

Право

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

1/2015



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционный совет

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

Редакционная коллегия

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

Главный редактор

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

Адрес редакции

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

Адрес издателя и распространителя

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

© НИУ ВШЭ, 2015

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Е.А. Лукьянова

«Золотая середина» российского централизма, или еще раз об истоках федеративной природы России 4

П. де Варей-Соммьер, И.В. Гетьман-Павлова

Нарушение «сверхимперативных» норм как основание для отказа в признании и исполнении иностранных арбитражных решений (судебная практика Франции и России)..... 22

А.И. Савельев

Проблемы применения законодательства о персональных данных в эпоху «Больших данных» (Big Data) 43

О.Ю. Павловская

Материальная поддержка самозанятости безработных граждан: алгоритм и аспекты правоприменения..... 67

В.В. Бальжинимаева

Уголовно-правовые риски: репутация и имидж бизнеса 81

М.А. Саблина

Разграничение ролей исполнителя и пособника: закон и правоприменение 91

А.М. Зацепин

Изменение уголовного закона как предпосылка дополнительной квалификации преступлений 105

В.М. Ерохин

Критерии и показатели эффективности административно-правового регулирования алкогольного рынка..... 115

А.С. Шаталов

Правовой механизм международного сотрудничества в сфере уголовного судопроизводства..... 126

Право в современном мире

А.Е. Platsas

A Cosmopolitan Ethos for Our Future Lawyers..... 150

Reeta Sony A.L., Sri Krishna Deva Rao, Bhukya Devi Prasad, Sai Deep B.

Solving e-Governance Challenges in India through the Incremental Adoption to Cloud Services 169

C. Good

Responding the Internationalisation of Conflict: Rule of Law based Humanitarian Law Approaches as Pioneers of Legal Globalisation 183

Дискуссионный клуб..... 194

Рецензии..... 208

Law

JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics

Editorial Council

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

Editorial Board

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

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, Russian Federation)

Address:

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

1/2015



ISSUED QUARTERLY

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

E.A. Luk'yanova

"Golden Mean" of the Russian Centralism, or Once Again on the Federal Nature of Russia 4

Pascal de Vareilles-Sommieres, I.V. Get'man-Pavlova

Violating Super-Imperative Norms as Grounds to Refuse the Recognition and Execution of Foreign Arbitration Decisions (Judicial Practice in France and Russia) 22

A.I. Savelyev

The Issues of Implementing Legislation on Personal Data in the Era of Big Data 43

O.Yu. Pavlovskaya

Material Support of Self-Employment for the Unemployed: Algorithm and Aspects of Law Enforcement 67

V.V. Bal'zhinimaeva

Criminal Law Risks: Reputation and Image of Business 81

M.A. Sablina

Differentiating a Crime Committer and Accomplice: Legislation and Law Enforcement 91

A.M. Zatsepin

Modifying a Criminal Law as a Prerequisite for Additional Classification of Crimes 105

V.M. Erokhin

Criteria and Performance Indicators in Administrative Alcohol Market Regulation 115

A.S. Shatalov

Legal Mechanism of International Cooperation in Criminal Proceedings 126

Law in the Modern World

A.E. Platsas

A Cosmopolitan Ethos for Our Future Lawyers (in English) 150

Reeta Sony A.L., Sri Krishna Deva Rao, Bhukya Devi Prasad, Sai Deep B

Solving e-Governance Challenges in India through the Incremental Adoption to Cloud Services (in English) 169

C. Good

Responding the Internationalisation of Conflict: Rule of Law based Humanitarian Law Approaches as Pioneers of Legal Globalisation (in English) 183

Discussion Club

194

Book Review

208

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.

«Золотая середина» российского централизма, или еще раз об истоках федеративной природы России



Е.А. Лукьянова

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



Аннотация

Статья представляет собой анализ динамики развития взаимоотношений российского центра и регионов. Данные взаимоотношения подвержены циклическим колебаниям — от широкой децентрализации (вплоть до «парада суверенитетов») до абсолютной централизации. Россия прошла такой цикл за период 1989–2014 гг., вновь оказавшись сегодня перед угрозой очередной децентрализационной волны. Автор утверждает, что существует нейтральное положение системы, «золотая середина», в которой взаимоотношения центра и регионов стабильны и не подвержены ни центробежным, ни центростремительным силам. Для определения такой «золотой середины» необходимо обратиться к историческому опыту: способам решения вопроса государственного устройства в Российской империи, РСФСР и СССР. Исследование показывает, что, несмотря на сложную структуру государственного устройства Российской империи, она оставалась унитарным государством. Статус различных территорий, в том числе имеющих элементы политической автономии, не унифицировался, а власть центра опиралась на национальные и местные традиции. Анализ Конституции РСФСР 1918 г., провозгласившей Россию федерацией, и практики ее применения также указывает на скорее унитарную модель государственного устройства. Само по себе возникновение термина «федерация» связано не с концепцией национально-территориального устройства, а с необходимостью сохранения целостности страны: достижения компромисса между унитаризмом и сепарацией. Эта же тактика была использована для сохранения целостности страны в 1990–1993 годах. Однако к концу 2000-х годов самостоятельность субъектов, присущая федерации, была фактически сведена на нет. Современный статус субъектов федерации в России подпадает под определение государственной (политической) национально-территориальной автономии в унитарном государстве. Таким образом, федерация в России является условной или символической. По сути Россия является унитарно-регионалистским государством, в котором федеративная риторика используется как инструмент для тактического политического маневра. Это, в свою очередь, предполагает гибкость политики центра в отношении регионов и отход от тактики абсолютного диктата. «Сила» центра должна заключаться в его умении поддерживать мир и благополучие на всей территории страны ненасильственным путем, а также построению отношений с регионами на основе уважения и учета их интересов, в том числе при формировании бюджета.



Ключевые слова

Ключевые слова: федерализм, федерация, унитарное государство, регионалистское государство, суверенитет, разграничение полномочий, государственное устройство, автономия, конституционный кризис.

Библиографическое описание: Лукьянова Е.А. «Золотая середина» российского централизма, или еще раз об истоках федеративной природы России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. №1. С. 4–21.

JEL: K19.

В силу профессии я всегда пристально слежу за взаимоотношениями российского центра и территорий. В первую очередь потому, что у меня есть собственное видение модели их взаимодействия. Если эта модель верна, то любые отклонения от нее должны приводить либо к центробежным, либо к центростремительным процессам, каждый из которых требует специальных усилий по их преодолению. Тем более, что глава действующей Конституции России, определяющая федеративное устройство страны, оставляет достаточно широкий простор для самых разных вариантов взаимоотношений центра и территорий. Именно в этой «дельте» без особого ущерба для духа и смысла Основного закона происходит законодательная фиксация политических процессов, направленных на очередное «собрание русских земель» (от федерального вмешательства до федерального насилия) и наоборот.

Я полагаю, что существует «золотая середина» российского централизма. Если государство удерживается в ее рамках, то стране будут обеспечены территориальный мир и согласие. Если нет, то с огромной долей вероятности возникнут проблемы вплоть до угрозы территориальной целостности государства. По моим подсчетам следовало предполагать, что к 2014 году должны были проявиться признаки новой региональной децентрализационной волны. И они проявились. Причем, как это уже бывало неоднократно, проявились не в каком-то одном регионе, а одновременно в нескольких, не граничащих между собой¹. Реакция центра была стандартной для третьего срока Президента Путина — немедленно была введена уголовная ответственность за призывы к сепаратизму². Однако представляется, что подобные меры, во-первых, не дадут результата. Во-вторых, при неизменности внутренней политики эти признаки по законам российского жанра обречены на разрастание и радикализацию. Отсюда возникает вопрос: насколько велика и реальна угроза сепаратизма в России? От чего она зависит и как с ней бороться?

Мысль о наличии «золотой середины» российского централизма впервые была высказана мною в 2006 году и опубликована в сборнике «Централизм, демократия, децентрализация в современном государстве»³. Сформулированные тогда предположения

¹ См.: Мэрия Новосибирска запретила «Марш за федерализацию Сибири» // Deutsche Welle. 5.08.2014//URL: <http://dw.de/p/1CooA> (дата обращения: 22.02.2015); Акция «федерализация» // Центр политического анализа при ИТАР-ТАСС. 4.08.2014 // URL: <http://tass-analytics.com/stories/aksiya-federalizaciya> (дата обращения: 22.02.2015); В Смоленской области собирают подписи за присоединение к Белоруссии // Top News, 04/04/2014 // URL: http://www.topnews.ru/news_id_66801.html (дата обращения: 22.02.2015); Смоляне хотят под крыло к Батьке // Белорусский партизан. 03.04.2014 // URL: <http://www.belaruspartisan.org/politic/263116/> (дата обращения: 22.02.2015); В Калининграде начались митинги за отделение от России // Преступности.нет. 03.08.2014 // URL: <https://news.pn/ru/politics/110686> (дата обращения: 22.02.2015).

² См.: Принят закон об ответственности за призыв к сепаратизму // Интерфакс. 30.12.2013 // URL: <http://www.interfax.ru/russia/349590> (дата обращения: 22.02.2015); Путин ввел уголовную ответственность за призывы к сепаратизму // Росбалт. 30.12.2013 // URL: <http://www.rosbalt.ru/main/2013/12/30/1216972.html> (дата обращения: 22.02.2015).

³ См.: Централизм, демократия, децентрализация в современном государстве / Под ред. С.А. Авакьяна. М.: Изд-во МГУ, 2006. С. 18–26.

подтвердились и продолжают подтверждаться всей последующей практикой российского национально-государственного строительства. Представляется, что в современных условиях они вновь остро нуждаются в развитии, тем более, что после долгого перерыва отмечается своеобразная реанимация федералистской идеи в мире. Спрос на федерализм явно возрастает. 2014 год обострил старые регионалистские проблемы ряда стран: Украины (Крым и восточные области), Канады (Квебек), Испании (Каталония), Великобритании (Шотландия).

С 1989 по 2014 г. (то есть за 25 лет) Россией в очередной раз пройден путь от внутреннего парада суверенитетов, повышения государственного статуса автономий и административно-территориальных единиц, от федеративного договора 1992 г., асимметричной федерации с элементами конфедеративных отношений конца девяностых прошлого столетия и обратно — к абсолютной централизации образца 2010-х. Это полный цикл от начала до конца в своих крайних конфигурациях, который вновь качнулся в сторону децентрализации. Не проще ли отказаться от очередного «изобретения велосипеда» и проанализировать специфику «грабель», на которые уже наступали неоднократно? Политики (если они действительно являются таковыми) должны всего лишь учесть опыт, накопленный в национально-государственном строительстве страны, извлечь уроки из прошлого и сделать соответствующие выводы. К этому их обязывают многовековые традиции и особенности российской государственности.

Unitas dissimilium — единство непохожих. В своей книге «Правовое пространство России» И.Н. Барциц приводит любопытное высказывание некоего Карлетти — итальянца, посетившего Россию еще во времена царствования Александра III. Этот иностранец с величайшим недоумением писал: «Вообразите себе парламент, куда входит и самоед, одетый в оленью шкуру, и киргиз в своей тубетейке, и калмык в шелковом или бархатном бешмете, и армянин в своем черном кафтане, и черкес в башлыке из верблюжьей шерсти с набором снарядов на груди, и грузин в архалуке... а затем уже следуют великоросс, белорус, мингрелец, татарин, молдаванин, перс. *Подумайте, какие тут могут быть однородные идеалы и партии (курсив мой. — Е.Л.)*, когда великоросс будет стоять на своих консервативных началах, малоросс станет увлекаться демократическими стремлениями, финляндец выдвинет свою Конституцию, поляк — республиканские надежды, а монгол станет придерживаться авторитарных преданий прежней власти. Кто сможет привести к согласию все эти разнородные стремления, вероисповедания, идеалы?»⁴.

Все верно. Россия — это единство непохожих. Это государство, которое за тысячелетие своего существования постепенно впитывало в себя самые разные, казалось бы, несопоставимые черты и особенности присоединившихся, присоединенных и завоеванных земель и стран. Никто никогда с особенностями каждого не спорил и не ломал их. Россия принимала всех такими, какими они были, и традиции берегла. На ее огромной территории, расположенной между тремя великими океанами, включающей в себя практически все климатические зоны и рельефы Земли, в течение столетий шло перемещение и смешение народов, которые строили общую государственность, исходя из принципа первичности *прав каждого народа*. Несмотря на разницу эти народы, тем не менее, создали единый уникальный государственный сплав, аналога которому нет в мире, и который при бережном к нему отношении вполне может конструктивно существовать и развиваться.

⁴ См.: Барциц И.Н. Правовое пространство России. Вопросы конституционной теории и практики. М.: Изд-во МГУ, 2000. С. 63.

Сибирское, Казанское, Астраханское ханства — неотъемлемые сегодня от России земли — образовались на территории распавшейся в XV в. Золотой Орды и поочередно покорялись Московским государством. Естественно, что они впитали в себя целый ряд черт административно-военного управления, используемого монголами, и передали эти черты «по наследству» центру. Вышедшие из состава Литовского княжества Чернигов и Смоленск, равно как остававшиеся вплоть до конца XVIII века в составе Речи Посполитой Полоцкие, Витебские, Турово-Пинские и другие земли не могли быть свободны от государственных, правовых и общественных традиций польских и литовских порядков, внесенных ими в общую российскую государственную «копилку».

Отсюда закономерно, что полный титул Императора Всероссийского (Императрицы Всероссийской) состоял из 113 слов⁵, только 12 из которых не относились к национально-государственному устройству. В этом титуле одновременно сочетались перечень территориальных субъектов Империи и их различный статус, определяемый различным статусом монарха в каждой из них: Император и Самодержец, Царь, Государь, Великий Князь, Князь, Государь и Великий Князь, Повелитель, наследный Государь и обладатель, наследник, Герцог и прочая...

Поэтому когда в январе 2010 года спикер Госдумы Борис Грызлов изложил свое видение развития российских федеративных отношений, состоящее в унификации названий должностей руководителей субъектов федерации и региональных парламентов, эксперты сочли это предложение как минимум крайне некорректным⁶. Некорректным не только с позиции теории федерализма, но, в первую очередь, с позиции особенностей российской государственности.

Федеративная или унитарная? Как ни парадоксально, но в связи со всем сказанным вновь и вновь возникает вопрос о федеративной природе России. Какова она на сегодняшний день? Несмотря на то, что идеи переустройства России на федеративных началах высказывались задолго до Октябрьской революции 1917 года⁷, несмотря на то, что государственная структура Российской империи была сложной (74 губернии, 20 областей, 2 округа, 8 генерал-губернаторств, 9 градоначальств), на то, что отдельные ее регионы имели статус с элементами политической автономии⁸, Россия оставалась уни-

⁵ «Божию поспешествующу милостию, МЫ, NN, **Император и Самодержец** Всероссийский, Московский, Киевский, Владимирский, Новгородский; **Царь** Казанский, Царь Астраханский, Царь Польский, Царь Сибирский, Царь Херсониса Таврического, Царь Грузинский; Государь **Псковский** и **Великий Князь** Смоленский, Литовский, Волынский, Подольский и Финляндский; **Князь** Эстляндский, Лифляндский, Курляндский и Семигальский, Самогитский, Белостокский, Корельский, Тверский, Югорский, Пермский, Вятский, Болгарский и иных; **Государь и Великий Князь** Новгорода Низовския Земли, Черниговский, Рязанский, Полотский, Ростовский, Ярославский, Белозерский, Удорский, Обдорский, Кондийский, Витебский, Мстиславский, и вся Северная страны **Повелитель**; и **Государь** Иверския, Карталинския и Кабардинския земли и области Армения; Черкасских и Горских Князей и иных **наследный Государь и обладатель**; **Государь** Туркестанский; **наследник** Норвежский, **Герцог** Шлезвиг-Голстинский, Стормарнский, Дитмарсенский и Ольденбургский, и прочая, и прочая, и прочая» (ст. 59 Основных государственных законов Российской Империи (изд. 1906 г.)).

⁶ У Бориса Грызлова есть свое субъектное мнение // Коммерсантъ. 22.01.2010 // URL: <http://www.kommersant.ru/doc/1307787> (дата обращения: 22.02.2015).

⁷ См.: *Лазаревский Н.И.* Русское государственное право. Пг.: Изд. министерства финансов, 1917. Т. I. С. 181; *Коккошкин Ф.Ф.* Автономия и федерация. Пг.: Лештуковская паровая скоропечатня «Свобода», 1917. С. 20–22.

⁸ Финляндия — Великое Княжество, вошедшее в состав России в 1809 году, — имела свой Законодательный Сейм, аппарат управления, таможенную, полицию и суд, хотя официально считалась частью Империи. Специфическим статусом обладали польские и прибалтийские губернии, а также некоторые восточные области страны. Там сохранялись особенности местных правовых систем.

тарным государством вплоть ее провозглашения федерацией в Конституции РСФСР 1918 года. Почему это произошло? Откуда вдруг взялась федерация? Не является ли буква «Ф» в аббревиатуре сегодняшнего названия государства всего лишь данью исторической традиции, не имеющей под собой реальной федеративной подоплеки?

* * *

Первая Конституция России — унитарная или федеративная? Не «расплываясь мыслью по древу», следует, пожалуй, начать именно с такой постановки вопроса и с утверждения о том, что, провозгласив Россию федеративной республикой, сама по себе Конституция РСФСР 1918 г. оставалась, по сути, конституцией унитарной. Подобная позиция противоречит большинству устоявшихся представлений в исторической и государственно-правовой науке⁹ и, следовательно, требует доказательств.

Во-первых, необходимо разобраться в возникновении самих терминов «федерация» и «самоопределение вплоть до отделения». Как известно, Маркс, а вслед за ним и Ленин, полагали, что лучшей формой государственного единства для социалистического государства является унитаризм. Однако уже в 1917–1918 гг. В.И. Ленин кардинально изменил свою точку зрения, поскольку одним из немногих действительных «достижений» Февральской революции явилась реальная угроза территориального расчленения исторической России.

После Февральской революции 1917 г. в устройстве российского государства произошли существенные изменения. Для централизации управления Временное правительство учредило автономии в Туркестане и Закавказье. Возглавляли эти автономии назначенные правительством комитеты, при которых создавались совещания представителей общественных организаций. Этим комитетам были переданы функции и полномочия прежних генерал-губернаторств. Административная автономия была учреждена и на Украине. Первоначально она охватывала Киевскую, Полтавскую, Черниговскую, Волынскую и Подольскую губернии. Возглавляла автономию выборная Центральная Рада¹⁰.

Вслед за этими правительственными мерами явочным порядком начали формироваться национальные автономии в восточных частях России. Так, например, был создан Бурятский национальный комитет, предложивший сформировать национальное законодательное собрание. Национальный съезд алтайцев учредил Алтайскую горную думу. На юге Енисейской губернии стали создаваться хакасские национальные уезды. Организовались киргизские комитеты в Семипалатинской и Акмолинской областях.

В условиях, когда центральное правительство было неспособно контролировать обстановку на территории всей страны, в ряде областей и губерний в том же 1917 г. стали создаваться местные правительства. В сентябре правительства Дона, Кубани, Терека, Астрахани и Центральный Комитет горцев Северного Кавказа подготовили проект договора о создании собственной федерации с единым правительством. К нему присоединилась и Центральная Рада Украины. По существу, идеи федерации и автономизации использовались в сепаратистских целях для «ограждения» себя от слабого центра и фактического отделения от России некоторых регионов страны.

⁹ См.: Златопольский Д.Л., Чистяков О.И. Образование Союза ССР. М.: Юрид. лит., 1972. С. 79–80; Авакьян С.А. Конституция России: природа, эволюция, современность. М.: РЮИД Сашко, 2000. С. 49.

¹⁰ Подробнее см.: Сенцов А.А. Национально-государственное устройство России накануне Октября 1917 г. // Советское государство и право. 1990. № 11. С. 118–125.

«Если бы Временное правительство во главе с А.Ф.Керенским удержалось у власти, стране грозил бы полный территориальный распад»¹¹. В ситуации, когда «от России ничего не осталось, кроме Великороссии»¹², когда перед большевиками встал вопрос, можно ли вообще сохранить целостность государства, они были вынуждены занять политическую позицию, отвечающую тактике момента. **Во имя сохранения страны было принято компромиссное решение — не унитаризм и не сепарация, а федеративное устройство России.** При этом В.И.Ленин, формулируя свою позицию, обогнал партийную программу, которая перешла на рельсы федерализма лишь в 1919 г.¹³

Таким образом, термины «федерация» и «самоопределение» возникли не из концепции национально-государственного устройства, а из тактики момента и вытекающей из нее четко сформировавшейся политической позиции большевиков. Ее нет смысла ни описывать, ни комментировать. Она предельно четко сформулирована в Декрете о мире, главным принципом которого является мир без аннексий, т.е. без захвата чужих земель, «без насильственного присоединения чужих народностей... Под аннексией или захватом чужих земель Правительство понимает, сообразно правовому сознанию вообще и трудящихся классов в особенности, всякое присоединение к большому или сильному государству малой или слабой народности»¹⁴.

Данное определение свидетельствует о намерениях советской власти построить взаимоотношения между народами как внутри, так и вовне государства на совершенно новых принципах, которые были в дальнейшем закреплены в Декларации прав народов России. Хотелось бы еще раз подчеркнуть, что главным в это время были не столько учет национальных интересов, не поиск баланса интересов государства и отдельных национальностей, сколько стремление сохранить целостность страны, привлечь на свою сторону национальные массы и максимально распространить советскую власть¹⁵.

Наряду с Декларацией прав трудящегося и эксплуатируемого народа на III Всероссийском съезде советов был принят еще один важный документ — резолюция «О федеральных учреждениях Российской республики»¹⁶. Именно она стала впоследствии основой будущей конституции по вопросам федерализма. Некоторые ученые даже относят ее к категории конституционных законов. Однако резолюция устанавливала черты федеративной организации государства лишь в самом общем виде, не раскрывая и не конкретизируя их. В области федеративного строительства она, как и принятая полгода спустя Конституция, являлась не столько нормативным актом, сколько программным документом. В Конституции РСФСР 1918 г. сказано (ст. 8): «Стремясь создать действи-

¹¹ См.: Фроянов И.Я. Октябрь семнадцатого. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского университета, 1997. С. 41–42. Речь идет не только о провозглашении независимости Финляндии и Польши. И.Я. Фроянов в своей работе приводит доказательства разработки Временным правительством плана мероприятий по предоставлению независимости прибалтийским странам, Украине, Туркменистану.

¹² Так охарактеризовал внутреннее положение страны В.И.Ленин в докладе на объединенном заседании ВЦИК и Московского Совета 14 мая 1918 г. См.: Ленин В.И. Полн.собр.соч. Т. 36. М.: Политиздат. С. 341.

¹³ Чистяков О.И. Русская республика / Российское государство и общество. XX век. М.: Изд-во МГУ, 1999. С. 321.

¹⁴ См.: Абдулатипов Р.Г., Болтенкова Л.Ф., Яров Ю.Ф. Федерация в истории России. Книга первая. М.: Республика, 1992. С. 157–158.

¹⁵ См. по этому вопросу: Данилова Е.Н. Советская власть и национальные меньшинства / Российское государство и общество. XX век. С. 153.

¹⁶ См.: История Советской конституции (в документах). 1917–1956. М.: Госюриздат, 1957. С. 106–107.

тельно свободный и добровольный, тем более полный и прочный союз трудящихся классов всех наций России, III Всероссийский съезд Советов ограничивается установлением коренных начал федерации Советских Республик России, предоставляя рабочим и крестьянам каждой нации принять самостоятельное решение на своем собственном полномочном Советском съезде: желают ли они и на каких основаниях участвовать в федеральном правительстве и в остальных федеральных советских учреждениях»¹⁷.

Во-вторых, федерации как таковой к тому времени просто не существовало. Она только-только начала складываться; сперва в рамках прежних административно-территориальных единиц (Терская, Кубано-Черноморская, Таврическая, Туркестанская республики в 1918 г.), границы которых на самом деле не вполне соответствовали историческому развитию и расселению народов. В январе 1918 г. объявили себя республиками Калужская, Курская, Алтайская и другие губернии. Социалистическими коммунами назвали себя Николаевский уезд Херсонской губернии, города Ростов, Кронштадт, Уфа.

В двухтомном исследовании истории федерализма в России Р.Г. Абдулатипова, Л.Ф. Болтенковой и Ю.Ф. Ярова приводится весьма любопытный факт: в одном из документов НКВД (июнь 1918 г.) сообщалось, что село Бодыж Домаховской волости Орловской губернии провозгласило себя независимой республикой. Совет Бодыжа «издает законы и делает распоряжения не только в пределах своих границ, но часто ставит ультиматумы окружающим селам и деревням. Село само устанавливает границы своей республики и рассылает заграничным селениям условия перехода через его границы»¹⁸. Это, конечно, курьез. Однако и другие республики зачастую «самостийно» присваивали себе не свойственные и не переданные им центром полномочия, например, вводили собственные денежные знаки. Во время Гражданской войны и после восстановления мирной жизни процесс стихийной автономизации, сутью которого являлось не федеративное строительство, а объединение административно-территориальных образований под знаменем советской власти, пошел уже другим путем при гораздо более активном участии в нем центральных органов власти.

В-третьих, ни в резолюции «О федеральных учреждениях Российской Республики», ни в Конституции не давался перечень субъектов федерации. Члены федерации вообще были определены весьма расплывчато (ст. 49) — «как автономные областные союзы, образованные в результате особых условий экономического и национального развития». Что они собой представляют, так и осталось до конца непонятным. В историко-правовой литературе на этот счет имеются самые различные предположения. Но это всего лишь предположения¹⁹. Поэтому, думается, следует согласиться с точкой зрения О.И. Чистякова, что III Съезд Советов, провозглашая федерацию, оставил вопрос о ее форме открытым²⁰. Все это объяснялось условиями конкретного времени — от унитарной по существу империи быстро перейти к федеративной республике на практике было невозможно.

Не было принято и конкретных решений о юридической форме взаимоотношений центра с территориями. Более того, за исключением права на самоопределение вплоть

¹⁷ СУ РСФСР. 1918. № 51. Ст. 582.

¹⁸ ЦГАОР СССР, 1918. Ф. 393. Оп. 4. Д. 37. Л. 3.

¹⁹ См.: Ким А.И. К вопросу о государственно-правовой природе РСФСР // Правоведение. 1960. № 1. С. 30; Югай А.Ф. Провозглашение Российской Советской Социалистической Федерации и образование ее субъектов в первой половине 1918 года // Ученые записки Саратовского юридического института. 1960. Вып. 9. С. 10.

²⁰ Чистяков О.И. Конституция РСФСР 1918 г. М.: Юрид. лит., 1984. С. 16.

до отделения, статус субъектов в Конституции фактически не был закреплен. В их компетенцию входило лишь проведение в жизнь всех постановлений высших органов советской власти, объединение всей советской деятельности в пределах данной территории и разрешение всех вопросов, имеющих чисто местное (для данной территории) значение (ст. 61). Надежд на реальные федеративные отношения такие полномочия оставляли мало. Одновременно полномочия центра были сформулированы достаточно полно. К ним наряду с вопросами, решение которых характеризует деятельность любого суверенного государства, относились судеустройство, судопроизводство, гражданское, уголовное законодательство (п. «о» ст. 49). Помимо этого Конституция вообще не предусматривала совместных полномочий федерации и субъектов. Система представительных органов тоже не включала таких элементов, которые отражали бы федеративное устройство государства²¹.

Что же касается права на самоопределение, то, вопреки утверждениям зарубежных советологов²², оно не было пустым звуком. Кроме отделения в декабре 1917 г. Финляндии Советская Россия признала отделение Польши, Тувы, Хивинского и Бухарского ханств, Украины, Белоруссии, Литвы, Латвии.

Аргументом в пользу «федеративной» России 1918–1919 гг. обычно является ссылка на договорные отношения с отдельными республиками, в том числе на Соглашение Центральной советской власти с Башкирским правительством о Советской автономии Башкирии²³. Действительно, с формальной точки зрения этот аргумент весьма серьезен. Однако если посмотреть на историю вопроса с точки зрения его возникновения, то и этот аргумент теряет свои «сверхдоказательные» свойства.

Дело в том, что весной 1918 г. обсуждался вопрос о создании Татаро-Башкирской советской республики. Более того, 22 марта 1918 г. Наркомнац даже принял «Положение о Татаро-Башкирской республике», что не вызвало особого восторга и поддержки башкир, которые стремились к созданию своей собственной национальной государственности. Поэтому в марте 1919 г. башкирское правительство постановило: «1) Не дожидаясь окончания переговоров с Российской советской властью, объявить себя окончательно перешедшими на сторону советской власти. 2) Объявить территорию Малой Башкирии составной частью РСФСР под названием «Башкирской советской республики». Вслед за этим 20 марта 1919 г. ВЦИК, подтвердив решение башкирского правительства, утвердил упомянутое Соглашение с ним, которое действовало вплоть до принятия и последующего одобрения Всебашкирским съездом Советов в 1920 г. Декрета ВЦИК «О государственном устройстве Автономной Советской Башкирской республики»²⁴.

Несмотря на название, действительных элементов договорности в Соглашении не было ни в отношении собственности, ни в отношении организации власти. «Власть в Автономной Башкирской советской республике, — говорилось в его восьмом пункте, — организуется на точном основании Советской Конституции, утвержденной пятым Всероссийским Съездом Советов 10 июля 1918 г.». По соглашению сторон назначалась только комиссия для подготовки съезда Советов Башкирии. В это же время ВЦИК при-

²¹ См.: *Абдулатипов Р.Г., Болтенкова Л.Ф., Яров Ю.Ф.* Федерация в истории России. Кн. I. М.: Республика, 1992. С. 167–170.

²² *Hazard D.* The Soviet System of Government. Chicago; London: University of Chicago Press, 1966. P. 83.

²³ СУ РСФСР. 1919. № 46. Ст. 451.

²⁴ *Чистяков О.И.* Национально-государственное строительство в РСФСР в годы гражданской войны. М.: Изд-во МГУ, 1964. С.23.

нял Декрет об автономной Татарской Социалистической Советской Республике²⁵, который также не содержал элементов договорности во взаимоотношениях между органами власти ТАССР и центральными российскими органами.

Таким образом, основной процесс федерализации начался именно после принятия Конституции. Причем в ходе этого процесса на территории Российской Федерации возникали самые невероятные формы. Например, Дальневосточная республика (1920–1922), объединившая Забайкальскую, Амурскую, Приморскую, Камчатскую области и остров Сахалин. Ученые до сих пор не могут дать точное определение этому государственному образованию и называют его «буферным государством», поскольку в нем существовала коалиционная форма власти — средняя между буржуазно-демократической и пролетарской республиками²⁶.

Еще один пример: Декретом ВЦИК «Об объединении советских республик: России, Украины, Латвии, Литвы, Белоруссии для борьбы с мировым империализмом»²⁷ в 1919 г. было признано необходимым временно объединить не только военные организации и военное командование этих государств, но также их железные дороги, финансы и пр. По сути речь шла не просто о военном союзе, а о конфедеративном образовании, состоявшем из равноправных суверенных государств, хотя фактически между ними в этот период сложились гораздо более тесные отношения, чем федеративные и, тем более, чем конфедеративные связи. Военное командование и управление соответствующими отраслями народного хозяйства осуществлялось на основе жесткой централизации. Органы управления республик во всех отношениях и без всяких ограничений подчинялись в своей деятельности органам управления Российской республики. Более того, декреты республик подлежали отмене в случае их противоречия декретам РСФСР²⁸.

Начиная с 1920 г. федеративные отношения в РСФСР постепенно стали приобретать реальные очертания и возводиться на прочный правовой фундамент. В августе 1920 г. был принят декрет ВЦИК и СНК РСФСР «Об образовании КазАССР» в составе РСФСР. В сентябре 1920 г. принял свою Конституцию Туркестан. Вхождение республик в РСФСР и их статус стали оформляться специальными декретами. При этом возрастающее экономическое и политическое единство республик все больше наталкивалось на несовершенство форм их отношений. Логическим развитием этого процесса стало образование СССР и подготовка действительно федеративной Конституции.

Войдя в СССР на правах союзной республики и имея в своем составе как автономные государственные образования, так и административно-территориальные единицы вне автономий, Россия продолжала именоваться федерацией. Даже после того, как часть ее автономий «повысила» свой государственно-правовой статус, преобразовавшись в союзные республики в составе СССР. Вплоть до 1989 г. парламент России оставался однопалатным, избираемым по территориальному принципу. Интересы российских автономий были представлены не в нем, а в высшем представительном органе власти Союза.

Постсоветская федерация? I Съезд народных депутатов РСФСР, собравшийся 16 мая 1990 года, 12 июня принял Декларацию «О государственном суверенитете Россий-

²⁵ СУ РСФСР. 1920. № 51. Ст. 222.

