, Российская Федерация, Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6. E-mail: muromtsev@mail.ru



Аннотация

Тема настоящей статьи актуальна прежде всего вследствие недостаточной разработанности общетеоретической концепции правогенеза, в рамках которой становление мусульманского права подтверждало бы ее правильность. Используемая в этом качестве концепция, преобладающая в российской правовой литературе и исходящая из неразрывной связи государство- и правогенеза, «пробуксовывает» в ряде аспектов. Выяснение причин такого положения — одна из целей настоящей статьи. Другая цель состоит в попытке наметить методологию исследования проблемы правогенеза на ее теоретическом уровне и применительно к мусульманскому праву. Автор рассматривает правогенез в контексте концепции всемирной эволюции. При таком подходе социальным факторам возникновения права предшествуют природные факторы такого же характера, а исходным в исследовании становится тезис о возникновении права одновременно с человеческим обществом. Важнейшее значение приобретает вывод, что закономерности развития поведения и механизмов его регуляции формируются уже на природной стадии всемирной эволюции. Возникнув на уровне рефлексов, они воспринимаются затем слитными нормами обычая-монономы. В свою очередь, шариат как основа мусульманского права по существу воспроизводит в условиях раннеклассового общества основные параметры монономы: сверхъестественный характер ее возникновения, слитность, неизменность, беспробельность, отсутствие необходимости в аппарате, способном принуждать к соблюдению норм шариата. Структура мусульманского права отражает также влияние зарождающейся цивилизации. Ее разнотипность с культурой монономы обусловила необходимость религиозно-правовых школ как связующего звена между неизменными нормами шариата и изменяющимися общественными отношениями. В результате появилась исламская юриспруденция, или фикх. В характере функций, выполняемых школами и направленными на поддержание в рабочем состоянии слитных (и потому неизменных) норм шариата, автор видит закономерность, типичную для раннеклассовых правовых систем и теоретически недостаточно осмысленную. Структура мусульманского права и сегодня включает элементы раннеклассовой эпохи.



Ключевые слова

всемирная эволюция, основной психологический закон развития поведения, правогенез, мононом, мусульманское право, шариат, фикх.

Для цитирования: Муромцев Г.И. Мусульманское право в контексте правогенеза // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 1. С. 80–106.

УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.80.106

Введение

Данная статья посвящена проблеме происхождения мусульманского права, рассмотренной в «связке» с теоретической концепцией правогенеза, обладающей в российской правовой литературе. Такое соединение проблем имеет целью решение нескольких методологических задач. Это, во-первых, высветить (при сравнительном к ним подходе) нестыкованность общетеоретической концепции правогенеза с ее исламской интерпретацией; во-вторых, показать, что в ее основе — несовершенство методологии исследования проблем; в-третьих, попытаться наметить методологический подход к их исследованию, отражающий современный уровень знаний в этой области, наконец, в-четвертых, показать, что структура мусульманского права как раз и отражает процесс его становления на системном уровне.

Конечно, рассмотрение многоплановых проблем в рамках одной статьи не может претендовать на всестороннее их раскрытие. Однако оно может способствовать привлечению к этим проблемам внимания исследователей, развитию научной дискуссии. В любом случае нынешнее видение проблемы правогенеза как на ее теоретическом уровне, так и в рамках мусульманского права во многом требует критической переоценки. Одна из задач данной статьи — дать импульс этому процессу.

1. Почему не стыкуются общетеоретическая концепция правогенеза и ее исламская интерпретация?

Ответ на этот вопрос следует искать в догматизме подхода к проблеме происхождения права. Сложившийся в отечественной теоретико-правовой науке в советское время, этот подход, к сожалению, не преодолен до конца и сегодня. Уже тогда понимание проблемы становления мусульманского права не стыковалось с общетеоретической концепцией правогенеза. Основу последней в доктрине составляла работа Ф. Энгельса «Происхождение семьи, частной собственности и государства» [Энгельс Ф., 1989]. Однако в работе с таким названием проблема правогенеза рассматривалась, так сказать, «попутно». К тому же написанная во второй половине XIX в. работа в ряде аспектов устарела.

Государство и право, по Энгельсу, возникают вне религиозной формы вследствие общественного разделения труда, разложения родового строя и раскола общества на антагонистические классы. При этом возникновение права предполагает санкционирование государством части старых обычаев либо создание им новых норм в интересах правящего класса. Обязательность тех и других обеспечивается посредством аппарата государства.

Отсюда вытекало два методологически важных вывода. Во-первых, что право возникает в силу тех же причин, что и государство. Такой вывод был общим для всех советских учебников теории государства и права. На наш взгляд, он причинил немалый вред развитию теоретико-правовой науки, поскольку подменял вопрос о закономерностях становления права как юридического феномена вопросом о причинах его становления. Тем самым правогенез лишался собственного предмета исследования, превращаясь в аспект проблемы происхождения государства.

Второй вывод состоял в том, что под правом следует понимать совокупность общеобязательных норм, установленных или санкционированных государством и обеспечиваемых силой его принудительного аппарата. Выражая волю экономически господствующего класса, эти нормы наряду с государством становятся орудием его политического господства в обществе. В условиях тоталитарного советского режима такой подход являлся единственно возможным и существенно сужал методологические возможности исследования правогенеза.

Сегодня в этом вопросе сложилась парадоксальная ситуация. Так, с одной стороны, начиная с советских времен, вышло немало работ, существенно меняющих представления о правогенезе¹. С другой, новые взгляды слабо отражаются на содержании вузовских учебников по теории права и государства. Лишь в некоторых из них изложены новые подходы к проблеме². В отдельных учебниках разделов о происхождении права вообще нет³. Видимо, их авторы стремятся избежать искаженного изложения проблемы правогенеза в условиях отсутствия адекватной методологии ее исследования.

Вместе с тем в подавляющем большинстве отечественных учебников теории права и государства и сегодня проявляется влияние концепции Ф. Энгельса⁴. Иными словами, большинство авторов российских учебников теории

¹ См., напр.: [Валеев Л.Ж., 1974: 71–79]; [Синицына И.Е., 1978: 285]; [Першиц А.И., 1979: 210–240]; [Венгеров А.Б., 1983: 28–36]; [Гуревич А.Я., 1984: 350]; [Куббель Л.Е., 1988: 268]; [Дробышевский С.А., 1994: 40]; [Мальцев Г.В. (а), 1999: 7–94] и т.д.

² См., напр.: [Мальцев Г.В. (b), 1999: 27–136]; [Честнов И.Л., 2006: 43–95].

³ См., напр.: [Морозова Л.А., 2015: 144]; [Рассказов Л.В., 2015: 650].

⁴ См., напр.: [Комаров С.А., 1998: 408]; [Корельский В.М., Перевалов В.Д., 1998: 450]; [Пиголкин А.С., 2008: 485]; [Карташов В.Н., 2018: 359] и т.д.

права и государства, а также выпускников юридических вузов, изучавших этот предмет по их учебникам (которых, следует думать, тоже большинство), исходят из мнения, что право и государство возникли одновременно и в силу одних и тех же причин. Когда мы пытаемся применить это положение к проблеме возникновения мусульманского права, оно в ряде аспектов не работает. Так, согласно исламской доктрине, мусульманское право возникает по воле Аллаха. Божественные нормы шариата⁵, содержащиеся в Коране⁶ и Сунне⁷, есть основа и одновременно вершина этого права⁸.

При исследовании процесса становления шариата встают вопросы, выходящие за рамки методологии, преобладающей в наших учебниках теории права и государства. Это прежде всего вопрос, почему термин «шариат», обычно отождествляемый с понятием «право», не адекватен ему по содержанию? Почему в нем слитны разные по природе нормы — религии, морали, этикета, обычаев, права? В чем причина их слитности? Есть ли историко-культурное объяснение признанию верховенства норм шариата в системе источников мусульманского права, если в структуре шариата преобладают неправовые нормы?

Считается, что нормы шариата содержат ответы на все случаи жизни, т.е. по существу являются беспробельными. Это их свойство обычно констатируется в работах по мусульманскому праву, однако убедительного объяснения с историко-культурных позиций, на наш взгляд, не получило.

Наконец, есть еще один вопрос, который не вписывается в общетеоретическую концепцию правогенеза. Это дуалистическая структура мусульманского права. Наряду с шариатом она включает также фикх, т.е. пласт рукотворных норм и соответствующей правовой доктрины, возникший вслед за шариатом и взаимодействующий с ним в рамках мусульманского права. Взятая нами за основу общетеоретическая концепция правогенеза природу фикха объяснить не может. К вопросу о нем как элементе структуры мусульманского права, мы вернемся в третьей части данной статьи, а сейчас отметим лишь, что фикх, как и шариат, также возникает и функционирует помимо государства. Почему?

⁵ К основным понятиям ислама и мусульманского права мы еще не раз вернемся, а пока дадим их краткую характеристику. В самом общем виде, шариат (араб. — правильный путь) есть выражающий волю Аллаха комплекс предписаний религиозного, нравственного и правового характера, содержащийся в Коране и Сунне.

⁶ Коран — священная книга мусульман, основной источник исламского вероучения и мусульманского права.

⁷ Сунна — второй по значимости источник ислама и мусульманского права, содержащий предания о пророке Мухаммеде (у мусульман-шиитов — об имамах).

⁸ Строго говоря, речь идет не о мусульманском праве как таковом, а о религии ислама, стержневым элементом которой является мусульманское право.

Ответы на перечисленные вопросы возможны с позиций как религии, так и науки. Первые из них в данном случае неприемлемы по мировоззренческим соображениям. Что касается вторых, то методология, преобладающая при исследовании право- и государствовоенеза, не позволяет ни поставить их, ни дать на них ответ⁹.

В свете сказанного становится ясным, почему разделы о правоогенезе в отечественных учебниках теории права и государства традиционно не касаются происхождения мусульманского права. Речь о нем заходит обычно в разделах, посвященных критике теологической теории происхождения права и государства. Эта критика ведется большей частью в рамках христианского вероучения, со ссылками на христианских мыслителей (Августина Блаженного, Фому Аквинского и т.д.). Крайне редко объектом критики становятся также другие религии — ислам, буддизм и т.д. При этом представители исламской мысли либо не упоминаются, либо обозначаются посредством словосочетания «идеологи ислама» без упоминания их имен [Морозова Л.А., 2006: 37].

Объяснение этому в том, что авторы соответствующих разделов учебников рассматривают как однопорядковый механизм взаимодействия религии, права и государства в христианских странах и в странах исламского Востока. При этом факт отсутствия исламских авторов, пишущих на эту тему, не получает объяснения. Между тем он отражает существенные различия в природе этого механизма в тех и других странах, обусловленные различиями процессов становления в них религии, права и государства. Так, христианская религия, церковь и каноническое право, как право этой церкви, возникли в I в. н.э. в условиях развитых для того времени политической и правовой систем Древнего Рима. Каноническое право встраивалось в уже сложившееся пространство правового регулирования, что обусловило относительно узкую сферу его действия. В условиях господства религии как формы общественного сознания церковь в Средневековье боролась с европейскими королями за приоритет в сфере политической власти (теория «двух мечей»). Проблемы ее устройства и волновали христианских мыслителей.

В противоположность этому становление в обществе Западной Аравии религии ислама, а также права и государства шло, по сути, в рамках единого процесса. Мусульманское право стало здесь стержневым элементом струк-

⁹ Примером, подтверждающим это, может быть позиция выдающегося отечественного теоретика права профессора С.С. Алексеева, усомнившегося в возможности негосударственного происхождения мусульманского права, допускаемой видным российским исследователем профессором Л.Р. Сюкияйненом [Сюкияйнен Л.Р., 1979: 29–34]). Профессор С.С. Алексеев исходил из того, что положения мусульманского права приобрели юридическое значение только в результате деятельности государственных органов — законодательных и в особенности судебных. См.: [Алексеев С.С., 1994: 198].

туры ислама. Сфера его действия изначально включала все отношения раннеклассового общества, нуждавшиеся в правовой форме. Института церкви в исламе нет, тогда как акты правителя исламского государства второстепенны в системе источников мусульманского права и отражают неразвитость государства у арабов в период становления ислама и мусульманского права.

В этих условиях проблема отношений власти (т.е. государства и права) и религии ислама становилась внутренним делом этой религии. В условиях ее слитности с правом эти отношения не выходили за рамки проблем развития самого мусульманского права. О них и писали исламские мыслители. Не удивительно поэтому, что их имена обычно знают лишь специалисты в области мусульманского права.

Вопросы соотношения и взаимодействия в исламе религии, права и государства теснейшим образом связаны с проблемой правогенеза, с позиций которого их и следует рассматривать. Однако это предполагает иную методологию их исследования и иную концепцию правогенеза, нежели та, что преобладает в наших учебниках теории права и государства. Попытаемся в рамках статьи подойти к данной проблеме с таких позиций.

2. Иной теоретический взгляд на проблему становления мусульманского права, или правогенез как аспект всемирной эволюции

Итак, методология, исходящая из неразрывной связи право- и государствогенеза, не в состоянии объяснить происхождения мусульманского права. Поэтому попытаемся сделать это с позиций концепции всемирной эволюции, позволяющей увидеть этот процесс в ином свете. В теоретико-правовой литературе понятие всемирной эволюции отсутствует. Оно использовалось в смежных науках — философии, психологии и т.д.¹⁰ Это понятие означает в данном случае методологию, исходящую из необходимости исследовать социальные процессы и явления с позиций не только гуманитарных, но и естественных наук. Природа и общество рассматриваются при этом в качестве стадий единого процесса всемирной эволюции.

При исследовании проблемы с таких позиций правогенез зарождается на до- либо предсоциальной стадии этой эволюции, как элемент (аспект) процесса антропо- и социогенеза, а право возникает уже ко времени возникновения человеческого общества¹¹. Предмет исследования наряду с правовыми

¹⁰ См., напр.: [Беломестнова Н.В., Плебанек О.В., 2012: 43–52].

¹¹ Мысль о возникновении права одновременно с человеческим обществом уже высказывалась в отечественной теоретико-правовой литературе. См., напр.: [Мачин И.Ф., 1999: 81–99]; [Честнов И.Л., 2006: 43–95].

проблемами включает также проблемы неправовых научных дисциплин, при этом не только гуманитарных (антропологии, этнологии, религиоведения и т.д.), но и естественных (психологии, физиологии высшей нервной деятельности, генетики поведения и т.д.). В таком исследовании наряду с правовыми категориями используется также понятийный аппарат этих дисциплин, а правовые категории подчас приобретают специфическое содержание. Так, едва ли можно говорить о правогенезе на до- либо предсоциальной стадии всемирной эволюции. Однако уже тогда формируются важные биологические и психологические закономерности развития поведения организмов, а также механизмы его регуляции. И те, и другие в будущем проявятся в механизме действия права. Точно так же понятие «индивид» в условиях природной стадии всемирной эволюции означает живой организм, а на ее социальной стадии — личность.

Трудности такого исследования связаны с отсутствием письменных источников, пробелами в знании проблемы (которые восполняются научными гипотезами), дискуссионным характером ряда важных ее аспектов. Важнейшая и наиболее сложная из них — проблема перехода от природных механизмов регуляции поведения к социальным. Опуская суть идущей здесь острой дискуссии, отметим лишь, что будем следовать позиции выдающегося российского физиолога, профессора И.М. Сеченова, считавшего, что «все акты сознательной и бессознательной жизни по способу происхождения суть рефлексy» [Сеченов И.М., 1952: 153].

Приведенный тезис чрезвычайно важен. Объясняя происхождение «актов сознательной и бессознательной жизни», он одновременно дает инструментарий исследования их эволюции. Под этими актами мы будем понимать соответствующие акты поведения, т.е. определенным образом организованную деятельность, осуществляющую связь организма (индивида) с окружающей средой [Рубинштейн С.Л., 2015: 102].

Первичной психологической формой поведения является рефлекс, под которым понимается начальная — на уровне нервной системы — реакция организма на внешние и внутренние раздражители, проявляющаяся в его поведении. Рефлексы разделяются на условные (приобретенные) и безусловные (врожденные). Последние называются также инстинктами¹². Всякий рефлекс изначально возникает как условный. Однако воспринятый последующими поколениями данного биологического вида, он становится врожденным рефлексом или инстинктом. Условный и врожденный рефлексы

¹² «Инстинкт». См.: Терра-Лексикон: Иллюстрированный энциклопедический словарь. М.: Терра, 1998. С. 222. Психологические формы поведения присущи не только человеку, но и живым организмам, обладающим психикой (не только высшим млекопитающим). Однако в исследовательских целях выводы о закономерностях их развития мы будем рассматривать как присущие лишь человеку и его биологическим предкам.

противоположны по своей природе и направленности воздействия на поведение их носителей. Один возникает в процессе деятельности организма (индивида) и отражает накопленный им жизненный опыт, другой воспроизводит опыт прошлых поколений данного биологического вида и поэтому действует уже с момента рождения индивида; один изменчив и подвижен, другой стремится к неизменности. Однако под влиянием накопленных организмом новых, пусть и незначительных изменений (т.е. условных рефлексов) он также может изменяться [Дарвин Ч., 1986: 175].

Представляется, что механизм взаимодействия рефлексов и инстинктов лежит в основе явления, получившего в психологии название «основной психологический закон развития поведения». Вот как описывается он в одном из фундаментальных психологических исследований: «Развитие психологически различных форм поведения совершается в результате борьбы двух антагонистических, внутренне противоречивых тенденций — наследственности и изменчивости, фиксированности и лабильности. В каждой форме поведения в той или иной мере представлено как одно, так и другое... но их соотношение, мера их в ходе развития изменяется, и это изменение их меры приводит на некоторых узловых точках развития к качественным изменениям типа поведения» [Рубинштейн С.Л., 2015: 118].

Здесь мы имеем дело с новым для нас понятием — тип поведения. По мнению профессора С.Л. Рубинштейна, типы поведения различаются своей психологической природой на разных стадиях эволюционного процесса. Он выделяет три основных его разновидности — инстинктивное поведение, навыки и разумное поведение. Действительно, такая типология вполне отражает изменение типов поведения в ходе эволюции. С.Л. Рубинштейн отмечает влияние на этот процесс внутренних и внешних факторов, подчеркивая, что чем больше зависим организм от внешней среды, тем больше влияние на его поведение внешних факторов [Рубинштейн С.Л., 2015: 102, 105].

Однако эволюция регулятивного механизма поведения остается при таком подходе за рамками исследования. Она в контексте данной темы является главной. Поэтому представляется, что понятие «тип поведения» следует понимать как некую его (поведения) модель с присущим ей устойчивым соотношением указанных выше противоположных тенденций развития поведения. Тогда нам придется выявлять как закономерности развития этих тенденций, так и факторы, определяющие их соотношение на тех или иных стадиях всемирной эволюции. Думается, типов поведения, понимаемых в таком смысле, может быть три. Это, во-первых, тип поведения с доминированием тенденции к фиксированности и неизменности его норм и моделей. Другой его разновидностью будет тип поведения, отражающий доминирование противоположной тенденции — к их изменчивости и лабильности.

Наконец, в процессе эволюции неизбежна третья разновидность типа поведения, отражающая переход от первого из них ко второму. Она возникает в переходные эпохи, например, от природной стадии эволюции — к социальной, а в рамках последней — от родовой эпохи к классовой и т.д.

Всякий тип поведения формируется в результате систематического взаимодействия индивида с внешними по отношению к нему явлениями. Субъективно они отражаются его психикой и обеспечивают в своей совокупности формирование определенного типа или модели поведения. Механизм такого взаимодействия формируется еще на до- либо предсоциальной стадии всемирной эволюции в процессе борьбы организмов (индивидов) за выживание. В его основе — биологический закон, согласно которому условием существования и развития всякого живого организма является постоянное удовлетворение его жизненно важных потребностей (пищевых, половых, оборонительных и т.д.). Поэтому индивид как биологическая система должен постоянно взаимодействовать с более крупной, внешней по отношению к нему системой. Специфика этого взаимодействия состоит в том, что организм (индивид) является элементом этой системы, а она — источником удовлетворения его жизненно важных потребностей [Леонтьев А.Н., 1971: 1, 3]. В результате уже на природной стадии всемирной эволюции поведение организмов приобретает мотивированный, т.е. целенаправленный характер [Вилюнас В.К., 1986: 78]. Создается основа формирования рефлексов, инстинктов, шаблонов поведения и т.д. Поскольку в этом регулятивном механизме доминируют инстинкты, то организм (индивид) рождается уже во многом «вмонтированным» в такую систему отношений. Как ее субъект, он и ведет борьбу за выживание

Суть всемирной эволюции состоит в постепенном, растянутом на миллионы лет возрастании независимости индивида от окружающей среды. С появлением человека разумного важнейшее значение приобретает действенность орудий, которые он использует в борьбе за выживание, а также характер его мировосприятия или, на языке психологов, «образ мира».

Важно отметить, что движение от природы к обществу происходит не напрямую, а через занявшую миллионы лет стадию перехода от природного состояния к социальному [Шалютин Б.С. 2011: 15]. Сам факт существования такой стадии говорит о сложности перехода от рефлекторного восприятия мира к его восприятию посредством сознания. Отсюда существенное своеобразие мировосприятия на ранних стадиях существования человеческого общества. Так, миллионы лет, в течение которых предки человека обитали в мире природы, оставили глубокий след в сознании человека родовой эпохи. Это проявилось в ряде аспектов. Прежде всего, стадные формы существования физиологических предков человека обусловили коллективный характер

этого архаического сознания. В современной литературе явления подобного рода получили название коллективного бессознательного [Юнг К.Г., 1995: 78]. Только в данном случае указанное понятие требует корректировки, отражающей характер восприятия мира. Этот мир воспринимался тогда как одномерный. В нем не было различий между природой и обществом, миром живых и миром мертвых, отсутствовало линейное время (развитие представлялось циклическим, т.е. повторяющимся) [Лотман Ю.М., 1978: 6–7]. Составной частью этого мира были божества, духи, тотемы и т. д.

Характер мировосприятия определяется психологическим законом, согласно которому всякий психический факт воспринимается как кусок реальной действительности и одновременно как ее идеальное отражение. Совокупность психических фактов как единства реального и идеального и составляет «образ мира». Две основных его разновидности соответствуют двум противоположным тенденциям развития поведения, описанным в основном психологическом законе его развития. Так, при слитном восприятии мира нормы поведения тоже слитны. Механизм регуляции поведения исходит из фиксированности и неизменности его норм. Субъект поведения воспринимает их как часть миропорядка. Он вынужден слепо им следовать, не будучи в состоянии ни изменить, ни отменить их. Не удивительно, что мир и нормы поведения, включая ранние формы права, воспринимаются в таких обществах сквозь призму религии, лежащей в основе большинства домашних и социальных учреждений древности [Куланж Ф. де., 1903: 13, 28, 29]. Напротив, динамичное, способное к изменению общество предполагает и соответствующий механизм правового регулирования. Он исходит из подвижности и изменчивости права, которое становится продуктом человеческого разума. В этих условиях религиозная форма права перестает быть необходимой.

В первобытном обществе правила поведения могли быть только слитными. В научной литературе они получили название «мононорма». Под ней понимается недифференцированное, синкретное правило поведения, которое не может быть отнесено ни к области права, ни к области нравственности с ее религиозным осознанием, ни к области этикета, так как соединяет в себе особенности всякой поведенческой нормы [Першиц А.И., 1979: 210–240]; [Думанов Х.М., Першиц А.И., 2000: 98]. В теоретико-правовую литературу понятие мононормы пришло из этнологии и нашло как сторонников, так и противников. Споры о мононорме обычно сводятся к вопросу о возможности (или, наоборот, невозможности) слитности в ее рамках норм морали, религии и права. При этом не учитывается, что в условиях ее устного характера речь должна идти о слитности «всего со всем», т.е. «образа мира», поведенческих норм, реального поведения, психики индивидов и т.д.

В таких условиях мононорма обладала рядом существенных особенностей. Это прежде всего ее несотворимость. Люди не могли объяснить ее происхождения, в их представлении она возникала «сама собой» и поэтому имела сакральную природу. Слитность мононормы с реальным поведением обуславливала ее беспробельность, а ее инстинктивная основа — неизменность. Сфера действия мононормы выходила за рамки социальных отношений и включала также мир природы и мир сверхъестественного. Последнее обстоятельство обуславливало сакральный механизм обеспечения обязательности ее предписаний (с участием духов, божеств и т.д.). Поэтому мононорма не нуждалась в специальном аппарате, который принуждал бы к соблюдению ее предписаний.

Мононорма отразила переход от природной стадии всемирной эволюции к ее социальной стадии, а в рамках этой последней — от эпохи присваивающей экономики к эпохе экономики производящей. Неудивительно поэтому, что в современной литературе отсутствует терминологическое единство при обозначении первобытных поведенческих норм. Здесь используются такие термины, как право, обычное право, мораль, наконец, нормы [Думанов Х.М., Першиц А.И., 2000: 102]. В связи с этим возникает вопрос о правомерности использования при их обозначении терминов «право» и «обычное право».

Если под правом понимать нормы, охраняемые государством, то, конечно, ни о каком праве в эпоху мононормы речи быть не может. Но картина существенно меняется, если есть безгосударственный механизм обеспечения их обязательности. Остается определить, что в таком случае понимать под правом. При ответе на этот вопрос мы можем сослаться на выдающегося правоведа Г. Кельзена, который сравнивал право с рефлексом самовыживания в живой природе [Kelsen H., 1934: 7]. При таком подходе под правом (точнее, начальными его формами в условиях бесписьменной культуры) следовало бы понимать слитный с сознанием и поведением индивидов порядок отношений, обеспечивающий это выживание. Естественно, это право еще не выделилось из слитной структуры мононормы в самостоятельный социальный регулятор.

Обоснованность данного тезиса подтверждают два обстоятельства. Во-первых (и это надо подчеркнуть), всякое обычное право или мононорма возникает в догосударственную эпоху в сфере отношений, от которых зависит выживание человека как живого существа и как члена первобытного социума. Всюду в варварском обществе оно включает такие институты, как брак, семья, развод, наследование, собственность, возмещение вреда и т.д. Нормы, составившие позже публичное право, здесь крайне неразвиты.

Во-вторых, эти нормы имеют механизм защиты. С одной стороны, он заложен в факте сакрального восприятия мира и мононормы-обычая как его

неотъемлемой части. С другой стороны, уже в варварском обществе, т.е. еще до появления государства, функцию защиты этих норм осуществляет суд, состоящий из верхушки племенного общества. Применяемое им право в условиях бесписьменной культуры как бы «растворено» в воздухе. При необходимости его «ищут и находят» [Гуревич А.Я., 1984: 184]. Процесс его становления начинается с выделения в слитной структуре мононорм-обычаев некой совокупности норм, призванной обеспечить выживание социальной общности и потому имеющей особый механизм защиты. При этом указанные нормы по-прежнему называются обычаями. Понятия «право», «обычное право» привнесены в эту эпоху будущими исследователями. Всюду в силу слитности термины, обозначавшие обычай-мононорму, не адекватны современному европейскому понятию права [Allott A., 1964: 31]. Такое понятие возникает лишь в условиях относительно развитой государственности. Его становлению предшествует длительный период истории, когда слитное восприятие мира и обычая-мононормы как его неотъемлемой части сочетается с практикой судебного истолкования обычаев-мононорм, подчас изменявшего их содержание.

Иными словами, в рамках слитной и потому неизменной мононормы возникают зачаточные формы правотворчества, слитного с правоприменением. Они несут в себе зародыш иного, противоположного слитному мировосприятия, понимания права, а также механизмов его действия. Опять перед нами две взаимоисключающих тенденции в развитии поведения и механизмов его регуляции. Та из них, что направлена к их фиксированности и неизменности, исторически бесперспективна, но еще сильна. Противоположной тенденции — к изменчивости и подвижности — принадлежит будущее, но она только зарождается. Эта патовая ситуация порождает коллизию, состоящую в том, что возникающее право воспринимается как неотъемлемая часть слитного и неизменного мира при одновременном допущении возможности изменения отдельных обычаев-мононорм путем их судебного истолкования. Преодоление этой коллизии предполагало необходимость в связующем звене, способном «примирить» в рамках структуры мононормы противоположные тенденции ее развития. Более того, поддержание права в рабочем состоянии становилось возможным лишь при достижении равновесия между этими тенденциями. С этой проблемой и столкнулось зарождавшееся мусульманское право.

3. Правогенез и структура мусульманского права

Ислам и мусульманское право возникли в условиях перехода арабов Западной Аравии от племенного строя к строю феодальному на его раннеклас-

совой стадии. Религии, оказавшие влияние на становление ислама и мусульманского права (иудейская, христианская, зороастрийская), также возникли в раннеклассовом обществе. Оба эти обстоятельства проявились в структуре мусульманского права, где широкое заимствование культуры мононормы сочеталось с весьма слабым восприятием лишь зарождавшейся правовой культуры классового общества. Первая из них исходила из циклического развития мира и его неизменности, тогда как вторая — из линейного времени и признания изменчивости социальных отношений¹³. Эта противоречивость проявилась в структуре мусульманского права. Призванная быть системно единой, она при этом включала два противоположных по природе элемента, один из которых — шариат — отражал влияние первой из указанных культур, а другой (фикх) — влияние второй. Эти культуры принципиально различались характером мировосприятия, понимания права, выступавшего еще в зародышевых формах, а также направленностью его развития.

Историко-культурный дуализм мусульманского права позволял исследовать его с позиций как той, так и другой культуры либо с той и другой позиции одновременно. Это, собственно, и происходило в течение всей истории ислама и мусульманского права. Структурная разнотипность мусульманского права, воспринимаемого как единая система, обусловила неоднозначность подходов к исследованию природы шариата и фикха, их соотношения и взаимодействия, а также вытекавших из этого выводов и оценок. Неудивительно поэтому, что немало вопросов, бывших предметом таких исследований, не имеют в исламоведческой литературе однозначных ответов. Попробуем, насколько позволяет объем статьи, коснуться некоторых из них. Они возникают прежде всего в связи с происхождением и эволюцией мусульманского права и при их теоретическом осмыслении.

Начнем с того, что в дополнение к краткому определению понятия «шариат», данному в начале статьи, добавим более развернутое. Так, ведущий отечественный специалист в области мусульманского права профессор Л.Р. Сюкияйнен понимает под шариатом совокупность закрепленных в Коране и Сунне и обязательных к соблюдению юридических, нравственных и религиозных предписаний, установленных Аллахом и переданных им людям через пророка Мухаммеда. Шариат в переводе с арабского означает прямой, правильный путь; обязательные предписания; право; закон [Сюкияйнен Л.Р. 1991: 292]. В трактовке этого термина обращают на себя внимание несовпадение его содержания с современным европейским пониманием

¹³ О значимости границы между двумя этими способами видения истории идут острые споры. Одни авторы считают, что история начинается с утверждения линейного времени, другие — что существуют два принципиально разных видения истории — линейное и циклическое. См., напр.: [Алексеев В.В., 2014: 503].

права, а также его многозначность. То и другое типично для понятий, отражающих начальные стадии становления права.

При сравнении шариата с мононормой между ними обнаруживается большое сходство. Так, и шариат, и мононорма возникают независимо от воли людей. По этой причине шариат воспринимается верующими как явление сверхъестественное — ведь его нормы выражают волю Бога. Этим обусловлена их стержневая роль в структуре мусульманского права. Божественная природа этих норм делает излишним (на момент их становления) аппарат принуждения к соблюдению их предписаний. Религиозная форма норм шариата обуславливает также их слитность, в основе которой — единство воли Аллаха, закреплённой в Коране и Сунне. Следствием слитности является неизменность норм шариата, а также включение в сферу их действия отношений не только между людьми, но также между ними и Богом. Кроме того, слитность обуславливает воспринятый от мононормы личный, а не территориальный характер действия этих норм. По сути шариат (в его изначальном виде) воспроизводит мононорму в иной форме и в иных исторических условиях.

Выше говорилось о понимании шариата как свода правил поведения мусульман на все случаи жизни, т.е. об их беспробельности. Такое их восприятие уходит корнями в первобытную эпоху, где оно обусловлено слитностью обычая-мононормы с сознанием индивидов и с их поведением. Как уже отмечалось, такая слитность предполагала восприятие отношений родоплеменного общества как неизменных. Похоже, из такого же мировосприятия исходит и текст Корана. По крайней мере, в обоснование беспробельности шариата в исламоведческой литературе обычно ссылаются на аят, в котором говорится: «Ведь мы ничего не упустили в этом Писании»¹⁴.

В обоснование беспробельности Корана приводятся также аяты, где Мухаммеду, как и иудеям с христианами, постоянно вменяется в обязанность судить лишь по тому закону, который был ниспослан Богом, поскольку «те, которые не судят по тому, что ниспослал Бог, есть вероотступники»¹⁵. «Бог создал три общины и три правовых уложения, — пишет в связи с этим американский исламовед В. Халляк, — чтобы каждая из общин следовала только своему закону». В подтверждение своей позиции он ссылается на понятие иудейской Торы, которое в одном из своих значений понимается как «закон» [Халляк В. 2020: 23].

Американский автор отождествляет священные тексты мировых религий, включая Коран, с правовыми уложениями, достаточными, чтобы каждая из религиозных общин «следовала только своему закону». При таком

¹⁴ Коран / перевод М.Н. Османова. М.: Медина, 2008. 6:38.

¹⁵ Там же. 5:44.

понимании закона его статусом обладает любая норма Корана, независимо от ее социальной природы, поскольку этот статус ей придают не содержание нормы и не способ ее принятия, а ее божественное происхождение. Закон общины ниспослан Богом и поэтому он высший закон. По этой же причине он не имеет пробелов и не подвержен изменениям — ведь изменить его может только Бог.

Однако раннеклассовое общество, в котором возник шариат, воспринималось арабами как способное к изменению. У ряда завоеванных ими народов успели сложиться правовые традиции. В этих условиях обнаружилась явная недостаточность коранических норм как правового регулятора. Она проявилась прежде всего в крайней малочисленности в тексте Корана норм правового характера¹⁶.

Требовалось серьезно расширить нормативный потенциал Корана, и он был дополнен Сунной, т.е. преданиями о словах и поступках пророка Мухаммеда. При всей их многочисленности они также оказались недостаточными. Прежде всего потому, что судебная практика периодически сталкивалась с ситуацией пробелов, когда в Коране и Сунне необходимые нормы либо отсутствовали, либо оказывались недостаточными.

Другой аспект проблемы состоял в неспособности норм шариата отражать изменения в общественных отношениях. В этих условиях Коран как ниспосланный Богом исламский судебник вступал в противоречие с реалиями жизни. Сохранение такого status quo означало бы возможность утраты его нормами своих регулятивных функций. Однако исправление ситуации также порождало коллизии между изменяющимися социальными отношениями и исходными основами ислама. Так, решение проблемы предполагало придание божественным по природе и потому неизменным правовым нормам Корана способности к изменению, создание механизма преодоления пробелов, поддержания мусульманского права в рабочем состоянии. Потребности жизни требовали интеграции в неподвижную структуру шариата правовой культуры, исходящей из подвижности и изменчивости права, а также способности человека создавать, изменять и отменять его нормы. По сути, все дальнейшее развитие мусульманского права было подчинено решению этой задачи, предполагавшей возникновение рукотворного, т.е. создаваемого людьми пласта мусульманского права. Но это противоречило основной посылке ислама о божественном происхождении этого права.

В условиях раннеклассового общества решением этой проблемы занимались религиозно-правовые школы или мазхабы, возникшие практически без

¹⁶ Вопрос о том, сколько их в Коране, остается неясным. Так, по мнению одних авторов, их около 500 [Халляк В., 2019: 20], по мнению других — несколько дюжин и т.д. При этом отмечается расплывчатость границ между правовыми и неправовыми аятами [Роэ М., 2019: 36, 67].

помощи государства. Объяснение этому видится в том, что процесс становления мусульманского права явно опережал становление государства. Об этом свидетельствуют два обстоятельства. Во-первых, явно незначительная роль в системе источников мусульманского права актов правителя исламского государства (канун). Во-вторых, то, что само понятие источника этого права включало не только форму выражения и закрепления правовых норм, но и способ их создания, который обычно не предусматривал участия государства. Все это говорит о том, что ко времени становления мусульманского права государственное правотворчество в арабском обществе существовало в неразвитых формах.

В суннитском исламе сложилось четыре религиозно-правовых школы. Каждая из них носит имя своего основателя. Это — ханафитская (основатель Абу Ханифа Нуман, 699–767 гг.), шафиитская (основатель аш-Шафии, 767–820 гг.), маликитская (основатель Малик ибн Анас, 708/715–795 гг.) и ханбалитская (основатель Ахмад ибн Ханбаль, 780–855 гг.) [Пиотровский М.Б., 2008: 111].

В современной исламоведческой литературе причины возникновения школ обычно сводят к факторам, являющимся в основном внешними по отношению к исламу и мусульманскому праву: это масштабность арабских завоеваний того времени, более высокий, чем у арабов, уровень социокультурного, в том числе правового развития ряда завоеванных стран, восприятие отдельными из них правовых традиций Рима, Византии, Персии и т.д.¹⁷. Конечно, указанные факторы способствовали возникновению религиозно-правовых школ, но были, на наш взгляд, вторичными. Первичные факторы состояли, по нашему мнению, в отражении структурой ислама и мусульманского права разнотипных и потому плохо совместимых культур, воплощенных в шариате и фикхе. Религиозно-правовые школы сыграли при этом роль своеобразного моста, который обеспечил их взаимодействие. Думается, без них Коран и Сунна не смогли бы выполнять своей регулятивной роли.

Правотворческие функции, которые осуществляли школы, были слитны с правоприменением. Школы в основном различались между собой в вопросе о том, в какой мере они могут отступать от священных текстов Корана и Сунны при создании новых правовых норм. Такие различия были обусловлены двумя факторами. Это, во-первых, уровень социально-экономического и культурного развития региона, в котором возникла и функционировала

¹⁷ См., напр.: [Хайдарова М.С., 1984: 38–48]; [Арсанукаева М.С., 2004: 22–26]; [Исмаилов А.Ш., 2009: 15–27]; [Артемов В.Ю., 2007: 132]; Кулиев Э., Муртазин М. и др. Исламоведение. Гл. 10. История развития исламской мысли. Основные религиозно-правовые школы в исламе. Причины возникновения мазхабов. Available at: <http://e-minbar.com/islamovedenie/book/> (дата обращения: 21.01.2021)

школа. Степень допускаемых ею отступлений от священных текстов обычно находилась в прямой зависимости от этого уровня.

Вторым фактором были различия в субъективном восприятии правовых проблем докторами ислама, представлявшими те или иные школы. По этой причине противоречия возникали не только между школами, но и внутри них¹⁸.

Коллизии между менявшимися социальными отношениями и нормами шариата решались прежде всего путем толкования этих норм в процессе правоприменения. Результатом могло быть как уточнение смысла правовой нормы, так и придание ей иного, чем прежде, содержания. В последнем случае толкование, по сути, становилось (как и когда-то при толковании моно-нормы) формой правотворчества, слитной с правоприменением. При этом слитное с религией мусульманское право по-прежнему считалось несотворимым, неизменным и беспробельным.

Практика толкования возникла уже с появлением Корана и получила название «тафсир». В применении к Сунне она называлась «истислах» или «истихсан». Позже на этой основе сформировался институт «наسخ» (отмена). Профессор В. Халляк объясняет его необходимостью столкновением реалий жизни мусульманской общины с кораническими предписаниями. В результате вырабатывались новые варианты толкования некоторых аятов. Если они противоречили другим аятам, более соответствовавшим обычаям того времени, то они отменялись. Таким же образом могли отменяться и хадисы Сунны [Халляк В., 2020: 18, 30].

Формой толкования мусульманского права является также фетва. В самом общем виде под ней понимают заключение, даваемое муфтием, по поводу оценки какой-либо ситуации с позиций шариата и фикха¹⁹. По своей сути она также является формой правотворчества, предполагающей истолкование определенных положений шариата применительно к потребностям дня.

В ситуации пробелов нужную норму «извлекали» из священных текстов. Для этого использовали рациональные логические приемы — кьяс (рассуждение по аналогии), иджму (согласованное мнение исламской общины), рай (свободное мнение муджтахиды по тому или иному вопросу). В совокупности эти приемы получили название иджитхад²⁰. Их использование привело к созданию исламской юриспруденции, называемой фикх.

В противоположность шариату, имеющему божественную природу, фикх (араб. — глубокое понимание, знание) есть творение человеческое. Он соз-

¹⁸ См., напр.: [Роэ М., 2019: 37].

¹⁹ Подробнее см.: [Сюкияйнен Л.Р., 2001: 1153–1154].

²⁰ Иджтихад определяется также как один из принципов в исламском правоведении, а также соответствующий ему процесс рассуждения, посредством которого выводятся исламские фетвы. См.: [Арсанукаева М., 2004: 25].

дан основателями религиозно-правовых школ, их учениками и последователями. Фикх как продукт деятельности школ понимают двояко — с одной стороны, как исламскую правовую доктрину или науку юриспруденцию, предмет которой составляет нормативная сторона шариата. С другой стороны, под фикхом понимают сами нормы, регулирующие поведение мусульман и сформулированные мусульманскими правоведами в рамках различных школ фикха-доктрины. В этом смысле фикх отождествляют с мусульманским правом [Сюкияйнен Л.Р., 1991: 254–257].

Соотношение и взаимодействие шариата и фикха в рамках мусульманского права определяется двумя факторами противоположной направленности. Это, с одной стороны, концепция божественного откровения, лежащая в основе норм шариата и обусловившая их верховенство в системе источников исламского права, с другой стороны, неспособность этих норм — вне их взаимодействия с фикхом — обеспечить адекватность исламского права изменяющимся условиям жизни. Мусульманское право таким образом имеет двойное измерение. Оно остается религиозным правом, но концепция его сверхъестественного божественного происхождения с возникновением фикха перестает быть абсолютной. Более того, фикх-доктрина становится основным источником мусульманского права и стержневым элементом механизма действия этого права. По мере усложнения структуры общества мусульманское право, как юридическое явление приобретает высокую степень автономности и функционирует, по существу, порой как светское право.

Содержание понятий «шариат» и «фикх» в ходе истории изменяется. Так, с возникновением мазхабов известная часть разработанных ими норм фикха начинает рассматриваться, по сути, как продолжение шариата, сливаясь с ним в единое целое. Такая картина наблюдается, к примеру, при санкционировании мусульманского права исламским государством. Содержание понятия «шариат» при этом существенно меняется. Наряду с его изначальным смыслом — норм божественного происхождения — он начинает рассматриваться лишь в контексте определенного толка, которому следует государство. Следовательно, шариат приобретает его защиту, в которой ранее не нуждался. Если изначально его источниками были лишь Коран и Сунна, то теперь под ним понимают совокупность ниспосланных Аллахом норм, содержащихся прежде всего в Коране и Сунне [Сюкияйнен Л.Р., 1991: 292]; [Сюкияйнен Л.Р., 2001: 1155]. Оговорка «прежде всего» весьма значима в контексте данной темы и означает, что фикх есть прямое продолжение шариата. При этом религиозно-правовые школы призваны не допустить отклонения норм государственного правотворчества от принципов шариата [Саидов А.Х., 2008: 15–49].

Шариат выступает как система норм, которые, имея божественное происхождение, одновременно охраняются государством. В этих условиях «без-

государственное» и «государственное» истолкование шариата отражает две разных стадии правогенеза, предполагающих типологически различное правопонимание. О том, сколь значимы эти различия, свидетельствует, к примеру, высказывание мусульманского юриста из Судана Абдуллахи ан-Наима, по мнению которого «шариат не может оставаться религиозной системой норм, будучи закрепленным на законодательном уровне». По этой причине, — считает арабский автор, — предпочтительнее использовать термин «шариат» вместо словосочетания «исламское право». Государственное принуждение к его исполнению есть, по его мнению, «отрицание основ религиозной обязательности шариата».

Между тем в исследованиях мусульманского права историко-культурное объяснение типологических различий в истолковании шариата обычно не дается. Пример тому — высказывание немецкого исламоведа, профессора М. Роэ, который выделяет несколько значений понятия «шариат». Так, в литературе и общественных дискуссиях оно может быть синонимом понятия «исламское право». В коранической терминологии (Сура, 45:18) оно означает «прямой путь», «дорога к водопою». Вместе с тем «как специальный термин он может использоваться и в широком, и в узком смыслах, причем во многих случаях возможны оба толкования, что часто приводит к путанице. В широком смысле шариат охватывает совокупность всех религиозных и правовых норм, механизмы их формулирования и толкование предписаний ислама. Узкое понимание шариата охватывает только его правовые составляющие» [Роэ М., 2019: 31, 33, 37].

В данном высказывании проявилась существенная методологическая особенность исследований структуры мусульманского права, состоящая в стирании граней между шариатом и фикхом, рассмотрении их в качестве аспектов единого целого — мусульманского права. В приведенном примере шариат в его широком и узком смыслах должен бы отражать разные стадии правогенеза и типологически разное правопонимание («безгосударственное» и «государственное»), а механизмы формулирования и толкования правовых предписаний ислама хотя и рассматриваются как аспект шариата, но уходят корнями в область фикха. Из этого следует, что в процессе истории сложился своеобразный механизм «перетекания» шариата в фикх и наоборот.

Факты истории свидетельствуют, что подобный структурный дуализм был присущ целому ряду правовых систем древности (индусской, иудейской, зороастрийской и т.д.). Становление права начиналось в них с формирования слитной религиозно-философской системы и постепенного выделения в ее рамках собственно правовых норм. Поэтому их система источников права своей вершиной упиралась «в небо», а самый древний источник является и самым важным. Правовых норм в нем либо крайне мало, либо еще вообще

нет. Основные правовые понятия отличаются многозначностью. Их познание доступно лишь избранным — пророкам, героям, поэтам и т.д. На ранних стадиях этого процесса право — еще неотъемлемый элемент космического мировосприятия и предстает как негосударственное в основе своей явление, при этом не только социальное, но и космическое. Толкование, даваемое знатоками права, и здесь является основным средством поддержания права в рабочем состоянии. Похоже, мы имеем дело со стадией правогенеза, которая теоретически еще недостаточно осмыслена.

Одним из проявлений дуализма структуры исламского права и обусловленной этим ее противоречивости было явление, получившее название «закрытие дверей (врат) иджтихада» (конец X — начало XI вв.). Под ним понимался отказ от иджтихада как средства (способа) создания новых правовых норм под предлогом того, что он выходит при этом за пределы Корана и Сунны. Иджтихад сменился таклидом (подражание, традиция), предписывавшим при возникновении проблем обращаться к трудам авторитетных ученых прошлого. Это привело к тому, что из двух противоположных тенденций, определявших развитие мусульманского права — к неизменности и к подвижности его норм, — верх взяла первая. В результате фикх в течение нескольких веков по существу не развивался.

С зарождением в странах исламского Востока капитализма, который нередко приносился извне, их правовое развитие испытывает возрастающее влияние европейской правовой культуры. Оно проявилось не только в восприятии ряда институтов европейского права, но и в проведении в Османской империи в 1869–1876 гг. первой в истории ислама кодификации норм фикха в основном ханафитского толка. Акт кодификации, получивший название Маджелла, включал определение фикха и несколько десятков его общих принципов. По мнению Л.Р. Сюкияйнена, принципы фикха являются основным аргументом в пользу существования исламского права как юридического явления в собственном смысле. Они предопределяют юридическую природу исламского права, которое может быть названо таковым не потому, что в нем воплощается божественное откровение, а на основании данных принципов. Именно принципы фикха открывают перед исламским правом возможность взаимодействовать с иными правовыми культурами на основе общности многих их юридических характеристик [Сюкияйнен Л.Р., 2018: 50].

Вместе с тем такое взаимодействие сохраняет в ряде аспектов проблемный характер. Он обусловлен прежде всего исторической разнотипностью мусульманского и европейского права. Лежащие в их основе правовые культуры исходят из принципиально различного миро- и правопонимания. Отсюда в рамках национальных правовых систем одни и те же явления и процессы могут по-разному восприниматься в зависимости от того, с позиций какой правовой культуры это делается.

Другим проблемным фактором является сохраняющаяся слитность норм шариата, сквозь призму которого и происходит взаимодействие этих культур. Так, слитное восприятие в исламе религии, морали и права делает возможным превращение понятия «правопонимание» в синоним понятия «образ жизни мусульманина». Это не только принципиально расходится с пониманием права в его европейском смысле, но подчас вызывает существенные социально-политические проблемы. Отсюда возможна ситуация, когда относительно высокий уровень развития капитализма в той или иной исламской стране сочетается со средневековым и даже раннеклассовым истолкованием политических и правовых институтов.

Восприятие одних и тех же правовых явлений разными слоями общества с позиций разнотипных правовых культур делает соотношение европейских и исламских элементов правовой системы весьма подвижным. Так, положение о государственном характере религии ислама, содержащееся практически во всех конституциях стран Ближнего и Среднего Востока, может быть истолковано и как признание верховенства конституции, придавшей исламу государственную защиту, и как верховенство ислама и мусульманского права, интегрирующих в свою структуру правовые институты европейского типа, включая конституцию. Таким образом, в рамках этого положения конституция и мусульманское право могут находиться в глазах различных частей общества (либо различных политических режимов) одновременно и «над», и «под» по отношению друг к другу.

Такая же двойственность возможна при истолковании конституционных положений о шариате как основном источнике законодательства, встречающемся в немалом числе конституций стран того же региона. В любом случае, государство приобретает здесь черты исламской религиозной общины — умма, ибо правовые, в том числе конституционные положения в условиях государственного характера ислама распространяются лишь на верующих мусульман. Верховный конституционный суд Египта при толковании положения Конституции о принципах шариата как главном источнике законодательства пришел к выводу, что под ними следует понимать не только точно определенные положения Корана и Сунны, но и основы шариата, т.е. общие принципы фикха, понимаемые как источник права в материальном смысле [Сюкияйнен Л.Р., 2019: 230].

Наконец, в этой борьбе противоположных тенденций возможен вариант отказа от конституции и провозглашения исламского характера правовой системы. Религия, слитная со сферой публичного права, выступает при этом инструментом политики, тогда как в условиях цивилизованной европейской культуры она давно изгнана оттуда и стала частным делом каждого.

Поэтому рекомендации авторов, озабоченных будущим мусульманского права, и состоящие в отказе от мазхабов или, напротив, в слиянии четырех

суннитских мазхабов в один [Арсанукаева М.С., 2004: 27], на наш взгляд, не решат проблемы. Ее решение должно состоять в преодолении слитности религии и права ислама. XX век дал пример таких преобразований в Турции при Кемале Ататюрке. Однако спустя почти столетие число таких стран не увеличилось. Более того, в постсоветском Таджикистане в 1890-х годах вспыхнула гражданская война между сторонниками и противниками исламского характера независимого таджикского государства. В свете сказанного видно, что решающим фактором в преодолении проблемы слитности мусульманского права является степень зрелости общественного сознания в той или иной исламской стране.

Заключение

Проблема рассогласованности концепции правогенеза, преобладающей в российской теоретико-правовой литературе, и ее исламской интерпретации имеет методологическую основу. Следовательно, с ее изменения и следует начинать попытку их согласования.

Подход к проблеме правогенеза с позиций всемирной эволюции принципиально меняет картину. Правогенез (как и история человечества в целом) становится одним из аспектов этой эволюции. Выясняется, что закономерности развития поведения индивидов и механизмов его регуляции имеют психофизиологическую основу. Сложившиеся еще на до- либо предсоциальной стадии всемирной эволюции, они составляют затем основу механизма действия права. Их рефлекторное происхождение обуславливает борьбу двух противоположных тенденций в процессе развития поведения — к наследственности и неизменности, с одной стороны, и к изменчивости и лабильности, с другой. Каждой из них присущ соответствующий механизм регуляции поведения. Мусульманское право возникает на почве бесписьменной культуры монономы, воспроизводя ее основные «параметры». Его структура отражает борьбу этих тенденций. Так, шариат воспроизводит (в иных исторических условиях и потому в иной форме) основные «параметры» обычая-монономы как социального регулятора доклассового общества (его возникновение без участия человека, слитность, неизменность, распространение сферы его действия на область сверхъестественного, отсутствие необходимости в аппарате принуждения). Фикх есть продукт проявления противоположной тенденции — к изменчивости и лабильности и, следовательно, предполагает принципиально иное правопонимание. Человек становится в нем творцом права. Однако эта тенденция проявляется в условиях продолжающегося восприятия мира как несотворимого, слитного и неизменного. Эта коллизия также унаследована исламом от эпохи обычая-

мононормы. Фикх, с одной стороны, обращен в будущее, создавая (в рамках школ, или мазхабов) технику поддержания норм шариата в рабочем состоянии и соответствующую доктрину, с другой, лишь частично отступает от священных текстов шариата, следуя закреплённой в них слитности. Решение этой проблемы лежит в преодолении слитности. Однако для большинства стран исламского мира вопрос о том, как это сделать, остается открытым.



Библиография

- Алексеев В.В. (отв. ред.) Теория и методология истории. Волгоград: Учитель, 2014. 503 с.
- Алексеев С.С. Теория права. М.: БЕК, 1994. 221 с.
- Арсанукаева М. Мазхабы — школы исламской правовой мысли // Современное право. 2004. N 7. С. 52–60.
- Арсанукаева М. Суннитские мазхабы: история возникновения, особенности и перспективы развития // Религия и право. 2004. N 2. С. 22–26.
- Артемов В.Ю. Источники и доктринальные школы мусульманского права // Журнал российского права. 2007. N 3. С. 128–136.
- Беломестнова Н.В., Плебанек О.В. Сознание и культура в естественно-научной картине мира // Вопросы философии. 2012. N 10. С. 43–52.
- Валеев Л.Ж. Обычное право и начальные этапы его генезиса // Правоведение. 1974. N 6. С. 71–79.
- Васильев Л.С. История религий Востока. М.: Наука, 1999. 415 с.
- Венгеров А. Б. Значение археологии и этнографии для юридической науки // Советское государство и право. 1983. N 3. С. 28–36.
- Вилюнас В.К. Психологические механизмы биологической мотивации. М.: МГУ, 1986. 207 с.
- Гегель Г.В.Ф. Философия права. М.: Наука, 2009. 464 с.
- Гуревич А.Я. Категории средневековой культуры. М.: Наука, 1984. 350 с.
- Дарвин Ч. Происхождение видов путем естественного отбора. М.: Просвещение, 1986. 484 с.
- Дробышевский С.А. Политическая организация общества и право как явления социальной эволюции. Автореф. дис. ... д.ю.н. СПб., 1994. 40 с.
- Думанов Х.М., Першиц А.И. Мононорма и начальное право // Государство и право. 2000. N 1. С. 98–104.
- Исмаилов А.Ш. Мазхабы в исламе // Исламоведение. 2009. N 2. С. 15–27.
- Карташов В.Н. Теория государства и права. Ярославль: ЯрГУ, 2018. 359 с.
- Колесников П.М. Мусульманское право в правовых системах стран Ближнего Востока. М.: РПА, 2012. 142 с.
- Комаров С.А. Общая теория государства и права. М.: Юрист, 1998. 408 с.
- Корельский В.М., Перевалов В.Д. Теория государства и права. М.: Норма, 1998. 450 с.
- Куббель Л.Е. Очерки потестарно-политической этнографии. М.: Наука, 1988. 268 с.
- Куланж Ф. де. Древняя гражданская община. М.: Сытин, 1903. 438 с.
- Леонтьев А.Н. Потребности, мотивы и эмоции. М.: МГУ, 1971. 65 с.