²⁶ Подробнее см.: Гавло Ю.Н. Государственный строй Дальневосточной республики. Томск: Изд-во Томского ун-та, 1978.

²⁷ СУ РСФСР. 1919. № 21. Ст. 264.

²⁸ См. подробнее: Златопольский Д.Л. СССР — федеративное государство. М.: Изд-во МГУ, 1967. С. 115, 119; Лепешкин А.И. Советский федерализм (теория и практика). М.: Юридическая литература, 1977. С. 115–116.

ской Советской Федеративной Социалистической Республики»²⁹. Однако истинные политические цели Декларации были сформулированы совсем в другом документе — в Декрете о власти, внесенном на Съезд группой ленинградских депутатов — В. Варовым, В. Дмитриевым и И. Константиновым. В первых его строках провозглашалось: «Настоящим декретом Съезд народных депутатов РСФСР заявляет о взятии всей полноты государственной власти на территории РСФСР». Б.Н. Ельцин Декрет о власти поддерживал, но особенно на его принятии не настаивал. Он понимал, что сначала власть надо взять. Поэтому Декрет так и не был принят. Сама же российская Декларация о суверенитете представляет собой итог сложного политического компромисса. В нее одновременно вошли положения как о суверенитете РСФСР, так и о «добровольной» передаче вопросов в ведение Союза. В целом по своему содержанию она не шла дальше заявления о намерении республики «быть самостоятельной» за одним исключением — ст. 5 устанавливала верховенство российских законов над общесоюзными.

Принятие Россией Декларации имело разрушительные последствия не только для СССР, но и для самой России. После нее одна за другой «посыпались» декларации о суверенитете других союзных республик — ни одна из них не хотела быть «менее суверенным». Затем настал черед парада суверенитетов внутри самой РСФСР. Первая из них — Декларация о государственном суверенитете Северо-Осетинской АССР — была принята еще во время работы Съезда³⁰. В итоге все автономные и административно-территориальные образования (за исключением Мордовии и Дагестана) «суверенизировались». России самой пришлось озаботиться разработкой федеративного договора, потому что «закон бумеранга» пока еще никто не отменял.

Сложилась ситуация, очень напоминающая национально-государственный передел начала века. Как и тогда, страна оказалась перед угрозой утраты территориальной целостности. Здесь вновь на помощь пришла «игра» в федерацию. В очередной раз сработала ленинская тактика «размежеваться, чтобы объединиться». Федеративный договор закрепил суверенный статус субъектов в составе России. Но потом — когда СССР уже был разрушен — Конституционный Суд РСФСР признал неконституционными положения Декларации о суверенитете Республики Татарстан, ограничивающие действие законов РСФСР на ее территории³¹. Равно как в период 2000–2002 гг. неконституционными были признаны любые отклонения законодательства субъектов от жестких установок центра³². Конституция России не только не включила Федеративный договор в свой текст, но лишь вскользь упомянула о его существовании (ст. 11) и полностью обошла молчанием вопрос о суверенном характере субъектов. Таким образом, последний

²⁹ Советская Россия. 1990. 14 июня.

³⁰ Подробнее см.: *Исаков В.Б.* Председатель Совета Республики. Парламентские дневники. 1990–1991. М.: Палея, 1996. С. 108–130.

³¹ Конституционный вестник. 1992. № 10. С. 81–96.

³² См.: напр.: Определение Конституционного Суда РФ от 27.06.2000 № 92-О по запросу группы депутатов Государственной Думы о проверке соответствия Конституции Российской Федерации отдельных положений конституций Республики Адыгея, Республики Башкортостан, Республики Ингушетия, Республики Коми, Республики Северная Осетия — Алания и Республики Татарстан // СЗ РФ. 2000. № 29. Ст. 3117. Все положения в той или иной мере позволяющие этим «республикам» быть самостоятельными, были признаны «нарушающими установленное Конституцией Российской Федерации разграничение предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, утрачивают силу и не подлежат применению судами, другими органами и должностными лицами, как не соответствующие Конституции Российской Федерации».

виток федерализации, называемый в народе «ельцинским парадом суверенитетов», также не дал ни одного доказательства истинно федеративной природы страны.

Позже был издан поистине гениальный с точки зрения юридической казуистики документ — Указ № 849 от 13.05.2000 г. «О полномочном Представителе Президента Российской Федерации в федеральном округе» (с приложениями)³³. Его гениальность состоит в том, что он, фактически изменив конституционно закрепленное национально-государственное устройство страны, никоим образом не мог быть обжалован. Сам по себе указ конституционно безупречен. Весь подвох содержится в приложении к нему, в котором приведен перечень федеральных округов и закрепленных за ними территорий. С этих пор Российская Федерация³⁴ состоит из федеральных округов со своими столицами, а все остальные государственные образования просто поделены между этими округами и косвенно подпадают под их юрисдикцию.

Фактически статус республик (не говоря уж о краях и областях) Российской Федерации подпадает под классическое определение *государственной (политической)* национально-территориальной автономии в унитарном государстве, означающей, что соответствующая территория имеет внешние признаки государства (законодательный и исполнительный орган власти, конституцию или основной закон), однако компетенция органов власти автономии четко определена в конституции государства³⁵.

Итак, Россия — **условная** или, если можно так сказать, **символическая федерация** (как Швейцария — условная конфедерация). Федерация в России, скорее, дань уважения населяющим ее народам и некий балансир на случай «трудных времен». А для некоторых, например, для коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока, она играет роль государственного паттерна и выполняет функцию защиты культуры и языка. Поэтому вполне закономерно, что повышенный этими народами во время ельцинского парада суверенитетов статус в итоге был нивелирован. Оставаясь прежними по наименованию, они вернули свои государственно-властные полномочия более крупным и сильным территориальным единицам, потому что были просто не в состоянии реализовывать их должным образом и в полном объеме³⁶.

Размышляя о российском федеративном устройстве, многие ученые считают, что она построена на противоречивом принципе, сочетающем национально-территориальное и административно-территориальное начала. Однако противоречив, думается, не

³³ СЗ РФ. 2000. № 20. Ст. 2112.

³⁴ С.И. Некрасов считает, что введение федеральных округов не меняет федеративного и территориального устройства России. См.: *Некрасов С.И.* Федеральные округа — новое звено в вертикали российской власти // Журнал российского права. 2001. № 11. С. 18–24. Однако на практике это изменение произошло. Особенно оно становится заметным в моменты возникновения разногласий между федерацией и ее субъектами.

³⁵ См.: *Чиркин В.Е.* Конституционное право зарубежных стран. М.: Юристъ, 2002. С. 110.

³⁶ 7 декабря 2003 года был проведен референдум по объединению Пермской области и Коми-Пермяцкого АО в Пермский край. Объединение вступило в силу 1 декабря 2005 года.

17 апреля 2005 года был проведен референдум по присоединению Таймырского и Эвенкийского АО к Красноярскому краю. Объединение вступило в силу 1 января 2007 года.

23 октября 2005 года был проведен референдум по объединению Камчатской области и Корякского АО в Камчатский край. Объединение вступило в силу 1 июля 2007 года.

16 апреля 2006 года был проведен референдум по присоединению Усть-Ордынского Бурятского АО к Иркутской области. Объединение вступило в силу 1 января 2008 года.

11 марта 2007 года был проведен референдум по объединению Читинской области и Агинского Бурятского АО в единый Забайкальский край. Объединение вступило в силу 1 марта 2008 года.

сам принцип, да и не в принципе тут дело. Просто речь идет об огромном **унитарно-регионалистском государстве**, в котором в силу его многонациональности и сложности состава используется федеративная риторика для удовлетворения национальных амбиций региональных элит и возможности маневра в случае возникновения противоречий.

В свое время Д.Л. Златопольский определил главную особенность Российской Федерации как «федерацию, основанную на автономии». Он даже выделил ее как специфическую форму советской федерации³⁷. Хотя вопрос о том, что в силу своего многонационального состава в России с необходимостью существуют автономные государственные образования, целесообразнее было бы рассматривать вне зависимости от определения национально-государственного устройства страны. С точки зрения территории эти образования составляют значительно меньшую часть по сравнению с административно-территориальными.

Более того, на сегодняшний день в этих национально-государственных образованиях проживает всего 7% титульных наций, а остальные 8% (из 15% по отношению ко всему населению России) живут в иных национально-государственных или административно-государственных образованиях. Большинство татар (а их более 5,5 млн. человек) проживает за пределами Республики Татарстан. Башкиры — 1,3 млн. человек — составляют лишь треть (после русских и татар) по численности нацию в одноименной республике. Мордва — 1,1 млн. человек — составляют в «своей» республике лишь треть населения, остальные — в основном русские³⁸. То есть и границы этих образований тоже весьма условны, и в строго научном смысле мы не можем рассматривать их как территории компактного проживания национальных меньшинств.

К вопросу о «золотой середине». Казалось бы, какая разница, как называться — федерацией или унитарным государством? Понятно, что подобные дефинитивные изыскания важны ученым для понимания ими динамики процессов федерализации и дефедерализации в мире. Но не только им. Важно это и российским регионам — как минимум, для осознания их реального статуса и корректировки своих взаимоотношений с центром. Рискну предположить, что не менее важно это и центру. Такое сложное по территориальному (включая климат, ресурсы, экономику, транспорт, связь и пр.), национальному, культурному и религиозному составам государство требует от него гораздо большей тонкости в проведении внутренней политики. Оно нужно центру еще и потому, что позволяет ему в полном объеме осмыслить все плюсы и минусы обеих моделей. В первую очередь, унитаристской, которая, с одной стороны, влечет за собой неизбежное укрепление внутреннего рынка, прекращение административного дублирования и большую открытость государственных служб. С другой, ликвидируя пересекающиеся компетенции, уничтожает выгоды сосуществования: стремление властей к новаторству, желание прислушиваться к «голосу улицы», а также право гражданского общества играть одновременно на нескольких властных досках. Как известно, федерализм есть не что иное, как одна из ипостасей демократии, причем весьма существенных.

В чем же состоит «золотая середина» российского централизма? Как достичь единства и согласия центра и регионов в условиях, когда большинство из них являются русскими, а меньшинство — условно-национальными? При этом *de facto* статус меньшинства национальных регионов выше, нежели статус остального большинства. Как должен вести себя центр, чтобы избежать постоянного движения по кругу — от сепаратизма

³⁷ См.: Советское государственное право: Учебник. 2-е изд. М.: Юриздат, 1985. С. 233-235.

³⁸ См.: Печенев В.А. Русский народ и судьбы Государства Российского / Российское государство и общество. XX век. С. 299.

к жесткой централизации и обратно? Есть ли смысл определять грань федерального вмешательства в дела территорий, перешагнув которую можно будет с уверенностью говорить об угрозе изменения национально-государственного устройства страны? Или эта грань есть лишь плод национально-политической мистификации?

Первое и главное — в России категорически неприемлема унификация регионов и, наоборот, показан дифференцированный подход к ним. Этой дифференциации нечего бояться, равно как и условного неравенства субъектов. Провозглашенное в Конституции равенство народов не ущемляется различным статусом регионов. Потому что единство непохожих всегда сильнее псевдоединства одинаковых. Непохожесть — безусловная российская данность. Она все равно имеет место быть.

Второе. Ни в коем случае нельзя искусственно подгонять систему под федеративную модель. Края и области все равно плохо вписываются в нее, что, собственно, и заложено в ст. 5 Конституции РФ, в первой и четвертой частях которой говорится о равноправии субъектов, а во второй прямо закрепляется неравенство.

Третье. Такое сложносоставное государство не предполагает абсолютного диктата центра. Любое навязанное решение всегда воспринимается как отрицательное, любой абсолютный диктат приводит к региональной деградации и к росту внутрирегионального национализма, питающего национальные элиты. Рано или поздно он все равно вырвется наружу и ударит, в первую очередь, по русской части населения. Поэтому пределы федерального вмешательства должны быть отдельно и очень четко сформулированы и дополнены реально исполнимыми процедурами споров о компетенции.

С точки зрения правового регулирования была очень удачна советская сложносоставная законодательная модель: Союзные основы законодательства — республиканские кодексы. Так обеспечивалось единство непохожих. Эта же модель удобна и центру, поскольку облегчает бремя учета неучитываемого — на такой огромной территории невозможно централизованно предусмотреть все нюансы и особенности потенциального правоприменения.

Четвертое. В свое время страны и народы приходили под российскую корону как под корону надежную и сильную. Все же центробежные процессы в нашей стране совпадали по времени с ослаблением центра. При этом сильный центр вовсе не означает центр подавления. По-настоящему сильный центр — это центр, умеющий поддерживать мир и благополучие на всей территории ненасильственным путем. Кроме того, сильный в понимании регионов — это стабильный прогнозируемый центр, создающий понятные и удобные правила игры. Регионы готовы терпеть неудобные и постоянно меняющиеся правила лишь до поры до времени. Дальше автоматически начинается их обособление и выстраивание способов защиты вплоть до попыток отделения. Особенно наглядно это было продемонстрировано в XX веке — в период революций 1917 г., во время разрушения Союза ССР в 1989–1990 гг., во время конституционного кризиса 1993 года.

Пятое. Регионы независимо от своего статуса требуют к себе уважения. Какими бы высокими целями ни руководствовался центр, в условиях России он обязан с этим считаться. Ему необходимо постоянное дополнительное обсуждение с регионами (а не только с региональным начальством!) всех своих планов и региональных проблем. Огромное значение в этом процессе играет та палата парламента, в функции которой входит проверка новых законов на их соответствие интересам и особенностям субъектов, т.е. Совет Федерации. Не меньшее значение имеет и учет законодательных инициатив субъектов при разработке законопроектов. Если деятельность Совета Федерации формализована и обезличена, а Государственная Дума работает исключительно под диктовку центра, следует непременно ожидать центробежных процессов в регионах.

Шестое, не менее, а, может быть, даже более важное, чем первое, — это бюджетный федерализм, предполагающий реальное участие регионов в составлении бюджета и определении доли их отчислений в центр. Регионы будут держаться только за такой центр, который не обескровливает их и не выкачивает все средства на содержание самого себя или на решение далеких от интересов региона задач. Государство, состоящее из регионов, стоящих перед центром с протянутой рукой — это крайне шаткое и трудно управляемое объединение.

* * *

Когда мы говорим о сильном центре, то в широком смысле под ним следует понимать не Москву, а как раз то самое большинство русских регионов, статус которых ниже статуса меньшинства национальных территорий. История Российского государства убедительно свидетельствует, что периоды наибольшей открытости и взаимопонимания между всеми российскими народами соответствовали эпохам наибольшей государственной мощи и культурного расцвета русской нации, тем более, что во время последней переписи населения 82% граждан России самоидентифицировали себя как русские³⁹. Формально можно было бы сделать вывод о превращении России в мононациональное государство, но это не соответствует действительности. Россия — это многокультурная, поликонфессиональная, полиэтническая цивилизация, в которой различные локальные цивилизации гармонично сливаются в цивилизацию единую⁴⁰.

Именно такое состояние государства можно было бы назвать «золотой серединой» российского централизма, при котором сама по себе исключалась необходимость специального федерального вмешательства в дела территорий, граничащего с федеральным насилием. Эта «золотая середина» уже давным-давно найдена, апробирована и проверена на прочность многовековой историей отечественной государственности. На протяжении всей своей истории Россия существовала и воспроизводила многонациональность и многокультурность независимо от политических режимов. В том числе и советская власть удержала Российское государство в несколько урезанных старых границах только потому, что унаследовала от царской России не только национальные вопросы, но и подходы к их решению⁴¹. «Республика русского народа, — писал В.И. Ленин, — должна привлекать к себе другие народы или народности не насилием, а исключительно добровольным соглашением на создание общего государства»⁴².

Казалось бы, прописные истины. Ничего особенного. Удивляет лишь то, с каким завидным постоянством эти, в общем-то, несложные правила игнорируются и нарушаются, подводя каждый раз страну к обрыву территориального раскола. Новой схемы не изобрести. Вернее, другой оптимальной схемы. Всякий же отход от нее будет наткаться на внутреннее гражданское неповиновение, на невозможность реализации в регионах федеральных программ и норм, на попытки сепаратизма и только в очередной раз расшатает государственное единство России.

³⁹ См.: Трофимов Е.Н. (Председатель Комитета Государственной Думы по делам национальностей). Мы — российский народ // Этносоциум и межнациональная культура. 2005. № 1. С. 9–13.

⁴⁰ См.: Абдулатипов Р.Г. Многонациональный русский мир России // Этносоциум и межнациональная культура. 2005. № 1. С. 4–8.

⁴¹ Абдулатипов Р.Г. Указ. соч. С. 6.

⁴² Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 32. М.: Политиздат. С. 154



Библиография

- Абдулатипов Р.Г. Многонациональный русский мир России // Этносоциум и межнациональная культура. 2005. № 1. С. 4–8.
- Абдулатипов Р.Г., Болтенкова Л.Ф., Яров Ю.Ф. Федерация в истории России. Книга первая. М.: Республика, 1992. С. 157–158, 167–170.
- Авакьян С.А. Конституция России: природа, эволюция, современность. М.: РЮИД Сашко, 2000. С. 49.
- Акция «федерализация» // Центр политического анализа при ИТАР-ТАСС. 4.08.2014 // URL: <http://tass-analytics.com/stories/akciya-federalizaciya> (дата обращения: 21.10.2014).
- Барциц И.Н. Правовое пространство России. Вопросы конституционной теории и практики. М.: Изд-во МГУ, 2000. С. 63.
- В Калининграде начались митинги за отделение от России // Преступности.нет. 03.08.2014 // URL: <https://news.pn.ru/politics/110686> (дата обращения: 22.02.2015).
- В Смоленской области собирают подписи за присоединение к Белоруссии // TopNews, 04/04/2014, URL: http://www.topnews.ru/news_id_66801.html (дата обращения: 22.02.2015).
- Гавло Ю.Н. Государственный строй Дальневосточной республики. Томск: Изд-во Томского университета, 1978. С. 91–133.
- Данилова Е.Н. Советская власть и национальные меньшинства / Российское государство и общество. XX век. М.: Изд-во МГУ, 1999. С. 151–167.
- Златопольский Д.Л., Чистяков О.И. Образование Союза ССР. М.: Юрид. лит., 1972. С. 79–80.
- Златопольский Д.Л. СССР — федеративное государство. М.: Изд-во МГУ, 1967. С. 115, 119.
- Исаков В.Б. Председатель Совета Республики. Парламентские дневники, 1990–1991. М.: Палея, 1996. С. 108–130.
- История Советской конституции (в документах). 1917–1956. М.: Госюриздат, 1957. С. 106–107.
- Ким А.И. К вопросу о государственно-правовой природе РСФСР. // Правоведение, 1960. № 1. С. 26–33
- Кокошкин Ф.Ф. Автономия и федерация. Пг.: Лештуковская паровая скоропечатня «Свобода», 1917. С. 20–22.
- Конституционный вестник. 1992. № 10. С.81–96.
- Лазаревский Н.И. Русское государственное право. Пг.: Тип. Ред. период. Изд. министерства финансов, 1917. Т. I. С. 181.
- Ленин В.И. Полное собрание сочинений. М.: Политиздат. Т. 32, с. 154. Т. 36, с. 341.
- Лепешкин А.И. Советский федерализм (теория и практика). М.: Юрид. лит., 1977. С. 115–116.
- Мэрия Новосибирска запретила «Марш за федерализацию Сибири» // Deutsche Welle. 5.08.2014, URL: <http://dw.de/p/1CooA> (дата обращения: 22.02.2015).
- Некрасов С.И. Федеральные округа — новое звено в вертикали российской власти // Журнал российского права. 2001. № 11. С. 18–24.
- Печенев В.А. Русский народ и судьбы Государства Российского / Российское государство и общество. XX век. М.: Изд-во МГУ, 1999. С. 279–308.
- Принят закон об ответственности за призыв к сепаратизму // Интерфакс. 30.12.2013, URL: <http://www.interfax.ru/russia/349590> (дата обращения: 22.02.2015).
- Путин ввел уголовную ответственность за призывы к сепаратизму // Росбалт. 30.12.2013 // URL: <http://www.rosbalt.ru/main/2013/12/30/1216972.html> (дата обращения: 22.02.2015).
- Сенцов А.А. Национально-государственное устройство России накануне Октября 1917 г. // Советское государство и право. 1990. № 11. С. 118–125.
- Смоляне хотят под крыло к Батьке // Белорусский партизан. 03.04.2014 // URL: <http://www.belaruspartisan.org/politic/263116/> (дата обращения: 22.02.2015).
- Советское государственное право: Учебник. 2-е изд., испр. и доп. М.: Юриздат, 1985. С. 233–235.
- Трофимов Е.Н. (Председатель Комитета Государственной Думы по делам национальностей). Мы — российский народ // Этносоциум и межнациональная культура. 2005. № 1. С. 9–13.

У Бориса Грызлова есть свое субъектное мнение // Газета Коммерсантъ. 22.01.2010 // URL: <http://www.kommersant.ru/doc/1307787> (дата обращения: 22.02.2015).

Фроянов И.Я. Октябрь семнадцатого. СПб.: Изд-во СПбу, 1997. С. 41-42.

ЦГАОР СССР. 1918. Ф. 393. Оп. 4. Д. 37. С. 3.

Централизм, демократия, децентрализация в современном государстве / Под ред. С.А. Авакьяна. М.: Изд-во МГУ, 2006. С. 18–26.

Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран. М.: Юристъ, 2002. С. 110.

Чистяков О.И. Конституция РСФСР 1918 г. М.: Юрид. лит. 1984. С. 16.

Чистяков О.И. Национально-государственное строительство в РСФСР в годы гражданской войны. М.: Изд-во МГУ, 1964. С. 23.

Чистяков О.И. Русская республика / Российское государство и общество. XX век. М.: Изд-во МГУ, 1999. С. 320–366.

Югай А.Ф. Провозглашение Российской Советской Социалистической Федерации и образование ее субъектов в первой половине 1918 года. // Ученые записки Саратовского юридического института. 1960. Вып. 9. С. 3–41.

Hazard D. The Soviet System of Government. Chicago; London, University of Chicago Press, 1966. P. 83.

«Golden Mean» of Russian Centralism, Or Once Again on Federal Nature of Russia



Elena A. Luk'yanova

Professor, Department of Constitutional and Municipal Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitkaya Str., Moscow, 101000 Russian Federation. E-mail: elukyanova@hse.ru



Abstract

The article is devoted to the analysis of the Russian center and its regions relations development dynamics. This development tends to be cyclic: from general decentralization (up to “parade of sovereignties”) to the absolute centralization. Russia saw this cycle for the period from 1989 to 2014, and now it faces the threat of the next wave of decentralization.

The author states that there is a neutral position of the system, *the golden mean*, under which the relationships between the center and the regions are stable and not subject to either centrifugal or centripetal forces. To define this *golden mean*, the author proposes to use the historical experience of dealing with the state structure issue in the Russian Empire, the RSFSR and the USSR.

The analysis shows that despite a rather complex state system structure in the Russian Empire it remained a unitary state. The status of various areas, including those with the elements of political autonomy, was not unified, and the power of the center was based on the national and local traditions. The analysis of the RSFSR Constitution of 1918, which proclaimed Russia as a federation, and the practice of its application also indicates a unitary model of state. The emergence of the term *federation* was not associated with the concept of national-territorial structure, but with the need to preserve the state integrity: to find a compromise between unitarianism and separation. This same tactic was used to preserve the state integrity between 1990 and 1993. However, by the end of the 2000s the independence of regions within the federation was actually nullified.

The current status of Russian regions can be defined as a public (political) national-territorial autonomy in a unitary state. Thus, the federation in Russia is nominal or symbolic. In fact, Russia is the unitary-regionalist state in which the federal rhetoric is used as a tool for tactical political maneuvering. This means that the center’s policy toward the regions must be flexible and not based on absolute dictatorship. The “strength” of the center must be based on its ability to maintain peace and prosperity throughout the country by non-violent means as well as by building relationships with the regions on the basis of respect and consideration for their interests, including budget formation.



Keywords

Keywords: federalism; federation; unitary state; regionalist state; sovereignty; demarcation of powers; state structure; autonomy; constitutional crisis.

Citation: Lukyanova E.A. (2015) «Golden Mean» of Russian Centralism, or Once Again on Federal Nature of Russia. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no.1, pp. 4–21 (in Russian)

JEL: K19



References

- Abdulatipov R.G. (2005) Mnogonatsional'nyy russskiy mir Rossii [Multinational Russian World]. *Etnosot-sium i mezhnatsional'naya kul'tura*, no. 1, pp. 4–8.
- Abdulatipov R.G., Boltenkova L.F., Yarov Yu.F. (1992) *Federatsiya v istorii Rossii. Kniga pervaya* [Fed-eration in Russian History. Book One]. Moscow, Respublika, pp. 157–158, 167–170.
- Avak'yan S.A. (2000) *Konstitutsiya Rossii: priroda, evolyutsiya, sovremennost'* [Russian Constitution: its Nature, Evolution, Contemporarity]. Moscow, RYUID Sashko, p. 49.
- Aktsiya «federalizatsiya» [Federalization Campaign]. Tsentr politicheskogo analiza pri ITAR-TASS. Available at: <http://tass-analytics.com/stories/akciya-federalizatsiya> (accessed 10.08.2014).
- Avak'yan S.A. (ed.) (2006) *Tsentralizm, demokratiya, detsentralizatsiya v sovremennom gosudarstve* [Centralisation, Democracy, Decentralisation in Modern State]. Moscow, Izdatel'stvo MGU, pp.18–26.
- Bartsits I.N. (2000) *Pravovoe prostranstvo Rossii* [Legal Space of Russia]. *Voprosy konstitutsionnoy teorii i praktiki* [Questions of Constitutional Theory and Practice]. Moscow, Izdatel'stvo MGU, p. 63.
- Chirkin V.E. (2002) *Konstitutsionnoe pravo zarubezhnykh stran* [Foreign Constitutional Law]. Moscow, Yurist, p. 110.
- Chistyakov O.I. (1984) *Konstitutsiya RSFSR 1918 g* [RSFSR Constitution of 1918]. Moscow, Yurid. lit., p. 16.
- Chistyakov O.I. (1964) *Natsional'no-gosudarstvennoe stroitel'stvo v RSFSR v gody grazhdanskoj voy-ny* [National and State System of RSFSR in the Civil War]. Moscow, Izdatel'stvo MGU, p. 23.
- Chistyakov O.I. (1999) *Russkaya respublika* [Russian Republic]. *Rossiyskoe gosudarstvo i obshchestvo. XX vek* [Russian State and Society. 20th Century]. Moscow, Izdatel'stvo MGU, pp. 320–366.
- Froyanov I.Ya. (1997) *Oktyabr' semnadtsatogo* [October 1917]. Saint Petersburg: Izdatel'stvo Sankt-Peterburgskogo universiteta, pp. 41–42.
- Danilova E.N. (1999) *Sovetskaya vlast' i natsional'nye men'shinstva* [Soviet Government and National Minorities]. *Rossiyskoe gosudarstvo i obshchestvo. XX vek* [Russian State and Society. 20th century]. Moscow, Izdatel'stvo MGU, pp. 151–167.
- Gavlo Yu.N. (1978) *Gosudarstvennyy stroy Dal'nevostochnoy respubliki* [The State System of the Far East Republic]. Tomsk, Izdatel'stvo Tomskogo gosuniv., pp. 91–133.
- Isakov V.B. (1996) *Predsedatel' Soveta Respubliki. Parlamentskie dnevniki, 1990–1991* [The Chairman of Republican Council]. Moscow, Paleya, pp.108–130.
- Istoriya Sovetskoy konstitutsii (v dokumentakh). 1917–1956 (1957) [The History of Soviet Constitution in Documents]. Moscow, Gosyurizdat, pp. 106–107.
- Kim A.I. (1960) *K voprosu o gosudarstvenno-pravovoy prirode RSFSR* [Re the Issue of State and Legal Nature of the RSFSR]. *Pravovedenie*, no. 1, pp. 26–33.
- Kokoshkin F.F. (1917) *Avtonomiya i federatsiya* [Autonomy and Federation]. Petrograd, Leshtukovskaya parovaya skoropechatnya Svoboda, pp. 20–22.
- Konstitutsionnyy vestnik [Constitutional Buletin]. 1992. no. 10, pp.81–96.
- Lazarevskiy N.I. (1917) *Russkoe gosudarstvennoe pravo* [Russian State Law]. Petrograd, Tip. Red. period. Izd. ministerstva finansov, p.181.
- Lepeshkin A.I. (1977) *Sovetskiy federalizm (teoriya i praktika)* [Soviet Federalism (Theory and Prac-tice)]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, pp. 115–116.
- Meriya Novosibirskaya zapretila «Marsh za federalizatsiyu Sibiri» [The Novosibirsk Council Bans the

Marsh for Federalising Siberia]. Deutsche Welle. Available at: <http://dw.de/p/1CooA> (accessed 22.02.2015).

Nekrasov S.I. (2001) Federal'nye okruga — novoe zveno v vertikali rossiyskoy vlasti [Federal Districts — a New Chain in the Vertical of the Russian Power]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no. 11, pp. 18–24.

Pechenev V.A. (1999) Russkiy narod i sud'by Gosudarstva Rossiyskogo [The Russian People and the Fate of the Russian State]. *Rossiyskoe gosudarstvo i obshchestvo. XX vek* [Russian State and Society. 20th Century]. Moscow, Izdatel'stvo MGU, pp. 279–308.

Prinyat zakon ob otvetstvennosti za prizyv k separatizmu [The Law on the Responsibility for the Call for Separatism is Adopted]. Interfaks. Available at: <http://www.interfax.ru/russia/349590> (accessed 22.02.2015).

Putin vvel ugovolnuyu otvetstvennost' za prizivy k separatizmu [Putin Introduces Legal Liability for Calling for Separatism]. Rosbalt. Available at: <http://www.rosbalt.ru/main/2013/12/30/1216972.html> (accessed 22.02.2015).

Sentsov A.A. (1990) Natsional'no-gosudarstvennoe ustroystvo Rossii nakanune Oktyabrya 1917 g. [Russian National and State System on the eve of October 1917]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no. 11, pp. 118–125.

Smolyane khotyat pod krylo k Bat'ke [Smolensk Residents want to be part of Belarus]. Belorusskiy partizan. Available at <http://www.belaruspartisan.org/politic/263116/> (accessed 22.02.2015).

Sovetskoe gosudarstvennoe pravo: [Soviet State Law]. (1985). Moscow, Yurizdat, pp. 233–235.

Trofimov E.N. (2005) My — rossiyskiy narod [We are the Russian People]. *Etnosotsium i mezhnatsional'naya kul'tura*, no. 1, pp. 9–13.

U Borisa Gryzlova est' svoe sub'ektnoe mnenie [Boris Gryzlov has his subjective opinion]. *Gazeta Kommersant*. Available at: <http://www.kommersant.ru/doc/1307787> (accessed 22.02.2015).

V Kaliningrade nachalis' mitingi za otdelenie ot Rossii [Rallies for the Separation from Russia started in Kaliningrad]. *Prestupnosti.net*. Available at: <https://news.pn.ru/politics/110686> (accessed 22.02.2015).

V Smolenskoj oblasti sobirayut podpisi za prisoedinenie k Belorussii [The Smolensk Region Collects Signature for Joining Belarus]. *TopNews*. Available at: http://www.topnews.ru/news_id_66801.html (accessed 22.02.2015).

Yugay A.F. (1960) Provozglashenie Rossiyskoy Sovetskoy Sotsialisticheskoy Federatsii i obrazovanie ee sub'ektov v pervoy polovine 1918 goda [Proclaiming the Russian Soviet Socialist Federation and the Formation of its Subjects in 1918]. *Uchenye zapiski Saratovskogo yuridicheskogo instituta*. Vyp. 9, pp. 3–41.

Hazard D. (1966) *The Soviet System of Government*. Chicago, University of Chicago Press, p.83.

Zlatopol'skiy D.L., Chistyakov O.I. (1972) *Obrazovanie Soyuza SSR* [Formation of the Union of Soviet Socialist Republics]. Moscow, Yuridicheskaya literatura, pp. 79–80.

Zlatopol'skiy D.L. (1967) *SSSR — federativnoe gosudarstvo* [USSR as a Federal State]. Moscow, Izdatel'stvo MGU, p. 115, 119.