- Лотман Ю.М. Феномен культуры / Ученые труды Тартусского университета. Семиотика культуры. Труды по знаковым системам. Тарту: Издательство Тартусского университета, 1978. С. 3–17.
- Мальцев Г.В. (а) Очерк теории обычая и обычного права / Обычное право в России: вопросы теории, истории и практики. Ростов-на-Дону: Издательство Ростовского университета, 1999. С. 7–94.
- Мальцев Г.В. (б) Происхождение и ранние формы права и государства / Проблемы общей теории права и государства / под общ. ред. В.С. Нерсисянца. М.: Норма, 1999. С. 27–136.
- Мачин И.Ф. К вопросу о происхождении права / Проблемы теории государства и права. М.: Проспект, 1999. С. 81–99.
- Морозова Л.А. Теория государства и права. М.: Юристъ, 2015. 414 с.
- Першиц А.И. Проблемы нормативной этнографии / Исследования по общей этнографии. Сборник статей. М.: Наука, 1979. С. 210–240.
- Пиголкин А.С. (ред.) Общая теория права. М.: Проспект, 2008. 485 с.
- Пиотровский М.Б. Фикх. Шариат / Ислам. Краткий справочник. М.: Наука, 2008. С. 110–111, 132–133.
- Рассказов Л.С. Теория государства и права. Углубленный курс. М.: Проспект, 2015. 650 с.
- Роз М. Исламское право: история и современность. М.: Медина, 2019. 576 с.
- Рубинштейн С.Л. Основы общей психологии. СПб.: Питер, 2015. 705 с.
- Саидов А.Х. «Хидоя» Бурхануддина Маргинани — уникальный юридический памятник ислама / Бурхануддин Маргинани. Хидоя. Комментарии. Часть I. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 15–49.
- Сеченов И.М. Рефлексы головного мозга. М.: Медицина, 1952. 235 с.
- Синицына И.Е. Обычай и обычное право в современной Африке. М.: Наука, 1978. 285 с.
- Сюкияйнен Л.Р. Ал-Фикх. Аш-Шариа / Ислам. Энциклопедический словарь. М.: Медина, 1991. С. 254–257, 292–294.
- Сюкияйнен Л.Р. Общие принципы фикха как отражение юридических особенностей исламского права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. N 3. С. 50–80.
- Сюкияйнен Л.Р. Фетва. Фикх / Юридическая энциклопедия / под ред. Б.Н. Топорнина. М.: Юристъ, 2001. С. 1153–1156.
- Сюкияйнен Л.Р. Фикх — источник современного права в арабских странах // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. N 4. С. 222–245.
- Сюкияйнен Л.Р. Шариат и мусульманско-правовая культура. М.: Наука, 1997. 99 с.
- Хайдарова М.С. Основные направления и школы мусульманского права. / Мусульманское право (структура и основные институты). Сб. статей. М.: Наука, 1984. С. 38–48.
- Халляк В. История исламских теорий права. Введение в суннитскую теорию права. М.: Издательский дом Высшей школы экономики, 2020. 463 с.
- Честнов И.Л. Исторические предпосылки государства и права / Сапельников А.Б., Честнов И.Л. Теория государства и права. СПб.: Юридический пресс центр, 2006. С. 41–95.
- Шалютин Б.С. Правогенез как фактор становления общества и человека // Вопросы философии. 2011. N 11. С. 51–62.

Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства. М.: Издательство политической литературы, 1989. 240 с.

Юнг К. Г. Психология бессознательного. М.: Педагогика, 1998. 397 с.

Allott A.N. (1965) *Law and language*. London: University press, 31 p.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 1

Muslim Law in the Context of Law-Genesis



Gennadiy Muromtsev

Professor, Chair of the Theory of Law and State, Juridical Institute of Peoples Friendship University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 6 Mcluhovskaya Street, Moscow 117198, Russian Federation. E-mail: muromtsev@mail.ru



Abstract

The subject of this article is actually first of all in consequence of insufficient investigation of a general theoretical conception of the law-genesis in the frame of which the formation of the Muslim law can prove its correctness. Conception prevailing in Russian legal literature and proceeding from the inseparable connection between state- and law-genesis is “stall” in some aspects of this problem. The clarification of a reason for this situation is one of the purposes of this article. The other purpose is the attempt to mark a methodology of the investigation of a problem of a law-genesis — on its theoretical level and in reference to Muslim law. Author examines law-genesis in the context of a world evolution. In the frame of this approach to social factors of the origin of the law preceded the natural factors of the same character and a thesis about the origin of the law at the same time as a human society stands as a starting. A conclusion that the law-governed nature of the development of the behavior and of the mechanisms of its regulation was formed into the natural stage of the world evolution -this conclusion acquires the most importance. They arise in the form of reflexes and then were perceived by the sincretic norms of the custom-mononorm. In his way sharia as a basis of the Muslim law perceived in general in the new historical condition thus parameters of the mononorm as over natural character of its origin, sincretism of its norms, immutable, the absence of the necessity of the apparatus which is possible to compel to observe the norms of the charia. A structure of the Muslim law reflects also an influence of the conceiving civilization. Typically various character of this legal cultures stipulates the necessity of the religious-legal schools as a connection section between immutable norms of the sharia and the changeable social relations. As a result, the Islamic jurisprudence, or fikh appears. In a character of functions of this schools which are direct to maintenance in working conditions of the sincretic norms of the sharia author sees the law-governed phenomenon which is typical for an early-class system of law and not enough theoretically comprehend. Today the structure of the Muslim law includes also any elements of the early-class epoch.



Keywords

over-world evolution; main psychological law of behavior development; law-genesis; mononorm; Muslim law; sharia; fikh.

For citation: Muromtsev G.I. (2021) Muslim Law in the Context of Law-Genesis. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 80–106 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.80.106



References

- Alekseev S.S. (1994) *Theory of law*. Moscow: BEK, 221 p. (in Russian)
- Alekseev V.V. (ed.) (2014) *Theory and methodology of law*. Volgograd: Uchitel', 503 p. (in Russian)
- Allott A.N. (1965) *Law and language*. London: University press, 31 p.
- Arsanukaeva M. (2004) Mashaby — schools of Islamic legal thought. *Sovremennoe parvo*, no 7, pp. 52–60 (in Russian)
- Arsanukaeva M. (2004) Sunni Mashaby: origin and development. *Religiya i pravo*, no 2, pp. 24–26 (in Russian)
- Artemov V.U. (2007) Sources and doctrines of Muslim law. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 3, pp. 128–136 (in Russian)
- Belomestnova N.V. Plebanek O. V. (2012) Conscience and culture in scholar worldview. *Voprosy filosofii*, no 10, pp. 43–52 (in Russian)
- Chestnov I.L. (2006) Historical causes of state and law. In: *Teoriya gosudarstva i prava*. Saint Petersburg: Peter Press, pp. 41–95 (in Russian)
- Darvin Ch. (1986) *Origin of Species by Means of Natural Selection*. Moscow: Prosvechenie, 484 p. (in Russian)
- Drobischevskiy S.A. (1994) Political organization of society and law. Doctor of Juridical Sciences Summary. Saint Petersburg, 40 p. (in Russian)
- Dumanov H.M., Perschiz A.I. (2000) Mononorm and initial law. *Gosudarstvo i pravo*, no 1, pp. 98–104 (in Russian)
- Engels F. (1989) *Origin of family, private property and state*. Moscow: Politizdat, 240 p. (in Russian)
- Gegel G. (2009) *Philosophy of law*. Moscow: Nauka, 415 p. (in Russian)
- Gurevich A.Ya. (1984) *Categories of medieval culture*. Moscow: Nauka, 350 p. (in Russian)
- Ismaylov A.Sh. (2009) Mashaby in Islam. *Islamovedenie*, no 2, pp. 15–27.
- Jung K. (1998) *Psychology of the Unconscious*. Moscow: Pedagogika, 397 p. (in Russian)
- Kartashev V N. (2018) *State and law theory*. Yaroslavl: University, 359 p. (in Russian)
- Khaidarova M.S. (1984) Major theories and schools in Muslim law. *Muslim Law (structure and institutions)*. V.E. Chirkin, L.R. Sjukiyainen (eds.). Moscow: Nauka, pp. 38–48 (in Russian)
- Khallyak V. (2020) *History of Islamic legal theories*. Moscow: HSE, 463 p. (in Russian)
- Kolesnikov P.M. (2012) *Muslim law in legal systems of the Middle East*. Moscow: Russian Legal Academy, 142 p. (in Russian)
- Komarov S.A. (1998) *General theory of state and law*. Moscow: Jurist, 406 p. (in Russian)
- Korel'skiy V.M., Perevalov V.D. (1998) *Theory of state and law*. Moscow: Nauka, 450 p. (in Russian)
- Kubbel L. (1988) *Essays on political ethnography*. Moscow: Nauka, 268 p. (in Russian)
- Kulanzh F. de (1903) *Ancient civil community*. Moscow: Sytin, 405 p. (in Russian)

- Leontyev A.N. (1971) *Necessities, motives and emotions*. Moscow: MGU, 65 p. (in Russian)
- Lotman Yu.M. (1978) Phenomenon of culture. *Uchenie trudi Tartusskogo universiteta*, no 10, pp. 3–17 (in Russian)
- Machin I.F. (1999) On the origin of law. In: Issues of theory state and law. M. N. Marchenko (ed.). Moscow: MGU, pp. 81–99 (in Russian)
- Maltsev G.V. (1999) (a) Customary theory and common law. In: Law in Russia: theory, history and applying. Rostov: University, pp. 7–94 (in Russian)
- Maltsev G.V. (1999) (b) Origin and early forms of law and state. In: Aspects of theory of state and law. V. S. Nersesjants (ed.). Moscow: Norma, pp. 27–115 (in Russian)
- Morozova L.A. (2015) *Theory of state and law*. Moscow: Yurist, 414 p. (in Russian)
- Perschiz A.I. (1979) Aspects of normative ethnography. *Issledovaniya po obschei etnografii*. Moscow: Nauka, pp. 210–240 (in Russian)
- Pigolkin A.S. (ed.) (2008) *General theory of law*. Moscow: Prospekt, 485 p. (in Russian)
- Piotrovskiy M.B. (2008) Fikh. Shariat. *Islam. A manual*. Moscow, pp. 110–111, 132–133 (in Russian)
- Rasskasov L.S. (2015) *Theory of state and law*. Moscow: 650 p. (in Russian)
- Roe M. (2019) *Islamic law: history and modern times*. Moscow: Medina, 576 p. (in Russian)
- Rubinshtein S.L. (2015) *Basics of psychology*. Saint Petersburg: Piter, 705 p. (in Russian)
- Saidov A.H. (2008) Hidoya by Burharuddin Marginani as a unique juridical monument of Islam. Moscow: Wolters Kluwer, pp. 15–49 (in Russian)
- Sechenov I.M. (1952) *Selected works*. Moscow: Meditsina, 235 p. (in Russian)
- Sinitsina I.E. (1978) *Customary law in modern Africa*. Moscow: Nauka, 285 p. (in Russian)
- Sukiyainen L.R. (1991) Al-Fikh. Sharia. In: Islam. Encyclopedia. Moscow: Medina, pp. 254–257, 292–294 (in Russian)
- Sukiyainen L.R. (2018) Fiqh as a reflection of legal features of Islamic law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 50–80 (in Russian)
- Sukiyainen L.R. (2001) Fetva. Fiqh. Shariat. In: *Yuridicheskaya entsiklopediya*. Moscow: Yurist, pp. 1153–1156, 1197–1198 (in Russian)
- Sukiyainen L.R. (2019) Fiqh as a source of modern law in Arabic countries]. *Pravo. Zhurnal vysshey shkoly ekonomiki*, no 4. pp. 222–245 (in Russian)
- Sukiyainen L.R. (1997) Shariat and muslim legal culture. Moscow: Nauka, 99 p. (in Russian)
- Schalyutin B.S. (2011) Genesis of law as a factor of the development of society and humanity. *Voprosi filosofii*, no 11, pp. 51–62 (in Russian)
- Valeev L.Zh. (1974) Common law and initial stages of its genesis. *Pravovedenie*, no 6, pp. 71–79 (in Russian)
- Vasilyev L.S. (1999) *A history of Eastern religions*. Moscow: Nauka, 415 p. (in Russian)
- Vengerov A.B. (1983) Ethnography and archeology for legal science. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no 3, pp. 28–36 (in Russian)
- Viljunas V.K. (1986) *Psychological mechanisms of biological motivation*. Moscow: MGU, 207 p. (in Russian)

Институциональные препятствия к возбуждению уголовного дела



И.А. Купцов

Старший преподаватель, кафедра конституционного и административного права юридического факультета НИУ «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург). Адрес: 198099, Российская Федерация, Санкт-Петербург, ул. Промышленная, 17. E-mail: kuptsov.ivan@gmail.com



Аннотация

В статье на примере ч. 8 ст. 448 УПК Российской Федерации разбирается природа институциональных препятствий к возбуждению уголовного дела. В силу ч. 8 ст. 448 УПК возбуждение уголовного дела по ст. 305 УК возможно только после предварительного мотивированного суждения вышестоящего (по отношению к суду, которым был принят неправосудный судебный акт) суда об обстоятельствах, свидетельствующих о совершении данного преступления. На приведенном примере подробно раскрывается проблематика подобного правового регулирования, а также анализируются иные составы преступления, которые в качестве основания уголовной ответственности предполагают наличие предварительного мотивированного суждения об обстоятельствах, которые впоследствии становятся предметом доказывания по уголовному делу (ст. 157, 197 УК). Наличие институциональных препятствий к возбуждению уголовного дела, в частности, предсудимость, ставит вопрос о правовой природе данного института, поскольку при предсудимости привлечение к уголовной ответственности возможно лишь при условии предварительного мотивированного суждения того или иного государственного органа. На примере исторического осмысления аналогичных положений (ч. 1.1 ст. 140 УПК) делается вывод о двойственной материально-процессуальной данного института, а также о том, что при включении в УПК подобных положений необходимо изменять уголовный закон. Непротиворечивое, предсказуемое правовое регулирование может быть обеспечено только в том случае, если введение институциональных препятствий к возбуждению уголовного дела будет одновременно сопровождаться изменением нормы уголовного закона путем закрепления в ее гипотезе условия наказуемости. Игнорирование материально-правовой составляющей приведет к нарушению конституционных принципов действия во времени закона, ухудшающего наказание, а именно, ч. 2 ст. 54 Конституции России в толковании, данном Конституционным Судом России, а также к нарушению п. 1 ст. 7 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод в толковании, данном Европейским Судом по правам человека.



Ключевые слова

возбуждение уголовного дела, исключительный повод, действие уголовного закона во времени, предсудимость, статья 7 Европейской конвенции по правам человека, основание уголовной ответственности, условия наказуемости, межотраслевая преюдиция.

Для цитирования: Купцов И.А. Институциональные препятствия к возбуждению уголовного дела // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 1. С. 107–129.

УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.107.129

Введение

В 2011 году Конституционным Судом Российской Федерации (далее — КС РФ) принято Постановление от 18.10.2011 № 23-П, давшее конституционное истолкование ст. 448 Уголовного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ). Согласно данному Постановлению, возбудить уголовное дело в отношении судьи по признакам преступления, предусмотренного ст. 305 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ), возможно лишь после отмены вынесенного этим судьей судебного акта, вступившего в законную силу. Введение подобного правила ставит перед наукой уголовного процесса несколько вопросов, которые требуют теоретического осмысления: уголовно-политические вопросы, вопрос о правовой природе установленного КС РФ правила и вопрос предсудимости. Настоящая статья посвящена одному из вопросов, а именно вопросу о возможном материально-правовом значении норм, содержащих институциональные препятствия к возбуждению уголовного дела, через определение механизма их действия во времени.

1. Институциональные препятствия к возбуждению уголовного дела: постановка проблемы

В Постановлении от 18.10.2011 № 23-П КС РФ пришел к выводу, что свойства судебного решения непосредственно сказываются на процедуре возбуждения уголовного дела и привлечения к уголовной ответственности судей за совершение преступления, предусмотренного ст. 305 УК РФ. Поскольку вступивший в законную силу судебный акт может быть признан незаконным и необоснованным только вышестоящим судом и в результате инстанционного обжалования, никто «не вправе самостоятельно определять, является ли конкретный судебный акт неправосудным, т.е. оценивать его законность и обоснованность, в том числе с точки зрения правильности применения материального закона или соблюдения процессуальных правил»¹.

¹ Постановление КС РФ от 18.10.2011 № 23-П «По делу о проверке конституционности положений статей 144, 145 и 448 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и пункта 8 статьи 16 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина С.Л. Панченко» // СПС Консультант Плюс

В противном случае это будет означать «отрицание окончательности, исполнимости, неопровержимости и обязательности судебного решения, гарантированно исполняющегося силой государства, и являются неправомерным вмешательством в осуществление судебной власти, самостоятельность и независимость которой находятся под защитой Конституции Российской Федерации, прежде всего ее статьи 10»². Этого не вправе делать ни следственные органы, ни квалификационная коллегия судей.

По существу в Постановлении № 23-П КС РФ пришел к выводу о наличии предсудимости: возбуждение уголовного дела по ст. 305 УК РФ возможно только после предварительного мотивированного суждения вышестоящего (по отношению к суду, которым был принят неправосудный судебный акт) суда об обстоятельствах, свидетельствующих о совершении данного преступления. Это означает, что уголовное дело невозможно возбудить даже если сам неправосудный судебный акт вынесен, т.е. совершение преступления окончено. Даже несмотря на совершенное преступление, уголовное преследование будет невозможно, если никто из участников соответствующего судопроизводства не обжаловал судебный акт, либо все возможности по такому обжалованию в апелляционном, кассационном или надзорном порядке исчерпаны.

Данное КС РФ истолкование привело к принятию ч. 8 ст. 448 УПК РФ: не допускается возбуждение в отношении судьи уголовного дела по признакам преступления, предусмотренного ст. 305 УК РФ, если вынесенный этим судьей судебный акт вступил в законную силу и не отменен в установленном процессуальным законом порядке как неправосудный.

Введение подобного правила ставит перед наукой уголовного процесса несколько вопросов, которые требуют теоретического осмысления. Во-первых, это вопрос уголовно-политический: могут ли в уголовно-процессуальном законодательстве существовать подобного рода институциональные препятствия к возбуждению уголовных дел? Не является ли это нарушением принципа публичности (официальности) уголовного судопроизводства? Не ведет ли такое регулирование к тому, что уголовное преследование ставится в зависимость от иной, нежели уголовное судопроизводство, процедуры, в результате чего происходит вторжение в компетенцию следственных органов, превращение следователя в пассивного наблюдателя и нарушение его процессуальной самостоятельности?

Традиционно цели и задачи уголовного судопроизводства сводятся к борьбе с преступностью при строжайшем соблюдении законности в деятельности правоохранительных органов. Однако если уголовное преследование ставится под условие предварительного установления определенных

² Там же.

обстоятельств в иных процедурах, не означает ли это, что вышеуказанные цели и задачи не выполняются: вместо борьбы с преступностью государство фактически ее поощряет?

Наконец, как такое правовое регулирование соотносится с принципами равенства всех перед законом и судом и неотвратимости наказания? Например, при совершении убийства или кражи привлечение к уголовной ответственности и осуждение происходит «безусловно» только лишь на основании самого факта совершения преступления, в то время как вышеприведенный порядок возбуждения уголовных дел дает возможность уклоняться от уголовной ответственности, ибо даже несмотря на наличие признаков преступления невозможно возбудить уголовное дело.

Подчеркнем, что, ставя подобным образом вопрос, мы не имеем в виду лишь производство по делам о преступлении, предусмотренном ст. 305 УК РФ. Применительно к данной категории дел это, в большей степени, вопрос оценки целесообразности такого механизма с точки зрения обеспечения независимости судей, однако он не входит в предмет настоящего исследования. Поставленный выше вопрос касается именно допустимости подобных процессуальных правил для производства по другим уголовным делам. Актуальность данных вопросов подтверждается также и тем, что аналогичные проблемы ставятся в доктрине применительно к производству уголовных дел по экономическим преступлениям [Головки Л.В., 2015: 32–45].

Наиболее ярко критика в адрес подобного рода ограничений для возбуждения уголовного дела проявилась при принятии ч. 1.1 ст. 140 УПК РФ, согласно которой исключительным поводом для возбуждения уголовного дела о так называемых налоговых преступлениях, предусмотренных ст. 198–199.2 УК РФ, служат только те материалы, которые направлены налоговыми органами в соответствии с законодательством о налогах и сборах для решения вопроса о возбуждении уголовного дела.

Изменение ч. 1.1 ст. 140 УПК РФ вызвало доктринальную критику [Смирнов Г.К., 2013: 66–72]. По мнению множества исследователей, теперь отмененная ч. 1.1 ст. 140 УПК РФ нарушала принцип публичности (официальности) уголовного судопроизводства, так как уголовное преследование было поставлено в зависимость от направления материалов налоговыми органами, или Центробанком, или конкурсным управляющим. В результате происходило вторжение в компетенцию следственных органов, превращение следователя в пассивного наблюдателя и нарушение его процессуальной самостоятельности [Брижак З.И., Розовская Т.И., 2014: 16–17]; [Шарипова А.Р., 2013: 94–96]; [Дикарев И.С., 2012: 6].

Исключительный повод к возбуждению уголовного дела нарушал стабильность уголовного судопроизводства: возможность отмены решения, на основании которого были направлены материалы, являющиеся исклю-

чительным поводом, ведет к неопределенности статуса уже возбужденного уголовного дела. Также нарушались принципы равенства всех перед законом и судом и неотвратимости наказания, ибо такой порядок возбуждения уголовных дел дал возможность некоторым уклоняться от уголовной ответственности, так как в приведенных случаях даже несмотря на наличие признаков налогового преступления невозможно возбудить уголовное дело [Смирнов Г.К., 2013: 22–31].

С одной стороны, нельзя не согласиться с данными утверждениями. Действительно, одним из основных признаков уголовно-процессуальной политики является ее взаимосвязь с уголовной политикой, т.е. реализация посредством уголовно-процессуальной формы задач по борьбе с преступностью и ее предупреждением.

В то же время встает закономерный вопрос: допускают ли цели и задачи уголовно-процессуальной политики существование каких-либо препятствий на пути возбуждения уголовных дел?

Ответ на данный вопрос должен быть только положительный. Во-первых, отрицательный ответ приводит в итоге к полному отрицанию любой формализации на пути к расследованию уголовных дел. Однако даже если исходить из той же уголовно-процессуальной политики, помимо собственно борьбы с преступностью ей в той же мере присущи такие признаки, как «институциональная и процессуальная организация деятельности» и «охрана прав и свобод человека и гражданина в ходе производства по уголовному делу» [Стойко Н.Г., 2015: 28, 29]. Соответственно задача по борьбе с преступностью не может абсолютизироваться, а должна быть в балансе с другими направлениями уголовно-процессуальной политики.

Наконец, действующее законодательство, в частности, ч. 8 ст. 448 УПК РФ, есть яркий пример того, что могут быть более значимые и высокие цели, чем, собственно, борьба с преступностью. Таким образом, перед наукой уголовного процесса стоит актуальная задача понять, где и когда возникает потребность для установления подобных институциональных препятствий к возбуждению уголовного дела.

Во-вторых, это вопрос о правовой природе установленного КС РФ правила. Как было сказано, данное КС РФ истолкование ст. 305 УК РФ привело к принятию ч. 8 ст. 448 УПК РФ, в силу которой возбуждение уголовного дела в отношении судьи по признакам преступления, предусмотренного ст. 305 УК РФ, допускается только после отмены в установленном процессуальным законом порядке вынесенного этим судьей судебного акта.

Как прямо следует из ст. 305 УК РФ, объективную сторону преступления составляет вынесение заведомо неправосудного судебного акта. Соответственно, принятие подобного судебного акта делает преступление окончательным. Это же отмечается в комментариях к УК РФ, например, в комментариях

под редакцией В.М. Лебедева: «Преступление признается оконченным с момента совершения в рамках соответствующей стадии судопроизводства последнего процессуального действия, направленного на принятие судебного акта. Так, приговор по уголовному делу или решение по гражданскому делу начинает действовать с момента его провозглашения в судебном заседании, и именно с этого момента действия судьи, постановившего его заведомо незаконно, признаются оконченным преступлением». Однако тут же в комментарии отмечается, что «в силу Пост. КС РФ от 18.10.2011 N 23-П... привлечение судьи к уголовной ответственности и его осуждение по ст. 305 УК возможны лишь при условии, что вынесенное им судебное решение было признано неправосудным, т.е. незаконным, необоснованным или несправедливым, вышестоящей судебной инстанцией» [Лебедев В.М., 2017].

В первую очередь встает вопрос исключительно с точки зрения юридической техники: правильно ли в свете данного конституционного истолкования и действия принципа правовой определенности ограничиваться изменением только процессуальной формы, но не редактировать сам уголовный закон? Не должна ли введенная КС РФ предсудимость означать, что при отсутствии отмены судебного решения в установленном процессуальным законом порядке невозможно не только уголовное преследование, но и отсутствует сам факт совершения преступления? Другими словами, значение условия, указанное в ч. 8 ст. 448 УК РФ, исключительно процессуальное, или это также и признак, характеризующий преступление?

Поставленные вопросы имеют большое практическое значение. Например, с какого момента начинают течь сроки давности привлечения к уголовной ответственности? Буквально исходя из текста ст. 78 и 305 УК РФ срок давности начинает течь с момента вынесения судебного акта, т.е. с момента окончания совершения преступления. Правильно ли это, учитывая то обстоятельство, что уголовное преследование и осуждение невозможны до момента признания судебного акта неправосудным в порядке его инстанционного обжалования, которое может состояться спустя очень продолжительное время и формально уже за пределами сроков давности?

Еще более эта проблема становится актуальной с точки зрения действия уголовного закона во времени. Нельзя исключать, что КС РФ может пересмотреть свою позицию и прийти к выводу, что подобной предустановленности для возбуждения уголовных дел по ст. 305 УК РФ быть не должно. Как в таком случае будет решаться вопрос о действии во времени предыдущей правовой позиции КС РФ?

В-третьих, это сам вопрос о предсудимости. Как уже было сказано, чтобы деяние, предусмотренное ст. 305 УК РФ, стало уголовно-наказуемым, необходимо установление определенных признаков его состава в рамках иной,

нежели уголовный процесс, процедурной формы. Таким образом, ч. 8 ст. 448 УПК РФ — это предварительное мотивированное суждение, своеобразная предсудимость и предрешение выводов о наличии признаков совершенного преступления.

Действующее уголовно-процессуальное законодательство предусматривает схожие нормы о предсудимости применительно к производству по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств. Согласно ч. 3 ст. 413 УПК РФ, прежде чем начать подобное производство, требуется предварительное установление вновь открывшихся обстоятельств вступившим в законную силу приговором суда.

Помимо ч. 3 ст. 413 УПК РФ в качестве примеров предсудимости можно привести нормы уголовного законодательства: 1) ст. 157 УК РФ (злостное уклонение родителя от уплаты по решению суда средств на содержание несовершеннолетних детей) — для установления преступности деяния требуется подтверждение наличия алиментного обязательства решением гражданского суда; 2) ст. 197 УК РФ (уголовная ответственность за фиктивное банкротство) — в качестве условия наказуемости требуется решение арбитражного суда, принятое в рамках процедуры банкротства. В указанных случаях предрешение ограничивается только вопросами исключительной компетенции гражданских судов, при этом зависимость установления того или иного обстоятельства от решения гражданского суда прямо предусмотрена законом [Колоколов Н.А., 2012: 197–209]; [Михеенкова М.А., 2013: 73–78].

Вопрос: как приведенные примеры предсудимости соотносятся с нормами о преюдиции? Каково значение такой предсудимости с точки зрения дальнейшего расследования по уголовному делу? Не предрешает ли это дальнейшие выводы следователя и суда по уголовному делу?

На примере ст. 157 УК РФ нельзя не задаться вопросом о значении решения суда по гражданскому делу о взыскании алиментов. Конструкция данной нормы отличается от конструкции составов преступлений с административной преюдицией, где конститутивным признаком состава выступает особый статус лица, его состояние подвергнутости административному наказанию³. Применительно к ст. 157 ГК РФ решение суда по гражданскому делу устанавливает наличие самого алиментного обязательства, т.е. одного из элементов объективной стороны данного преступления, а не статус субъекта преступления, как это происходит с преступлениями с административной преюдицией. Таким образом, решение суда по гражданскому делу выступает предварительным мотивированным суждением о фактах, которые впоследствии становятся предметом доказывания по уголовному делу. Означает ли это,

³ Определение судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 09.01.2019 N 63-УДП18-3 // СПС Консультант Плюс.

что лицо, обвиняемое в рамках уголовного делу по ст. 157 УК РФ, связано выводами суда по гражданскому делу и, например, не может оспаривать сам факт отцовства, требуя проведения генетической экспертизы?

Также встает вопрос: целесообразно ли расширение института предсудимости и его распространение в отношении расследования по другим уголовным делам?

Например, законодательство содержит правила об особом порядке рассмотрения сообщения о налоговом преступлении, поступившего из органов дознания. Согласно ч. 4 ст. 144 УПК РФ, в случае отсутствия оснований для отказа в возбуждении уголовного дела следователь не вправе возбудить уголовное дело без предварительной проверки сообщения и сделанного следователем расчета недоимки и пени со стороны налогового органа. Налоговый орган может ответить тремя разными способами (ч. 5-8 ст. 144 УПК РФ):

если обстоятельства, сообщенные следователю, были предметом налоговой проверки, по результатам которой было вынесено решение налогового органа, налоговый орган должен дать заключение о наличии нарушений налогового законодательства и правильности расчета суммы предполагаемой недоимки и пени;

если такая налоговая проверка еще не закончена или решение налогового органа не вступило в законную силу, налоговый орган информирует о проведении в настоящий момент налоговой проверки по тем же эпизодам;

если налоговый орган не проверял обстоятельства, что были сообщены органом дознания, налоговый орган сообщает об отсутствии сведений о нарушении налогового законодательства.

Однако независимо от ответа налогового органа следователь может возбудить уголовные дела о налоговых преступлениях при наличии любого законного повода и достаточных оснований, указывающих на признаки преступления (ч. 9 ст. 144 УПК РФ). Поэтому такие материалы, в том числе налоговой проверки, в дальнейшем могут быть использованы в качестве доказательства по уголовному делу, содержащего определенные сведения о признаках преступлений.

Спрашивается, не является ли заключение налогового органа своего рода предрешием последующего уголовного дела? Не должно ли заключение налогового органа в определенной степени предрешать выводы следователя? Не должно ли заключение налогового органа об отсутствии нарушений налогового законодательства и с расчетом недоимки и пени меньшим, чем у следователя, вызывать сомнение в виновности обвиняемого? Другими словами, должны ли процедура налогового контроля и уголовное преследование быть согласованы между собой, чтобы при переходе из одной процедуры в другую соблюдался баланс интересов сторон налогового правоотношения?

Приведенный пример вскрывает еще одну проблему. Как различные процессуальные формы соотносятся между собой? Очевидно, что уголовное, гражданское, арбитражное, административное судопроизводство, процедура налогового контроля или процедура производства дел об административных правонарушениях закрепляют различный уровень процессуальных гарантий и разные правила доказывания. Также отличаются и компетенции судебных и административных органов в перечисленных процессуальных формах. Можно ли говорить, что все процессуальные формы должны быть согласованы между собой таким образом, чтобы исключать иное установление или переоценку юридических фактов в рамках уголовного судопроизводства, если эти вопросы уже были предreshены в рамках иной процедуры? Например, если вернуться к налоговому примеру, не должно ли наличие процедуры налогового контроля означать, что налоговая недоимка не может устанавливаться иначе как в рамках налогового контроля как специальной процедуры, направленной на ее выявление и обеспечивающей определенность налоговых правоотношений, защиту от неправомерного ограничения права собственности налогоплательщика вследствие незаконных налоговых изъятий?

2. Исторический опыт установления специального порядка возбуждения уголовных дел, схожего с порядком, предусмотренным ч. 8 ст. 448 УПК РФ

В рамках статьи невозможно ответить на все поставленные вопросы, хотя каждый из них требует должного теоретического осмысления. Статья посвящена вопросу о возможном материально-правовом значении институциональных препятствий к возбуждению уголовного дела.

Такие препятствия, в частности, предсудимость, ставят вопрос о правовой природе данного института, поскольку при предсудимости привлечение к уголовной ответственности возможно лишь при условии предварительного мотивированного суждения того или иного государственного органа.

История уголовного процесса знала случаи, когда законодателем устанавливался специальный порядок возбуждения уголовных дел, схожий с порядком, предусмотренным ч. 8 ст. 448 УПК РФ. Однако всегда в таких случаях законодатель одновременно изменял и уголовный закон, закрепляя в качестве условия уголовной ответственности необходимость предварительного мотивированного суждения государственного органа.

Обратимся к истории. Единственным ученым, которым в науке уголовного права обозначалось схожее с институциональными препятствиями к возбуждению уголовного дела понятие, был профессор А.Н. Трайнин. Сре-

ди признаков, характеризующих преступление, он выделял так называемое условие наказуемости, представляющее собой обстоятельство, без которого уголовная ответственность не могла быть применена. Данное условие он относил к нормам материального уголовного права [Трайнин А.Н., 1957: 82–83]; [Шаргородский М.Д., 1948: 86].

Выделение им условий наказуемости было результатом анализа норм УК РСФСР 1926 года, предусматривавших составы преступлений с так называемой административной преюдицией, которые требовали в качестве условия уголовной ответственности предварительного установления определенных обстоятельств преступного деяния в гражданском суде или примирительном порядке (ст. 60, 74, 131, 133, 135 УК РСФСР 1926 г.). Например, согласно ст. 131, 133, 135 УК РСФСР 1926 г. такие хозяйственные преступления, как неисполнение обязательств по договору, нарушение нанимателем заключенных с профсоюзом коллективных договоров и других соглашений и нарушение законов об охране труда считались уголовно наказуемыми лишь в случае установления некоторых обстоятельств их совершения в гражданском суде или примирительном порядке.

Условия наказуемости понимались как признаки, характеризующие преступление. При этом такие обстоятельства не относились А.Н. Трайниным к элементам состава преступления, но являлись обстоятельствами, без которых невозможно наступление уголовной ответственности. В большинстве случаев такие условия были помещены в диспозицию уголовной статьи Особенной части УК. Однако по той причине, что условия наказуемости не являлись элементами состава, они могли быть перемещены из диспозиции в санкцию. Подобным примером является санкция ст. 74 УК РСФСР 1926 г., согласно которой менее опасное хулиганство наказывалось лишением сроком до трех месяцев, «если до возбуждения уголовного преследования на совершившего указанные действия не было наложено административного взыскания» [Трайнин А.Н., 1957: 260].

Помимо уголовно-правового значения условий наказуемости А.Н. Трайнин рассматривал данные условия в качестве связующего элемента между уголовным правом и уголовным процессом. Он писал, что закон, говоря об условиях наказуемости, также «указывает условия применения наказания» [Трайнин А.Н., 1957: 83]. Из этого следовал специальный порядок возбуждения уголовных дел. По общему правилу, такой специальный порядок предусматривался по делам частного и частно-публичного обвинения, где «жалоба потерпевшего есть необходимая предпосылка уголовной ответственности. Такое же значение приобретает решение гражданского суда... или решение в рамках примирительного процесса» [Трайнин А.Н., 1957: 355–356] в отношении преступлений, предусмотренных ст. 131, 133, 135 УК РСФСР 1926 г.

Таким образом, ученый раскрывал природу условий наказуемости как двойственную: это одновременно и признак, характеризующий преступление, и предпосылка возбуждения уголовного дела, т.е. его побудительное начало и формальное условие.

Выделенные А.Н. Трайниным условия наказуемости никем более не рассматривались. Однако никто и не подвергал сомнению существование данных условий. Данный вопрос обходили стороной все, за исключением М.Д. Шаргородского, согласившегося с А.Н. Трайниным, что в некоторых случаях уголовный закон действительно содержит подобные условия, не являющиеся элементами состава преступления, но необходимые как предпосылки уголовной ответственности и наказуемости [Шаргородский М.Д., 1948: 86].

Соотнесем условие наказуемости с правилом о предсудимости, установленным ч. 8 ст. 448 УПК РФ. Можно ли говорить, что такие правила также обладают смешанной правовой природой, и помимо своего процессуального значения как предсудимости они обладают признаками условий наказуемости?

Предусмотренный порядок возбуждения уголовных дел по ст. 305 УК РФ напоминает условия наказуемости, предусмотренные УК РСФСР 1926 г. Действительно, в случае отсутствия отмены неправосудного судебного акта в установленном процессуальном порядке невозможно наступление уголовной ответственности, и наказание за вынесение заведомо неправосудного судебного акта не может быть применено.

3. Материально-правовое значение ч. 8 ст. 448 УПК РФ и сравнение данной нормы с ч. 1.1 ст. 140 УПК РФ

Означает ли это, что ч. 8 ст. 448 УПК РФ также является условием наказуемости? Попытаемся ответить на вопрос о правовой природе статьи через последствия ее отмены. Например, законодатель решит отказаться от ч. 8 ст. 448. Как тогда будет решаться вопрос о ее действии во времени?

На первый взгляд, ответ очевиден. Поскольку законодатель воплотил данное правило в ч. 8 ст. 448 УПК РФ, после отмены данной нормы будут применяться положения ст. 4 УПК РФ. Действующим процессуальным законом будет являться новый процессуальный закон, если на момент производства уголовного дела такой закон вступил в силу. Следовательно, правоохранительные органы смогут возбуждать уголовные дела в отношении тех судей, которые вынесли неправосудный судебный акт в период действия ч. 8 ст. 448 и не могли быть привлечены к уголовной ответственности из-за отсутствия отмены такого судебного акта в установленном процессуальным законом порядке.

В то же время, исходя из ч. 8 ст. 448, при отсутствии такой отмены было невозможно возбудить уголовное дело, даже если преступление являлось оконченным и совершенным. Не нарушает ли немедленное применение нового порядка возбуждения уголовного дела права обвиняемых на предвидение последствий своих действий? Могло ли такое лицо, читая формулировки действовавшего законодательства, предвидеть, что оно будет осуждено за свои действия при первом же случае обнаружения в его деяниях признаков преступления?

Если использовать только доктринальный подход и формально-логическое толкование норм права, то ответ на вопрос о правовой природе ч. 8 ст. 448 УПК РФ будет практически полностью зависеть от воли законодателя, от того, в какой кодекс подобная норма будет помещена. Сейчас действующее законодательство помещает подобное законоположение в уголовно-процессуальном законе. Ранее подобные правила об условиях наказуемости были помещены в уголовном законе, в УК РСФСР 1926 г. Очевидно, что нельзя определять правовую природу института в зависимости лишь от выбранного законодателем отраслевого регулирования.

Поскольку ч. 8 ст. 448 УПК РФ никто не отменяет и не планирует этого делать, во избежание излишнего теоретизирования и построения аргументации на основе гипотетического моделирования событий рассмотрим вопрос на анализе исторического примера. Такое исследование позволит последовательно показать, что классический доктринальный подход в делении норм на отрасли в данном случае неприменим, и нужно оценивать проблему именно с конституционно-правовых позиций.

В 2011 году ст. 140 УПК РФ дополнена ч. 1.1, согласно которой единственным поводом для возбуждения уголовного дела по налоговым преступлениям (ст. 198–199.2 УК РФ) служат только материалы налоговой проверки. Иначе говоря, возбуждение уголовного дела возможно лишь после мотивированного суждения налогового органа об обстоятельствах, свидетельствующих о совершении налогового преступления. Процедура направления материалов налоговой проверки такова. Сначала налоговый орган согласно главе 14 Налогового кодекса Российской Федерации (далее — НК РФ) осуществляет налоговую проверку, в рамках которой выявляется недоимка, определяются пени, а также назначается штраф за совершенное нарушение законодательства о налогах и сборах. По ст. 100, 101 НК РФ составляется акт и выносится решение о привлечении налогоплательщика к налоговой ответственности. В дальнейшем на основании вынесенного решения о привлечении к налоговой ответственности налогоплательщику направляется требование об уплате налога. Если в течение 2 месяцев со дня истечения срока исполнения данного требования налогоплательщик не уплатил в полном объеме указанные в данном требовании суммы недоимки, размер ко-

торой позволяет предполагать факт нарушения законодательства о налогах и сборах, содержащего признаки преступления, соответствующих пеней и штрафов, налоговые органы обязаны в течение 10 дней со дня выявления указанных обстоятельств направить материалы в следственные органы для решения вопроса о возбуждении уголовного дела (п. 3 ст. 32 НК РФ).

В 2014 году ст. 140 УПК РФ дополнена ч. 1.2, закрепляющей в качестве единственного повода для возбуждения уголовных дел о фальсификации финансовых документов учета и отчетности финансовой организации (ст. 176.1 УК РФ) материалов Центробанка или конкурсного управляющего для возбуждения дела о фальсификации финансовых документов учета и отчетности финансовой организации. Процедура их направления идентична процедуре направления материалов налоговой проверки. Указанные материалы — так же, как и материалы налоговой проверки, — могут направляться только в случае неисполнения требований ЦБ РФ об устранении нарушений, связанных с предоставлением или публикацией отчетности (ст. 75.1, 76.8 Федерального закона «О Банке России» от 10.07.2002 N 86-ФЗ).

Сходство между ч. 8 ст. 448 УПК РФ и ч. 1.1, 1.2 ст. 140 УПК РФ очевидно, поэтому и ч. 8 ст. 448 можно отнести к видам исключительного повода для возбуждения уголовного дела. Так же как и ч. 8 ст. 448 УПК РФ, исключительный повод к возбуждению уголовного дела по налоговым преступлениям означал невозможность возбудить уголовные дела даже в том случае, если само налоговое преступление было совершено и наличие недоимки было установлено материалами налоговой проверки, ибо согласно п. 3 ст. 32 НК РФ налоговый орган направлял данные материалы только при неисполнении его требований об уплате недоимки в установленный срок. Таким образом, необходимым условием возбуждения уголовного дела по налоговым преступлениям также выступало неисполнение требования налогового органа. Если потенциальные обвиняемые в срок исполнили такое требование, даже несмотря на установление факта недоимки и наличие достаточных сведений о совершении налогового преступления они не могли быть привлечены к уголовной ответственности и избегали наказания.

Отмена ч. 1.1 ст. 140 УПК РФ и введение нового порядка возбуждения уголовных дел по налоговым преступлениям, согласно которому материалы налоговой проверки больше не имеют исключительного значения (ч. 9 ст. 144 УПК РФ), является нагляднейшей иллюстрацией того, что игнорировать материально-правовую природу институциональных препятствий к возбуждению уголовного дела недопустимо.

Если рассматривать положения ч. 1.1 ст. 140 УПК РФ исключительно как процессуальную норму, то, исходя из ст. 4 УПК РФ, новый порядок подлежит немедленному применению. Следовательно, правоохранительные органы могут возбудить дела в отношении тех лиц, которые совершили налоговые

преступления в период действия ч. 1.1 ст. 140, но не могли быть привлечены к уголовной ответственности из-за того, что в отношении них не была проведена налоговая проверка.

Однако, как указал КС РФ, принципы действия уголовного закона во времени (ч. 2 ст. 54 Конституции) распространяются на законы (независимо от их отраслевой принадлежности), которые изменяют содержание общественной опасности, противоправности и наказуемости преступления⁴.

Согласно ст. 7 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950) (далее — Конвенция), «никто не может быть осужден за совершение какого-либо деяния или за бездействие, которое, согласно действовавшему в момент его совершения национальному или международному праву, не являлось уголовным преступлением. Не может также налагаться наказание более тяжкое, нежели то, которое подлежало применению в момент совершения уголовного преступления».

Давая толкование п. 1 ст. 7 Конвенции, Европейский Суд по правам человека (далее — ЕСПЧ) определяет уголовный закон сущностно, а не формально⁵. Во-первых, это касается источников: под законом понимается собственно закон, т.е. акты законодательной власти, а также подзаконные нормативные акты, судебная практика, другие источники права соответствующего государства, в том числе неписаное право, если такое право определено и доступно, т.е. позволяет лицу предвидеть последствия своих действий⁶. Во-вторых, это требования к содержанию уголовного закона. Такой закон должен быть доступным и предсказуемым, а вопрос о нарушении п. 1 ст. 7 Конвенции разрешается на основании того, насколько четко и ясно уголовный закон и судебная практика определяли преступность и наказуемость совершенного деяния, и мог ли заявитель, читая формулировки закона, решения судов или прибегнув к помощи юриста, предвидеть, что он будет преследоваться по новой уголовной норме⁷.

На основании анализа практики ЕСПЧ можно сделать следующие выводы: в практике ЕСПЧ под уголовным законом понимается любой источник права, который содержит уголовно-правовое предписание;

⁴ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 16.01.2001 N 1-О «По делу о проверке конституционности примечания 2 к статье 158 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Скородумова Дмитрия Анатольевича» // Вестник Конституционного Суда РФ, N 3. 2001.

⁵ ECHR. *Kruslin v. France*, Judgment of 24 April 1990. Series A. No. 176-A. Para. 29.

⁶ ECHR. *Kokkinakis v. France*, Judgment of 25 May 1993. Series A. No. 260-A. Para 52; *Tolstoy-Miloslavsky v. the United Kingdom*, Judgment of 13 July 1995. Series. A. No. 315-B. Para 37.

⁷ ECHR. *Veeber v. Estonia* (No. 2), Judgment of 21 January 2003. (App. N 45771/99); ECHR. *Coëme and others v. Belgium*, Judgment of 22 June 2000 (App. N 32492/96 32547/96 32548/96 33209/96 33210/96).

принцип *nullum crimen, nulla poena sine lege* трактуется через призму принципа правовой определенности, главным критерием его соблюдения являются четкость и определенность норм права.

Хотя по общему правилу процессуальные нормы не подпадают под действие принципа обратной силы более мягкого закона, принцип немедленного действия процессуального закона может быть ограничен, если в ином случае будет допускаться произвольное уголовное преследование, осуждение и наказание и тем самым нарушаться принцип *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁸.

Отмена ч. 1.1 ст. 140 УПК РФ по правилам действия процессуального закона во времени привела к тому, что закон никак не ограничивает уголовное преследование налоговых преступлений, которые были совершены в момент действия ч. 1.1 ст. 140, но которые не могли преследоваться в данный период. Такие последствия отмены ч. 1.1 ст. 140 показывают, что в действительности данная норма определяет деяние, являющееся преступлением. Другими словами, ч. 1.1 ст. 140 УПК РФ является также и нормой уголовного права.

Введение ч. 1.1 ст. 140 УПК РФ улучшило положение обвиняемого. Любое лицо, читая формулировки редакции УПК РФ, действовавшей до принятия Федерального закона от 22.10.2014 №308-ФЗ, не могло предвидеть, что оно будет осуждено при первом же случае обнаружения в его деяниях признаков преступления. Очевидно, что отмена ч. 1.1 названной статьи фактически изменяет квалификацию содеянного, а немедленное применение нового порядка будет означать обратную силу более строгого уголовного закона и делает законодательство непредсказуемым и неопределенным, а также лишает граждан возможности предвидеть последствия их действий, что противоречит ч. 2 ст. 54 Конституции России и п. 1 ст. 7 Конвенции.

Конечно, взятая изолированно, норма ч. 1.1 ст. 140 УПК РФ не дает оснований «подозревать» ее в таком нарушении. По своему содержанию данная норма является процессуальной, определяет порядок возбуждения уголовного дела и является средством, с помощью которого устанавливается совершенное преступление. Однако нарушение ст. 7 Конвенции становится понятным, если представить себе последствия отмены данной статьи.

Как сказано выше, после введения новой процедуры направления материалов налоговой проверки и возбуждения уголовных дел совершенные деяния, содержащие признаки составов налоговых преступлений, более не подлежат уголовному преследованию, если в должные сроки требование об уплате налогов исполнено.

⁸ ECHR. *Veeber v. Estonia* (No. 2), Judgment of 21 January 2003. (App. N 45771/99); ECHR. *Coëme and others v. Belgium*, Judgment of 22 June 2000 (App. N 32492/96 32547/96 32548/96 33209/96 33210/96).

Если введение ч. 1.1 ст. 140 улучшило положение обвиняемого, то ее отмена, наоборот, усилила уголовную ответственность. Следовательно, в первом случае должен действовать принцип обратной силы более мягкого уголовного закона, во втором — принцип перспективного действия уголовного закона. Но, принимая ч. 1.1 ст. 140, ни законодатель, ни судебная практика не предусмотрели обратной силы данной нормы. Отмена данной статьи привела к обратной силе более строгого уголовного закона, что недопустимо в силу ч. 2 ст. 54 Конституции.

Часть 1.1 статьи 140 УПК РФ *de facto* расширила условия уголовной ответственности за налоговые преступления, в качестве которых также стали выступать решение налогового органа о привлечении к налоговой ответственности и его неисполнение правонарушителем в установленный срок.

Поясним последний тезис на примере. По ч. 1 ст. 289 НК РФ налог на прибыль организаций уплачивается не позднее срока, установленного для подачи налоговых деклараций. В соответствии с ч. 4 ст. 289 НК РФ налоговая декларация по налогу на прибыль должна быть подана в срок до 28 марта года, следующего за истекшим налоговым периодом (календарный год). Если налогоплательщик не подаст декларацию по налогу на прибыль организаций (глава 25 НК РФ) в этот срок и не уплатит налог, то преступление, предусмотренное ст. 199 УК РФ, будет считаться оконченным 29 марта.

Однако одного только наличия в поведении субъекта состава налогового преступления в условиях действия правил об исключительном поводе для возбуждения уголовного дела недостаточно. Налоговая проверка, по результатам которой будет принято решение и выставлено требование об уплате налога, неисполнение которого в двухмесячный срок с момента окончания указанного в нем срока уплаты налога и влечет направление материалов проверки в органы следствия, в любом случае проводится после нарушения сроков уплаты налога. Таким образом, исключительный повод к возбуждению дела даже при наличии факта совершения преступления влек невозможность привлечения лица к уголовной ответственности до того момента, пока эти дополнительные — по отношению к элементам состава преступления — обстоятельства не были предварительно установлены и/или наступили в специальной правоприменительной процедуре (налоговой проверке). Его сущностной чертой является то, что, помимо своего процессуального предназначения, он мог быть назван признаком, характеризующим преступление, а именно являлся условием наказуемости.

Незакрепление данного условия прямо в уголовном законе не лишает его свойств, с которыми связывается возникновение юридической ответственности. Если несмотря на наличие всех элементов состава преступления, но в отсутствие решения налогового органа о привлечении к налоговой ответ-

ственности, а также факта его неисполнения правонарушителем в установленный срок виновное лицо не претерпевало отрицательных последствий своего поведения, это означало, что санкция уголовно-правовой нормы «работала» и, соответственно, применялась мера государственного принуждения только при наступлении исключительного «налогового» повода. Следовательно, сам по себе состав налогового преступления уже не являлся основанием уголовной ответственности.

Таким образом, исключительный «налоговый» повод фактически играл роль еще одного основания — помимо элементов состава преступления — юридической ответственности, однако не закрепленного в уголовном законе. Вряд ли такое решение можно считать правильным. Отсюда возникает следующий вопрос: где должны быть помещены условия наказуемости — в гипотезе, диспозиции или санкции уголовно-правовой нормы?

Отметим, что ответ на данный вопрос мы не найдем у разработчика института условий наказуемости А.Н. Трайнина. В период действия УК РСФСР 1926 г. было принято двухчленное деление нормы уголовного закона, в результате чего условия наказуемости помещались либо в диспозиции, либо в санкции. Такое двухчленное деление нормы уголовного закона было обусловлено отождествлением уголовно-правовой нормы и статьи уголовного закона, в результате чего структура нормы сводилась к двухчленной структуре статьи уголовного закона [Трайнин А.Н. 1957: 74, 83]. Самым распространенным мнением было не выделять гипотезу этой нормы [Брайнин Я.М., 1967: 15]; [Беляев Н.А., Шаргородский М.Д., 1968: 75–76]. Элементами состава преступления считались лишь те признаки, которые вводились в диспозицию норм особенной части уголовного закона.

В современном уголовном праве принято различать уголовно-правовую норму и статью уголовного закона [Коробеев А.И., 2008: 200]. Отдельно взятые нормы как Общей, так и Особенной частей УК сами по себе не образуют структурно завершенных норм. При этом связи Общей и Особенной частей столь многообразны, что для изложения именно уголовной нормы в статье Особенной части необходимо было бы приписать всю Общую часть к каждому положению Особенной части, что, безусловно, абсурдно [Кропачев Н.М., 2006: 234]. Таким образом, структура нормы уголовного права ничем не отличается от структуры норм других отраслей права и состоит из гипотезы, диспозиции и санкции.

Исходя из трехчленной структуры уголовно-правовой нормы, условия наказуемости целесообразнее всего поместить в ее гипотезе. Именно гипотеза указывает на «условия, при наличии которых правило поведения, сформулированное в диспозиции, подлежит применению» [Бойцов А.И., 1995: 23]. «Гипотеза указывает на условия действия уголовно-правовой нормы,

определяя прежде всего его сферу — пространственно-временную, субъективную и ситуационную (действие во времени и пространстве, по кругу лиц и ситуаций), диспозиция содержит модель запрещенного, предписываемого, дозволяемого или поощряемого поведения, а санкция указывает на способ принуждения к правомерному поведению» [Кропачев Н.М., 2006: 234].

Составы преступлений, по которым уголовные дела возбуждаются не иначе как на основании исключительного повода, должны конкретизироваться путем изменения гипотезы уголовно-правовой нормы. Например, исключительный «налоговый» повод как условие наказуемости содержал два признака: решение налогового органа о привлечении к налоговой ответственности и неисполнение требования об уплате налога в установленный срок. Предварительное привлечение лица к налоговой ответственности не являлось частью запрещенного поведения или указанием на правило поведения, при нарушении которого действия лица становятся преступными, т.е. не может быть включено в диспозицию нормы уголовного закона. Также условия наказуемости не могут быть помещены и в ее санкции, так как не указывают на последствия нарушения правила поведения, сформулированного в диспозиции. Второе необходимое условие наказуемости — неисполнение требования об уплате налога — также не может быть помещено в диспозиции или санкции. Преступным деянием является именно сама неуплата налога, неисполнение требований налогового агента или сокрытие имущества, за счет которого должно производиться взыскание налога — неисполнение же требования об уплате налога является только условием привлечения лица к уголовной ответственности.

Рассмотрев специфику данного института, мы можем сделать вывод о его двойственной природе, включающей как процессуальную, так и материально-правовую составляющую. При этом игнорирование материально-правовой составляющей приведет к нарушению конституционных принципов действия во времени закона, ухудшающего наказание, а именно, ч. 2 ст. 54 Конституции в толковании, данном КС РФ, а также к нарушению п. 1 ст. 7 Европейской Конвенции о защите прав человека в толковании, данном Европейским Судом по правам человека.

Подчиненность института исключительного повода принципам действия уголовного закона во времени является дополнительным свидетельством его смешанной материально-процессуальной правовой природы: помимо своего значения как повода, данный институт выступает признаком преступления. По этой причине должен быть возрожден институт условий наказуемости, который использовался в науке уголовного права в прошлом. Наряду с традиционными признаками состава преступления должны также выделяться условия наказуемости. Такое условие должно квалифициро-

ваться как признак, характеризующий преступление, и представлять собой обстоятельство, без которого уголовная ответственность не может быть применена. В целях правовой определенности введение исключительного повода к возбуждению уголовного дела должно также влечь изменение нормы уголовного закона путем закрепления в ее гипотезе условия наказуемости, так как в противном случае будут нарушены требования ясности и четкости уголовного закона в определении преступности и наказуемости деяния. Это недопустимо в правовом государстве.

Таким образом, непротиворечивое, предсказуемое правовое регулирование может быть обеспечено только в том случае, если введение исключительного повода к возбуждению уголовного дела будет одновременно сопровождаться изменением нормы уголовного закона путем закрепления в ее гипотезе условия наказуемости.

Рассмотрение примера введения и отмены ч. 1.1 ст. 140 УПК РФ сквозь призму принципа правовой безопасности позволяет ответить на вопрос о правовой природе любых институциональных препятствий к возбуждению уголовного дела, а именно, о том, нужно ли изменять состав преступления и включать условие наказуемости при закреплении подобных ч. 8 ст. 448 УПК РФ или ч. 1.1, 1.2 ст. 140 УПК РФ порядков возбуждения уголовных дел.

Ответ на этот вопрос должен быть утвердительным, ибо в противном случае невозможно обеспечить соблюдение принципа правовой безопасности и гарантировать справедливость судебного разбирательства. Таким образом, введение институциональных препятствий к возбуждению возможно только одновременно с изменением гипотезы конкретных составов преступлений.

Выводы

Рассмотрение феномена институциональных препятствий к возбуждению уголовного дела сквозь призму принципа правовой определенности приводит к выводу о его двойственной материально-процессуальной природе. Любое подобное препятствие выступает обстоятельством, без которого уголовная ответственность не может наступить. Иными словами, помимо своего процессуального значения оно обладает и значением материально-правовым, а именно, является характеризующим преступление признаком, т.е. условием наказуемости.

Материально-правовое значение данного института объясняет формирование у лиц, совершивших преступление в период действия норм об исключительном поводе к возбуждению уголовного дела, законных ожиданий не быть привлеченными к уголовной ответственности без наступления опре-

деленных обстоятельств (например, неисполнение требования налогового органа).

Из двойственной природы феномена институциональных препятствий к возбуждению уголовного дела следует, что такие препятствия могут вводиться в уголовно-процессуальное законодательство только одновременно с изменением нормы уголовного закона путем закрепления в ее гипотезе условия наказуемости.

В противном случае, если законодатель ограничивается только внесением изменений в процессуальное законодательство без редактирования уголовного закона, происходит нарушение ч. 2 ст. 54 Конституции России и п. 1 ст. 7 Конвенции. Отмена ч. 1.1 ст. 140 УПК РФ и введение нового порядка возбуждения уголовных дел по налоговым преступлениям, согласно которому материалы налоговой проверки больше не имеют исключительного значения (ч. 9 ст. 144 УПК РФ), является нагляднейшей иллюстрацией того, что игнорировать материально-правовую природу исключительного повода недопустимо. Немедленное применение нового порядка возбуждения уголовных дел позволяет сомневаться в его конституционности, ибо, по сути, означает придание закону, ухудшающему положение обвиняемого, обратной силы, позволяя преследовать за те деяния, которые в момент их совершения считались уголовно ненаказуемыми до направления материалов налоговой проверки в следственные органы. Таким образом, подчиненность института исключительного повода принципам действия уголовного закона во времени является дополнительным свидетельством его смешанной материально-процессуальной правовой природы: помимо своего значения как повода, данный институт выступает признаком преступления и должен закрепляться в уголовном законе.



Библиография

Беляев Н.А., Шаргородский М.Д. (отв. ред.) Курс советского уголовного права (часть общая): В 5 т. Т. 1. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1968. 648 с.

Бойцов А.И. Действие уголовного закона во времени и пространстве. СПб: Изд-во СПбГУ, 1995. 257 с.

Браинин Я.М. Уголовный закон и его применение. М.: Юрид. лит., 1967. 240 с.

Брижак З.И., Розовская Т.И. Реализация уголовной политики государства в сфере налогообложения Следственным комитетом Российской Федерации // Российский следователь. 2014. N 14. С. 16–17.

Головки Л.В. Два альтернативных направления уголовной политики по делам об экономических и финансовых преступлениях: Crime Control и Doing Business // Закон. 2015. N 8. С. 32–45.

Дикарев И.С. Повод для возбуждения уголовных дел о налоговых преступлениях // Налоги. 2012. N 3. С. 6–10.

Колоколов Н.А. (ред.) Теория уголовного процесса: презумпции и преюдиции. М.: Юрлитинформ, 2012. 492 с.

Коробеев А.И. (ред.) Полный курс уголовного права: В 5 т. Т. 1: Преступление и наказание. СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. 1133 с.

Кропачев Н.М., Волженкин Б.В., Орехов В.В. (ред.). Уголовное право России: Общая часть. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2006. 600 с.

Лебедев В.М. (отв. ред.) Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. В 4 т. Особенная часть. Разделы X–XII. Том 4 // СПС КонсультантПлюс, 2017.

Михеенкова М.А. Принцип автономии уголовного права и процесса в классической континентальной доктрине // Закон. 2013. N 8. С. 73–78.

Смирнов Г.К. Налоговые преступления: текущая практика и перспективы // Уголовный процесс. 2013. N 1. С. 22–31.

Смирнов Г.К. Проблемы совершенствования государственной политики в области противодействия налоговой преступности // Закон. 2013. N 8. С. 66–72.

Стойко Н.Г. Уголовно-процессуальная политика России: научное наследие профессора Н.С. Алексеева и современные научные представления. / Обвинение и защита по уголовным делам. Сборник. СПб.: ЦСПТ, 2015. С. 25–34.

Трайнин А.Н. Общее учение о составе преступления. М.: Госюриздат, 1957. 363 с.

Шаргородский М.Д. Курс уголовного права. Т. 3. Уголовный закон. М.: Юрид. изд-во, 1948. 312 с.

Шарипова А.Р. Уголовно-правовые и процессуальные проблемы при возбуждении уголовных дел о налоговых преступлениях // Право и государство: теория и практика. 2013. N 1. С. 94–96.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 1

Institutional Obstacles for Initiating a Criminal Case



Ivan Kuptsov

Senior lecturer, Constitutional and Administrative Law Chair, National Research University Higher School of Economics, Saint Petersburg branch. Address: 17 Promushlennaya Str., Saint Petersburg 198099, Russian Federation. E-mail: kuptsov.ivan@gmail.com



Abstract

The nature of institutional obstacles to initiating a criminal case is analyzed in the article. By virtue of Part 8 of Art. 448 of the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation initiation of a criminal case under Art. 305 of the Criminal Code is possible only after a preliminary reasoned judgment of a higher court (in relation to the court that adopted the unjust judicial act) on the circumstances that indicate the commission of this crime. The given example reveals in detail the problems of such legal regulation, and also analyzes other elements of a crime, which, as a basis for criminal liability, presuppose the presence of a preliminary motivated judgment about the circumstances that subsequently become the subject of proof in a criminal case (Articles 157, 197 of the Criminal Code). The presence of institutional obstacles to the initiation of a criminal case, in particular, prejudice, raises the question of the legal nature of this institution, since in case of prejudice,

criminal prosecution is possible only subject to a preliminary motivated judgment of one or another state body. Based on the example of the historical comprehension of similar provisions (part 1.1 of Article 140 of the Criminal Procedure Code), the conclusion is drawn about the dual material-procedural nature of this institution, as well as the fact that when such provisions are included in the Criminal Procedure Code of Russia, it is necessary to change the criminal law. Consistent, predictable legal regulation can be ensured only if the introduction of institutional obstacles to the initiation of a criminal case is simultaneously accompanied by a change in the norm of the criminal law by fixing the condition of punishment in its hypothesis. Ignoring the material and legal component will lead to a violation of the constitutional principles of action in time of the law that worsens the punishment, namely Part 2 of Art. 54 of the Constitution of the Russian Federation in the interpretation given by the Constitutional Court, as well as in violation of paragraph 1 of Art. 7 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as interpreted by the European Court of Human Rights.



Keywords

criminal proceedings; exceptional reason for initiating criminal cases; operation of the criminal law in time; legal certainty; Article 7 of the European Convention on Human Rights; grounds for criminal liability; conditions of punishment; collateral estoppel.

For citation: Kuptsov I.A. (2021) Institutional Obstacles for Initiating a Criminal Case. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 107–129 (in Russian)

DOI:10.17323/2072-8166.2021.1.107.129



References

- Belyaev N.A., Shargorodskiy M.D. (1968) *Course of Soviet criminal law*. Vol. 1. Leningrad: University, 648 p. (in Russian)
- Boytsov A.I. (1995) *Criminal law in time and space*. Saint Petersburg: University, 257 p. (in Russian)
- Brainin Ya. M. (1967) *Criminal law and its application*. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 240 p. (in Russian)
- Brizhak Z.I., Rozovskaya T.I. (2014) Criminal policy of state in taxation executed by the Prosecutory Commission of the Russian Federation. *Rossiysky sledovatel*, no 14, pp. 16–17 (in Russian)
- Golovko L.V. (2015) Alternative trends in criminal policy: Crime Control and Doing Business. *Zakon*, no 8, pp. 32–45 (in Russian)
- Dikarev I.S. (2012) Initiating criminal cases on tax crimes. *Nalogi*, no 3, pp. 6–10 (in Russian)
- Kolokolov N.A. (ed.) (2012) *Theory of criminal procedure: presumptions and prejudices*. Moscow: Yurlitinform, 492 p. (in Russian)
- Korobeev A.I. (2008) (ed.) *Complete course of criminal law*. Saint Petersburg: Yuridicheskii tsentr press, 1133 p. (in Russian)
- Kropachyov N.M., Volzhenkin B.V., Orekhov V.V. (eds.) (2006) *Criminal law of Russia*. Saint Petersburg: University, 600 p. (in Russian)
- Lebedev V.M. (ed.) (2017) Commentaries to the Civil Code of the Russian Federation. SPS Konsultant Plus (in Russian)

- Mikheenkova M.A. (2013) Principle of autonomy of criminal law. *Zakon*, no 8, pp. 73–78 (in Russian)
- Shargorodskiy M.D. (1948) *Course of criminal law*. Moscow: Gosurizdat, 312 p. (in Russian)
- Sharipova A.R. (2013) Criminal law and procedural issues of initiating criminal cases on tax crimes. *Pravo i gosudarstvo: teoriya i praktika*, no 1, pp. 94–96 (in Russian)
- Smirnov G.K. (2013) Tax crimes: practice and prospects. *Ugolovniy protsess*, no 1, pp. 22–31 (in Russian)
- Smirnov G.K. (2013) Issues of improving state policy in counteracting tax crimes. *Zakon*, no 8, pp. 66–72 (in Russian)
- Stoyko N.G. (2015) Criminal and procedural policy of Russia: collection of essays. Saint Petersburg: TSPT Press, pp. 25–34 (in Russian)
- Trainin A.N. (1957) *General theory of elements of crime*. Moscow: Gosyurizdat, 363 p. (in Russian)

Отношения по фактическому воспитанию ребенка: проблемы семейно-правовой институционализации



Е.Г. Комиссарова

Профессор, кафедра гражданского права Пермского государственного национального исследовательского университета, доктор юридических наук. Адрес: 614068, Российская Федерация, Пермь, ул. Букирева, 15. E-mail: eg-komissarova@yandex.ru



Аннотация

Анализируя современное состояние проблемы и рассматривая фактическое воспитание ребенка как вид воспитания семейного, автор задается вопросом, каким требованиям должна отвечать относительно законченная концепция фактического воспитания ребенка, чтобы можно было признать проблему если не решенной, то хотя бы внести в нее исследовательскую новизну. Ее сегодняшнее состояние видится критичным с точки зрения теоретического инструментария, в структуре которого анализ преобладает над синтезом и присутствует неизменное погружение в сущее с выдачей законодателю рекомендаций на языке специалистов социального сервиса. При этом наука не задается вопросом, чем обусловлена позиция законодателя, отрешившегося от позитивно-статусного регулирования отношений фактического воспитания ребенка и оставившего их в разряде непосредственных. Доктринальное отношение к такому положению вещей обычно исчерпывается несогласием. Подобные взгляды не только не отражают современного социального настроения государственной политики в вопросах семьи и детства-бережения, но и сообщают проблеме культурную ограниченность, следствием которой оказывается недооценка отношений по фактическому воспитанию как значимого внутрисемейного воспитательного ресурса. Автор предлагает более пространный взгляд на проблему, позволяющий придать ей необходимую динамику, конкуренцию концепций, методов и способов описания. Сопоставляя исследуемую проблему с достижениями окружающих ее социо-гуманитарных исследований, автор не находит оснований для поддержки распространенных научных взглядов о том, что фактическое воспитание — это явление ослабленное и незащищенное с точки зрения интересов ребенка. Рассуждая о способах возможного законодательного участия в этом виде общественных отношений, автор утверждает, что современные законодательные попытки вмешательства в эти отношения возможны лишь в одном направлении — за счет придания им качеств, свидетельствующих о производности этих отношений от отношений по семейному



Ключевые слова

семейное воспитание, семейные связи, фактическое воспитание ребенка, семейно-правовой статус, семейное благополучие ребенка, детско-родительское взаимодействие.

Благодарности: Статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Комиссарова Е. Г. Отношения по фактическому воспитанию ребенка: проблемы семейно-правовой институционализации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 1. С. 130–153.

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.130.153

Введение

Объективного теоретического отношения к явлению фактического воспитания ребенка в науке семейного права сегодня нет. Взяться ему пока не откуда. Доктринальный взгляд на него как явление, «не проговоренное» в текстовом праве, остается стандартным — требовать у законодателя соответствующих предметных норм. В этой части оппонентов у сегодняшнего законодателя, не придавшего отношениям по фактическому воспитанию ребенка позитивного регулирования, вполне хватает. Но не будучи основанными на методологически выверенных подходах, их суждения так или иначе скользят мимо теоретической сущности заявленной проблемы.

Шлейф научной актуальности более широкой тематики семьи и детства проблемы фактического воспитания ребенка пока не коснулся — уж слишком не очевидными в ее структуре выглядят правовые и социальные эффекты этого вида воспитания, его эмоциональная и моральная значимость для социума. Слабо просматривается и связь проблемы с глобальными проблемами семьи и семейного воспитания. Считается, что она удалена от таких политически заряженных понятий, как демография, семейный образ жизни, благополучие ребенка, социальная устойчивость семьи, семейное воспитание¹.

Научная траектория исследуемой проблемы выглядит обветшавшей. В ней нет теоретических позиций, коррелирующих с теорией прав человека, правами ребенка, его благом. Нет объективных историко-догматических экскурсов, позволяющих познать точки преемственности, которые с учетом современных социальных контекстов помогают обозначить новые пункты актуальности этой проблематики, без замутнения истинной социальной ценности явления фактического воспитания ребенка в настоящем.

¹ См.: Указ Президента РФ от 29.05.2017 №240 «Об объявлении в Российской Федерации Десятилетия детства» // Российская газета. 30.05.2017; Распоряжение Правительства РФ от 25.08.2014 №1618-р «Об утверждении Концепции государственной семейной политики в Российской Федерации на период до 2025 года» // СЗ РФ. 2014. № 35. Ст. 4811; Распоряжение Правительства РФ от 06.07.2018 № 1375-р «Об утверждении плана основных мероприятий до 2020 года, проводимых в рамках Десятилетия детства» (в ред. от 09.08.2019) // СЗ РФ. 2018. № 29. Ст. 4475.

Необходимость всякий раз прибегать к дополнительным интерпретациям на тот счет, что имел в виду законодатель, вовлекая в семейно-правовое пространство не раскрываемые им понятия «фактический воспитатель», «фактический воспитанник», «надлежащее фактическое воспитание», включенные в ст. 96 Семейного кодекса Российской Федерации (далее — СК РФ), придают теме оттенок не самой удобной для теоретических исследований. В связи с этим ни настойчивого научного интереса, ни активных дискуссий по проблеме, ни ощутимой динамики научного знания не наблюдается. За редким исключением, преобладают подходы облегченные, методологически не подготовленные, отражающие лишь факты вторжения в проблему фактического воспитания, не приносящие в проблему новых идей, концепций, способов ее описания.

Не исключено, что некоторое оживление в стане законодателя в части отыскания дополнительных ресурсов семейного воспитания ребенка, прежде всего внутри самой семьи², побудит доктрину к более объективной оценке роли и места фактического воспитания ребенка. На это нацелена и данная статья, идеи которой являются продолжением теоретических взглядов автора на социальную и правовую сущность отношений по фактическому воспитанию ребенка как воспитания семейного.

1. Теоретический дискурс-анализ научных взглядов на проблему фактического воспитания ребенка

Позитивная неоформленность отношений по фактическому воспитанию ребенка в их знаковой авторитетной форме, в доктрине традиционно синонимизируется с незащищенностью фактического воспитанника и бесконтрольностью «сильной» стороны этого отношения — фактического воспитателя. Отсюда категоричность доктринальных суждений о необходимости вывода этих отношений из законодательной тени и придания им полноценного правового регулирования, поскольку «такие факты, когда люди, искренне желающие воспитывать и содержать чужого ребенка, предпочитают вместо усыновления вообще никак не оформлять эти отношения, не могут быть безразличны для законодателя» [Мананкова Р.П., 2012: 36].

Отдельные взгляды ученых на формальную неопределенность данного вида отношений звучат на уровне нравственной паники. Как легкомыслие законодателя расценивает М.С. Малькевич факт отсутствия требований к кандидатуре таких воспитателей, отмечая, что «по отношению к ребенку

² См.: проект Федерального закона № 989008-7 «О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации в целях укрепления института семьи». Редакция, внесенная в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 14.07.2020). Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/> (дата обращения: 12.12.2020)

это порождает ситуацию, при которой отношение есть, а правовых норм, его регулирующих, нет. Более того, нет и норм семейно-правовой ответственности, по которым указанных лиц можно лишить родительских прав» [Малькевич М.С., 2014: 242]. Е.А. Татаринцева за «нежеланием законодателя подвергнуть институт фактического воспитания детальному правовому регулированию видит его негативную позицию к правоотношениям по фактическому воспитанию ребенка в семье» [Татаринцева Е.А., 2017: 20].

Критика законодателя, отрешившегося от регулирования этого вида отношений, — единственное общее место достижения доктринальной согласованности по проблеме фактического воспитания ребенка. По концептуальным вопросам темы есть лишь отрывочные суждения, демонстрирующие неоспоримый факт — тематика фактического воспитания ребенка страдает неопределенностью ее базового теоретического основания.

Доктринальный подход, в основе которого лежит недоверие к данным отношениям и указание на необходимость усилить контроль над ними, далеко не нов. Он в значительной мере перекликается со взглядами советской науки семейного права, по понятным причинам далекой от всякого понимания расширенной семьи и такой ее точки опоры, как личные эмоциональные связи. Суждения тех лет о «необходимости определить в законе принципиальные моменты этих отношений» были частью многих научных дискурсов [Звягинцева Л.М., 1980: 10]; [Короткова Л.П., 1983: 82–85]; [Мананкова Р.П., 1985: 138–142]. Предлагалось даже принять Положение о фактическом воспитании ребенка, в котором сформулировать права и обязанности фактического воспитателя [Воронина З.И., 1993: 105–108].

Сегодняшние попытки доктрины развить эти взгляды, несмотря на всю их безуспешность, продолжают без оглядки на радикальную смену социальных, политических и правовых аспектов и пришедших в российскую действительность масштабных международных контекстов.

Как отмечал дореволюционный цивилист А.И. Загоровский, «содержание отношений семейных в большинстве случаев дано самой природой, веления которой право только освещает и приравнивает к потребностям общежития» [Загоровский А.И., 1909: 11]. Эту природную логику сегодня чтят российский и международный законодатели, заложившие в нормы права идеи о том, что «родители как обладатели здорового материнского/отцовского инстинкта опекают своих детей, ухаживают за ними, заботятся о них, защищают их и воспитывают» [Daly M., Wilson M., 1998: 41]. Следствием такого признания являются факты привилегированной законодательной опеки детско-родительного взаимодействия. Основы такого положения заложены в п. 1 ст. 18 Конвенции ООН о правах ребенка (1989) и отражены непосредственно в конституционных нормах отдельных стран. Согласно всем национальным законодательствам, интересы ребенка являются предметом заботы прежде всего его родителей.

Установление такого положения предопределено как минимум двумя причинами. Они отражают факт естественной природной взаимосвязи между родителем и ребенком и, что менее заметно в теоретических дискурсах, являются основанием для возникновения производных от них или заменяющих их других форм внутрисемейного взаимодействия, которые в рамках запроса конкретной семьи могут быть весьма многообразными.

Однако у этой естественной, природной и объективной логики существует обратная сторона. Та, которая доставляет обыденному и профессиональному правосознанию столь же естественное подозрение, что другие лица, выполняющие по закону или по факту воспитательные функции (приемные, они же сводные или замещающие родители, усыновители, фактические воспитатели, опекуны и попечители), с большой долей вероятности способны «плохо обращаться с неродными детьми», так как побудить или даже понудить почувствовать таких детей «своими» законодатель не может.

Признание невозможности законодателя понудить чувствовать не своих детей «своими», да еще в условиях полного законодательного вакуума, как это принято считать в отношении фактического воспитания, значительно повлияло на тот факт, что центральными понятиями, с помощью которых организуется современный российский научный дискурс, стали те, которые в наименьшей степени способствуют его позитивному восприятию. Мало того, что описание проблемы фактически оказалось сведенным на уровень естественного языка, так и доктрина, увлекшаяся описанием минусов правового небытия фактического воспитателя, нередко использует понятия алармистского наполнения, не исключая и тех, которые клонятся к неблагоприятной семье и тесно граничат с административно-правовой риторикой.

Основная причина такого научного отношения к явлению фактического воспитания ребенка лежит в том, что оно не вписывается в нормативные образы семьи, родительства, прав и обязанностей родителей по отношению к детям. Эта «факторная логика» обеспечила отношение к явлению фактического воспитания ребенка, в большей мере выраженное негативной коннотацией и стереотипами социального недоверия с уходом из правовой плоскости в плоскость целесообразности, сопряженными с ненадежностью фактического воспитания, отношением к нему как к устаревшему социальному явлению.

Все это в совокупности сообщает проблеме фактического воспитания ребенка бесполезную для ее развития гомогенность научных взглядов, в которой явно слышно теоретическое эхо советской эпохи, и неоправданное сужение теоретического пространства, которого она заслуживает.

До недавнего времени этому не противостояли ни политические, ни законодательные идеи. Вполне возможно, что положение постепенно начнет меняться в связи с принятием Концепции государственной семейной политики в Российской Федерации на период до 2025 года и последних законо-

проектов о семье, благодаря которым вектор семейно-правовой политики повернулся в сторону семейного благополучия и семейного воспитания с поиском не только внешних, но и внутренних ресурсов их содержательного качества. Свою лепту должны внести и новые теоретические исследования проблемы, обладающие качествами методологически подготовленных.

2. О проблеме статусности фактического воспитателя

В науке семейного права высказано вполне определенное суждение о том, что «фигура фактического воспитателя относится к категории «юридически не ясных» [Капитова О.В., 2009: 8]; [Тарусина Н.Н., 2019: 602]. Нет оснований спорить с таким выводом, гораздо важнее понять его основания.

Научный взгляд на категорию статусности в семейном праве заключает в себе убеждение, что для «семейного права категория правовой статус является одной из ключевых, раскрывающих основные юридические институты» [Чогулдуров С.Б., 2015: 157]. Эти суждения позволяют поддерживать и укреплять устремленность семейно-правовой науки к поискам качества статусности у любых лиц, попадающих в пространство семейного права, отражая приверженность к такому пониманию семейного права, которое в его узком классическом значении занималось и продолжает заниматься вопросами семейных статусов, их возникновения, осуществления и прекращения.

Если в попытке узнавания статуса фактического воспитателя идти строго по догматическому пути, то нельзя умолчать о том, что его статус имеет признаки законодательной известности, что следует из ст. 96 СК РФ.

История этой нормы берет начало в 1928 г.³, когда и появился термин, нормативно оформляющий фактическое воспитание и производные от него термины «фактический воспитатель» и «фактический воспитанник». Она во многом показательна. В том далеком времени, когда ни науке, ни социальной практике еще не были известны идеи «семейной солидарности», явившиеся миру только в начале 1970-х гг. [Godard F., 1992], советский законодатель в поисках способов решения проблем с бедностью и социальной исключенностью привлек отношения по фактическому воспитанию в качестве ресурса внутрисемейного содержания детей. В числе социально исключенных (по сравнению с первоначальной редакцией КоБСО РСФСР 1926 г.⁴) обозначались пасынки, падчерицы и фактические воспитанники.

³ Об утверждении принятых Президиумом Всероссийского центрального исполнительного комитета постановлений об изменении и дополнении кодексов РСФСР: Постановление ВЦИК от 29.11.1928 (утратил силу) // СУ РСФСР. 1929. № 22.

⁴ Принят Постановлением ВЦИК от 19 ноября 1926 г. «О введении в действие Кодекса законов о браке, семье и опеке (утратил силу) // СУ РСФСР. 1926. № 82. Ст. 612.

Как указывал один из членов комиссии по дополнению КоБСО РСФСР 1926 г. Я.Н. Бранденбургский, «мы в 1926 г. сильно ограничили круг семьи... не учли те случаи, когда лицо добровольно взяло к себе на воспитание постороннего ребенка, не усыновив его, однако, формально» [Бранденбургский Я.Н., 1928: 606]. Эта норма о внутрисемейной поддержке, меняя по ходу истории заложенные в ней идеи — с профилактических в 1928 г. до стимулирующих в 1969 и 1995 гг., — прошла через все акты семейно-правовой кодификации, сохранив свое назначение в действующем СК РФ под наименованием «Алиментные обязательства иных членов семьи». Стоит упомянуть, что законодательной спонтанности в таком решении нет. При разработке проекта Гражданского уложения Российской Империи, начатого в 1882 г., эти лица именовались «членами семейственного союза»⁵. Учитывая нравственные и бескорыстные основания таких отношений, проект ушел чуть дальше всех последующих актов, указывая на то, что эти отношения «подобны родительским»⁶.

Сегодняшний факт причисления фактических воспитателей к членам семьи признается не всеми. По мнению Н.Н. Тарусиной, такое решение «находится в определенном противоречии с духом современного семейного права» [Тарусина Н.Н., 2019: 44]. Какой-либо аргументации данному выводу автор не дает, но причины такого отношения отыскать просто.

Как в историческом прошлом, так и сегодня присвоение статуса фактическому воспитателю и фактическому воспитаннику является делом суда, рассматривающего иски об алиментных притязаниях, являющихся единственным правовым последствием такого воспитания. Поэтому и определение этих лиц дано в одном из актов толкования судебной практики. Согласно ему, «фактическими воспитателями, обязанность по содержанию которых возлагается на их воспитанников (ст. 96 СК РФ), следует понимать как родственников ребенка, так и лиц, не состоящих с ним в родстве, которые осуществляли воспитание и содержание ребенка, не являясь при этом усыновителем, опекуном (попечителем), приемным родителем или патронатным воспитателем ребенка»⁷.

Нечасто, но эти виды споров становятся предметом текущих обзоров судебной практики. В одном из них указано, что чаще всего фактическими

⁵ Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения. С объяснениями. СПб., 1902. С. 36–37.

⁶ Прибавление к проекту Гражданского Уложения: Введение к составленному Высочайше утвержденной Редакционной Комиссией проекту Гражданского Уложения и Краткие объяснения изменений, последовавших в тексте статей при сводке пяти книг проекта Гражданского Уложения. СПб., 1906. С. 40.

⁷ Пункт 50 Постановления Пленума ВС РФ от 26.12.2017 № 56 «О применении судами законодательства при рассмотрении судами дел, связанных со взысканием алиментов» // Бюллетень Верховного суда РФ. 2018. № 4. С. 3–13.

воспитателями являются близкие или дальние родственники, друзья родителей, соседи, временно принявшие ребенка в семью на воспитание и содержание в связи с обстоятельствами отсутствия родительского попечения без оформления опеки (попечительства) или другой предусмотренной законом формы воспитания, позволяющей считаться законным представителем ребенка. Нередко длительное время без оформления опеки фактическими воспитателями ребенка являются бабушки (дедушки), старшие брат или сестра, тетя (дядя)⁸. Все эти лица при наличии прочих законодательных условий в рамках судебного спора могут обрести статус фактического воспитателя. Однако наука стремилась и продолжает стремиться к необходимости обоснования статуса фактического воспитателя в его позитивном, досудебном состоянии. Его отсутствие дает основания «исключить всякое законодательное упоминание об этих отношениях и их последствиях» [Алферова О.С., 2011: 318]; [Рабец А.М. 2018: 27].

Помимо того, что эти взгляды оказываются в явном противоречии с законодательной позицией, сам подход к фигуре фактического воспитателя не согласован с конвенциональными семейно-правовыми подходами. Они, как известно, ориентированы на естественное расширение традиционных семейно-правовых границ, очерчиваемых не столько за счет статусов участников этого пространства, сколько через привлечение таких конвенциональных понятий, как семейная жизнь, семейные узы, личные эмоциональные связи. С их помощью сегодня воссоздано европейское понятие семейной жизни, раскрываемое как юридические (основанные на факте брака, родства) и фактические (основанные на факте семейных отношений) семейные узы с обязательным наличием между лицами личных эмоциональных связей [Ерохина Е.В., 2016: 32].

Эти понятия, давно прижившиеся в международно-правовом дискурсе, значительно усложняют российской семейно-правовой доктрине задачу формулировки устойчивого понятия семьи, к которому она продолжает стремиться. Но не считаться с ними нельзя. В связи с этим в доктрине высказано более лояльное суждение, что «возможно, не получится договориться об определении семьи, но в праве (как бы парадоксально это ни звучало) куда важнее понимать задачи семьи...» [Булаевский Б. А., 2017: 44].

Понять задачи современной семьи в рамках узко-статусного отношения к этому явлению можно только ограниченно. Действительность подталкивает к учету определений семьи, данных в смежных с юриспруденцией отраслях научных знаний (социология, психология), оперирующих эмпирическими

⁸ Информационное письмо Свердловского областного суда «Об актуальных вопросах рассмотрения споров о взыскании алиментов». Утв. Президиумом Свердловского областного суда 23.10.2019 // СПС КонсультантПлюс.

данными и явно свидетельствующих, что нормативное определение семьи, отражающее это явление объективно, создать невозможно. Это обязывает к расширению границ профессионального правосознания, которое не может опираться лишь на понятия, лежащие непосредственно в сфере правового регулирования.

Применительно к исследуемой тематике доказательства обоснованности такого утверждения следуют из предписаний Конвенции о правах ребенка⁹, предусматривающей право ребенка на сохранение его индивидуальности, неотъемлемой частью которой являются «семейные связи» (п. 1 ст. 8 Конвенции), право на «семейное окружение ребенка» и «альтернативный уход за ним при праве родителей ребенка руководить им» (ст. 5). Эти более широкие международные понятия противостоят узко нормативным понятиям семьи и семейных отношений, необоснованно отсекающих всех лиц без явно обозначенного статуса. Подобное положение никак не согласуется с нормами Конвенции, относящей к числу лиц, с которыми ребенок состоит в семейных связях, родителей, опекунов, а также любых других лиц, заботящихся о ребенке и воспитывающих его (ст. 19, 23, 27).

Понятие «семейные связи» упоминается и в других международных документах (Европейская конвенция о личных контактах с детьми от 15.05. 2003 года)¹⁰, сигнализируя, что современная семья является не столько статусной, сколько «отношенческой», «индивидуалистической», «автономной», т.е. базируется не на ролевых взаимоотношениях, а, в основном, — на межличностных [Connidis I., McMullin J., 1996: 212]. В связи с этим в зарубежный дискурс вошли понятия, свободные от статусности и в которых заключено «право ребенка на контакт с другими лицами, имеющими семейные узы», «семейные системы». Эти понятия позволяют расширить функциональные параметры семьи без угрозы ее целостности, а термин семейственность благодаря им обретает самый позитивный характер.

Согласно теории семейных систем, «семья рассматривается как ячейка, пронизанная внутренними связями, где ее члены считаются непрерывно влияющими друг на друга, даже если они субъективно ощущают себя отделенными от своих семей» [Маккарти Дж., Эдвардс Р., 2018: 201].

В связи с этим в зарубежной доктрине ориентация на «жесткий стандарт» семьи перестала быть единственной с последующим описанием многообразных видоизменений на всех уровнях семьи и детско-родительского взаи-

⁹ Конвенция о правах ребенка (одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20.11.1989) (вступила в силу для СССР 15.09.1990) // Сборник международных договоров СССР. Вып. XLVI, 1993.

¹⁰ Convention on Contact concerning Children ETS No. 192 (Strasbourg, 2003). Available at: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/192.htm> (дата обращения: 21.12.2020)

модействия [Arnett J., 1995: 632]. Число «семейных сценариев» [Byng-Hall J., 1985: 304] может быть самым многообразным, подчиняясь в той или иной мере модели расширенной семьи как той семьи, в которой практический ресурс и вклад в социализацию детей отнюдь не связаны только с родительскими ролями [Ferguson N. et al., 2004: 145], а определяется, в первую очередь, наилучшими интересами ребенка. На ограниченность российского законодательства в части указания в нормах СК РФ лишь на статусных лиц, взаимодействующих с ребенком, было обращено внимание в решениях Европейского суда по правам человека, выразившего обеспокоенность негибкостью российских норм, не позволяющих учесть разнообразия возможных ситуаций в семье и интересы ребенка¹¹.

Сравнение российского семейно-правового дискурса с зарубежным показывает, что из него как минимум выведены такие участники повседневных семейных отношений, как «лица, составляющие привычный круг общения ребенка», «лица, к которым ребенок привязан и у которых он находится», «значимые для ребенка взрослые», сохранение эмоциональной связи с которыми позволяет ребенку «быть удовлетворенным тем положением, в котором он находится».

Межличностный характер семейных отношений предполагает выход за рамки четких легальных предписаний, не исключая при этом необходимости нормативно определить модели поведения участников семейных отношений. Здесь мировая практика единообразна: наиболее детально регулируются отношения родителей и малолетних детей за счет норм о родительских правах и обязанностях (Россия), о родительской ответственности (Англия), родительской заботе (Германия) и др. Отношения других участников семейных отношений, например, бабушки и дедушки, регулируются менее конкретно и даже эпизодически, поскольку «они строятся чаще на основе их отношений с «бывшими» детьми и «нынешними» родителями [Desrosières A., 1978: 103]. Степень нормативного участия в регулировании еще более отдаленных от ядра семьи лиц — мачехи/отчимы (сводные родители), фактические воспитатели (фактические опекуны; лица, осуществляющие фактическую заботу; лица, несущие фактическую ответственность) — еще меньше. Уровень законодательной огласки этих лиц в разных юрисдикциях отличается. Так, российский законодатель для этой самой огласки использует «промежуточный» прием законодательной техники, который позволяет учитывать в правовой реальности виды фактических отношений без их урегулирования, но с фиксацией соответствующей юридической конструкции в «отдаленной» норме с установлением возможных правовых последствий таких отношений (ст. 96 СК РФ).

¹¹ Nazarenko v. Russia. N39438/13, judgment of 16 July 2015. Para. 65 // СПС Консультант-Плюс.

Законодательство Республики Беларусь совсем не упоминает о фактических воспитателях ребенка, однако в ст. 59 Кодекса о браке и семье Республики Беларусь содержится указание, что «в исключительных случаях и иные лица могут быть признаны в судебном порядке членами семьи, если они проживают совместно и ведут общее хозяйство»¹².

Европейский законодатель более явно отражает тот факт, что семейная жизнь и жизнь ребенка в ее границах динамична и многогранна. Это активно воспринимают зарубежные законодательства, стараясь максимально охватить наиболее широкий круг лиц, значимых для всех или большинства случаев жизненного существования ребенка, включая семейное. Примером такого подхода является п. 3 ст. 1626 Германского гражданского уложения, заключающий императив о том, что «интересы ребенка, как правило, включают контакт с обоими родителями». Однако это не исключает также акцента на то, что для него значимы и контакты с теми лицами, «с которыми ребенок связан узами, если поддержание этих связей полезно для его развития». Эта идея продолжена в ст. 1685 ГГУ, согласно которой претендовать на сохранение общения с ребенком могут любые лица, с которыми у ребенка были тесные отношения, если эти лица несли фактическую ответственность за ребенка, и если сохранение отношений отвечает интересам ребенка¹³.

Лицо, демонстрирующее намерение установить с ребенком устойчивые родительские отношения, указано наряду с родителями в Законе провинции Онтарио о семейном праве (Канада)¹⁴. Статьей 371-4 Гражданского кодекса Франции предусмотрено, что в интересах ребенка судья определяет условия его общения с другими лицами независимо от того, являются они родственниками или нет, если эти лица постоянно проживали с ребенком и одним из родителей, участвовали в воспитании ребенка, имели устойчивую эмоциональную связь с ним¹⁵.

3. О соотношении фактического и юридического в явлении фактического воспитания ребенка

При высокой степени теоретической критичности законодательного замысла, реализованного в ст. 96 СК РФ, доктрина не предпринимает сколько-

¹² Закон Республики Беларусь от 05.07.2004 №298-З // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2004. №107, 2/1047. Ст. 59 размещена в главе с названием «Права и обязанности семьи в обществе».

¹³ Гражданское уложение Германии. Вводный закон к Гражданскому уложению. Пер. с нем. М., 2004. С. 418, 431.

¹⁴ Family Law Act, R.S.O., 1990. F.3. Available at: <https://www.canada.ca/en.html> (дата обращения: 25.12.2020)

¹⁵ Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) от 21.03.1804. Пер. с франц. М., 2012.

нибудь заметных попыток понять, чем такой замысел обусловлен. Объяснения такого положения могут быть самыми разными: от приема юридической экономии и невозможности юридических технологий глубоко проникнуть в ткань внутрисемейных отношений до осознанной законодательной позиции в виде нежелания правотворца декларировать этот вид социальной связи, способной трансформироваться в массовое поведение под видом форм, одобряемых правом, но не гармонирующих с текущей государственной семейно-правовой политикой.

Текущий статус фактического воспитания ребенка как социального явления сегодня может быть обозначен так: с одной стороны, это не запрещенная, но и не афишируемая законодателем семейная ценность, с другой — основание правовых последствий в виде будущего факта внутрисемейного содержания, направленного на разделение с государством его социального бремени за счет ресурсов внутрисемейного содержания одних лиц другими.

Правовой эффект в виде права фактического воспитателя на алиментные притязания, заключенный в ст. 96 СК РФ, основан на идее, что право не ограничивает возможностей лиц в принятии на себя прав и обязанностей фактического воспитателя, не защищаемых, но и не запрещаемых правом. Нецелесообразность запрета нередко воспринимается как прямой посыл к необходимому правовому урегулированию соответствующих отношений для целей постановки данных отношений «под контроль», что, на наш взгляд, абсолютно бессмысленно. Это суждение мы постараемся теоретически обосновать.

По понятным причинам отношения по фактическому воспитанию ребенка предопределены масштабной фактологией, идущей от типа конкретной семьи (полная, перестроенная, неполная и др.), ее воспитательных запросов, личных мотивов лица, берущего на себя функционал фактического воспитателя, общей атмосферы семейного существования и др.

Основания таких отношений характеризуются стихийностью и даже случайностью из-за неоднородности и множественности социальных поводов, предопределенных тем, что вовлеченность фактического воспитания в структуру семейного воспитания — это частное дело конкретной семьи, ее последующего развития и существования. Отсюда берет начало непрозрачность круга фактических воспитателей.

По понятным причинам в этих отношениях много непредсказуемости и далеко не всегда есть постоянство. Они в любое время могут быть прерваны по инициативе родителей ребенка за ненадобностью, нецелесообразностью, утрате доверия к фактическому воспитателю, вследствие разрушения личной (эмоциональной) связи между воспитателем и воспитанником, изменения семейных обстоятельств и отпадения причин, по которым в жизнь семьи вошло фактическое воспитание.

Приватность и фактичность этих отношений наряду с признаками юридической безусловности сообщают им качества непосредственности и неофициальности, объективной невозможности их государственной фиксации, в первую очередь потому, что сами участники таких отношений (родители ребенка и фактические воспитатели) обычно равнодушны к качеству формальной завершенности таких отношений и не стремятся к юридической формализации этих отношений. Вся эта казуистика наглядно показывает, что юридически значимых свойств у данного вида отношений не так много, как и той юридической однозначности, которая необходима всякому законодателю.

Но доктрина тем не менее продолжает настаивать на догматизации отношений по фактическому воспитанию ребенка, предлагая решения в границах типичной семейно-правовой техники. Следуя ей, для упорядочения соответствующих отношений законодателю необходимо прибегнуть к конструкции юридических прав и обязанностей фактических воспитателей. Попытки вычленировать иные юридические элементы этого вида фактических отношений практически не предпринимаются. Отсутствие полных доктринальных проектов, которые могли бы стать значимым теоретическим делом для законодателя, свидетельствует, что праворегулятивная целесообразность для отношений по фактическому воспитанию ребенка в большой степени является надуманной.

Расписать в законе юридические права и обязанности — это лишь один из элементов правового моделирования должного поведения. Необходимо также предусмотреть основания возникновения таких отношений, а также условия их изменения и прекращения, плюс заключить в нормы права юридические качества фактического воспитателя и воспитанника, выражающиеся в понятии правосубъектности как необходимого юридического условия для их вступления в правовые отношения. В свое время к этим аспектам проблемы обращался Г.К. Матвеев, отметивший, что далеко не все параметры таких отношений подвластны праву, они «не поддаются развернутой правовой регламентации» [Матвеев Г.К., 1986: 101].

Весьма категоричные попытки подтолкнуть законодателя к урегулированию этих отношений «через существование в семейном законодательстве института фактического воспитания, поскольку это может соответствовать интересам ребенка» [Татаринцева Е.А., 2018: 65], выглядят не более чем требованием законодательно описать фактические обстоятельства, что были приведены выше, как существующее положение вещей. Но, как известно, право — инструмент эксклюзивный, он ориентирован не на слепок юридического с фактического, а на создание моделей должного поведения.

Описание эмпирических признаков отношений по фактическому воспитанию ребенка позволяет увидеть, что перед нами социальная реальность,

которая в силу ее глубоко личного и нравственного начала превалирует над правовыми возможностями ее охвата, официального учета и содержательной детализации. Правовая идентификация этих отношений если и возможна, то существенно затруднена. Перед наукой открывается истина, что «далеко не все социальные контакты надлежит вводить в сферу так называемого правового контроля, некоторые сферы социальных взаимодействий должны быть иммунизированы от государственного вмешательства... «легализация» социальных взаимоотношений должна знать свои пределы, поэтому далеко не всегда кажущийся пробел в позитивном праве требуется восполнять» [Карапетов А.Г., 2020: 446–447].

Как отмечено в очень малочисленных исследованиях, посвященных регулированию межличностных отношений в праве и отношений близких лиц между собой, «с помощью норм имеет смысл регламентировать только стабильные и имеющие широкое распространение взаимосвязи между людьми частного свойства. Непредсказуемость возникновения части из них скорее влечет их исключение из сферы регулирования, нежели подчинение ей [Канина И.А., 2006: 15]; [Анисимова А.М., 2006].

В связи со сказанным есть основания утверждать, что избранная законодателем позиция правовой минимизации в регулировании отношений по фактическому воспитанию — указать лишь на то, что оно должно быть надлежащим (п. 2 ст. 96 СК РФ), — является осознанной и вполне соотносима с пределами правового регулирования личных неимущественных отношений. Иное, за счет вмешательства позитивно регулятивных норм, способно привести к перелицеванию этих отношений и их социальной утрате.

4. О возможных способах формализации образа фактического воспитателя

Нельзя не заметить, что далеко не единичные предложения о правовом регулировании отношений по фактическому воспитанию ребенка явно недостаточно учитывают уже имеющиеся ресурсы формирования его фактического образа. В первую очередь это относится к данностям, исходящим из необходимости учитывать схематизацию семейно-правового регулирования, ориентированную на благо семьи, интересы ребенка, родительскую ответственность.

Как отмечал один из первых русских юристов Н. Дювернуа, «кодекс не должен задаваться стремлением предусмотреть все возможные сочетания, которые могут раскрыть случайности жизни. Полнота законодательства условливается иным, именно: определением руководящих принципов, из которых необходимые выводы, ввиду юридической практики, легко и сво-

бодно создает юриспруденция» [Дювернуа Н.Л., 1872: 11]. Эти самые юридические принципы доктрина практически не артикулирует в исследуемой теоретической проблеме, как и понимание того, что родительские роли, даже если они фактические, — это не только естественные чувства и эмоции, но и общепринятая культура отношения к детям, вполне ожидаемый вид деятельности, направляемый нормами культуры, морали и нравственности, религии, и, конечно, правом с его принципами.

Нельзя не увидеть и того, что правовые требования к фактическому воспитателю уже сформулированы в нормах СК РФ через указание на то, что воспитание должно быть надлежащим (п. 2 ст. 96 СК РФ).

Оценку того, было ли поведение фактического воспитателя по отношению к ребенку в его ретроспективе надлежащим или отклонялось от общеприятных правил семейного воспитания, законодатель отнес к предмету деятельности суда. В этом приеме, несмотря на всю его нестандартность, надлежит различать сигнал, что действия фактического воспитателя все же направляемы правом. Для суда с его дискретными полномочиями это означает возможность обращения в порядке аналогии закона к формализованным в материальном праве критериям надлежащего семейного воспитания, которые законодатель связывает в первую очередь с правами и обязанностями родителей (ст. 63, 65 СК РФ).

Значимым ресурсом формальной идентификации образа фактического воспитателя являются также понятия и категории, используемые в текущих дискурсах детства (потребности ребенка, наилучшие интересы ребенка, привязанности ребенка, субъективное восприятие благополучия самим ребенком, степень удовлетворенности жизни у ребенка, положительные социальные связи семьи и т.д.). Понимание того, что эти категории относятся к любым случаям взаимодействия ребенка и взрослого, позволяет обустроить позитивный образ фактического воспитателя, а явление фактического воспитания (как вполне организованное социально-культурное явление) — столь же явно ориентированное на интересы и благополучие ребенка.

Эти аргументы, ориентированные на позитивный образ фактического воспитателя, для их большей обоснованности нуждаются в дополнительной теоретической подводке, поскольку в доктрине ее нет или она не очевидна.

Относительно системный подход к исследованию отношений по фактическому воспитанию ребенка как воспитания семейного предприняла Е.А. Татаринцева. Она проанализировала действующие нормы и текущий дискурс проблемы, признав данные отношения подобными родительским. Однако, сформулировав дилемму, подвергнуть ли детальному правовому регулированию права и обязанности фактических воспитателей как субъектов семейных правоотношений или стимулировать фактических воспитате-

лей к юридическому оформлению отношений с воспитанником [Татаринцева Е.А., 2018: 66], автор оставила без ответа. Не исключено, что по причине привычно слабой теоретической интеграции норм о семейном воспитании ребенка в окружающие его и тесно связанные с ним явления.

В науке семейного права давно стало привычным положение, при котором проблема фактического воспитания ребенка воспринимается как самостоятельная теоретическая проблема, оторванная от общеправового семейного контекста. Ввиду этого ментальный образ фактического воспитателя оказывается весьма слабо связанным с уже созданными юридическими образами родителей и нормами родительского воспитания, хотя эти образы максимально близки, будучи заданными правом для всех субъектов семейного воспитания.

Давно и надежно правила семейного воспитания ребенка в части их исследования в науке семейного права ограничены исключительно родительскими ролями, как самым близким и естественным кругом лиц по отношению к ребенку. Но стоит признать, что родительские правила семейного воспитания — законодательный стандарт, приемлемый и для других участников семейного или «как бы» семейного воспитания. Однако не самая активная теоретическая интеграция этой законодательной идеи ведет к тому положению, при котором полагается, что для «иных лиц» или «лиц, заменяющих родителей», либо лиц, разделяющим с родителями их родительскую заботу о ребенке, должны быть собственные регулятивные правила о воспитании ребенка. При этом в данном случае достаточно понимания того, что правило, заключенное в ч. 2 п. 1 ст. 65 СК РФ («способы воспитания детей должны исключать пренебрежительное, жестокое, грубое, унижающее человеческое достоинство общение, оскорбление или эксплуатацию детей»), носит универсальный характер, так как «родителям и воспитателям право предлагает «общий рецепт» воспитания ребенка» [Нечаева А.Н., 2012:12].

Как это уже было не раз в законодательной истории фактического воспитания ребенка, законодатель с его дискретными полномочиями вновь попытался опередить доктрину, предложив ориентиры теоретической подводки, впервые (!) открыто указав в одном из проектов, что в число прав родителей должна быть включена «возможность привлечения к воспитанию ребенка фактических воспитателей»¹⁶. Законопроект отозван инициатором, но идея оглашена, и она — значимый повод для будущих теоретических дискуссий о возможных формах законотворческого реагирования на этот позитивный

¹⁶ О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации в целях укрепления института семьи: Проект Федерального закона № 989008-7 (ред., внесенная в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 14.07.2020). Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/> (дата обращения: 12.12.2020)

внутрисемейный ресурс детского благополучия, стабильности семьи, качества и содержания семейного воспитания, который долгое время не замечался ни политиками, ни законодателем и как вид воспитательного семейного потенциала никогда не был предметом исследований в качестве такового.

Таким образом, фактическое воспитание ребенка — это продолжение воспитания семейно-родительского, возникающее по воле родителей или (в ситуациях невозможности ее проявления) «по умолчанию» родителей. В этом заключается первый теоретический посыл.

Второй посыл связан с тем, что отношения по фактическому воспитанию не являются однородными, в связи с чем нередко сам термин «фактическое воспитание» используется в качестве собирательного, включая многообразные социальные явления в виде эпизодического участия ближнего/дальнего родственника, соседей, знакомых семьи и т.д. в судьбе ребенка, а иногда (ошибочно!) захватывая и ситуации социального неблагополучия ребенка. Видоизменение структур личной сферы существования семьи сегодня дает много, очень много поводов для возникновения ситуаций, следствием которых может стать фактическое воспитание ребенка. Однако далеко не все эти поводы, именуемые на языке права целью, направляемы им.

Как следует из п. 2 ст. 96 СК РФ, законодателя интересует длящийся характер этого вида отношений, и это радикально влияет на отбор фактов, которые правоприменитель впоследствии может квалифицировать как отношения по фактическому воспитанию. Временные, текущие, краткосрочные случаи воспитательного воздействия, ситуационная эмоционально-ценностная потребность взрослого помогать, участвовать, поддерживать ребенка из своего семейного круга или чужого, не охватываются понятием «фактическое воспитание ребенка». Ни российский, ни зарубежный законодатель не учитывают в качестве оснований для возможных правовых последствий краткосрочные случаи такого воспитания.

Сопоставительная попытка российских правил о фактическом воспитании, которое должно быть надлежащим и длительным, с правилами зарубежными, оказалась затрудненной значительным терминологическим сдвигом, но все же возможной. Заметна тенденция зарубежного законодателя к негромкой, краткой и естественной встроенности таких норм в общерегулятивную систему норм о родительской заботе. Заметно стремление к пониманию того, что традиционная супружеская семья теснится семьей «неопределенной», как той семьей, в которой сплоченность семьи обеспечивается не за счет супружеских отношений, а, главным образом, отношений родительских [Esping-Andersen G., Palier B., 2008: 85]. Поэтому наряду с кровным и юридическим родительством в законодательстве сформированы условия для принятия на себя родительских ролей лицами, создающими перестроенные

(повторнобрачные) или «сводные семьи» [Segalen M., Martial A., 2013: 154], семьи, заключающие «открытые браки» [Macklin E., 1980: 912], вступающие в отношения пожизненного партнерства¹⁷, а также фактического опекуинства [Boele-Woelki K., Braat B., Curry-Sumner I., 2005] и др.

Сопоставительный межстрановедческий анализ этих явлений показал:

ни один законодатель не стремится и не волен запретить этот вид отношений;

так же, как и российский, зарубежный законодатель отрешен от ситуационных, непостоянных, кратковременных отношений по воспитанию ребенка другими лицами с согласия родителей. Причина заключается как в неспособности законодательной власти «уловить» такие отношения, так и в невысокой степени их социальной значимости. В поле зрения законодателя попадают именно те фактические воспитательные отношения, которые являются длящимися, не смешиваемыми с бытовыми хлопотами о ребенке или простыми неоднократными фактами участия в судьбе фактического воспитанника. Законодательно значимыми являются случаи фактического разделения или передачи родительских ролей, которые носят устойчивый характер, выступая объективными систематически повторяющимися, взаимосвязанными фактами в сфере семьи, основанными на качестве постоянства и эмоциональной связи с ребенком. При этом законодатель оставляет за собой возможность влиять на эти факты и управлять ими;

все законодатели при упоминании случаев воспитания ребенка другими (третьими) лицами, с которыми родители делят свою родительскую заботу или ответственность, ориентированы при их законодательном упоминании на стандарты естественного семейного воспитания;

детальной регламентации прав и обязанностей субъектов фактической заботы, фактической опеки, фактического родительства законодательство не содержит, делая лишь некоторые исключения из общих правил в пользу кровного родителя, который у ребенка есть, но совместно с ним не проживает;

правила сообщения другим лицам фактических родительских обязанностей с согласия самих родителей не применимы к детям, пребывающим в состоянии неблагополучия;

в основе весьма кратких установлений, касающихся правил «как бы» родительской заботы о ребенке другими лицами, лежит «детское благополучие» (child well-being), интересы ребенка, его благо, а не интересы системы.

Нельзя не заметить, что российский законодатель действует в этом же направлении, но с отставанием. Это отставание видится в неявно выражен-

¹⁷ Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz — LPartG) vom 16 Februar 2001. BGBl. I. S. 266. Compiled statutory text. § 9 Regelungen in Bezug auf Kinder eines Lebenspartners.

ном законодателем положении, что фактическое воспитание ребенка — это аналог семейного воспитания, не противоречащий благу ребенка. Второй пункт отставания — российское законодательство вообще не допускает соглашений между родителями и фактическими воспитателями, которые совместно проживают с родителем ребенка, не состоя с ним в браке, но принимают постоянное участие в воспитании ребенка, находясь с ним в тесной эмоциональной связи. Наиболее наглядно назначение и смысл такого соглашения, именуемого совместным полномочием, демонстрирует законодательство Нидерландов. Согласно ст. 1:253 ГК Нидерландов, «если только один из родителей имеет родительскую власть над ребенком, то районный суд может по совместному ходатайству этого родителя и лица, не являющегося родителем ребенка, но поддерживающего с ним тесные личные отношения, возложить на обоих заявителей совместную власть над ребенком»¹⁸. Как минимум, такое полномочие дает «не родителю» ребенка право быть его законным представителем, не требуя изменения отношений по фактической родительской заботе на отношения опекунические.

Заключение

Проблема исследования теоретической конструкции фактического воспитания ребенка не ограничивается поиском ответа на вопрос, регулировать или не регулировать данный вид отношений предметно. Это в большей степени проблема методологическая, поскольку она охватывает доктринальные приемы, которые желательно учитывать при исследовании проблемы фактического воспитания. Отсюда следующие выводы.

Фактическое воспитание ребенка — это не самостоятельное, а в большей степени отношение, производное от детско-родительских, на основе которых оно и воспроизводится. Отношения воспитателя и воспитанника являются встроенными в систему семейно-правового воспитания и существуют в призме родительского правоотношения. У родителей есть безусловное право требовать передачи им детей от любых лиц, где бы они ни находились. Если благополучие ребенка страдает, а родители к этому безучастны, то это уже повод для государственного вторжения в семейную автономию для пресечения действий, вследствие которых семейное благополучие ребенка оказывается под угрозой.