Нарушение «сверхимперативных» норм как основание для отказа в признании и исполнении иностранных арбитражных решений (судебная практика Франции и России)¹



П. де Варей-Соммьер

профессор кафедры исследований международных частных отношений Школы права Университета Париж I Пантеон-Сорбонна, доктор права. Адрес: Франция 75005, Париж, Пляс-содь Пантеона, 12. E-mail: Pascalde-Vareilles-Sommieres@univ-paris1.fr



И.В. Гетьман-Павлова

доцент кафедры международного частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: getmanpav@mail.ru



Аннотация

В статье исследуются проблемы отказа в признании и принудительном исполнении иностранных арбитражных решений по причине нарушения сверхимперативных норм права страны места исполнения решения. Авторы анализируют, в какой степени должны быть нарушены подобные нормы, чтобы это могло быть правомерным основанием для отказа в признании и исполнении иностранного решения. Исследование проводится на основе анализа французской и российской судебной практики. В первой части статьи авторы разграничивают понятия «сверхимперативные нормы» и «публичный порядок», утверждая их как два различных правовых института, две различные правовые категории, имеющие смежный характер. Механизм действия сверхимперативных норм существенно отличается от оговорки о публичном порядке. Оговорка о публичном порядке действует только в случаях нарушения либо угрозы нарушения фундаментальных правовых принципов, обладающих высшей императивностью, универсальностью, особой общественной значимостью и составляющих основу экономической, политической, правовой системы государства с учетом его международных обязательств. Сверхимперативные нормы (нормы непосредственного применения) — это нормы, которые вследствие указания в них самих или ввиду их особого значения для прав и интересов участников гражданского оборота, регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права. Сверхимперативные нормы часто называют «международными императивными нормами», «нормами непосредственного действия» и «законами международного публичного порядка», указывая на их обязательный характер и связь с публичным порядком. При этом Кассационный суд Франции не включает сверхимперативные нормы страны суда в его международный публичный порядок. Российская судебная практика включает сверхимператив-

¹ Данная статья продолжает анализ проблематики, исследованной в статье: *де Варей-Соммьер П., Гетьман-Павлова И.В. Международный и внутренний публичный порядок при признании и исполнении иностранных арбитражных решений (правоприменительный опыт Франции и России) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 1. С. 140–168.*

ные нормы страны в понятие «публичный порядок Российской Федерации». Во второй части статьи исследуется, может ли «простое» нарушение сверхимперативной нормы права страны места исполнения арбитражного решения приравниваться к нарушению публичного порядка. Сделан вывод, что «простое» нарушение таких норм не рассматривается как нарушение публичного порядка ни во Франции, ни в России. Отказ в выдаче экзекватуры может иметь место лишь в том случае, если нарушение сверхимперативной нормы носит «очевидный, реальный и конкретный характер» и квалифицируется как «простое» нарушение международного публичного порядка. Авторы подчеркивают, что такой подход может привести к неоправданному расширению сферы применения оговорок о публичном порядке.



Ключевые слова

международное частное право, Франция, Россия, защитные оговорки, сверхимперативные нормы (нормы непосредственного применения), оговорка о публичном порядке, иностранные арбитражные решения, отказ в признании и исполнении, коллизионные нормы.

Библиографическое описание: Гетьман-Павлова И.В., Варей-Сомьер П. Нарушение «сверхимперативных норм» как основание отказа в признании и использовании иностранных арбитражных решений (судебная практика Франции и России) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 1. С. 22–42.

JEL: K33.

1. Разграничение публичного порядка и сверхимперативных норм (норм непосредственного применения) в международном частном праве

В современном международном частном праве закреплены две защитные оговорки, ограничивающие применение иностранного закона — оговорка о публичном порядке и оговорка о сверхимперативных² нормах (нормах непосредственного применения – *lois de police*). Это два различных правовых института, две различные правовые

² Ст. 1192 ГК РФ, закрепляющая этот институт, ранее называлась «Применение императивных норм». В настоящее время, после вступления в силу Федерального закона от 30.09.2013 г. № 260-ФЗ, она называется «Нормы непосредственного применения». В российской доктрине высказывается точка зрения, что введение нового термина и отказ от использования словосочетания «императивные нормы» являются правомерными и обоснованными. Использование термина «императивные нормы» вводило правоприменителя в заблуждение, создавая иллюзию, что в ст. 1192 говорится просто об императивных нормах, а не об особых императивных нормах. Особый характер императивных норм, о которых идет речь в ст. 1192, необходимо подчеркнуть в самом ее названии. Однако что касается нового термина, то если сравнить два возможных варианта – «нормы непосредственного применения» и «сверхимперативные нормы», – второй вариант более привлекателен как с точки зрения описания явления, так и с точки зрения русского языка. Термин «нормы непосредственного применения» не используется ни в российской доктрине, ни в практике и понадобится немало усилий по его разъяснению и введению в правовой обиход. См.: Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого арбитража: *Liber Amicorum* в честь А.А. Костина, О.Н. Зименковой, Н.Г. Елисеева / Сост. и науч. ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова, А.И. Муранов, Е.В. Вершинина. М., 2013 // СПС «Консультант Плюс». Следует согласиться с тем, что в российской доктрине МЧП можно считать устоявшимся термин «сверхимперативные нормы». См.: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М.: Юристъ, 2002 // СПС «Консультант Плюс»; *Асочков А.В.* Основы коллизионного права. М., 2012 // СПС «Консультант Плюс».

категории, имеющие при этом смежный характер. И в российской, и во французской доктрине неизменно подчеркивается, что механизм действия сверхимперативных норм существенно отличается от оговорки о публичном порядке³. Сверхимперативные нормы — это нормы прямого действия и непосредственного применения (*lois d'application immediate*). Они подлежат применению независимо от того, какое право признано компетентным; ни выбор права сторонами, ни действие коллизионных норм страны суда не могут устранить их применения⁴. Механизм публичного порядка отличает подход, основанный на априорном признании внешних источников. Как защитный механизм правовой системы, оговорка о публичном порядке вступает в действие лишь в случаях установления действительного и эффективного нарушения либо угрозы нарушения фундаментальных ценностей⁵. Иными словами, «действие императивной нормы — это составная часть позитивного процесса определения применимого права, а оговорка о публичном порядке — это негативный процесс отторжения»⁶.

Под публичным порядком можно понимать фундаментальные правовые принципы, обладающие высшей императивностью, универсальностью, особой общественной значимостью и составляющие основу экономической, политической, правовой системы государства с учетом его международных обязательств и характера отношений, связанных с иностранным правопорядком. Круг норм, составляющих публичный порядок, определить практически невозможно, поскольку это именно фундамент, основа национальной правовой системы, национального правосознания. Сама природа функций, выполняемых оговоркой о публичном порядке, исключает возможность установить исчерпывающий перечень норм национального права, подлежащих применению вне зависимости от обстоятельств. Значительно чаще отказ от применения иностранного закона основывается не на нормах права, а на всеобщих принципах⁷. Оговорка о публичном порядке скорее опирается на невыраженные нормы и применяется в ситуации, когда найти конкретную норму права затруднительно⁸. Под защитой оговорки о публичном порядке находятся, в частности, такие принципы, как справедливость и соразмерность, добросовестность сторон, законность сделок и действий, недопустимость обхода закона, нарушения им-

³ См., напр.: *Жильцов А.Н.* Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы). Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998; *Loussouarn Y., Bourel P., de Vareilles-Sommieres P.* Droit international privé. 10-e ed. Paris, 2013. «Сверхимперативные нормы зачастую направлены на достижение конкретных целей и результатов более «низкого» оперативного уровня значимости, который не позволяет относить такие нормы к фундаментальным основам правопорядка (публичному порядку)». См.: *Асосков А.В.* Указ. соч. // СПС «Консультант Плюс».

⁴ Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002 // СПС «Консультант Плюс». См., напр.: «...суды обоснованно не применили нормы статей 1210 и 1215 ГК РФ, а суд апелляционной инстанции правомерно отказал ОАО «ПК «Юкос» в ходатайстве о назначении экспертизы по определению содержания, концепций и практики применения норм английского права, поскольку вопросы заинтересованности в совершении сделок во взаимосвязи с конкуренцией находятся в области российского публичного законодательства». Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 26.08.2004 г. № КГ-А40/7182-04 // СПС «Консультант Плюс».

⁵ *Крохалев С.В.* Категория международного публичного порядка в международном гражданском процессе. М., 2010 // СПС «Консультант Плюс».

⁶ *Jackson D.* Mandatory Rules and Rules of “ordre public”. P.M. North (ed). Amsterdam, 1982. P. 62.

⁷ См.: *Mayer P., Heuzé V.* Droit international privé. Paris, 2001. P. 146–147.

⁸ *Новикова О.В.* Концептуальные основы оговорок о публичном порядке и нормах непосредственного применения в английском праве // Закон. 2013. № 2 // СПС «Консультант Плюс».

перативных норм, обмана, мошенничества. Эти начала на сегодняшний день могут рассматриваться в качестве общих для большинства стран принципов⁹.

С точки зрения российского законодательства, сверхимперативные нормы (нормы непосредственного применения) — это нормы, которые вследствие указания в них самих или ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота, регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права¹⁰. Теоретически можно попытаться установить перечень таких норм, поскольку «их исключительный статус предопределяет ограниченный объем таких норм»¹¹. Практически «определение четких границ категории норм непосредственного применения есть чрезвычайно сложная задача»¹².

Неопределенность границ категории сверхимперативных норм одновременно является и недостатком этой оговорки, и ее достоинством¹³. Установление исчерпывающего перечня подобных норм может лишить «данный институт необходимой гибкости и возможности оперативного реагирования на изменение общественных интересов. Более того, норма права, изначально характеризующаяся как императивная лишь в смысле внутреннего гражданского права, может с течением времени вследствие изменения приоритетов правовой политики соответствующего государства получить толкование в судах как норма непосредственного применения, т.е. сверхимперативная»¹⁴. По этим же причинам может иметь место и обратный процесс, т.е. сверхимперативные нормы трансформируются в императивные нормы права. Отнесение каких-либо норм права к категории сверхимперативных не должно рассматриваться как нечто застывшее (неизменное) во времени, поскольку законодательная политика государств подвержена изменениям в зависимости от условий экономического оборота¹⁵.

Приведенные доктринальные построения находят свое подтверждение в российской законодательной и судебной практике. Сверхимперативной нормой ранее являлась норма п. 3 ст. 162 ГК РФ, устанавливавшая, что несоблюдение простой письменной формы влечет недействительность внешнеэкономической сделки. В настоящее время данный пункт утратил силу в соответствии с Федеральным законом от 7.05.2013 № 100-ФЗ, поскольку в современных условиях подобное правило не оправдано экономически и ставит стороны внешнеэкономических сделок в неравное положение по сравнению со сторонами обычных сделок¹⁶. В качестве примера сверхимперативных норм, применя-

⁹ Богатина Ю.Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: теоретические проблемы и современная практика. М.: Статут, 2010 // СПС «Консультант Плюс».

¹⁰ Статья 1192 ГК РФ «Нормы непосредственного применения» (в ред. Федерального закона от 30.09.2013 № 260-ФЗ).

¹¹ Крохалев С.В. Указ. соч.

¹² Forde M. The ordre public exception and adjudicative jurisdiction conventions // International and Comparative Law Quarterly. 1980. Vol. 29. P. 260.

¹³ Современное международное частное право в России и Евросоюзе: В 2 т. / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка. М., 2013 // СПС «Консультант Плюс».

¹⁴ Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации // СПС «Консультант Плюс».

¹⁵ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. Раздел VI «Международное частное право». Комментарий и постатейные материалы / Отв. ред. Н.И. Марышева. М., 2004 // СПС «Консультант Плюс».

¹⁶ Григорьев В.В. Реализация Концепции развития гражданского законодательства РФ. Комментарий к разделу VI «Международное частное право» части третьей Гражданского кодекса РФ (Постатейный). М., 2014 // СПС «Консультант Плюс».

емых к отношениям сторон независимо от избранного ими права, можно привести положения Федерального закона от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»¹⁷, правила ст. 10 «Пределы осуществления гражданских прав» ГК РФ и ст. 168 «Недействительность сделки, не соответствующей закону или иным правовым актам» ГК РФ.

2. Может ли «простое» нарушение сверхимперативных норм являться достаточным основанием для признания арбитражного решения противоречащим международному публичному порядку?

Бывают ситуации, особенно в сфере контрактных обязательств), когда норма внутреннего (например, французского) публичного порядка приобретает качество сверхимперативности как норма международного публичного порядка. Такое качество нормы внутреннего публичного порядка основано на том, что ее применение обусловлено не предписаниями обычной коллизионной нормы (имеющей слабо императивный характер), а правилами нормы, которая не позволяет сторонам исключить ее применение посредством выбора законодательства, более предпочтительного с их точки зрения¹⁸. Очевидно, что в данном случае публичный порядок — это императивный закон, обязательный к применению в любом споре. Как во Франции и в России будет исполнено решение иностранного арбитража, если сверхимперативные нормы национального права вступают в противоречие с международным публичным порядком? Какова судьба иностранного решения, если оно противоречит французским или российским сверхимперативным нормам? Является ли это противоречие препятствием для исполнения такого решения? На последний вопрос Кассационный суд Франции дает отрицательный ответ.

В российской доктрине высказывается мнение, что международная судебная практика по применению Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее — Нью-Йоркская конвенция), в принципе, придерживается достаточно единообразного подхода к решению проблемы определения публичного порядка. Иностранные арбитражные решения признаются противоречащими публичному порядку и не подлежат исполнению, «если их исполнение может вступить в конфликт с императивными нормами национального законодательства страны, где испрашивается исполнение»¹⁹. Таким образом, в целях применения пп. «в» п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции сверхимперативные нормы страны места исполнения решения включаются в понятие «публичный порядок».

¹⁷ Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 22.06.2011 № ВАС-5611/11; Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 21.02.2011 № КГ-А40/17997-10 по делу № А40-40521/10-22-354 // СПС «Консультант Плюс».

¹⁸ Гипотеза, согласно которой норма французского публичного порядка является обычным положением национального права, применимым только тогда, когда это предписывает французская коллизионная норма, исследовалась авторами в статье: *де Варей-Соммьер П., Гетьман-Павлова И.В.* Международный и внутренний публичный порядок при признании и исполнении иностранных арбитражных решений (правоприменительный опыт Франции и России) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 1. С. 140–168.

¹⁹ *Карабельников Б.Р.* Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2008 // СПС «Консультант Плюс».

Аналогичный подход закреплен в российской судебной практике: в целях применения пп. «в» п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции и п. 7 ч. 1 ст. 244 Арбитражного процессуального кодекса РФ (далее — АПК РФ) «под публичным порядком понимаются фундаментальные правовые начала (принципы), которые обладают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью, составляют основу построения экономической, политической, правовой системы государства. К таким началам, в частности, относится запрет на совершение действий, прямо запрещенных *сверхимперативными* [курсив наш.— И.Г.-П.] нормами российского законодательства (ст. 1192 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ)), если эти действия наносят ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагивают интересы больших социальных групп, нарушают конституционные права и свободы частных лиц»²⁰. Определение сверхимперативных норм, предложенное Президиумом ВАС РФ, введено в российский юридический оборот под влиянием Регламента Рим I²¹.

Тем не менее, в доктрине и судебной практике в настоящий момент активно обсуждается вопрос, входят ли сверхимперативные нормы страны суда в его международный публичный порядок. Утвердительный ответ на этот вопрос дает Ассоциация международного права в ст. 1(d) резолюции № 2/2002 «Рекомендации по применению публичного порядка в качестве основания для отказа в признании или приведении в исполнение международных арбитражных решений»: «Международный публичный порядок включает: (i) фундаментальные принципы, касающиеся справедливости и морали, которые государство стремится защитить; (ii) *правила, призванные служить политическим, социальным и экономическим интересам государства, известные под названием «нормы непосредственного применения» или «законы публичного порядка»* [курсив наш. — П. де В.-С.] и (iii) обязанность государства соблюдать свои обязательства по отношению к другим государствам или международным организациям»²².

Достаточно велик соблазн поддержать утверждение, что сверхимперативные нормы страны суда входят в его международный публичный порядок²³. В российской доктрине

²⁰ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений» от 26.02.2013 № 156 // СПС «Консультант Плюс».

²¹ См.: п. 1 ст. 9 Регламента Рим I: «Преобладающими императивными положениями являются положения, соблюдение которых признано страной в качестве имеющего принципиальное значение для охраны ее публичных интересов, таких, как ее политическое, социальное или экономическое устройство...».

²² Необходимо отметить, что в российской доктрине данная норма Рекомендаций переводится иначе: «Международный публичный порядок любого государства включает: (1) основополагающие принципы, относящиеся к правосудию или морали, которые государство желает защитить даже тогда, когда это его прямо не касается; (и) правила, предназначенные для обеспечения существенных политических, социальных или экономических интересов государства, которые известны как «*public policy*», или «правила о публичном порядке»; а также обязанность государства по соблюдению своих обязательств перед другими государствами и международными организациями» (пер. — Хвесеня В.М.). См.: Хвесеня В.М. Рекомендации по применению публичного порядка в качестве основания для отказа в признании или приведении в исполнение международных арбитражных решений // Международный коммерческий арбитраж. 2004. №3. Таким образом, в русском переводе сверхимперативные нормы страны суда не обозначены как часть его международного публичного порядка.

²³ Мнение, что закон страны места вынесения решения относится к международному публичному порядку, разделяется некоторыми авторами — см., напр.: Mayer P. La sentence contraire à l'ordre public au fond // Rev. Arb. 1994. N 27, 29. P. 643; Racine J.-B. L'arbitrage commercial international // LGDJ. 1999. N851, 867. P. 506; Seragliani C. Lois de police et justice arbitrale internationale // Dalloz. 2001. N 431. P. 202.

подчеркивается, что в сфере международного гражданского процесса сверхимперативные нормы и публичный порядок соотносятся как часть и целое: сверхимперативные нормы составляют своеобразное «ядро» международного публичного порядка²⁴. Международная и национальная судебная практика, законодательство и международные акты рассматривают такие нормы в качестве одного из элементов публичного порядка, подлежащего защите, в том числе, путем отказа в признании и исполнении иностранных арбитражных решений²⁵.

Сверхимперативные нормы часто называют «международными императивными нормами», «нормами непосредственного действия» и «законами международного публичного порядка», указывая на их обязательный характер и связь с публичным порядком. Однако до настоящего времени Кассационный суд Франции устоял перед соблазном включать сверхимперативные нормы страны суда в его международный публичный порядок. Действительно, если бы французские сверхимперативные нормы были частью международного публичного порядка, то простое нарушение этих норм считалось бы его нарушением. Нужно отметить, что практика Кассационного суда Франции с начала XXI века исключает такой подход²⁶. Отказ в выдаче экзекватуры на основании несоответствия арбитражного решения публичному порядку может иметь место лишь в том случае, если нарушение сверхимперативной нормы носит «очевидный, реальный и конкретный характер»²⁷.

Так, в деле SNF против Cytec (SNFsas v. Cytec Industries BV) арбитраж пришел к выводу, что договор, в соответствии с которым Cytec являлась эксклюзивным поставщиком, нарушает нормы ЕС о защите конкуренции. Тем не менее, арбитраж вынес решение в пользу Cytec. В кассационном производстве SNF настаивала, что суд не должен разрешать принудительное исполнение арбитражного решения, которое основано на соглашении об ограничении конкуренции и поэтому противоречит закону ЕС и публичному порядку. Суд посчитал, что если вопрос касается международного публичного порядка, судам следует вмешиваться с целью не допустить принудительного исполнения только в случае «вопиющего, существенного и конкретного» нарушения международного публичного порядка²⁸. В решении Суда указывалось, что «в отсутствие неоспоримых доказательств о вопиющих, конкретных и существенных нарушениях международно-публичного порядка нет никаких оснований для отмены решения третейского суда, принятого в соответствии с правилами международного арбитражного разбирательства»²⁹. В деле SNF против Cytec противоречие европейскому конкурентному праву не

²⁴ Крохалев С.В. Указ. соч.

²⁵ Богатина Ю.Г. Указ. соч.

²⁶ Cass. civ. 1, 20.03.2000, 98–11.799, Verhoefc. Moreau // Rev. Arb. 2001. P. 805, 2eesp., obs. Y. Derains; начиная с: Cass. civ. 1. 4.06.2008, 06–15.320, SNF c. Cytec // Rev. Arb. 2008, spec. P. 481; 11.03.2009, 08–12.149, A. de Prémont, D. 2009, Pan. P. 2968, obs. T. Clay // Rev. Arb. 2009. P. 240; 6.10.2010, 09–10.530, Abela // Rev. Arb. 2010. P. 813, note F.-X. Train, D. 2011, pan. obs. N. Fricero; 29.06.2011, 10–16.680, Smeg c. Poupardine, D. 2011, pan. 2439, obs. L.A., JCP G 2011, Doct.N1064 obs. C. Nourissat, Doct. N1432, obs. J. Béguin; и в судебной практике Кассационного суда Парижа: CA Paris, 18.11.2004, Thalès // Rev. Crit. DIP. 2006, 104, note S. Bollée // JDI 2005, 357, note A. Mourre, D. 2005. pan. 3050, obs. T. Clay // JCP G 2005, II. 10038, note G. Chabot, et I.134, note C. Seraglini; см. после 17.01.2012 и 4.12.2012: SA PlanorAfrique, D. 2012, pan. 2991, obs. T. Clay // Rev. Arb. 2012, 569, note M.-L. Niboyet // Gaz. Pal. 6–8.05.2012. P. 16, obs. D. Bensaude.

²⁷ Cass. civ. 1, 4.06.2008, 06–15.320, SNF c. Cytec, préc. (в данном случае сверхимперативная норма была основана на конкурентном европейском праве).

²⁸ Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г.: Пособие для судей. М., 2012 // https://www.arbitration-icca.org/media/1/13654293924350/russian_text.pdf (дата обращения: 5.10.2014).

²⁹ Decision by the Paris Court of Appel rendered on 23 March 2006 in Case N 04/19673 “The French SNF Case” // http://www.jurispub.com/cart.php?m=product_detail&p=10637 (дата обращения: 25.01.2015).

представляло собой реального и конкретного нарушения норм европейского права, а значит, решение арбитража не нарушало международный публичный порядок.

Позиция Европейского Суда в данном деле вызывает многочисленные дискуссии среди французских ученых³⁰. Некоторые из них положительно относятся к «принципу окончательности арбитражного решения»³¹, другие считают, что однозначное и бездумное следование этому принципу может нарушать международный публичный порядок³² и не совместимо с требованиями норм права Европейского Союза³³, особенно если такие нормы имеют сверхимперативный характер.

Представляется, что выработка судебной практикой новых, не содержащихся в законе условий, при которых решение признается не соответствующим международному публичному порядку, может привести к «мнимой недействительности» решения.

При поверхностном анализе решения по делу SNF против Cytex создается впечатление, будто Кассационный суд Франции дает понять, что нарушение международного публичного порядка имеет последствия, только если такое нарушение носит очевидный, реальный и конкретный характер. Отсутствие хотя бы одного из этих трех качеств приведет к тому, что арбитражное решение будет признано соответствующим публичному порядку. Однако более корректным представляется такое толкование решения Кассационного суда, которое позволяет отказаться от исполнения иностранного решения, если нарушены нормы европейского конкурентного права, но данное нарушение отнюдь не является «очевидным, реальным и конкретным».

Кассационный суд говорит, что при наличии арбитражного решения, противоречащего только³⁴какой-либо сверхимперативной норме, никакие последствия такого

Необходимо отметить при этом, что решение арбитража сначала признано и приведено в исполнение Апелляционным судом Парижа, но впоследствии отменено по его месту арбитражного разбирательства — в Бельгии. См.: *Никифоров И.В. Экссес исполнителя* // https://www.epam.ru/articles/rus/Nikiforov_Zakon_July2009.pdf (дата обращения: 5.10.2014).

³⁰ Последние критические обзоры см.: *Seraglini C., Et Ortscheidt J. Droit de l'arbitrage interne et international* // *Montchrestien*. 2013, spéc. N 982–984. P. 891s.; также: *Mayer P. Recommandations de l'Association de droit international sur le recours à l'ordre public entant que motif de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales internationales* // *Rev. Arb.* 2002. 1061; *Mayer P. L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police* / *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*. Dalloz, 2008. P. 459 s.; *Bollée S. notes préc.* // *Rev. Crit. DIP* 2006, spéc. P. 113–120 et *Rev. Arb.* 2007, spéc. P. 103 s.; *Heuzé V. Arbitrage international: quelle raison à la déraison?* D., 2011, 2880.

³¹ *Radicati L. di Brozolo. Arbitrage commercial international et lois de police: considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international* // *Rec. Cours La Haye*. Vol. 315 (2005). 265 s., spéc. N 69. P. 362. Автор настаивает на соблюдении «требования сохранить окончательность судебного решения».

³² *Heuzé V. Arbitrage international: quelle raison à la déraison? P. 2882. Ученый выступал против «рокового» толкования Кассационного суда Франции «не отказывать в исполнении решения иностранного арбитража из-за его противоречия международному публичному порядку под предлогом того, что нарушение не является очевидным».* На тему несоответствия судебной практики закону см. также: *Delanoy L.-C. Le contrôle de l'ordre public au fond parle juge de l'annulation: trisconstats, trispropositions* // *Rev. Arb.* 2007. 177 s., spéc. N 17 à 21. P. 190–192.

³³ *Mayer P. L'étendue du contrôle... préc.* P. 471; *Seraglini C. Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique: mythes et réalités* // *Cahiers de l'arbitrage*. Vol. V (2010), Pedone 2011, 198 s., spéc. N 17. P. 206–208.

³⁴ В таком смысле по поводу императивных норм в конкурентном праве см.: en Suisse, *Trib. Féd.*, 8 mars 2006, ATF 132 III 389, JDI 2011, Chron. Jp. Suisse, 444. В швейцарской судебной практике отмечается, что «положения закона о конкуренции не являются частью основных признанных ценностей, которые, согласно концепциям, преобладающим в Швейцарии, должны лечь в основу любого правопорядка».

противоречия не будут приниматься во внимание, даже если нарушение является очевидным, реальным и конкретным³⁵. Другими словами, не нарушение международного публичного порядка должно быть конкретным, реальным и очевидным, а нарушение сверхимперативных норм должно соответствовать этим трем критериям, чтобы можно было говорить о простом нарушении международного публичного порядка. В связи с этим представляется, что критика позиции французского Кассационного суда может привести к применению оговорки о публичном порядке там, где закон этого не предусматривает.

Российскую судебную практику по применению ст. 1192 ГК РФ нельзя назвать обширной. Известно довольно много случаев отказа от применения иностранных правовых норм со ссылкой на ст. 1192³⁶. С другой стороны, также известны случаи применения иностранного права, несмотря на утверждение заявителя о нарушении ст. 1192 ГК РФ³⁷. Кстати, Высший Арбитражный Суд РФ неоднократно отмечал отсутствие единообразия в практике применения ст. 1192 ГК РФ³⁸. Случаи отказа в признании и исполнении иностранного арбитражного решения по причине имеющихся в нем нарушений сверхимперативных норм российской судебной практике не известны. В связи с этим пока нельзя сделать вывод, должно ли противоречие сверхимперативным нормам быть «очевидным, реальным и конкретным», чтобы можно было отказать в признании и исполнении иностранного арбитражного решения. В российской доктрине отмечается, что отечественный правоприменитель следует принципу рассматривать императивные нормы в качестве элемента публичного порядка, признавая такие нормы обязательными для соблюдения иностранными судами и арбитражами с риском непризнания решений, вынесенных без учета этих норм³⁹.

Однако из текста Информационного письма Президиума ВАС РФ № 156 очевидно вытекает, что для целей применения пп. «в» п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции и п. 7 ч. 1 ст. 244 АПК РФ действия, прямо запрещенные сверхимперативными нормами российского законодательства, должны наносить *ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагивать интересы больших социальных групп, нарушать конституционные права и свободы частных лиц*⁴⁰. Кроме того, при применении ст. 10 и 168 ГК РФ

Таким образом, нарушение этих норм не попадает под действие ст. 190.2(е) Закона о МЧП. Остается только предполагать, что аналогичное решение подорвет один из принципов, которые судебная практика выводит из материального публичного порядка». Также в соответствии с законодательством Италии: App. Florence, 21.03.2006 // Gaz. Pal. 17.10.2006. N 290. P. 57.

³⁵ См. также: *Vareilles-Sommières P. Lois de police et politiques législatives // Rev. Crit. DIP. 2011. P. 278–279.*

³⁶ См., напр.: Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с рассмотрением арбитражными судами дел с участием иностранных лиц» от 9.07.2013 № 158 // СПС Консультант Плюс; Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 24.04.2014 № ВАС-972/14 // СПС Консультант Плюс; Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 13.09.2011 № 1795/11 // СПС «Консультант Плюс».

³⁷ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 3.06. 2011 № КГ-А40/4808-11 по делу № А40-75996/10-6-647; Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 10.06.2002 по делу № КГ-А40/3481-02 // СПС «Консультант Плюс».

³⁸ Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06. 2011 № ВАС-6417/11; Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 13.09. 2011 № 1795/11 // СПС Консультант Плюс».

³⁹ См.: *Богатина Ю.Г. Указ. соч. // СПС «Консультант Плюс».*

⁴⁰ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений» от 26.02.2013 № 156 // СПС «Консультант Плюс».

в судебной практике подчеркивается, что «нарушение... обязанности действовать... разумно и добросовестно... само по себе не является основанием для признания недействительными сделок... Занижение цены контрактов и впоследствии выявившаяся убыточность заключенных сделок сами по себе не свидетельствуют ни о злоупотреблении правом... ни о наличии предусмотренных законом оснований для признания сделки ничтожной на момент ее заключения»⁴¹.

Представляется, что правовая позиция Президиума ВАС РФ заключается в том, что далеко не любое нарушение сверхимперативных норм российского права может быть основанием отказа в признании и исполнении иностранного арбитражного решения. Отказ по этому основанию может иметь место только, если такое нарушение является «очевидным, реальным и конкретным», поскольку оно «наносит ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагивает интересы больших социальных групп, нарушает конституционные права и свободы частных лиц».

Утверждение, что отказ от признания и приведения в исполнение арбитражного решения имеет место ввиду его противоречия закону страны суда (международному публичному порядку страны суда), должно быть обусловлено тем, что «признание или исполнение решения очевидно влияет на политические, социальные или экономические интересы, защищаемые этим правом». Логично предположить, что неправильное применение любой сверхимперативной нормы сопровождается нарушением основных принципов правовой системы страны суда. Если считать, что международный публичный порядок был нарушен незаконной торговлей и взяточничеством, а арбитражное решение признает эти действия законными, то простое нарушение французских сверхимперативных норм, нацеленных на борьбу с коррупцией⁴², будет нарушать международный публичный порядок. В данном случае простое нарушение сверхимперативных норм французского законодательства соответствует нарушению основополагающих принципов международного публичного порядка. В частности, в Постановлении Апелляционного суда Парижа от 30 сентября 1993 г. по делу *European Gas Turbines* указывается, что «договор, имеющий в качестве основания и предмета использование власти в корыстных целях путем дачи взятки... противоречит французскому международному публичному порядку, равно как и этике международной торговли в том виде, в котором она понимается большинством государств международного сообщества»⁴³. В российской литературе высказывается мнение, что практика французских судов включает запрет коррупции в число принципов международного публичного порядка⁴⁴.

По аналогичному пути идет и российская судебная практика. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ указал, что публичный порядок Российской Федерации основан на фундаментальных правовых принципах, которые обладают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью. Противодействие коррупции является основой не только российского, но и международного

⁴¹ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 13.09. 2011 № 1795/11; Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.04. 2011 № ВАС-1795/11 // СПС «Консультант Плюс».

⁴² Например, нарушение гражданско-правовых положений Закона от 13.10.2007 (ст. 9) о борьбе с коррупцией, аннулирующих договорные условия, ограничивающие свободу контрагента при разоблачении факта коррупции.

⁴³ См.: CA Paris, 10.09.1993, *European Gas Turbines SA c. Westman Int. Ltd* // Rev. Crit. DIP. 1994. 359, note Heuzé V.; CA Paris, 30 sept. 1993, *Ste European Gas Turbines SA c/ SteWestman International Ltd* // Rev. Arb. 1994. 359, noteD. Bureau.

⁴⁴ См.: *Крохалев С.В.* Указ. соч. СПС «Консультант Плюс».

правопорядка, поскольку меры по предупреждению и борьбе с коррупционными правонарушениями закреплены на уровне международных договоров⁴⁵. При рассмотрении спора между иностранной компанией и российским федеральным государственным унитарным предприятием по договору оказания услуг было установлено, что размер вознаграждения исполнителя по договору вдвое превышал среднюю рыночную стоимость аналогичных услуг, а сам договор был заключен в результате подкупа лица, выполнявшего управленческие функции на предприятии.