Аналогами норм, которые являются ориентирами для регулирования отношений по фактическому воспитанию, выступают нормы о воспитании семейном. Научное принятие этого посыла сообщает, что формально-логи-

¹⁸ Гражданский Кодекс Нидерландов. Available at: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcode-general.htm>. (дата обращения: 20.04.2019)

ческого пробела в семейном законодательстве нет, а есть лишь заметно ослабленные приемы теоретической интеграции норм о семейном воспитании в смежные с ним институты.

Всемерно защищая идею семьи и семейного благополучия, не стоит считать отношения по фактическому воспитанию ребенка абсолютно саморегулируемой сферой. В основе возникновения таких отношений наряду с усмотрением лица, осуществляющего фактическое воспитание, лежат нормативные правила о надлежащем воспитании, правовые аналогии с семейным воспитанием и общепринятые культурно-социальные нормы.

Как альтруистическое обязательство взрослого фактически воспитывать и даже содержать неродного ребенка в форме разделения этих функций с его биологическими или юридическими родителями, явление фактического воспитания ребенка не идет вразрез с интересами общества и не устраняет правил о родительском приоритете в воспитании ребенка. Отражая качества внутрисемейной солидарности и взаимопомощи, оно имеет собственное социальное значение в поддержании семейного благополучия ребенка, обеспечивая ему семейное самосознание, понимание семейной непрерывности в текущем семейном многообразии, поддерживает в нем ощущение семейной причастности. Для семейно-правовой проблематики это прежде всего вопросы сбережения детства и развития институтов семьи как ведущих идеалов и ценностей в сфере государственной социальной политики.



Библиография

Алферова О.С. Правовое положение фактических воспитателей / Семейное право на рубеже XX–XXI веков: к 20-летию Конвенции о правах ребенка: Материалы конференции. М.: Статут, 2011. С. 315–318.

Бранденбургский Я.Н. Жизнь предъявляет требования // Еженедельник советской юстиции. 1928. № 23. С. 664–667.

Булаевский Б.А. Семейное право: концепция В.А. Рясенцева / Рясенцев В.А. Семейное право. Советское изобретательское право / сост. Б.А. Булаевский, Е.А. Моргунова. М.: Проспект, 2017. С. 41–45.

Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. М.: Юридическая литература, 1972. 336 с.

Воронина З.И. Правовые формы воспитания детей, оставшихся без попечения родителей: Дис. ... к.ю.н. СПб., 1993. 234 с.

Головкин Р.Б., Анисимова А.М. Правовое воздействие на отношения близких лиц. Владимир: ВИЮ ФСИН России, 2006. 168 с.

Дювернуа Н.Л. Значение римского права для русских юристов. Ярославль: Фальк, 1872. 25 с.

Ерохина Е.В. Европейское семейное право. Оренбург: Университет, 2016. 240 с.

Загоровский А.И. Курс семейного права. Одесса: Экон, 1909. 574 с.

- Звягинцева Л.М. Меры защиты в семейном праве: Автореф. дис. ... к.ю.н. Свердловск, 1980. 15 с.
- Канина И.А. Частная жизнь в сфере права: Дис. ... к.ю.н. Тамбов, 2006. 251 с.
- Капитова О.В. Правовая природа механизма алиментирования в семейном праве Российской Федерации: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2009. 25 с.
- Карапетов А.Г. Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к ст. 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Логос, 2020. 469 с.
- Короткова Л.П. Правовой статус фактических воспитателей // Правоведение. 1983. № 3. С. 82–85.
- Маккарти Дж., Эдвардс Р. Исследования семьи: основные понятия. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2018. 343 с.
- Малькевич М.С. Реализация родительских права в случае проживания ребенка с отчимом (мачехой), сожителем, сожительницей // Вестник СамГУ. 2014. № 5. С. 240–244.
- Мананкова Р.П. Пояснительная записка к концепции проекта нового Семейного кодекса Российской Федерации // Семейное и жилищное право. 2012. № 4. С. 26–41.
- Матвеев Г.К. Об институте фактического воспитания чужих детей / Правовые вопросы семьи и воспитания детей. М.: Юридическая литература, 1968. С. 97–101.
- Нечаева А.М. Ребенок и общество // Социально-юридическая тетрадь. 2012. № 2. С. 5–26.
- Рабец А.М. Алиментные обязательства и отношения по опеке и попечительству: проблемы сосуществования // Современное право. 2018. № 2. С. 25–30.
- Тарусина Н.Н. Об актуальных рисках судебного усмотрения по семейным делам // Юридическая техника. 2019. № 13. С. 602–609.
- Тарусина Н.Н. Судебная практика по семейным делам: проблемы усмотрения на грани правотворчества // Lex Russica. 2019. № 5. С. 40–47.
- Татаринцева Е.А. Субъектный состав правоотношений по фактическому воспитанию ребенка в свете требований международных стандартов // Семейное и жилищное право. 2017. Вып. 3. С. 18–22.
- Татаринцева Е.А. Модели правоотношений по воспитанию ребенка в семье и тенденции их формирования в национальном семейном праве. М.: Юстицинформ, 2018. 134 с.
- Чогулдуров С.Б. К вопросу о правовой категории «семейно-правовой статус гражданина» // Актуальные проблемы экономики и права. 2015. № 3. С. 157–163.
- Arnett J. Broad and Narrow Socialization: Family in the Context of a Cultural Theory. Journal of Marriage and the Family, 1995, vol. 57, pp. 617–728.
- Boele-Woelki K., Braat B., Curry-Sumner I. European Family Law in Action. Vol. III: Parental Responsibilities. Antwerp: Intersentia, 2005. 821 p.
- Byng-Hall J. Family scripts: A useful bridge between theory and practice. Journal of Family Therapy, 1985, vol. 7, pp. 301–306.
- Connidis I., McMullin J. Reasons for and Perceptions of Childlessness Among Older Persons: Exploring the Impact of Marital Status and Gender. Journal of Aging Studies, 1996, vol. 10, pp. 205–222.
- Daly M., Wilson M. Truth about Cinderella: A Darwinian View of Parental Love. L.: Weidenfeld and Nicolson, 1998. 80 p.

Desrosières A. Marché matrimonial et structure des classes sociales. Actes de la recherche en sciences sociales, 1978, vol. 20–21, pp. 97–107.

Diamond B. The Legal Aspects of Child Health Care. L.: Mosby, 1996, 245 p.

Esping-Andersen G., Palier B. Trois leçons sur l'État-providence. Paris: Republic of Ideas, 2008. 135 p.

Ferguson N., Douglas G. et al. Grandparenting in Divorced Families. Bristol: Poliku Press, 2004, 176 p.

Godard F. La famille affaire de générations. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. 206 p.

Macklin E. Nontraditional family forms: a decade of research. Journal of Marriage and the Family, 1980, vol. 42, pp. 905–922.

Segalen M., Martial A. Sociologie de la famille. Paris: Armand Colin, 2013, 341 p.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 1

Relations On Actual Upbringing of a Child: Family and Legal Institutionalization



Elena Komissarova

Professor, Department of Civil Law, Perm State National Research University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 15 Bukireva Str., Perm 614068, Russian Federation. E-mail: eg-komissarova@yandex.ru



Abstract

Analyzing the current state of the doctrinal problem and considering actual upbringing of a child as a type of family upbringing, the author asks what requirements a relatively complete theoretical concept of the actual upbringing of a child should meet in order to recognize the problem if not solved, then at least bring research novelty to it. Its current state is seen as critical from the point of view of a set of theoretical tools, in the structure of which analysis prevails over synthesis and there is a constant immersion in reality with the issuance of recommendations to the legislator in the language of social service specialists. While the question of what is due to the current position of the legislator, who has renounced the positive status regulation of relations on the actual upbringing of the child and left them in the category of direct, science does not ask. The doctrinal attitude to such a position is usually exhausted by disagreement. Such views not only do not reflect the current social mood of state policy in matters of family and child-saving, but also inform the problem of the quality of cultural limitations, the consequence of which is the underestimation of relations on actual education as a significant intra-family educational resource. Answering the theoretical question, the author offers a more spacious view of the problem, which allows us to give it the necessary dynamics, competition of concepts, methods and methods of description. Comparing the problem under study with achievements of socio-humanitarian research surrounding it, the author finds no grounds to support the widespread scientific views that actual upbringing is a weakened and unprotected phenomenon from the point of view of the child's interests. Discussing the ways of possible legislative participation in this type of social relations, the author argues that modern legislative attempts to interfere in these relations are possible only in

one direction, by giving them qualities that indicate the derivation of these relations from relations for the family upbringing of a child.



Keywords

family education, family ties, actual upbringing of the child, family and legal status, child welfare, child-parent interaction.

Acknowledgments: The paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the NRU HSE academic publications.

For citation: Komissarova E. G. (2021) Relations on Actual Upbringing of a Child: Family and Legal Institutionalization. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 130–153 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.130.153



References

- Alferova O.S. (2011) Legal status of actual teachers. In: Family Law at the turn of the 20 and 21 centuries: to 20th anniversary of Convention of Rights of the Child. Papers of International Conference. Moscow: Statut, pp. 315–318 (in Russian)
- Arnett J. (1995) Broad and Narrow Socialization: The Family in the Context of a Cultural Theory. *Journal of Marriage and Family*, no 3, pp. 617–728.
- Boele-Woelki K., Braat B., Curry-Sumner I. (2005) *European family law in action*. Vol. III: Parental Responsibilities. Antwerp: Intersentia. 821 p.
- Byng-Hall J. (1985) Family scripts: A useful bridge between theory and practice. *Journal of Family Therapy*, no 3, pp. 301–306.
- Brandenburgskiy J.N. (1928) Life has its requirements. *Ezhenedel'nik sovetskoy yustitsii*, no 23, pp. 664–667 (in Russian)
- Bulaevskiy B.A. et al. (2017) Family law: a concept of V.A. Ryasentsev. In: Ryasantsev V.A. *Semeynoe pravo*. Moscow: Prospect (in Russian)
- Choguldurov S.B. (2015) The legal category “family and legal status of a citizen”. *Actualnye problemy ekonomiki i prava*, no 3, pp. 157–163 (in Russian)
- Connidis I., McMullin J. (1996) Reasons for and Perceptions of Childlessness among Older Persons: Exploring Impact of Marital Status and Gender. *Journal of Aging Studies*, no 3, pp. 205–222.
- Ferguson N. et al. (2004) *Grandparenting in Divorced Families*. Bristol: Poliku Press, 176 p.
- Daly M., Wilson M. (1998) *Truth about Cinderella: A Darwinian View of Parental Love*. L.: Weidenfeld and Nicolson, 80 p.
- Desrosières A. (1978) Marché matrimonial et structure des classes sociales. *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 20–21, pp. 97–107.
- Diamond B. (1996) The Legal Aspects of Child Health Care. L.: Mossy, 245 p.
- Duvernois N. (1872) *The significance of Roman law for Russian lawyers*. Yaroslavl: Falk, 25 p. (in Russian)
- Erokhina E.V. (2016) *European family law*. Orenburg: University, 240 p. (in Russian)
- Esping-Andersen G., Palier B. (2008) *Trois leçons sur l'État-providence*. Paris: Republic of Ideas, 135 p.

- Godard F. (1992) *La famille affaire de générations*. Paris: Flammarion, 206 p.
- Golovkin R.B., Anisimova A.M. (2006) *The legal effect of the relationship of close persons*. Vladimir: University, 168 p. (in Russian)
- Kanina I.A. (2006) Private life in the sphere of law. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Tambov, 251 p. (in Russian)
- Kapitova O.V. (2009) Mechanism of alimony in the family law of Russia. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 25 p. (in Russian)
- Karapetov A.G. (2020) Commentary to Articles 1–16.1 of the Civil Code of the Russian Federation. Moscow: Logos, 469 p. (in Russian)
- Korotkova L.P. (1983) Legal status of actual educators. *Pravovedenie*, no 3, pp. 82– 85 (in Russian)
- Macklin E. (1980) Nontraditional family forms: a decade of research. *Journal of Marriage and Family*, no 4, pp. 905–922.
- Malkevich M.S. (2014) Implementation of parental rights in the case of a child living with a stepfather (stepmother), cohabitant, cohabitant. *Vestnik Samarskogo universiteta*, no 5, pp. 240–244 (in Russian)
- Manankova R.P. (2012) Note to the concept of the draft new Family Code of the Russian Federation. *Semeynoe i zhilishchnoe pravo*, no 4, pp. 26–41 (in Russian)
- Matveev G.K. (1968) Institute of actual education of other people's children. Legal issues of the family and upbringing of children. Moscow: Yuridicheskaya literatura, pp. 97–101 (in Russian)
- McCarthy J., Edwards R. (2018) *Family studies: basic concepts*. Moscow: HSE, 343 p. (in Russian)
- Nechaeva A. M. (2012) Child and society. *Sotsial'no-yuridicheskaya tetrad'*, no 2, pp. 5–26 (in Russian)
- Rabets A.M. (2018) Alimony obligations and guardianship and guardianship: issues of coexistence. *Sovremennoe pravo*, no 2, pp. 25–30 (in Russian)
- Segalen M., Martial A. (2013) *Sociologie de la famille*. Paris: Flammarion, 341 p.
- Tarusina N.N. (2019) Risks of judicial discretion in family cases. *Yuridicheskaya tekhnika*, no 13, pp. 602–609 (in Russian)
- Tarusina N.N. (2019) Judicial practice in family cases: discretion on the verge of lawmaking. *Lex Russica*, no 5, pp. 40–47 (in Russian)
- Tatarintseva E.A. (2017) Subject structure of legal relations on the actual upbringing of a child in the light of international standards. *Semeynoe i zhilishchnoe pravo*, no 3, pp. 18–22 (in Russian)
- Tatarintseva E. A. (2018) *Legal relations of upbringing of a child in the family and their formation in national family law*. Moscow: Justitsinform, 134 p. (in Russian)
- Voronina Z.I. (1993) Legal forms of education of children without parental care. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Saint Petersburg, 234 p. (in Russian)
- Vorozheikin E.M. (1972) *Family legal relations in the USSR*. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 336 p. (in Russian)
- Zagorovsky A.I. (1909) *Course of family law*. Odessa: Ekonomika, 574 p. (in Russian)
- Zvyagintseva L.M. (1980) Measures of protection in family law. Candidate of Juridical Sciences Summary. Sverdlovsk, 15 p. (in Russian)

Правовой статус международных организаций как третьих сторон международных договоров в соответствии с принципом *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*



С.Б. Бальхаева

Ведущий научный сотрудник, отдел зарубежного конституционного, административного, уголовного законодательства и международного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218 Российская Федерация, Москва, ул. Б. Черемушkinsкая, 34. E-mail: sayanabb@gmail.com



А.Е. Помазанский

Ведущий научный сотрудник, отдел конституционного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218 Российская Федерация, Москва, ул. Б. Черемушkinsкая, 34. E-mail: mr_a@mail.ru



Аннотация

В статье рассматривается генезис принципа *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (договоры не вредят и не благоприятствуют третьим лицам) в праве международных договоров по отношению к международным организациям. Данный принцип, берущий свое начало из римского права, получил воплощение в праве международных договоров благодаря соответствующим положениям Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями 1986 г. Авторами отмечается ряд недостатков, связанных с дублированием положений о юридических последствиях действия норм международных договоров в отношении третьих сторон, изначально установленных в Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., в указанной ранее Венской конвенции 1986 г. Такой подход не позволяет охватить нормативным воздействием весь возможный спектр международных отношений с участием международных организаций, особенно когда речь идет об установлении обязательств и прав государств-членов международных организаций; на практике встают вопросы, связанные с деятельностью генеральных секретарей международных организаций в качестве депозитариев международных договоров, а также с расходами государств-членов, связанных с функционированием органов международных организаций. В статье делается вывод, что фактически надлежащее регулятивное воздействие положений Венской конвенции 1986 г проявляется лишь в отношении только одного из возможных типов третьих организаций — международных организаций, не являющихся стороной соответствующего международного договора. В стороне остается вопрос о правовых последствиях

договоров, которые заключаются международной организацией, для ее государств-членов. В связи с этим предполагается, что в ближайшей перспективе преодоление правовой неопределенности и поиск правовых механизмов решения обозначенного вопроса будет осуществляться на уровне самих международных организаций посредством принятия и установления собственных внутренних правил функционирования и деятельности.



Ключевые слова

международное право, принцип *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, международные организации, международные договоры, третьи стороны, Венская конвенция 1986 года, Организация Объединенных Наций.

Для цитирования: Бальхаева С.Б., Помазанский А.Е. Правовой статус международных организаций как третьих сторон международных договоров в соответствии с принципом *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 1. С. 154–173.

УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.154.173

Введение

Генезис принципа *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* в праве международных договоров по отношению к международным организациям показывает, что несмотря на консенсус в отношении общего признания правовой ценности принципа, пределы применения данного принципа остаются предметом полемики. Это противоречие обусловлено рядом проблем, связанных с применением принципа. Основной причиной является дублирование положений о юридических последствиях действия норм международных договоров в отношении третьих сторон, изначально установленных в Венской конвенции о праве международных договоров (1969) (далее — Венская конвенция 1969 г.), в Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (1986) (далее — Венская конвенция 1986 г.). Подобный подход не позволяет в полной мере учесть особенности правовой природы таких субъектов международного права, как международные организации и характер отношений, складывающихся в процессе их создания и деятельности.

Исследование основано на анализе источников международного права, включая нормы международных договоров и акты международных организаций, а также работ российских и зарубежных ученых-правоведов в сфере международного права.

Методологическую основу исследования составили диалектический метод научного познания, общенаучные методы (анализ, синтез, индукция, дедукция), частно-научные методы познания (исторический, сравнительно-правовой, метод толкования правовых норм).

1. История развития принципа *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*

В соответствии с широко распространенной точкой зрения природа международного права имеет согласительный характер, что означает особый способ создания международно-правовых норм [Ульянова Н.Н., 1981: 176]. Таким образом, итогом создания международных норм является соглашение субъектов международного права (преимущественно государств), в основе которого лежит согласование воли сторон. Общее правило состоит в том, что любой международный договор не создает каких-либо обязательств третьих сторон (субъектов международного права) без их на то согласия. Для третьей стороны международный договор является соглашением других субъектов международного права (*res inter alios acta*). Это общее правило вытекает из римского права: *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (далее — принцип *pacta tertiis*). Данный принцип является общепризнанным принципом международного права и основой права международных договоров [Анцилотти Д., 1961: 352]. Накопленный опыт развития международного права в современный период позволил Дж. Фицморису заявить, что принцип носит настолько «основополагающий, очевидный и устоявшийся характер, что он на самом деле не требует приведения каких-то дополнительных аргументов в пользу его безусловного применения»¹.

Исторически данный принцип берет начало из римского договорного права. Правовая презумпция обязательного выражения согласия не позволяет никому создавать правовые последствия для других лиц, которые не участвуют в соответствующих правовых отношениях. Любые правовые договоры, в том числе и договоры в сфере международного права, являются правовыми способами добровольного принятия на себя сторонами определенных прав и обязательств в отношении предмета договора. Это обстоятельство предполагает свободу волеизъявления субъектов права при решении вопроса об участии в договорных отношениях, и невозможность кого-либо принудительно навязывать свою волю другим.

При этом следует учитывать, что статус третьего государства не однороден, поскольку возможны вариации данного статуса в зависимости от степе-

¹ Yearbook of the International Law Commission. 1960. Vol. II. New York: United Nations, 1961. P. 83.

ни отношения третьих государств к конкретному международному договору. В связи с этим выделяются: государства, не имеющие никакого отношения к договору; государства, участвовавшие в переговорах по договору; договаривающиеся государства и т.п. Как отмечает А.Н. Талалаев, «было бы неправильным считать, что эти различия не несут за собой никаких юридических последствий в правовом положении третьих государств в отношении международного договора. Так, участвовавшие в переговорах государства имеют право подписать и ратифицировать договор, в то время как совершенно посторонние государства имеют право только присоединиться к нему (если договор открыт для присоединения, а не для подписания)» [Талалаев А.Н., 1997: 94].

Ряд обязанностей по отношению к договаривающимся государствам, которые еще не стали участниками международного договора, имеет депозитарий международного договора. К их числу относятся: направление заверенных копий договора, информирование о документах и исправлениях к нему, представление уведомлений и сообщений, имеющих отношение к договору и т.д. Так, договаривающиеся государства вправе знать, какое число выражений согласия на обязательность, необходимое для вступления договора в силу, было получено или депонировано, и депозитарий обязан их информировать на сей счет, невзирая на то обстоятельство, что данные государства по-прежнему имеют статус третьих государств по отношению к данному договору.

Таким образом, международно-правовой статус договаривающегося государства отличается от статуса третьего государства, которое не имеет отношения к конкретному международному договору, поскольку первый из перечисленных субъектов международного права обладает более широким объемом прав и полномочий. В доктрине международного права встречается интересное мнение, что значительным упущением Венской конвенции 1969 г. является тот факт, что обязательство не нарушать объект и цели международного договора (ст. 18) не распространяется на стадии переговоров, сопоставления и принятия текста международного договора. Тем более что во всех трех вариантах статей о правах и обязанностях участвующих в переговорах государств и договаривающихся государств, выработанных в рамках Комиссии международного права (далее — КМП) (1962, 1965 и 1966 гг.), действие принципа соблюдения объекта и цели договора начиналось со стадии вступления в переговоры и охватывало собой стадии составления и принятия текста договора [Каламкарян Р.А., 1989: 72]. Таким образом, договаривающееся государство имело бы не только права, но и обязанности в силу ст. 18 Венской конвенции 1969 г., которая предусматривает обязательство не лишать договора объекта и цели до вступления договора в силу.

Впрочем, в соответствии с положениями Венской конвенции 1969 г. промежуток времени, в течение которого государство вступило на основе соот-

ветствующей договоренности в переговоры, приняло участие в составлении и принятии текста договора, не подпадает под действие ст. 18 данной Конвенции. Можно предположить, что существование такого нормативного положения является следствием того, что, несмотря на различия в правовом статусе государств, не участвующих в договоре, их объединяет общий признак, который и позволяет называть их третьими государствами: для них договор не имеет обязывающей их юридической силы.

Общее правило в отношении третьих государств иногда дословно воспроизводится в текстах международных договоров. Например, соответствующее положение содержится в ст. 38 Конвенции по примирению и арбитражу в рамках СБСЕ (1992), которая устанавливает: в соответствии с международным правом подтверждается, что ничто в настоящей Конвенции не может быть истолковано как создающее какие-либо обязанности или обязательства государств-участников СБСЕ, которые не являются участниками настоящей Конвенции, если только это специально не предусматривается и если такие государства не дают ясно выраженного согласия на это в письменной форме².

Причина воспроизведения общего правила в данном случае видится в необходимости подчеркнуть, что участие в СБСЕ не означает участия в Конвенции, не делает ее обязательной для государств, не оформивших в ней своего участия в обычном порядке.

Несмотря на консенсус в отношении общего признания правовой ценности принципа *pacta tertiis*, следует указать, что пределы действия рассматриваемого принципа остаются предметом острой научной полемики, которая обусловлена рядом проблем, связанных с его непосредственным применением. Среди причин выделяются: снижение значимости концепции государственного суверенитета в современных условиях, изменение подходов к пределам исключения из действия данного правила, использование принципа *pacta tertiis* в рамках международного уголовного права, включение в тексты международных договоров ссылок на иные международные договоры, участниками которых не являются их стороны и т.д.

Указанные проблемы в основном проявляются при применении принципа *pacta tertiis* в отношении государств как основных участников международного договорного процесса. Что касается международных организаций, то в данном случае встают правовые проблемы иного свойства, обусловленные прежде всего особой правовой природой и связанной с ней правовым статусом рассматриваемых субъектов международного права.

Для оценки текущего состояния международно-правового регулирования статуса международных организаций как субъектов права международ-

² Дипломатический вестник. 1993. № 3–4. С. 4–14.

ных договоров следует обратиться к положениям Венской конвенции 1986 г. Хотя данная Конвенция не вступила в силу³, ее отдельные нормы признаются международным сообществом в качестве норм, имеющих силу международно-правового обычая. Не является исключением ст. 34 Конвенции, закрепившая общее правило, касающееся третьих государств или третьих организаций: «Договор не создает обязательств или прав для третьего государства или третьей организации без согласия на то этого государства или этой организации».

Следует указать, что до разработки и принятия Венской конвенции 1986 г. в дипломатической практике имело место использование противоположного правового подхода, предусматривающего установление обязательств в отношении международной организации на основании международных договоров, заключенных между государствами. Одним из наиболее интересных примеров является ст. 49 Версальского мирного договора 1919 г. [Grewe W., 1992: 682], которая устанавливала, что немецкая территория Саар должна находиться под управлением Лиги Наций. С политической точки зрения возложение данного обязательства на Лигу Наций не являлось проблемой, поскольку данная организация по существу была объединением государств, одержавших победу в Первой Мировой войне. Указанным международным договором предусматривалось, что все подписавшие его стороны должны были стать первоначальными членами Лиги Наций⁴, а 13 других специально определенных государств были приглашены присоединиться к новой организации. Тем не менее, если руководствоваться исключительно правовыми требованиями, государства, победившие в данной войне, были не вправе принимать решения от имени Лиги Наций. Выражение согласия со стороны Лиги Наций как субъекта международного права было обязательным условием для реализации соответствующих положений Версальского договора.

Дальнейшая разработка правовых основ, определяющих статус международных организаций в системе права международных договоров, продолжилась в рамках проводимой КМП работы по кодификации права международных договоров. Изучение заседаний КМП, посвященных данному вопросу показывает, что содержание ст. 34 Венской конвенции 1986 г. не являлось предметом дискуссий, поскольку в ее основу были положены правовые подходы Венской конвенции 1969 г. [Dailler P., Pellet A., 1999: 244]; [Proelss A.,

³ В соответствии со ст. 85 «настоящая Конвенция вступает в силу на тридцатый день с даты сдачи на хранение тридцать пятой ратификационной грамоты или документа о присоединении государств или Намибии, представленной Советом Организации Объединенных Наций по Намибии».

⁴ Фактически Пакт Лиги Наций (1919) являлся первой частью Версальского договора (ст. 1–26). Однако известно, что, в частности, Соединенные Штаты не ратифицировали Версальский договор и не присоединились к Лиге Наций.

2018: 657–658]. Было признано, что действие принципа *pacta tertiis* должно быть распространено и в отношении международных организаций. Члены КМП придерживались мнения, что хотя участие международной организации в международном договоре не означает ее наделения правовым статусом, полностью идентичным с правовым статусом государства как субъекта международного права и участника международного договора, в отношении такого договора должен применяться один из базовых принципов права международных договоров — принцип относительности международных договоров [Manin P., 1986: 454–473]. Примечательно, что данная позиция КМП впоследствии никогда не оспаривалась ни в судебной практике, ни в международной правовой доктрине.

Сосредоточив внимание на ст. 34, КМП подняла два основных вопроса, касающихся ее содержания. Во-первых, как трансформировать правило, которое первоначально было сформулировано для государств, в отношении международных договоров, участником которых являются международные организации. Во-вторых, предметом обсуждения стало уяснение точного значения термина «третьи», который используется в формулировке ст. 34, особенно в отношении определения в качестве «третьих государств» государств-членов международной организации, заключающей международный договор.

В ходе обсуждения СССР указал, что ст. 34 Венской конвенции 1986 г. является первой статьей Конвенции, в которой используются понятия «третьи государства» и «третьи организации», в значении, определенном ст. 2 рассматриваемой Конвенции⁵.

Неопределенность относительно возможных и допустимых пределов использования понятия «третья организация» заключается в том, что такая формулировка способна вызвать проблемы юридического свойства в процессе ее практического применения. Кроме того, с точки зрения семантики понятие «третья сторона» должно обозначать что-то точное. Например, отдельного человека в группе других лиц или явление аналогичного характера.

Изначально КМП вместо понятия «третья организация» намеревалась использовать понятие «международная организация, не являющаяся стороной договора». Предлагаемое в данном определении правовое состояние характеризуется отсутствием какого-либо отношения к юридическому документу договорного характера. Это также предполагает, что субъект международного права не связан или, по крайней мере, непосредственно не связан обязательствами, вытекающими из международного договора. Однако это не означает полного отсутствия отношений со сторонами такого договора. Таким образом, понятие «третья сторона» имеет юридически менее точное, но существенно более принципиальное значение: «третья сторона» не имеет

⁵ Yearbook of the International Law Commission. 1982. Vol. I. New York, 1983. P. 23.

никакого отношения к договору, его правовым последствиям и всем положениям и правилам, обусловленным его действием.

Такое понимание правового статуса международных организаций приобретает особенно актуальное значение, когда речь идет о характеристике правового положения государств-членов международной организации, заключающей договор, который создает обязательства в отношении ее государств-членов. Тем не менее в окончательной редакции ст. 34 Венской конвенции 1986 г. термин «организации, не являющиеся сторонами договора», был заменен на термин «третьи организации».

Изучение правовых последствий для третьих сторон международных договоров, в которых участвуют международные организации, в обязательном порядке требует решения вопроса, какие правовые последствия для государств-членов международной организации влечет за собой договор, заключенный этой организацией. Формально государства-члены являются третьими сторонами по отношению к такому договору. Тем не менее, может ли международный договор в силу внутренних правил, установленных самой международной организацией, порождать правовые последствия для ее государств-членов?

С теоретической точки зрения постановка такого вопроса лишена смысла, поскольку ответ на него должен быть получен исходя из правосубъектности международных организаций. Ясно также, что теоретически учредительный договор международной организации обычно содержит положения, предусматривающие, что государства являются связанными соглашениями, заключенными этой организацией. Как указала КМП, государство-член не является третьей стороной по отношению к данной международной организации. Такое государство не только должно знать устав организации в целом, но и обязано выполнять его. Из этого следует, что через представителей в международной организации государство-член вносит вклад в формирование ее воли, направленной на создание юридических прав и обязанностей по международному договору.

Однако, как отмечал специальный докладчик КМП П. Ройтер, любая формально установленная правосубъектность международной организации неизбежно сталкивается с реалиями международной практики. Предоставляемое международной организации правомочие заключать договоры зачастую носит неопределенный характер, распространяя свое действие лишь в отношении наиболее простых и элементарных вопросов, или, если оно действует в отношении более важных вопросов, то никоим образом не разграничивается с правомочиями ее государств-членов⁶.

Вопросы, возникающие в отношении международных договоров, заключаемых международной организацией и создающих обязательства для ее

⁶ Yearbook of the International Law Commission. 1977. Vol. II. P. 126.

государств-членов, наглядно свидетельствуют о актуальности данной проблематики и с практической точки зрения. Следует подробнее остановиться на отдельных правовых проблемах в рассматриваемой сфере.

Некоторые международные организации, в частности, Совет Европы, выработали собственный подход к решению данной юридической задачи, прибегнув к использованию так называемых «смешанных соглашений», которые совместно заключаются как самой международной организацией, так и ее государствами-членами. Однако КМП сочла, что данный подход является исключением и не отражает сложившуюся практику функционирования и деятельности международных организаций. Поэтому возможность его применения не обсуждалась в ходе разработки и принятия ст. 3 Венской конвенции 1986 г.⁷

Основываясь на выработанных ранее правовых подходах, КМП решила провести различие между двумя видами международных договоров, заключаемых в рамках международных организаций⁸:

1. Договоры, заключаемые международной организацией, которые порождают только права для ее государств-членов. В качестве примера таких соглашений могут выступать соглашения об учреждении штаб-квартиры международной организации. Они могут охватываться действием ст. 36 Венской конвенции 1969 г., поскольку предполагают выражение согласия государств-членов.

2. Договоры, заключенные международной организацией и устанавливающие обязательства для государств-членов этой организации. В данном случае необходимо установить, являются ли обязательства непосредственно действующими для государств-членов в их отношениях с третьей стороной, подразумевая, что международный договор имеет прямое действие в отношении государств-членов, или же они являются обязательными для государств-членов международной организации только при непосредственной реализации положений соответствующего соглашения. В таких случаях — косвенным образом — обязательство государства-члена будет существовать только по отношению к международной организации. Иными словами, к международным договорам, заключенным международной организацией и предусматривающим участие каждого из ее членов, будет применяться иной подход по сравнению с ситуациями, когда международная организация заключает договор с третьей стороной и в результате этого на ее государства-члены возлагается прямое обязательство. Этот случай регулируется ст. 35–37 Венской конвенции 1986 г.

П. Ройтер указал на целый ряд отличий межгосударственных договоров от договоров, в которых участниками являются международные органи-

⁷ Ibid. 1972. Vol. II. P. 197.

⁸ Ibid. 1973. Vol. II. P. 91–92.

зации⁹. В частности, он полагал, что договоры, заключенные международной организацией, не могут рассматриваться членами этой организации как юридические действия, совершаемые третьим лицом. Основываясь на правовой модели, положенной в основу ст. 228 Договора о создании Европейского экономического сообщества, он предложил включить в текст Венской конвенции 1986 г. ст. 36^{bis}, призванную распространить действие таких договоров на членов соответствующей организации¹⁰. Назначение статьи заключалась в определении правовых последствий для государств-членов международной организации, возникающих в результате действия международных договоров, заключенных этой организацией.

Проект рассматриваемой статьи предполагал несколько формулировок: от раннего варианта, предусматривающего молчаливое согласие государств-членов, до позднего, требующего явного согласия каждого из них. С самого начала предложение вызвало многочисленные возражения ввиду своей крайней противоречивости. Как следствие на Венской конференции 1986 г. ст. 36^{bis} была признана носящей теоретический характер и исключена из заключительного проекта Конвенции 1986 г. [Brolmann C., 1998: 121]; [Reuter P., 1995: 107]; [D'Argent P., 2011: 945].

Итогом рассматриваемой дискуссии явился весьма осторожный вывод, сформулированный в ст. 74 Конвенции 1986 г. В ней говорится, что положения Конвенции не предпрещают ни одного из вопросов, которые могут возникнуть в отношении установления обязательств и прав государств-членов международной организации в силу договора, участником которого является эта организация.

Результатом такого подхода явилось то, что обе Венские конвенции (1969 г. и 1986 г.) в значительной степени дублируют друг друга, в том числе в том, что касается положений о юридических последствиях действия норм международных договоров в отношении третьих сторон.

2. Сфера применения международных договоров с участием международных организаций в соответствии с принципом *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*

Польза такого дублирования вызывает серьезные сомнения. Так, ст. 83 Венской конвенции 1986 г. определяет, что соответствующие документы о присоединении к данной Конвенции сдаются на хранение Генеральному секретарю Организации Объединенных Наций. Это предписание не только обеспечивает реализацию положений ст. 102 Устава ООН, согласно кото-

⁹ Yearbook of the International Law Commission. 1972. Vol. II. P. 189; 1973. Vol. II. P. 89–93.

¹⁰ Ibid. 1977. Vol. II. P. 128.

рой каждый договор и каждое международное соглашение регистрируются в Секретариате ООН и публикуются им. Функции и задачи, возлагаемые на депозитария, выходят далеко за рамки получения текстов международных документов и их публикации в надлежащей форме. Положения Венской конвенции 1969 г. (ст. 76–79) устанавливают широкий перечень функций, которые должен выполнять депозитарий многостороннего договора. Нельзя отрицать, что Венская конвенция 1986 г., как и любой другой международный договор, имеет предназначение в системе международно-правового регулирования. В настоящий момент к данному международному договору присоединилось значительное число государств, но тем не менее это число гораздо меньше количества членов ООН. При этом ст. 83 Венской конвенции 1986 г. налагает юридические обязательства на орган ООН, т.е., по сути, на самую ООН.

Указанный пример свидетельствует о различиях между двумя Венскими конвенциями. Очевидно, что Венская конвенция 1969 г. касается только международных договоров, заключенных между государствами (ст. 1). Однако в ст. 1 Венской конвенции 1986 г. указывается, что она применяется, во-первых, к договорам между, с одной стороны, одним или несколькими государствами и, с другой стороны, одной или несколькими международными организациями, и, во-вторых, к договорам между международными организациями. Это ограничение сферы правового действия рассматриваемой Конвенции не вызывает затруднений, пока правовой вопрос, подлежащий урегулированию, ограничивается отношениями между официальными сторонами таких договоров.

Однако именно в том, что касается международных договоров, предполагающих возможность возникновения правоотношений с третьими сторонами, требуется расширение сферы правового воздействия. В связи с тем, что международные организации в данном вопросе приравниваются по правовому статусу к государствам, возникает потребность в установлении правового регулирования, которое позволит исключить возможность возникновения правовых последствий в результате действия и применения таких международных договоров для третьих сторон.

При изучении содержания правовых норм, применяемых к международным договорам, в которых участвуют международные организации, в обязательном порядке следует учитывать, что международные организации являются субъектами международного права особого свойства. С одной стороны, международные организации несмотря на их юридическую автономию, в функциональном плане являются учреждениями, созданными государствами-членами для достижения их общих целей. В определенном смысле государства объединяют свои суверенные права путем создания особого субъекта международного права, способного осуществлять транс-

граничную деятельность, которую отдельное государство не в состоянии реализовать, будучи ограниченным общими положениями международного права о территориальной юрисдикции и суверенитете государств [Капустин А.Я., 2020: 114]. Также в ряде случаев это обстоятельство продиктовано весьма строгими требованиями внутреннего национального законодательства [Seyersted F., 2008: 49]; [Klabbers J., 2009: 42]. Это означает, что международная организация действует исходя из классического принципа невмешательства в дела третьих государств, то есть государств, не являющихся самостоятельно членами данной международной организации. Эти государства должны уважать юрисдикцию международной организации, членами которой они не являются, равно как и международная организация обязана уважать суверенитет третьих государств.

Однако члены международной организации оказываются в гораздо более тесных взаимоотношениях с этой организацией. Они действуют в рамках организации для продвижения своих интересов, другими словами, сотрудничают с другими государствами-членами для достижения общих целей. Соответственно, если такие государства возлагают на международную организацию решение определенных задач, это не будет являться нарушением международно-правовых норм, в отличие от ситуации, когда такие действия совершаются третьим государством. Это основное различие не отражено в Венской конвенции 1986 г. Исходя из формальных критериев, она признает только один тип третьей организации, а именно международную организацию, которая не является стороной соответствующего международного договора.

Другим принципиальным вопросом является положение о том, могут ли члены международной организации налагать на нее юридические обязательства посредством заключения международного договора, участником которого организация не является. Создание международной организации является особым международно-правовым актом. Действительно, было бы некорректно относить договор об учреждении международной организации к числу международных договоров, порождающих правовые последствия для третьих сторон по отношению к данной организации.

В практическом плане вопрос о распространении действия положений международных договоров, заключаемых международными организациями, в отношении их государств-членов проявляется в связи с деятельностью генеральных секретарей таких организаций. В связи с этим следует обратиться к их деятельности. Как правило, на генерального секретаря международной организации возлагаются обязанности депозитария всех международных договоров, разработанных в рамках организации. Такие договоры после их принятия выходят за рамки международной организации и становятся самостоятельными документами. В очень редких случаях круг государств-

членов международной организации полностью совпадает с кругом государств-участников соответствующего договора. Некоторые из договоров, заключенных под эгидой ООН, оказались чрезвычайно востребованными на мировой арене. Но даже самый результативный из них (если исходить из числа государств-участников) — Конвенция о правах ребенка (1989), несмотря на участие 193 государств, не получила признания со стороны Сомали и США. Представляется, что даже если в конечном итоге все члены какой-либо международной организации согласятся стать связанными определенным международным договором, всегда будет промежуточный период, в течение которого сфера действия международного договора по кругу лиц не будет совпадать с кругом участников международной организации, поскольку процесс ратификации неизменно требует времени.

Что касается Генерального секретаря ООН, то в Уставе ООН нет прямо сформулированной нормы, предписывающей ему выполнять обязанности депозитария международных договоров. В резолюции 24 (I) от 12.02.1946 Генеральная Ассамблея заявила, что Организация Объединенных Наций готова продолжать выполнять функции депозитария, возложенные на Лигу Наций в соответствии с договорами, заключенными в период существования Лиги Наций. Однако Генеральный секретарь ООН никогда не получал такого полномочия в отношении будущих договоров. В комментарии к Уставу ООН, подготовленном французскими исследователями [Vaurs-Chaumette A., 2005: 2035–2050], депозитарные функции Генерального секретаря ООН даже не упоминаются, а в комментарии под редакцией Б. Симмы, указывается, что «множество многосторонних конвенций возлагает обязанности депозитария на Генерального секретаря Организации Объединенных Наций. Многие из этих конвенций, заключенных под эгидой Организации Объединенных Наций, наделяют Генерального секретаря функцией депозитария благодаря действиям со стороны соответствующих органов Организации Объединенных Наций» [Simma B., 2002: 1214].

Не вносит правовой ясности в ситуацию, связанную с осуществлением функций депозитария, практика, сложившаяся в рамках Совета Европы. В Уставе Совета Европы нет упоминания о таких функциях. В нем лишь указано, что Генеральный секретарь организации оказывает Консультативной Ассамблее административное и иное содействие, в котором она может нуждаться (ст. 37(b))¹¹. До вступления Устава в силу Генеральный секретарь, очевидно, не мог осуществлять свою деятельность в качестве органа Совета Европы. Поэтому одному из правительств, участвовавших в учредительной

¹¹ Правосубъектность Совета Европы по международному праву вытекает из его полномочий заключать соглашение о штаб-квартире с Францией. См.: [Blokker N., Schermers H., 2003: 988].

конференции (правительству Великобритании), было поручено выполнять функции депозитария (ст. 42).

03.08.1949, сразу же после вступления в силу Устава, все международные договоры, принимаемые под эгидой данной организации, стали предусматривать выполнение функций депозитария Генеральным секретарем. Например, в ст. 22 Генерального соглашения о привилегиях и иммунитетах Совета Европы от 02.09.1949, предусматривалось, что «настоящее Соглашение подлежит ратификации. Ратификационные грамоты сдаются на хранение Генеральному секретарю Совета Европы. Соглашение вступает в силу после того, как семь участников сдадут на хранение свои ратификационные грамоты»¹².

Использование данной практики продолжается и ныне. Совет Европы дает следующее объяснение сложившемуся положению: «Договорный отдел выполняет для Генерального секретаря функции депозитария в отношении более чем 200 договоров, заключенных в рамках Совета Европы. Он хранит оригиналы всех договоров и регистрирует их подписание и ратификацию, а также заявления и оговорки, и любые случаи их отзыва или изменения. Он уведомляет все государства-члены и любые другие государства или организации, упомянутые в соответствующем договоре, обо всех правовых актах, касающихся данного договора» [Cannizzaro E., 2011: 212].

Как следует из приведенной позиции Совета Европы, описываемая практика постоянно развивается и продолжает активно использоваться в нынешнее время.

Может сложиться впечатление, что генеральные секретари обеих рассмотренных международных организаций готовы предложить свою помощь любой группе государств, которая нуждается в депозитарии для осуществления многочисленных административных функций, возлагаемых на данное лицо. Однако это не так. Что касается ООН, то в ее внутреннем меморандуме от 27.03.1984¹³ указывается, что Генеральный секретарь не должен автоматически принимать на себя функции депозитария в отношении многосторонних договоров, помимо тех, которые предусматривают всеобщее участие. В указанном документе указываются четыре основные причины, обосновывающие такой подход.

Прежде всего, утверждается, что деятельность Генерального секретаря чрезвычайно усложнилась, если бы он выступал в качестве депозитария многочисленных многосторонних международных договоров, заключаемых ежегодно, и меморандум показывает, что выполнение функций депозитария в действительности является деятельностью, которая предполагает исполнение множества обременительных обязанностей. Соответственно,

¹² Дипломатический вестник. 1996. № 4. С. 38–42.

¹³ Juridical Yearbook. 1984. New York, 1991. P. 181.

Генеральный секретарь предлагает ограничить его участие в качестве депозитария универсальными международными договорами, в исключительных случаях — региональными международными договорами, а также международными договорами, разработанными под эгидой ООН либо органов и учреждений ООН, либо разработанных в ходе дипломатических конференций, созываемых ООН. В связи с этим можно сделать вывод, что отношения между государствами-членами международной организации и самой организацией носят особый характер, что делает необходимым проводить различие, когда речь идет о «третьих» государствах или «третьих» организациях. Как отмечает Д. Гаджа, «вызывает сомнение обоснованность отнесения государств-членов международной организации исключительно к категории «третьих государств», поскольку в большинстве случаев международная организация действует в соответствии с указаниями и решениями своих государств-членов» [Gaĵa G., 1987: 264]. Аналогичной позиции придерживается Ф. Бордин. По его мнению, создание международной организации является результатом намерения государств-членов. Такое решение создает самостоятельного субъекта международного права, на которого в равной степени распространяется действие принципа *pacta tertiis* [Bordin F., 2018: 53].

3. Влияние принципа *pacta tertiis* на деятельность генеральных секретарей международных организаций

Еще более показательным примером являются положения международных договоров о защите прав человека, в соответствии с которыми Генеральному секретарю ООН поручено обеспечивать необходимый персонал и условия для выполнения работы различными наблюдательными органами. Соответствующие положения Международного пакта о гражданских и политических правах (1966) могут служить воплощением правовой модели, которая используется практически во всех международных документах в рассматриваемой сфере. Статья 36 Пакта гласит: «Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций предоставляет необходимый персонал и материальные средства для осуществления функций Комитета в соответствии с настоящим Пактом»¹⁴. Аналогичные положения содержатся также в других международных договорах, включая относительно недавно принятую Конвенцию о правах инвалидов (2006) (ст. 34) и Международную конвенцию о защите всех лиц от насильственных исчезновений (2006) (ст. 26).

Кроме того, в ряде соответствующих конвенций предусматривается, что члены мониторинговых органов получают вознаграждение от ООН «в порядке и на условиях, устанавливаемых Генеральной Ассамблеей» (ст. 35

¹⁴ Ведомости ВС СССР. 28 апреля 1976 г. № 17. Ст. 291.

Международного пакта о гражданских и политических правах). Однако именно в отношении расходов, обусловленных необходимостью оплаты деятельности отдельных членов мониторинговых органов, можно усмотреть существенные расхождения.

В соответствии со ст. 8 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (1965) на государства-участников возложена ответственность за покрытие расходов членов Комитета по ликвидации расовой дискриминации, возникающих при осуществлении ими своих функций. Другими словами, бремя несения расходов было разделено между государствами-участниками. В то время как ООН должна нести общие расходы на функционирование системы мониторинга и наблюдения, было принято решение, что деятельность экспертов должна финансироваться сообществом государств-участников. Этот механизм был отменен год спустя, когда Генеральная Ассамблея приняла Международный пакт о гражданских и политических правах, однако в 1984 г. он вновь обрел силу в связи с принятием Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. Данная Конвенция была одобрена без голосования.

Вопрос, должна ли ООН нести расходы всех мониторинговых органов в области прав человека, как правило, рассматривается не с юридической, а с политической точки зрения. Австралия выступила с инициативой привести положения Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации и Конвенции против пыток в соответствие с правовым режимом, применяемым в отношении Комитета по правам человека и всем другим экспертным органам в этой сфере. Она предложила поправки, одобренные конференцией государств-участников, а затем также получившие поддержку Генеральной Ассамблеи ООН. Согласно предложенным поправкам, касающимся как Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации, так и Конвенции против пыток (ст. 29(2)), каждое решение должно получать одобрение двух третей государств-участников. Данная инициатива не получила минимально необходимого количества ратификаций. Соответственно, обе упомянутые конвенции действуют в их первоначальных редакциях.

Тем не менее Генеральная Ассамблея ООН выделила финансовые средства на функционирование Комитета против пыток. Факультативный протокол 2002 г. к Конвенции против пыток, в соответствии с которым был учрежден новый Подкомитет по предупреждению пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, также предусматривал полное финансирование его деятельности со стороны ООН. Учитывая тот факт, что расходы, связанные с функционированием Подкомитета, могут быть значительными, некоторые участники рассматриваемой Конвенции сделали оговорки.

Заключение

Общепризнанный правовой принцип *pacta tertiis*, закрепленный в Венской конвенции 1969 г. и с достаточной степенью успешностью опробованный в международной договорной практике с участием государств, был использован для регламентации отношений, являющихся предметом регулирования Венской конвенции 1986 г. С одной стороны, это обеспечило системный характер правового регулирования сходных по своему характеру отношений. С другой стороны, такой подход не позволил в полной мере учесть особенности правовой природы таких субъектов международного права, как международные организации и характер отношений, складывающихся в процессе их создания и деятельности. На практике это привело к тому, что фактически надлежащее регулятивное воздействие положений Венской конвенции 1986 г. проявляется лишь в отношении только одного из возможных типов третьих организаций — международных организаций, не являющихся стороной соответствующего международного договора. Остается неурегулированным вопрос о правовых последствиях договоров, которые заключаются международной организацией, для ее государств-членов. Исходя из целей и задач создания и функционирования любой международной организации, она используется государствами-членами для продвижения своих интересов, а также укрепления в достижении общих целей. Такие действия не могут рассматриваться в качестве нарушения международно-правовых норм в отличие от ситуации, когда такие действия совершаются третьим государством. Это основное различие так и не получило адекватного правового решения в Венской конвенции 1986 г. По всей видимости, в ближайшей перспективе поиск правовых механизмов решения данного вопроса будет осуществляться на уровне самих международных организаций посредством принятия и установления собственных внутренних правил функционирования и деятельности.



Библиография

- Анцилотти Д. Курс международного права. Т. 1. М.: Издательство иностранной литературы, 1961. 447 с.
- Каламкарян Р.А. Фактор времени в праве международных договоров. М.: Наука, 1989. 176 с.
- Капустин А.Я. (отв. ред.) Современная концепция применения международных договоров. М.: Норма, 2020. 224 с.
- Талалаев А.Н. Венская конвенция о праве международных договоров: Комментарий. М.: Юридическая литература, 1997. 332 с.
- Ульянова Н.Н. Общие многосторонние договоры в современных международных отношениях: Некоторые вопросы теории. Киев: Наукова думка, 1981. 259 с.

- Blokker N., Schermers H. *International Institutional Law*. Boston — Leiden: Martinus Nijhoff, 2003. 1302 p.
- Bordin F. *The Analogy between States and International Organizations*. Cambridge: University Press, 2018. 276 p.
- Brolmann C. *The 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties. History of Draft Article 36bis / Collection of Essays*. Hague: Martinus Nijhoff, 1998. 204 p.
- Cannizzaro E. (ed.) *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*. Oxford: University Press, 2005. 496 p.
- D'Argent P. *Article 37 / The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary / Corten O., Klein P. (eds.)*. Oxford: University Press, 2011. 2176 p.
- Daillier P., Pellet A. (eds.) *Droit international public*. 6th Edition. Paris: L.G.D.J., 1999. 1455 p.
- Gaja G. «New» Vienna Convention on Treaties between States and International Organizations or between International Organizations: A Critical Commentary. *British Yearbook of International Law*, 1987, vol. 58, pp. 253-269.
- Grewe W. *Fontes Historiae Juris Gentium — Sources Relating to the History of the Law of Nations*. Berlin: Freie Universität, 1992. 682 p.
- Klabbers J. *Introduction to International Institutional Law*. 2nd ed. Cambridge: University Press, 2009. 360 p.
- Manin P. *La Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales*. *Annuaire français de droit international*, 1986, pp. 454–473.
- Proelss A. *Article 37 / Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary / Dörr O., Schmalenbach K. (eds.)*. 2nd ed. Berlin: Springer, 2018. 1534 p.
- Reuter P. *Introduction au droit des traités*. Paris: Presses univ. de France, 1985. 211 p.
- Seyersted F. *Law of International Organizations*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008. 604 p.
- Simma B. (ed.) *Charter of the United Nations. A Commentary*. Vol. II. Oxford: University Press, 2002. 1258 p.
- Vaurs-Chaumette A. *Commentaire de l'Article 98. La Charte des Nations Unies*. *Commentaire article par article*. Cot J., Pellet A., Forteau M. (eds.). Paris: Economica, 2005. 2251 p.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 1

The Legal Status of International Organizations as Third Parties to International Treaties in Accordance to Principle *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*



Sayana Balkhayeva

Leading Researcher, Department of Foreign Constitutional, Administrative, Criminal Legislation and International Law, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: sayanabb@gmail.com



Andrey Pomazansky

Leading Researcher, Department of Constitutional law, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: Mr_A@mail.ru



Abstract

The article is devoted to the genesis of the principle of *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (treaties do not create either obligations or rights for third states without their consent) in the law of treaties with respect to international organizations. This principle, originated from the Roman law, was enshrined in the existing law of treaties through the relevant provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or Between International Organizations of 1986. The authors reveal a number of defects related to the duplication of provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or Between International Organizations of 1986 concerning the legal consequences of treaties in relation to third parties, originally established in the Vienna Convention on the Law of Treaties in 1969. Such an approach does not allow to cover the whole possible range of international relations with participation of international organizations, especially when it comes to the establishment of obligations and rights of member States of international organizations. In practice, it emerges the questions as to the activities of the secretaries-general of international organizations as depositaries of international treaties, as well as the expenditures of member States relating to the functioning of the organs of international organizations. The article concludes that, in fact, the proper regulatory effect of the provisions of the Vienna Convention of 1986 is only manifested with respect to one of the possible types of third organizations, namely international organizations that are not parties to the relevant international treaty. The issue of the legal effects of treaties concluded by an international organization on its member States stands aside. In this regard, it is suggested that in the near future, addressing the remaining legal uncertainty and the search for legal mechanisms to resolve the mentioned issue will be carried out within the international organizations themselves through the adoption and establishment of their own internal rules of activity.



Keywords

international law, principle *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, international organizations, international treaties, third parties, Vienna Convention of 1986, United Nations.

For citation: Balkhaeva S.B., Pomazansky A.E. (2021) The Legal Status of International Organizations as Third Parties to International Treaties in Accordance to Principle *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 154–173 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.154.173



References

Antsilotti D. (1961) *Course of International Law*. Vol. 1. Moscow: Izdatel'stvo inostrannoy literaturu, 447 p. (in Russian)

Blokker N., Schermers H. (2003) *International Institutional Law*. Boston — Leiden: Martinus Nijhoff, 1302 p.

- Bordin F. (2018) *The Analogy between States and International Organizations*. Cambridge: University Press, 276 p.
- Brolmann C. (1998) The 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties — The History of Draft Article 36bis. Collection of Essays. The Hague: Martinus Nijhoff, 204 p.
- Charter of the United Nations. A Commentary (2002). Vol. II. Simma B. (ed.). Oxford: University Press, 1258 p.
- D'Argent P. (2011) Article 37. The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary. Corten O., Klein P. (eds.). Oxford: University Press. 2176 p.
- Daillier P., Pellet A. (eds.) (1999) *Droit international public*. 6th ed. Paris: LGDJ, 1455 p. (in French)
- Gaja G. (1987) A «New» Vienna Convention on Treaties between States and International Organizations or between International Organizations: A Critical Commentary. *British Yearbook of International Law*, vol. 58, pp. 253–269.
- Grewe W. (1992) *Fontes Historiae Juris Gentium — Sources Relating to the History of the Law of Nations*. Berlin: Freie Universität, 682 p.
- Kalamkaryan R.A. (1989) *Time Factor in the Law of International Treaties*. Moscow: Nauka, 176 p. (in Russian)
- Klabbers J. (2009) *An Introduction to International Institutional Law*. 2nd ed. Cambridge: University Press, 360 p.
- Manin P. (1986) La Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales. *Annuaire français de droit international*, pp. 454–473.
- Modern Concepts of Applying International Treaties* (2020) A.Y. Kapustin (ed.). Moscow: Norma, 224 p. (in Russian)
- Proelss A. (2018) Article 37. Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary. Dörr O., Schmalenbach K. (eds.). Berlin: Springer, 1534 p.
- Reuter P. (1995) *Introduction au droit des traits*. Paris: Presses univ. de France, 211 p.
- Seyersted F. (2008) *Common Law of International Organizations*. Leiden: Martinus Nijhoff, 604 p.
- Talalaev A.N. (1997) *Vienna Convention on Law of Treaties*. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 332 p. (in Russian)
- The Law of Treaties beyond the Vienna Convention (2011) Cannizzaro E. (ed.). Oxford: University Press, 496 p.
- Ul'yanova N.N. (1981) *General Multilateral Treaties in Contemporary International Relations: Theory Issues*. Kiev: Naukova dumka, 259 p. (in Russian)
- Vaurs-Chaumette A. (2005) Commentaire de l'Article 98. La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article. Cot J., Pellet A., Forteau M. (eds.). Vol. II. Paris: Economica, 2251 p.