Предприятие отказалось от исполнения договора и в обоснование своей позиции сослалось на то, что в отношении лица, заключившего договор от имени предприятия, возбуждено уголовное дело по ст. 204 Уголовного кодекса РФ («коммерческий подкуп»). Компания, сочтя такой односторонний отказ от исполнения договора необоснованным, обратилась в соответствии с содержащейся в договоре арбитражной оговоркой в иностранный арбитраж *ad hoc* с иском к предприятию о взыскании договорной неустойки. Иностранный арбитраж удовлетворил иск компании, так как предприятие не представило доказательств, что вступившим в законную силу решением компетентного суда лицо, заключившее договор от имени предприятия, привлечено к ответственности за совершение коррупционных действий. Российский государственный арбитражный суд первой инстанции, рассматривая заявление о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, констатировал, что договор был заключен на заведомо невыгодных для предприятия условиях, о чем в момент его заключения было известно представителям компании, которые осуществили коммерческий подкуп лица, выполнявшего управленческие функции на предприятии. Суд признал принудительное исполнение иностранного арбитражного решения, предусматривающего взыскание неустойки по неисполненному контракту, заключенному в результате коммерческого подкупа уполномоченного лица предприятия, противоречащим публичному порядку Российской Федерации⁴⁶.

Кстати, Рекомендации Ассоциации международного права подвергаются упрекам за то, что в них предложено оставлять «безнаказанными» все нарушения международного публичного порядка, если не было доказано, что они «явно влияют на политические, социальные или экономические интересы страны суда, защищаемые этим правом».

Возвращаясь к анализу практики французских судов, необходимо подчеркнуть, что в деле SNF против Cytac не выявлено противоречий практике Европейского Суда в Люксембурге. В качестве иллюстрации прецедентного значения решения по делу SNF против Cytac обычно цитируются еще два европейских судебных решения: решение по делу Eco Swiss (Eco Swiss China Time Ltd v Benetton)⁴⁷ и Claro (Elisa María Mostaza Claro v Centro Móvil Milenium SL.)⁴⁸.

⁴⁵ См.: Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений» от 26.02. 2013 № 156 // СПС «Консультант Плюс».

⁴⁶ См.: Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений» от 26.02. 2013 № 156 // СПС «Консультант Плюс».

⁴⁷ CJCE, 1.06.1999, C-126/97 // Rev. Arb. 1999, 631, note L. Idot.

⁴⁸ CJCE, 26.10.2006, C-168/05 // JDI 2007, 581, obs. A. Mourre // Gaz. Pal. 2007, 29 avr.-3 mai. N 119-123, spéc.cont. jud. int. et europ., 17, note F.-X. Train // Rev. Arb. 2007, 109, note L. Idot.

Первое решение (по делу *Eco Swiss*) обязывает судебный орган государства-члена аннулировать арбитражное решение, не соответствующее европейским императивным нормам (в данном случае, нормам европейского конкурентного права) («... суд обязан в соответствии с внутренним процессуальным правом аннулировать арбитражное решение, в котором не применены национальные нормы публичного порядка»). Между тем французское право не требует от судьи, решающего вопрос об экзекватуре или осуществляющего контроль за действительностью арбитражного решения, «признания иска об аннулировании арбитражного решения из-за неприменения в нем национальных норм публичного порядка». Для того чтобы суд удовлетворил иск об аннулировании арбитражного решения, необходимо, чтобы такое требование было основано на неприменении международного публичного порядка, значительно отличающегося от норм внутреннего публичного порядка.

Решение по делу *Eco Swiss* основано на принципе эквивалентности и требует процессуального равноправия между национальным публичным порядком и европейским публичным порядком. Если нарушение национальных правил должно повлечь за собой недействительность арбитражного решения (а для иностранного решения — отказ в выдаче экзекватуры), то и нарушение европейских правил должно иметь такие же последствия⁴⁹. Дело *SNF против Cytex* также не предполагает разницы последствий для решения, нарушающего европейское конкурентное право, и иностранного решения, нарушающего французское конкурентное право. В обоих случаях, если решение нарушает международный публичный порядок, то исполняться оно не будет, и экзекватура выдаваться не будет.

В решении по делу *Claro* Европейский суд подтвердил и развил свою правовую позицию, высказанную в деле *Eco Swiss*. Суд приравнял положения о защите прав потребителей к положениям конкурентного права с точки зрения их юридической силы и признал эти положения эталоном (стандартом) публичного порядка. Суд указал, что национальный суд, рассматривающий ходатайство об отказе в признании и исполнении арбитражного решения, обязан признать недействительность арбитражного соглашения и отменить решение арбитража на том основании, что арбитражное соглашение нарушает принципы потребительского законодательства ЕС⁵⁰. Это требование должно быть выполнено, даже если национальное процессуальное право не содержит соответствующих норм.

В соответствии с принципом процессуальной автономии государств-членов ЕС, правила процедуры в основном находятся в ведении национального законодателя. Однако в практике Суда Европейских сообществ принципы эффективности и эквивалентности выступают в качестве ограничений принципа процессуальной самостоятельности государств-членов. Спор между *Móvil* и *мадам Claro* имел внутренний характер и не затрагивал интересов международной торговли. Тем не менее, Европейский суд не стал учитывать различия между этими двумя правовыми режимами. Таким образом, в этом решении Суд подтвердил примат права ЕС и его применимость как к международному, так и к внутреннему арбитражу⁵¹.

⁴⁹ По этому поводу см.: *Radicati L. di Brozolo*. Arbitrage commercial international etlois de police. P. 353 s.; по этому поводу также см.: *Fadlallah I*. Note sous l'arrêt SNF c. Cytex // Rev. Arb. 2008, spéc. P. 481.

⁵⁰ CJUE 26.10.2006 — C-168/05 — Maria Mostaza Claro v Centro MovilMilenium SL.//www.unalex.eu/Judgment/Judgment.aspx? (дата обращения: 5.10.2014).

⁵¹ *Fabre G*. Arbitrage, consommation et ordre public communautaire :l'arrêtMostaza Claro de la CJCE (26 oct. 2006) //http://m2bde.u-paris10.fr/content/arbitrage-consommation-et-ordre-public-communautaire-larrét-mostaza-claro-de-la-cjce-26-oct-(дата обращения: 25.01.2015).

Решение по делу Claro относится не к вопросу контроля соответствия судебного решения публичному порядку, а к контролю действительности арбитражного соглашения, когда такое соглашение было заключено в рамках неправомерного положения договора. Проблема в данном случае заключается не в публичном порядке, а в полномочиях арбитра. Отсутствие у арбитра соответствующих полномочий является условием действительности арбитражного решения и не имеет ничего общего с условиями соответствия публичному порядку.

Многие французские ученые считают недостатком решения по делу SNF против Cytex умаление значения сверхимперативных норм, которые законодатель хочет наделить еще большей силой для регламентации международных частных отношений⁵². Бесспорно, неприменение санкций к неэффективным решениям с ошибкой в факте или праве, которая допущена судьей при использовании сверхимперативных норм, приводит к тому, что данные нормы становятся так называемыми «частично обязательными правилами применения»⁵³. Но это умаление нельзя характеризовать как неправомерное, если оно согласуется со сверхимперативными нормами избранного сторонами применимого права. Можно ли сказать то же самое применительно к случаям, когда происходит смягчение международной императивности внутренних сверхимперативных норм, которые модифицируются французским законодателем для приведения иностранного решения в соответствие с ними?⁵⁴ Никто не оспаривает пользу, которую имеет решение по делу SNF против Cytex, говорящее о том, что судья не вправе пересматривать иностранное решение по существу и не вправе умалять авторитет такого решения.

Пересмотр иностранного арбитражного решения по существу, даже если он был реализован в процессе выдачи экзекватуры, подрывает «авторитет судебного решения»⁵⁵. Контроль над соответствием фактов и права публичному порядку при выдаче экзекватуры необходимо обеспечить таким образом, чтобы не было пересмотра решения по существу, и дело не возвращалось в суд, принявший решение. Признавая и исполняя решение, не соответствующее сверхимперативным нормам, Кассационный суд Франции избегает подрыва авторитета арбитражного решения, на которое стороны расчи-

⁵² См., напр.: Mayer P. *L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police*, préc. P. 468–469. Автор отмечает, что «сверхимперативные нормы являются, по определению, действующими в определенных ситуациях, несмотря на любое иное намерение сторон. Как государство, которое их приняло, может поставить их под контроль сторон?», и делает вывод: «Любовь арбитража не заходит так далеко ...».

⁵³ Radicati L. di Brozolo. *Mondialisation, juridiction, arbitrage: vers des règles d'application semi-nécessaire?* // Rev. Crit. DIP. 2003. 1 s.

⁵⁴ Многие исследователи вслед за П. Майером («L'étendue du contrôle...», préc. P.469) подчеркивают, что авторитет судебного постановления, признаваемый французским правом, «существует только при условии, что решение не будет аннулировано (если оно вынесено во Франции), или что оно может быть принято (если оно вынесено за рубежом); или одним из оснований проверки является соответствие публичному порядку», невзирая на факт, что неправильность решения не была установлена. Решение вступает в законную силу с момента его вынесения, таким образом, предложение о пересмотре его по существу на предмет соответствия внутренним сверхимперативным нормам лишает решение его авторитета.

⁵⁵ Также утверждается, что пересмотр по существу считался бы допустимым, если бы он ограничивался отказом от исполнения решения (из-за противоречия международному публичному порядку) без изменения текста такого решения. См., напр.: Delanoy L.-C. Op. cit. // Rev. Arb. 2007. spec. N 33; Bollée S. *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales* // Rev. Arb. 2007. P. 102; Seraglini C. *Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique: mythes et réalités* // Cahiers de l'arbitrage. Vol. V (2010), Pedone 2011. N 16. P. 205–206.

тывают на законных основаниях⁵⁶. Это дает преимущество принципу невозобновления тяжбы, который служит основой для вступления решения в законную силу, перед принципом недействительности решения, не соответствующему применимому праву.

Понятно, почему контроль над соответствием решения сверхимперативным нормам является столь проблематичным: он ставит под сомнение силу арбитражного решения, которая составляет основной интерес, имеющийся у сторон. По этой причине французская судебная практика отказывается признавать простое нарушение французских сверхимперативных норм иностранным арбитражным решением в качестве посягательства на публичный порядок и препятствия к выдаче экзекватуры. Однако если признать, что простое нарушение сверхимперативной нормы не ведет к нарушению международного публичного порядка, необходимо спросить, почему «очевидное, реальное и конкретное» нарушение такой нормы к такому нарушению приведет.

Можно предложить следующее объяснение⁵⁷: очевидное нарушение — это своего рода искажение сверхимперативных норм; решения, принятые на основании императивного закона, являются бесспорными, в противном случае судья отказывает в их исполнении. Иначе говоря, применение сверхимперативных норм арбитром не является простой формальностью. Однако такое применение искажается не только тогда, когда сверхимперативные нормы нарушаются в результате их неверного применения, но и когда имеет место отказ от их применения. В конечном счете, отнюдь не неправильное применение сверхимперативных норм, а именно неприменение таких норм является причиной и сущностью отказа в исполнении решения; точнее, нарушение применения материального права, содержащегося в сверхимперативных нормах, фактически является нарушением таких норм.

Кроме того, решение по делу SNF против Cytac показывает (возможно, неразумно), что к международному публичному порядку имеет отношение применение всего спектра сверхимперативных норм, а не только сверхимперативных материальных норм внутреннего законодательства. Необходимо подчеркнуть существование двух различных видов императивных норм: материальные императивные нормы и императивные нормы, применимые в пространстве и сопровождающие материальные нормы (т.е. коллизионные нормы, нормы МЧП)⁵⁸. Материальные нормы существенно не отличаются от внутреннего публичного порядка: они императивны потому, что их невозможно изменить по соглашению сторон. Императивность норм о выборе применимого права характеризуется высокой специфичностью таких норм по отношению к внутреннему публичному порядку: коллизионное право относится к обычным внутренним нормам и имеет низкий уровень императивности, в том числе, из-за наличия договорных основ, в соответствии с которыми стороны могут выбрать применимое право (принцип автономии воли). Императивность коллизионных норм (тем более, их характеристика как сверхимперативных) подразумевает только то, что стороны не вправе заключать соглашение о выборе применимого права.

⁵⁶ И наоборот, предусматривая недействительность арбитражного решения, которое нарушает сверхимперативные нормы австрийского международного частного права (см. на эту тему информационные письма Mayer P. *L'etendue du contrôle... préc. P. 459*), австрийский законодатель должен предусматривать отказ от исполнения решения, противоречащего таким императивным нормам.

⁵⁷ См. также примечания: *Vareilles-Sommières P. Lois de police et politiques législatives // Rev. Crit. DIP. 2011, spéc. P. 278–279.*

⁵⁸ См. об этом, напр.: *Seraglini C. Lois de police et justice arbitrale internationale. Dalloz, 2001. N 431 et 433. P. 202–203.*

В доктрине конфликтного права США отмечается, что односторонние коллизионные нормы, требующие применения *lex fori* в изъятие из общих правил о применимом праве, ориентированы на содержание и обеспечение соблюдения соответствующих национальных материально-правовых норм⁵⁹. В российской литературе высказывается мнение, что преобладающая часть существующих в современном европейском законодательстве односторонних коллизионных норм формулируется под воздействием материально-правовых факторов⁶⁰.

В немецкой доктрине МЧП односторонние коллизионные нормы объединяются понятием «эксклюзивные нормы», и применение *lex fori* обусловлено наличием существенного материально-правового интереса, связанного с защитой лиц, имеющих личный закон данного государства, либо имущественного оборота данного государства. Эксклюзивные нормы рассматриваются в качестве своеобразной конкретизации оговорки о публичном порядке, поскольку складываются в тех областях, в которых судебная практика неоднократно использовала оговорку о публичном порядке для исключения последствий применения иностранного права, противоречащих основам немецкого правопорядка. Одновременно немецкие исследователи подчеркивают связь между институтом сверхимперативных норм и коллизионным регулированием. Высказывается предложение сконструировать систему односторонних особых коллизионных норм, обеспечивающих применение каждой отдельно взятой сверхимперативной нормы, с тем, чтобы реализовать цель, которую преследует соответствующая материально-правовая норма. Реализация такой цели безусловно доминирует, поэтому коллизионная норма формулируется как односторонняя. Указанные нормы являются комбинацией материально-правовой и коллизионной нормы, и для них предлагается специальное обозначение — «индивидуальные коллизионные нормы»⁶¹.

В российской литературе высказывается точка зрения, что в генезисе сверхимперативных норм МЧП явственно просматриваются коллизионные начала, которые в значительной степени определяют предназначение таких норм. Институт сверхимперативных норм позволяет в интересах страны суда и соответствующих третьих государств дополнить правовую систему, определенную на основании коллизионных норм, императивным точечным нормативным регулированием, заимствованным из права страны суда и других заинтересованных государств. С помощью данного механизма происходит оснащение правоприменителя дополнительным «инструментом», посредством которого завершается решение коллизионного вопроса на уровне конкретных правовых норм страны суда и любых других вовлеченных государств⁶². Отдельные российские исследователи придерживаются более радикальных позиций — «любая норма, в которой содержится указание на то, что она регулирует отношения независимо от подлежащего применению права, — это по своей сути не императивная норма МЧП, а односторонняя коллизионная норма», т.е. имплицитная коллизионная норма, имеющая императивный характер и устанавливающая применение исключительно российского закона⁶³.

В современном российском законодательстве материально-правовые нормы, в которых прямо указано, что они действуют независимо от подлежащего применению права,

⁵⁹ Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress? XV International Congress of Comparative Law / Ed. by S. Symeonides. The Hague; London; Boston, 2000. P. 41–42.

⁶⁰ Асосков А.В. Указ. соч. // СПС Консультант Плюс.

⁶¹ Подробнее об этом см.: Там же.

⁶² Современное международное частное право в России и Евросоюзе: В 2 т. / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка. М., 2013 // СПС «Консультант Плюс».

⁶³ Толстых В.Л. Международное частное право: коллизионное регулирование. СПб., 2004. С. 366.

встречаются редко. Чаще всего императивность нормы в аспекте МЧП следует из того, что существует коллизийная норма, устанавливающая применение исключительно российского права к определенным гражданско-правовым отношениям⁶⁴. В частности, в судебной практике со ссылкой на ст. 1192 ГК РФ отмечается, что «в соответствии с положениями ст. 1202 ГК РФ личным законом юридического лица считается право страны, где учреждено юридическое лицо... Полномочия руководящих органов юридического лица, созданного и зарегистрированного в Российской Федерации, устанавливаются в соответствии с нормами именно этого государства... Суды первой и апелляционной инстанций... пришли к обоснованному и правильному выводу, что наличие полномочий конкретного должностного лица... устанавливается в соответствии с... нормами российского законодательства»⁶⁵. В данном деле были нарушены российские коллизийные нормы ст. 1202 ГК РФ, имеющие императивный характер.

В российском МЧП достаточно императивных коллизийных норм, среди которых немало односторонних определенных, т.е. предписывающих применение исключительно российского права. Личный закон российского гражданина, имеющего двойное гражданство, и личный закон иностранца, имеющего место жительства в РФ, императивно регулируются российским правом (п. 2 и 3 ст. 1195 ГК РФ); российский закон императивно подлежит применению при признании в РФ физического лица недееспособным или ограничено дееспособным (п. 3 ст. 1197). Аналогичные положения закреплены п. 2 ст. 1199, ст. 1200, п. 3 и 4 ст. 1209, ст. п. 2 ст. 1213 и п. 1 ст. 1224 ГК РФ.

В частности, п. 1 ст. 1213 ГК РФ — это общая двусторонняя диспозитивная коллизийная норма, имеющая «гибкий» характер. В качестве генерального права она предусматривает возможность автономии воли сторон договора в отношении недвижимого имущества. Субсидиарным правом является закон наиболее тесной связи, которая устанавливается на основе частной презумпции — право места нахождения такого имущества. Кроме этого, п. 1 ст. 1213 ГК РФ включает корректирующую оговорку — «если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела». Пункт 2 ст. 1213 ГК РФ устанавливает, что к договорам в отношении находящихся на территории РФ земельных участков, участков недр и иного недвижимого имущества применяется российское право. Эта односторонняя коллизийная норма существенно отличается от общей привязки п. 1 ст. 1213 ГК РФ. Правило п. 2 ст. 1213 ГК РФ является императивным, «жестким» и не может быть изменено соглашением сторон. Данная норма «призвана обеспечить применение... специальных требований российского законодательства, установленных для сделок с такими объектами»⁶⁶. К таким специальным требованиям относятся, в частности, необходимость государственной регистрации сделок по поводу недвижимого имущества; правило, что цена является существенным условием договоров в отношении недвижимого имущества.

В российской доктрине высказывается предположение, что с теоретической точки зрения представляется оправданным отдельно выделять те отсылочные нормы, которые сконструированы наподобие односторонних коллизийных норм, но в действительности определяют пространственно-персональную сферу действия конкретной

⁶⁴ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части третьей (Постатейный) // Отв. ред. Н.И. Марышева, К.Б. Ярошенко. М., 2010 // СПС «Консультант Плюс».

⁶⁵ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 27.11. 2007 № КГ-А40/12086-07 по делу № А40-47516/04-45-485 // СПС «Консультант Плюс».

⁶⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. Раздел VI «Международное частное право». Комментарий и постатейные материалы. М., 2004 // СПС «Консультант Плюс».

сверхимперативной нормы⁶⁷. Это предположение вызывает серьезный интерес. Разумеется, применение материальных сверхимперативных норм, имеющих прямое действие, не зависит от наличия корреспондирующих им коллизионных норм. Однако если привязка односторонней коллизионной нормы выражена не абстрактным («право страны суда»), а определенным образом («российское право»), это свидетельствует о намерении законодателя подчеркнуть особый характер подобной отсылки, прямую связь такой коллизионной нормы с соответствующим материально-правовым предписанием. Односторонние определенные коллизионные нормы можно рассматривать как особые «сверхимперативные» нормы МЧП. Нарушение или неприменение таких норм способно привести к отказу признания и исполнения иностранных арбитражных решений по причине их противоречия публичному порядку Российской Федерации.

В настоящее время для судебной практики Франции неправильное применение сверхимперативных норм арбитром не является проблемой (этот изъян покрывается авторитетом судебного постановления и основополагающим принципом невозобновления судебного разбирательства). Проблемой является то, что арбитражное решение⁶⁸ не исполняется, если оно может привести к очевидным, реальным и конкретным нарушениям сверхимперативных норм.

Для российской судебной практики (особенно в судах первой инстанции) наиболее актуальной современной проблемой является склонность судей к чрезмерно широкому толкованию понятия «публичный порядок», включению в него абсолютно неправовых и неопределенных категорий. В частности, есть несколько постановлений Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа, определяющих публичный порядок следующим образом: «Основы правопорядка Российской Федерации включают в себя помимо основ морали, *главных религиозных постулатов [курсив наш. — И.Г.-П.]*, главных экономических и культурных традиций, сформировавших российское гражданское общество, и основополагающие принципы российского права»⁶⁹. Такая формулировка является не только недопустимо расширительной, но и абсолютно антиконституционной, поскольку она прямо нарушает положения ст. 14 Конституции РФ, однозначно устанавливающей светский характер российского государства и принцип отделения государства от церкви⁷⁰. Трудно себе представить, что подобная формулировка может иметь место в судебной практике Франции (как и любого другого цивилизованного, демократического, правового государства). Правда, указанная формулировка публичного порядка встречается в актах только одного государственного арбитражного суда — ФАС Северо-Западного округа. Другие арбитражные суды определяют публичный порядок по-иному, не прибегая к нарушению Конституции РФ.

⁶⁷ Асосков А.В. Указ. соч. Необходимо подчеркнуть, что сам автор монографии выражает сомнения по поводу целесообразности подобного выделения.

⁶⁸ Во французской доктрине, анализирующей дело SNF против Cytec, высказывается мнение, что сверхимперативная норма — это действующее французское право. В частности, П. Майер утверждает, что «в области признания арбитражных решений можно и нужно допускать, что неприменение сверхимперативного закона в таком решении приводит к его несоответствию публичному порядку». См.: Mayer P. La sentence contraire à l'ordre public au fond // Rev. Arb. 1994. P. 643, note 59.

⁶⁹ Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 18.09. 2009 по делу № А21-802/2009; Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 6.03. 2012 по делу № А56-49603/2011 // СПС «Консультант Плюс».

⁷⁰ Статья 14 Конституции Российской Федерации 1993 г. «1. Российская Федерация — светское государство. Никакая религия не может устанавливаться в качестве государственной или обязательной. 2. Религиозные объединения отделены от государства и равны перед законом».

По неизвестной причине именно формулировка, установленная в соответствующем постановлении ФАС Северо-Западного округа (№ А21-802/2009), закреплена в комментарии к ст. 1193 ГК РФ, предложенном справочно-поисковой системой «Консультант Плюс»: «К основам правопорядка (публичному порядку) относятся, например, основы общественного строя российского государства, основы морали, *главные религиозные постулаты* [курсив наш. — И.Г.-П.], главные экономические и культурные традиции, сформировавшие российское гражданское общество, а также основополагающие принципы российского права, включая основные начала гражданского права. Это следует из имеющихся в судебной практике выводов»⁷¹. Очень жаль, что подобное антиконституционное определение публичного порядка размещено на таком авторитетном информационном юридическом ресурсе, имеющем огромное число пользователей и являющимся наиболее востребованным. Данная формулировка способна ввести в заблуждение российских юристов и судей, особенно начинающих.

К слову, до сих пор многие российские юристы (в том числе судьи) считают «крамольной» мысль, что в силу применения к внешнеэкономическому контракту иностранного права может быть нарушена какая-либо императивная норма российского права. О том, что не все императивные нормы следует считать сверхимперативными, они зачастую впервые слышат от адвокатов в ходе судебного процесса⁷². Такой подход напрямую противоречит разъяснениям высших судебных инстанций: «Суд обратил внимание на тот факт, что не все императивные нормы российского законодательства могут рассматриваться в качестве сверхимперативных»⁷³.



Библиография

Асосков А.В. Основы коллизионного права. М.: Инфотропик Медиа, 2012. 352 с.

Богатина Ю.Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: теоретические проблемы и современная практика. М.: Статут, 2010. 408 с.

Варей-Соммьер П. де, Гетьман-Павлова И.В. Международный и внутренний публичный порядок при признании и исполнении иностранных арбитражных решений (правоприменительный опыт Франции и России) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 1. С. 140–168.

Карабельников Б.Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2008. 383 с.

Новикова О.В. Концептуальные основы оговорок о публичном порядке и нормах непосредственного применения в английском праве // Закон. 2013. № 2. С. 67–77.

Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г.: Пособие для судей. М., 2012 // https://www.arbitration-icca.org/media/1/13654293924350/russian_text.pdf (дата обращения: 5.10.2014).

Bollée S. Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales // Rev. Arb. 2007. P. 102.

Fadlallah I. Note sous l'arrêt SNF c. Cyttec // Rev. Arb. 2008, spéc., p. 481.

⁷¹ Консультант Плюс: Правовые новости. Специальный выпуск «Комментарий к проекту изменений Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

⁷² Карабельников Б.Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. М.: Статут, 2008 // СПС «Консультант Плюс».

⁷³ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с рассмотрением арбитражными судами дел с участием иностранных лиц» от 9.07.2013 № 158 // СПС «Консультант Плюс».

Forde M. The ordre public exception and adjudicative jurisdiction conventions // International and Comparative Law Quarterly. 1980. Vol. 29, pp. 259–273.

Guillaume F. Arbitrage, consommation et ordre public communautaire : l'arrêt Mostaza Claro de la CJCE (26 oct. 2006) // <http://m2bde.u-paris10.fr/content/arbitrage-consommation-et-ordre-public-communautaire-larret-mostaza-claro-de-la-cjce-26-oct-> (дата обращения: 5.10.2014)

Heuzé V. Arbitrage international: quelle raison à la déraison? Recueil. Dalloz, 2011, p. 2880.

Loussouarn Y., Bourel P., de Vareilles-Sommieres P. Droit international privé. 10e ed. Paris, 2013. 1170 p.

Mayer P. Recommandations de l'Association de droit international sur le recours à l'ordre public entantque motif de refus de reconnaissance oud'exécution des sentences arbitrales internationaux // Rev. Arb. 2002, p. 1061.

Racine J.-B. L'arbitrage commercial international // LGDJ. 1999, pp. 851–867.

Radicati L. di Brozolo. Arbitrage commercial international et lois de police: considérationssur les conflits de juridictionsdans le commerce international / Rec. Cours La Haye. Vol. 315 (2005). 265 p.

Symeonides S., ed. Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?: XV International Congress of Comparative Law. The Hague, Kluwer Law International, 2000., pp. 41–42.

Seraglini C. Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le jugeétatique: mythes et réalités // Cahiers de l'arbitrage. Vol. V (2010), spéc.N 16, 17. Pedone, 2011, p. 190–198.

Vareilles-Sommières P. Lois de police et politiques législatives // Rev. Crit. DIP. 2011, spéc., p. 278–279.

Violating Super-imperative Norms as Grounds to Refuse the Recognition and Execution of Foreign Arbitrage Decisions (Judicial Practice of France and Russia)



Pascal de Vareilles-Sommieres

Professor, Department of International Private Relations Research of 1 Pantheon Sorbonne Law School, Docteur en droit. Address: 12 Place du Pantheon, Paris, 75005, France. E-mail: PascaldeVareilles-Sommieres@univ-paris1.fr



Irina Get'man-Pavlova

Associate Professor, International Private Law Department, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitckaya St., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: getmanpav@mail.ru



Abstract

This article examines the problem of refusing the recognition and enforcement of foreign arbitral awards due to the violation of the mandatory rules of the country of execution. The authors analyze to what extent such rules should be violated to become legitimate grounds to deny the recognition and enforcement of a foreign decision. The basis of the research is the French and the Russian judicial practice. In the first part of the article, the authors separate the concept of *mandatory rule* from *public policy* and claim them as two different legal institutions, two different legal categories, with an adjacent character. The mechanism of action of peremptory norms is significantly different from the public policy exception. The public policy exception is only valid in cases of violation or threatened violation of fundamental legal principles that have a higher peremptory, universal nature of public interest and constitute the basis of economic, political and legal system in view of international obligations of the state. Peremptory norms (immediate application) are the norms, which, because of inner signs or because of their special importance to the rights and interests of civil circulation participants, regulate certain relations, regardless of the applicable law. Mandatory rules are often referred to as *internationally mandatory rules*, *rules of direct application* and *the laws of international public policy*, pointing to their mandatory character and their communication with public policy. At the same time, the Court of Cassation does

not include the mandatory rules of the forum in its international public policy. Russian court practice includes mandatory rules in the concept of public policy of the Russian Federation. In the second part of the article, the authors examine whether a *simple* violation of peremptory norms of the country where enforcement of the award amount to a violation of public policy. The conclusion is drawn that the *simple* violation of such rules is not considered as a violation of public order of France or Russia. Refusal to grant an exequatur can take place only if the violation of a peremptory norm is “obviously real and concrete” and qualifies as a “simple” violation of international public policy. However, the authors emphasize that this approach can lead to unjustified extension of the scope of the public policy exception.



Keywords

private international law, France, Russia, protective clauses, peremptory norm (immediate application), the clause of public policy, foreign arbitral awards, the denial of recognition and enforcement, conflict rules.

Citation: Vareilles-Sommieres P., Getman-Pavlova I. (2015) Violating Super-imperative Norms as Grounds to Refuse the Recognition and Execution of Foreign Arbitrage Decisions (Judicial Practice of France and Russia). *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no.1, pp. 22–42 (in Russian)

JEL: K33.



References

Asoskov A.V. (2012) *Osnovy kollizionnogo prava* [The Fundamentals of Conflict of Laws]. Moscow, Infotropic Media, 352 p.

Bogatina Yu.G. (2010) *Ogovorka o publichnom poryadke v mezhdunarodnom chastnom prave: teoreticheskie problemy i sovremennaya praktika* [Clause on Public Order in International Private Law: Theory and Current Practice]. Moscow, Statut, 408 p.

Karabel'nikov B.R. (2008) *Ispolnenie i osparivanie resheniy mezhdunarodnykh kommercheskikh arbitrazhey. Kommentarii k N'yu-Yorkskoy konventsii 1958 g. i glavam 30 i 31 APK RF 2002 g.* [Implementation and Recourse against Decisions of International Commercial Arbitrations. Commentaries to the 1958 New York Convention]. Moscow, Statut, 383 p.

Novikova O.V. (2013) Kontseptual'nye osnovy ogovorok o publichnom poryadke i normakh neposredstvennogo primeneniya v angliyskom prave [Conceptual Basics of Clauses on Public Order in English Law] *Zakon*, no. 2, p. 67–77.

Rukovodstvo MSKA po tolkovaniyu N'yu-Yorkskoy konventsii 1958 g.: Posobie dlya sudey [Conceptual Guidelines to Interpret the 1958 New York Convention](2012) Moscow. Available at https://www.arbitration-icca.org/media/1/13654293924350/russian_text.pdf (accessed 05.10.2014).

Bollée S. (2007) Les methods du droit internationalprivé à l'épreuve des sentences arbitrales. *Rev. Arb.*, p. 102.

Fadlallah I. (2008) Note sous l'arrêt SNF c. Cytec. *Rev. Arb., spec.*, pp. 481.

Forde M. (1980) Theordre public exception and adjudicative jurisdiction conventions. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29, pp. 259–273.

Guillaume F. Arbitrage, consommation et ordre public communautaire : l'arrêtMostaza Claro de la CJCE (26 oct. 2006). Available at <http://m2bde.u-paris10.fr/content/arbitrage-consommation-et-ordre-public-communautaire-larrêt-mostaza-claro-de-la-cjce-26-oct-> (accessed 05.10.2014)

Heuzé V. (2011) Arbitrage international: quelle raison à la déraison? *Recueil. Dalloz*, p. 2880.

Loussouarn Y., Bourel P., de Vareilles-Sommieres P. (2013) *Droit international privé*. 10e ed. Paris, Dalloz, 1170 p.

Mayer P. (2002) Recommandations de l'Association de droit international sur le recours à l'ordre public entantque motif de refus de reconnaissance oud'exécution des sentences arbitrales internationales. *Rev. Arb.* p. 1061.

Racine J.-B.(1999) L'arbitrage commercial international. *LGDJ*, pp. 851–867.

Radicati L. di Brozolo (2005) Arbitrage commercial international et lois de police: considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international. *Rec. Cours La Haye*, vol. 315, 265 p.

Symeonides S., ed. (2000). *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, XV International Congress of Comparative Law. The Hague; London; Boston, Kluwer International, pp. 41–42.

Seraglini C. (2010) Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique: mythes et réalités. *Cahiers de l'arbitrage*. vol. V, spéc.N 16, 17. Pedone, 2011, pp. 190–198.

Vareilles-Sommières P. (2011) Lois de police et politiques législatives. *Rev. Crit. DIP., spec.*, pp. 278–279.

Varey-Somm'er P.de, Get'man-Pavlova I.V. (2014). *Mezhdunarodnyy i vnutrennyy publichnyy poryadok pri priznanii i ispolnenii inostrannykh arbitrazhnykh resheniy (pravoprimeritel'nyy opyt Frantsii i Rossii)* [International and Domestic Procedure of Ordre Public to Recognize and Enforce Foreign Arbitral Awards (Enforcement in France and Russia)]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no. 1, pp. 140–168.

ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ В ЭПОХУ «БОЛЬШИХ ДАННЫХ» (BIG DATA)*



А.И. Савельев

старший научный сотрудник научной лаборатории по информационному праву Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», юристконсульт IBM Россия/СНГ, член Консультативного Совета при Роскомнадзоре, кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: garantus@rambler.ru



Аннотация

Настоящая статья представляет собой одно из первых исследований в России, посвященных анализу влияния технологий анализа «Больших данных» (Big Data) на законодательство о персональных данных, которое выступает одним из основных гарантов защиты права граждан на неприкосновенность частной жизни в цифровой среде. В статье раскрываются понятие «Больших данных», описывается генезис данной технологии и ее преимущества, а также приводятся примеры реализации данной технологии в различных сферах деятельности. Основное внимание уделяется анализу совместимости «Больших данных» с рядом базовых положений законодательства о персональных данных. По результатам анализа делается вывод, что такие принципы, как ограничение обработки персональных данных заранее определенными целями, ограничения объема собираемых и обрабатываемых данных минимально необходимым объемом, осуществление обработки данных на основе информированного согласия являются несовместимыми с природой технологий «Больших данных», которая лежит в основе тех преимуществ, которые она несет в себе. Так, принципы ограничения обработки персональных данных заранее определенными целями и ограничения объема обрабатываемых данных минимально необходимым объемом несовместимы с идеей повторного использования данных, которой пронизана философия «Больших данных». Информированное согласие невозможно в условиях, когда невозможно указание цели обработки персональных данных, а оно невозможно как раз по причине непредсказуемости таких целей в эпоху «Больших данных»: ограничение обработки персональных данных заранее определенными целями означает лишение данной технологии преимуществ, которые она способна предоставить. При этом решение проблемы посредством популяризации обезличивания персональных данных также не может оправдать возлагаемых на него надежд по причине существования широких возможностей по деобезличиванию таких данных, предоставляемых дешевыми вычислительными мощностями и большими массивами общедоступных данных в сети Интернет.



Ключевые слова

персональные данные, Большие данные, Big Data, обезличивание, профайлинг, информационные брокеры.

* Исследование осуществлено в рамках Программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2015 году.

Библиографическое описание: Савельев А.И. Проблемы применения законодательства о персональных данных в эпоху «Больших данных» (Big Data) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. №1. С. 43–66.

JEL: K39.

1. Введение

1.1. Предпосылки появления «Больших данных»

Современные информационные технологии в значительной степени преобразили наше понимание частной жизни и личного пространства. Те процессы, которые ранее происходили в реальном (физическом) мире, перетекли в онлайн-среду: приобретение товаров и услуг, общение с друзьями и знакомыми, взаимодействие с работодателем, государственными органами и т.д. Как следствие, объемы личной информации, которые лицо раскрывает о себе и выкладывает в сеть Интернет и, соответственно, объемы личных данных граждан, подвергаемых сбору и систематизации различными органами и организациями, возросли до беспрецедентных размеров. В значительной степени такое положение вещей сложилось в силу одновременного действия множества факторов: 1) проникновения Интернета в повседневную жизнь; 2) развития электронной коммерции; 3) появления и развития поисковых сервисов, имеющих в своей основе рекламную бизнес-модель, предполагающую сбор огромных массивов информации о поведении индивидов в сети Интернет; 4) появления социальных сетей, которые агрегируют данные не только об индивидах, но и о отношениях между ними; 5) повсеместного распространения смартфонов и планшетов, позволяющих быть постоянно онлайн, отслеживать маршрут передвижения своих пользователей, а также обмениваться мгновенными сообщениями. Как следствие, ключевые процессы жизнедеятельности человека перетекли в Интернет и любое действие индивида оставляет цифровой след, что в совокупности повлекло появление огромных размеров массива цифровой информации.

Статистика объема данных, создаваемых на протяжении последних лет, поражает воображение. В 2013 г. количество хранящейся в мире информации составило 1,2 зеттабайта (около 1,2 млн. петабайт или 1,2 трлн. гигабайт), из которых на нецифровую информацию приходится менее 2%¹. По прогнозам компании IDC, специализирующейся на аналитике в сфере информационных технологий, общее количество информации будет удваиваться каждые 2 года и составит к 2020 г. порядка 40 зеттабайт². При этом большая часть данных, которая будет произведена в период с 2012 по 2020 годы, будет сгенерирована не людьми, а различного рода устройствами в ходе их взаимодействия друг с другом и сетями данных (например, сенсорами, смартфонами, устройствами радиочастотной идентификации (RFID), спутниковыми системами навигации типа ГЛОНАСС или GPS и т.д.)³. Взаимодействие различного рода устройств между собой посредством сети Интернет, предполагающее их цифровую идентификацию, привязан-

¹ Майер-Шенбергер В., Кукьер К. Большие данные. Революция, которая изменит то, как мы живем, работаем и мыслим. М. 2014. С. 17.

² Gantz J. and Reinsel D. The Digital Universe in 2020: Big Data, Bigger Digital Shadows, and Biggest Growth in the Far East. December 2012. URL: <http://www.emc.com/collateral/analyst-reports/idc-the-digital-universe-in-2020.pdf> (дата доступа: 15.09.2014)

³ White T. Hadoop: The Definitive Guide. O'Reilly Media, Inc. 3rd ed., 2012. P. 2.

ную к базам данных, лежит в основе концепции «Интернета вещей» (Internet of Things)⁴, который рассматривается в качестве следующего этапа эволюции развития сети Интернет, где машины будут являться не только производителями информации, но и ее потребителями.

Однако современное информационное общество характеризуется не только стремительным ростом объемов информации, циркулирующей в нем. Помимо этого существует устойчивая тенденция к возрастанию роли информации в различных сферах деятельности, начиная от предпринимательской и заканчивая отдельными сферами государственного управления. Информация все больше приобретает статус нового фактора производства, который нередко и не без оснований называют «новой нефтью»⁵. В частности, обладание большими массивами информации в совокупности с необходимыми инструментами для ее сбора и обработки позволяет создавать товары и услуги с высокой долей добавленной стоимости, а также принимать эффективные управленческие решения⁶. Исследования, проведенные Массачусетским технологическим университетом (MIT) показали, что организации, использующие в своей деятельности автоматизированные механизмы принятия решений, основанные на анализе данных, увеличивали свою производительность в среднем на 5-6%⁷. Эксперты отмечают, что «сбор, интеграция и анализ данных больше не считаются расходами на ведение бизнеса; данные — это ключ к достижению эффективности и прибыльности бизнеса. В результате быстро развивается индустрия, поддерживающая анализ данных»⁸.

Обозначенные тенденции — стремительный рост информации, циркулирующей по всему миру и ее очевидная коммерческая ценность — предъявляют новые требования к технологиям обработки данных и извлечения из них добавленной стоимости. Ответом на этот вызов стали технологии, получившие в технической и бизнес-среде обобщенное название «Большие данные» (*Big Data*). Востребованность данной технологии иллюстрируется стремительным ростом соответствующего рынка. Так, согласно прогнозу IDC, вышедшему в марте 2012 года, рынок технологий и сервисов для обработки «Больших данных» вырастет с \$3,2 млрд. в 2010 году до \$16,9 млрд. в 2015 году. Это соответствует среднегодовому темпу роста (CAGR) на уровне 40%, что примерно в 7 раз больше, чем среднегодовой темп роста всего рынка информационных техноло-

⁴ Считается, что термин «Интернет вещей» был первоначально использован еще в 1999 г. Кевином Эштоном (Kevin Ashton), ученым MIT, который стоял у истоков технологии RFID. Он отмечал, что на первых порах развития сети Интернет, составляющая его информация была создана людьми. На следующих этапах развития сети большая часть информации, наполняющей ее, будет создана устройствами, что позволит оперативно решать вопросы, связанные с их обслуживанием, обладая информацией о том, когда вышло из строя, требует замены или усовершенствования. В конечном итоге он приходит к выводу, что Интернет вещей может изменить мир в той же степени, как это сделал в свое время сам Интернет. *Ashton K. That 'Internet of Things' Thing // RFID Journal. July 22, 2009.*

⁵ Как отмечается, «Данные — это новая «нефть»: они представляют собой ценность, однако в необработанном состоянии они не могут быть использованы». *Arthur C. Tech giants may be huge, but nothing matches big data // The Guardian, August 23, 2013.* URL: <http://www.theguardian.com/technology/2013/aug/23/tech-giants-data> (дата обращения: 15.09.2014)

⁶ *Uden L., Aho A.-M. Knowledge Management in Organizations. 9th International Conference, КМО 2014.* Springer International. P. 99.

⁷ *Brynjolfsson E. et al. Strength in Numbers: How Does Data-Driven Decision -Making Affect Firm Performance? (April 22, 2011).* Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1819486> (дата обращения: 15.09.2014).

⁸ *Rakesh A. et al. The Claremont Report on Database Research. 2008.* URL: <http://db.cs.berkeley.edu/claremont/claremontreport08.pdf> (дата обращения: 15.09.2014)

гий в целом⁹. В Стратегии развития отрасли информационных технологий в Российской Федерации на 2014–2020 годы и на перспективу до 2025 года технологии обработки «Больших данных» обозначены в числе «прорывных для мировой индустрии, в которых в перспективе 10–15 лет с высокой вероятностью может быть обеспечена глобальная технологическая конкурентоспособность России»¹⁰.

1.2. Понятие технологий «Больших данных»

Термин «Большие данные» (Big Data) не имеет общепринятого определения даже в индустрии информационных технологий. Наиболее распространенным является раскрытие феномена «Больших данных» через указание проблем, с которыми приходится сталкиваться на современном этапе развития технологий при обработке информации. Исходя из этого «Большие данные» определяются посредством указания следующих основных характеристик: 1) большого объема (*Volume*), 2) разнообразия данных (*Variety*) и 3) высокой скорости их изменения (*Velocity*). Данный подход получил название «трех «V»»¹¹.

Согласно указанному подходу, помимо собственно обработки больших объемов данных (*Volume*) проблема, решаемая посредством Big Data, состоит также и в том, что большая часть потенциально ценной информации представлена в неструктурированном виде, то есть не упорядочена и содержится в различных форматах, в отличие от данных, которые наполняют традиционные базы данных (*Variety*). Огромные массивы разнообразной информации, например, информация с форумов и социальных сетей, видеозаписи, текстовые документы, лог-файлы или, например, данные о трафике и соединениях абонентов, содержатся в различных источниках, нередко за пределами организации. В результате компании могут иметь доступ к огромному объему данных из внутренних и внешних источников и не иметь необходимых инструментов, чтобы осуществить их совместную обработку, выявив определенные взаимосвязи и сделать на их основе значимые выводы. Технологии «Больших данных» позволяют решить эту проблему, связав воедино разнородные данные. Если же данные достаточно единообразны и структурированы, то есть их можно легко разбить по строкам и столбцам традиционной базы данных, то несмотря на большой объем, для их анализа вполне подходят уже имеющиеся методы: принципиально новых технологий обработки данных не требуется, достаточно увеличения производительности уже имеющихся.

Третий признак «Больших данных» (*velocity*) состоит в том, что обрабатываемая с использованием указанной технологии информация обновляется быстро (например, «поточные данные» — *streaming data*), при этом необходимо принимать решения на основании их оперативного анализа. Традиционные подходы к анализу информации не могут угнаться за огромными объемами постоянно обновляемых данных¹². Мето-

⁹ IDC. Worldwide Big Data Technology and Services 2012–2015 Forecast. March 2012. URL: <http://www.idc.com/research/viewtoc.jsp?containerId=233485> (дата обращения: 15.09.2014).

¹⁰ Распоряжение Правительства РФ от 01.11.2013 N 2036-р «Об утверждении Стратегии развития отрасли информационных технологий в Российской Федерации на 2014 — 2020 годы и на перспективу до 2025 года»

¹¹ Laney D. 3-D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety // Application Delivery Strategies. META Group. February 6, 2001. URL: <http://blogs.gartner.com/doug-laney/deja-vvvue-others-claiming-gartners-volume-velocity-variety-construct-for-big-data/> (дата обращения: 15.09.2014).

¹² В качестве иллюстрации роли оперативности в производстве анализа соответствующих данных можно привести следующую аналогию: нельзя безопасно перейти дорогу, если в руке у пешехода фото-

дология «Больших данных» предполагает возможность высокопроизводительного анализа данных, обеспечивающего обработку информации в режиме реального времени (например, за счет выполнения вычислений непосредственно в оперативной памяти компьютера). Как отмечается, если при традиционном подходе к анализу данных (подготовка отчетов на основе накопленных данных), предпринималась попытка проанализировать прошлое, чтобы совершить действие в будущем, феномен «Больших данных» предполагает анализ настоящего, чтобы повлиять на текущую ситуацию¹³.

Таким образом, «Большие данные» можно определить как **совокупность инструментов и методов обработки структурированных и неструктурированных данных огромных объёмов из различных источников, подверженных постоянным обновлениям, в целях повышения качества принятия управленческих решений, создания новых продуктов и повышения конкурентоспособности**. Консалтинговая компания «Форрестер» дает краткую формулировку: «Большие данные» объединяют техники и технологии, которые извлекают смысл из данных на экстремальном пределе практичности¹⁴.

2. Примеры возможных направлений применения технологий «Больших данных» в различных сферах деятельности

Технологии Big Data носят универсальный характер и могут быть использованы в самых различных сферах деятельности. Применительно к коммерческим их видам основной интерес технологии “Больших данных” будут представлять для организаций, где уже накоплены большие массивы данных по клиентам и операционной деятельности. Особенно интересны для иллюстрации возможных направлений применения рассматриваемой технологии в контексте эволюции отношений с клиентами организации финансового сектора (банки и страховые организации), организации, функционирующие в сфере электронной коммерции и розничной продажи («ритейл»). Немалую роль технологии «Больших данных» могут сыграть и в медицине, а также различных аспектах правоохранительной деятельности государства.

2.1. Банковский сектор

В сфере банковской деятельности посредством технологий Big Data может осуществляться анализ платежеспособности потенциального заемщика или лица, предоставляющего обеспечение по займу. В США активно развивается индустрия, получившая название информационных брокеров (Data Brokers), которые агрегируют сведения о миллионах граждан США и ряда других стран из самых разнообразных источников (общедоступная информация в социальных сетях; данные о транзакциях и займах, полу-

графия того, как выглядело дорожное движение на ней 5 минут назад. Для принятия решения в данном случае необходима наиболее актуальная информация.

¹³ Ramanathan S. Data to Big Data — A Paradigm Shift and a Professional Challenge // CSI Communications. July 2014. P. 36; Davenport T., Barth P., Bean R. How ‘Big Data’ Is Different // MIT Sloan Management Review 54, no. 1 (Fall 2012). URL:<http://sloanreview.mit.edu/article/how-big-data-is-different/> (дата обращения: 15.09.2014).

¹⁴ Uden L., Aho A.-M. Op. cit. P. 100.

ченные от партнеров, о правонарушениях, налоговых выплатах и т.д.), систематизируют их по категориям граждан, например: «находящиеся на грани выживания», «на пенсии без накоплений», «родители-одиночки», «неплатежеспособные семьи, проживающие в городе» и др. Доступ к таким данным предоставляется на условиях подписки заинтересованным лицам, в том числе кредитным учреждениям¹⁵. Очевидно, обладание подобного рода сведениями нередко позволяет делать более точные выводы относительно платежеспособности потенциального заемщика, по сравнению с данными, которые могут храниться в бюро кредитных историй¹⁶ и даже делать прогнозы о том, как платежеспособность будет меняться в будущем. В свою очередь это помогает не только более эффективно управлять кредитным портфелем, но и значительно упрощать процедуру выдачи кредита за счет сокращения количества необходимых для предъявления документов (например, справок о доходах, сведений о составе семьи и иждивенцах и т.д.).

Информация о клиентах и их действиях, совершенных за определенный промежуток времени, позволяет выработать индивидуализированный подход к клиенту, в частности, выдвигая более адресные и направленные предложения дополнительных услуг. Так, знание истории трат клиентов позволяет предсказывать, на что они потратят деньги в будущем. Обладая таким прогнозом, можно предлагать каждому клиенту нужный именно ему продукт в нужный момент — как свой банковский (например, выгодный кредит на планируемую покупку), так и предложение партнёров. Это очевидным образом увеличивает кросс-продажи и некомиссионные доходы банка, а также повышает лояльность клиента: банк из обезличенного инструмента превращается в персонального финансового помощника¹⁷. В качестве иллюстрации можно привести опыт сингапурского подразделения City Bank, которое по данным о транзакциях клиентов, их локации и времени суток, в которое они были проведены, делало выводы о вкусах клиента и направляло ему индивидуальное предложение. Например, если известно, что клиент любит итальянскую кухню и в обеденное время расплатился в такси банковской картой City Bank рядом с улицей, где есть итальянский ресторан, с которым у банка заключено партнёрское соглашение, клиент получает смс-уведомление от мобильного клиента банка со специальным предложением в этом заведении¹⁸.

С другой стороны, подобного рода индивидуализация может принимать весьма неожиданные формы. В частности, были случаи, когда компания American Express использовала данные клиента о совершенных им покупках для изменения размера кредитного лимита по его кредитной карте. В качестве обоснования при этом использовались сведения, что «другие клиенты, которые использовали карты для расчетов в указанных местах, продемонстрировали низкий уровень платежной дисциплины»¹⁹. Таким обра-

¹⁵ A Review of the Data Broker Industry: Collection, Use, and Sale of Consumer Data for Marketing Purposes. Committee on Commerce, Science and Transportation. Staff Report for Chairman Rockefeller. US Senate. December 18, 2013. P. ii. URL: http://www.commerce.senate.gov/public/?a=Files.Serve&File_id=0d2b3642-6221-4888-a631-08f2f255b577 (дата обращения: 15.09.2014)

¹⁶ В России такие данные, как правило, ограничены лишь сведениями о выданных займах (кредитах) и ходе их погашения, либо отказах в выдаче займа (кредита). См.: ст. 4 Федерального закона от 30.12.2004 N 218-ФЗ «О кредитных историях» (в ред. от 28.06.2014), которая содержит перечень информации, включающейся в кредитную историю.

¹⁷ Блинов Н. Банки и большие данные — знать о клиенте больше, чем он знает о себе сам // Future Banking. 21.05.2014. URL: <http://futurebanking.ru/post/2511> (дата обращения: 15.09.2014).

¹⁸ Там же.

¹⁹ Suoto C. et al. 'GMA' Gets Answers: Some Credit Card Companies Financially Profiling Customers // ABC News. 28.01.2009. URL: <http://goo.gl/YPjtTR> (Датаобращения: 14.02.2015).

зом, совершение покупок в магазинах дисконтов, неожиданное прекращение покупок товаров, которые приобретались ранее на регулярной основе — все это может служить аргументом в пользу вывода об ухудшении финансового положения соответствующего клиента и повлечь определенную реакцию со стороны банка.

2.2. Страховая деятельность

Страховая деятельность, по заявлению главы компании Google Эрика Шмидта, является наиболее очевидной областью применения технологий Больших данных²⁰. Это следует из самой сути осуществляемой ими деятельности: необходимости анализа вероятности наступления страхового случая для оценки принимаемых на себя страховых рисков и определения адекватного размера страховых взносов. Как отмечал М.И. Брагинский, «ключевое значение при подсчете размера страховой премии имеют так называемые актуарные расчеты. Под ними подразумевается совокупность экономико-математических методов расчетов необходимого и достаточного объема ресурсов страхового фонда страховщика. В основе актуарных расчетов лежит использование действия закона больших чисел»²¹.

Так, например, крупная британская страховая компания Aviva вместо прохождения потенциальными страховщиками жизни и здоровья процедур сдачи анализов стала использовать кредитные отчеты и данные потребительского маркетинга, позволившие ей выявить лиц, наиболее подверженных риску развития высокого артериального давления, диабета или депрессии. Этот метод основывался на данных об образе жизни страховщика, включающих сотни переменных (хобби, посещаемые веб-сайты и время, затрачиваемое на просмотр телевизора и т.д.). Или другой пример. Благодаря распространению в Великобритании беспроводных модулей, помещенных в транспортные средства, водители могут приобрести автостраховку, стоимость которой определяется не только исходя из стандартных параметров вроде возраста, пола или даты последней аварии, но и времени и маршрута фактических поездок страхователя²². В России подобный подход был недавно внедрен страховой компанией Intouch, которая предложила своим клиентам бесплатно устанавливать в автомашины специальный модуль от компании МТС²³.

2.3. Электронная коммерция

Продажи крупных торговых компаний вроде Amazon.com, Inc. (крупнейшего в мире интернет-магазина) и Wal-Mart Stores, Inc. (крупнейшей в мире розничной сети) построены на работе с «Большими данными». Некоторые компании создают собственные инструменты или даже лаборатории, которые фокусируются на изучении поведения пользователей.

²⁰ Womack B., Trish R. Google's Schmidt: Insurance About to 'Explode' With Uses for Big Data // Insurance Journal. November 25, 2013. URL: <http://www.insurancejournal.com/news/national/2013/11/25/312031.htm> (Дата обращения: 14.02.2015).

²¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Т. 3: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М.: Статут, 2011. С. 567.

²² Майер-Шенбергер В., Кукьер К. Указ. соч. С. 96.

²³ Королев И. МТС занялась «умным страхованием» автомобилистов // CNews. 19.09.2014. URL: http://bigdata.cnews.ru/top/2014/09/19/mts_zanyalas_umnym_strahovaniem_avtomobilistov_586504 (Дата обращения: 19.09.2014)

Автоматизированная система рекомендаций от Amazon определяет товары, способные заинтересовать покупателя, на основе оценок, которые он ставил на веб-сайте, и покупок, которые ранее совершил. Таким образом, чем больше книг или других товаров клиент заказал, тем лучше алгоритм понимает его потребности и тем более точную выборку товаров предлагает. Аналогичные подходы применяет и российский аналог Amazon — интернет-магазин Ozon.ru.

В целом простор для использования технологий Big Data в сфере электронной коммерции весьма велик. В частности, это анализ поведения покупателей на веб-сайте магазина: их виртуального маршрута и продолжительности визита, случаев незавершенных покупок. На основе выявленных характеристик неконкурентоспособных товаров (цена, качество, доставка, цвет) в совокупности со сведениями из профиля клиента в социальных сетях (количество друзей, количество подписчиков, «вес» на графе связей в социальных сетях, частота сообщений), компании могут в реальном времени выделить наиболее обсуждаемые товары, повысить степень удовлетворенности покупателей и получить более широкий охват аудитории в сети Интернет.

Хрестоматийным считается пример использования технологий «Больших данных» американской сетью магазинов Target, которая внедрила в процесс взаимодействия с клиентами результаты автоматизированной аналитики данных, накопленных компанией за несколько лет, в частности, сведений о транзакциях по банковским и именным скидочным картам. Соответствующие алгоритмы проанализировали, как и в каких условиях менялись предпочтения покупателей и на основе сгенерированных прогнозов покупателям делали всевозможные специальные предложения. Весной 2012 года разразился скандал, когда отец двенадцатилетней школьницы пожаловался, что его дочери присылают буклеты с предложениями для беременных. Первоначально сеть Target была готова признать ошибку и извиниться перед покупателем, однако вскоре выяснилось, что девочка действительно была беременна, хотя ни она, ни ее отец на момент жалобы не знали об этом. Но алгоритм уловил изменения в поведении покупательницы, характерные для беременных женщин²⁴.

2.4. Медицинская сфера

Технологии «Больших данных» позволяют обеспечить индивидуальный подход к лечению пациента. В частности, устройства, использующие технологии «Больших данных», могут выступить в качестве персонального помощника врача. На основе анализа данных о передовых научных исследованиях в соответствующей сфере, имеющемся опыте лечения соответствующих заболеваний, клинических исследований отдельных лекарственных препаратов, может быть разработан индивидуальный план лечения для пациента, учитывающий особенности его организма. Необходимость «внедрения технологий масштабирования баз знаний и внедрения систем поддержки принятия врачебных решений в повседневную деятельность» была отмечена в государственной программе РФ «Развитие здравоохранения» 2014 г. Ряд компаний уже активно работает в данном направлении. Например, компания IBM в настоящее время сотрудничает с рядом организаций в области здравоохранения для разработки систем, которые смогут предоставлять результаты анализа генома человека и сократить время, необходимое для подбора правильного лечения пациента. Они будут собирать информацию о геноме

²⁴ Kashmir H. How Target Figured Out A Teen Girl Was Pregnant Before Her Father Did // Forbes. 16.02.2012. URL: <http://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2012/02/16/how-target-figured-out-a-teen-girl-was-pregnant-before-her-father-did/> (дата обращения: 14.02.2015).

и реакции пациентов на прописанное лечение и предлагать варианты, подобранные с учетом особенностей ДНК конкретного человека²⁵.

2.5. Большие данные в сфере профилактики правонарушений

Технологии «Больших данных» могут применяться и в инновационных подходах к профилактике правонарушений. В частности, широкую известность получила система Blue CRUSH (от англ.: Crime Reduction Utilizing Statistical History — «Снижение преступности на основе статистических данных»), разработанная компанией IBM, которая предоставляет полицейским подготовленные на основе имеющейся статистики совершения преступлений сведения о зонах потенциальной угрозы совершения преступления с указанием места (в пределах нескольких кварталов) и времени (в пределах нескольких часов конкретного дня недели)²⁶. Подобного рода профилактическое прогнозирование привело к снижению уровня преступности в г. Мемфисе на 31%, из которых 15% приходится на тяжкие преступления²⁷. Технические решения, имеющие в своей основе аналитику «Больших данных», используются в ряде иных городов США (Нью-Йорк, Сиэтл, Лос-Анджелес и др.) и масштаб их использования возрастает с каждым годом²⁸.

Большие данные используются в качестве одного из ключевых компонентов программ массовой слежки за гражданами, осуществляемыми Агентством национальной безопасности США (АНБ) в отношении как граждан США, так и иностранных лиц. По данным газеты «Гардиан» от 2013 года, ежедневно системы сбора информации АНБ перехватывали и записывали около 1,7 млрд. телефонных разговоров и электронных сообщений и около 5 млрд. записей о местонахождении и передвижениях владельцев мобильных телефонов по всему миру²⁹. При этом основным источником данных являлись американские компании Microsoft, Google, Yahoo, Facebook, America Online и Apple, предоставлявших АНБ прямой доступ к своим серверам³⁰. В основе программы PRISM, используемой АНБ США для слежки, и считающейся одной из наиболее эффективных применяются те же компоненты, что и в «общегражданских», традиционных решениях Big Data (например, программное обеспечение с открытым исходным кодом Hadoop, о котором будет подробнее сказано далее³¹). Тот факт, что АНБ осуществляет деятельность в масштабах «Больших данных» с использованием передовых технологий, подтверждают и сами представители АНБ³².

²⁵ Wullianallur R., Viju R. Big Data Analytics in Healthcare: Promise and Potential // Health Information Science and Systems. No. 2. Vol. 3. 2014, URL:<http://www.hissjournal.com/content/2/1/3>

²⁶ <http://www.ibm.com/smarterplanet/us/en/leadership/memphispd/> (Дата обращения: 14.02.2015).

²⁷ Thompson T. Crime Software May Help Police Predict Violent Offences // The Guardian, July 25, 2010. URL: <http://www.theguardian.com/uk/2010/jul/25/police-software-crime-prediction> (Дата обращения: 14.02.2015).

²⁸ Joh E. Policing by Numbers: Big Data and the Fourth Amendment // Washington Law Review No. 89:35. 2014. P. 35-68.

²⁹ Glenn G. Are all Telephone Calls Recorded and Accessible to the US Government? A Former FBI Counterterrorism Agent Claims on CNN that this is the Case // The Guardian. May 4, 2013.

³⁰ Gellman B., Poitras L. U.S., British Intelligence Mining Data from Nine U.S. Internet Companies in Broad Secret Program // The Washington Post. June 7, 2013 URL: <http://goo.gl/KoTn4z> (Дата обращения: 14.02.2015).

³¹ Harris D. Under the Covers of the NSA's Big Data Effort // Gigaom. June 7, 2013. URL: <https://gigaom.com/2013/06/07/under-the-covers-of-the-nsas-big-data-effort/> (Дата обращения: 14.02.2015).

³² Rajesh D. The NSA and Accountability in an Era of Big Data // Journal of National Security Law & Policy. No. 7, 2014. P. 310.

Как видно из вышеуказанных примеров, технологии «Больших данных» сулят государству и отдельно взятым компаниям большие выгоды, от которых могут выиграть и обычные граждане. Однако при этом степень вмешательства в частную жизнь отдельно взятого гражданина может быть высокой, причем чем больше персональных данных о лице агрегируется и подвергается обработке, тем выше степень возможного влияния на жизнь такого лица результатов автоматизированной обработки и, соответственно, величина риска, связанная с нарушением его прав.

Основным законодательным барьером, стоящим на пути возможных злоупотреблений в сфере обработки больших массивов информации о гражданах, является законодательство о персональных данных. До появления информационных технологий сбор, обработка и хранение персональных данных были крайне дорогостоящим занятием как для компаний, так и для государства, что служило своего рода «естественным барьером» личного пространства физического лиц³³. Появление возможности автоматизированной обработки таких данных в значительной степени снизили его значение, что обусловило появление альтернативного «правового барьера», который бы позволил защитить личное пространство физического лица.

Однако, как будет показано далее, несмотря на относительную эффективность положений законодательства о персональных данных применительно к устоявшимся методам обработки массивов данных, изолированных рамками отдельных организаций, технологии «Больших данных» несовместимы с рядом базовых принципов, лежащих в основе законодательства о персональных данных, что обуславливает необходимость его реформирования.

3. «Большие данные» и законодательство о персональных данных

Специальные положения, посвященные проблематике автоматизированной обработки персональных данных, сначала появились в Европе и впоследствии распространились по всему миру. По состоянию на начало 2012 г. законы о персональных данных были приняты в 89 странах мира³⁴.

Основополагающим актом в данной сфере стала Конвенция о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных, принятая Советом Европы 28 января 1981 г., впоследствии дополненная протоколом по вопросам полномочий наблюдательных органов и трансграничной передачи данных. На основе положений данной Конвенции на национальном уровне страны Европы приняли отдельные законы, посвященные регулированию персональных данных. Впоследствии национальное законодательство было гармонизировано рядом директив ЕС, в числе которых следует

³³ Войничанис Е. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху. Парадигма баланса и гибкости. М., 2013. С. 199. Схожие соображения были высказаны Верховным судом США в решении по делу *United States v. Jones* (132 S. Ct., 963, 2012): «В до-компьютерную эпоху лучшая защита тайны частной жизни предоставлялась не законом, а существующими реалиями. Традиционные средства сбора информации о гражданах в течение продолжительного срока были сопряжены с рядом сложностей и затратами, в силу чего редко имели место быть на практике»

³⁴ Greenleaf G. Global Data Privacy Laws: 89 Countries, and Accelerating // Privacy Laws & Business International Report, N 115, February 2012; Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 98/2012. URL: <http://ssrn.com/abstract=2000034> (дата обращения: 14.02.2015).

упоминать Директиву 95/46/ЕС от 24 октября 1995 г. о защите прав частных лиц применительно к обработке персональных данных и о свободном движении таких данных³⁵ и Директиву 2002/58/ЕС от 31 июля 2002 г.³⁶, касающуюся использования персональных данных и защиты неприкосновенности частной жизни в сфере телекоммуникаций. Указанные директивы были имплементированы в национальное законодательство государств — членов ЕС.

В 2005 г. Россия ратифицировала Конвенцию Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных 1981 г.³⁷, в результате чего был принят ФЗ от 27 июля 2006 г. N 152-ФЗ «О персональных данных», вступивший в силу 26 января 2007 г. (далее — Закон о персональных данных).

Указанный закон в значительной степени отражает принципы защиты и обработки персональных данных, которые приняты в Европе и считаются основополагающими³⁸. Среди них ст. 5 Закона о персональных данных предусматривает:

1) законное основание обработки персональных данных, в качестве которого выступает информированное, конкретное и сознательное согласие субъекта персональных данных, за исключением случаев, прямо указанных в законе;

2) ограничение обработки персональных данных только заранее установленными, законными целями; не допускается обработка персональных данных, несовместимая с целями их сбора, а равно избыточность персональных данных по отношению к целям их обработки;

3) недопустимость объединения баз данных, содержащих персональные данные, обработка которых осуществляется в целях, несовместимых между собой;

4) при обработке персональных данных должна быть обеспечена их точность и актуальность по отношению к целям обработки персональных данных. Оператор должен принимать необходимые меры либо обеспечивать их принятие по удалению или уточнению неполных или неточных данных.

5) хранение персональных данных должно осуществляться в форме, позволяющей определить субъекта персональных данных не дольше, чем этого требуют цели обработки персональных данных.

Как будет показано далее, возможности, создаваемые технологиями «Больших данных», находятся в прямом противоречии с указанными принципами и в целом ставят под сомнение адекватность и эффективность законодательства о персональных данных в его нынешнем виде применительно к новейшим технологическим реалиям. Некоторые исследователи уже делают категорические выводы о том, что право на частную жизнь и «Большие данные» несовместимы между собой³⁹.

³⁵ Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data

³⁶ Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector [as amended by Directive 2009/136/EC]

³⁷ ФЗ от 19.12.2005 г. N 160-ФЗ «О ратификации Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных». Процесс ратификации был завершен 15 мая 2013 г. Конвенция вступила в силу в отношении России с 1 сентября 2013 г.

³⁸ Carey P. Data Protection: A Practical Guide to UK and EU Law. Oxford University Press, 2004. P. 51-65; Bygrave L. Data Privacy Law: An International Perspective. Oxford University Press. 2014. P. 153.

³⁹ Lane J., Stodden V., Bender S., Nissenbaum H. Privacy, Big Data, and the Public Good: Frameworks for Engagement. Cambridge: Cambridge University Press. 2014. P. 70.

3.1. «Большие данные» несовместимы с принципом ограничения обработки персональных данных заранее определенными целями

Принцип определенности целей сбора и обработки данных является одним из основополагающих, будучи предопределенным правом индивида на сообщение ограниченного перечня сведений о себе в строгом соответствии с конкретной необходимостью⁴⁰. В эпоху «Больших данных» главный акцент делается на повторном использовании данных, поскольку *все* без исключения данные приобретают потенциальную ценность. Это в равной степени относится как к техническим данным (показателям датчиков температуры на заводе), так и к данным, потенциально связанным с конкретными пользователями (данные GPSнавигаторов, данные о посещении определенных сайтов, оставленных комментариях, сделанных поисковых запросах или покупках), то есть той информации, которая может быть потенциально квалифицирована как персональные данные, дефиниция которых является предельно широкой («любая информация, относящаяся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу» — ст. 3 Закона о персональных данных).

Такого рода повторное использование данных имеет немалую ценность. Данные о сделанных клиентами покупках позволяют не только делать адресную рекламу, но и проводить исследования рынка, а также строить прогнозы относительно статуса клиента (пример с компанией Target, определившей беременность покупательницы по характеру ее покупок). Чем больше данных у компании, тем больше у нее простора для применения технологий «Больших данных» в целях выявления различного рода закономерностей, которые могут иметь значение для принятия бизнес-решений.

В литературе о «Больших данных» подчеркивается, что «истинная ценность данных — как айсберг в океане. На первый взгляд видна лишь незначительная их часть, в то время как все остальное скрыто под водой. Инновационные компании, которые понимают это, могут извлечь скрытую ценность и получить огромные преимущества»⁴¹. Такая скрытая ценность может быть зачастую получена путем объединения одного набора данных с другим, на первый взгляд, совершенно с ним не связанным, поскольку при анализе «Больших данных» совокупность важнее отдельных частей, а при перекomпоновке совокупностей нескольких наборов данных получается еще более удачная совокупность. Существуют специальные Интернет-сервисы, получившие название «мэшапов» (от англ. mash-up), которые по-новому объединяют несколько источников данных.

Современные технологии также устранили большинство ограничений, которые были присущи сбору данных: запись и хранение огромных массивов данных стала доступной и недорогой, немалая доля заслуги в чем принадлежит технологиям облачных вычислений. Поскольку стоимость хранения упала, оправдать сбор и хранение огромных массивов информации стало гораздо проще, что стимулирует менеджмент организаций к принятию прагматичных решений об игнорировании принципа ограничения обработки персональных данных заранее определенной целью, равно как и ряд иных положений законодательства о персональных данных.

⁴⁰ Бачило И.Л., Сергиенко Л.А., Кристальный Б.В., Арешев А.Г. Персональные данные в структуре информационных ресурсов. Основы правового регулирования. Минск. 2006. С. 23.

⁴¹ Майер-Шенбергер В., Куквер К. Указ. соч. С. 111.

Таким образом, в эпоху «Больших данных» организации заинтересованы в том, чтобы собирать как можно больше данных в пределах своих возможностей для их хранения и последующего использования, характер которого предугадать невозможно. Безусловно, в числе таких данных значительное место будут иметь и персональные данные.

В этой связи **существующие законодательные ограничения по обработке персональных данных исключительно в соответствии с первоначально заявленными целями обработки, а также недопустимость объединения различных баз данных с первоначально заявленными и несовместимыми между собою целями обработки, вступает в противоречие с существующей технологией и бизнес-практиками, поскольку оно нивелирует те преимущества, которые предоставляют технологии «Больших данных».** К тому же с учетом современного развития технологий фактическое выполнение данных требований законодательства о персональных данных будет очень сложно проследить.

3.2. «Большие данные» несовместимы с концепцией информированного, конкретного и сознательного согласия как главного основания легитимации обработки персональных данных

Идеальная модель регулирования в сфере законодательства о персональных данных предполагает, что субъект персональных данных имеет возможность самостоятельно принимать решения, касающиеся его информационной сферы, посредством согласия на обработку его персональных данных в отдельных случаях, взвешивая соответствующие риски и выгоды. В связи с этим согласие субъекта персональных данных является главным легитимирующим основанием их обработки⁴². Для того, чтобы согласие субъекта персональных данных могло называться информированным, конкретным и сознательным, необходимо, чтобы ему была предоставлена детальная информация о том, как будут использоваться его персональные данные: цели использования, состав обрабатываемых персональных данных и способы их обработки (ч.4 ст. 9, ч. 7 ст. 14 ФЗ «О персональных данных»).

В эпоху «Больших данных» концепция информированного согласия на обработку персональных данных в значительной степени утрачивает свою эффективность в силу ряда причин: а) невозможности предоставить исчерпывающий объем информации о возможных способах и целях обработки персональных данных; б) невозможности субъекта персональных данных адекватно воспринять такую информацию; в) невозможности индивидуального взаимодействия с огромным множеством организаций, осуществляющих сбор и обработку персональных данных в современном обществе. Рассмотрим данные причины подробнее.

а) Как отмечалось ранее, невозможно заранее предоставить исчерпывающий и конкретный перечень целей, для которых персональные данные могут быть потенциально использованы, в условиях когда «Большие данные» открывают неограниченные возможности к извлечению выгоды от их повторного использования, в том числе путем комбинирования их с иной информацией. Конечно, можно попробовать изложить со-

⁴² Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 15/2011 on the Definition of Consent, WP 187, July 13, 2011, URL: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2011/wp187_en.pdf (Дата обращения: 14.02.2015); Vygrave L. Op.cit. P. 158; Бачило И.Л., Сергиенко Л.А., Кристальный Б.В., Арешев А.Г. Указ. соч. С. 24.

ответствующие политики конфиденциальности (политики обработки персональных данных) максимально абстрактным способом, для того, чтобы сохранять пространство для маневра в будущем и по этому пути уже идут многие Интернет-компании. В качестве примера можно привести Политику конфиденциальности Google, в которой указано, что посредством полученных от пользователей данных компания может «поддерживать, защищать, развивать существующие сервисы и создавать новые, а также обеспечивать безопасность Google и наших пользователей. Помимо прочего, эти данные нужны для того, чтобы более точно персонализировать контент, в том числе повышать релевантность результатов поиска и отображаемой рекламы»⁴³. Также Google сохраняет за собой право «предоставлять обобщенные обезличенные данные всем пользователям и нашим партнерам, таким как издатели, рекламодатели или связанные сайты. Они могут применяться, например, для того, чтобы проиллюстрировать тенденции использования наших служб»⁴⁴. Очевидно, что из такого описания определить, как будут использоваться персональные данные пользователя, достаточно сложно.

б) Если же начать подробно расписывать все возможные способы использования персональных данных, то соответствующие документы (политики конфиденциальности) окончательно превратятся в нечто, слабо доступное для восприятия. Уже сейчас они состоят из множества страниц, написанных мелким шрифтом, в силу чего сложны для изучения даже профессиональными юристами. Множество исследований показало, что подавляющее большинство пользователей не читают политики конфиденциальности⁴⁵. Большинство из немногих пользователей, кто их читает, не способен понять их содержания и значения⁴⁶. Как отмечается, для того, чтобы понять значительную часть такого рода документов необходимо иметь как минимум высшее образование⁴⁷.

Возникает ситуация, получившая в иностранной литературе наименование «Парадокса прозрачности» (*Transparency paradox*), суть которой сводится к тому, что простота и ясность изложения неизбежно сопряжена с упрощениями и утратой важных деталей, а следовательно — с недостатком информации⁴⁸. Взять, например, ситуацию использования технологий «Больших данных» для целей создания и распространения адресной рекламы. Информированное согласие субъекта персональных данных должно предполагать сообщение ему точной информации о видах персональных данных, сбор которых осуществляется; лицах, которым они передается для обработки, условиях такой обра-

⁴³ Политика конфиденциальности Google. Редакция от 31.03.2014 г. URL:<http://www.google.com/policies/privacy/> (дата обращения: 14.02.2015).

⁴⁴ Там же. Как будет показано далее, тот факт, что соответствующие данные предоставляются в обезличенной форме в эпоху Больших данных не гарантирует невозможности идентификации на их основе конкретного индивида.

⁴⁵ *Solove D.* Privacy Self-Management and the Consent Dilemma // *Harvard Law Review*. No. 126. 2013. P. 1884; *Milne G., Culnan M.* Strategies for Reducing Online Privacy Risks: Why Consumers Read (or Don't Read) Online Privacy Notices // *Journal of Interactive Marketing*. No. 18:3. 2004. P. 20-21.

⁴⁶ В принципе данная проблема не является новой, она характерна для большинства стандартных договоров, заключаемых потребителями, однако в сфере изучения политик конфиденциальности, которые воспринимаются в ряде зарубежных правовых порядков как составная часть договора (Условий использования сервиса) она проявляется наиболее ярко. О проблемах понимания потребителями содержания стандартных условий договоров и сопряженных с этим когнитивных ошибках см. подробнее: *Каранетов А.Г., Савельев А.И.* Свобода договора и ее пределы. Т. 2. М., Статут, 2012.

⁴⁷ *Kim N.* Wrap Contracts. Foundations and Ramifications. N.Y.: Oxford University Press, 2013. P. 83.

⁴⁸ *Nissenbaum H.* A Contextual Approach to Privacy Online // *Daedalus*. No. 4. 2011. P. 32-48; *Richards N., King J.* Three Paradoxes of Big Data // *Stanford Law Review Online*. No. 66. 2013. P. 42-43.

ботки и ее целях; условиях и порядке анонимизации персональных данных (при наличии таковой) и т.д. Очевидно, что времени на изучение такого рода документа в процессе совершения обычной покупки через Интернет-магазин требуется много больше, чем собственно на совершение покупки, а именно возможность сэкономить время является одной из наиболее привлекательных черт электронной коммерции. Получается, что концепция информированного согласия на обработку персональных данных вступает в противоречие с основной ценностью, предоставляемой современными информационными технологиями: оперативностью соответствующих коммуникаций (транзакций).

Наконец, даже если представить, что информация в политике конфиденциальности была поставлена с необходимым уровнем детализации, а также что пользователь прочел и понял содержание документа, оценка им возможных рисков, связанных с соответствующими положениями, сопряжена со значительными сложностями в силу отдаленности и абстрактности возможных негативных последствий. Если негативные последствия курения неплохо поддаются визуализации, в силу чего соответствующие уведомления и изображения больных на упаковках сигарет в некоторых странах обладают немалой эффективностью, визуализировать негативные последствия от обработки отдельных персональных данных с использованием технологий «Больших данных» гораздо труднее⁴⁹. Многие негативные эффекты ненадлежащей обработки персональных данных имеют кумулятивный характер и возникают лишь по прошествии времени, в том числе вследствие комбинирования данных из различных источников. Очень сложно определить, будет ли разглашение (обработка) одних персональных данных, будучи впоследствии объединенной с иной информацией, влечь разглашение чувствительной для субъекта персональных данных информации. Как известно из психологии, способности людей предугадывать, как события отразятся на их благосостоянии в будущем, крайне ограничены⁵⁰. Особенно трудно предугадать, как тот или иной «лайк» в социальной сети, единственный поисковый запрос либо данные GPS об одной поездке могут впоследствии, по прошествии продолжительного времени, отразиться на частной жизни пользователя⁵¹.

Информационная сфера является слишком тонкой материей для того, чтобы рассчитывать на то, что в ней будет разбираться большинство пользователей сети Интернет. Инвестирование своего времени в изучение соответствующих положений политики конфиденциальности является малопродуктивным еще и по той причине, что такие документы подвержены частым изменениям. Нет никаких гарантий, что через некоторое время их положения не изменятся, поскольку практически все политики конфиденциальности содержат оговорки о возможности их изменения в одностороннем порядке⁵².

в) Среднестатистический пользователь сети Интернет посещает десятки, а то и сотни веб-сайтов каждый месяц, практически каждый из которых осуществляет сбор и обработку определенной персональной информации о нем. Даже если предположить, что такой пользователь готов в принципе уделять свое время и силы изучению вопросов использования его персональных данных, а соответствующий веб-сайт — предоставлять достоверную и подробную информацию, в итоге все равно получается слишком большой для изучения и понимания объем информации. К тому же существует немало

⁴⁹ *Calo R. Against Notice Skepticism in Privacy (and Elsewhere) // Notre Dame Law Review. No. 87. 2012. P. 1033.*

⁵⁰ *Solove D. Op.cit. P. 1891.*

⁵¹ *Crawford K., Schultz J. Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms // Boston College Law Review. No. 55:93, 2014. P.106.*

⁵² *Kim N. Op. cit. P. 84.*

обработчиков персональных данных, с которыми пользователь может не сталкиваться напрямую, вроде информационных брокеров, рекламных агентств и т.п. Очевидно, что нельзя эффективно управлять своей информационной безопасностью в условиях отсутствия знаний обо всех лицах, которые так или иначе используют персональные данные, а также знаний о том, как именно они это делают. Это лишний раз подтверждает тот факт, что если каждая компания будет скрупулезно описывать все способы и цели обработки персональных данных, современный пользователь — субъект персональных данных не в состоянии этой информацией пользоваться и делать сознательный выбор, который подразумевается Законом о персональных данных. В этой связи показательными являются результаты исследования, проведенного в США: установлено, что среднестатистический американец должен затратить приблизительно 201 час, в стоимостном выражении составляющих в среднем 3 534 долл., на одно только чтение политик конфиденциальности, размещенных на веб-сайтах, которые он посещает. При этом если каждое лицо будет тратить свое время на изучение политик конфиденциальности каждого веб-сайта, которое оно посещает, то общая стоимость потерянного времени в течение года будет составлять порядка 781 млрд. долл.⁵³.

Все это приводит к неутешительным выводам: **информированное согласие предполагает необходимость принятия субъектом персональных данных ряда дискретных решений на ранних стадиях их обработки (как правило, стадии сбора персональных данных), однако в силу особенностей применения технологий «Больших данных» последствия таких решений невозможно предугадать на данном этапе. В итоге информированное согласие является в современных условиях не более, чем фикцией и не может выполнять роль главного легитимирующего основания для обработки персональных данных.**

3.3. Обезличивание персональных данных не является гарантией их анонимности в эпоху «Больших данных»

Обезличивание персональных данных является одной из мер, направленных на минимизацию рисков причинения вреда гражданам в случае утечки их персональных данных из информационных систем⁵⁴. Обезличивание персональных данных выполняет важную социальную функцию, обеспечивая автономию личности человека и его «недостигаемость» для тех, кто не согласен с высказанными лицом мнениями либо является потенциально враждебным к тем чертам, которые у него присутствуют (определенным заболеваниям, происхождению, убеждениям и т.д.)⁵⁵.

Под обезличиванием персональных данных понимаются действия, в результате которых становится невозможным без использования дополнительной информации определить принадлежность персональных данных конкретному субъекту персональ-

⁵³ McDonald A., Cranor L., The Cost of Reading Privacy Policies // Journal of Law and Policy for the Information Society. No. 4. 2009. P. 544.

⁵⁴ См. пп. «з» п. 1 Постановления Правительства РФ от 21.03.2012 N 211 «Об утверждении перечня мер, направленных на обеспечение выполнения обязанностей, предусмотренных Федеральным законом «О персональных данных» и принятыми в соответствии с ним нормативными правовыми актами, операторами, являющимися государственными или муниципальными органами»

⁵⁵ Nissenbaum H. The Meaning of Anonymity in an Information Age // The Information Society No. 15:2. 1999. P. 142.

ных данных (ст. 3 Закона о персональных данных). Требования и методы по обезличиванию персональных данных утверждены приказом Роскомнадзора⁵⁶. Среди методов обезличивания данных приказ упоминает следующие методы: введения идентификаторов; изменения состава или семантики; декомпозиции; перемешивания. Конкретный метод выбирается оператором в зависимости от целей и задач обработки персональных данных, учитывая, что обезличивание персональных данных должно обеспечивать не только защиту от несанкционированного использования, но и возможность их обработки, т.е. данные после обезличивания должны обладать рядом свойств, конкретный набор которых зависит от применяемого метода обезличивания. К числу таких свойств относятся помимо всего прочего полнота (сохранение всей информации о персональных данных конкретных субъектов, которая имела до обезличивания) и анонимность (невозможность однозначной идентификации субъектов данных, полученных в результате обезличивания, без применения дополнительной информации). При этом, как указано в приказе Роскомнадзора, одним из свойств применяемого метода обезличивания является обратимость (то есть возможность проведения деобезличивания — приведения данных к исходному виду, позволяющему установить их принадлежность конкретному лицу), а также возможность косвенного деобезличивания (возможность проведения деобезличивания с использованием информации других операторов).

Возникает вопрос, относятся ли деперсонализированные данные к категории персональных данных или представляют собой особый вид данных, на который не распространяется режим персональных данных? Распространенной является точка зрения, согласно которой деперсонализация выводит данные из-под режима персональных и в связи с этим является удобной альтернативой необходимости соблюдения обременительных норм, связанных с обработкой персональных данных⁵⁷. Европейская рабочая группа во вопросам персональных данных пришла к выводу о том, что если анонимизированные данные являются обратимыми, то есть могут быть возвращены к исходному состоянию, то они относятся к категории информации, которая может косвенно определить лицо, а следовательно — являются персональными данными⁵⁸.

Российский закон о персональных данных не дает прямого ответа на данный вопрос. Учитывая, что дефиниции персональных данных в европейском и российском праве очень близки, есть основания полагать, что на обезличивания данные распространяется правовой режим персональных данных с некоторой спецификой. Так, Закон о персональных данных предусматривает два специальных правила обезличенных данных: 1) возможность их обработки в статистических и исследовательских целях без согласия пользователя (п. 9 ч. 1 ст. 9) и 2) обезличивание как альтернативу удалению персональных данных по достижении целей обработки (ч. 7 ст. 5)⁵⁹.

⁵⁶ Приказ Роскомнадзора от 05.09.2013 N 996 «Об утверждении требований и методов по обезличиванию персональных данных» (вместе с «Требованиями и методами по обезличиванию персональных данных, обрабатываемых в информационных системах персональных данных, в том числе созданных и функционирующих в рамках реализации федеральных целевых программ») (Зарегистрировано в Минюсте России 10.09.2013 N 29935).

⁵⁷ Carey P. Data Protection: A Practical Guide to UK and EU Law. Oxford University Press. 2004. P. 58; Ohm P. Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization // UCLA Law Review No. 57. 2010. P. 1738.

⁵⁸ Opinion 4/2007 on the Concept of Personal Data, WP136 (2007), P. 18. URL: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_en.pdf (дата обращения: 14.02.2015).

⁵⁹ Законопроектом № 416052-6 о внесении изменений в Федеральный закон № 152 «О персональных данных» предлагается дополнить положением о том, что «Операторы и иные лица, получившие доступ

Учитывая, что большинство методов деперсонализации, указанных в приказе Роскомнадзора, предполагают обратимость, есть основания для вывода о том, что деперсонализация персональных данных не выводит их за рамки действия Закона о персональных данных. В качестве исключения может рассматриваться такой метод деперсонализации как изменение состава или семантики, который производит замену персональных данных результатами статистической обработки, обобщения или удаления части сведений⁶⁰.

Так или иначе, на обезличивание (анонимизацию) персональных данных возлагаются большие надежды, поскольку данное средство является, по мнению ряда исследователей, одним из наиболее перспективных способов решения вопроса защите персональных данных в условиях их повсеместной передачи посредством сети Интернет⁶¹. Однако в эпоху «Больших данных», когда становится возможным идентифицировать личность посредством установления корреляций между несколькими фрагментами данных, эффективность данного способа вызывает сомнения⁶². При этом не важно, какой именно метод анонимизации данных использован. Любой идентификатор или любая информация об относительно уникальном качестве лица (например, его музыкальных предпочтениях или посещенных местах) может служить основанием для «опознания» данного лица в различных базах данных. Риски деанонимизации в значительной степени увеличились в связи с появлением социальных сетей и иных веб-сайтов, где люди оставляют значительное количество информации о себе. Впрочем, практически любое действие пользователя в сети Интернет может служить в качестве связующего звена к идентификации его личности, поскольку оно оставляет так называемый цифровой след (*digital finger print* — букв. «цифровые отпечатки пальцев»)

Например, в свое время компания AOL сделала общедоступными совокупность старых поисковых запросов с намерением дать возможность их использования в исследовательской деятельности. Набор данных из 20 миллионов поисковых запросов 650 тысяч пользователей за период с 1 марта по 31 мая 2006 г. был тщательно анонимизирован: личные данные пользователей в виде имен и IP адресов были удалены и замещены уникальными цифровыми идентификаторами. Однако на основании сопоставления различных запросов удалось установить личности ряда пользователей. Можно привести и иной пример. Известный Интернет-сервис проката фильмов Netflix выпустил 100 миллионов записей о прокате от полумиллиона пользователей, личные идентификаторы которых были удалены, с целью проведения конкурса на улучшение системы рекомендаций фильмов. Однако сравнив данные Netflix с иными общедоступными источниками (в частности с данными об оценках пользователями фильмов на известном веб-сайте IMDb), исследователи пришли к выводу, что на основе всего шести оценок фильмов можно установить личность пользователя в 84% случаев, а зная дату оцен-

к персональным данным не обязаны обеспечивать их конфиденциальность в случае если они были обезличены» (ч. 2 ст. 7) URL: [http://asozd.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=416052-6](http://asozd.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=416052-6) (Дата обращения: 14.02.2015).

⁶⁰ Жаринов Р., Трифонова Ю. Возможности обезличивания персональных данных в системах, использующих реляционные базы данных // Управление, вычислительная техника и информатика. № 2 (32), 2014. Р. 189.

⁶¹ Cloud Computing Law / ed. by Millard C. N.Y.: Oxford University Press, 2013. Р. 169-178.

⁶² Narayanan A., Shmatikov V. Robust De-Anonymization of Large Sparse Datasets // The University of Texas. 2008 IEEE Symposium on Security and Privacy. URL: https://www.cs.utexas.edu/~shmat/shmat_oak08netflix.pdf (дата обращения: 14.02.2015); Dwork C. Differential Privacy. ICALP '06. Proceedings of the 33rd International Conference on Automata, Languages and Programming. Berlin: Springer, 2006.

ки — с 99% точности⁶³. Особенно подвержены деанонимизации люди, пользующиеся социальными сетями за счет возможности проследить так называемый «социальный граф» — дружеские связи между пользователями таких сетей: исследования доказали возможность идентификации анонимных пользователей социальных сетей исключительно на основании анализа социального графа⁶⁴.

Таким образом, два основных фактора: рост производительности и доступности вычислительных мощностей, а также огромный массив доступной в сети Интернет личной информации — обуславливают техническую возможность деанонимизации даже тщательно обезличенных данных, ибо любые обезличенные данные всегда имеют какой-либо атрибут, относимый к личности. Как отмечается, в эпоху «Больших данных» данные могут быть либо представлять ценность для обработки, либо быть анонимными, но одновременно и тем, и другим — никогда⁶⁵. Чем больше степень обезличивания данных, тем меньше ценность таких данных для анализа. Если информация в современном мире действительно представляет собою новую «нефть», то наивно ожидать, что компании будут ее уничтожать вместо того, чтобы извлекать из нее выгоду.

Однако реальная проблема кроется еще глубже: в подавляющем большинстве случаев Интернет-компаниям или иным лицам, заинтересованным в получении сведений, отражающих признаки лица, не требуется знать его имя. Как отмечается, «если компания имеет порядка 100 единиц информации обо мне, которые оказывают влияние на то, как она строит свои отношения со мною в цифровой среде, какая разница, знают они мое имя или нет?»⁶⁶. В современных технических реалиях компании не обязательно знать имя лица, чтобы персонализировать свое отношение к нему и предлагать соответствующие товары (услуги). Реальная «оффлайн» личность лица не имеет особого значения в сети Интернет, имеют значение те характеристики личности, в которых проявляется поведение и предпочтения лица в сети. «Большие данные» позволяют создавать детальные портреты людей, без необходимости раскрывать при этом их реальные личности. В той мере, в какой эти данные учитываются при принятии решений в отношении такой личности (например, принятие решения о заключении или отказе в заключении договора, определение индивидуальной стоимости товара для него, направлении персонализированной рекламы или иного контента для него и т.п.), защита персональных данных, обеспечиваемая посредством их обезличивания, мало что значит. В иностранной литературе по этой причине уже высказываются мнения о том, что необходимо переходить от регулирования собственно персональных данных к регулированию оборота информации в целом⁶⁷. Так или иначе, **в новых технологических реалиях обезличивание данных уже не может выполнять функцию эффективного средства защиты персональных данных и в более глобальном смысле — частной жизни граждан.**

Сказанное не означает, что обезличивание персональных данных является бесполезным и от него следует отказаться, речь идет о том, что оно не должно рассматриваться в качестве средства, безусловно достаточного для эффективной защиты персональных данных в эпоху «Больших данных», и возлагать на него чрезмерные надежды.

⁶³ Майер-Шенбергер В., Кукьер К. Указ. соч. С. 162.

⁶⁴ Narayanan A., Shmatikov V., De-Anonymizing Social Networks. 30th IEEE Symposium on Security & Privacy, 2009. URL: <http://userweb.cs.utexas.edu/~shmat/shmat-oak09.pdf> (Дата обращения: 14.02.2015).

⁶⁵ Ohm P. Op.cit. P. 1704.

⁶⁶ Lane J., Stodden V., Bender S., Nissenbaum H. Op.cit. P. 70.

⁶⁷ Gutwirth S., Hert P. Regulating Profiling in Democratic Constitutional State in Profiling the European Citizen: Cross-Disciplinary Perspectives / ed. by Hildebrandt M. Dordrecht: Springer, 2008. P. 289.

Выводы

Технологии «Больших данных» ознаменовали момент, когда понятие «информационное общество» приобрело полноценный смысл. Информация приобрела статус ценного актива — своего рода новой нефти, — выступающей движущей силой информационного общества подобно тому, как традиционная нефть выступала главным ресурсом в эпоху индустриального общества. Технологии «Больших данных» сулят большие выгоды в самых различных сферах: появление новых бизнес-моделей, построенных на индивидуальном отношении к клиенту; совершенствование системы здравоохранения, улучшение криминогенной ситуации в крупных городах, борьба с мошенническими действиями и т.д. Однако «Большие данные» имеют и темную сторону, обладая значительным потенциалом для вторжения в частную жизнь граждан. Проблемы, связанные с влиянием технологий «Больших данных» на применение законодательства о персональных данных, признаны в Европе. Европейская рабочая группа по вопросам персональных данных указала, что вызовы, бросаемые технологиями «Больших данных», требуют инновационного подхода к толкованию и применению базовых принципов законодательства о персональных данных, а также их дальнейшего совершенствования, хотя, по ее мнению, на данном этапе рано говорить о том, что данные принципы абсолютно не действуют в новых реалиях⁶⁸.

В настоящей статье было продемонстрировано конфликтное состояние технологий Больших данных с законодательством о персональных данных на примере трех положений последнего: принципа минимизации данных и ограничения обработки заранее определенной целью; концепции информированного согласия как ключевого основания обработки, а также возможности обезличивания персональных данных с целью исключения полученных данных из-под действия законодательства о персональных данных. Однако было бы наивным полагать, что этим проблемы исчерпываются. На самом деле технологии «Больших данных» обнажают очевидный факт: законодательство о персональных данных в том виде, в каком оно было сформулировано еще в Конвенции 1981 г., становится все менее и менее адекватным современным технологическим реалиям и нуждается в существенной переработке. Косметическое или точечное изменение существующего регулирования в сфере защиты персональных данных не способно сделать его эффективным, а способно лишь увеличить степень его отрыва от реальности.

Переосмыслению должны подвергнуться такие базовые категории, как понятие персональных данных и понятие оператора персональных данных. В условиях, когда сбор сведений о пользователях носит массовый характер, даже самый безобидный фрагмент такой информации (сведения о посещении сайта или совершении покупки) будучи соединенным с другой подобной информацией, способен дать гораздо больше сведений о лице, чем совокупность его анкетных данных. Достойны ли такие единицы информации особого регулирования путем придания им статуса персональных данных? Либо же имеет смысл выделить их в особую категорию с отдельным регулированием? Влияет ли анонимность или использование псевдонима на возможность квалификации соответствующей информации как персональных данных? Эти вопросы требуют разрешения.

⁶⁸ Statement on Statement of the WP29 on the impact of the development of big data on the protection of individuals with regard to the processing of their personal data in the EU. Article 29 Data Protection Working Party, WP221. September 16, 2014. URL: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp221_en.pdf (дата обращения: 14.02.2015).

Беспрецедентные масштабы циркулирующей в цифровой форме информации об индивидах повлекли появление за рубежом новых игроков на рынке информации: информационных брокеров, которые на основе стекающейся к ним из различных Интернет-сервисов данных составляют детальные профайлы граждан и предоставляют доступ к ним заинтересованным лицам. Существующее регулирование, построенное на понятии оператора персональных данных, не учитывает существенных различий между 1) лицами, осуществляющими первичный сбор данных (различного рода Интернет-сервисами); 2) лицами, агрегирующими на профессиональной основе такие данные посредством технологий «Больших данных» в профайлы и 3) лицами, приобретающими доступ к таким профайлам для собственных нужд (например, финансовыми учреждениями для оценки платежеспособности клиента). Все указанные лица являются операторами персональных данных, однако их действия имеют различный характер и могут влечь различные последствия для субъекта персональных данных с точки зрения возможного вреда от их ненадлежащей обработки.

Указанные вопросы нельзя решить, не ответив первоначально на главный вопрос: являются ли персональные данные товаром или они являются неотчуждаемым немущественным благом? В пользу каждой трактовки можно привести множество аргументов. Однако одним из наиболее значимых является то, что большая часть успешных бизнес-моделей в сети Интернет основана на использовании персональных данных в качестве «валюты», которой пользователь расплачивается за возможность использования соответствующего сервиса. Именно данные пользователей являются одним источником многомиллиардных доходов социальных сетей, поисковых сервисов и иных IT-компаний. Однако этот факт игнорируется большинством пользователей, как, впрочем, и российским законодательством, не признающим предоставление персональных данных на обработку в качестве встречного предоставления для целей квалификации договора в качестве возмездного (ст. 424 ГК РФ). Так или иначе, от ответа на данный вопрос будет во многом зависеть решение и всех остальных, ранее обозначенных проблем. Попытки поиска ответов на поставленные проблемы будут предприняты в дальнейших работах автора.



Библиография

Майер-Шенбергер В., Кукьер К. Большие данные. Революция, которая изменит то, как мы живем, работаем и мыслим. М.: Манн, Иванов и Фербер, 2014. 240 с.

Бачило И.Л., Сергиенко Л.А., Кристальный Б.В., Арешев А.Г. Персональные данные в структуре информационных ресурсов. Основы правового регулирования. Минск: Беллитфонд, 2006. 474 с.

Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Т.3: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М.: Статут, 2011. 872 с.

Войниканис Е. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху. Парадигма баланса и гибкости. М.: Юриспруденция, 2013. 552 с.

Жаринов Р., Трифонова Ю. Возможности обезличивания персональных данных в системах, использующих реляционные базы данных // Управление, вычислительная техника и информатика. № 2 (32), 2014. С. 188–194.

Bygrave L. Data Privacy Law: An International Perspective. Oxford University Press, 2014. 233 p.

Calo R. Against Notice Skepticism in Privacy (and Elsewhere) // Notre Dame Law Review. No. 87. Pp. 1027-1072.

Carey P. Data Protection: A Practical Guide to UK and EU Law. Oxford University Press, 2004. 532 p.