Международно-правовые механизмы противодействия чрезвычайным ситуациям в сфере здравоохранения



В.С. Маличенко

Старший научный сотрудник, отдел социального законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Б. Черемушкинская, 34. E-mail: vlad.malichenko@gmail.com



Аннотация

Пандемия коронавирусной инфекции, вспыхнувшая в 2020 г., за несколько месяцев поразила практически каждое государство вне зависимости от уровня благосостояния, нанесла катастрофический социально-экономический ущерб, привела к беспрецедентной потере валового продукта, росту безработицы, коллапсу систем здравоохранения. Последствия распространения инфекции стали индикатором несовершенства международно-правовых механизмов, ответственных за регулирование здравоохранения на глобальном уровне. Международные медико-санитарные правила продемонстрировали тотальную несостоятельность в противодействии новым эпидемиологическим угрозам, а Всемирная организация здравоохранения в очередной раз оказалась неэффективной в качестве глобального лидера решения масштабных проблем. Отсутствие вакцины и других технологий здравоохранения на момент возникновения пандемии стали индикатором системных проблем в реализации глобальных стратегий противодействия невоенным угрозам и всеобщего охвата услугами здравоохранения. В статье рассмотрены основные этапы становления международного сотрудничества в сфере противодействия распространению инфекционных заболеваний, определено их место в формировании концепции глобальной безопасности. Анализируется практика применения международных медико-санитарных правил в условиях инфекционных пандемий и сформулированы рекомендации по совершенствованию регулирования предотвращения и борьбы с инфекционными заболеваниями. Отдельное внимание уделено оценке эффективности механизма определения чрезвычайной ситуации в области здравоохранения, имеющей международное значение на примере последних пандемий. Указаны основные помехи разработке вакцины как основной технологии противодействия распространению инфекционных заболеваний, а также рассмотрены основные международные механизмы обеспечения всеобщего охвата необходимой медицинской помощью, включая успешные международные инициативы по привлечению финансирования. На основании анализа системных угроз в глобальном управлении здравоохранением предложены рекомендации в области совершенствования деятельности ВОЗ.



Ключевые слова

пандемия, международная безопасность, глобальное здравоохранение, коронавирусная инфекция, международные медико-санитарные правила, право на здоровье.

Для цитирования: Маличенко В.С. Международно-правовые механизмы противодействия чрезвычайным ситуациям в сфере здравоохранения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 1. С. 174–197.

УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.174.197

Введение

Сотрудничество государств в отношении противодействия угрозам и вызовам в сфере охраны здоровья началось с внедрения инициатив по борьбе с инфекционными заболеваниями. Первые законы, устанавливающие карантин для контроля за распространением бубонной чумы, были утверждены в Венеции в 1348 г. Однако систематические меры в отношении борьбы с угрозами в сфере здравоохранения стали принимать только в середине XIX века. Развитие торговли, увеличение темпов миграции населения, а также неэффективность мер на национальном уровне предопределили необходимость создания системы контроля за распространением инфекционных заболеваний на международном уровне. Первый диалог между государствами в отношении данной проблемы состоялся на Международной санитарной конференции в 1851 г. в Париже и был нацелен на выработку единой стратегии контроля за распространением холеры, чумы и желтой лихорадки, распространенных тогда в Европе. В 1892 г. по итогам очередной Международной конференции по санитарии была подписана Международная санитарная конвенция, устанавливающая карантинные меры для предотвращения распространения холеры.

Только через полвека было принято решение о создании в 1907 г. постоянной международной организации — Международного бюро гигиены (Office International d'Hygiene Publique). В ее задачи входили сбор и доведение до сведения стран документов общего характера, распространение информации, относящейся к вопросам инфекционных заболеваний. Развитие международного сотрудничества в отношении противодействия распространению инфекционных заболеваний было продолжено Организацией Лиги Наций по охране здоровья и впоследствии Всемирной организацией здравоохранения (далее — ВОЗ). Первые десятилетия ее деятельности связаны с успешной реализацией мер в отношении наиболее распространенных инфекционных заболеваний. Так, в 1979 г. экспертная комиссия ВОЗ подтвердила, что в результате общих усилий удалось полностью искоренить вирус оспы.

Существенные достижения в области технологий здравоохранения, в особенности вакцин, позволили обеспечить необходимый уровень контроля за распространением инфекций и во многом сместили фокус международного сотрудничества на вопросы, связанные со старением населения и увеличением распространенности неинфекционных заболеваний (онкология, сахарный диабет, сердечно-сосудистые заболевания). Вместе с тем за последние годы, несмотря на мнимое ощущение благополучия и полной готовности к любой угрозе в сфере здравоохранения, в различных регионах мира было зафиксировано более 30 вспышек инфекционных заболеваний, которые являлись индикатором несовершенства механизмов контроля за их распространением, сформированных за предыдущее столетие [Mukherjee S., 2017: 459–467]. Каждая подобная ситуация ставит перед международным сообществом задачу внедрения оптимальных механизмов противодействия инфекционным угрозам для обеспечения безопасности человека и государств.

Стремительное распространение возбудителя новой коронавирусной инфекции COVID-19 (вирус SARS-CoV-2) 30.01.2020 было признано ВОЗ чрезвычайной ситуацией в области общественного здравоохранения, имеющей международное значение (Public Health Emergency of International Concern) (далее — чрезвычайная ситуация)¹, а 30.03. 2020 происходящему был присвоен официальный статус пандемии. На момент подготовки публикации (28.07.2020) по данным интернет-ресурса университета Джона Хопкинса в мире было зарегистрировано более 105 млн. заболевших и более 2 млн. летальных исходов вследствие новой коронавирусной инфекцией (COVID-19)². Для сравнения: вспышка острого респираторного синдрома (SARS) (далее — ТОРС) в 2003 г. унесла жизни 774 человек. По масштабам пандемию коронавируса можно сопоставить с пандемией «испанки», поразившей 500 млн. человек, что тогда составляло треть населения планеты, и унесшей 50 млн. жизней в 1918–1919 гг. [Morens D., Taubenberger J., 2018: 1449–1454].

На сегодняшний день есть различные мнения в отношении ожидаемых масштабов пандемии. Так, согласно предварительным расчетам Центра статистики и инфекционных заболеваний университета Флориды, более 2/3 мировой популяции могут быть заражены вирусом. При этом в ряде публикаций отмечается, что данный сценарий является наименее благоприятным, а большинство инфицированных перенесет заболевание в легкой форме³.

¹ Available at: [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)) (дата обращения: 07.02.2021)

² Available at: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> (дата обращения: 07.02.2021)

³ Available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-02-13/coronavirus-could-infect-two-thirds-of-globe-researcher-says> (дата обращения: 07.02.2021)

Пандемия коронавирусной инфекции заставила по-новому взглянуть на место регулирования охраны здоровья в обеспечении безопасности человека и государства. В первую очередь высокая контагиозность вируса является прямой угрозой обороноспособности государства в случае его распространения среди воинского контингента. Карантинные меры оказали губительное влияние на экономические показатели всех стран, стремительно увеличивая безработицу и подводя миллионы людей к черте бедности. Экономические последствия пандемии коронавируса превосходят потери от мирового финансового кризиса 2008 г. По данным Международного валютного фонда, в 2020 г. общие экономические потери государств составили 11 трлн. долл. США., а мировой ВВП сократится на 4,9% ⁴.

Повышение нагрузки на лечебные учреждения, приводящее к снижению частоты медицинских вмешательств в отношении хронических заболеваний, сопровождаемое уменьшением благосостояния населения, приводит к обострению заболеваний, инвалидизации населения и, как следствие, к повышению доли нетрудоспособного населения. По данным ВОЗ, в 53% из 155 опрошенных стран наблюдаются существенные ограничения по оказанию помощи пациентам с сердечно-сосудистыми заболеваниями, а в 42% странах — пациентам с онкологическими заболеваниями⁵.

Кроме того, аналогичный негативный тренд отмечается в лечении иных инфекционных заболеваний, имеющих высокую социальную значимость для государств. Согласно анализу, опубликованному в журнале «Ланцет», нагрузка на системы здравоохранения в странах с высоким распространением таких заболеваний, как ВИЧ, туберкулез, малярия, приведет к увеличению смертности в течение пяти лет на 10%, 20% и 36% соответственно [Hogan A., Jewell B., Sherrard-Smith E. et al., 2020: 1132–1141].

Пандемия коронавируса стала индикатором, продемонстрировавшим беспомощность международно-правовых механизмов противодействия инфекционным заболеваниям. Среди основных проблем необходимо выделить: отсутствие глобального лидерства в координировании инициатив в сфере обеспечения охраны здоровья; устаревшие механизмы информирования и введения ограничительных мер при возникновении пандемий; отсутствие системы устойчивого финансирования разработки вакцин; необходимость внедрения механизмов привлечения к ответственности государств за намеренное сокрытие данных о распространении инфекционных заболеваний или распространении инфекционных агентов искусственного происхождения.

⁴ Available at: URL: <https://www.imf.org/ru/Publications/WEO/Issues/2020/06/24/WEOUpdateJune2020> (дата обращения: 07.02.2021)

⁵ Available at: <https://www.who.int/news-room/detail/01-06-2020-covid-19-significantly-impacts-health-services-for-noncommunicable-diseases> (дата обращения: 07.02.2021)

1. Исторические этапы развития системы противодействия распространению инфекционных заболеваний

В работе Д. Фидлера, посвященной анализу развития системы международно-правового регулирования с целью обеспечения глобальной безопасности в сфере здравоохранения, отмечается, что с момента разработки первой Международной санитарной конвенции (1892) до утверждения Международных санитарных правил (1951) в системе международных отношений действовал «классический режим» контроля за распространением инфекционных заболеваний, основанный на двух обязательствах со сторон государств. Во-первых, обеспечить обязательное взаимное информирование о вспышках специфических инфекционных заболеваний на своей территории, во-вторых, внедрять меры профилактики, основанные на принципах доказательной медицины и науки здравоохранения взамен мер, ограничивающих международную торговлю и туризм.

Отличительной чертой «классического режима» является фокус на контроле инфекционных заболеваний, традиционно распространенных в регионе Азии и Ближнего Востока. Так, первая Международная санитарная конвенция (1892) реформировала систему карантинных мер, применяемых при навигации по Суэцкому каналу, и внедрила дополнительные меры, принимаемые морским, санитарным и карантинным советом Египта⁶. В дальнейшем международные санитарные конвенции (1903, 1912 и 1926) в основном фокусировались на противодействии распространению инфекционных заболеваний, распространенных вне европейского региона [Fidler D., 1999: 21–57]. Международные санитарные конвенции до 1926 г. не охватывали заболеваний, распространенных в европейском регионе, пока в документ не были включены брюшной тиф и оспа. Для сравнения — Панамериканский санитарный кодекс 1924 г. применялся в отношении гораздо более обширного перечня, включавшего около 10 заболеваний.

С учреждением ВОЗ началась постепенная трансформация «классического режима» контроля за распространением инфекционных заболеваний, в первую очередь, движимая широтой полномочий, гарантированных в рамках Устава организации. «Классический режим» контроля за распространением инфекционных заболеваний действовал в соответствии с ст. 34 Венской конвенции о праве международных договоров (1969), согласно которой договор не порождает обязательств или прав для третьей стороны без получения ее согласия. Однако Всемирная ассамблея здравоохранения в соответствии с Уставом наделялась правом принимать правила для установле-

⁶ International Sanitary Convention, 30 January 1892, 1893. Great Britain Treaty Series No. 8.

ния санитарных и карантинных требований и других процедур, направленных на предотвращение международного распространения инфекционных заболеваний, обязательных для всех членов ВОЗ за исключением случаев, когда государство уведомляет об отклонении или оговорках в отношении принятых правил. Ранее ни одна международная организация не обладала аналогичными полномочиями в отношении разработки документов для регулирования сферы здравоохранения.

Учреждение ВОЗ также ознаменовало закрепление роли лидера за организацией, объединяющей практически все государства планеты. Одной из основных ее задач, согласно Уставу, является обеспечение международного режима контроля за распространением болезней. Первым документом ВОЗ в отношении контроля за распространением инфекций стали принятые Всемирной ассамблеей здравоохранения в 1951 г. Международные санитарные правила (далее — МСП), заменившие 12 международных санитарных конвенций и ставшие основным источником международных обязательств в отношении обеспечения контроля за инфекционными заболеваниями. В 1969 г. МСП были пересмотрены и утверждены под названием Международных медико-санитарных правил (далее — ММСП). Первоначально документ охватывал шесть заболеваний (чума, холера, натуральная оспа, жёлтая лихорадка, сыпной и возвратный тифы.), число которых впоследствии благодаря принимаемым мерам было сокращено до трех.

Наравне с созданием ВОЗ другим фактором, повлиявшим на изменение трендов в системе регулирования распространения инфекционных заболеваний, стало формирование новых отраслей международного права — международного торгового права, международного права защиты прав человека, международного права защиты окружающей среды, — регулирующих процессы, которые напрямую влияют на распространение инфекционных заболеваний. Кроме того, стремительное распространение таких заболеваний, как ВИЧ, а также внимание к контролю за распространением биологического оружия в контексте обеспечения национальной безопасности и поддержания общественного здравоохранения, свидетельствовали о необходимости новых мер контроля за подобными процессами. Стремительная глобализация финансовых и торговых процессов, сопровождаемая появлением новых эпидемиологических угроз, указывала на необходимость пересмотра ММСП. Вспышка ТОРС в 2002 г., наглядно продемонстрировавшая несоответствие документа современным эпидемиологическим трендам, послужила окончательным триггером пересмотра [Heymann D., Rodier G., 2004: 185–197]. В докладе Генерального секретаря ООН «При большей свободе: к развитию, безопасности и правам человека для всех» (2005) отмечается, что глобальный ответ на возникающие пандемии является чрезвычайно

медленным и ограниченным в финансовой поддержке⁷. Руководствуясь необходимостью укрепления международного сотрудничества и ускорения реагирования на новые инфекционные угрозы, Генеральный секретарь ООН предложил пересмотреть ММСП.

2. Эффективность международных медико-санитарных правил в условиях пандемии на современном этапе

Основной идеей обновленной в 2005 г. версии ММСП стало доминирование интересов международного сообщества над государственным суверенитетом при обеспечении эпидемиологической безопасности, а также смещение приоритета от обеспечения безопасности торговых процессов к защите прав и интересов человека. Разработка новой редакции ММСП обеспечила окончательную трансформацию привычных подходов к системе регулирования инфекционных заболеваний за счет кардинального изменения содержания документа. Расширение сферы влияния ММСП подчеркивает повышение значения вопросов регулирования общественного здравоохранения в системе глобального управления, произошедшее за последние 15 лет. Как отметил Генеральный секретарь ООН, ВОЗ сделала смелый и необходимый шаг на пути к укреплению международного сотрудничества в области защиты здоровья населения во всем мире от всех заболеваний, независимо от их происхождения или источника⁸.

С момента разработки первых международных санитарных конвенций контроль за угрозами общественному здравоохранению со стороны неинфекционных агентов биологического, химического или радиационно-ядерного характера обеспечивался другими международно-правовыми режимами. Новая редакция ММСП формирует всеобъемлющую стратегию обеспечения безопасности в сфере здравоохранения, в том числе регулируя ситуации, вызванные угрозами не только инфекционной природы. «Классический режим» контроля за распространением инфекций никогда не затрагивал вопросов влияния применения оружия массового поражения на состояние здравоохранения. Однако потенциально драматические масштабы последствий от преднамеренного применения различных вредоносных агентов послужило стимулом для обсуждения необходимости внедрить данные положения в текст обновленных ММСП. Одной из причин существенного расширения сферы применения ММСП является тот факт, что Конвенция о запрещении разработки, производства, накопления и применения

⁷ In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All, Report of the Secretary-General. UN Doc. A/59 (2005).

⁸ UN Secretary-General. Press release. SG/SM/9886, SAG/365, 23 May 2005.

химического оружия и о его уничтожении (Женевский протокол 1925 г.) не рассматривала возможности их применения государствами или террористическими объединениями.

Кроме того, ММСП обращает внимание на происхождение угроз, подчеркивая, что положения документа распространяются на их «естественное, случайное высвобождение или преднамеренное применение». В частности, в ст. 7 устанавливается, что независимо от происхождения или источника, которые могут создать чрезвычайную ситуацию в области здравоохранения, государства-участники ВОЗ передают организации всю соответствующую медико-санитарную информацию. Таким образом, в сферу ММСП попадают ситуации пандемий вследствие преднамеренного распространения вируса.

ММСП внедряет ряд важных механизмов контроля за распространением инфекционных заболеваний. Поскольку ВОЗ не обладает возможностями самостоятельного сбора информации в каждой стране, данная задача в соответствии с ст. 4 ММСП возлагается на национальных координаторов, ответственных за реализацию мер, сформулированных в ММСП, и прямой контакт с ВОЗ.

В приложении 2 к ММСП сформулирована схема принятия решений для оценки и уведомления о событиях, которые могут создать чрезвычайную ситуацию в области здравоохранения, имеющую международное значение. В соответствии со ст. 6 ММСП в течение 24 часов каждое государство-участник уведомляет ВОЗ с помощью самых действенных средств связи через национального координатора о всех происходящих на его территории событиях, которые в соответствии со схемой принятия решения могут означать чрезвычайную ситуацию. Несвоевременное информирование ВОЗ или отказ в любых сведениях о чрезвычайной ситуации может трактоваться как нарушение ММСП и предполагать санкции против нарушающего государства. Важно отметить, что ММСП позволяют ВОЗ использовать не только официальные источники информации, но, например, и публикации средств массовой информации для оценки ситуации с распространением инфекций и запроса необходимых комментариев государств.

Данный механизм продемонстрировал неэффективность в первые дни вспышки COVID-19. Хотя власти КНР впервые сообщили в ВОЗ о новом коронавирусе 31.12.2019, ретроспективный анализ показал, что вирус уже присутствовал в Ухани за несколько недель до первого уведомления ВОЗ [Huang C., Wang Y., Li X. et al, 2020: 497-506]. Кроме того, были сообщения о первоначальных задержках китайских чиновников в информировании и их попытках преуменьшить серьезность вспышки [Buckley C., Myers S., 2020]. Основным и правомерным вопросом остается, действительно ли китайские власти своевременно и в должном объеме, как предписано ММСП, информировали ВОЗ о ситуации с распространением коронавируса [Ratcliffe R., Standaert M., 2020].

Запоздалое информирование ВОЗ о ситуации с коронавирусной инфекцией стало предметом обсуждения ответственности КНР. В частности, президент США Д. Трамп обвинил китайское правительство в сокрытии первых этапов распространения коронавирусной инфекции, которые могли обеспечить своевременную реакцию международного сообщества. Аналогичная ситуация с несвоевременным информированием наблюдалась в 2002–2003 гг. при вспышке ТОРС. Хотя вспышка произошла в ноябре 2002 г., власти Китая информировали ВОЗ только к февралю 2003 г., а еще два месяца понадобилось для разрешения въезда специалистов ВОЗ на территорию провинции Гвадонг, где произошла вспышка.

Предыдущая редакция ММСП во многом ограничивала возможности генерального директора ВОЗ в принятии решений для предотвращения распространения инфекционных заболеваний. В частности, в 2003 г. решение генерального директора действовать вне рамок ММСП и объявить чрезвычайную ситуацию в связи с распространением ТОРС было подвергнуто критике и оценивалось как превышение полномочий. В первую очередь подобная реакция была вызвана тем, что предыдущая редакция ММСП действовала только в отношении фиксированного перечня инфекционных заболеваний.

Новая редакция ММСП расширила мандат ВОЗ и, в частности, Генерального директора, наделив его полномочиями в отношении объявления чрезвычайной ситуации. Полномочия объявления чрезвычайной ситуации — уникальный международно-правовой механизм, наделяющий руководителя организации единоличным правом издавать акт, имеющий потенциальные широкомасштабные последствия. С момента утверждения обновленных ММСП чрезвычайная ситуация объявлялась шесть раз в отношении вспышек вирусов полиомиелита, Зика, Эбола в Западной Африке, а затем и в Конго, гриппа H1N1 и COVID-19.

Объявление чрезвычайной ситуации дает генеральному директору право издавать временные рекомендации о медико-санитарных мерах, направленных на предотвращение или уменьшение международного распространения болезни. В ст. 15 п. 2 подчеркивается обязательный характер временных рекомендаций, что по определению противоречит смыслу понятия рекомендации.

Процедура определения чрезвычайной ситуации предполагает созыв Чрезвычайного комитета, состоящего из экспертов, отобранных из реестра, разработанного ВОЗ совместно с государствами-участницами. Чрезвычайный комитет в консультации с пострадавшим государством готовит позицию в отношении наличия признаков чрезвычайной ситуации, на основании которого генеральным директором принимается окончательное

решение. При этом решение генерального директора может отличаться от позиции Чрезвычайного комитета. Необходимо отметить, что больше всего вопросов у экспертного сообщества вызывает процедура принятия решений Чрезвычайным комитетом, отличающаяся закрытостью и отсутствием последовательности при сравнительном анализе принимаемых решений [Eccleston-Turner M., Kamradt-Scott A., 2019: 1–3].

Пандемия гриппа H1N1 2009 г. стала первой проверкой обновленных ММСП. ВОЗ провозгласила первую в истории чрезвычайную ситуацию после консультации с Мексикой и США. Однако в официальном заявлении отсутствовало обоснование принятия решения по данному вопросу [Fidler D., 2019: 287–330]. Позднее ВОЗ подверглась критике за разжигание страха, когда выяснилось, что вирус не является высокопатогенным, хотя он стал причиной более чем 200 000 смертей во всем мире. В то же время в рамках комментария в отношении вспышки вируса Эбола в Конго Чрезвычайный комитет установил, что имеет место высокий риск регионального распространения заболевания, но вместе с тем объявление чрезвычайной ситуации не принесет дополнительной пользы⁹. В ситуации с вирусом Эбола генеральный директор ВОЗ объявил чрезвычайную ситуацию 8.08.2014, только спустя четыре месяца после заявления о «беспрецедентной вспышке» заболевания [Horton R., 2015: 103]. Согласно документам, попавшим в распоряжение прессы, процесс принятия решения не был транспарентным и был подвержен политическому влиянию¹⁰.

Эксперты придерживаются позиции, что осторожный подход ВОЗ к объявлению чрезвычайной ситуации препятствует необходимым мерам противодействия распространению инфекций, предусматриваемых ММСП [Gostin L., Katz R., 2016: 264–313]. Во многом позиция ВОЗ обусловлена возможными существенными последствиями для экономики стран вследствие характера мер, принимаемых при объявлении чрезвычайной ситуации. Даже после того, как Китай уведомил ВОЗ о вспышке коронавируса, ММСП не способствовали быстрому объявлению ВОЗ чрезвычайной ситуации. Это задержало глобальные приготовления к пандемическому ответу. Из-за недостатка информации, сообщаемой властями Китая, и различных мнений экспертов генеральный директор ВОЗ трижды созывал Комитет по чрезвычайным ситуациям в конце января 2020 г. для выяснения целесообразности объявления чрезвычайной ситуации.

⁹ Available at: [https://www.who.int/news-room/detail/12-04-2019-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-for-ebola-virus-disease-in-the-democratic-republic-of-the-congo-on-12th-april-2019](https://www.who.int/news-room/detail/12-04-2019-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-for-ebola-virus-disease-in-the-democratic-republic-of-the-congo-on-12th-april-2019) (дата обращения: 07.02.2021)

¹⁰ Associated Press. E-mails: UN health agency resisted declaring Ebola emergency. Available at: <http://www.nytimes.com/aponline/2015/03/20/world/ap-un-who-bungling-ebola.html> (дата обращения: 07.02.2021)

3. Контроль над распространением инфекционных заболеваний в системе обеспечения международной безопасности

Угрозы в сфере здравоохранения доминируют среди невоенных угроз, рассматриваемых при изучении концепции глобальной безопасности, что, в частности, подтверждается множеством научных исследований данной области [McInnes C., Kelley L., 2006: 32: 5–23]; [Davies S., 2008: 295–313]; [Fidler D., 2003: 787–856]. Необходимость противодействия угрозам инфекционных пандемий исторически связывали с вопросами безопасности человека и государства. Биотерроризм становится все более ощутимой угрозой. Подтверждение этому — ситуация с распространением спор сибирской язвы в США в 2001 г. через почтовую систему. Это стало наглядной иллюстрацией уязвимости государств в отношении намеренно распространяемых патогенных агентов [Jernigan D., Raghunathan P., Bell B., 2001: 1019–1028]. Многие страны стали обращать внимание на дестабилизирующие последствия инфекционных пандемий. Особенно данная ситуация усилилась после вспышки ТОРС в 2002–2003 гг.

Угрозы биотерроризма привели к интеграции вопросов безопасности при обсуждении проблем охраны здоровья на международном уровне [Kelle A., 2007: 217–235]. В ноябре 2003 г. тогдашний Генеральный секретарь ООН К. Аннан учредил рабочую группу по угрозам, вызовам и переменам для выработки предложений по укреплению международной безопасности, в состав которой вошли видные политики. В докладе «Более безопасный мир: наша общая ответственность», опубликованном по результатам работы, было изложено новое видение коллективной ответственности и проанализированы основные угрозы международному миру и безопасности, среди которых ядерный терроризм, транснациональная организованная преступность, инфекционные болезни, экологическая деградация.

В дальнейшем ВОЗ сформулировал понятие «глобальная безопасность в области общественного здравоохранения», под которой следует понимать необходимые одновременно упреждающие и ответные меры минимизации уязвимости в отношении экстренных событий в области здравоохранения, угрожающих коллективному здоровью населения различных географических районов и стран¹¹.

Роль контроля за распространением инфекционных заболеваний в обеспечении глобальной безопасности подчеркивается в ряде резолюций Совета безопасности ООН. В двух резолюциях, посвященных кризису ВИЧ в

¹¹ Available at: <http://www.who.int/whr/2007/whr07en.pdf> (дата обращения: 07.02.2021)

Африке¹² и вспышке Эболы в 2014–2016 гг.¹³, каждая из рассматриваемых ситуаций была определена в качестве угрозы международному миру и безопасности. Другие чрезвычайные ситуации, объявленные ВОЗ, такие, как пандемия вируса гриппа H1N1 и вспышка вируса Зика в Америке не получили подобного внимания в Совете безопасности, хотя и имели схожие последствия. Подобное избирательное отношение Совета безопасности демонстрирует, что не каждая вспышка инфекций трактуется ответственными организациями в качестве угрозы [Heath J., 2016: 1–47]. Открытым вопросом остается определение критерия оценки соответствия чрезвычайной ситуации в сфере общественного здравоохранения в качестве угрозы миру и безопасности [Pavone I., 2017: 301–326]. Ситуация, при которой проблема в сфере здравоохранения трактуется в качестве угрозы безопасности на международном уровне, в большинстве случаев зависит от внешнеполитических факторов, а также политической воли членов Совета безопасности.

4. Разработка технологий здравоохранения для борьбы с инфекционными заболеваниями

Разработка технологий здравоохранения, под которыми традиционно понимаются различные средств профилактики, диагностики и лечения заболеваний, является важнейшим элементом готовности к инфекционным пандемиям. Одной из основных технологий здравоохранения, направленной на противодействие распространению инфекционных заболеваний, является вакцинация. Вакцина — медицинский препарат, состоящий из ослабленных или убитых возбудителей инфекционных заболеваний для формирования иммунитета или лечения данного заболевания.

Вакцины — наиболее действенное медицинское средство, их применение позволило предотвратить более 25 млн. смертей в 2010–2020 гг. Вакцинация играет важную роль в снижении детской смертности до достижения пятилетнего возраста. Каждый доллар, вложенный в вакцинацию новорожденных, позволяет сэкономить десять долларов для здравоохранения в будущем. В 2017 г. 19,4 млн. детей по всему миру не имели необходимого доступа к вакцинам для лечения более чем 30 заболеваний, и даже исследования по их разработке не проводились.

Разработка вакцины против COVID-19 является приоритетной задачей международного сообщества в сдерживании распространения вируса. На сегодняшний день восемь потенциальных вакцин находятся на стадии клинических исследований и более 100 потенциальных молекул в 12 странах — на

¹² Security Council resolution 1983 (2011).

¹³ Security Council resolution 2177 (2014).

доклинической стадии разработки [Bollyky T., Gostin L., Hamburg M., 2020: 2462–2463]. Однако факт отсутствия вакцины к моменту начала пандемии стал индикатором несовершенства разработки технологий здравоохранения при их первоначально низкой востребованности.

В качестве примера рассмотрим ситуацию с вирусом Эбола. Заболевание, вызываемое вирусом Эбола, впервые было диагностировано в 1976 г. после вспышек в Судане и Демократической Республике Конго близ реки Эбола, давшей название вирусу. Исследования вакцины против вируса Эболы начались в 1980 г. после определения вирусного патогена. Однако до 2014 г. разработки ограничивались опытами на животных, так как инвестиции в многолетние клинические исследования на людях при отсутствии рынка сбыта были чрезвычайно убыточными, а также осложнялись необходимостью лицензирования производства вакцины для лечения смертельного заболевания без доказательной базы, создать которую возможно только в условиях пандемии. Однако вспышка вируса Эболы, охватившая Мали, Нигерию, Сенегал, Испанию, Италию, Великобританию и США, существенно ускорила разработку нескольких вакцин, и стимулировала проведение более чем 40 клинических исследований [Wang Y. et al., 2017: 153–168]. Данная ситуация чрезвычайно показательна, так как иллюстрирует дисбаланс фармацевтического рынка. Фармацевтические компании получают большую часть прибыли за счет продаж малых объемов продукции по высоким ценам в странах с высоким уровнем экономического развития. Большие объемы продукции по более доступным ценам для развивающихся стран покрываются за счет организаций-доноров.

Согласно предположениям ученых, различные виды коронавируса, распространенные среди животных, существуют более 10 тыс. лет [Wertheim J., Chu D., Peiris J. et al., 2013: 7039–7045]; [Monchatre-Leroy E., Boué F. et al., 2017: 364]. Первый коронавирус человека был описан в 1960-х гг. [Tyrrell D., Bynoe M., 1965: 1467–70]; [Hamre D., Procknow J., 1966: 190–193], но только в 2003 г. был зарегистрирован коронавирус, вызывающий тяжелый респираторный синдром ТОРС [Drosten C., Günther S., Preiser W. et al., 2003: 1967–1976], а в 2012 г. — коронавирус, вызывающий ближневосточный респираторный синдром [Price S., Miazgowicz K., Munster V., 2014: 121–136]. Таким образом, научному сообществу давно известно о существовании данного типа вируса, но вместе с тем разработки необходимых технологий здравоохранения для предотвращения или лечения инфекций, им вызываемых, предпринято не было. Подобная ситуация может быть вызвана отсутствием надлежащих механизмов перспективной оценки патогенности вирусных штаммов, но, что более вероятно, — отсутствием коммерческих стимулов инвестирования в разработку необходимых технологий.

К 2023 г. стоимость глобального рынка вакцин превысит 50 млрд. долл. США¹⁴. На рынке доминирует несколько фармацевтических производителей, охватывающих 80% мировых продаж вакцин¹⁵. Разработка новой вакцины обычно занимает от 15 до 20 лет и требует вложения более 1 млрд. долл. в исследовательский процесс [Kaslow D. et al., 2018: 337]. Процесс разработки вакцин можно разделить на три последовательных этапа. Наименьшие затраты (10%) приходятся на первый этап определения потенциально эффективной молекулы. Под влиянием биотехнологических компаний, научного сообщества и промышленности данный процесс заметно ускорился за последние 40 лет, упростив получение молекулы для последующего проведения клинических исследований [Baker S., Payne D., Rappuoli R. et al., 2018: 12887–12895].

На втором этапе проводятся ранние фазы клинических исследований, на которые приходится 20% общего объема затрат на разработку исследований. Наиболее масштабные инвестиции требуются на третьем этапе разработки клинических исследований, предполагающем международные многоцентровые исследования [Rappuoli R. et al., 2019: 1–7]. Если затраты на реализацию первых этапов покрываются пропорционально различными международными фондами и инициативами, то заключительный, наиболее затратный этап целиком возлагался на фармацевтических производителей. В литературе именно третий этап разработки получил название «долины смерти», так как многие вакцины не доходят до конечного потребителя именно из-за финансовой и энергетической затратности данного этапа [Kaslow D. et al., 2018: 339].

Основным критерием готовности производителей инвестировать в наиболее затратные этапы разработки вакцин являются объем потенциального рынка сбыта, а также конкуренция других производителей. В ситуации с вирусом Эбола потенциальный рынок, ограниченный несколькими странами Африки, не вызвал большого интереса инвесторов, но ситуация кардинально изменилась в связи с увеличением распространенности заболевания. По оценкам Всемирного банка, вспышка вируса Эбола в 2014–2016 гг. в Гвинее, Либерии и Сьерра-Леоне привела к экономическим потерям в размере 2,8 млрд. долл.. При этом заинтересованность фармацевтических производителей — основных инвесторов разработки вакцин остается крайне низкой ввиду ограниченного рынка сбыта.

¹⁴ Vaccines Market Worth \$50.42 Billion by 2023, MARKETS & MARKETS (Aug. 30, 2018). Available at: <https://www.marketsandmarkets.com/PressReleases/vaccine-technologies.asp> (дата обращения: 07.02.2021)

¹⁵ Vaccine Market, WHO. Available at: http://www.who.int/immunization/programmes_systems/procurement/market/global_supply/en/ (дата обращения: 07.02.2021)

В качестве примера влияния потенциального рынка сбыта на объем инвестиций в разработку препаратов для лечения инфекционных заболеваний следует рассмотреть ситуацию с лечением туберкулеза и малярии. В связи с наличием целого ряда препаратов инвестиции в новые разработки заметно сократились. Это является негативной тенденцией ввиду частого развития лекарственной резистентности при продолжительном использовании определенных препаратов¹⁶.

Недостаточное финансирование разработки вакцин послужило стимулом международных инициатив, направленных на обеспечение необходимого уровня инвестиций в данный процесс. Так, десятилетие назад в рамках форума Большой семерки (G7) обсуждался вопрос разработки, производства и распространения пневмококковой вакцины в наименее развитых странах. Впоследствии Всемирный банк и Альянс Гави оказали помощь в разработке и запуске проекта с объемом финансирования более 1,5 млрд. долл. США, позволившего разработать три вакцины и вакцинировать 150 млн. детей в 60 странах, спасти более 700 тыс. жизней [Kremer M. et al., 2020: 269–273].

Другим примером привлечения финансирования в разработку вакцин является Коалиция за инновации в области обеспечения готовности к эпидемиям (CEPI), созданная в 2017 г. в Давосе. Это партнерство государственных, частных, благотворительных и гражданских организаций, задача которых заключается в стимулировании, финансировании и координации разработки вакцин против болезней с потенциально высоким эпидемическим потенциалом, но недостаточной коммерческой привлекательностью для фармацевтических производителей. К ноябрю 2019 г. общий объем инвестиций Коалиции в разработку 19 вакцин составил 706 млн. долл.

В феврале 2020 г. Всемирный банк совместно с Коалицией провел глобальные консультации о трех основных задачах всеобщей вакцинации: быстрота разработки вакцин, производственная мощность, всеобщий доступ [Yamey G, Schäferhoff M., Pate M. et al., 2020: 1405–1406]. По результатам консультаций была сформирована группа разработки вакцины для лечения COVID-19. При определении механизмов производства и финансирования работ установлено, что разработка трех вакцин потребует 12–18 месяцев и инвестиций в размере 2 млрд. долл.¹⁷.

Помимо устойчивого финансирования не менее важным компонентом своевременной разработки вакцин является гибкое применение механизмов

¹⁶ Branswell H. Who will answer the call in the next outbreak? Drug makers feel burned by string of vaccine pleas. STAT January 11, 2018. Available at: <https://www.statnews.com/2018/01/11/vaccines-drug-makers/> (дата обращения: 07.02.2021)

¹⁷ The Coalition for Epidemic Preparedness Innovations. Available at: https://cepi.net/news_cepi/2-billion-required-to-develop-a-vaccine-against-the-covid-19-virus-2/ (дата обращения: 07.02.2021)

защиты интеллектуальной собственности. Патентование технологий может препятствовать непосредственно процессу разработки новых вакцин. Подобная ситуация возникает, когда университеты, национальные исследовательские институты и фармацевтические компании регистрируют патенты на конкретные технологии, имеющие решающее значение для разработки новой вакцины. В литературе подобные патенты часто называют «блокирующими». Партнерства государственного и частного секторов продемонстрировали эффективность в преодолении «блокирующих» патентов для разработки доступных вакцин, предназначенных для лечения заболеваний, распространенность которых не позволяет обеспечить окупаемости инвестиций в разработку. Например, в 2000 г. в рамках Партнерства «Проект вакцины против менингита», объединяющего ВОЗ, деятелей национальных программ иммунизации Западной Африки и других организаций, была разработана вакцина против менингита на основании неисключительной лицензии Национального института здравоохранения (NIH).

Внедрение механизмов постоянного обмена данными о возбудителях заболеваний способствует ускоренной разработке вакцин, лекарственных препаратов и необходимых мер для профилактики распространения заболевания. Без гарантий в отношении равного доступа к разрабатываемым вакцинам, развивающиеся страны могут ограничивать обмен данными, необходимыми для разработки вакцин. В 2007 г. правительство Индонезии отказалось передавать образцы вируса гриппа ВОЗ в рамках действовавшей тогда программы «Глобальная сеть эпиднадзора за гриппом» (Global Influenza Surveillance Network) (далее — GISN), впоследствии переименованной в «Глобальную систему ВОЗ по эпиднадзору за гриппом и принятия ответных мер» (Global Influenza Surveillance and Response System). Решение было обусловлено неравенством, с которым сталкивались развивающиеся страны при доступе к вакцинам в рамках пандемий. В частности, ранее ВОЗ передавала штамм вируса, полученный в Индонезии, австралийскому фармацевтическому производителю для производства и патентования вакцины без предварительного согласия правительства Индонезии [Sedyaningsih E., Isfandari S., Soendoro T. et al., 2008: 482–488].

В ответ на запрос Индонезии на сессии Всемирной ассамблеи здравоохранения в 2007 г. была принята резолюция о необходимости внедрения эффективного и транспарентного международного механизма, направленного на обеспечение справедливого и равноценного обмена достижениями, полученными на основании образцов вирусов гриппа. Резолюция стала триггером для разработки на основании ст. 23 Устава ВОЗ в мае 2011 г. Механизма обеспечения готовности к пандемическому гриппу (Pandemic Influenza Preparedness Framework) (далее — Механизм). Механизм, в частности, признает принцип суверенных прав государств на их биологические ресурсы и

значение коллективных действий для уменьшения рисков для общественного здравоохранения и устанавливает основной целью обмен вирусами гриппа, обладающими пандемическим потенциалом, и обмен полученными данными и разработок. Механизм унифицирует подход к обмену образцами вирусов, внедряя формат стандартного соглашения о передаче материалов в рамках «Глобальной системы ВОЗ по эпиднадзору за гриппом и принятия ответных мер».

Вместе с тем положения Механизма не применяются к сезонным вирусам гриппа или к другим патогенам или биологическим веществам, которые могут содержаться в обмениваемых клинических образцах. Это определяет необходимость рассмотреть возможность внедрения аналогичных подходов к обмену информацией в отношении других патогенных агентов для эффективного противодействия возникающим пандемиям. Подобный подход может усилить положения ММСП, которые содержат общие формулировки о необходимости обмена информацией о возбудителях инфекционных заболеваний.

5. Международное сотрудничество в отношении расширения доступа к вакцинам

Основным вызовом глобальной системе здравоохранения является неполный охват населения вакцинацией, особенно в странах с развивающейся экономикой. В период вспышки вируса гриппа А (H1N1) в 2009 г. страны с высоким уровнем экономического развития приобрели практически все запасы доступных вакцин [Whalen J., 2009]. Несмотря на запросы ВОЗ относительно гуманитарной помощи, доступ к необходимой продукции в странах с низким и средним уровнем экономического развития был чрезвычайно ограничен [Fidler D., 2012: 161–172].

Аналогичная ситуация наблюдалась в рамках противодействия пандемии COVID-19. Европейские и азиатские страны ввели контроль за экспортом средств индивидуальной защиты и аппаратов ИВЛ, при этом аналогичные меры контроля за экспортом вероятно могут распространяться на запасы вакцин и лекарственных препаратов COVID-19¹⁸. Также в средствах массовой информации появились публикации о попытках приобретения администрацией США эксклюзивных прав на вакцину против коронавируса COVID-19¹⁹.

¹⁸ Sicken thy neighbor: so far 24 nations have limited exports of medical supplies. Global Trade Alert website. Available at: <https://www.globaltradealert.org/reports/50> (дата обращения: 07.02.2021)

¹⁹ German officials to discuss reported US attempt to buy exclusive rights to coronavirus vaccine. Available at: https://www.washingtonpost.com/world/europe/germany-coronavirus-curevaccine-trump-rights/2020/03/15/8d684c68-6702-11ea-b199-3a9799c54512_story.html (дата обращения: 07.02.2021)

Систематическая вакцинация началась в 1950-х гг., диспропорционально охватывая высокоразвитые страны. Осознавая бедственное положение наименее развитых стран, Всемирная ассамблея здравоохранения в 1974 г. создала расширенную программу иммунизации, позволившую к 1980 г. достигнуть 70% охвата вакцинацией. Однако в 1990-х гг. рост показателей вакцинации прекратился, и развивающиеся страны были вынуждены полагаться на собственные кампании вакцинации [Fauci A., Morens D., 2012: 454–461].

Поддержание необходимого уровня финансирования является важным фактором всеобщей вакцинации и борьбы с инфекционными пандемиями. В частности, в рекомендациях Комитета по обзору ММСП упоминается, что пока международные каналы поддержки не способны обеспечить своевременное устойчивое реагирование на возникающие пандемии²⁰.

Новым этапом в расширении доступа к вакцинам стало появление международных неправительственных организаций, занимающихся целевым финансированием приобретения вакцин в развивающихся странах. Глобальный альянс вакцин и иммунизации действует с 2000 г. и является государственно-частным партнерством софинансирующим их покупку на нужды стран с уровнем ВВП на душу населения менее 1 580,42 долл. Как только страна достигает указанного порогового значения, устанавливается переходный пятилетний период, в течение которого финансовый вклад Альянса пропорционально уменьшается.

В 2017 г. руководящий орган Всемирного банка, в состав которого вошли Международный банк реконструкции и развития и Международная ассоциация развития, пересмотрели Механизм финансирования чрезвычайных ситуаций в связи с пандемией (Pandemic Emergency Financing Facility). Это механизм направлен на повышение доступности финансовой поддержки во время вспышек заболеваний и «предотвращение их превращения в пандемии»²¹. По сообщениям Всемирного банка, механизм финансирования чрезвычайных ситуаций в связи с пандемией до сих пор использовался в нескольких случаях вспышек заболеваний.

Заключение

Международно-правовые механизмы в сфере регулирования вопросов охраны здоровья оказались несостоятельными перед лицом угроз

²⁰ World Health Organization, Strengthening Response to Pandemics and other Public Health Emergencies, note 80. Available at: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/75235/9789241564335_eng.pdf;jsessionid=77DF1FD6D74BC1E1465AD34D6944F9AC?sequence=1 (дата обращения: 07.02.2021)

²¹ World Bank. Pandemic Emergency Financing Facility Operations Manual, para. 7.

COVID-19. Это определяет необходимость реформ, направленных на конкретизацию обязательств государств в отношении борьбы с инфекционными заболеваниями, внедрения процедуры привлечения к ответственности за нарушения, повлекшие усугубление эпидемиологической обстановки, с целью обеспечения глобальной безопасности. Подобные реформы подразумевают внесение фундаментальных изменений в структуру ММСП или разработку нового международного акта универсального характера с целью структурирования глобального управления противодействием распространению инфекций.

Критика мер ММСП в связи с распространением коронавируса определяет необходимость пересмотра архитектуры ММСП. Принимая во внимание изменяющийся характер чрезвычайных ситуаций в области здравоохранения и развитие научных знаний, следует создать механизм постоянного внесения изменений в положения ММСП. Проблема своевременного информирования о возникновении пандемий определяет необходимость совершенствования системы эпидемиологического надзора и информирования уполномоченных лиц ВОЗ [Gostin L., Katz R., 2016: 264–313]. Учитывая большое количество нареканий экспертного сообщества на процесс определения чрезвычайной ситуации, необходимо также обеспечить прозрачность и оперативность данного процесса.

Принимая во внимание нереализованный потенциал ВОЗ в отношении внедрения правовых механизмов противодействия распространению инфекций, выделим несколько направлений развития деятельности организации. В первую очередь необходимо разработать глобальный механизм финансирования создания и реформирования международных организаций и глобальных инициатив, направленных на развитие устойчивых систем здравоохранения для профилактики, выявления и борьбы со вспышками инфекций [Moon S., Sridhar D., Pate M. et al., 2015: 2204–2221].

Отдельное внимание необходимо уделить лидерской функции ВОЗ в реализации нового функционала и регулярной подготовке рекомендаций о совершенствовании законодательных мер в сфере здравоохранения, принимаемых на национальном уровне. В частности, необходимо обеспечить предоставление постоянных рекомендаций ВОЗ о необходимых ответных мерах со стороны государства — с подробным руководством ВОЗ о надлежащей политике и регулярным эмпирическим анализом воздействия законов о здравоохранении на показатели системы здравоохранения.

Однако главным на сегодняшний день остается вопрос о будущем ВОЗ как глобального лидера в сфере регулирования охраны здоровья. В июле 2020 г. администрация США уведомила Генерального секретаря ООН о прекращении членства в ВОЗ. В соответствии с процедурой прекращение членства в организации предполагается через год после уведомления. ВОЗ

лишится крупнейшего донора, что безусловно повлияет на действенность реализуемых мер и еще острее поставит вопрос о необходимости реформирования международно-правовых механизмов глобального управления здравоохранением.

Среди возможных мер формирования комплексного подхода к созданию глобального потенциала своевременного реагирования на угрозы пандемий фигурирует предложение о разработке рамочной конвенции об инфекционных заболеваниях — с обязательными положениями и механизмами подотчетности, а также периодическими совещаниями государств-участников в процессе регулирования споров [Fidler D., 1999: 21–57].



Библиография

Baker S., Payne D., Rappuoli R., De Gregorio E. Technologies to address antimicrobial resistance. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2018, vol. 115, pp. 12887–12895.

Bollyky T. et al. The equitable distribution of COVID-19 therapeutics and vaccines. *Journal of the American Medical Association*, 2020, no 24, pp. 2462–2463.

Branswell H. Who will answer the call in the next outbreak? Drug makers feel burned by string of vaccine pleas. Available at: <https://www.statnews.com/2018/01/11/vaccines-drug-makers/> (дата обращения: 07.02.2021)

Buckley C., Myers S. China's Old Habits Delayed Fight. *New York Times*, 2020. February 1.

Drosten C., Günther S., Preiser W. et al. Identification of a novel coronavirus in patients with severe acute respiratory syndrome. *New England journal of medicine*, 2003, vol. 348, pp. 1967–1976.

Eccleston-Turner M., Kamradt-Scott A. Transparency in IHR emergency committee decision making: the case for reform. *British Medical Journal Glob Health*, 2019. vol. 4, pp. 1–3.

Evenett S. Sicken thy neighbor: so far 24 nations have limited exports of medical supplies. *Global Trade Alert website*. Available at: <https://www.globaltradealert.org/reports/50> (дата обращения: 07.02.2021)

Fauci A., Morens D. The perpetual challenge of infectious diseases. *New England Journal of Medicine*, 2012, vol. 366, pp. 454–461.

Fidler D. *International Law and Infectious Diseases*. Oxford: University Press, 1999. 416 p.

Fidler D. Influenza virus samples, international law, and global health diplomacy. *Emerging infectious disease*, 2008, vol. 14, pp. 88–94.

Fidler D. Negotiating equitable access to influenza vaccines: global health diplomacy and the controversies surrounding avian influenza H5N1 and pandemic influenza H1N1. *Negotiating and Navigating Global Health: Case Studies in Global Health Diplomacy*. 2011. Vol. 2, pp. 161–172.

Fidler D. To Declare or Not to Declare: The Controversy over Declaring a Public Health Emergency of International Concern for the Ebola Outbreak in Congo. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, 2019, vol. 14, pp. 287–330.

Garrett L. Grim Reapers: How Trump and Xi set the Stage for the Coronavirus Pandemic. *The New Republic*. 2020. April 2.

- Gostin L., Katz R. The International Health Regulations: the governing framework for global health security. *The Milbank Quarterly*, 2016. vol. 2, pp. 264–313.
- Hamre D., Procknow J. A new virus isolated from the human respiratory tract. *Proceedings of the Society for Experimental Biology and Medicine*, 1966, vol. 121, pp. 190–193.
- Heath J. Global Emergency Power in the Age of Ebola. *Harvard International Law Journal*, 2016, vol. 57, pp. 1–47.
- Heymann D., Rodier G. SARS: a global response to an international threat. *The Brown Journal of World Affairs*, 2004, vol. 10, pp. 185–197.
- Hogan A., Jewell B., Sherrard-Smith E. et al. Potential impact of the COVID-19 pandemic on HIV, tuberculosis, and malaria in low-income and middle-income countries: a model study. *Lancet Global Health*, 2020. no 9, pp. 1132–1141.
- Horton R. A plan to protect the world—and save WHO. *The Lancet*, 2015, vol. 103, p. 1.
- Huang C., Wang Y., Li X. et al. Clinical features of patients infected with 2019 novel coronavirus in Wuhan, China. *The Lancet*, 2020, vol. 395, pp. 497–506.
- Kaslow D. et al. Vaccine candidates for poor nations are going to waste. *Nature*, 2018, vol. 564, pp. 337–339.
- Kelle A. Securitization of international public health: Implications for global health governance and the biological weapons prohibition regime. *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, 2007, vol. 2, pp. 217–235.
- Kremer M., Levin J., Snyder C. *Advance Market Commitments: Insights from Theory and Experience*. AEA Papers and Proceedings, 2020, vol. 110, pp. 269–273.
- Monchatre-Leroy E. et al. Identification of alpha and beta coronavirus in wildlife species in France: bats, rodents, rabbits, and hedgehogs. *Viruses*, 2017, vol. 9, pp. 1–12.
- Moon S., Sridhar D., Pate M. et al. Will Ebola change the game? Ten essential reforms before the next pandemic. The report of the Harvard-LSHTM Independent Panel on the Global Response to Ebola. *The Lancet*, 2015, vol. 386, pp. 2204–2221.
- Morens D., Taubenberger J. The mother of all pandemics is 100 years old (and going strong). *American journal of public health*, 2018. vol. 11, pp. 1449–1454.
- Morris L. German officials to discuss reported US attempt to buy exclusive rights to coronavirus vaccine. *Washington Post*. 2020. March 16.
- Mukherjee S. Emerging infectious diseases: Epidemiological perspective. *Indian Journal of Dermatology*, 2017, vol. 5, pp. 459–467.
- Pavone I. October, Ebola and Securitization of Health: UN Security Council Resolution 2177/2014 and its Limits. *The Governance of Disease Outbreaks*, 2017, pp. 301–326.
- Price S., Miazgowicz K., Munster V. The emergence of the Middle East Respiratory Syndrome coronavirus. *Pathogens and Disease*, 2014, no 2, pp. 121–136.
- Rappuoli R. et al. Vaccines and global health: In search of a sustainable model for vaccine development and delivery. *Science Translational Medicine*, June 2019, p. 19.
- Ratcliffe R., Standart M. China coronavirus: Mayor of Wuhan admits mistakes. *The Guardian*, 2020, no 76.
- Sedyaningsih E. et al. Towards mutual trust, transparency and equity in virus sharing mechanism: the avian influenza case of Indonesia. *Ann Acad Med Singapore*, vol. 29, 2008, pp. 482–488.
- Tyrrell D., Bynoe M. Cultivation of novel type of common-cold virus in organ cultures. *British medical journal*, 1966, vol. 1, pp. 1467–1470.

Wang Y. et al. Ebola vaccines in clinical trial: the promising candidates. Human vaccines & immunotherapeutics, 2017, vol. 1, pp. 153–168.

Wertheim J. et al. A case for the ancient origin of coronaviruses. Journal of Virology, 2013, vol. 12, pp. 7039–7045.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 1

International Legal Mechanisms for Counteracting Health Emergencies



Vladislav Malichenko

Senior Fellow, The Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Chermushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: vlad.malichenko@gmail.com



Abstract

The pandemics of the coronavirus infection COVID-19, which broke out in 2020, in a few months has affected almost every state regardless of the level of economic welfare, resulting in catastrophic socio-economic damage, an unprecedented loss of GDP, increase in unemployment, and a collapse of health systems. The consequences of the infection spread have become a vivid ineffectiveness indicator of the international legal mechanisms responsible for regulating health issues at the global level. The International Health Regulations have demonstrated their total failure in countering new epidemiological threats, and WHO has once again proved a total failure to act as a global leader in addressing health problems. The lack of a vaccine, as well as other health technologies at the time of the pandemic onset, was an indicator of systemic challenges in implementing global strategies to protect from non-military threats and achieve universal health coverage. This article discusses the main stages of the international cooperation development in action against the spread of infectious diseases, and also formulates their importance on the agenda of international organizations in the formation of the concept of global security. The article analyzes the practice of applying international health regulations in the context of the emergence of new infectious pandemics and formulates recommendations for improving the regulation of processes aimed at preventing and fighting against infectious diseases. Special attention is paid to assessing the effectiveness of the mechanism for defining a “public health emergency of international concern” based on the example of the most recent declared pandemics since the revision of the IHR. The article articulates the main barriers to the development of vaccines as the main health technology for countering the spread of infectious diseases, and also examines the main international mechanisms for ensuring universal coverage of essential health care, including successful international initiatives to attract funding. Based on the identified systematic threats in the system of global health management, the article formulates a number of recommendations for improving the activities of WHO.



Keywords

pandemics; international security; global health; coronavirus infection; international health regulations; right to health.

For citation: Malichenko V.S. (2021) International Legal Mechanisms for Counteracting Health Emergencies. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 174–197 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.174.197



References

Baker S., Payne D., Rappuoli R., De Gregorio E. (2018) Technologies to address antimicrobial resistance. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 115, pp. 12887–12895.

Bollyky T. et al. (2020) The equitable distribution of COVID-19 therapeutics and vaccines. *Journal of the American Medical Association*, no 24, pp. 2462–2463.

Branswell H. Who will answer the call in the next outbreak? Drug makers feel burned by string of vaccine pleas. Available at: <https://www.statnews.com/2018/01/11/vaccines-drug-makers/> (дата обращения: 07.02.2021)

Buckley C., Myers S. (2020) China's Old Habits Delayed Fight. *New York Times*. February 1.

Drosten C., Günther S., Preiser W. et al. (2003) Identification of a novel coronavirus in patients with severe acute respiratory syndrome. *New England journal of medicine*, vol. 348, pp. 1967–1976.

Eccleston-Turner M., Kamradt-Scott A. (2019) Transparency in IHR emergency committee decision making: the case for reform. *British Medical Journal Glob Health*, vol. 4, pp. 1–3.

Evenett S. Sicken thy neighbor: so far 24 nations have limited exports of medical supplies. Global Trade Alert website. Available at: <https://www.globaltradealert.org/reports/50> (дата обращения: 07.02.2021)

Fauci A., Morens D. 2012. The perpetual challenge of infectious diseases. *New England Journal of Medicine*, vol. 366, pp. 454–461.

Fidler D. (1999) *International Law and Infectious Diseases*. Oxford: University Press, 416 p.

Fidler D. (2008) Influenza virus samples, international law, and global health diplomacy. *Emerging infectious disease*, vol. 14, p. 88–94.

Fidler D. (2011) Negotiating equitable access to influenza vaccines: global health diplomacy and the controversies surrounding avian influenza H5N1 and pandemic influenza H1N1. *Negotiating and Navigating Global Health: Case Studies in Global Health Diplomacy*. Vol. 2, pp. 161–172.

Fidler D. (2019) To Declare or Not to Declare: The Controversy over Declaring a Public Health Emergency of International Concern for the Ebola Outbreak in Congo. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 14, pp. 287–330.

Garrett L. (2020) Grim Reapers: How Trump and Xi set the Stage for the Coronavirus Pandemic. *The New Republic*. April 2.

Gostin L., Katz R. (2016) The International Health Regulations: the governing framework for global health security. *The Milbank Quarterly*, vol. 2, pp. 264–313.

Hamre D., Procknow J. (1966) A new virus isolated from the human respiratory tract. *Proceedings of the Society for Experimental Biology and Medicine*, vol. 121, pp. 190–193.

Heath J. (2016) Global Emergency Power in the Age of Ebola. *Harvard International Law Journal*, vol. 57, pp. 1–47.

Heymann D., Rodier G. (2004) SARS: a global response to an international threat. *The Brown Journal of World Affairs*, vol. 10, pp. 185–197.

- Hogan A., Jewell B., Sherrard-Smith E. et al. (2020) Potential impact of the COVID-19 pandemic on HIV, tuberculosis, and malaria in low-income and middle-income countries: a model study. *Lancet Global Health*, no 9, pp. 1132–1141.
- Horton R. (2015) A plan to protect the world—and save WHO. *The Lancet*, vol. 103, p. 1.
- Huang C., Wang Y., Li X. et al. (2020) Clinical features of patients infected with 2019 novel coronavirus in Wuhan, China. *The Lancet*, vol. 395, pp. 497–506.
- Kaslow D. et al. (2018) Vaccine candidates for poor nations are going to waste. *Nature*, vol. 564, pp. 337–339.
- Kelle A. (2007) Securitization of international public health: Implications for global health governance and the biological weapons prohibition regime. *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, vol. 2, pp. 217–235.
- Kremer M., Levin J., Snyder C. (2020) Advance Market Commitments: Insights from Theory and Experience. *AEA Papers and Proceedings*, vol. 110, pp. 269–273.
- Monchatre-Leroy E. et al. (2017) Identification of alpha and beta coronavirus in wildlife species in France: bats, rodents, rabbits, and hedgehogs. *Viruses*, vol. 9, pp. 1–12.
- Moon S., Sridhar D., Pate M. et al. (2015) Will Ebola change the game? Ten essential reforms before the next pandemic. The report of the Harvard-LSHTM Independent Panel on the Global Response to Ebola. *The Lancet*, vol. 386, pp. 2204–2221.
- Morens D., Taubenberger J. (2018) The mother of all pandemics is 100 years old (and going strong). *American journal of public health*. vol. 11, pp. 1449–1454.
- Morris L. (2020) German officials to discuss reported US attempt to buy exclusive rights to coronavirus vaccine. *Washington Post*. March 16.
- Mukherjee S. (2017) Emerging infectious diseases: Epidemiological perspective. *Indian Journal of Dermatology*, vol. 5, pp. 459–467.
- Pavone I. (2017) October, Ebola and Securitization of Health: UN Security Council Resolution 2177/2014 and its Limits. *The Governance of Disease Outbreaks*, pp. 301–326.
- Price S., Miazgowiec K., Munster V. (2014) The emergence of the Middle East Respiratory Syndrome coronavirus. *Pathogens and Disease*, no 2, pp. 121–136.
- Rappuoli R. et al. (2019) Vaccines and global health: In search of a sustainable model for vaccine development and delivery. *Science Translational Medicine*, June 2019, p. 19.
- Ratcliffe R., Standart M. (2020) China coronavirus: Mayor of Wuhan admits mistakes. *The Guardian*, no 76.
- Sedyaningsih E. et al. (2008) Towards mutual trust, transparency and equity in virus sharing mechanism: the avian influenza case of Indonesia. *Ann Acad Med Singapore*, vol. 29 pp. 482–488.
- Tyrrell D., Bynoe M. (1966) Cultivation of novel type of common-cold virus in organ cultures. *British medical journal*, vol. 1, pp. 1467–1470.
- Wang Y. et al. (2017) Ebola vaccines in clinical trial: the promising candidates. *Human vaccines & immunotherapeutics*, vol. 1, pp. 153–168.
- Wertheim J. et al. (2013) A case for the ancient origin of coronaviruses. *Journal of Virology*, vol. 12, pp. 7039–7045.

Становление и развитие международно-правового противодействия инфекционным заболеваниям



Д.К. Мошников

Аспирант, департамент международного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: dan.moshnikov@gmail.com



Аннотация

Инфекционные заболевания и угроза их распространения являются существенной опасностью для каждой страны мира. Стремительное распространение нового коронавируса (COVID-19) всего за несколько месяцев показало, насколько остро данный вопрос стоит и в современном мире. При этом пандемия инфекции затронула страны на всех континентах, вне зависимости от их экономического развития. Государства издавна предпринимают совместные усилия для достижения результатов в борьбе с данной проблемой путем принятия организационных, правовых и иных мер. В работе исследуется история становления международно-правового противодействия распространению инфекционных заболеваний, выделяются три основных этапа и их ключевые характеристики, повлиявшие на современное состояние права в данном вопросе. Кроме того, отдельно выделяется период закрепления права на здоровье и его влияние на противодействие инфекциям. Исследуются основные международно-правовые документы, принятые в данной сфере, и их содержание. Первые международные конференции по вопросам инфекционных заболеваний проводились уже в девятнадцатом веке, а последний действующий сегодня документ принят в 2005 году. Авторский анализ международных документов, начиная со столь раннего периода, свидетельствует об развитии взаимодействия государств, их вовлеченности в совместное противодействие заболеваниям в рамках международных организаций на современном этапе. Показаны отношение государств к международно-правовому регулированию и методологические изменения, которые происходили на протяжении времени. Прослеживается существенное влияние принципов, заложенных в наиболее раннем историческом периоде на современные методы противодействия инфекционным заболеваниям. Исследование опирается на исторический и телеологический методы. Работа является отправной точкой для дальнейших исследований. В период, когда можно ожидать существенных изменений в данной области, она направлена на формирование ключевых представлений о том, как происходило становление противодействия инфекционным заболеваниям и почему оно функционирует сегодня именно в такой форме.



Ключевые слова

международное право, коронавирус, Всемирная организация здравоохранения, международные медико-санитарные правила, инфекционные заболевания, Ковид-19, пандемия, здравоохранение.

Для цитирования: Мошников Д.К. Становление и развитие международно-правового противодействия инфекционным заболеваниям // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 1. С. 198–217.

УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.198.217

Введение

Инфекционные заболевания издавна являлись причиной гибели миллионов человеческих жизней. Несмотря на научно-технический прогресс, человечество так и не смогло достичь уверенной победы над такими заболеваниями. Успехи в противодействии одному заболеванию меркнут в свете вновь появляющихся. В 2020 году, кроме уже распространенных в мире эпидемий ВИЧ, туберкулеза, респираторных заболеваний, в Китае был обнаружен новый коронавирус (2019-nCoV), который менее чем в месячный срок распространился на территорию 24 других государств.

По статистике Всемирной организации здравоохранения (далее — ВОЗ)¹ три инфекционных заболевания (респираторные, туберкулез, диарея) находятся среди десяти основных причин смерти людей. Угроза инфекций не ограничивается границами отдельного государства, она носит трансграничный характер. Государства уже более 150 лет сотрудничают в данной области и совместно стремятся разрешить эту проблему, но результативность контрмер остается недостаточной.

Инфекции подрывают «высшее»² право человека — право на жизнь. Противодействие этой угрозе требует глубоких и системных исследований, в том числе и в области развития международного права и функционирования международных механизмов его реализации. Вместе с тем наблюдается недостаточный интерес к проблематике международно-правового противодействия в работах общего характера отечественных ученых [Бело-

¹ Available at: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/the-top-10-causes-of-death> (дата обращения: 10.01.2020)

² Human Rights Committee. General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life. CCPR/C/GC/36. para 2. Available at: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/CCPR_C_GC_36_8785_E.pdf (дата обращения: 05.10.2019)

усова А.А., 2013: 270], в то время как в зарубежных исследованиях данной теме уделяется большое внимание, особенно в последнее время [Gostin L., 2014]; [Crowley J., 2017]; [Toebes B., 2014]. Толчком к рассмотрению в правовой науке вопросов противодействия инфекционным заболеваниям стали эпидемии свиного гриппа³, Эболы и Зика, выявившие кризисную ситуацию [Moon S., 2017]; [Kavanagh M., 2018] в международном регулировании проблематики.

Как научный, так и практический интерес имеет рассмотрение вопросов противодействия инфекционным заболеваниям и его международно-правовое регулирование. Назрела необходимость выявить принципы и ориентиры, которые легли в основу противодействия инфекционным заболеваниям при становлении международного права в данной сфере, а также установить, какие изменения привели к его современному состоянию.

В связи с этим в исследовании применяются метод анализа, исторический и теологический методы. Традиционная международно-правовая методология [Bianci A., 2017: 21] является основой исследования.

1. Возникновение международно-правового регулирования противодействия инфекционным заболеваниям

Примеры пандемий (распространение инфекционного заболевания в мировых масштабах)⁴ весьма распространены на протяжении всей истории человечества. К примеру, «черная смерть» — чума, свирепствовавшая в XIV — веке, унесла миллионы жизней, по разным подсчетам — от 25% до 45% населения Европы [Gottfried R., 1983: 77]. Однако борьба с заболеваниями проводилась государствами в основном в пределах их территорий и рассматривалась как внутригосударственная проблема. Продолжительное время отсутствовали какие-либо правообразующие нормы системного взаимодействия государств на международной арене [Fidler D., 2004: 27].

Первая международная конференция, посвященная санитарным вопросам и противодействию распространения инфекционных заболеваний (холеры, чумы и желтой лихорадки) на территории Европы, была проведена в 1851 году в Париже. Именно с этого момента можно говорить о становлении

³ World Health Organization. Implementation of the International Health Regulations (2005): report of the Review Committee on the Functioning of the International Health Regulations (2005) in relation to pandemic (H1N1). Available at: http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA64/A64_10-en.pdf (дата обращения: 10.01.2020)

⁴ Всемирная организация здравоохранения. Что такое пандемия? 2010. Available at: https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/ru/ (дата обращения: 10.01.2020)

норм международного права, направленных на противодействие инфекции. В XIX веке был зафиксирован целый ряд их вспышек. Но к переговорам государства подтолкнуло именно воздействие тогдашних национальных карантинных мер на торговлю.

На первой конференции присутствовали делегаты 11 европейских государств, включая Российскую империю, и Турции. На протяжении последующих 50 лет было проведено более десяти конференций, посвященных данной проблематике. В дальнейшем круг участников международных мероприятий значительно расширился.

Позитивным результатом международного сотрудничества стало принятие Международной санитарной конвенции 1892 года (далее — Санитарная конвенция), которую в том числе подписала Российская Империя [Мартенс Ф., 1898: 477]. Вплоть до последней ее редакции 1926 года в этот документ вносились отдельные изменения, в частности, в нем был расширен закрытый список инфекционных заболеваний, в отношении которых государства осуществляли международное сотрудничество. Уточнялись обязательства государств по противодействию инфекционным заболеваниям. При этом государства, участвовавшие в разработке данного международного договора, являлись наиболее экономически развитыми, и их усилия были направлены на защиту собственных торговых отношений [Crowley J., 2017: 102], а не на достижение безопасности всех стран и лиц.

Согласно Санитарной конвенции, государства-участники обязались немедленно уведомлять друг друга и Международное бюро общественной гигиены (Office international d'Hygiène publique — организацию, созданную в 1907 году) при обнаружении частного заражения чумой, холерой или желтой лихорадкой, а также при эпидемиях тифа или оспы⁵. Хотя данному Международному бюро были добавлены компетенции по вопросам уведомления об инфекционных заболеваниях, первоначальной целью его создания являлось только администрирование договоров по таким заболеваниям [Gostin L., 2014: 179]. Заметим, что указанные обязательные меры уведомления были направлены в первую очередь на изоляцию источника угрозы внутри стран. В дальнейшем Организация здравоохранения Лиги Наций [Toebes B., 2015: 490] также была вовлечена в противодействие инфекционным заболеваниям. Она не упоминается в Санитарной конвенции, но в процессе своей деятельности организация осуществляла мониторинг ситуаций в области здравоохранения, учреждала экспертные комиссии по медицинским вопросам и занималась другой информационной деятельностью.

⁵ Article 1. International Sanitary Convention, 1926. Available at: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0545.pdf> (дата обращения: 20.06.2019)

Санитарная конвенция включала ряд мер, которые государства были обязаны осуществлять на своей территории. Так, в ст. 6 предусматривалось обязательство предпринять все возможные усилия для истребления крыс как основных распространителей чумы в портах (которые являлись одним из важнейших мест обмена товаров)⁶. Также государства обязались поддерживать функционирование санитарных портовых служб⁷, их персонала, создание органов дезинфекции и лабораторий, запасов питьевой воды и т.д.⁸ Значительная часть положений этого международного договора затрагивает вопросы взаимодействия прибрежного государства с судами. Осуществление особых карантинных мер допускались в отношении иностранных судов в исключительных случаях — в ситуации их плохого санитарного состояния и угрозы распространения болезней⁹.

Такой фокус на защите торговли и собственного суверенитета является естественным процессом с учетом формирования норм международного права в контексте методологии позитивизма, когда государства занимали главенствующую позицию в определении норм поведения, ориентируясь только на собственные суверенные интересы [Shaw M., 2008: 23]. Д. Фидлер, на наш взгляд, оправданно, предлагает терминологию «Вестфальская система всемирного здравоохранения» или «Вестфальские принципы управления» для описания данного исторического периода с существовавшим тогда восприятием государствами принципов суверенитета и невмешательства во внутренние дела [Fidler D., 2004: 22].

Единственным содержательным исключением из общего перечня договорных обязательств по информированию и защите портов являлась закрепленная рекомендация государством осуществлять добровольную вакцинацию населения. Данная мера указывалась в договоре, так как признавалась ее особая действенность в борьбе с заболеваниями¹⁰.

В период функционирования Санитарной конвенции произошла пандемия испанского гриппа. Данное заболевание унесло в 1918–1919 годах, по разным подсчетам, около 50 миллионов жизней [Taubenberger J., Kash J., 2011: 3]. Даже с учетом слабого развития тогдашней медицины количество жертв свидетельствует о низкой действенности международно-правовых мер противодействия инфекционным заболеваниям.

Таким образом, в данный период наблюдались первые признаки осознания государствами необходимости совместного регулирования борьбы

⁶ Ibid. Article 6.

⁷ Ibid. Article 14.

⁸ Ibid. Article 51.

⁹ Ibid. Article 53.

¹⁰ Ibid. Article 34.

с распространением инфекций на международном уровне. Отличительной характеристикой данного периода является ограниченная роль международного права: предмет регулирования — только закрытый список заболеваний, а не какие-либо возникающие вновь; субъектный состав, участвовавший в международном режиме противодействия инфекционным заболеваниям был узким и включал только наиболее экономически развитые страны; большинство мер по противодействию инфекциям осуществлялись в портах государств; международные институты играли слабую роль в противодействии инфекционным заболеваниям; они занимались только информационной деятельностью; отсутствовали нормы международного права, направленные на защиту здоровья людей как отдельного права человека. В основном целями государств были защита суверенных государственных интересов и охрана торговли от угрозы инфекционных заболеваний.

2. Международно-правовое регулирование инфекционных заболеваний в период после Второй мировой войны

Создание Организации Объединенных Наций в 1945 году стало основой для формирования международных механизмов борьбы с инфекционными заболеваниями в период после Второй Мировой войны. В Уставе ООН указано, что все государства-члены должны предпринимать совместные и самостоятельные действия для разрешения проблем здравоохранения¹¹. Более конкретно это реализовано путем образования специализированного учреждения — Всемирной организации здравоохранения, которая с момента своего создания в 1946 году переняла мандат Международного бюро общественной гигиены, включая функции и полномочия, предусмотренные Международной санитарной конвенцией. Сегодня ВОЗ насчитывает 194 члена, каждый из которых является участником Устава ВОЗ 1946 г.¹² Документ являет собой один из универсальных международных договоров в силу столь широкого его признания государствами.

ВОЗ уполномочена по ст. 19 ее Устава разрабатывать и принимать конвенции и соглашения по любому вопросу, входящему в компетенцию Организации¹³. Так, в 1951 году были приняты Международные санитарные правила, а Санитарную конвенцию 1892 года отменили. Международные санитарные правила 1951 года были международным договором в форме

¹¹ Статьи 55, 56 Устава ООН. Принят 26.06.1945 // СПС Гарант.

¹² Устав (Конституция) Всемирной организации здравоохранения (ВОЗ). Принят 22.07.1946 (с изм. от 24.05.1973). // СПС Гарант.

¹³ Статья 69 Устава ВОЗ; статья 19 Устава ООН.

руководства по поведению в отношении закрытого списка инфекционных заболеваний: холеры, чумы, тифа, оспы и желтой лихорадки. Целью данного договора заявлялось обеспечение максимального уровня безопасности во время международного распространения инфекционных заболеваний с минимальным воздействием на международную торговлю и перевозки¹⁴. При этом Правила 1951 года по-прежнему ограничивались обязательствами по уведомлению и мероприятиями в местах пересечения границ. В связи с этим критику вызывала «оптимистическая философия пресечения инфекционных заболеваний на границах путем контролирования лиц и грузов» данного международного документа [Nicol A., 2005: 321].

Следующие изменения в отношении основного международного документа о противодействии инфекционным заболеваниям произошли в 1969 году. Из списка заболеваний исключили тиф, а сам документ был переименован в Международные медико-санитарные правила (далее — ММСП). Вплоть до современной редакции документа количество инфекционных заболеваний в перечне заболеваний, указанных в ММСП, уменьшалось в связи с пресечением их распространения [Gostin L., 2014: 180].

Различие наименований настоящего и предыдущих документов отражает формальное изменение целей, которые преследует международное регулирование. Так, «International Sanitary Regulations» были переименованы в «International Health Regulations», и хотя в переводе на русский данное изменение не столь заметно, именно перенесение акцента на «здоровье» («health») с «санитарии» («sanitary») стало важной характеристикой всех последовавших изменений.

Тем не менее, несмотря на формальные изменения ММСП, критика неэффективности принципов, лежащих в основе международного противодействия инфекционным заболеваниям, и методов их реализации, оставалась аналогичной довоенному периоду. Международный договор был сильно ограничен по предметной сфере действия и к концу XX века мог применяться только в ситуациях распространения трех заболеваний. Обязательства, предусмотренные договором, охватывали два основных аспекта: уведомление о заболеваниях (ст. 2–13) и контроль в портах и аэропортах (ст. 14–22), т.е. по содержанию были аналогичны нормам Санитарной конвенции. Право на здоровье и другие права человека по-прежнему не находили отражения в международном договоре.

Международные медико-санитарные правила 1969 года были основаны на Вестфальских принципах [Fidler D., 2004: 32], однако данная система дала сбой в конце XX века. Существовало множество случаев несоблюдения го-

¹⁴ Available at: https://www.who.int/trade/distance_learning/gpgh/gpgh8/en/index7.html (дата обращения: 10.10.2019)

сударствами обязательств по уведомлению друг друга и ВОЗ, так как экономические риски были слишком высоки. Нарушения обязательств оставались без наказания и ставили под вопрос результативность принятых норм. Серьезным вызовом стало возникновение пандемии ВИЧ/СПИД, которая была не включена в список заболеваний, являющихся предметом договора, и как следствие в отношении нее не предполагалось международного регулирования. Это указало на системные проблемы в международном регулировании противодействия заболеваниям.

Более того, в этот период ВОЗ начала изменять свой подход: от Вестфальской «горизонтальной» борьбы с заболеваниями на границах — на «вертикальное» противодействие путем борьбы с заболеваниями у их истоков [Kaul I., 2003: 485]. Примером такого идеологического подхода была Алма-Атинская декларация 1978 года. Кроме того, ВОЗ преследовала цели улучшить здравоохранение в развивающихся странах, чему Вестфальская система здравоохранения, закреплённая в ММСП, не способствовала. В связи с этим договор утратил актуальность даже для организации, являвшейся инициатором его создания.

Таким образом, ММСП содержательно повторяли действовавшую еще в довоенный период Санитарную конвенцию. По-прежнему действие договора было сильно ограниченным по предмету, предполагало узкое количество обязательств для государств и не предполагало ссылок на защиту прав человека. Однако в это время можно отследить серьезные нарушения государствами договорных обязательств. В отличие от действовавших до Второй Мировой войны межправительственных организаций, ВОЗ не создавалась на основании Международных медико-санитарных правил 1969 года договора, направленного на борьбу с инфекционными заболеваниями. Напротив, ВОЗ по ее Уставу была уполномочена разрабатывать и изменять подобные правила. Приоритеты, заложенные в этом договоре, позволили в дальнейшем реформировать систему противодействия инфекционным заболеваниям.

3. Закрепление права человека на здоровье в международном праве

В это же время — после Второй Мировой войны существенные изменения произошли в сфере защиты прав человека [Gostin L., Meier B., 2018: 2731]. Послевоенное время отличалось поиском новых ценностных ориентиров международного регулирования. Закрепление государствами в международных договорах вопросов защиты прав человека является отражением использования наиболее противоположного подхода к международному

регулированию по сравнению с заложенной в Вестфальской системе здравоохранения [Vincent R., 1986: 129].

В развивавшейся тогда отрасли международного права прав человека значимое место заняли институты, занимающиеся вопросами здравоохранения [Meier B., Onzivu W., 2014: 180]. В Преамбуле Устава ВОЗ акцентируется: «Обладание наивысшим достижимым уровнем здоровья является одним из основных прав всякого человека»¹⁵. В статье 1 говорится, что именно достижение всеми народами возможного высшего уровня здоровья является основной целью данной международной межправительственной организации. Этим фокус международно-правового противодействия инфекционным заболеваниям сместился на защиту прав человека. Кроме того, был принят ряд международных документов по вопросам прав человека, в которых право на здоровье заняло самостоятельное место.

Как известно, одним из первых широко признанных международных документов в области защиты прав человека была Всеобщая декларация прав человека 1948 года. В пункте 1 статьи 25 Декларации установлено, что «каждый человек имеет право на такой жизненный уровень, включая пищу, одежду, жилище, медицинский уход и необходимое социальное обслуживание, который необходим для поддержания здоровья и благосостояния его самого и его семьи»¹⁶.

Примером конвенции, непосредственно закрепляющей право на здоровье, является Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (1966) (далее — Пакт): «Участвующие в настоящем Пакте государства признают право каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья»¹⁷. Комитет ООН по экономическим, социальным и культурным правам был создан для мониторинга и толкования договора¹⁸. Одним из документов, направленных на толкование нормы, закрепленной в ст. 12 Пакта, стали «Замечания общего порядка № 14: право на наивысший достижимый уровень здоровья» (далее — Замечания)¹⁹.

Согласно Замечаниям общего порядка, при разработке ст. 12 Пакта государства намеренно отошли от установленного уставом ВОЗ определения

¹⁵ Преамбула. Устав (Конституция) ВОЗ.

¹⁶ Статья 25 Всеобщей декларации прав человека (принята 10.12. 1948) // СПС Гарант.

¹⁷ Статья 12 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (принят 19.12.1966) // СПС Гарант.

¹⁸ Резолюция ЭКОСОС. 1985/17. Available at: <https://undocs.org/ru/E/RES/1985/17> (дата обращения: 01.02.2020)

¹⁹ Комитет ООН по экономическим, социальным и культурным правам. Замечания общего порядка № 14: Право на наивысший достижимый уровень здоровья (статья 12 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах). E/C.12/2000/4. Available at: <https://undocs.org/ru/E/C.12/2000/4> (дата обращения: 10.02.2020)

здоровья, так как норма включает в себя более широкий спектр социально-экономических факторов, создающих условия, позволяющие человеку жить здоровой жизнью. При этом Комитет ООН в Замечаниях уточнил, что право на здоровье не является правом *быть здоровым*, а предполагает свободу на контроль за своим телом, репродуктивную свободу и другие смежные права — такие, например, как право на систему здравоохранения, обеспечивающую равные возможности «в стремлении к наивысшему достижимому уровню здоровья»²⁰.

Право на здоровье, согласно толкованию Комитета ООН по экономическим, социальным и культурным правам, состоит из следующих основных элементов: наличие (функционирующих) медицинских учреждений, доступность (медицинские учреждения, товары и услуги доступны каждому лицу), приемлемость (соответствие принципам медицинской этики и культурным критериям) и качество (приемлемость с научной и медицинской точек зрения)²¹. Также в Замечаниях № 14 уточнены правовые обязательства государств. К ним относятся: во-первых, обязанность уважать право на здоровье, воздерживаясь от принятия мер, закрывающих равный доступ к услугам здравоохранения; во-вторых, обязательство защищать равную доступность медицинских учреждений; в-третьих, обязанность поддерживать систему здравоохранения, в том числе проводя программы иммунизации против инфекционных заболеваний²².

Существует обширный перечень других международных документов, которые нельзя не упомянуть в контексте права на здоровье. Так, Конвенция ООН о правах ребенка 1989 года в ст. 24 предусматривает, что государства-участники признают право ребенка на пользование наиболее совершенными услугами системы здравоохранения и средствами лечения болезней и восстановления здоровья²³. Данная норма предусматривает очень широкий перечень требований к государствам в отношении защиты здоровья детей, снижение смертности младенцев, а также не только борьбу с болезнями, но и снабжение продовольствием, увеличение осведомленности населения о питании и санитарии.

Европейская социальная хартия 1961 года предусматривает, что в целях осуществления права на охрану здоровья Стороны обязуются принять, не-

²⁰ Комитет ООН по экономическим, социальным и культурным правам, Замечания общего порядка № 14.

²¹ Параграф 12. Комитет ООН по экономическим, социальным и культурным правам, Замечания общего порядка № 14.

²² Параграфы 34–38. Комитет ООН по экономическим, социальным и культурным правам, Замечания общего порядка № 14.

²³ Статья 24 Конвенции о правах ребенка. Принята резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 44/25 от 20.11.1989 // СПС Гарант.

посредственно или в сотрудничестве с государственными или частными организациями, соответствующие меры, направленные, в частности, на устранение, насколько это возможно, причин нарушения здоровья; предоставление услуг консультационного и просветительского характера, направленных на укрепление здоровья и поощрение личной ответственности за свое здоровье; предотвращение, насколько это возможно, эпидемических, эндемических и других заболеваний, а также несчастных случаев²⁴.

Так или иначе, право на здоровье предполагается в качестве очень широкой и всеохватывающей сферы жизнедеятельности человечества, которую государства обязаны обеспечить. При этом описанные меры во многом предусматривают создание инфраструктуры обеспечения здорового состояния людей.

Упомянутая ранее Алма-Атинская декларация была принята государствами на конференции, проводившейся под патронажем ВОЗ. Данная декларация хотя и не имеет обязательной силы, но выражает позицию государств, в том числе в вопросах противодействия инфекционным заболеваниям. В частности, в ней указано, что здоровье — состояние полного физического, духовного и социального благополучия, а не только отсутствие болезней или физических дефектов²⁵. Также декларировалось, что здоровье является основным правом человека.

ВОЗ, ставя перед собой цель к 2000 г. достичь такого уровня здоровья, который позволит каждому вести продуктивный в социальном и экономическом плане образ жизни, провозгласила в Алма-Ате ответственность правительств за здоровье их народов и требование принимать медико-санитарные и социальные меры. Документ также предусматривает, что государствам необходимо включить первичную медико-санитарную помощь в системы здравоохранения, в которую в свою очередь входят: «просвещение по наиболее важным проблемам здравоохранения и методам их предупреждения и разрешения, содействие обеспечению рационального питания, доброкачественного водоснабжения и проведению основных санитарных мер; охрану здоровья матери и ребенка, в том числе планирование семьи; иммунизацию против основных инфекционных заболеваний; профилактику эндемических в данном районе болезней и борьбу с ними; соответствующее лечение распространенных заболеваний и травм; и обеспечение основными лекарственными средствами»²⁶. В 2007 году генеральный директор ВОЗ указал, что го-

²⁴ Статья 11 Европейской Социальной Хартии ETS N 163 (пересмотренная). Принята 03.05.1996 // СПС Гарант.

²⁵ Алма-Атинская декларация, Принята Международной конференцией по первичной медико-санитарной помощи 12.09.1978 // СПС Гарант.

²⁶ Статья 7 Алма-Атинской декларации // СПС Гарант.

сударства, успешно имплементировавшие первичную медико-санитарную помощь в здравоохранение, добились наилучших результатов с меньшими затратами²⁷.

Другим значимым документом является Декларация Рио-де-Жанейро о социальных детерминантах здоровья (2011)²⁸. Она также принята под патронажем ВОЗ и развивает идеи необходимости достижения здоровья для всех и первостепенности равноправия в достижении здоровья. Закрепленные в документе положения, однако, еще дальше отходят от мер, предусмотренных с целью борьбы с распространением инфекционных заболеваний. Так, наблюдается смещение внимания с борьбы с распространением заболеваний (и не только инфекционных) в мире на борьбу с социальным неравенством, установление равноправия в системе здравоохранения.

Предусмотренные нормы о здоровье человека — довольно общие, и на первый взгляд они практически не предусматривают мер, которые могли бы выступать инструментом борьбы с инфекционными заболеваниями. Конечно, поддержка системы здравоохранения и предоставление всем лицам равного к ней доступа являются неоспоримо важными и обязательными мерами для поддержания здоровья человека. Л. Гостин, один из наиболее авторитетных исследователей противодействия инфекционным заболеваниям, указывает, что именно создание эффективной медицинской инфраструктуры и социальное обеспечение населения всех стран является приоритетным способом борьбы с инфекционными заболеваниями [Gostin L., 2014]. Такая система позволяет полноценно прийти к «вертикальному» противодействию с заболеваниями и своевременно предпринимать меры для борьбы с источником инфекции внутри государств.

Таким образом, после Второй Мировой войны особое внимание в международном праве получило развитие права на здоровье. Данное право отразилось во многих международных документах. При этом по своему содержанию оно является гораздо более общим, чем предусмотренный ММСП режим противодействия инфекциям. Международное право прав человека требует от государств совершить методологические изменения в отношении к противодействию инфекционным заболеваниям. Комплекс описанных норм указывает на необходимость создания не только медицинских, но и широкого круга социальных условий для населения. Это предполагает не-

²⁷ World Health Organization. International Seminar on Primary Health Care in Rural China, 2007. Available at: https://www.who.int/dg/speeches/2007/20071101_beijing/en/ (дата обращения: 01.02.2020)

²⁸ Всемирная организация здравоохранения. EB130/15. Приложение: Всемирная конференция по социальным детерминантам здоровья 2011 г. Available at: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/25902/B130_15-ru.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата обращения: 01.02.2020)

посредственное вмешательство международного права в суверенную сферу внутренних дел государств.

4. Противодействие инфекционным заболеваниям в современный период

Сегодня основным международным договором, направленным на противодействие инфекционным заболеваниям, являются ММСП в редакции 2005 года (далее — ММСП 2005). Импульсом реформы, кроме описанных ранее проблем, называют распространение ВИЧ, эндемических заболеваний и вспышек лихорадки²⁹. Уже в процессе разработки современной редакции ММСП в 2002 году произошел всплеск тяжелого острого респираторного синдрома (ТОРС), о котором власти Китая задержали процедуру уведомления ВОЗ на несколько месяцев, и первоначально скрыли ряд случаев инфицирования [Neymann D., Mackenzie J., 2013: 779]. Как следствие, внимание ВОЗ при разработке действующей редакции ММСП было направлено на прозрачность процедуры уведомления о вспышках инфекционных заболеваний [Crowley J., 2017: 103].

Целью ММСП 2005 является предотвращение международного распространения болезней, предохранение от них, борьба с ними и принятие на уровне общественного здравоохранения ответных мер, которые соизмеримы с рисками для здоровья населения и ограничены ими и которые не создают излишних препятствий для международных перевозок и торговли³⁰. С поддержкой 196 участников данный международный документ является редким примером практически повсеместно принятого в мире договора.

В отличие от более раннего документа (Международной санитарной конвенции), юридическая техника ММСП была в 2005 году переработана. В частности согласно их положениям получил развитие понятийный аппарат. Так, термин «болезнь» означает заболевание или медицинское состояние, независимо от происхождения или источника, которое наносит или может нанести значительный вред людям, а «инфекция» означает поступление и развитие или размножение инфекционного агента в организме людей

²⁹ Предупреждение инфекционных болезней и борьба с ними: новые, возникающие и повторно возникающие инфекционные болезни. Available at: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/200795/WHA48_R13_rus.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата обращения: 01.02.2020); Глобальная безопасность в вопросах здравоохранения: предупреждение об эпидемиях и ответные меры. Available at: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/80090/ra54r14.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (дата обращения: 01.02.2020)

³⁰ Статья 2 ММСП. 3 ред. WHO Library Cataloguing in Publication Data. Available at: <https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/ru/> (дата обращения: 10.03.2019)

и животных, которые могут означать риск для здоровья народонаселения³¹. В данном случае при таком расширенном толковании впервые отсутствует закрытый список заболеваний. Напротив, установление такой терминологии позволяет идентифицировать и осуществлять меры против вновь появляющихся заболеваний. Ярким примером является новый коронавирус, появившийся в декабре 2019 года в КНР. Хотя наименование заболеванию было присвоено спустя месяц после его вспышки³², оно подпадало под предмет регулирования ММСП 2005 с самого начала.

В действующей редакции ММСП подробно изложен порядок принятия решений, когда каждое государство обязано принять меры по уведомлению ВОЗ о событиях, происходящих на его территории³³. Для этой цели необходимо создание, укреплении и поддержки каждым участником договора эпиднадзора³⁴. Государства уполномочены на создание пунктов въезда и контроля за ними³⁵, получение информации в отношении лиц, совершающих поездки, а также информации в отношении ввозимых товаров³⁶.

Действующий договор предполагает серьезное взаимодействие государств с ВОЗ. Только генеральный директор ВОЗ уполномочен определить наличие чрезвычайной ситуации в области здравоохранения³⁷. ВОЗ обладает полномочием устанавливать рекомендации в отношении деятельности государств в чрезвычайной ситуации в области общественного здравоохранения³⁸, играет ключевую координирующую роль в определении медико-санитарных мер, которые должны применяться в той или иной ситуации. Хотя ММСП 2005 сохраняют компетенцию государств применять меры согласно национальному законодательству, любое «существенное нарушение международного движения» должно быть сообщено в ВОЗ и обосновано³⁹.

Что касается вакцинации, то данная мера, в отличие от Международной санитарной конвенции, не выносится даже в качестве рекомендации к осуществлению во всех странах. Вакцинация предусматривается в ММСП 2005 в качестве гарантии безопасности для лиц, осуществляющих путешествие,

³¹ Статья 1 ММСП 2005.

³² World Health Organization. Director-General's remarks. Available at: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-remarks-at-the-media-briefing-on-2019-ncov-on-11-february-2020> (дата обращения: 12.11.2020)

³³ Статья 6 ММСП 2005.

³⁴ Там же. Статья 5.

³⁵ Там же. Статьи 19–22.

³⁶ Там же. Статья 23.

³⁷ Там же. Статья 12.

³⁸ Там же. Статьи 15–18.

³⁹ Там же. Статья 43.

а не повсеместного обязательства для предотвращения распространения инфекционных заболеваний. В частности, этим объясняются значительные различия в практике государств относительно вакцинации. К примеру, среди европейских государств только в 11 существует законодательство, предусматривающее обязательную вакцинацию хотя бы от одной болезни [Bozzola E., Spina G., 2018: 2]. Во многих странах, включая Россию, вакцинация является добровольной. Не удивительно, что это приводит к негативным последствиям: за 2019 год более 140 тысяч человек погибло от кори, заболевания, которое могло быть давно пресечено вакцинацией⁴⁰.

В ММСП 2005 обнаруживаются нормы права, ссылки на которые даются в других документах международного публичного права: Конвенции о международной гражданской авиации⁴¹ и Конвенции ООН по морскому праву⁴². ММСП 2005 регулируют документацию, нужную для безопасного путешествия лиц между государствами. Из текста ст. 35 следует, что этот договор заключен с целью унифицировать и закрепить в одном документе все медико-санитарные требования. Так, одним из требований к лицам, совершающим путешествие, является свидетельство о вакцинации. Капитан судна заполняет медико-санитарную декларацию при заходе судна в порт, командир самолета — медико-санитарную часть генеральной декларации самолета. Все указанные документы заполняются по формам, закрепленным в приложении к договору. Это, несомненно, позволяет унифицировать и упростить любые правоотношения, связанные с межграничным передвижением лиц и товаров для участников.

В ММСП установлена связь с нормами, закрепляющими права человека. Согласно положениям Правил, права человека являются одними из основных принципов, на которые должны ориентироваться все субъекты международного права при реализации положений ММСП⁴³. При этом только право на здоровье включает в себя обширный список требований для государств. В связи с этим толкование данной нормы ММСП может быть очень широким. Однако это положение, по нашему мнению, не направлено для реализации в какой-то прикладной задаче, а отражает дух договора, который стремились зафиксировать в нем при разработке. При этом такой подход может вести к совершенно различному толкованию нормы или, напро-

⁴⁰ Available at: <https://www.who.int/news-room/detail/05-12-2019-more-than-140-000-die-from-measles-as-cases-surge-worldwide> (дата обращения: 01.02.2020)

⁴¹ Статья 14 Конвенции о международной гражданской авиации (принята на Монреальской конференции по воздушному праву 07.12.1944) (с изменениями и дополнениями) // СПС Гарант.

⁴² Статья 33 Конвенции ООН по морскому праву (принята 10.12.1982) // СПС Гарант.

⁴³ Статья 3 ММСП 2005.

тив, к отрицанию ее в качестве обязательной. Хотя в отдельных положениях ММСП, к примеру, медицинское обследование лиц, совершающих поездку, и некоторые другие действия в их отношении⁴⁴, предполагает непосредственное уважение их прав, положение о принципах, скорее направлено на формальное заполнение пробела предыдущих редакций в вопросе их взаимодействия с правами человека.

Наравне с принципом приоритета прав человека выделяют принцип, согласно которому меры противодействия заболеваниям не должны чрезмерно влиять на торговлю и путешествия, а также принцип применения научных методов [Gostin L., 2014: 185]. Все меры борьбы с инфекционными заболеваниями должны быть сбалансированы с учетом данных принципов, определяющих порядок противодействия. При этом каждый принцип, хотя и находит отражение в правовых нормах, допускает весьма широкое толкование любых действий государств.

С начала применения действующей редакции ММСП произошли пандемии свиного гриппа, Эболы, вируса Зика. В 2020 году чрезвычайную ситуацию в области общественного здравоохранения объявили в связи с распространением коронавируса (COVID-2019). Несмотря на многие положительные перемены в правовом регулировании, зафиксированные в ММСП, они остаются объектом критики. Это включает внутрисистемную критику, к примеру, ответственности генерального директора ВОЗ за то, что он вовремя не объявил чрезвычайную ситуацию, и такая ситуация может повториться. Критика также касается того, что ММСП 2005 года не смогли в полной мере отойти от истоков Вестфальской системы здравоохранения. Одним из обоснований такой критики стала ситуация с пандемией свиного гриппа (H1N1); США тогда задержали поставки вакцины развивающимся государствам [Gostin L., 2014: 381]; [Craddock S., 2010: 11].

Таким образом, в действующей редакции ММСП можно наблюдать стремление исправить недостатки предыдущих редакций правил. Вместо закрытого списка заболеваний общее понятие «болезнь» и «инфекция» распространяет действие документа на все инфекционные заболевания, будь они вновь возникающими или уже существовавшими ранее. Роль ВОЗ расширена как организации, которая уполномочена определять чрезвычайную ситуацию в области здравоохранения, давать рекомендации государствам. При этом государства по-прежнему сохраняют собственные компетенции принятия санитарных мер в рамках национального законодательства, но не абсолютного характера, и обязаны принимать во внимание мнение ВОЗ. Впервые устанавливается связь между режимом противодействия инфекционным заболеваниям и правами человека. Однако данная связь является абстрактной, недостаточно конкретной в своем изложении.

⁴⁴ Там же. Статьи 23, 32, 42, 45.

Заключение

На протяжении длительной истории становления и развития международно-правового противодействия инфекционным заболеваниям сменилось несколько этапов. Вестфальский подход к международному регулированию в данной сфере занимал преобладающее место наиболее долгое время. Такой подход ориентировался на суверенитет государств и их интересы, «горизонтальное» противодействие инфекционным заболеваниям путем борьбы с ними только на границах. При этом уже после Второй Мировой войны права человека, в частности, право на здоровье, стали одним из значимых фокусов в деятельности ВОЗ и получили закрепление и развитие во многих международно-правовых документах. Закрепление права на здоровье и обязательства государств, которые данное право предполагает, существенно отличаются от Вестфальского «горизонтального» регулирования противодействия инфекционным заболеваниям. Так называемое «вертикальное» регулирование предполагает вмешательство во дела суверенных государств с целью предотвращения распространений заболеваний не только между государствами, но и своевременное и эффективное лечение больных уже в момент вспышки эпидемии внутри государств. Именно возрастание роли права на здоровье признается многими исследователями сегодня приоритетным направлением в противодействии инфекционным заболеваниям. Но только в 2005 году с принятием ныне действующей редакции ММСП данные тенденции получили закрепление в основном договоре по данному вопросу. Тем не менее даже нынешняя редакция ММСП остается активно критикуемым документом в силу только формального отражения идеалов, которое предполагает «вертикальное» противодействие инфекционным заболеваниям.



Библиография

Белоусова А.А. Право на здоровье в международном праве: история становления // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2013. № 3. С. 270–275.

Мартенс Ф. Собрание трактатов и конвенций. СПб.: А. Бенке, 1898. 504 с.

Склярова Е.К. История фармации. Ростов н/Д.: Феникс, 2015. 317 с.

Bianchi A. International Law Theories. An Inquiry into Different Ways of Thinking. Oxford: University Press, 2017. 320 p.

Bozzola E., Spina G. Mandatory vaccinations in European countries, undocumented information, false news and the impact on vaccination uptake: the position of the Italian pediatric society. Italian Journal of Pediatrics, 2018, vol. 44, p. 67.

Craddock S. Influenza and Public Health: Learning from Past Pandemics. L.: Earthscan, 2010. 293 p.

- Crowley J. Global management of infectious disease after Ebola. Oxford: University Press, 2017. 289 p.
- Fidler D. SARS, Governance and the Globalization of Disease. L.: Macmillan, 2004. 219 p.
- Gostin L. Global Health Law. Cambridge: Harvard University Press, 2014. 541 p.
- Gostin L., Meier B. 70 years of human rights in global health: drawing on a contentious past to secure a hopeful future. *Lancet*, 2018, vol. 392, pp. 2731–2735.
- Gottfried R. The Black Death: Natural and Human Disaster in Medieval Europe. N.Y.: Free Press, 1983. 203 p.
- Heymann D., Mackenzie J. SARS legacy: outbreak reporting is expected and respected. *Lancet*, 2013, vol. 381, pp. 779–781.
- Kavanagh M. The World Health Organization's Momentous Struggle to Respond to the AIDS Pandemic. *American Journal of Public Health*, 2018, no 10, pp. 1272–1273.
- Kaul I. Providing Global Public Goods: Managing Globalization. Oxford: University Press, 2003. 672 p.
- Meier B., Onzivu W. The evolution of human rights in World Health Organization policy and the future of human rights through global health governance. *Public Health*, 2014, issue 2, pp. 179–187.
- Moon S. Post-Ebola reforms: ample analysis, inadequate action. *BMJ*, 2017, vol. 356, pp. 1–8.
- Nicoll A. Proposed new International Health Regulations. *BMJ*, 2005, vol. 330, pp. 321–322.
- Shaw M. International law. Cambridge: University Press, 2008. 1542 p.
- Taubenberger J., Kash J. Insights on influenza pathogenesis from the grave. *Virus Research*, 2011, vol. 162, pp. 2–7.
- Toebes B. Human rights and public health: towards a balanced relationship. *The International Journal of Human Rights*, 2015, vol. 4, pp. 488–504.
- Vincent J. Human Rights and International Relations. Cambridge: University Press, 1986. 186 p.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 1

Development of International Law Regulations of Combating Spread of Infectious Diseases



Daniil Moshnikov

Post Graduate, Department of International Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: dmoshnikov@



Abstract

Infectious diseases are a significant danger for every country in the world. Active spread of coronavirus (COVID-19) today is another striking example of the issue. States have long been making joint efforts to achieve effective results in combating infectious diseases through the adoption legal and various other measures. The paper gains an insight in the

theoretical issue of the key developments that occurred in the field of study throughout history. It improves understanding of importance of main goals that states pursued while developing international law. In order to achieve such results, the main international legal documents adopted throughout history in this area, and their contents are analyzed. Throughout history three main historical phases identified. Two very opposite approaches on combating infectious diseases were found by the author in legal documents. The analysis indicates that currently international cooperation, the involvement of states in joint activities to combat diseases in the framework of international organizations has increased. However, highly criticized approach based on Westphalian principles is still underlines international regulations on combating infectious diseases. The methods employed in the paper include inductive and deductive analyses, as well as historical and teleological method. The work is the starting point for further research in this area.



Keywords

international law; coronavirus; World Health Organization; International Health Regulations; infectious diseases; communicable diseases; COVID-19; pandemic.

For citation: Moshnikov D.K. (2021) Development of International Legal Regulations of Combating Spread of Infectious Diseases. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 198–217 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.198.217



References

- Belousova A.A. (2013) Right to health in international law: historical development. *Vestnik Rossiyskogo universiteta druzhby narodov*, no 3, pp. 270–275 (in Russian)
- Bianchi A. (2017) *International Law Theories. An Inquiry into Different Ways of Thinking*. Oxford: University Press. 320 p.
- Bozzola E., Spina G. (2018) Mandatory vaccinations in European countries, undocumented information, false news and the impact on vaccination uptake: the position of the Italian pediatric society. *Italian Journal of Pediatrics*, vol. 44, p. 67.
- Craddock S. (2010) *Influenza and Public Health: Learning from Past Pandemics*. Earthscan, 293 p.
- Crowley J. (2017) *Global management of infectious disease after Ebola*. Oxford: University Press, 289 p.
- Fidler D. (2004) *SARS, Governance and the Globalization of Disease*. L.: Palgrave Macmillan, 219 p.
- Gostin L. (2014) *Global Health Law*. Harvard: University Press, 541 p.
- Gostin L., Meier B. (2018) 70 years of human rights in global health: drawing on a contentious past to secure a hopeful future. *Lancet*, vol. 392, pp. 2731–2735.
- Gottfried R. (1983) *The Black Death: Natural and Human Disaster in Medieval Europe*. N.Y: Free Press, 203 p.
- Heymann D., Mackenzie J. (2013) SARS legacy: outbreak reporting is expected and respected. *Lancet*, vol. 381, pp. 779–781.
- Kavanagh M. (2018) The World Health Organization's Momentous Struggle to Respond to the AIDS Pandemic. *American Journal of Public Health*, no 10, p. 1272–1273.
- Kaul I. (2003) *Providing Global Public Goods: Managing Globalization*. Oxford: University Press, 672 p.

Martens F. (1898) The collection of essays and conventions. Saint Petersburg: Benke, 504 p. (in Russian)

Meier B., Onzivu W. (2014) The evolution of human rights in World Health Organization policy and the future of human rights through global health governance. *Public Health*, issue 2, pp. 179–187.

Moon S. (2017) Post-Ebola reforms: ample analysis, inadequate action. *BMJ*, vol. 356, p. 1–8.

Nicoll A. (2005) Proposed new International Health Regulations. *BMJ*, vol. 330, p. 321–322.

Shaw M. (2008) *International law*. Cambridge: University Press, 1542 p.

Sklyarova E.K. (2015) *The history of pharmacy*. Rostov: Feniks, 317 p. (in Russian)

Taubenberger J., Kash J. (2011) Insights on influenza pathogenesis from the grave. *Virus Research*, vol. 162, pp. 2–7.

Toebe B. (2015) Human rights and public health: towards a balanced relationship. *The International Journal of Human Rights*, no 19, pp. 488–504.

Vincent J. (1986) *Human Rights and International Relations*. Cambridge: University Press, 186 p.

Правовое регулирование потребительского кредитования в государствах ЕАЭС



Р.Ж. Баишев

Судья, Алматинский городской суд Республики Казахстан, магистр права. Адрес: 050000, Алматы, Республика Казахстан, улица Казыбек Би, 85. E-mail: aselbai82@mail.ru



Аннотация

Евразийский экономический союз учрежден Договором от 29 мая 2014 года. Экономический кризис, отягощенный пандемией коронавируса, обнажил необходимость правовой защиты экономических интересов предпринимателей и физических лиц, в первую очередь в области финансовых услуг и потребительского кредитования. Целью настоящей публикации является изучение современных проблем потребительского кредитования, сравнительный анализ и практика применения законодательства государств–членов Союза. Анализ проводится на предмет защищенности прав и законных интересов физических лиц при заключении потребительского кредита. Так как суверенные государства до образования Союза сформировали собственную нормативно-правовую базу, в том числе и по вопросам кредитования, их законодательные акты анализируемых стран значительно различались. Более того, они не в должной мере защищали права участников данных договоров, особенно физических лиц. Кредитными организациями существенно нарушались права граждан, условия по заключаемым ими договорам носили кабальный характер. Это повлекло за собой многочисленные жалобы, иски в суды, а также освещение в средствах массовой информации резонансных дел, связанных с отсутствием у физических лиц возможности погасить задолженность перед кредитными и микрофинансовыми организациями. Государства, объединившись в Евразийский экономический союз, провели согласованную работу по совершенствованию законодательства в данной сфере, в результате чего права физических лиц — участников потребительского кредита защищены в большей степени. Однако по мнению автора, работу в данном направлении, особенно в условиях экономического кризиса и пандемии, следует продолжить. Вносятся предложения по совершенствованию как национального законодательства, так и права Евразийского экономического союза, а также практики его применения. Автор приходит к выводам, что Союзу следует принять специальное Соглашение о кредитном договоре и принципах потребительского кредитования. В свою очередь, в государствах–членах Союза необходимо принять отдельные законы о потребительском кредитовании.



Ключевые слова

кредитный договор, потребительский кредит, банковское законодательство, микрофинансовые организации, защита экономических прав граждан, Евразийский экономический союз.

Для цитирования: Баишев Р.Ж. Правовое регулирование потребительского кредитования в государствах ЕАЭС // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 1. С. 218–243.

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.218.243

Введение

Государство как гарант защиты прав человека должно обеспечивать рост благосостояния граждан, в том числе и за счет их доступного и недорогого потребительского кредитования. Особую актуальность приобрел этот вид поддержки населения в условиях экономического кризиса, отягощенного пандемией коронавирусной инфекции COVID-19.

Понятия кредитного договора и потребительского кредита широко используются в юридической науке и правоприменительной практике, что обусловлено распространенностью данных договоров в гражданском обороте. Актуальность изучения содержательной характеристики договора потребительского кредитования заключается во всевозрастающей роли этого договора в жизнедеятельности общества, индивидуумов и деятельности кредитных и микрофинансовых организаций.

Сравнительное исследование институтов потребительского кредита и банковского кредита показало, что эти категории имеют как общие, так и особенные характеристики. Общим для них является распространение их в сфере экономических отношений и регулирование не только нормами международных договоров и законов, но и множеством подзаконных актов, принимаемых центральными банками и отраслевыми министерствами и ведомствами. К особенным характеристикам можно отнести распространение кредитного договора в сфере финансовых (банковских) отношений и применение к нему пруденциальных нормативов банковской сферы. Потребительское кредитование как вид экономической деятельности в большей мере рассматривается как услуга, оказываемая юридическим и физическим лицам.

Вместе с тем диалектический подход к данным явлениям заключается в том, что невозможно рассматривать их как самостоятельные, обособленные и не взаимодействующие институты. Общее (экономические отношения, экономика как базисная категория) проявляется в особенном (кредит, потребительский кредит) и эти категории должны анализироваться комплексно, в их тесной взаимосвязи и взаимообусловленности. Как указывает А.Ф. Щеглов, «нет оснований сомневаться в особой социальной значимости сложных и противоречивых процессов, протекающих в реальной хозяйственной жизни. Экономика — материальная основа для развития как отдельного индивида, так и общества в целом» [Щеглов А.Ф., 2017: 4].

На наш взгляд, очень важно изучение институтов кредитного договора и потребительского кредитования не только как статичных объектов правовых и финансовых отношений, но с учетом их динамичного становления в условиях цивилизационного развития. В своем исследовании мы попытались применить не только сравнительно-правовой, но и историко-логический (философский) подход осмысления предмета научного познания. Незря Е.А. Кафырин выделяет как самостоятельный гносеологический принцип единство исторического и логического подходов, указывая, что «исторический подход предполагает воспроизводство изучаемого процесса во всей многогранности взаимодействия его свойств, разворачивающихся в реальности» [Кафырин Е.А., 2019: 124]. Только таким образом возможно установить истинную сущность кредитного договора и потребительского кредита как одного из его видов.

Научная новизна исследования заключается в том, что существующие в настоящее время работы в этой области в основном фрагментарны и затрагивают только отдельные аспекты предмета исследования, в то время как необходимо комплексное философское, теоретико-правовое изучение истории развития и сегодняшнего состояния данного вопроса. Проблемы потребительского кредитования и банковского кредита обычно рассматриваются только в рамках одного государства, тогда как в автор данной публикации считает ее актуальной для всего Евразийского экономического союза.

1. Период суверенизации государств: формирование банковской и кредитной систем постсоветских стран

За 30 лет независимости правовое регулирование этой важной сферы национальных республик стало целой отраслью их законодательства. Его формирование и развитие напрямую зависело от экономических и политико-административных задач, которые приходилось решать государствам в связи с обретенной самостоятельностью и вхождением в рыночные отношения.