Crawford K., Schultz J. Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms // Boston College Law Review. No. 55:93, 2014. Pp. 93-128.

- Gutwirth S., Hert P. Regulating Profiling in Democratic Constitutional State in Profiling the European Citizen: Cross-Disciplinary Perspectives / ed. by M. Hildebrandt, S. Gutwirth. Dordrecht, Springer, 2008. 374 p.
- Joh E. Policing by Numbers: Big Data and the Fourth Amendment // *Washington Law Review*. 2014. No. 89:35. Pp. 35–68.
- Kim N. Wrap Contracts. Foundations and Ramifications. N.Y., Oxford University Press, 2013. 240 p.
- Lane J., Stodden V., Bender S., Nissenbaum H. Privacy, Big Data and the Public Good: Frameworks for Engagement. Cambridge University Press, 2014. 344 p.
- Milne G., Culnan M. Strategies for Reducing Online Privacy Risks: Why Consumers Read (or Don't Read) Online Privacy Notices // *Journal of Interactive Marketing*. 2004. no. 18:3. P. 15–29.
- Millard C. (ed.). *Cloud Computing Law*. Oxford University Press, 2013. 416 p.
- McDonald A., Cranor L., The Cost of Reading Privacy Policies // *Journal of Law and Policy for the Information Society*. 2009. No. 4. P. 543–568.
- Narayanan A., Shmatikov V. Robust De-Anonymization of Large Sparse Datasets // *The University of Texas. IEEE Symposium on Security and Privacy*, 2008. P. 111–125.
- Narayanan A., Shmatikov V., De-Anonymizing Social Networks. *IEEE Symposium on Security and Privacy*, 2009. P. 173–187.
- Nissenbaum H. The Meaning of Anonymity in an Information Age // *The Information Society*. 1999. No. 15:2. P. 141–144.
- Nissenbaum H. A Contextual Approach to Privacy Online // *Daedalus*, 2011. No. 4. P. 32–48.
- Ohm P. Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization // *UCLA Law Review* No. 57. 2010. P. 1701–1777.
- Rajesh D. The NSA and Accountability in an Era of Big Data // *Journal of National Security Law & Policy*, 2014, no. 7. P. 301–310.
- Richards N., King J. Three Paradoxes of Big Data // *Stanford Law Review Online*. No. 66. 2013. P. 41–46.
- Solove D. Privacy Self-Management and the Consent Dilemma // *Harvard Law Review*. No. 126. 2013. P. 1880–1903.
-

The Issues of Implementing Legislation on Personal Data in the Era of Big Data



Alexander Savelyev

Senior Legal Researcher, Center on Information Law, National Research University Higher School of Economics, Legal Advisor of IBM Russia/CIS, Member of Advisory Board at the Federal Services for Supervision of Communications, Information Technology and Mass Media, Candidate of Juridical Sciences. Address: Myasnitskaya Str. 20, Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: garantus@rambler.ru.



Abstract

This paper analyses the impact of Big Data technologies on data protection legislation, which represents one of the main legal outposts of privacy in digital environment. The paper describes the origin of what is currently called Big Data, its definition and examples of its application in various spheres. The main focus of the paper is on the analysis of compatibility of Big Data technologies with the core principles of data protection legislation. Based on the analysis, the author comes to a conclusion that such principles as purpose limitation, data minimization; informed consent as a main basis for processing personal data are substantially eroded by Big Data. Purpose limitation and data minimization are at odds with the concept of data reuse, which underpins the philosophy of the Big Data age. Informed consent is impossible in the situations where a specific goal of data processing cannot be provided, and it cannot be provided due to unpredictable nature of potential data uses of in Big Data age: to limit processing

data by specific purposes means rejection of the benefits of Big Data. In addition, the point is made that contrary to the popular view, anonymity of personal data is not an effective solution of existing problems with personal data in Big data era, due to widely available opportunities for de-anonymization provided by cheap computing power and a vast amount of information currently available on the Internet. The paper has a purpose of highlighting the problems in data protection legislation and initiating discussions. It is expected that possible solutions to them will be a subject of subsequent papers.



Keywords

personal data, Big Data, anonymization, purpose limitation, profiling, data brokers, data subject consent, data minimization

Citation: Savelyev A.I. (2015) *The Issues of Implementing Legislation on Personal Data in the Era of Big Data*. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no.1, pp. 43–66 (in Russian)

JEL: K39



References

- Bachilo I.L., Sergienko L.A., Kristal'nyy B.V., Areshev A.G. (2006) *Personal'nye dannye v strukture informatsionnykh resursov. Osnovy pravovogo regulirovaniya* [Personal Data in Information Resource. Fundamentals of Legal Regulation]. Minsk, Belitfond, 474 p.
- Braginskiy M.I., Vitryanskiy V.V. (2011) *Dogovornoe pravo. Tom 3: Dogovory o vypolnenii rabot i okazanii uslug* [Contract Law. Vol. 3: Work and Service Contracts]. Moscow, Statut, 872 p.
- Bygrave L. (2014) *Data Privacy Law: An International Perspective*, Oxford University Press, 233 p.
- Carey P. (2004) *Data Protection: A Practical Guide to UK and EU Law*. Oxford University Press. 532 p.
- Calo R. Against Notice Skepticism in Privacy (and Elsewhere). *Notre Dame Law Review*, no. 87, pp. 1027–1072.
- Crawford K., Schultz J. (2014) Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms. *Boston College Law Review*, no. 55, p. 93–128.
- Gutwirth S., Hert P. (2008) Regulating Profiling in Democratic Constitutional State. Hildebrandt M., Gutwirth S. (eds.) *Profiling the European Citizen: Cross-Disciplinary Perspectives*. Dordrecht, Springer. 374 p.
- Joh E. (2014) Policing by Numbers: Big Data and the Fourth Amendment. *Washington Law Review*, no. 89, p. 35–68.
- Kim N. (2013) *Wrap Contracts. Foundations and Ramifications*. Oxford University Press, 240 p.
- Lane J., Stodden V., Bender S., Nissenbaum H. (2014) *Privacy, Big Data, and the Public Good: Frameworks for Engagement*. Cambridge University Press, 344 p.
- Mayer-Schönberger V., Cukie K. (2014) *Bol'shie dannye. Revolyutsiya, kotoraya izmenit to, kak my zhivem, rabotaem i myslim* [Big Data: A Revolution that Will Transform How We Live, Work and Think]. Moscow: Mann, Ivanov e Ferber, 240 p.
- McDonald A., Cranor L. (2009) The Cost of Reading Privacy Policies. *Journal of Law and Policy for the Information Society*, no. 4, pp. 543–568.
- Milne G., Culnan M. (2004) Strategies for Reducing Online Privacy Risks: Why Consumers Read (or Don't Read) Online Privacy Notices. *Journal of Interactive Marketing*, no. 18, pp. 15–29.
- Millard C. (ed.) (2013) *Cloud Computing Law*. Oxford University Press, 416 p.
- Narayanan A., Shmatikov V. (2008) Robust De-Anonymization of Large Sparse Datasets. *The University of Texas. IEEE Symposium on Security and Privacy*, pp. 111–125.
- Narayanan A., Shmatikov V. (2009) *De-Anonymizing Social Networks*. *University of Texasx IEEE Symposium on Security and Privacy*, pp. 173–187.
- Nissenbaum H. (1999) The Meaning of Anonymity in an Information Age. *The Information Society*, no. 15, pp. 141–144.
- Nissenbaum H.A. (2011) Contextual Approach to Privacy Online. *Daedalus*, no. 4, pp. 32–48.

- Ohm P. (2010) Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization. *UCLA Law Review*, no. 57, pp. 1701–1777.
- Rajesh D. (2014) The NSA and Accountability in an Era of Big Data. *Journal of National Security Law and Policy*, no. 7, pp. 301–310.
- Richards N., King J. (2013) Three Paradoxes of Big Data. *Stanford Law Review Online*, no. 66, pp. 41–46.
- Solove D. (2013) Privacy Self-Management and the Consent Dilemma. *Harvard Law Review*, no. 126, pp. 1880–1903.
- Voynikanis E. (2013) *Pravo intelektual'noy sobstvennosti v tsifrovuyu epokhu. Paradigma balansa i gibkosti* [Copyright in Digital Era]. Moscow, Jurisprudentsia, 552 p.
- Zharinov R., Trifonova Yu. (2014) Vozmozhnosti obezlichivaniya personal'nykh dannykh v sistemakh, ispol'zuyushchikh relyatsionnye bazy dannykh [Anonymisation of Personal Data in the Systems Applying Relational Databases]. *Upravlenie, vychislitel'naya tekhnika i informatika*, no. 2 (32), pp. 188–194.

Материальная поддержка самозанятости безработных граждан: алгоритм и аспекты правоприменения



О.Ю. Павловская

старший преподаватель кафедры трудового права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: olga_pavlovskay@hse.ru



Аннотация

С момента вступления России на рыночный путь развития вопросы содействия занятости и трудоустройства граждан не утрачивают своей актуальности. Государственная политика в области содействия занятости населения направлена на развитие трудовых ресурсов, повышение их мобильности, защиту национального рынка труда, обеспечение занятости и предупреждения безработицы. Государственная политика в сфере содействия занятости осуществляется посредством проведения специальных мероприятий, способствующих росту занятости граждан с участием органов государственной власти всех уровней. Одним из ключевых направлений государственной политики в данной области явилось значительное усиление роли субъектов Российской Федерации в регулировании рынка труда путем делегирования им значительной части федеральных полномочий в сфере занятости населения, с выделением субсидий из федерального бюджета на софинансирование региональных программ по снижению напряженности на рынке труда в конкретном субъекте Российской Федерации. В рамках региональных программ субъекты Российской Федерации за счет средств собственных бюджетов осуществляют дополнительные меры в сфере содействия занятости населения и защиты от безработицы, а также по социальной поддержке граждан с целью снятия напряженности на рынке труда. К одной из таких мер, способствующих снятию напряженности на рынке труда, отнесено содействие развитию малого предпринимательства и самозанятости. Это содействие осуществляется путем предоставления гражданам государственных субсидий на открытие собственного дела в рамках действующих региональных целевых программ. В данной статье предпринята попытка проанализировать правовые аспекты осуществления материальной поддержки самозанятости граждан и некоторые, требующие детального рассмотрения вопросы правоприменительной практики по обозначенной в настоящей статье теме. Их правовая оценка и системный анализ дают автору основание усомниться в эффективности такой поддержки в современных экономических условиях, а сложившееся представление о безвозмездности выделяемой государственной единовременной денежной выплаты (субсидии) на развитие предпринимательской деятельности полагать заведомо ошибочным. Вместе с тем, данный вопрос, по мнению автора, носит дискуссионный характер.



Ключевые слова

занятость, трудоустройство, субсидия, социальная поддержка, минимальный размер оплаты труда, прожиточный минимум, суд, региональная программа, самозанятость.

Библиографическое описание: Павловская О.Ю. Материальная поддержка самозанятых граждан: алгоритм и аспекты применения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. №1. С. 67–80.

JEL: K31

С тех пор, как Россия вступила на рыночный путь развития, вопросы содействия занятости и трудоустройства граждан не утрачивают актуальности¹. Государственная политика в области содействия занятости населения направлена на «развитие трудовых ресурсов, повышение их мобильности, защиту национального рынка труда, обеспечение равных возможностей всем гражданам России независимо от национальности, пола, возраста, социального положения, политических убеждений и отношения к религии в реализации права на добровольный труд и свободный выбор занятости, осуществляемый в рамках законности, содействия развитию их способностей к производительному, творческому труду»². Ее цель — обеспечение занятости, предупреждение массовой и сокращение длительной (более одного года) безработицы. Государственная политика в сфере содействия занятости осуществляется посредством проведения специальных мероприятий, способствующих росту занятости граждан с участием органов государственной власти всех уровней. Одним из ключевых направлений государственной политики в данной области явилось усиление роли и влияния деятельности субъектов Российской Федерации в регулировании рынка труда путем делегирования им значительной части федеральных полномочий в сфере занятости населения, с выделением субсидий из федерального бюджета на софинансирование региональных программ по снижению напряженности³ на рынке труда в конкретном субъекте Российской Федера-

¹ Исследованию проблем занятости посвящено значительное количество научных работ. См., например: *Андреева Л.А., Медведев О.М.* О месте норм об обеспечении трудовой занятости в системе российского права // Государство и право. 2007. № 2.; *Бреев Б.Д.* Безработица в современной России. М.: Наука. 2008; *Варшавский В.Я., Поварич И.П.* Непостоянная занятость: российский вариант // Трудовое право. 2008. № 7; *Гимпельсон В.* Страх безработицы: опыт межстрановых сопоставлений // Вопросы экономики. 2010. № 2; *Джиоев С.Х.* Правовые проблемы содействия трудовой занятости в России: Монография. М.: Проспект. 2006; *Джиоев С.Х.* Особенности обеспечения трудовой занятости в условиях глобального финансового кризиса. М.: Проспект. 2011; *Долгова А., Жукова И.* Полная и эффективная занятость молодежи // Человек и труд. 2007. № 8; *Зайцева О.* Нетипичные формы занятости в России: вопросы теории и практики // Вопросы трудового права. 2011. № 8; *Деготь Б.А.* Занятость населения, труд и право. Социально-правовой анализ. Саратов: Изд-во Саратов. ВШ МВД РФ, 1995; *Кашипов А.В.* Экономика и занятость: Монография. М.: ИМЭИ. 1999; *Киселёв И.Я.* Современные тенденции регулирования нестандартных форм занятости в странах Запада // Труд за рубежом. 2003. №1; *Парягина О.А.* Концептуально-правовые основы и проблемы занятости инвалидов // Право и политика. 2007. № 5; *Парягина О.А.* Содействие занятости женщин с семейными обязанностями // Трудовое право. 2008. № 3; *Политика занятости в региональном контексте социально-трудовых отношений: Коллективная монография.* Отв. ред. проф. *Д.В. Зайцев.* Саратов: ИД «МарК». 2013;

Правовое регулирование трудоустройства / *Абрамова О.В., Гаврилина А.К.* — М.: Интел-Синтез. 1997; *Медведев О.М.* Правовые проблемы обеспечения занятости населения. Дис. ... докт. юрид. наук: М., 1994; *Скачкова Г.С.* Занятость и трудоустройство в современной России: некоторые проблемы правового регулирования // Занятость и трудоустройство в современной России: проблемы правового регулирования: Материалы научно-практической конференции (Москва, 3 ноября 2010 г.) — М. 2011; *Соifer В.Г.* Занятость рабочих мест: некоторые актуальные проблемы // Законодательство и экономика. 2011. № 10; *Хохидра С.В.* Административно-правовые аспекты реализации права на защиту от безработицы в России: Монография / под ред. *Склярова И.Я.* Н.-Новгород: издательство Нижегородского госуниверситета. 2003; *Шульгина Л.В., Тамошина Г.И., Шевелёва Т.А.* Занятость населения и человеческий капитал: Монография. Белгород: Изд-во БГУ. 2009.

² Закон РФ от 19.04.1991 № 1032-1 (в ред. от 02.07.2013) «О занятости населения в Российской Федерации» (ст.5, п.2) // СПС «Консультант Плюс».

³ По данным Федеральной службы по труду и занятости коэффициент напряженности на рынке труда в Российской Федерации ежегодно снижается. В конце 2013 г. зафиксирован самый низкий его показатель за предшествующие пять лет. Для сравнения: в 2009 г. коэффициент напряженности на рынке труда — 3,3 единицы; а в 2013 — 0,8 (т.е. менее единицы). См.: Официальный сайт Федеральной службы по труду и занятости: <http://www.rostrud.ru/activities/31/17482.shtml> (дата обращения: 25.01.2015).

ции. В рамках региональных программ субъекты Российской Федерации за счет средств собственных бюджетов осуществляют дополнительные меры в сфере содействия занятости населения и защиты от безработицы, а также по социальной поддержке граждан. К ним, в частности, относятся:

- опережающее профессиональное обучение работников в случае угрозы массового увольнения;
- организация общественных работ, временного трудоустройства, стажировки в целях приобретения опыта работы безработных граждан, а также граждан, ищущих работу, включая выпускников образовательных учреждений и работников промышленных предприятий и организаций в случае угрозы массового увольнения;
- оказание адресной поддержки гражданам, включая организацию их переезда в другую местность для замещения рабочих мест, в том числе создаваемых в рамках реализации федеральных целевых программ и инвестиционных проектов;
- содействие развитию малого предпринимательства и самозанятости граждан⁴.

Итак, к одной из мер, способствующих снятию напряженности на рынке труда, отнесено содействие развитию малого предпринимательства и самозанятости⁵. Такое содействие осуществляется путем предоставления гражданам государственных субсидий на открытие собственного дела в рамках целевых региональных программ. Но насколько эффективна такая поддержка малого предпринимательства в современных экономических условиях? Полагаем, что поставленный вопрос является дискуссионным. Дело не только в том, что получение государственной субсидии безработными гражданами — процедура длительная, требующая обязательного выполнения ряда условий и требований, а установленная и действующая ныне денежная выплата в рамках государственной поддержки незначительна. Полагаем, что сложившееся представление о безвозмездности полученных средств является заведомо ошибочным, поскольку в ряде случаев указанная субсидия подлежит возврату в государственный бюджет.

В данной статье предпринята попытка проанализировать правовые аспекты и некоторые, на наш взгляд, требующие детального рассмотрения вопросы правоприменительной практики по обозначенной в настоящей статье теме дискуссии.

Правовой механизм (порядок, размер и условия предоставления) государственной субсидии безработным гражданам с целью поддержки малого предпринимательства закреплен в Законе РФ «О занятости населения в Российской Федерации», в соответствующих Правилах(далее — Правила)⁶, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 31 декабря 2008 г. № 1089, а также в правовых актах, действующих на территории конкретного субъекта Российской Федерации⁷. Следует отметить, что приказом Министрством труда и социальной защиты РФ от 24.12.2013 № 773-н⁸ утвержден федеральный государственный стандарт предоставления указанной услуги.

⁴ Этот перечень не является исчерпывающим.

⁵ Под самозанятостью понимается самостоятельная организация и ведение предпринимательской деятельности.

⁶ Правила предоставления субсидий из федерального бюджета субъектов Российской Федерации на реализацию дополнительных мероприятий, направленных на снижение напряженности на рынке труда субъектов Российской Федерации». Утверждены Постановлением Правительства РФ от 31.12.2008 № 1089 «О дополнительных мероприятиях, направленных на снижение напряженности на рынке труда субъектов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2009. № 2. Ст. 266.

⁷ Напр., Закон города Москвы от 01.10.2008 № 46 «О занятости населения в городе Москве» // СПС «Консультант Плюс».

⁸ СПС «Консультант Плюс».

Согласно Правилам получателями субсидии на открытие собственного дела могут быть только граждане, зарегистрированные в качестве юридического лица — индивидуального предпринимателя либо крестьянского (фермерского) хозяйства, признанные в установленном порядке безработными, прошедшие профессиональное обучение или получившие дополнительное профессиональное образование по направлению органов службы занятости. Территориальные органы службы занятости населения (центры занятости населения) в качестве государственной услуги предлагают гражданам, решившим открыть свой бизнес, пройти специальные курсы обучения основам предпринимательской деятельности, в рамках которых обучающиеся приобретают навыки составления бизнес-планов, необходимых для получения субсидии. Кроме этого, в рамках данной услуги безработный гражданин может ознакомиться с психологическими аспектами предпринимательской деятельности, получить информацию о направлениях деятельности структур поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства или соответствующих специалистов, местах их нахождения, номерах телефонов для справок, адреса специальных сайтов в сети Интернет.

Желающий открыть свой бизнес должен подать заявление в соответствующий орган службы занятости (центр занятости населения) о предоставлении ему субсидии (единовременной финансовой помощи при государственной регистрации в качестве юридического лица, индивидуального предпринимателя либо крестьянского (фермерского хозяйства)) с одновременным предоставлением паспорта, документа кредитной организации, удостоверяющей открытие соответствующего счета с указанием необходимых реквизитов. Но главное, — это разработанный бизнес-план с описанием планируемого вида предпринимательской деятельности и количества рабочих мест, которые планируется создать безработным гражданином, открывающим собственное дело для трудоустройства граждан, также признанными в установленном порядке безработными. Кроме того, за счет средств соответствующего субъекта РФ может быть оказана единовременная финансовая помощь на подготовку документов для соответствующей государственной регистрации.

В случае положительного решения будущей предприниматель заключает с органом службы занятости (центром занятости населения) договор о предоставлении финансовой помощи на организацию своего бизнеса. В договоре о предоставлении субсидии на открытие бизнеса предусматривается, как правило, дополнительная обязанность индивидуального предпринимателя, юридического лица, крестьянско-фермерского хозяйства: в случае увольнения работника, трудоустроенного на созданное рабочее место, известить об этом орган службы занятости и принять другого безработного гражданина на освободившееся рабочее место.

Говоря о направлениях расходования полученной субсидии, следует отметить, что в Правилах они не зафиксированы. Это означает, что будущие предприниматели самостоятельно определяют цели, на которые будут потрачены денежные средства⁹. Главное, чтобы они были отражены в бизнес-плане будущей предпринимательской деятельности. Указанные средства могут быть использованы на приобретение оборудования, основных средств, расходных материалов, приобретение лицензий, оформление сертификатов, оплату аренды помещений, иные расходы, связанные с реализацией данного мероприятия. Расходование государственных средств на цели, не относящиеся к организации предпринимательской деятельности, недопустимо¹⁰. В случае выявленного

⁹ Письмо Минздравсоцразвития России от 25.05.2009 № 23-3/10/2-4032 // СПС «Консультант Плюс».

¹⁰ См.: Письмо Минздравсоцразвития России от 18.08.2010 № 23/3/10/2-7153 // СПС «Консультант Плюс».

нарушения полученные средства должны быть возвращены в бюджет субъекта в добровольном порядке или по решению суда. Сроки предоставления отчета о целевом использовании бюджетных средств устанавливаются отдельно в каждом субъекте РФ.

После прохождения процедуры государственной регистрации потенциальный бизнесмен должен представить в орган службы занятости (центр занятости населения) свидетельство о государственной регистрации индивидуального предпринимателя и выписку из единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей (ЕГРИП)¹¹. После получения всех необходимых документов орган службы занятости населения перечисляет денежные средства на счет начинающего предпринимателя в банке. Гражданин, признанный в установленном порядке безработным, после заключения договора на получение субсидии, считается занятым и снимается с учета в соответствующем органе занятости населения, с даты внесения записи в единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей (ЕГРИП).

Гражданин, признанный в установленном порядке безработным, прошедший профессиональное обучение или получивший дополнительное профессиональное образование по направлению органов службы занятости, изъявивший желание начать собственный бизнес, может рассчитывать на субсидию в размере 12-кратной максимальной величины пособия по безработице (п.10 Правил).

Таким образом, денежная помощь, которую выдает государство безработным, решившим начать свое дело — это пособия, которые безработный получил бы (в суммарном выражении) за год своего пребывания на учете в соответствующем органе службы занятости, выплачиваемые одновременно. Выделяемая сумма невелика, поскольку напрямую зависит от размера пособия по безработице. В связи с этим следует напомнить, что устанавливаемые Правительством РФ минимальный и максимальные размеры пособия по безработице остаются неизменными на протяжении нескольких лет. Выплату пособия в размерах 850–4900 руб. (минимальный и максимальный размеры соответственно)¹² Правительство объясняет соотношением вакансий и количеством безработных в стране¹³. Получается, что размеры пособия в данном случае ставятся в зависимость от количества существующих вакансий. Но при этом остается без внимания один из факторов, который нельзя не учитывать при назначении и выплате пособия. Пособие по безработице выплачивается не только с целью социальной поддержки тех, кто временно не может найти работу или оказался в трудной жизненной ситуации по причине ликвидации организации или сокращения численности (штата), но и с целью снятия напряженности в обществе. Установленное Правительством РФ максимальное пособие (и тем более минимальное) никак не может являться средством к существованию, поскольку не отвечает установленному самим же Правительством РФ прожиточному минимуму¹⁴ и меньше минимального размера оплаты

¹¹ Нормативными актами субъектов Российской Федерации может быть предусмотрено представление иных документов.

¹² См.: Постановление Правительства РФ от 30.10.2013 № 973 «О размерах минимальной и максимальной величин пособия по безработице на 2014 г.// СПС «Консультант Плюс».

¹³ Согласно опубликованным данным Министерства труда и социальной защиты РФ количество вакансий в России превышает количество зарегистрированных безработных.

¹⁴ На II квартал 2014 г. в целом по Российской Федерации величина прожиточного минимума на душу населения составила 8192 руб. Для трудоспособного населения его величина — 8834 руб.; для пенсионеров — 6717 руб.; для детей — 7920 руб. См.: Постановление Правительства РФ от 06.09.2014. № 905 // СПС «Консультант Плюс».

труда¹⁵ в Российской Федерации. Возникает вопрос: имеет место правовая коллизия или, возможно, государство таким образом пытается стимулировать безработных граждан к скорейшему поиску подходящей работы?

В таком случае было бы целесообразно сократить сроки выплаты пособия по безработице, к примеру, до 10 месяцев, но при этом существенно увеличить его размер. Представляется, что максимальный размер пособия по безработице должен быть установлен в размере не меньше прожиточного минимума трудоспособного населения, устанавливаемого Правительством РФ (с соответствующей индексацией). Это в свою очередь способствовало бы и значительному увеличению размера государственной субсидии на открытие малого бизнеса и делало бы государственную поддержку эффективней.

Таким образом, оценивая правовой механизм осуществления материальной поддержки малого предпринимательства и самозанятости безработных граждан, можно констатировать, что процедура эта довольно непростая и длительная, требующая выполнения ряда обязательных условий и требований. Есть основание полагать, что выдвинутый постулат в полной мере подтверждает правоприменительная практика. Кроме того, ее системный анализ позволяет обозначить ряд основных причин, ведущих к возможному негативным последствиям для предпринимателей в случае несоблюдения последними условий заключенного договора на предоставление субсидии за счет средств бюджета соответствующего субъекта РФ на развитие малого предпринимательства и самозанятости.

1. Непредоставление гражданином в установленный срок документов, подтверждающих целевое расходование бюджетных средств, является основанием для их удержания, в том числе и в судебном порядке

Рассмотрим пример из судебной практики¹⁶. В соответствии с законом о Занятости постановлением Коллегии Администрации Кемеровской области «Об утверждении порядка предоставления субсидии на содействие развития малого предпринимательства и самозанятости безработных граждан» от 11.03.2011 № 83, между ГКУ «Центр занятости населения г. Кемерово» и Ш. был заключен договор о субсидии на содействие самозанятости. Согласно договору Ш. обязалась организовать предпринимательскую деятельность, а «Центр занятости населения г. Кемерово» — предоставить субсидию за счет средств областного бюджета на развитие малого предпринимательства и самозанятости в соответствии с предоставленным бизнес-планом в размере, указанном в договоре. ГКУ «Центр занятости населения г. Кемерово» выполнило свои обязательства, перечислило на лицевой счет Ш. денежные средства. По условиям заключенного договора Ш. обязалась не позднее 90 дней со дня получения субсидии предъявлять документы, подтверждающие расходование средств (копии контрольно-кассовых чеков, договоров на приобретение товарно-материальных ценностей, квитанции приходно-кассовых ордеров, накладные и другие документы, предусмотренные инструкциями о ведении бухгалтерского учета, а также в течение срока действия договора по истечении налогового периода предъявлять копии декларации о доходах, документы бухгалтерского учета, подтверждающие ведение предпринимательской деятельности). «Центром занятости населения г. Кемерово» Ш. были отправлены уведомления о необходимости предоставления копий деклараций о доходах в качестве доказательства ведения предпринима-

¹⁵ С 1 января 2014 г. в соответствии с Федеральным законом от 19.06.2000 № 82-ФЗ (в ред. от 02.12.2013) «О минимальном размере оплаты труда» МРОТ составляет 5554 руб.

¹⁶ См.: Апелляционное определение Кемеровского областного суда от 16.01.2014 № 33-12653 // СПС «Консультант Плюс».

тельской деятельности в течение 12 месяцев, которые Ш. так и не были предъявила. Тем самым были нарушены договорные обязательства и ГКУ ЦЗН г. Кемерово обратился в суд с иском о взыскании с Ш. денежных средств по договору предоставления субсидии на содействие занятости безработных граждан.

В соответствии с п.15 Правил, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 31.12.2008 г. № 1089, при нецелевом расходовании средств, источником финансового обеспечения которых являются субсидии, указанные средства подлежат возврату в федеральный бюджет в соответствии с бюджетным законодательством РФ. Принимая во внимание данное положение, учитывая фактические обстоятельства по данному делу, суд первой инстанции вынес решение в пользу истца. Данное решение Ш. обжаловала в Кемеровском областном суде. В вышестоящий суд Ш. представила следующие документы: копии товарного чека, свидетельствующего о приобретении ею оборудования, договора аренды нежилого помещения для осуществления парикмахерских услуг, копии налоговых деклараций за отчетные 2011-2012 гг. Однако предъявленные документы не опровергли выводы суда о неисполнении ответчиком обязательств по договору, поскольку данные, что эти документы были представлены истцу в сроки, установленные договором, в материалах дела не были отражены. На основании представленных ответчиком документов судом было установлено, что в период с 2011 г. по 2012 г. индивидуальный предприниматель Ш. прибыль либо убытки не получала, налоговые декларации предоставлены с нулевым доходом, что, по мнению суда, не может свидетельствовать об осуществлении ею предпринимательской деятельности, равно как не свидетельствует об этом и приобретение оборудования, указанное в копии товарного чека. Таким образом, решение суда первой инстанции было оставлено без изменения, а апелляционная жалоба — без удовлетворения.

Подобное решение, касающееся нецелевого расходования выделенных бюджетных средств, было вынесено и Тверским областным судом¹⁷. Государственное казенное учреждение Тверской области «Центр занятости населения города Твери» обратилось в районный суд с исковым заявлением к предпринимателю Л. с требованиями о расторжении договора на предоставление субсидии из областного бюджета Тверской области на содействие самозанятости безработных граждан и о взыскании выделенных Л. денежных средств. Этот иск был мотивирован нецелевым использованием указанным гражданином бюджетных средств. Государственное казенное учреждение Тверской области «Центр занятости населения города Твери» в рамках осуществления финансирования дополнительных мероприятий в целях содействия развитию малого предпринимательства и самозанятости выделило и перечислило на счет Л. денежные средства (субсидию) из областного бюджета. Между сторонами был заключен договор. Л. представил документы, подтверждающие регистрацию его в качестве индивидуального предпринимателя.

В соответствии с подписанным сторонами договором ответчик обязан был в указанный в договоре срок предъявить документы, подтверждающие целевое использование субсидии, однако этого сделано не было. Индивидуальному предпринимателю Л. неоднократно направлялись письма о необходимости предоставления документов о целевом использовании полученных средств, а также уведомления о расторжении договора, однако ответчик на попытки центра занятости прояснить ситуацию никак не отреагировал. В судебном заседании районного суда представитель истца заявилные исковые требования поддержала в полном объеме по доводам, изложенным в иске.

¹⁷ См.: Апелляционное определение Тверского областного суда от 30.10.2012 № 33-3586 // СПС «Консультант Плюс».

Ответчик в судебном заседании возражал против удовлетворения требований, поскольку в договоре не определено целевое назначение средств и непонятно, какие расходы считаются целевыми, а какие — нет. Также Л. сообщил суду, что ему не были представлены документы, в которых было бы указано, каким образом он должен отчитаться. Итогом явилось удовлетворение районным судом исковых требований истца о расторжении договора с Л. на предоставление субсидии из областного бюджета Тверской области на содействие самозанятости безработных граждан и взыскание с ответчика в пользу истца выделенных Л. на развитие бизнеса денежных средств. Проверив материалы дела, выслушав стороны, обсудив доводы апелляционной жалобы, судебная коллегия Тверского областного суда, в свою очередь, пришла к выводу, что оспариваемое ответчиком решение нижестоящего суда является законным и обоснованным.

2. Нецелевое расходование полученных на развитие предпринимательской деятельности бюджетных денежных средств подлежит взысканию с возможным удержанием (помимо основной суммы) процентов за их использование

В данном случае показателен следующий пример из судебной практики Воронежского областного суда¹⁸. Д. обратилась в Государственное казенное учреждение «Центр занятости населения Острогожского района г. Воронежа» с заявлением о предоставлении ей субсидии на содействие самозанятости в связи с планируемой организацией ею предпринимательской деятельности по пчеловодству. Между сторонами был заключен договор о предоставлении субсидии на содействие самозанятости безработных граждан. Условиями указанного договора предусмотрено, что в случае нарушения Д. пункта договора о нецелевом использовании перечисленных средств выделенная субсидия подлежит возврату в полном объеме в течение 30 дней со дня предъявления центром занятости соответствующего требования. Поскольку в дальнейшем указанный пункт договора Д. не был выполнен, «Центром занятости» в адрес ответчицы было направлено требование о возврате суммы субсидии и процентов за пользование денежными средствами. Предъявленные к Д. соответствующие требования в добровольном порядке ею не были удовлетворены и, как следствие, последовало обращение указанного учреждения в суд.