Условно можно выделить несколько периодов, отражающих организационные и правовые меры и особенности развития банковской системы на этом пути. В России первый период напрямую связан с процессом суверенизации, начавшимся 12 июня 1990 года с принятием Всероссийским съездом народных депутатов РСФСР Декларации о государственном суверенитете РСФСР¹. До конца этого года соответствующие декларации были приняты законодательными органами Казахстана, Армении, Беларуси и Кыргызстана. Бывшие советские республики, всецело зависевшие прежде от единой

¹ Ведомости Совета народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. 1990. № 2.

централизованной финансовой системы, декларировали отныне самостоятельность в данном вопросе. Так, ст. 10 Декларации о государственном суверенитете Казахской ССР от 25 октября 1990 года гласила, что Казахская ССР вправе образовать государственный национальный банк, финансово-кредитную систему, самостоятельно формирует государственный бюджет, а также организует налоговую и союзно-республиканскую таможенную системы². Статья 10 Декларации о государственном суверенитете Республики Кыргызстан от 15 декабря 1990 года закрепляла право республики самостоятельно создавать банковскую, ценовую, финансовую, налоговую системы, формировать государственный бюджет, при необходимости вводить свою денежную систему³.

Одной из серьезных проблем начального периода формирования банковского законодательства Республики Казахстан, Республики Армения, Республики Беларусь и Кыргызской Республики стал выход России из зоны хождения советского рубля и введение Банком России 26 июля 1993 года российского рубля образца 1993 года. Республики бывшего СССР испытали неопределенность в обращении рублей старого образца. Это привело к дезорганизации денежной системы вновь созданных банков, тормозило в целом банковскую деятельность, усиливало инфляционные процессы. Необходимость введения своих денег была очевидна как в стратегическом, так и краткосрочном планах, поскольку национальная валюта являлась атрибутом государственности и одним из механизмов обеспечения суверенитета молодых республик.

В Казахстане национальная валюта — тенге была введена согласно Указу Президента Республики Казахстан от 12 ноября 1993 года № 1339. В нем тенге определялось в качестве единственного платежного средства в Республике Казахстан, обязанного к приему во всех видах платежей физических и юридических лиц, независимо от форм собственности, а также банками для зачисления во вклады и счета без ограничений⁴.

В Кыргызстане вопрос о введении собственной валюты обсуждался Верховным Советом Республики дважды. В первый раз в апреле 1993 года депутаты не поддержали предложение Правительства о введении национальной денежной единицы. Было решено вернуться к рассмотрению этого судьбоносного вопроса после 10 мая 1993 года. Однако 12 мая этого же года МВФ, членом которого стал Кыргызстан, должен был рассмотреть вопрос о крупных денежных кредитах Кыргызстану, одним из условий которых было вве-

² Ведомости Верховного Совета КазССР. 1990. № 44. Ст. 10.

³ Available at: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/205081?cl=ru-ru> (дата обращения: 01.09.2020)

⁴ Available at: https://tengrinews.kz/zakon/prezident_respubliki_kazahstan/finansyi/id-U9300001399/ (дата обращения: 15.05.2020)

дение на территории республики национальной валюты. 10 мая 1993 года была созвана чрезвычайная внеочередная сессия Верховного Совета, на которой было принято постановление о введении национальной валюты — кыргызского сома⁵.

Беларусь объявила о введении белорусского рубля как платежной валюты Постановлением Президиума Верховного Совета Республики Беларусь от 19 июня 1992 № 1756-XII «О национальной валюте»⁶.

В Армении урегулирование вопроса с национальной валютой осложнялось тем, что экономика переживала гиперинфляцию в связи с военными действиями в Нагорном Карабахе. Лишь 11 ноября 1993 года Решением Государственной комиссии регулирования денежного обращения в Республике Армения на всей ее территории вводилась национальная валюта — драм⁷.

Введение в товарно-денежные отношения национальной валюты суверенных государств стало настоящим прорывом, который позволил изменить не только структуру банковской системы, но и коренным образом преобразовать принципы ее деятельности, а также сконцентрировать внимание на кредитной деятельности, ее активизации для нужд рыночной экономики.

2. Конституционная институализация и законодательное обеспечение банковской и кредитной деятельности государств — членов ЕАЭС

Анализ конституционных и законодательных актов России, Казахстана, Армении, Беларуси и Кыргызстана позволяет сделать вывод, что с 1993 года начинается второй этап в развитии и совершенствовании банковского законодательства этих стран. Например, в Казахстане в апреле 1993 года были приняты законы «О Национальном Банке Республики Казахстан» и «О банках в Республике Казахстан»⁸. Закон «О Национальном Банке» расширил и конкретизировал функции и задачи Нацбанка, сделал его более независимым в проведении единой государственной политики в области денежного обращения и кредитования, организации банков и валютных отношений. Закон «О банках» определил функции, права и обязанности банков второго

⁵ Available at: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30221025#pos=0;123 (дата обращения: 15.05.2020)

⁶ Available at: <https://www.nbrb.by/bv/articles/10664.pdf> (дата обращения: 15.05.2020)

⁷ Официальный интернет-сайт Национального Банка Республики Армения. Available at: <https://www.cba.am/ru/sitepages/achfinancialbankingsystem.aspx> (дата обращения: 15.05.2020)

⁸ Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1993. № 9; Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1993. № 10.

уровня, их правовой статус как акционерных обществ. В 1993 году достиг пика рост количества коммерческих банков — 204. В связи с этим был взят курс на сокращение их числа путем жесткой селекции, в результате которой нестабильные и слабые банки или полностью ликвидировались, или объединялись, образуя дочерние банки крупных. В июле 1993 года была учреждена Ассоциация банков Республики Казахстан.

Начиная с 1993 года отмечалось уменьшение количества банков. В 1993–2000 годах количество банков второго уровня сократилось на 157 единиц (–77%) и их филиалов на 306 единиц (–42%). Также за анализируемый период наблюдается сокращение числа вновь создаваемых банков — с 63 до 1 в год.

В сентябре 1994 года с целью повышения ликвидности собственного капитала банков были ужесточены требования к структуре уставных фондов банков второго уровня.

В 1995 году были приняты два закона, которые являются основой современного банковского законодательства Казахстана: Закон Республики Казахстан «О Национальном Банке Республики Казахстан» и Закон Республики Казахстан «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан»⁹. После принятия этих законов началось количественное сжатие банковской системы, основной целью которого явилось повышение ее надежности. С тех пор изменения и дополнения в законы вносились более десяти раз, все более приближая практику банковского дела и регулирования банковской деятельности к международным стандартам, установленным Базельским протоколом¹⁰.

С 1993 года государственное регулирование банковской деятельности в России и других республиках принимает целенаправленный характер: принимаются новые законы, изменения и дополнения вносятся в действующие законодательные акты, создающие возможности активной кредитной деятельности. В Республике Беларусь формируется двухуровневая банковская система, увеличивается число банков второго уровня, растет участие иностранных банков и небанковских кредитно-финансовых организаций России, стран Балтии, Германии и Польши. Улучшению ситуации в банковской системе способствовало введение в действие ряда актов. Так, 2 мая 1996 года был принят Указ Президента № 157 «О мерах по упорядочению банковской и иной финансовой деятельности»¹¹, в соответствии с которым на территории Беларуси запрещена деятельность субъектов хозяйствования, не являющихся банками, но осуществляющих банковские и иные финансовые опера-

⁹ Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1995. № 3–4; Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1995. № 15–16.

¹⁰ Available at: URL: <https://megalektsii.ru/s13461t13.html> (дата обращения: 01.09.2020)

¹¹ Собрание указов Президента и постановлений Кабинета Министров Республики Беларусь. 1996. № 13.

ции, связанные с привлечением денежных средств граждан и юридических лиц без соответствующих лицензий или без согласия Национального банка.

24 мая 1996 года был принят Указ Президента Республики Беларусь № 209 «О мерах по регулированию банковской деятельности в Республике Беларусь»¹². В нем признавалось необходимым утвердить перечень банков, уполномоченных обслуживать государственные программы, а также закреплено право Национального банка вводить временное управление банком и принимать иные меры в целях стабилизации его финансового положения в случае устойчивой убыточности банка более трех месяцев подряд, неплатежеспособности или угрозы неплатежеспособности и банкротства банка.

В 1993–1999 годах в республиках усиливаются нормотворческие полномочия национальных банков. Наиболее полно и четко они были регламентированы в законодательстве Российской Федерации. В указанный период, как известно, были приняты конституции: в 1993 году — Конституция Российской Федерации, в 1995 году — обновленная (взамен Конституции 1993 года) Конституция Республики Казахстан, в 1994 году — Конституция Республики Беларусь, в 1995 году — конституции Армении и Кыргызской Республики. Законодательными органами были приняты и введены в действие гражданские кодексы.

Принятие новых конституций, гражданских кодексов, законов в развитие национальных правовых документов по банковскому делу, закрепивших принципы хозяйственной деятельности в интересах подъема экономики и благосостояния населения, дают полное основание считать, что к началу 2000 года банковское законодательство рассматриваемых республик образует целую отрасль законодательства этих стран, учитывающую условия экономического и социального развития в каждой из них, а также использующую международные принципы банковского дела и кредитования.

Сравнение организационной структуры банков показывает, что во всех пяти государствах банковские системы являются двухуровневыми, однако имеют неодинаковый состав. Банковская система Республики Беларусь включает Национальный банк и иные банки (и не включает небанковские кредитно-финансовые организации, что отличает данный подход от российского и сближает с казахстанским). Субъектами банковских правоотношений в Республике Беларусь являются не только Национальный банк и банки, но и небанковские кредитно-финансовые организации (что позволяет сделать вывод, что банковские отношения здесь выходят за рамки банковской системы).

Национальный Банк Республики Казахстан является центральным банком государства и представляет верхний (первый) уровень банковской си-

¹² Собрание указов Президента и постановлений Кабинета Министров Республики Беларусь. 1996. № 16.

стемы. Все иные банки представляют нижний (второй) уровень банковской системы, за исключением Банка развития Казахстана, имеющего особый правовой статус (в российском законодательстве место Банка развития — Внешэкономбанка в банковской системе не определено).

Согласно казахстанскому и белорусскому законодательству (ст. 24 Банковского кодекса Республики Беларусь, ст. 1 Закона «О Национальном Банке Республики Казахстан»), национальные банки обеих республик являются государственными органами. Это существенное отличие от статуса Банка России, который не является органом государственной власти и не имеет четкой организационно-правовой формы.

Национальный банк Казахстана является единственным органом, определяющим и осуществляющим государственную денежно-кредитную политику Республики. В Беларуси и России денежно-кредитная политика реализуется национальным (центральным) банком во взаимодействии с правительством.

Наиболее систематизированным было банковское законодательство в виде Банковского кодекса Республики Беларуси, содержащего Общую и Особенную части, вступившего в силу в 2000 году. В Банковском кодексе дается понятие денежно-кредитной политики Республики как составной части государственной экономической политики.

Особенностью современного банковского законодательства Кыргызской Республики является ст. 4 Закона «О Национальном банке, банках и банковской деятельности»¹³, согласно которой наряду с традиционными принципами используются также исламские принципы банковского дела и финансирования.

В Армении особенности статуса Всеармянского банка определяются отдельным законом Республики.

Таким образом, рассмотренный материал показывает, что национальное банковское законодательство государств – членов Евразийского экономического союза, основываясь на актах их суверенизации и национальной независимости в начале 1990-х годов, на сегодняшний день составляет отрасль национального права, регулирующую гражданско-правовые отношения, складывающиеся при выполнении банками и кредитными организациями их деятельности.

3. Современное состояние банковской системы и кредитования в государствах–членах ЕАЭС

Национальные банки совместно с правительственными органами разрабатывали и усовершенствовали правовые нормы, регулирующие и детализирующие отдельные функции национальных банков, в частности, по

¹³ Эркин Тоо. 2016. № 113–114.

лицензированию банковской деятельности, осуществлению кредитной деятельности, норм, закрепляющих правовое положение отдельных подразделений и служб самих банков и т.д. Можно считать 2000 год началом третьего этапа в развитии банковского законодательства стран ЕАЭС. Условно его можно назвать антикризисным этапом правового обеспечения, реформирования банковского сектора экономики. Кризис 1998 года в мировой экономике не обошел стороной Россию и другие страны. С целью преодоления его последствий в государствах, объединенных ныне в Евразийский экономический союз, были приняты значительные меры в банковской сфере.

Государство обеспечивало меры правового регулирования этих и других экономических и финансово-кредитных мер, поставленных на повестку дня новыми реалиями. Например, в России 23 декабря 2003 года был принят Федеральный закон «О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации» № 177-ФЗ¹⁴. В нем были определены правовые, финансовые и организационные основы функционирования системы обязательного страхования вкладов физических лиц в российских банках, а также компетенция, порядок образования и деятельности организации, осуществляющей функции по обязательному страхованию вкладов, порядок выплаты возмещения по вкладам.

В апреле 2005 года Правительством России и Центральным Банком была принята Стратегия развития банковского сектора. В соответствии с этим документом основной целью развития банковского сектора являлось повышение его устойчивости и эффективности функционирования.

В Армении в 2004 году принимаются законы: от 28 сентября — «Об инкассации», от 24 ноября — «О платежно-расчетных системах и платежно-расчетных организациях», «О валютном регулировании и валютном контроле», «О гарантировании возмещения вкладов физических лиц», от 14 декабря — «О борьбе с легализацией доходов, полученных преступным путем, и финансированием терроризма». В 2005 году с принятием пакета изменений в банковское законодательство, в банковской системе, а также других финансовых учреждениях — в страховых и инвестиционных компаниях вводится система корпоративного управления.

В апреле 2007 года принимается Закон «О страховании и страховой деятельности», разработанный на основе законодательства Европейского союза. Закон устанавливает классы и подклассы страхования, а процедура лицензирования и регулирование страхового посредничества приводятся в соответствие с требованиями и директивами ЕС. В 2008 году принят Закон № ЗР-122 «О потребительском кредитовании»¹⁵.

¹⁴ СЗ РФ. 2003. № 52.

¹⁵ Available at: URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=89009 (дата обращения: 01.09.2020)

В Кыргызстане в 2002 году вступил в силу Закон «О микрофинансовых организациях»¹⁶.

4. Унификация банковской деятельности в условиях интеграции государств — членов ЕАЭС

Совершенствование банковского законодательства России, Казахстана, Армении, Беларуси и Кыргызстана шло на фоне растущих торгово-экономических связей между странами, ставило на повестку дня его гармонизацию на межгосударственном уровне. На четвертом этапе развития банковско-кредитной системы к 2010 году в этих странах был создан необходимый правовой механизм регулирования отношений в банковской сфере. 6 апреля 2010 года Бюро Межпарламентской ассамблеи Евразийского экономического сообщества одобрило Концепцию основ банковского законодательства Евразийского экономического сообщества¹⁷. В Концепции отмечалось, что Основы банковского законодательства ЕврАзЭС — это основополагающий нормативный правовой акт Сообщества, устанавливающий единые для государств — членов ЕврАзЭС основные начала правового регулирования банковской деятельности, принципы и механизмы функционирования банковских систем, определяющий статус Центрального (Национального) банка, порядок создания и деятельности банков, небанковских кредитных организаций, осуществления ими банковских операций и иной деятельности.

Новый этап развития банковского законодательства в целом и кредитных отношений в частности в анализируемых странах связан с созданием Евразийского экономического союза (ЕАЭС) и подписанием учредительного Договора в 2014 году в Астане. Так, в Разделе XVI Договора отражены вопросы регулирования финансовых рынков. Государства-члены в рамках Союза осуществляют согласованное регулирование финансовых рынков с целью создания в рамках Союза общего финансового рынка и обеспечения недискриминационного доступа на финансовые рынки государств-членов. Одной из приоритетных задач этой сферы провозглашено обеспечение гарантированной защиты прав и законных интересов потребителей финансовых услуг¹⁸.

¹⁶ Ведомости Жогорку Кенеша Кыргызской Республики. 2002. № 9.

¹⁷ Документы заседания Бюро Межпарламентской Ассамблеи и заседания Межпарламентской Ассамблеи Евразийского экономического сообщества. 06.04.2010.

¹⁸ Статья 70 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014 // Бюллетень международных договоров Республики Казахстан. 2015. № 2.

В связи с этим Президент Республики Казахстан в Послании народу, озвученном на совместном заседании Палат Парламента 1 сентября 2020 года, отметил, что «надо нормативно сдерживать безудержное и порой безответственное кредитование потребителей — это чревато серьезными социальными последствиями»¹⁹.

Не секрет, что в государствах-членах ЕАЭС существуют различные по содержанию механизмы правового регулирования кредитования населения, в том числе и потребительских кредитов. Каждая из стран решает возникающие проблемы, исходя из законодательства, иногда без учета интересов других участников Договора. В рамках анализируемой темы интересна ст. 70 Договора о Евразийском экономическом союзе, в которой закреплены цели и принципы регулирования финансовых рынков. Государства-члены Союза осуществляют согласованное регулирование финансовых рынков.

В соответствии с определенными целями и принципами Россия, Казахстан, Армения, Беларусь и Кыргызская Республика в ноябре 2018 года подписали в Москве Соглашение о гармонизации законодательства государств — членов Евразийского экономического союза в сфере финансового рынка.

Гармонизация банковского и кредитно-денежного законодательства в странах Евразийского экономического союза особо значима в период ухудшения общей мировой финансовой ситуации и неожиданных вызовов, ведущих к спаду основных экономических и социальных показателей государств. Очевидным примером такого вызова стала «вирусная атака» на экономические основы государственности.

5. Кредитный договор: понятие и правовое регулирование в странах ЕАЭС

Банковское кредитование является одним из приоритетных направлений финансовой деятельности стран — членов ЕАЭС. Закономерно оно является предметом постоянного внимания со стороны национальных государств. В правовом его обеспечении они опираются на собственный опыт, а также на достижения наиболее развитых стран, изучая возможности их применения в своих странах.

В связи с ростом масштабов потребительского кредитования заметным стал интерес правоведов к правовому регулированию потребительского кредита, в частности, к вопросу о месте кредитного договора в системе обязательственных отношений. Ученые акцентируют внимание на коллизиях

¹⁹ Официальный сайт Президента Республики Казахстан. Available at: URL: https://www.akorda.kz/ru/addresses/addresses_of_president/poslanie-glavy-gosudarstva-kasym-zhomarta-to-kaeva-narodu-kazahstana-1-sentyabrya-2020-g // (дата обращения: 02.09.2020)

в связи с недостаточной проработанностью вопроса о толковании правовых норм о потребительском кредитовании, дискуссионности в подходах к определению предмета договора потребительского кредита, условий его осуществления, а также правового статуса заемщика, как наиболее слабого звена участника данных правоотношений и мерам защиты его прав [Демченко С.С., 2012: 31, 32]; [Хватик Ю.А., 2010: 91]; [Мацкевич И.М. и др., 2010: 251]; [Бычкова Н.П., 2006: 5]; [Бровкин А.В., Бычкова Н.П., 2005: 92]. Исследователи вносят предложения о совершенствовании правовых норм законодательства, касающиеся как правового определения понятия кредитного договора, его сущности, так и механизма начисления вознаграждения банка, который зачастую приводит к невозврату кредитов, так что граждане попадают в финансовую кабалу из-за всевозрастающих долгов.

Для преодоления такой ситуации в Казахстане 23 марта 2020 года на заседании Государственной комиссии по чрезвычайному положению поручено на период действия чрезвычайного положения, помимо уже принятого запрета на начисление штрафов и пеней, приостановить выплату сумм основного долга и вознаграждения по всем займам населения, пострадавшего от кризисных явлений. При этом Президент Казахстана отметил, что на фоне ухудшающейся ситуации с личными финансами многие граждане вынуждены обращаться за беззалоговыми кредитами в небанковские организации — к ломбардам, онлайн кредиторам, микрофинансовым организациям. Поэтому критически важно навести порядок в данном секторе. Обман граждан недопустим²⁰.

В период действия карантина только в Алматы численность работников предприятий в общей сложности сократилась на 266 тыс. человек. Аналогичная ситуация наблюдается по индивидуальным предпринимателям, 80% которых приостановили деятельность. Таким образом, по предварительным расчетам, текущая ситуация отрицательно повлияла на финансовое состояние около 500 тыс. горожан²¹. 26 марта 2020 года Агентство Республики Казахстан по регулированию и развитию финансового рынка утвердило механизм приостановления выплат сумм основного долга и вознаграждения по займам населения на период с 16 марта до 15 июня 2020 года²².

²⁰ Официальный сайт Президента Республики Казахстан. Available at: URL: http://www.akorda.kz/ru/speeches/internal_political_affairs/in_speeches_and_addresses/vystuplenie-prezidenta-kasym-zhomarta-tokaeva-na-zasedanii-gosudarstvennoi-komissii-po-chrezvychainomu-polozeniyu (дата обращения: 23.03.2020)

²¹ Available at: <https://vlast.kz/novosti/38061-karantin-povliat-na-finansovoe-polozenie-okolo-500-tys-almatincev.html> (дата обращения: 25.03.2020)

²² Приказ Председателя Агентства Республики Казахстан по регулированию и развитию финансового рынка от 26.03.2020 № 167. Available at: <https://www.finreg.kz/cont> (дата обращения: 01.05.2020)

Проблема потребительского кредитования в период пандемии бурно обсуждается и в публикациях ученых, общественных и политических деятелей.

В России в условиях пандемического кризиса и самоизоляции спрос на услуги микрофинансовых организаций (МФО) также резко вырос²³. По данным бюро кредитных историй «Эквифакс», в «просрочке» перед МФО уже числится 46 млрд. рублей. Апрельский вал обращений в МФО свидетельствует о серьезном ухудшении материального положения многих россиян, о возникшем у них в дни вынужденной самоизоляции «кассовом разрыве». Россияне обращаются за деньгами в микрофинансовые организации лишь когда им отказывают банки. Как правило, потеряв в кризис работу или доход, граждане берут микрокредиты, чтобы «заткнуть дыры», покрыть текущие расходы на оплату продуктов и жилья²⁴.

В этих условиях особую актуальность приобретает правильность понимания правовых основ и принципов потребительского кредитования, толкования условий кредитного договора, начисления по нему вознаграждения при наступлении факта просрочки в платежах. В п. 1 ст. 727 Гражданского кодекса (далее — ГК) Республики Казахстан, как и в других государствах ЕАЭС, закреплено, что по договору банковского займа заимодаТЕЛЬ обязуется передать взаймы деньги заемщику на условиях платности, срочности, возвратности.

Идея института процентов, как пишет Д.В. Тариканов, лежит в экономической плоскости, так как деньги — универсальное средство для извлечения дохода, и «при просрочке возврата денег кредитор теряет возможность их дальнейшего размещения на период от договорного до реального момента возврата средств, а должник выигрывает от увеличения сроков их размещения от своего имени и в своем интересе». Цель процентов — компенсировать это нарушение [Тариканов Д.В., 2005: 3].

Таким образом, обязанность заемщика уплатить кредитной организации вознаграждение за пользование предметом займа реализует принцип платности кредитного договора. Как правило, вознаграждение по таким кредитам устанавливается в процентах. По своей сути заемная операция как вид предпринимательской деятельности призвана компенсировать не только издержки по предоставлению и обслуживанию займа, но и защитить кредитора от обесценивания денег по отношению к другим валютам. Одновременно кредитор как предприниматель должен гарантировать себе достаточный объем прибыли, которая позволила бы обеспечить развитие организации,

²³ Available at: URL: <https://www.mk.ru/economics/2020/05/01/rossiyane-vzryvayut-rynok-mikrozaymov-rostovshiki-ispugalis-obednevshikh-zaemshhikov.html> (дата обращения: 05.05.2020)

²⁴ Available at: URL: <https://www.mk.ru/economics/2020/05/01/rossiyane-vzryvayut-rynok-mikrozaymov-rostovshiki-ispugalis-obednevshikh-zaemshhikov.html> (дата обращения: 05.05.2020)

а акционеров, учредителей и вкладчиков доходом. Все эти условия должны учитываться при определении ставки вознаграждения по займу исходя из экономической ситуации в стране и мире, валюты займа, уровня инфляции, системы менеджмента компании и государственного регулирования данной отрасли.

Например, защита прав заемщиков обеспечивается в Республике Казахстан путем установления предельного размера годовой эффективной ставки вознаграждения, включающей вознаграждение, все виды комиссий и иные платежи, взимаемые заимодателем в связи с выдачей и обслуживанием займа, и рассчитываемой в порядке, определенном нормативным правовым актом Национального банка Республики. Так, 25 марта 2011 года им утверждена предельная годовая эффективная ставка вознаграждения по банковским займам, микрокредитам, кредитам, предоставляемым банками второго уровня, организациями, осуществляющими отдельные виды банковских операций, микрокредитными организациями и кредитными товариществами, в размере 56%²⁵.

6. Судебная защита прав заемщика

2 июля 2018 года в ГК Казахстана внесено положение, по которому годовая эффективная ставка вознаграждения по договору займа с заемщиком — физическим лицом не может превышать 100% суммы выданного займа. Все платежи заемщика по договору займа, включая вознаграждение, неустойку (штрафа, пени), комиссию и иные платежи, не могут превышать суммы займа²⁶. В ГК закреплено, что если заемщик не возвращает в срок предмет займа, вознаграждение выплачивается за весь период пользования предметом займа²⁷.

Теоретически и практически интересны ответы на вопросы: что же понимать под периодом пользования предметом займа? Вправе ли кредитная организация начислять вознаграждение (проценты), установленное договором после истечения срока пользования займом, если заемщик не возвратил кредит? Если да, то как это согласуется с принципом срочности, по которому займ предоставляется на определенный договором срок и размер вознаграждения (процентов) установлен в графике платежей?

По данным вопросам ученые высказывают различные мнения, не складывается единообразной судебной практики. Например, Е.А. Суханов выражает следующее суждение: «Возврат денег по обязательству всегда предполагает их возврат в соответственно увеличенной сумме... Таким образом, речь

²⁵ Казахстанская правда. 2013. № 170–171.

²⁶ Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1994. № 23–24.

²⁷ Там же.

в данном случае должна идти не об ответственности должника, а о плате за кредит (т.е. за пользование чужими деньгами). Эта плата в принципе должна взыскиваться за фактическое пользование чужими денежными средствами независимо от того, происходит ли это пользование на законных (договорных) основаниях или является результатом неправомерного поведения должника» [Суханов Е.А., 1997: 8].

С указанным мнением можно согласиться при логическом выделении трех форм пользования предметом займа.

Первая — правомерное пользование. Она характеризуется возможностью заемщика пользоваться полученными в займ деньгами в соответствии с условиями кредитного договора.

Вторая — неправомерное пользование. Это пользование предметом займа в нарушение условий договора по истечении срока предоставления займа. Кредитор имеет право в любой момент истребовать предмет займа с причитающимся вознаграждением, а заемщик обязан его возвратить добровольно либо в принудительном порядке.

Третья — смешанное пользование. Возникает при нарушении заемщиком срока для возврата очередной части предмета займа. В невозвращенной части возникает неправомерное пользование, а остальной части, по которой срок возврата займа еще не наступил, действует правомерное пользование.

При решении вопроса о начислении процентов по кредитному договору следует руководствоваться правилом, что если займ предоставляется под определенный договором процент, то должник должен уплатить кредитору процент за правомерное пользование в размере, установленном договором.

Вместе с тем, должен ли заемщик платить кредитору проценты по займу в случае неправомерного пользования деньгами в нарушение условий кредитного договора о возврате займа (части займа)? По этому вопросу Верховный Суд Республики Казахстан в обобщении судебной практики рассмотрения гражданских дел по некоторым вопросам применения банковского законодательства указал, что судам следует иметь в виду, что вознаграждение выплачивается за весь период пользования предметом займа, независимо от истечения срока возврата. Суду не предоставлено право на уменьшение размера, подлежащего взысканию вознаграждения²⁸.

Однако в судах страны существует и иная точка зрения. При рассмотрении конкретного гражданского дела суд при определении размера долга учел установленный в договоре срок пользования займом в 42 месяца. После истечения указанного срока банк не вправе начислять и требовать выплаты

²⁸ Обобщение судебной практики рассмотрения гражданских дел по некоторым вопросам применения банковского законодательства. Верховный Суд Республики Казахстан // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан. 2017. № 3. С. 75–76.

вознаграждения, так как при таких обстоятельствах договор становится бессрочным и такое начисление противоречит графику погашения, в котором определен срок погашения займа. Если банк хотел продолжать начисление вознаграждения, то необходимо было составить новый график погашения и продлить срок пользования займом²⁹.

По другому делу суд установил расхождение в начислении вознаграждения по двум займам. Указанная разница возникла ввиду того, что банк начислял вознаграждение на просроченный и не выплаченный по графику основной долг. Апелляционная инстанция не признала обоснованным начисление задолженности по невыплаченному вознаграждению на просроченный основной долг, так как начисление указанного вознаграждения не предусмотрено договором займа, влечет нарушение прав заемщика, необоснованно увеличивает сумму задолженности. Договорами займа установлены графики погашения задолженности, которые являются неотъемлемой частью договора займа, и начисление вознаграждения на просроченный основной долг влечет изменение графика погашения и сумм, подлежащих возврату. Банк не вправе в одностороннем порядке изменять условия договора, влекущих ухудшение положения заемщика, посчитал суд³⁰.

Позиция апелляционных судов Казахстана в этом вопросе является обоснованной, так как во всех кредитных договорах размер, порядок и сроки выплаты вознаграждения установлены в самих договорах путем составления графика погашения, в нем также указывается итоговая сумма вознаграждения, подлежащая выплате за весь период пользования займом. Такой подход подтверждают и ученые.

К примеру, В.А. Кондратьев делает вывод, что воля и волеизъявление сторон в заключенном договоре выступают в единстве. При рассмотрении споров необходимо выяснить соответствие действительной воли волеизъявлению, а также все возможные обстоятельства, которые могли повлиять на формирование воли [Кондратьев В.А., 2016: 18].

В кредитных договорах Казахстана указаны проценты только за правомерное пользование займом, воли на установление ставки вознаграждения при просрочке в платежах у заемщика нет. В договорах не устанавливается обязанность по выплате процентов за неправомерное пользование предметом займа, так как для этого нет правового основания, в отличие от России.

В России в случаях неправомерного удержания денежных средств, уклонения от их возврата, иной просрочки подлежат выплате проценты на сум-

²⁹ Постановление Судебной коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда от 05.07.2018 № 7599-18-00-2а/4421. Дело по иску к Абдировой Г.М.

³⁰ Постановление Судебной коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда от 23.06.2016 № 7599-16-00-2а/3384. Дело по иску к Сеитовой Р.У.

му долга. Размер таких процентов определяется ключевой ставкой Банка России, законом или договором. Если подлежащая уплате сумма процентов явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе уменьшить предусмотренные договором проценты, но не менее чем до суммы, определенной ключевой ставкой Банка России (ст. 395 ГК РФ)³¹.

Как мы видим, в России на законодательном уровне кредитной организации оставлено право устанавливать в договоре и начислять проценты в случае несвоевременного возврата предмета займа. В отличие от процентов, начисленных за правомерное пользование денежными средствами, суду дано право уменьшать размер таких процентов.

В Казахстане нет аналогичной нормы с ответственностью по выплате процентов за неисполнение денежного обязательства, но есть положение об ответственности по уплате неустойки за неправомерное пользование чужими деньгами. Так, согласно ст. 353 ГК РК за неправомерное пользование чужими деньгами в результате неисполнения денежного обязательства либо просрочки в их уплате, либо их неосновательного получения или сбережения за счет другого лица подлежит уплате неустойка исходя из официальной ставки рефинансирования Национального Банка. Эти правила применяются, если иной размер неустойки не установлен законодательными актами или договором³².

В обеих странах заемщик, не исполнивший в установленный договором срок обязательство по возврату предмета займа, обязан компенсировать кредитору недополученную выгоду от неправомерного пользования денежными средствами. Разница усматривается только в названиях такой компенсации: в России это проценты, а в Казахстане — неустойка. Дополнительно в России предусмотрено, что когда соглашением сторон предусмотрена неустойка за неисполнение или ненадлежащее исполнение денежного обязательства, предусмотренные статьей 395 ГК РФ, проценты не подлежат взысканию³³.

Таким образом, за правомерное пользование деньгами заемщик платит в России проценты по ст. 809 ГК (в Казахстане — по статье 718 ГК), за неправомерное пользование в России — проценты в соответствии со ст. 395 ГК РФ, либо неустойку (в Казахстане — неустойку по ст. 353 ГК РК). Если дополнительно учесть мнение Верховного Суда Республики Казахстан о возможности начисления и выплаты вознаграждения (процентов), то в Казахстане определены три вида выплат в пользу кредитора: 1) вознаграждение за правомерное пользование деньгами; 2) неустойка за неправомерное пользование деньгами; 3) вознаграждение за кредит.

³¹ СЗ РФ. 1994. № 32.

³² Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1994. № 23–24.

³³ СЗ РФ. 1994. № 32.

Такая ситуация создала в Казахстане условия для получения кредитором дополнительных непредусмотренных выплат. Это привело к задержкам предъявления кредитором требований о взыскании просроченных долгов с одновременным нарушением прав заемщиков, задолженность которых росла, что в конечном итоге приводило к лишению заложенного имущества и значительной части получаемой заработной платы. Если к этому прибавить тот факт, что в Казахстане по требованиям банков к заемщикам о возврате долга срок исковой давности до 2017 года не применялся, то нередкими были случаи, когда банк предъявлял иски о взыскании долга с вознаграждением и неустойкой спустя много лет после наступления факта просрочки в платежах. Более того, кредитные организации выдавали займы в иностранной валюте либо с привязкой национальной валюты к иностранной, и риски колебания курса возлагались на заемщика, который нес дополнительные, неэквивалентные расходы по возврату предмета займа.

Как пишет В.В. Кулаков, общими признаками несправедливых договорных условий во всех пониманиях данного термина можно считать, во-первых, воздействие на волю контрагента, во-вторых, неадекватность, неэквивалентность встречного исполнения [Кулаков В.В., 2015: 56].

При этом кредитные организации в работе используют стандартные формы и условия договоров, которые, как правило, не поддаются обсуждению, согласованию и изменению. Заемщик для получения займа может только присоединиться к уже существующей форме, что при просрочке в платежах приводит к ответственности за все кредитные риски и осуществление плат, в разы превышающих разумные. Все это говорит об отсутствии реального равноправия сторон при заключении кредитных договоров и несправедливости их условий.

Как признает Национальный Банк Республики Казахстан, рынок онлайн-кредитования в течение долгого времени вообще не регулировался, в связи с чем нередко были нарушения прав заемщиков (есть примеры, когда такие конторы взыскивали с них 200, 500 и даже 1000%). Решением проблемы, по мнению регулятора, стал подписанный Президентом в июле 2019 года закон, в соответствии с которым все юридические лица, имеющие намерение выдавать населению микрокредиты, обязаны до 1 июля 2020 года пройти учетную регистрацию³⁴.

Сегодня, по данным исполнительного директора Первого кредитного бюро А. Нургалиевой, из 9,23 млн. экономически активных казахстанцев только 1,77 млн. человек являются «кредитными девственниками» — в основном, это молодежь в возрасте 18–22 лет, которая пока в этом не нужда-

³⁴ Available at: <https://time.kz/articles/territory/2020/01/15/dolg-platezhom-strashen> (дата обращения: 20.01.2020)

ется, и люди старше 45 лет, для которых отсутствие долгов является жизненным кредо. У остальных 7,46 млн. человек есть или были кредиты в банках и других финансовых организациях³⁵.

Сложившаяся в последние годы негативная ситуация на рынке кредитования, привела к пониманию необходимости ограничения прав кредитных организаций по требованию выплаты вознаграждения. В настоящее время такими мерами в Казахстане являются:

Банкам установлено ограничение на требование выплаты вознаграждения по истечении 180 последовательных календарных дней просрочки исполнения обязательства по договору ипотечного займа физического лица, не связанного с предпринимательской деятельностью и обеспеченного залогом недвижимого имущества³⁶.

Все платежи заемщика по договору займа, заключаемого с заемщиком — физическим лицом, включая сумму вознаграждения, неустойки (штрафа, пени), комиссий и иных платежей, предусмотренных договором займа, за исключением предмета займа, в совокупности не могут превышать суммы выданного займа за весь период действия договора займа³⁷.

Срок исковой давности по требованию банков к заемщикам по неисполнению и (или) ненадлежащему исполнению договоров банковского займа составляет пять лет³⁸.

На наш взгляд, правило ГК Республики Казахстан о выплате вознаграждения за весь период пользования предметом займа нужно понимать и применять в совокупности с принципом срочности, по которому кредитный договор заключается на определенный срок с установленной в нем итоговой суммой вознаграждения, которое подлежит выплате кредитору за весь период пользования займом. Ответственность за несвоевременный возврат предмета займа и просрочку платежей установлена в виде неустойки. Иное понимание этого вопроса приводит к тому, что вознаграждение по займу начисляется до момента фактического возврата долга и приводит к игнорированию принципа срочности, займ становится бессрочным.

Правильное понимание данного вопроса особенно важно по договорам с коротким сроком пользования. По ним срок истекает быстрее, чем кредитная организация успевает предъявить к заемщику претензии. В большинстве случаев, кредитор полагает несправедливым факт пользования его деньгами

³⁵ Available at: URL: <https://time.kz/articles/zloba/2020/02/14/dolgovaya-propast> (дата обращения: 15.02.2020)

³⁶ Закон Республики Казахстан от 31.08.1995 «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан» // Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1995. № 15–16.

³⁷ Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1994. № 23–24.

³⁸ Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1995. № 15–16.

безвозмездно и поэтому продолжает начислять по таким займам вознаграждение до даты подачи в суд иска в целях минимизации своих убытков от неправомерного пользования деньгами.

Как указывает А.Е. Кирпичев, безвозмездность не означает отсутствия встречной обязанности, она означает невозможность ее защиты правом [Кирпичев А.Е., 2015: 22]. Кредитная организация по истечении срока пользования займом должна перестать начислять вознаграждение (проценты), но не утрачивает право на его востребование и предъявление к взысканию начисленной неустойки. Это и обеспечивает соблюдение принципа возмездности кредитного договора.

В России за неправомерное пользование деньгами подлежат выплате проценты либо неустойка, при этом размер таких процентных взысканий, в отличие от Казахстана, может быть судом уменьшен. Практика о правомерности начисления вознаграждения (процентов) после истечения срока пользования займом была предметом обсуждения и в российских судах. При этом позиция судов в этом вопросе также не была единой и однозначной.

Так, в определении Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда России от 22 августа 2017 года № 7-КГ 17-4 описана следующая ситуация. По одному из дел суд первой инстанции счел возможным снизить размер процентов, рассчитанный с учетом 730% годовых (2% от суммы займа за каждый день просрочки). Суд апелляционной инстанции изменил такое решение в части снижения размера процентов, указав, что такие проценты не являются мерой ответственности за нарушение обязательства по возврату суммы займа и не подлежат уменьшению.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда России не согласилась с вынесенным апелляционным определением и посчитала, что размер взыскиваемых процентов за пользование займом подлежал исчислению исходя из рассчитанной Банком России средневзвешенной процентной ставки по кредитам, выделяемым кредитными организациями физическим лицам в рублях на срок свыше года, по состоянию на день заключения договора микрозайма³⁹. Верховный Суд России полагал возможным начисление вознаграждения по средневзвешенной процентной ставке с учетом фактического срока пользования займом. Однако практически срок пользования и начисление процентов устанавливались в каждом договоре микрозайма исходя из срока фактического пользования, который не соответствовал размеру процента, установленного в самом договоре; налицо было фактическое изменение условий кредитования без согласия сторон.

³⁹ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 22.08.2017 № 7-КГ17-4.

Позднее, в определении Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда России от 13 ноября 2018 года № 41-КГ18-46 было указано, что решением суда первой инстанции (оставленного в силе судом апелляционной инстанции) в пользу кредитной организации была взыскана задолженность в сумме 15 350 руб. и проценты в сумме 263 787,88 руб. по кредитному договору, заключенному на срок 15 дней, с вознаграждением в размере 2% за каждый день пользования. Верховный Суд России не согласился с таким выводом нижестоящих судов и указал, что принцип свободы договора в сочетании с принципом добросовестного поведения участников гражданских правоотношений не исключает обязанности суда оценивать условия конкретного договора с точки зрения их разумности и справедливости. Условия договора займа, с одной стороны, не должны быть явно обременительными для заемщика, с другой — они должны учитывать интересы кредитора как стороны, права которой нарушены в связи с неисполнением обязательства. Коллегия Верховного Суда отметила, что это положение имеет особое значение, когда возникший спор связан с деятельностью микрофинансовых организаций, которые предлагают займы на небольшие суммы и на короткий срок, чем и обуславливается возможность установления повышенных процентов за пользование займом. Иное, т.е. установление сверхвысоких процентов за длительный срок пользования микрозаймом, выданным на короткий срок, приводило бы к искажению цели деятельности микрофинансовых организаций. Поддержав расчет истца о взыскании с ответчика процентов за пользование микрозаймом в размере 732% за период, составляющий 891 день, суды первой и апелляционной инстанций исходили из того, что эти проценты продолжают начисляться по истечении срока действия договора займа, составляющего 15 календарных дней. Однако такой подход противоречит существу законодательного регулирования договоров микрозайма, поскольку фактически свидетельствует о бессрочном характере обязательств заемщика, вытекающих из такого договора, а также об отсутствии каких-либо ограничений размера процентов за пользование микрозаймом. В рассмотренном деле фактически срок договора займа был определен до 12 июня 2014 года (15 календарных дней), т.е. между сторонами был заключен договор краткосрочного займа сроком до 1 месяца. На основании п. 6.2. договора займа, в случае нарушения установленного договором срока возврата суммы займа более чем на 14 дней заемщик уплачивает заимодавцу единовременный штраф в размере 1 000 руб. Других видов штрафных санкций не предусмотрено. Следовательно, начисление по истечении срока действия договора займа процентов, установленных договором лишь на срок 15 календарных дней, нельзя признать правомерным⁴⁰.

⁴⁰ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации, утвержденный Президиумом Верховного Суда Российской Федерации. 2019. № 1. С. 7–10.

Таким образом, Верховный Суд России скорректировал свою позицию и пришел к правильному выводу о приоритете условий договора, по которому установлен срок займа и возможность начисления процентов только в установленный договором срок пользования займом.

Вопрос о правомерности начисления вознаграждения (процентов) по договору потребительского кредитования имеет важное значение. Практика разрешения споров в судах неоднозначна и требует корректировки с учетом приоритета условий договоров как регулятора правоотношений сторон, необходимости соблюдения баланса прав сторон и защиты граждан от несправедливых условий сделок.

Заключение

Анализ и сравнение правовых актов России, Казахстана, Армении, Беларуси и Кыргызской Республики позволяют прийти к следующим предложениям правового и организационного характера, касающимся нормативного регулирования ряда вопросов потребительского кредитования в ЕАЭС.

Во-первых, исходя из положений ст. 70 Договора о Евразийском экономическом союзе о том, что государства-члены в рамках Союза осуществляют согласованное регулирование финансовых рынков в целях обеспечения гарантированной и эффективной защиты прав и законных интересов потребителей финансовых услуг, предлагается принять единое специальное Соглашение о кредитном договоре и принципах потребительского кредитования в ЕАЭС.

Во-вторых, в Соглашении и соответствующих законах государств-членов необходимо предусмотреть право заемщика как потребителя финансовых услуг в течение 14 календарных дней отказаться от исполнения дополнительных договоров, не связанных с выдачей займа, особенно кабального характера, и принудительного заключения договора страхования.

Во-третьих, национальным банкам государств-членов следует усилить меры финансового контроля за учреждениями небанковского сектора, выдающими микрокредиты гражданам с превышением установленных Центральным Банком предельных ставок вознаграждения. Необходимо в полной мере принять санкции административного характера к таким учреждениям.

В-четвертых, центральным банковским учреждениям и органам финансового контроля государств-членов следует обеспечить проведение по каждому займу кредитного скоринга по оценке кредитоспособности заемщика, основанного на качественных и количественных характеристиках, включающих указание постоянного дохода, места работы, залогового имущества, пенсионных и иных накопительных активов заемщика.

В-пятых, предлагается законодательно закрепить за потребителем кредита право одностороннего отказа от исполнения договора и невозможности его исполнения, если заемщик по объективным причинам (например, в связи с утратой дохода из-за инфекции) не может погашать задолженность. При этом банк должен рефинансировать потребительский кредит, приостановив (отменив) взыскание штрафов и пени, либо незамедлительно расторгнуть договор, взыскав лишь сумму основного долга заемщика.

В-шестых, учитывая, что судами при рассмотрении дел выявляются факты осуществления неспециализированным (небанковским) юридическим лицом предпринимательской деятельности по предоставлению займов гражданам без учетной регистрации в государственном органе и с нарушением требований законодательства, предлагается ужесточить уголовную и административную ответственность за такой вид незаконной предпринимательской деятельности, а в гражданско-правовом порядке — признавать совершенные сделки ничтожными с момента их подписания.

В-седьмых, учитывая, что пандемия коронавируса COVID-19 несет угрозу человеческим жизням во всем мире, воздействует на экономическое развитие, вызывая неустойчивость глобальных финансовых и сырьевых рынков, которая может привести к падению мировой экономики, рекомендовать центральным (национальным) банкам не ухудшать условий кредитования нефинансовых организаций, применять специальные инструменты рефинансирования коммерческих банков для выдачи льготных кредитов, в том числе в сфере потребительского кредитования населения.

В-восьмых, по мнению исследователей, сектор кредитования по мере увеличения его размера несет с собой потенциальный системный риск, связанный с накоплением имиджевых потерь банковских и небанковских учреждений. Необходимы превентивные меры к повышению транспарентности кредитной деятельности, что позволит отслеживать качество роста и предотвращать несостоятельность банковских, небанковских и микрофинансовых организаций и ущерб для заемщиков.

В последующем для здорового развития потребительского кредитования предполагается обеспечить его полную информационную прозрачность, внедрив всеобщую цифровизацию кредитов, что позволит отслеживать его риски и вклад в экономический рост.



Библиография

Бровкин А.В., Бычкова Н.П. Правовая природа и сущность кредита / Сборник статей аспирантов и соискателей. Краснодар: Институт экономики и управления, 2005. С. 92–97.

Бычкова Н.П. Условия кредитного договора как основание обеспечения возвратности кредита. Дис. ... к.ю.н. М., 2006. 208 с.

Демченко С.С. Правовое регулирование потребительского кредитования России на современном этапе // Адвокат. 2012. N 4. С. 32–43.

Демченко С.С. Субъекты договора потребительского кредитования: особенности их правового статуса // Право и экономика. 2012. N 5. С. 31–38.

Кафырин Е.А. Философское и научное познание: сходство и различие // Правосудие. 2019. N 1. С. 124–138.

Кирпичев А.Е. Безвозмездность договора в гражданском праве // Российское правосудие. 2015. N 10. С. 22–29.

Кондратьев В.А. Заключение договора // Российское правосудие. 2016. N 1. С. 18–25.

Кулаков В.В. О «несправедливых» условиях договоров в судебной практике // Российское правосудие. 2015. N 5. С. 56–62.

Кулаков В.В. Сложные обязательства в гражданском праве. Автореф. дис. ... д.ю.н. М., 2011. 382 с.

Мацкевич И.М. и др. К вопросу о расширении перечня способов защиты гражданских прав / Традиции и новации в системе современного российского права: сборник. М: МГЮА, 2010. С. 251–253.

Соломин С.К. Теоретические проблемы гражданско-правового регулирования банковских кредитных отношений. Дис. ... д.ю.н. М., 2010. 339 с.

Суханов Е.А. О юридической природе процентов по денежным обязательствам // Законодательство. 1997. N 1. С. 8–12.

Тариканов Д.В. К вопросу об ответственности за нарушение денежного обязательства // Законодательство. 2005. № 2. С. 7–17.

Хватик Ю.А. Проблемные вопросы защиты участников кредитных правоотношений / Беларусь в современных геополитических условиях: политико-правовые и социально-экономические аспекты устойчивого развития: сборник. Минск: Академия МВД, 2010. С. 91–96.

Щеглов А.Ф. Экономика. М.: РГУП, 2017. 184 с.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 1

Consumer Credit Regulation in EAEU States



Ruslan Baishev

Judge, Almaty Municipal Court, Magister in Law. Address: 85 Kazybek Bi Str., Almaty 050000, Republic of Kazakhstan. E-mail: asebai82@mail.ru



Abstract

Treaty on the Eurasian Economic Union of May 29, 2014 has constituted the Eurasian Economic Union. The current economic crisis, fraught with the coronavirus pandemic, clearly shows necessity for legal protection of entrepreneurs' and individuals' economic interests first of all in the field of financial services and consumer lending. The purpose of this publication is to research contemporary issues of consumer lending, comparative analysis and application of legislation (case-law) of Member States of the Eurasian Economic Union. The analysis is carried out in order to identify the level of protection

of the rights and legitimate interests of individuals while concluding a consumer credit. Considering that independent states before the formation of the Union have formed their own regulatory and legal framework, including on lending issues, the legislative acts of the analyzed Member States varied significantly. Moreover, they did not adequately protect the rights of the parties to these agreements, especially individuals. Financial institutions significantly violated the rights of citizens, the conditions under contracts they concluded were of a one-sided nature, which led to numerous complaints, lawsuits in courts, as well as coverage in the media of high-profile cases related to the inability of individuals to pay off debts to financial and microfinance organizations. The Member States, having united in the Eurasian Economic Union, carried out coordinated work to improve legislation in mentioned area, as a result of which the rights of individuals — participants of a consumer credit are protected to a greater extent. However, according to the author, work in this direction, especially in the context of the economic crisis and pandemic, should be continued. The author makes proposals for improving both national legislations and the law of the Eurasian Economic Union, as well as the practice of its application. As a result of the research, the author comes to *the conclusion* that the EAEU should adopt a special Agreement on the credit contract and the principles of consumer lending. Therefore, it is necessary to adopt a special law on consumer lending in the EAEU Member States.



Keywords

credit contract; consumer credit; banking law; micro financial organization; protection of the economic rights of the citizens; EAEU.

For citation: Baishev R. Zh. (2021) Consumer Credit Regulation in the EAEU States. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 218–243 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.218.243



References

- Brovkin A.V., Bychkova N.P. (2005) *Legal nature and essence of credit*. Krasnodar: Institute of Economics and Management, pp. 92–97 (in Russian)
- Bychkova N.P. (2006) Conditions of credit agreement as a security. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 208 p. (in Russian)
- Demchenko S.S. (2012) Modern regulation of consumer credit in Russia. *Advokat*, no 4, pp. 32–43 (in Russian)
- Demchenko S.S. (2012) Subjects of consumer credit agreement: legal status. *Pravo i ekonomika*, no 5, pp. 31–38 (in Russian)
- Kafyrin E.A. (2019) Philosophical and scholar knowledge. *Pravosudie*, no 1, pp. 124–138 (in Russian)
- Khvatik Yu. A. (2010) Issues of the participants of credit relations. Belarus in modern geopolitical conditions: political, legal and socioeconomic aspects of development. Papers of a conference. Minsk: MVD, pp. 91–96 (in Russian)
- Kirpichev A.E. (2015) Gratuity of contract in civil law. *Rossiyskoe pravosudie*, no 10, pp. 22–29 (in Russian)
- Kondrat'ev V.A. (2016) Making of contract. *Rossiyskoe pravosudie*, no 1, pp. 18–25 (in Russian)
- Kulakov V.V. (2015) Unfair contractual conditions in judicial practice. *Rossiyskoe pravosudie*, no 5, pp. 56–62 (in Russian)

- Kulakov V.V. (2011) Complex obligations in civil law. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 382 p. (in Russian)
- Matskevich I.M. et al. (2010) Broadening list of securities in civil law. In: *Traditions and innovations in modern Russian law*. Moscow: MGYuA, pp. 251–253 (in Russian)
- Shcheglov A.F. (2017) *Economics: a manual*. Moscow: RGUP, 184 p. (in Russian)
- Solomin S.K. (2010) Theory of civil law regulation of bank credit relations. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 339 p. (in Russian)
- Sukhanov E.A. (1997) The legal nature of interest in financial obligations. *Zakonodatel'stvo*, no 1, pp. 8–12 (in Russian)
- Tarikanov D.V. (2005) The responsibility for breaching financial obligations. *Zakonodatel'stvo*, no 2, pp. 7–17 (in Russian)

Испытание при приеме на работу: правовой опыт зарубежных стран

 **Е.С. Батусова**

Доцент, департамент теории права и межотраслевых юридических дисциплин Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: ebatusova@hse.ru

Аннотация

В условиях экономической нестабильности организации ищут способы минимизации расходов и увеличения эффективности. Правовое регулирование труда предлагает один из таких механизмов — испытание при приеме на работу для проверки деловых качеств работника и соответствия его предлагаемой работе. В свою очередь работник может также оценить условия труда на новом месте работы. Для работодателя привлекательным является упрощенный и экономически менее затратный способ увольнения работников на испытании. Работодатель вправе оставить на работе работников, прошедших испытание, так как на них распространяются только минимальные стандарты труда. Целью исследования является комплексный анализ проблем соотношения гибкости и жесткости правового регулирования испытания при приеме на работу в зарубежных странах для выработки рекомендаций по оптимизации трудового законодательства. В исследовании используются следующие методы: анализ, синтез, сравнение, абстрагирование, обобщение. Особенности правового регулирования в основных правовых семьях влияют на правовое регулирование испытания, что важно с точки зрения нахождения баланса интересов работодателей и работников в аспекте соотношения гибкости и жесткости правового регулирования труда. В статье рассмотрены две основные модели правового регулирования испытания за рубежом. Для них характерны как общие, так и особые закономерности. К общим закономерностям относятся: отсутствие законодательного понятия испытания; закрепление единого перечня критериев правового регулирования испытания (продолжительность, правила его продления и прекращения); недопущение дискриминации; учет статуса специальных субъектов для ее устранения и улучшения их положения на рынке труда. Особые закономерности связаны с механизмом закрепления максимального срока, отдельными видами трудовых договоров, распространенными концепциями правового регулирования труда, иными законодательно закрепленными периодами работы, которые могут влиять на правовой статус работника. Результатом анализа стала выработка предложений по улучшению правового регулирования испытания с точки зрения решения проблем гибкости и жесткости правового регулирования труда.

Ключевые слова

трудовое право, зарубежные страны, испытание при приеме на работу, работники, работодатели, трудовые права, гарантии трудовых прав, трудовое законодательство, правовое регулирование.

Для цитирования: Батусова Е.С. Испытание при приеме на работу: правовой опыт зарубежных стран // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 1. С. 244–269.

УДК: 349

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.244.269

Введение

Вопросы соотношения гибкости и жесткости в трудовом праве зарубежных стран приобретают актуальность в последнее время в аспекте нахождения оптимального баланса между интересами работников и работодателей, в том числе и в сфере правовой регламентации установления испытания при приеме на работу. Организациям для конкуренции на рынке товаров и услуг необходимо предлагать свой товар по привлекательной цене посредством сокращения размера затрат на его производство. Одна из важных составляющих оптимизации производства в этой сфере — уменьшение затрат на персонал. Изменения на рынке товаров и услуг требуют грамотного регулирования объема вкладываемых средств. Это достигается в том числе и за счет внимания к использованию персонала путем подбора квалифицированных кадров, что возможно в результате установления испытания при приеме на работу. Оно зачастую не в интересах трудоустраивающегося, однако работодатель получает возможность выбрать наилучших специалистов в интересующей его области, так как именно он обладает правом приема и расстановки кадров.

Установление испытания при приеме на работу позволяет оценить деловые качества работника и, если он не подходит, то с наименьшими финансовыми и временными затратами расстаться с ним. Часто работодатели злоупотребляют возможностью установления испытания. Для предотвращения негативных явлений важно установление такого правового регулирования, которое с одной стороны защитит работника, с другой — позволит работодателю выбрать лучшего. Немалое значение испытание может иметь и для трудоустраивающегося, который в процессе испытания оценивает работодателя с точки зрения как условий труда, так и рабочей атмосферы в организации.

Государство посредством правового регулирования должно устанавливать такую регламентацию испытания, которая согласовала бы интересы работников и работодателей без ущерба их трудовым правам. Трудовое законодательство зарубежных стран устанавливает правовое регулирование испытания с разной степенью детализации. Некоторые страны, например, Бельгия, отказались от широкого законодательного закрепления испытания при приеме на работу и оставили нормы о нем только для учеников, времен-

ных работников и заемного персонала¹. Таким образом, бельгийский законодатель повлиял на способы, которыми работодатели пользуются в сфере трудоустройства. В результате в этой стране вместо заключения трудовых договоров с испытанием стали широко использоваться срочные трудовые договоры, которые также не предполагают дополнительных затрат при их прекращении. Таким образом, в Бельгии произошло усиление гибкости правового регулирования, достигнутое посредством изменения законодательства. Обратим внимание и на то, что отсутствие установления испытания способствует расширению нетипичной занятости, заключению гражданско-правовых договоров вместо трудовых.

К. Ли полагает, что испытание является одной из форм проявления гибкости занятости и требует тщательного и длительного изучения, т.к. многие работники принимаются на работу с испытанием [Lee K., Nagaraj S., 1991: 230]. Таким образом, неоспорима важность анализа правового регулирования испытания.

Вопросам изучения испытания при приеме на работу занимались представители разных наук. Так, Э. Ло по результатам исследования пришел к выводу, что трудовой договор с условием об испытании выбирают уверенные работники, которые в дальнейшем будут плодотворно и долго работать и не будут склонны к увольнению [Loh E., 1994: 471]. Действительно, каждый работодатель для эффективной конкуренции стоит перед выбором способов повышения производительности труда не только технических, но и организационных. К анализу дифференциации правового регулирования сроков по требуемой квалификации обращаются, например, Дж. Касале и А. Перулли [Casale G., Perulli A., 2014: 72]. Отдельные части работы А. Рейтца [Reitz A., 2007: 89] посвящены правовому регулированию испытания. Проблемы истории правового регулирования испытания и судебной практики являлись предметом интереса Р. Воугна [Vaughan R., 2018: 13–49]. Из российских юристов-практиков вопросами испытания, в частности, занимаются С. Слесарев [Слесарев С., 2019: 5–17], Т. Николаенко [Николаенко Т., 2017: 47–54].

Детальное изучение подходов к современному правовому регулированию данного вопроса позволяет проанализировать закономерности и выработать предложения по его улучшению. Особенности правового регулирования в различных правовых семьях наложили отпечаток на сочетание гибкости и жесткости в регулировании испытания. Предметом изучения в данной работе является западная юридическая традиция в аспекте правового регулирования испытания при приеме на работу. К наиболее классическим правовым семьям относятся семьи романо-германская и общего права [В.А. Ярков, 2009: 643].

¹ Employment Law Overview. Brussels, 2020. P. 6.

1. Основные модели правового регулирования испытания

Анализ источников трудового права ведущих зарубежных стран позволяет выделить две основные модели правового регулирования испытания: романо-германскую и англосаксонскую. Закономерности регулирования испытания напрямую зависят от особенностей правового регулирования в рассматриваемых системах.

Для первой модели характерно превалирование государственного регулирования над договорным в данной сфере, при этом судебные прецеденты не рассматриваются в качестве источников трудового права, однако играют важную роль (Германия, Франция, Испания, Италия, Финляндия, Бельгия, Швейцария, Норвегия). Жесткая государственная регламентация означает установление в нормативных актах императивных требований обязательных для сторон трудовых отношений в противовес дерегулированию. Она больше направлена на охрану и защиту трудовых прав работников.

В странах второй модели — англосаксонской системы права — (Великобритания, Австралия, Новая Зеландия, США, Канада) вопросы испытания решаются преимущественно в договорном порядке; большое значение придается коллективным договорам, судебным решениям, доктрине. В этих государствах на правовое регулирование испытания при приеме на работу влияет общая тенденция зарубежного трудового права — гибкость (дерегулирование) [Rogowski R., 2013: 48]; [Davulis T., Petrylaitė D., 2012: 73]. Дерегулирование подразумевает отказ от активной роли государства на рынке труда и акцент на договорное регулирование трудовых отношений.

Мы согласны с мнением, что дерегулирование касается права работников и работодателей устанавливать в коллективно-договорном и индивидуально-договорном порядке положения, отличные от закрепленных в действующем законодательстве. Соответственно нормы трудового права носят преимущественно диспозитивный характер, позволяющий максимально учесть потребности и реализовать интересы обеих сторон договора. Необходимость приспособливаться к разнообразным ситуациям приводит к изменению содержания трудового договора [Лушников А.М., Лушникова М.В., 2009: 717], что касается, в частности, и регулирования начального этапа работы. И.А. Филипова приходит к выводу, что англосаксонская модель позволяет работодателям более гибко реагировать на ситуацию [Филипова И.А., 2014: 142].

Все закономерности правового регулирования установлении испытания в зарубежных странах можно классифицировать на две группы: общие, характерные для законодательств первой и второй моделей; особенные, присущие каждой, конкретной модели. Для государств как первой, так и второй

моделей характерно три общие закономерности правового регулирования установления испытания при приеме на работу:

отсутствие общего законодательного понятия испытания²;

закрепление единого перечня критериев правового регулирования испытательного срока (продолжительность испытания, правила его продления и прекращения);

недопущение дискриминации и учет статуса специальных субъектов для ее устранения и улучшения их положения на рынке труда (например, беременные женщины, инвалиды, лица, работающие по ученическому договору).

Особенными закономерностями в регулировании испытания при приеме на работу в странах первой модели являются: государственное установление максимального испытательного срока в законе; возможность использования специального трудового договора об испытании (например, Германия).

Особенными закономерностями законодательства в регламентации испытания при приеме на работу стран второй модели являются: учет воздействия концепции найма по желанию) и ее влияния на использование испытания; возможность договорного установления максимального срока испытания; возможность распространения на работников помимо испытания (probation) таких сроков, как квалификационный период работы (Великобритания), испытательный период (trial period; Новая Зеландия), минимальный стаж работы (minimum employment period; Австралия).

2. Общие закономерности, присущие моделям правового регулирования испытания при приеме на работу

В зарубежных странах направленность организационных подходов к проведению испытания повлияла на его правовое регулирование. Так, преимущественное отсутствие общего понятия испытания в зарубежном законодательстве позволяет работодателям определять самостоятельно, проверка каких именно качеств им важна, т.е. законодатели обеспечивают гибкость регулирования. Отсутствие закрепления общего понятия испытания компенсируется установлением требований к правилам его прекращения. Так, в Трудовом кодексе Франции (2007) определяется следующая цель испытания — оценить навыки работника с учетом его опыта, а для работника — оценить, подходит ли ему предлагаемая должность³. Однако дефиниция испытания отсутствует.

² Employment protection legislation: summary indicators in the area of terminating regular contracts (individual dismissals). Geneva, 2015. P. 16–19.

³ Art. L1221-20 Code du travail (2007 vers. 2021) Available at: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006072050/LEGISCTA000019067609/#LEGISCTA000019071115 (дата обращения: 15.02.2021)

Понятие испытания не закрепляется и в законодательстве Австралии и Новой Зеландии. Законодатели только устанавливают порядок действий при испытании. В установлении общих для всех находящихся на испытании гарантий проявляется жесткость регулирования. Например, в статье 67 (1) а, б Закона о трудовых отношениях (2000) Новой Зеландии закрепляются обязательная письменная форма условия об испытании при приеме на работу и условия распространения норм о справедливом увольнении на работников в процессе испытания как в период испытания, так и в момент его окончания⁴.

Анализ законодательства Германии показывает, что общее понятие также отсутствует, однако закрепляется специальное понятие испытания для государственных служащих в Постановлении о труде федеральных государственных служащих (2009)⁵. Специальная дефиниция испытания дана путем закрепления признаков «прошедшего испытание государственного служащего», который понимается как «служащий, соответствующий современным требованиям» по следующим критериям: пригодность, квалификация и профессионализм.

В Канаде понятие испытания выведено в прецеденте 1979 г.: испытание проводится для определения пригодности работника для выполнения работы и занятия штатной должности на постоянной основе⁶. В Великобритании также в судебном прецеденте установлено, что при установлении испытании работодатель должен довести до работника требования, связанные с деловыми качествами, которые от него ожидает работодатель⁷.

Для охраны интересов работников необходимо рассмотреть возможность закрепления общего понятия испытания в Конвенции МОТ (1982) №158 о прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя. Это будет рассматриваться как норма, необходимая для ограничения постоянных работников организаций от работников, находящихся на испытании, тем более что члены МОТ сами определяют возможность исключения распространения Конвенции на последних. Основные признаки, которые должны быть закреплены: цель испытания — проверка деловых качеств, работодатель доводит требования до работника в письменном виде до начала испытания, ограниченность срока испытания, во времени, испытание устанавливается только при достижении соглашения.

⁴ Employment Relations Act № 24 (2000 vers. 2021), Available at: http://www.nzlii.org/nz/legis/hist_act/era20002000n24280.pdf (дата обращения: 15.02.2021)

⁵ §28(2) Verordnung über die Laufbahnen der Bundesbeamtinnen und Bundesbeamten (2009 vers 2021) Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/blv_2009/BJNR028400009.html (дата обращения: 15.02.2021)

⁶ Mitchell v The Queen (1979) // Ontario Reports. 1979. P. 65–71.

⁷ White v London Transport Executive (1981) // IRLR 261, EAT.

Обратимся к другой закономерности — общим аспектам правового регулирования испытания в двух моделях (продолжительность испытания, правила продления срока испытания, порядок прекращения испытания). Их регулирование может устанавливаться как в законе, так и в договоре. Продолжительность срока может варьироваться, но должна быть всегда определена до начала испытания в письменной форме. Д. Гастал и А. Перулли предлагают выделять три основных вида продолжительности срока: короткий, средний и длинный [Casale G., Perulli A., 2014: 72]. Другая классификация — это установленный в договоре или фиксированный в законе срок испытания. Также возможно выделить еще один критерий классификации срока испытания — уровень квалификации работника. Например, по такому пути пошел французский законодатель.

Д. Гастал и А. Перулли не затронули такого основания, как зависимость срока испытания от специального статуса территорий внутри государств. Например, в Финляндии закреплено специальное регулирование прекращения испытания служащих Аландской провинции, исторически принадлежавшей Швеции⁸. Также возможно классифицировать максимальный срок испытания исходя из продолжительности трудовых договоров. Закрепляемый срок должен быть разумным и давать возможность работнику проявить себя. При его установлении не должен нарушаться принцип равенства.

Закрепление правил продления испытания обязательно в письменной форме. Правила продления увязываются с оговоренными заранее сторонами условиями. На практике работодатели склонны использовать максимально возможный срок испытания, если он установлен законодательно, или ориентируются на судебные решения, что влияет на возможность изменения срока испытания. Например, в Швейцарии — до трех месяцев, хотя обычно срок составляет один месяц⁹, в исключительных — до шести¹⁰. Продление испытательного срока производится в договорном порядке и не должно быть связано с дискриминацией, т.е. продление испытания должно быть всегда обосновано именно проверкой соответствия работника работе.

В Норвегии в Законе об условиях труда (2005) устанавливается, что, если во время испытания работник некоторое время отсутствовал, то продление в рамках установленного максимального срока возможно только если он за-

⁸ Employment Contract Act No. 55 (2001 vers 2019). Available at: <https://finlex.fi/en/laki/kaanokset/2001/en20010055> (дата обращения: 15.02.2021)

⁹ Art. 335b Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (1911 Stand 2021). Available at: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de (дата обращения: 15.02.2021)

¹⁰ Art. 344a Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (1911 Stand 2021). Available at: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de (дата обращения: 15.02.2021)

ранее и письменно при заключении трудового договора был об этом уведомлен¹¹. Это проявление жесткости в правовом регулировании продления испытания позволяет защищать трудовые права работника и не допустить злоупотреблений работодателя.

Основное правило продления — срок испытания и возможного продления устанавливается всегда одной и той же продолжительности как для работника, так и для работодателя (в частности, в Швейцарии). Подобный жесткий подход соответствует принципу справедливости и соразмерности правового регулирования. Данное положение может выводиться из судебной практики или закрепляться законодательно¹². Таким образом, ограничение возможного продления испытания максимально оговоренным сторонами сроком — это проявление жесткости. Во Франции испытательный срок может продлеваться, если это закреплено в отраслевом соглашении. Условие о продлении должно быть установлено в трудовом договоре. Такое жесткое регулирование на законодательном и договорном уровнях защищает права работников в отдельных отраслях экономики.

Возможно установление правил зачета испытания. Например, во Франции заключение сначала срочного трудового договора, а потом договора на неопределенный срок позволяет зачесть первый в качестве периода испытания. Это следует из ст. L. 1243-11 Трудового кодекса Франции и подтверждается в Постановлении кассационной инстанции от 9.10. 2013¹³.

Стороны могут оговорить в договорном порядке приостановление течения срока испытания. Приостановление течения срока испытания возможно вследствие непродолжительной болезни работника, однако, например, приостановление на период отпуска зависит от достигнутой сторонами договоренности. Также возможно регулирование данных вопросов в локальных актах.

Общей закономерностью прекращения испытания в странах обеих моделей является соблюдение порядка прекращения. Суды проверяют: связь причины прекращения с результатом испытания; соблюдение срока испытания; соблюдение сроков уведомления; форму уведомления; правильность действий работодателя во время испытания; правовой статус работника на момент его прекращения.

¹¹ § 15-6 Arbeidsmiljøloven (Act relating to working environment, working hours and employment protection, etc. — Working Environment Act). 2005, last amendment 2020). Available at: <https://www.arbeidstilsynet.no/globalassets/regelverkspdf/working-environment-act/> (дата обращения: 15.02.2021)

¹² Art. 335a Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (1911 Stand 2021).

¹³ Cour de cassation. Chambre sociale. Audience publique 9 octobre 2013. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000028062404/> (дата обращения: 15.02.2021)

Максимальные сроки предупреждения могут быть как договорными, не ограниченными законодательством (в Великобритании при продолжительности работы до 1 месяца можно заранее не уведомлять), так и установленными законодательно (в Швейцарии этот срок составляет 7 дней)¹⁴, но в договорном порядке может быть снижен. Во Франции данный срок зависит от отработанного периода. Соотношение сроков установлено ст. L1221-25 Трудового кодекса¹⁵. Возможна фиксация иных сроков в договорном порядке как короче, так и длиннее. Нарушение срока уведомления и истечение его после наступления последнего дня испытания не продлевают его, лицо считается уже постоянным работником, что подтверждается решением суда кассационной инстанции¹⁶. Такой жесткий подход защищает интересы работника.

Прекращение трудовых отношений в зарубежных странах после истечения срока испытания возможно только по общим основаниям. Во время испытания может иметь место увольнение за нарушение трудового распорядка. Если первое правило защищает интересы работника, то второе — работодателя. Во втором случае нормы нацелены на то, чтобы работники не могли использовать право увольнения по собственному желанию при совершении дисциплинарного проступка.

Обратимся к типичным трудовым спорам.

Так, австралийский суд при решении вопроса о справедливости прекращения испытания в последний день его срока исследовал не только причину, по которой работник был признан не прошедшим испытание (перiodические короткие опоздания объективного характера), но и социальный статус (работница была беременна), а также обратил внимание, что работодатель несет репутационные риски, связанные с нарушением современных ценностей, разделяемых обществом¹⁷.

В свою очередь, канадский суд проверял действия работодателя во время испытания, наличие инструкций от работодателя о требованиях к работе, возможность контакта работника с представителями работодателя, доведение до работника мнения работодателя о качестве его работы. Отсутствие должной активности со стороны работодателя повлияло на оценку судом правильности прекращения трудового договора, что было подтверждено в деле *Ly v British Columbia*¹⁸.

¹⁴ Art. 335b, Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (1911 Stand 2021).

¹⁵ 24 часа для проработавших не менее 8 дней, 48 часов — от 8 дней до 1 месяца, 2 недели если проработали более 1 месяца, и 1 месяц — более 3 месяцев.

¹⁶ Cour de cassation, civile, Chambre sociale (2014). Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000029741671/> (дата обращения: 15.02.2021)

¹⁷ *Mahajan v Burgess Rawson and Associates Pty Ltd* // FCCA 1560, 7 July 2017.

¹⁸ *Ly v British Columbia Interior Health Authority*. Available at: <https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2017/2017bcsc42/2017bcsc42.html?resultIndex=1> (дата обращения: 15.02.2021)

Поскольку работник является слабой стороной трудового отношения, прослеживается злоупотребление работодателем правом при использовании испытания. Например, во Франции распространена практика, когда работодатель прекращает испытательный срок сразу после приема на работу, не успев проверить профессиональные возможности работника и нарушая основную цель установления испытания — проверку качества работы. В таком случае установление минимального испытательного срока может улучшить правовое положение находящегося на испытание. Он не должен быть дифференцированным и предлагается с продолжительностью семь календарных дней.

Закономерность, связанная с недопущением дискриминации при испытании и его прекращении, связана прежде всего с реализацией Конвенции Международной организации труда №111 относительно дискриминации в области труда и занятий¹⁹. Работник на испытании не обладает полным набором трудовых прав по сравнению со штатным работником, например, на выходное пособие, на удлиненный период предупреждения о прекращении трудового договора. Если работодатель при прекращении испытания нарушает принцип равенства в труде и принимает решение о прекращении договора по дискриминационным основаниям, то работник вправе обратиться за защитой от несправедливого увольнения вне зависимости от стажа работы у работодателя. Справедливое увольнение во время испытания в данном случае — это только увольнение после оценки деловых качеств работника на оговоренных заранее условиях с возможностью работника довести до работодателя свое мнение о прохождении испытания.

Общая закономерность в правовом регулировании испытания — это и выделение категорий работников, нуждающихся в особой защите. Наиболее урегулированным в зарубежном трудовом праве является охрана интересов такой специальной категории, как беременные женщины. Основное внимание уделяется защите от дискриминации. Например, в Акте Австралии о дискриминации по признаку пола (1984) помимо запрета на дискриминацию по основанию беременности или потенциальной беременности, кормления грудью закреплен и запрет на дискриминацию при принятии решения о трудоустройстве²⁰.

В Акте Нового Южного Уэльса о запрещении дискриминации (1977)²¹ до 2018 года содержался перечень оснований законного отказа в приеме на ра-

¹⁹ Принята в Женеве 25.06.1958 на 42-й сессии Генеральной конференции МОТ.

²⁰ Art. 14 (1) Sex Discrimination Act (1984 vers 2013). No. 4. Available at: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2014C00002> (дата обращения: 15.02.2021)

²¹ Anti-Discrimination Act (1977 vers 2020). No 48. New South Wales. Available at: <https://www.legislation.nsw.gov.au/view/html/inforce/current/act-1977-048> (дата обращения: 15.02.2021)

боту беременных на стадии обращения за трудоустройством, прохождения собеседования и найма. Таким образом, и прохождение испытания подходило под эти критерии. Однако, несмотря на действие двухуровневого антидискриминационного законодательства, в Австралии по данным Комиссии по правам человека, 49% беременных женщин и женщин-матерей подвергается дискриминации в сфере труда (т.е. одна женщина из двух), в то время как только 27% отцов сталкиваются с дискриминацией²².

В Канаде на беременных женщин распространяются Акт о правах человека (1985)²³ и Акт о равенстве в труде (1995)²⁴. Если первый закон носит общий характер, то второй уточняет именно вопросы равенства в трудовых отношениях. Статья 3(1) Акта о правах человека закрепляет такое основание дискриминации, как пол, а статья 3(2) этого нормативного правового акта устанавливает, что дискриминация по признаку беременности и наличия ребенка является видом дискриминации по признаку пола. Также устанавливается запрещение дискриминации в трудоустройстве. Кроме того, на уровне провинций принимаются аналогичные акты, закрепляющие минимальные стандарты, например, в Онтарио принят Кодекс прав человека (1990)²⁵ и Акт о стандартах занятости (2000)²⁶. Например, начало отпуска по беременности приостанавливает течение испытания, которое продолжается при выходе из него.

В Германии испытательный срок может быть прекращен в случае беременности работницы. Законодатель запрещает увольнять беременную на испытательном сроке, вне зависимости, сообщила ли она или не сообщила о своей беременности при его начале. На женщину в данном случае распространяется Закон об охране материнства (2017)²⁷ и Закон о защите от несправедливого увольнения (1969)²⁸. В случае незаконного увольнения суд восста-

²² Supporting Working Parents: Pregnancy and Return to Work National Review (2014) // Report Australian Human Rights Commission. P. 1. Available at: <https://humanrights.gov.au/our-work/sex-discrimination/publications/supporting-working-parents-pregnancy-and-return-work> (дата обращения: 12.02.2021)

²³ Canadian Human Rights Act (1985 vers 2019). Available at: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/h-6/> (дата обращения: 15.02.2021)

²⁴ Employment Equity Act, Canada (1995 vers 2021). Available at: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-5.401/index.html> (дата обращения: 15.02.2021)

²⁵ The Human Rights Code of Ontario (1990 vers 2020). Available at: <https://www.canlii.org/en/on/laws/stat/rso-1990-c-h19/latest/rso-1990-c-h19.html> (дата обращения: 15.02.2021)

²⁶ Employment Standards Act, 2000 (ESA), Ontario. Available at: <https://www.ontario.ca/document/your-guide-employment-standards-act-0> (дата обращения: 12.02.2021)

²⁷ Mutterschutzgesetz (MuSchG) (2017). Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/muschg_2018/BJNR122810017.html (дата обращения: 15.02.2021)

²⁸ Kündigungsschutzgesetz (1969). Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/kschg/BJNR004990951.html> (дата обращения: 15.02.2021)

навливает будущую мать, если только в течение испытательного срока она не совершила грубого дисциплинарного проступка (например, воровства имущества работодателя).

В Испании в ст. 14 Статута работников (2015)²⁹ прямо закреплено, что при беременности течение срока испытания приостанавливается, если это условие было оговорено в трудовом договоре в письменной форме. Также на беременных распространяется ст. 17 данного статута и Органический закон № 3/2007 от 22.03.2007 о равенстве женщин и мужчин³⁰, на основе которого компании должны строить кадровую политику.

Таким образом, правовое регулирование прав беременных женщин в труде характеризуется жесткостью базовых норм, защитой их трудовых прав на государственном уровне. Договорные условия должны только улучшать правовое положение, при этом упор делается именно на антидискриминационные акты. Это является следствием важности для каждой страны необходимости воспроизводства рабочей силы. Но несмотря на общую направленность норм нередко происходит нарушение прав беременных на испытании.

Другая категория защищаемых в процессе испытания работников — это лица с ограниченными возможностями здоровья. Они могут быть приняты на работу с условием об испытании. Однако это не значит, что правовой статус данной категории лиц не учитывается. Например, во Франции при непрохождении испытания инвалидом работодатель информирует инспекцию труда, проверяющую обоснованность отказа в трудоустройстве³¹. Установление такого порядка является проявлением жесткости в регулировании, но оно необходимо, так как защищает не только трудовые права инвалидов, но и предотвращает ситуацию, когда при отсутствии работы инвалид остается только на обеспечении государства, что увеличивает нагрузку на бюджет. Таким образом усложненный порядок увольнения охраняет и интересы государства.

В Германии также можно установить испытания для инвалидов, причем в этот период на них не распространяется специальная защита от несправедливого увольнения — гарантии, закрепленные Социальным кодексом (2016), так как для их применения необходимо не менее полугода непрерыв-

²⁹ Artículo 14. Real Decreto Legislativo (2015 mod. 2020). Available at: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430> (дата обращения: 15.02.2021)

³⁰ La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres 3/2007. Available at: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115&p=20190307&t=1> (дата обращения: 15.02.2021)

³¹ См.: Михайловская А. Испытательный срок — средство от неприятностей. HR-Portal. Available at: URL: <https://hr-portal.ru/article/ispytatelnyy-srok-sredstvo-ot-nepriyatnostey> (дата обращения: 26.09.2019)

ного стажа³². В этой ситуации также прослеживается жесткость в регулировании, однако она имеет другую, нежели во Франции, направленность.

Италия стала одной из трех стран, которые еще в 1923 году ввели обязательное квотирование трудоустройства ветеранов войны [Новиков М.Л., 2008: 15]. В этой стране договорное установление испытания возможно при приеме по квоте инвалидов по направлению центра занятости.

Таким образом, инвалиды, с одной стороны, имеют специальный трудоустройственный статус, но не освобождаются от испытания. Гибкость в данном случае проявляется в договорном установлении испытания. При этом ясно, что работодатели заполняют вакантные места инвалидами, будучи заинтересованы льготами и гарантиями работодателям, а не инвалидам, поэтому привлечение инвалидов и установление испытания является для бизнеса предпочтительным. Если сравнивать эти две категории, то для беременных женщин установлены более жесткое регулирование.

Другая отдельная категория — это ученики. Использование в зарубежных странах ученического договора с условием об испытании — также в интересах работодателя и позволяет выбирать лучших работников, что является проявлением гибкости в формах организации испытания. С одной стороны, работодатель свободен в принятии решения о дальнейшей судьбе ученика, с другой — в договоре такого типа устанавливается специальный испытательный срок, и срок ученичества может быть зачтен в качестве испытания. В зависимости от профессии предельная продолжительность испытания по ученическому договору может быть равной продолжительности испытания как условия трудового договора. Например, несмотря на проведение в Германии реформы здравоохранения, срок испытания ученика по направлению «сестринское дело» не меняется на протяжении многих лет и составляет полгода³³. Он сопоставим со сроком испытания, который обычно закрепляется как условие трудового договора. На практике — от трех до шести месяцев в Германии. Испытательный срок ученического договора в Бельгии составляет три календарных дня. Неодинаковый подход к продолжительности испытания по ученическому договору не влияет на возможность его использования для испытания. Однако для работодателя это дороже, так как необходима оплата услуг наставника.

Специальное регулирование устанавливается для испытания на государственной службе, исходя из значимости качества выполнения данной трудо-

³² § 90 Sozialgesetzbuch IX. Sozialgesetzbuch Neuntes Buch — Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_9_2018/ (дата обращения: 15.02.2021)

³³ § 20 Pflegeberufegesetz (2017). Available at: <https://www.buzer.de/Pflegeberufegesetz-PfIBG.htm> (дата обращения: 15.02.2021)

вой функции для широкого круга лиц³⁴. Специфика выражается не только в более длительном периоде испытания, но и в регулировании государством оценочных критериев на период испытания, тогда как рядовой работодатель вправе самостоятельно разрабатывать критерии. Такое регулирование оправдано. Если бы перечень правил испытания для обычных работодателей формировался бы централизованно, жестко и детализировано, то на практике бы он не реализовался.

3. Особые закономерности в правовом регулировании испытания при приеме на работу

Проанализируем закономерности правового регулирования испытания при приеме на работу в романо-германской системе (первая модель). Остановимся на первой закономерности — законодательном установлении максимального срока. Такой подход, несомненно, более выгоден работнику. Однако его определение зачастую отличается дифференцированным подходом и зависит от уровня требуемой квалификации.

В странах первой модели возможны два способа установления испытания: закрепление общего максимального срока или фиксация для отдельных профессий различных максимальных сроков. Это не отменяет сроков отдельных категорий работников. Например, в Финляндии максимальный срок — шесть месяцев³⁵; он является максимальным как для трудового договора на неопределенный срок, так и для трудового договора на определенный срок. Такой же срок установлен, например, в Германии³⁶ и Норвегии³⁷. В Испании закреплено два вида максимальных сроков — для квалифицированных работников — до шести месяцев; для работников низкой квалификации — до двух месяцев. При этом возможно установление максимального периода на уровне коллективно-договорного регулирования³⁸. Срок испытания не может превышать срока, закрепленного на коллективно-договорном уровне, который должен соответствовать нормам законодательного

³⁴ Например, в Канаде, Германии.

³⁵ Employment Contract Act, No. 55 (2001 ver. 2020). Available at: <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2001/20010055> (дата обращения: 15.02.2021)

³⁶ Art. 622 Bürgerliches Gesetzbuch (1896). Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html> (дата обращения: 15.02.2021)

³⁷ § 16-6. Arbeidsmiljøloven (Act relating to working environment, working hours and employment protection — Working Environment Act) (2005; last amendment 2020). Available at: <https://www.arbeidstilsynet.no/globalassets/regelverkspdf/working-environment-act/> (дата обращения: 15.02.2021)

³⁸ Art. 14. Real Decreto Legislativo (2015 mod. 2020). Available at: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430> (дата обращения: 15.02.2021)

регулирования. Это подтверждается судебной практикой³⁹. Специальный максимальный срок установлен для квалифицированных работников на малых предприятиях Испании. Если количество работников не более 25, то его продолжительность — не более трех месяцев, для низкоквалифицированных — до двух месяцев⁴⁰. Это нацелено на стимулирование малого бизнеса.

В Чехии установлена следующая максимальная длительность испытательного срока: три месяца — по общему правилу, шесть месяцев — для управленческого персонала. Специальный срок возможен для руководящих работников государственных организаций⁴¹. Это могут быть государственная организация, государственный фонд, государственное предприятие, организация государственных силовых структур. Во Франции используется такой же подход: четыре месяца — для рабочих и служащих, шесть — для занимающих руководящие должности, восемь — для руководителей высокого уровня⁴². Кассационный суд Франции установил, что «если не согласовано или не предусмотрено договором, испытательный период, закрепленный в днях, неделях или месяцах, рассчитывается в календарных днях (все календарные дни с понедельника по воскресенье включительно, также включаются при расчете испытательного срока и праздничные дни)».⁴³ Необходимо, например, на уровне Евросоюза уточнить расчет периодов испытания в календарных днях для обеспечения равного положения лиц, находящихся на испытании, и снижения нагрузки на суды.

Таким образом, максимальный испытательный срок в странах первой группы в основном — шесть месяцев, исключая должности руководителей.

Законодательное закрепление максимального срока испытания связано с необходимостью выполнения Директивы ЕС о прозрачных и предсказуемых условиях труда в странах ЕС от 20.06.2019, где и установлен максимальный 6-месячный срок с возможностью его специального регулирования. Государства должны привести законодательство в соответствии с рассматриваемой Директивой к 01.08.2022, но по сути страны ЕС уже придерживаются этого срока. Это проявление жесткости позволяет выровнять трудовую статистику работников в аспекте испытания. В условиях свободного перемещения рабочей силы в ЕС установление отдельным государством меньшего макси-

³⁹ Tribunal Superior de Justicia de Asturias, 26.11.1999 // Núm. Sentencia: 2458/1999; Tribunal Superior de Justicia de Catalonia, 12.03.2002 // Núm. Sentencia: 2067/2002.

⁴⁰ Ortega O. (2019) Probationary period: duration, renewal and extension. Available at: <https://trabajopersonal.com/periodo-de-prueba/> (дата обращения: 20.09.2019)

⁴¹ Labour Code (Zákoník práce), Act No. 262/2006 (2006 vers. 2020). Available at: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2006-262/zneni-20210101> (дата обращения: 15.02.2021)

⁴² Art. L1221-20 Code du travail (2007 vers. 2021).

⁴³ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 avril 2011, 10-15.573 // Publié au bulletin. 2011. 10–15. 573.

мального срока испытания приведет к большей популярности этой страны при выборе потенциальными работниками аналогичных позиций. Таким образом, законодатель может, в частности, регулировать привлекательность той или иной работы, устанавливая укороченный максимальный срок. Это может использоваться как рычаг привлечения работников к определенной отрасли экономики на государственном уровне, что важно в условиях постоянной конкуренции.

Обратимся к другой закономерности законодательства стран первой модели — возможности отдельного договора для испытания, который может быть альтернативой установлению условия об испытании в трудовом договоре. Такое основание заключения срочного трудового договора есть, например, в Германии [Чиканова Л.А., Чесалина О.В., Шаррер А., 2015: 48]. Выбор способа установления испытания всегда происходит в договорном порядке. Однако с точки зрения порядка прекращения, срочный трудовой договор об испытании выгоден работодателю, в то время как условие об испытании в договоре на неопределенный срок выгодно работнику, так как предполагаются информирование о требованиях к деловым качествам и текущая оценка труда. В соответствии с немецкой судебной практикой одного только соглашения об испытательном сроке недостаточно⁴⁴.

Возможность двух альтернатив является проявлением гибкости. Гибкость проявляется и в упрощенном способе расторжения срочного трудового договора о испытании. Работа на испытании всегда оплачивается, исключая так называемую пробную работу (примерно один день), которая не рассматривается как испытание и регулируется отдельными нормами.

Проанализируем особенности регулирования испытания в странах англо-саксонской системы (вторая модель). Обратимся к соотношению понятия найма по желанию и возможности использования трудового договора с условием об испытании.

В США значимой является концепция найма по желанию, которая подразумевает, что работник может быть уволен без объяснения причин, без заблаговременного уведомления и выплаты выходного пособия. Защитой от несправедливого увольнения является распространение на таких работников законов о равенстве. По мнению ряда зарубежных ученых, законодательство штатов эволюционирует к расширению перечня оснований для лучшей защиты от несправедливого увольнения⁴⁵. Также важна и судебная практика для формирования правил найма. Например, в деле *Shockley v. General Foods Corporation* (1989) сформулирована следующая правовая позиция: обещание заключения договора на неопределенный срок не означает

⁴⁴ Bundesarbeitsgericht Urteil vom 23.03.2017 // 6 AZR. 2017. 705/15.

⁴⁵ Women Workers. Washington, 1993. P. 216.

автоматического распространения на работника обязанностей по предоставлению постоянной работы после заключения договора о найме по желанию, который может быть прекращен в любое время по любым причинам [Ford K., Notestine K., Hill R., 2000: 146].

Если рассматривать условия найма по желанию и трудовой договор с условием об испытании, то, несомненно, второй в сравнении с первым предпочтительнее работнику, а работодателю выгоден первый. В первом случае упрощаются увольнение и его стоимость. Главное четко разграничить последствия прекращения для сторон трудового отношения. Испытание предполагает объяснение причин непрохождения испытания, тогда как в первом случае в этом нет необходимости, т.е. с точки зрения гибкости более выгодна концепция найма по желанию. Данное обстоятельство, конечно, зависит от штата, в котором функционирует работодатель, и от ограничений, накладываемых законодательством штата.

Так, Суд США по округу штата Коннектикут в деле John B. Defontes v The Mayflower Inn. Inc. (2007)⁴⁶ сформулировал следующую позицию: устанавливая в локальном нормативном акте по вопросам труда применение к работникам гостиницы нормы о трудоустройстве по желанию и испытании, работодатель должен разграничить последствия достижения необходимого стажа для распространения на работников защиты от увольнения и условия, продолжительность, последствия испытания. Одной из рекомендаций при подборе места работы является предварительный анализ коллективно-договорных условий работодателя в отношении применения испытания.

Австралия не разделяет концепцию найма по желанию, но на практике так может интерпретироваться установленная в трудовом договоре выплата денежного возмещения за быстрое увольнение без предупреждения, хотя Комиссия справедливой занятости признает незаконность условий, которые могут использоваться в трудовых договорах вместо анализа деловых качеств работника. Комиссия, например, обращает внимание, что нераспространение на работника малого предприятия (менее 15 человек) защиты от увольнения при недостижении работником минимального стажа работы не означает законности ущемления трудовых прав работника и применения такого регулирования⁴⁷.

Рассмотрим вторую закономерность. Условие об установлении максимального срока испытания в договорном порядке позволяет, с одной сто-

⁴⁶ John B. Defontes v The Mayflower Inn. Inc. (2007). Available at: https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-ctd-3_06-cv-01126/pdf/USCOURTS-ctd-3_06-cv-01126-0.pdf (дата обращения: 15.02.2021)

⁴⁷ Allan Croft v Smarter Insurance Brokers Pty Ltd (2016) // Fair Work Comission Decision 6859. Available at: <https://www.fwc.gov.au/documents/decisionssigned/html/2016fwc6859.htm> (дата обращения: 15.02.2021)

роны, гибко регулировать его, исходя из особенностей производственного процесса, с другой — важна именно добровольность установления срока в договоре. Таким образом, важно в данном случае соблюдение принципа свободы договора. Отсутствие законодательно установленного максимального срока не означает, что весь срок трудового договора может быть периодом испытания. Период испытания должен быть достаточен для изучения качества выполнения работником работы.

В Великобритании испытания законом не регулируются, все отдано на уровень договорного регулирования. Возможность договорного характера установления максимального срока испытания и его условий является проявлением гибкости правового регулирования. Работодателю выгодно установление испытания в индивидуально-договорном порядке, в то время как работникам — в коллективно-договорном.

Работодатели в Австралии устанавливают испытание сроком от трех до шести месяцев. Ориентиром для определения срока испытания в основном является судебная практика, так как суд в случае спора будет определять, насколько соотносится цель испытания и его срок.

В США важное место занимает коллективно-договорное регулирование испытания; на практике срок испытания варьируется от месяца до трех, но он может быть и длиннее. Например, в коллективном договоре Ассоциации университетских работников Калифорнии на 2014-2017 гг. были установлены специальные условия прохождения испытательного срока, понятие работника, находящегося на испытании, понятие испытательного срока, его предельная продолжительность и возможность его уменьшения, подсчет продолжительности испытательного срока, его продление в отдельных случаях. Максимальная продолжительность испытательного срока устанавливается в шесть лет⁴⁸. Это пример подробного договорного регулирования испытательного срока. Как видим, на практике гибкость приводит к большому разбросу в сроках, которые не всегда оправданы.

В Канаде вследствие специфики ее права, помимо договорного, основное значение в определении максимальной продолжительности испытательного срока имеет законодательство провинций и территорий. Большинство установило максимальный период — три месяца (10 субъектов), меньшинство — шесть месяцев (три субъекта). Например, в Онтарио — 90 дней (три месяца). Данные сроки распространяются на работников, которые не являются членами профсоюза. Коллективный договор может устанавливать иные сроки; они не могут ухудшать принятых трудовых стандартов. Договорный максималь-

⁴⁸ Collective Bargaining Agreement (Contract) 2014-2017 (Extended). Available at: <http://www.calfac.org/resource/collective-bargaining-agreement-contract-2014-2017#probation-and-tenure> (дата обращения: 21.07.2017)

ный срок может закрепляться как в месяцах, так и в днях, например, в коллективном договоре работников “Эйр Канада” максимальный срок — 182 дня⁴⁹.

Договоренность об испытании в трудовом договоре и его сроке является достаточным для признания его легитимным. Установление максимального срока компенсируется тем, что у сторон трудового отношения отсутствует законодательная обязанность детализировать его условия. Это подтверждается судебной практикой. Так, Апелляционный суд Онтарио в деле *Nagribianko v. Select Wine Merchants Ltd.* (2017) установил, что «статус работника с испытательным сроком приобрел четкое значение в общем праве»⁵⁰. Однако такая гибкость может провоцировать злоупотребления, их предотвратить позволяет коллективно-договорное регулирование. Если работодатель и работник закрепили срок более длительный, чем установлено законом, то право на выходное пособие и предупреждение об увольнении будет наступать при достижении законодательных сроков.

Третья закономерность касается соотнесения условия об испытании и специальных периодов, влияющих на распространение на новых работников полного трудового статуса по истечении определенного периода времени, не связанного напрямую с испытанием.

В Великобритании законодательно закреплён квалификационный период работы (ст. 108 Закона о правах в сфере занятости (1996))⁵¹, который составляет 24 месяца (до апреля 2012 года он был в два раза короче). По сравнению, например, с Австралией, этот период в три раза длиннее периода трудовой деятельности, по окончании которого на работника распространяется право на справедливое увольнение.

Если условия испытания и его прекращения могут быть оговорены сторонами и улучшить положение работника, то жесткое соотнесение длительности квалификационного периода и условий увольнения до него — не в пользу работника. Получается, что закрепленный в Великобритании срок предупреждения об увольнении в течение квалификационного периода в один месяц недостаточен.

Вследствие длительного квалификационного периода для работника выгоднее всего устанавливать определенный срок испытания или условие об

⁴⁹ Collective agreement between Air Canada and employees (2002 mod 2015). Available at: <https://www.bcbargaining.ca/content/2824/Air%20Canada%20Unifor%202002%202020.pdf> (дата обращения: 15.02.2021). Труд авиационных работников государственного сектора Канады регулируется федеральным законодательством.

⁵⁰ *Nagribianko v. Select Wine Merchants Ltd.* // Ontario Court of Appeal case (ONCA) 540. Available at: <https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2017/2017onca540/2017onca540.html> (дата обращения: 15.02.2021)

⁵¹ Employment Rights Act (1996 vers 2020) Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents> (дата обращения: 15.02.2021)

его отсутствию в трудовом договоре. Если период испытания будет короче квалификационного, то это будет в интересах работника, он быстрее получит полный трудовправовой статус с необходимыми гарантиями, а также будет информирован о критериях испытания заранее. При отсутствии условия об испытании на него будет распространяться квалификационный период. Абсолютно не в интересах работника оформление испытательного срока продолжительнее квалификационного. Более двух лет испытательного срока, можно рассматривать как злоупотребление работодателем, так как работник пройдет уже два годичных цикла работы у данного работодателя. Таким образом, можно предложить британскому законодателю установить максимальный период испытания, равный квалификационному. Таким образом будет оптимизировано правовое положение работников в аспекте испытания, при сохранении гибкости в назначении его продолжительности.

Следовательно, возможна гибкость в виде выбора испытания или квалификационного периода, по окончании которого работник обладает полным трудовправовым статусом и правом на справедливое увольнение. Однако в условиях выхода Великобритании из Евросоюза и нераспространения на нее Директивы ЕС, которая ограничивает квалификационный период шестью месяцами, не ожидается снижения его длительности и изменения регулирования максимального срока испытания.

В Новой Зеландии у работодателя и работника есть два механизма проверки профессиональной пригодности при устройстве на работу и места работы с упрощенным порядком прекращения договора. При этом первый регулируется четко. Его можно установить по соглашению сторон для работника на любой должности в малом предприятии любой отрасли экономики, на котором работает до 20 человек; максимальный возможный срок, установленный законодателем — 90 дней⁵². На момент обсуждения в 2008 году введения такого положения подобное регулирование из стран ОЭСР не использовали только Дания и Новая Зеландия. Его введение вызвало шквал негодования профсоюзов⁵³.

В течение этого периода работодатель вправе без объяснения причин уволить работника, на которого распространяются только минимальные трудовые стандарты. Этот механизм работодатель может использовать, если у работника нет опыта работы на данном предприятии. Трудовой договор с таким условием должен быть подписан добровольно до начала работы, в нем устанавливается срок использования пробного периода и срок предупреждения. Однако если в организации действует коллективный договор, в котором установлено условие о неиспользовании этого периода, невоз-

⁵² Employment Relations Act 2000 [ERA], Act No. 24 of 2000. Art. 67, 67 a, 67 b.

⁵³ Available at: <http://www.novostinz.co.nz/index/2008/12/10> (дата обращения: 26.09.2019)

можно его индивидуальное установление для принимаемого на работу работника. Работодатель должен соблюдать закрепленные в договоре условия, особенно о предупреждении. И, хотя объяснение причин увольнения в этот период не обязательно, но обычно работодатели делают это по запросу работника. Таким образом, этот период несколько схож с квалификационным периодом в Великобритании.

В сравнении с первым механизмом, позволяющим без затрат расстаться с работником, цель условия об испытании в трудовом договоре — проверка именно деловых качеств. Достигнутое соглашение должно быть недвусмысленно сформулировано как условие трудового договора и зафиксировано в письменной форме с указанием его продолжительности и порядка прекращения. Законодательное ограничение продолжительности отсутствует (это проявление гибкости, и оно в интересах работодателя), поэтому в интересах работника подробно фиксировать требования к работе на испытании. Важным ограничителем использования испытания является то, что его нельзя использовать после применения первого механизма у этого же работодателя. Это определяет жесткость регулирования и выгодно работнику. Таким образом, несмотря на договорный характер двух механизмов, есть сдерживающие работодателя аспекты регулирования.

Во время испытания важно, чтобы работодатель поддерживал работника в овладении необходимыми ему навыками, например, возможно обучение. Работодатель, даже если работник его устраивает, не вправе в одностороннем порядке скорректировать в меньшую сторону срок его испытания. Это не в интересах работника, так как одностороннее уменьшение срока лишит работника возможности покинуть работодателя в упрощенном порядке по собственной инициативе. Это условие нарушит свободу договора.

В случае трудового спора суд будет рассматривать добровольность, длительность установленного срока испытания, своевременность заключения трудового договора, соблюдение правил расторжения трудового договора, соблюдение формы расторжения, адресности уведомления. Например, в деле *Michaela Cradock v Allied Investments Limited* (2019) в Новой Зеландии суд изучил срок, условия договора, порядок его прекращения и выявил нарушения порядка. В письменном уведомлении отсутствовали данные адресата, работник был устно проинформирован, однако установленный срок в 90 дней был соблюден⁵⁴.

Последствия для работодателей при выборе этих механизмов примерно одинаковы, если испытательный период устанавливается равным сроку распространения полного правового статуса. Так же установление в договорном порядке более длительного испытания, чем испытательный период, не

⁵⁴ Available at: https://www.employment.govt.nz/assets/elawpdf/2019/d388808a03/2019_NZE-RA_148.pdf (дата обращения: 26.09.2019)

выгодно работодателю, так как начинают действовать правила о справедливом увольнении в силу закона. Если рассматривать ситуацию с договорным установлением более короткого срока испытания, то необходимо одновременно закрепить условия его продления, работник вправе позднее не согласиться на изменения. Таким образом, работодатель будет в менее благоприятной ситуации, не успев определить пригодность работника к работе.

В Австралии законодательно разграничены также два механизма — испытание и минимальный период трудовой деятельности работника у данного работодателя. Вне зависимости от того, какой механизм выбирается, он должен быть также согласован сторонами трудового отношения в трудовом договоре. Это — проявление гибкости регулирования. Законодатель ограничивает минимальный период трудовой деятельности работника у данного работодателя на легальном уровне. В этом проявляется жесткость правового регулирования. В Австралии минимальный период трудовой деятельности составляет шесть месяцев; в малом бизнесе (менее 15 работников в штате) — не менее 12⁵⁵. После истечения срока работник приобретает право на реализацию права на справедливое увольнение.

В договорном порядке выбирая испытательный срок, работник и работодатель определяют критерии испытания, срок испытания, другие аспекты при обязательном распространении на работника минимума трудовых прав. Главное, чтобы критерием выступали деловые качества работника и со стороны работодателя отсутствовали дискриминационные действия в отношении работника на испытании.

Вероятно, для минимизации количества трудовых споров, вызванных разными по длительности квалификационными периодами и периодами испытания, необходимо создать кодексы хорошей практики, на которые будут ориентироваться работодатели. Со временем продолжительность квалификационного срока повлияет на установление точно такой же длительности максимального периода испытания. Практика свидетельствует, что работодателям трудно разграничивать испытательный срок и квалификационный период. Вследствие этого необходимо сделать выбор относительно того, какой срок использовать. Какой из подходов победит — покажет время.

Более выгодным для работника будет оставление именно испытания, так как в договорном порядке возможно установление более благоприятных условий для него по сравнению со специальными периодами. Эту привлекательность будет можно обеспечить только при сильных профсоюзах, так как им необходимо сохранить договорный порядок установления испытания. Работнику трудно договориться индивидуально с работодателем, добиваясь

⁵⁵ Fair Work Act N 28 (2009 vers 2018). Available at: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00512> (дата обращения: 15.02.2021)

лучших условий испытания, например, индивидуальный срок предупреждения, возможное дополнительное пособие, периодичность оценивания, его критерии. Установление минимального и максимального сроков будет проявлением жесткости в регулировании, а критерии, возможность продления испытания и порядок прекращения можно установить гибко в договорном порядке. Сохранение самостоятельности в определении нужного уровня деловых качеств позволит максимально учитывать потребности работодателя в поиске лучших работников в соответствии с условиями коллективных договоров.

Заключение

Исследование позволило выделить как общие, так и особенные закономерности в правовом регулировании испытания в странах романо-германской и англосаксонской правовых систем. Общие подходы к испытанию позволяет сделать вывод о тенденции к сближению правовых моделей в сфере установления испытания при приеме на работу. Развитие дистанционных режимов занятости, глобализационные процессы влияют и будут влиять на развитие законодательства о испытании в сторону его унификации. При регулировании испытания применяется сочетание гибкого и жесткого подходов. Страны романо-германской группы отличаются более жестким регулированием, а англосаксонской — более гибким. Самым гибким является подход Великобритании, где принято исключительно договорное регулирование испытания, а квалификационный период отличается длительностью.

Предлагаемые дополнения и изменения будут способствовать достижению баланса интересов сторон трудового отношения при достижении основной цели испытания — выбора работников с лучшими деловыми качествами при соблюдении прав сторон трудового отношения.



Библиография

Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права Т. 1. Общая часть. М.: Статут, 2009. 879 с.

Николаенко Т. Увольнение иностранного топ-менеджера на испытательном сроке: споры и анализ вопроса // Трудовое право. 2017. N 7. С. 47–54.

Новиков М.Л. Государственная политика в отношении трудовой занятости людей с инвалидностью: международный опыт и российская практика. М.: Перспектива, 2008. 140 с.

Слесарев С. Испытательный срок // Трудовое право. 2019. N 4. С. 5–17.

Филипова И.А. Сравнительный анализ правового регулирования трудовых отношений в России, Франции, США и Великобритании // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. N 1. С. 137–142.

Чиканова Л.А., Чесалина О.В., Шарпер А. Срочный трудовой договор в России и Германии // Трудовое право в России и за рубежом. 2015. № 3. С. 45–52.

Ярков В.А. Гражданский процесс. М.: Волтерс Клувер, 2009. 750 с.

Casale G., Perulli A. Towards the Single Employment Contract: Comparative Reflections. Oxford: Hart, 2014, 108 p.

Davulis T., Petrylaitė D. Labour Regulation in the 21st Century: In Search of Flexibility and Security. Cambridge: Scholars Publishing, 2012. 350 p.

Ford K., Notestine K., Hill R. Fundamentals of Employment Law. Tort and Insurance Practice. Chicago: American Bar Association, 2000. 774 p.

Lee K., Nagaraj S. Malaysian Economy Beyond 1990: International and Domestic Perspectives. Kuala Lumpur: Persatuan Ekonomi, 1991. 407 p.

Loh E. Employment Probation as a Sorting Mechanism. International Labor Review, 1994, vol. 3, pp. 471–486.

Reitz A. Labor and Employment Law in the New EU Member and Candidate States. Chicago: American Bar Association, 2007. 402 p.

Rogowski R. Reflexive Labour Law in the World Society. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. 352 p.

Vaughan R. Merit Systems Protection Board: Rights and Remedies. N.Y.: Law Journal Press, 2018. 560 p.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 1

Legal Regulation of Employment Probation Period: Experience of Foreign Countries



Ekaterina Batusova

Associate Professor, Department of Legal Theory and Interdisciplinary Legal Studies, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: ebatusova@mail.ru



Abstract

In times of economic instability, organizations are looking for minimization costs and increase its efficiency. The legal regulation of labour offers possibility of conducting probation at the beginning of employment to check employee's labour qualities and compliance with the work. The employee could also evaluate the working conditions at the new employer. Probation is attractive for the employer as a simplified and cost-effective way to dismiss employees. The employer has the right to select permanent employees who have successfully passed the probation, since employees on probation are subject only to minimum labour standards. The aim of the research is a comprehensive analysis of the balance of flexibility and rigidity in employment legal regulation in foreign countries in order to develop recommendations for optimizing probation labour legislation. The methods are analysis and synthesis, abstraction and generalization. The features of legal regulation in the main legal families affect legal regulation of labour in foreign states, important from the point of view of finding a balance between employers and employees

interests in terms of flexibility and rigidity of regulation of labour. The article considers two main models of legal regulation of probation abroad. They are characterized by both general and special patterns. Common patterns include: lack of a state definition of probation; consolidation of a single list of criteria for regulation of probation (duration, rules for its changing and termination); prevention of discrimination and consideration of the legal status of special subjects to eliminate it and improve position in labour market. Special patterns are associated with mechanism of fixing maximum period, types of employment contracts, concepts of regulation of labour, other legally fixed periods of work that can affect legal status of employee on probation. The result of the analysis is proposals for improving regulation of labour in terms of combining flexibility and rigidity of legal regulation of labour.



Keywords

labour law, foreign countries, probation, employees, employers, labor rights, guarantees of labour rights, labour legislation, legal regulation.

For citation: Batusova E.S. (2021) Employment Probation Period: Legal Experience of Foreign Countries. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 244–269 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.244.269



References

- Casale G., Perulli A. (2014) *Towards Single Employment Contract: Comparative Reflections*. Oxford: Hart, 108 p.
- Chikanova L.A., Chesalina O.V., Sharrer A. (2015) Fixed-term employment contract in Russia and Germany. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom*, no 3, pp. 45–52 (in Russian)
- Davulis T., Petrylaitė D. (2012) *Labour Regulation in the 21st Century: In Search of Flexibility and Security*. Cambridge: Scholars Publishing, 350 p.
- Filipova I.A. (2017) Comparative analysis of regulation of labor relations in Russia, France, USA and UK. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no 1, pp. 137–142 (in Russian)
- Ford K., Notestine K., Hill R. (2000) *Fundamentals of Employment Law. Tort and Insurance Practice*. Chicago: American Bar Association, 774 p.
- Lee K., Nagaraj S. (1991) *Malaysian Economy Beyond 1990: International and Domestic Perspectives*. Kuala Lumpur: Persatuan Ekonomi, 407 p.
- Loh E. (1994) Employment Probation as a Sorting Mechanism. *International Labor Review*, no 3, pp. 471–486.
- Lushnikov A.M., Lushnikov M.V. (2009) *Course of labor law. T. 1. Essence of labor law and its development. Labor rights in the human rights system*. Moscow: Statute, 879 p. (in Russian)
- Nikolaenko T. (2017) Dismissal of a foreign top manager on probation: disputes and analysis of the issue. *Trudovoe pravo*, no 7, pp. 47–54 (in Russian)
- Reitz A. (2007) *Labor and Employment Law in the New EU Member and Candidate States*. Chicago: American Bar Association, 402 p.
- Rogowski R. (2013) *Reflexive Labor Law in the World Society*. Cheltenham: Edward Elgar, 352 p.

Novikov M.L. (2008) *State policy on employment of persons with disabilities: international experience and Russian practice*. Moscow: Perspektiva, 140 p. (in Russian)

Slesarev S. (2019) Probation. *Trudovoe pravo*, no 4, pp. 5–17 (in Russian)

Vaughan R. (2018) *Merit Systems Protection Board: Rights and Remedies*. N.Y.: Law Journal Press, 560 p.

Yarkov V.A. (2009) *Civil process*. Moscow: Wolters Kluwer, 750 p. (in Russian)

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

«Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных:

Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

АВТОРАМ

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае неадекватного оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113

Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сноска — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации УДК.

Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *В.С. Беззубцев*
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 15.03.2021. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 17,0. Тираж 400 экз. Заказ №

Отпечатано в ФГУП «Издательство «Наука»
(Типография «Наука»)
121099, Москва, Шубинский пер., д. 6