Судом первой инстанции было установлено и не оспаривалось ответчиком, что, получив безвозмездную субсидию из бюджетных средств, Д. не выполнила условия договора. Также достоверно было установлено, что действиями ответчика истцу и государству причинен материальный ущерб. Учитывая вышеизложенное и принимая во внимание, что Д. нарушены императивные условия договора, а также и то обстоятельство, что в добровольном порядке полученная субсидия не возвращена, судебная коллегия Воронежского областного суда признала вывод суда первой инстанции об удовлетворении исковых требований о взыскании суммы субсидии и процентов с Д. законным и обоснованным.

3. В случае прекращения гражданином деятельности в качестве индивидуально-предпринимателя до истечения срока, установленного договором, полученная им субсидия подлежит возврату.

Обратимся к следующему случаю из судебной практики¹⁹. «Агентство занятости населения» (далее — Агентство) обратилось в суд с иском к З. о возврате субсидии. В обо-

¹⁸ См.: Апелляционное определение Воронежского областного суда от 18.09.2012 № 33-4928 // СПС «Консультант Плюс».

¹⁹ См.: Апелляционное определение Верховного Суда Республики Калмыкия от 30.01.2014 по делу № 33-101/2014 // СПС «Консультант Плюс».

снование иска указало, что 15.03.2010 г. между Агентством и З. был заключен договор о содействии развития малого предпринимательства и самозанятости безработных граждан, по которому З. обязался заниматься предпринимательской деятельностью в течение 12 месяцев. Однако ответчик прекратил предпринимательскую деятельность 05.10.2010г., нарушив предусмотренный договором 12-месячный срок. Поэтому Агентство просило взыскать с З. перечисленную ему согласно договору денежную сумму для ее последующего перечисления в доход республиканского бюджета. В судебном заседании ответчик заявленные требования представителя истца признал, пояснив, что осуществление предпринимательской деятельности прекратил до истечения 12 месяцев в связи с болезнью. Решением Элистинского городского суда Республики Калмыкия от 14.11.2011 г. исковые требования Агентства занятости населения Республики Калмыкия были удовлетворены. В апелляционной жалобе З. просил решение нижестоящего суда отменить, ссылаясь на то, что предпринимательскую деятельность он прекратил по независящим от него обстоятельствам, в связи с заболеванием. В судебное заседание он представил копии медицинских документов, указывающих на наличие серьезного заболевания. З. указал также, что суд первой инстанции не принял во внимание, что получаемая им пенсия является единственным средством существования.

Проверив материалы дела, выслушав объяснения ответчика, его представителя, представителя истца, обсудив доводы апелляционной жалобы, судебная коллегия пришла к следующему выводу. Во исполнение Закона о Занятости населения и Постановления Правительства РФ от 31.12.2008 № 1089 Правительством Республики Калмыкия 25.12.2009г. было принято Постановление № 474 « О программе реализации мер по поддержке рынка труда в 2010 году», согласно которому Агентство занятости населения и труда было определено уполномоченным органом исполнительной власти Республики Калмыкия. Из положения раздела 3 указанной Программы следует, что безвозмездная субсидия, предоставленная гражданину на организацию развития малого предпринимательства и самозанятости, подлежит возврату в Агентство, в том числе и в случае прекращения деятельности в качестве юридического лица, индивидуального предпринимателя или крестьянского (фермерского) хозяйства до истечения срока действия договора. Гражданин обязуется подавать в Агентство ежеквартально отчет о расходовании безвозмездной субсидии с копиями подтверждающих документов, а также документы, свидетельствующие о ведении предпринимательской деятельности в течение 12 месяцев со дня заключения договора о предоставлении безвозмездной субсидии.

Судом было установлено, что заключив 15.03.2010 г. договор с Агентством о содействии развитию малого предпринимательства и самозанятости безработных граждан, З. получил финансовую помощь. Согласно условиям договора З. обязался осуществлять предпринимательскую деятельность по направлению — «пункт приема платежей» в течение 12 месяцев с момента его подписания. 05 октября 2010 г. ответчик до истечения срока (12 месяцев) прекратил деятельность в качестве индивидуального предпринимателя. Выписка из Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей от 05.10.2010 г. подтверждала, что ответчик досрочно прекратил предпринимательскую деятельность. Указанные обстоятельства сторонами не отрицались в судах первой и апелляционной инстанций и подтверждены соответствующим пунктом заключенного договора — в случае нарушения условий договора З. обязался возвратить субсидию в Агентство. При таких данных суд первой инстанции в соответствии с установленными фактическими обстоятельствами дела вынес решение об удовлетворении требований Агентства. Верховный Суд Республики Калмыкия решение Элистинского городского

суда Республики Калмыкия оставил без изменения, апелляционную жалобу без удовлетворения. При этом состояние здоровья и материальное положение З. судом не были учтены. Принимая во внимание п. 3 ст. 401 ГК РФ, суд счел, что указанные обстоятельства не относятся к чрезвычайным и непредотвратимым, а значит и не влекут ответственность по обязательствам.

Аналогичное дело было рассмотрено Новосибирским областным судом²⁰. Краевое государственное казенное учреждение «Центр занятости населения Баевского района» г. Новосибирска обратилось в суд с иском к Б. о взыскании денежных средств, предоставленных в качестве субсидии на организацию предпринимательской деятельности. Ответчик обязана была осуществлять предпринимательскую деятельность в соответствии с бизнес-планом не менее 12 месяцев со дня внесения записи в ЕГРИП, однако условия договора ею не были исполнены. В декабре 2011 г. при выездных проверках краевого государственного казенного учреждения «Центр занятости населения Баевского района» г. Новосибирска было установлено, что нанятые Б. работники уволены, ветеринарные аптеки закрыты, работа согласно бизнес-плану не осуществлялась. По результатам проверок ответчику было выписано предупреждение, однако свою деятельность Б. не возобновила, о прекращении трудовой деятельности и увольнении работников не сообщила, выполнение обязательств по договору не подтвердила.

Ввиду неисполнения ответчиком обязательств по договору суд первой инстанции обоснованно пришел к выводу о законности исковых требований Краевого государственного казенного учреждения и необходимости взыскания с Б. полученной субсидии.

Так, согласно ст. 307 ГПК РФ в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как-то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т.п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности. В соответствии со ст. 309 ГПК РФ обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями. В силу ст. 310 ГПК РФ односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законом. Односторонний отказ от исполнения обязательства, связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, и одностороннее изменение условий такого обязательства допускаются также в случаях, предусмотренных договором, если иное не вытекает из закона или существа обязательства. В силу положений п. 1, 4 ст. 421 ГК РФ граждане и юридические лица свободны в заключении договора. Условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами (ст. 422).

С учетом приведенных норм материального права и установленных судом обстоятельств судебная коллегия Новосибирского областного суда согласилась с выводами суда первой инстанции. При этом судебной коллегией не были приняты во внимание доводы апелляционной жалобы Б., что полное прекращение предпринимательской деятельности произошло по истечении 20 месяцев, т.е. со дня внесения записи в Реестр, в связи с чем условия договора ею были выполнены. Исходя из фактических обстоятельств дела, суд указал, что указанные доводы не могут повлечь отмену обжалуемо-

²⁰ См.: Апелляционное определение Новосибирского областного суда от 31.07.2014 по делу № 33-6494/2014 // СПС «Консультант Плюс».

го решения. Так, согласно свидетельству о государственной регистрации физического лица Б. зарегистрировалась в качестве индивидуального предпринимателя 26 апреля 2011 г. Однако акт проверки от 30 декабря 2011 г. свидетельствовал, что помещение ветеринарной аптеки закрыто, а аптека не функционирует более месяца.

Таким образом, вывод суда о фактическом прекращении предпринимательской деятельности в течение 12 месяцев после регистрации в качестве индивидуального предпринимателя является обоснованным.

4. Субсидия может быть возвращена в бюджет, если обязательства по договору не выполнены в полном объеме, как, например, в следующем случае²¹. В целях реализации постановления Коллегии Администрации Кемеровской области между ГКУ «Центр занятости населения» и А.Ю. был заключен договор «О предоставлении субсидии бывшему безработному гражданину, организовавшему собственное дело при содействии службы занятости, на создание дополнительных рабочих мест для трудоустройства безработных граждан».

Согласно договору ответчиком было принято обязательство обеспечить целевое использование субсидии, а именно: не позднее 30 дней со дня поступления на его лицевой счет субсидии организовать 2 дополнительных рабочих места для трудоустройства безработных граждан, принять на созданные дополнительные рабочие места безработных граждан по направлению ЦЗН по профессии «подсобный рабочий» и обеспечивать их занятость не менее 12 месяцев. При этом не реже одного раза в квартал предоставлять в ЦЗН акт о целевом использовании полученной субсидии с приложением списка нанятого работника по направлению ЦЗН.

Разрешая спор по существу, суд первой инстанции установил, что ответчик своих обязательств по договору не выполнил в полном объеме. Фактически вместо двух безработных на работу им был принят один. Следовательно, бюджетные средства, направленные на указанные в договоре цели (организацию двух рабочих мест, трудоустройство двух безработных граждан по направлению ЦЗН, обеспечение их занятости в течение 12 месяцев), подлежат в бесспорном порядке изъятию в связи с использованием данных средств не по назначению. Кемеровский областной суд оставил решение суда первой инстанции в силе. При этом не были приняты судебной коллегией в качестве основания к отмене решения нижестоящего суда и следующие доводы апелляционной жалобы, что с января 2012 г. «Центр занятости» не направил к А.Ю. ни одного потенциального работника.

Таким образом, положения действующего законодательства и анализ судебной практики по исследуемой проблеме позволяют утверждать, что предоставление безвозмездной денежной субсидии на развитие предпринимательской деятельности как мера государственной поддержки и содействия развитию малого предпринимательства и самозанятости граждан не является в настоящее время эффективной по ряду причин.

Во-первых, денежная помощь, которую выдает государство гражданам, признанными в установленном порядке безработными, решившими начать свое дело, невелика и соответствует выплачиваемой одновременно 12-кратной максимальной величины пособия по безработице, размер которого на протяжении нескольких лет остается неизменными составляет 4900 руб. То есть сумма выплачиваемой субсидии находится в прямой зависимости от максимального размера соответствующего пособия. В связи с этим представляется, что увеличение максимального размера пособия по безработице до уровня прожиточного минимума для трудоспособного населения с соответствующей индексацией способствовало бы значительному увеличению размера государственной

²¹ См.: Апелляционное определение Кемеровского областного суда от 10.01.2013 № 33-12868 // СПС «Консультант Плюс».

субсидии на открытие малого бизнеса, и, тем самым, делало бы государственную поддержку более существенной.

Во-вторых, получение государственной субсидии безработными гражданами — процедура длительная, и, вместе с тем, требующая обязательного выполнения ряда условий и требований. Анализ судебной практики позволяет выделить ряд следующих ключевых причин, ведущих к возможным негативным последствиям в случае нарушения гражданами договорных обязательств в ходе реализации своего права использования выделенных средств на организацию предпринимательской деятельности:

- непредоставление гражданами в установленный срок документов, подтверждающих целевое расходование бюджетных средств, является основанием для их удержания, в том числе и в судебном порядке;
- нецелевое расходование полученных на развитие предпринимательской деятельности бюджетных денежных средств, подлежит взысканию с возможным удержанием (помимо основной суммы) процентов за их использование;
- в случае прекращения гражданином деятельности в качестве индивидуального предпринимателя до истечения срока, установленного договором, полученная им субсидия подлежит возврату;
- субсидия может быть возвращена в бюджет, если обязательства по договору не выполнены в полном объеме.

Таким образом, следует полагать, что сложившееся представление о безвозмездности государственной единовременной денежной выплаты (субсидии) на развитие предпринимательской деятельности является заведомо ошибочным. Это должны принимать во внимание потенциальные бизнесмены.



Библиография

- Абрамова О.В., Гаврилина А.К. Правовое регулирование трудоустройства. М.: Интел-Синтез, 1997. 80 с.
- Андреева Л.А., Медведев О.М. О месте норм об обеспечении трудовой занятости в системе российского права // Государство и право. 2007. № 2. С.54–61.
- Бреев Б.Д. Безработица в современной России. М.: Наука. 2008. 269 с.
- Варшавский В.Я., Поварич И.П. Непостоянная занятость: российский вариант // Трудовое право. 2008. № 7. С. 59–63.
- Гимпельсон В. Страх безработицы: опыт межстрановых сопоставлений // Вопросы экономики. 2010. № 2. С. 117–138.
- Деготь Б.А. Занятость населения, труд и право. Социально-правовой анализ. Саратов: Изд-во Саратовской Высшей школы МВД, 1995. 92 с.
- Джюев С.Х. Правовые проблемы содействия трудовой занятости в России: Монография. М.: Проспект. 2006. 288 с.
- Джюев С.Х. Особенности обеспечения трудовой занятости в условиях глобального финансового кризиса. М.: Проспект. 2011. 112 с.
- Долгова А., Жукова И. Полная и эффективная занятость молодежи // Человек и труд. 2007. № 8. С. 38–41.
- Зайцева О. Нетипичные формы занятости в России: вопросы теории и практики // Вопросы трудового права. 2011. № 8. С. 8–21.
- Кашепов А.В. Экономика и занятость: Монография. М.: ИМЭИ, 1999. 233 с.
- Киселёв И.Я. Современные тенденции регулирования нестандартных форм занятости в странах Запада // Труд за рубежом. 2003. №1. С. 113–137.
- Медведев О.М. Правовые проблемы обеспечения занятости населения. Дис. ... докт. юрид. наук. М., 1994. 357 с.

Парягина О.А. Концептуально-правовые основы и проблемы занятости инвалидов // Право и политика. 2007. № 5. С. 92–99.

Парягина О.А. Содействие занятости женщин с семейными обязанностями // Трудовое право. 2008. № 3. С. 48–54.

Политика занятости в региональном контексте социально-трудовых отношений: Коллективная монография. Отв. ред. проф. Д.В. Зайцев. Саратов: ИД «Марк», 2013. 201 с.

Скачкова Г.С. Занятость и трудоустройство в современной России: некоторые проблемы правового регулирования // Занятость и трудоустройство в современной России: проблемы правового регулирования: Материалы научно-практической конференции (Москва, 3 ноября 2010 г.) М. 2011. С. 7–17.

Сойфер В.Г. Занятость рабочих мест: некоторые актуальные проблемы // Законодательство и экономика. 2011. № 10. С. 55–62.

Хохидра С.В. Административно-правовые аспекты реализации права на защиту от безработицы в России: Монография. Н.-Новгород: Изд-во Нижегородского госуниверситета, 2003. 181 с.

Шульгина Л.В., Тамошина Г.И., Шевелёва Т.А. Занятость населения и человеческий капитал: Монография. Белгород: Изд-во Белгородского университета. 2009. 346 с.

Material Support of Self-employment for the Unemployed: Algorithm and Aspects of Law Enforcement



Olga Pavlovskaya

Senior Lecturer, Department of Labour Law, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasniitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: olga-pavlovskaya@hse.ru



Abstract

Since the development of market economy in Russia, the issues of promoting employment for citizens have been especially topical. State policy to promote employment aims the development of labour resources, increasing mobility, protection of national labour market, ensuring employment and preventing unemployment. The state policy is implemented by carrying out special events promoting the increase in the number of employed citizens. One of the key directions of the state policy is a significant role of the RF subjects in regulating the labour market by assigning a share in federal authorities as to employment, allocation of subsidies from the federal budget on joint financing regional programs to decrease the tension on employment market in a particular RF subject. Within the regional programs RF subjects may take additional measures in the sphere of employing citizens and protecting from unemployment as well as supporting citizens socially to relieve the tension on the employment market. A measure promoting to reliving such tension is promoting little business and self-employment. This measure is performed by providing subsidies to start up a business within regional special-purpose programs. The paper attempts to examine legal aspects of performing material support and self-employment of citizens and some details in law-enforcement practice. The legal evaluation and system analysis show doubts in terms of the efficiency of such a support in modern economic circumstances and providing a gratuitous subsidy on entrepreneurship is erroneous. However, the author considers this question open for discussion.



Keywords

employment, job, subsidy, social support, minimum monthly wage, living wage, court, regional program, self-employment.

Citation: Pavlovskaya O. (2015) Material Support of Self-employment for the Unemployed: Algorithm and Aspects of Law Enforcement. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no.1, pp. 67–80 (in Russian)

JEL: K31



References

- Abramova O.V., Gavrilina A.K. (1997) *Pravovoe regulirovanie trudoustroystva* [Legal Regulation of Employment]. Moscow, Intel-Sintez, 80 p.
- Andreeva L.A. (2007) O meste norm ob obespechenii trudovoy zanyatosti v sisteme rossiyskogo prava [On the Location of the Norms on Providing Employment within the Russian Law System]. *Gosudarstvo i pravo*, no. 2, pp. 54–61.
- Breev B.D. (2008) *Bezrabotitsa v sovremennoy Rossii* [Unemployment in Modern Russia]. Moscow, Nauka, 269 p.
- Degot' B.A. (1995) *Zanyatost' naseleniya, trud i pravo. Sotsial'no-pravovoy analiz* [Employment of Population, Labour and Law. A Social and Legal Analysis]. Saratov, Izdatel'stvo Saratovskoy shkoly of Internal Ministry, 92 p.
- Dzhioev S.Kh. (2006) *Pravovye problemy sodeystviya trudovoy zanyatosti v Rossii* [Legal Issues of Promoting Employment in Russia]. Moscow, Prospekt, 288 p.
- Dzhioev S.Kh. (2011) *Osobennosti obespecheniya trudovoy zanyatosti v usloviyakh global'nogo finansovogo krizisa* [Features of Employment in the Conditions of the International Financial Crisis]. Moscow, Prospekt, 112 p.
- Dolgova A., Zhukova I. (2007) Polnaya i effektivnaya zanyatost' molodezhi [Complete and Efficient Employment of the Youth]. *Chelovek i trud*, no. 8, pp. 38–41.
- Gimpel'son V. (2010) Strakh bezrabotitsy: opyt mezhranovykh sopostavleniy [Fear of Unemployment: Experience of Interstate Comparisons]. *Voprosy ekonomiki*, no. 2, pp. 117–138.
- Kashepov A.V. (1999) *Ekonomika i zanyatost'*: [Economics and Employment]. Moscow, IMEI, 233 p.
- Kiselev I.Ya. (2003) Sovremennye tendentsii regulirovaniya nestandardnykh form zanyatosti v stranakh Zapada [Modern Trends in Regulating Non-Standard Forms of Employment in the West]. *Trud za rubezhom*, no. 1, pp. 113–137.
- Khokhidra S.V. (2003) *Administrativno-pravovye aspekty realizatsii prava na zashchitu ot bezrabotitsy v Rossii: Monografiya* [Administrative and Legal Aspects of the Right to Protection from Unemployment in Russia. Monograph]. Nizhniy Novgorod, Izdatel'stvo Nizhegorodskogo gosuniversiteta, 181 p.
- Medvedev O.M. (1994) *Pravovye problemy obespecheniya zanyatosti naseleniya. (Diss. dokt. yurid. nauk)* [Legal issues of Employment (Doctor of Juridical Sciences Dissertation)]. Moscow, 357 p.
- Paryagina O.A. (2007) Kontseptual'no-pravovye osnovy i problemy zanyatosti invalidov [Conceptual and Legal Fundamentals and Issues in the Employment of the Disabled]. *Pravo i politika*, no. 5, pp. 92–99.
- Paryagina O.A. (2008) Sodeystvie zanyatosti zhenshchin s semeynymi obyazannostyami [Promoting Employment to Women with Family Duties]. *Trudovoe pravo*, no. 3, pp. 48–54.
- Skachkova G.S. (2011) Zanyatost' i trudoustroystvo v sovremennoy Rossii: nekotorye problem pravovogo regulirovaniya [Employment and Jobs in Modern Russia: Issues of Legal Regulation]. *Proceedings of Conference*, Moscow, November 3, 2010). Moscow, pp. 7–17.
- Soyfer V.G. (2011) Zanyatost' rabochikh mest: nekotorye aktual'nye problemy [Employment: Some Topical Issues]. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, no. 10, pp. 55–62.
- Shul'gina L.V., Tamoshina G.I., Sheveleva T.A. (2009) *Zanyatost' naseleniya i chelovecheskiy kapital* [Employment of Citizens and Human Capital]. Belgorod: BGU, 346 p.
- Varshavskiy V.Ya., Povarich I.P. (2008) Nepostoyannaya zanyatost': rossiyskiy variant [Temporary Employment: Russian Version]. *Trudovoe pravo*, no. 7, pp. 59–63.
- Zaytsev D.V. (ed.) (2013) *Politika zanyatosti v regional'nom kontekste sotsial'no-trudovykh otnosheniy* [Employment Policy in Regions: Social and Labour Relations]. Saratov: Mark, 201 p.
- Zaytseva O. (2011) Netipichnye formy zanyatosti v Rossii: voprosy teorii i praktiki [Non-typical Employment in Russia: Theory and Practice]. *Voprosy trudovogo prava*, no. 8, pp. 8–21.

Уголовно-правовые риски: репутация и имидж бизнеса



В.В. Бальжинимаева

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



Аннотация

Настоящая статья посвящена исследованию влияния уголовной ответственности юридического лица на его репутацию и имидж. Без преувеличения можно сказать, что вопрос введения уголовной ответственности юридических лиц в России представляет собой актуальное и широко обсуждаемое явление. Учитывая события и процессы, происходящие в мировой экономике, компании, в том числе международные, на сегодняшний день, как никогда, заинтересованы в «сохранении» своего бизнеса. По мнению некоторых специалистов, распространение информации о том, что юридическое лицо совершило преступление, значительным образом влияет на его прибыльность и стоимость. Несмотря на то, что во многом именно потребительский спрос формирует стоимость компании, определяет занимаемое место на рынке, образ, с которым ассоциирует себя компания, стал предметом исследования сравнительно недавно. Тем менее, сегодня данное направление стремительно развивается: например, в XXI веке поведение потребителя исследуется особым направлением в психологии — нейромаркетингом. В настоящей статье автор раскрывает содержание таких терминов, как «репутация», «деловая репутация», «имидж», а также отмечает, когда и кем впервые было исследовано содержание указанных терминов. В статье проводится различие между такими понятиями, как «гудвилл» (термин, пришедший в Россию из англо-американского права) и «деловая репутация» (существует мнение, что «гудвилл» — это синоним «деловой репутации»). Вопрос о влиянии уголовной ответственности юридических лиц на деловую репутацию и имидж компании рассматривается автором как с бытовой, так и с экономической точек зрения. Несмотря на то, что на первый взгляд может показаться, будто уголовная ответственность юридического лица не способна оказать влияние на образ компании и ее ценность, практика показывает обратное. Учитывая, что большая часть компаний производит продукцию, оказывает услуги по правилам, которые представляются социально значимыми (например, безвредное производство, экологические ограничения и т.д.), информация о нарушении этих правил вполне способна создать негативный образ компании у потребителя. С экономической точки зрения факт совершения компанией преступления может оказаться для нее губительным, поскольку негативный образ компании влияет на стоимость акций компании и заинтересованность потенциальных инвесторов. В качестве примера рассматривается случай с оказанием влияния факта совершения преступления главой совета директоров на стоимость акций компании, а также зарубежная судебная практика.



Ключевые слова

уголовно-правовые риски, уголовная ответственность юридических лиц, деловая репутация, имидж, гудвилл.

Библиографическое описание: Бальжинимаева В.В. Уголовно-правовые риски: репутация и имидж бизнеса // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. №1. С. 81–90.

JEL: K14

Несмотря на то, что термин «правовой риск» не используется в уголовном законодательстве, его часто можно встретить в научной литературе¹. Среди прочих подходов и концепций к пониманию уголовно-правового риска существует подход, высказанный А.Э. Жалинским — уголовно-правовой риск представляет собой «опасность быть подвергнутым уголовному преследованию без законных материально-правовых оснований для этого либо претерпеть различного рода ограничения, связанные с предварительной или окончательной, вступившей в силу или отмененной оценкой деяния как преступления»². В настоящей статье мы будем говорить об уголовно-правовом запрете как ограничении, которое может повлечь некоторые последствия, обозначенные ниже.

На сегодняшний день вопрос введения уголовной ответственности юридических лиц в Российской Федерации является актуальным и широко обсуждаемым как со стороны научного сообщества, правоохранительных органов, так и представителей бизнес-среды. Нельзя отрицать при этом тот факт, что введение института уголовной ответственности юридических лиц повлияет на все сферы жизни общества, в первую очередь, экономическую.

Исходя из опыта стран, где существует институт уголовной ответственности юридических лиц, в качестве наказаний, которые следует применять к юридическим лицам, предлагаются следующие их виды: штраф, лишение права заниматься определенной деятельностью, закрытие предприятия (филиала, представительства) юридического лица, конфискация имущества, помещение под судебный контроль, ликвидация юридического лица, опубликование или распространение вынесенного судебного решения в печати или с помощью других средств публичной коммуникации. По мнению Е.С. Смольянинова, «имеет значение и сам факт признания корпорации «преступной», в результате чего она подвергается моральному осуждению, теряет доверие кредиторов, лишается клиентов, может столкнуться с бойкотом ее товаров, потерять возможность получения правительственных заказов»³. В эпоху глобализации экономических отношений с этим трудно не согласиться, ведь сегодня репутация и доверие — основа успеха компании. Об этом свидетельствует наличие большого количества компаний, исследующих потребительский рынок, авторитетных изданий, публикующих список производителей с высокой репутацией, специалистов в области консалтинговых услуг по репутационному менеджменту⁴.

Помимо ответственности, установленной законом, на наш взгляд, уместно говорить о ее последствиях, влияющих, в первую очередь, на деловую репутацию и имидж компании, как следствие, деятельность организации. Тем не менее репутации и имиджу не всегда придавали значение: только в 1980-е годы компании осознали влияние имиджа и деловой репутации, поэтому о деловой репутации как самостоятельном «активе» стали говорить сравнительно недавно⁵. Более того, на сегодняшний день, по оценкам экспертов, возможности и влияние деловой репутации и имиджа недооцениваются.

Для начала следует разобраться в значении используемых нами терминов. Мы будем говорить о понятии репутации не в правовом, а в ее социально-экономическом значе-

¹ Никифоров А.В. Уголовно-правовые риски налоговых агентов: новый порядок возбуждения уголовных дел // *Налоги и налогообложение*. 2012. № 3. С. 31–45.

² Жалинский А.Э. *Уголовное право в ожидании перемен*. М.: Проспект, 2009. С. 242

³ Смольянинов Е.С. О необходимости введения уголовной ответственности юридических лиц в российском законодательстве // *Российский следователь*. 2009. № 15. С. 20.

⁴ См. подр.: Козлова Н.П. Формирования положительного имиджа и деловой репутации. // *Вестник Астраханского государственного технического университета*. Серия: экономика. 2011. № 1. С. 76–71.

⁵ Джи Б. *Имидж фирмы. Планирование, формирование, продвижение*. СПб.: Питер, 2000. С. 7.

нии. Тем не менее специалистами проводится различие между понятиями «репутация» и «деловая репутация» (понятие «репутация» — более широкое по сравнению с «деловой репутацией»). Репутация включает в себя множество элементов, таких, как «приобретаемую кем- или чем-либо общественную оценку, общее мнение о качествах, достоинствах и недостатках кого- или чего-либо, объединенную в целое пропорцию сведений положительных и отрицательных о качествах объекта, известных окружающим и в силу этого отраженных в общественном сознании как мнение»⁶. В качестве признака репутации нередко указывается «объективность», однако высказывается мнение, что не всегда сложившийся негативный имидж соответствует действительному положению дел, поскольку репутация отражает обычно субъективное мнение⁷.

Деловая репутация помимо общих с репутацией признаков (таких, как нематериальность, неотчуждаемость, динамичность и т.д.) обладает отличительной особенностью — она передает информацию о ее носителе с точки зрения «профессиональных качеств», «профессиональной деятельности».

Деловая репутация по отношению к имиджу — понятие более сложное. Проанализировав данные разными авторами определения имиджа, мы пришли к выводу, что имидж, являясь собственным «продуктом» компании, представляет собой поверхностное, зачастую искусственно созданное за сравнительно недолгое время, быстро и легко трансформирующееся представление об объекте, не требующее обязательной рациональной оценки его реальных качеств, которое складывается в сознании людей⁸. «Имидж возникает и корректируется в результате восприятия и сопутствующего профильтровывания поступающей из внешней среды информации о данном объекте сквозь сеть действующих стереотипов. В качестве обладателя имиджа может выступать любой объект окружающей действительности»⁹. В качестве видов имиджа выделяют желаемый и реальный имиджи (желаемый имидж — это имидж, который компания стремится создать для своего товара на рыночном пространстве)¹⁰.

Имидж существует в обществе, субъектом имиджа выступает человек (несмотря на то, что имиджем может обладать как человек, так и продукт), поскольку благодаря человеку формируется образ товара или услуги. Имидж может выступать в качестве инструмента работы с сознанием потребителя, поскольку в дальнейшем вызывает автоматические реакции у населения¹¹.

Обоснование «теории имиджа» и первое обращение к имиджу в рекламе связывают с именем Дэвида Огилви. По его мнению, до потребителя необходимо донести инфор-

⁶ См. подр.: *Килинкар В.В.* К вопросу о понятии деловой репутации в российском праве // Вестник Санкт-Петербургского университета. 2011. Сер. 14. Вып. 1. С. 19.

⁷ См. подр.: *Правоторов В.В.* Имидж работодателя: как репутация компании помогает управлять персоналом и бизнесом // Управление развитием персонала. 2005. № 4. С. 55.

⁸ См. подр.: *Важенина И.С., Копанцев Д.В.* Деловая репутация — стратегическая составляющая жизнестойкости компании // Журнал экономической теории. 2009. № 2. С. 10; *Важенина И.С.* Деловая репутация как конкурентный ресурс компании // Журнал экономической теории. 2006. № 4. С. 134–135; *Козлова Н.* Факторы, формирующие имидж и деловую репутацию компании // РИСК. 2011. № 3. С. 219–222; *Москвина И.А., Моисеева Н.К.* Репутация и имидж предприятия как объекты управления в системе маркетинга (теоретические аспекты) // Маркетинг услуг. 2007. № 2 (10). С. 130–139.

⁹ *Грицианов А.* Новейший философский словарь. Минск, 2003 // http://www.gumer.info/bogoslov_Vuks/Philos/fil_dict/284.php (дата обращения: 09.12.2014)

¹⁰ См. подр.: *Блэкуэлл Р., Миниард П., Энджел Дж.* Поведение потребителей. СПб.: Питер, 2007. С. 429.

¹¹ См. подр.: *Райзберг Б.А., Лозовский Л.Ш., Стародубцева Е.Б.* Современный экономический словарь. М.: НИЦ ИНФРА-М, 2006. С. 18.

мацию не только о качестве товара, но и наделять продаваемый товар положительным имиджем. Возможности имиджа Д. Огилви наглядно демонстрирует в книге «Огилви о рекламе» на примере имиджа компании — производителя виски: потребитель выбирает не виски, а имидж, т.е. стиль, который несет напиток. В качестве примера о возможности воздействия сложившегося в сознании человека образа в книге приводится исследование, проведенное сотрудниками факультета психологии Калифорнийского университета. Суть эксперимента заключалась в следующем: студенты должны были описать вкус предложенной им дистиллированной воды, при этом одной группе сообщили, что они пьют дистиллированную воду, другим сказали, что это вода из-под крана. Группа студентов, которые полагали, что пьют сырую воду (на самом деле им была предложена дистиллированная вода), описали ее вкус как «отвратительный». Эксперимент наглядно показывает, что созданный имидж способен повлиять даже на вкусовое восприятие человека¹².

На сегодняшний день в правовой и экономической литературе можно встретить термин «гудвилл», который иногда воспринимают как синоним термина «деловая репутация». Термин «гудвилл» пришел к нам из англо-американского права, где он существует на протяжении многих лет. Некоторые авторы, исходя из опыта стран общего права, под гудвиллом понимают «установившиеся деловые связи бизнеса, приобретенную в глазах потребителей и заказчиков бизнеса репутацию, сложившуюся клиентуру, имидж управляющего персонала и сотрудников, возможность приобретения связей, наличие внеконтрактных отношений с потенциальными заказчиками, базы данных, секреты, незарегистрированные товарные знаки, незапатентованные технологии и пр.»¹³. Таким образом, они полагают, что термин «гудвилл» включает в себя как имидж (деловую репутацию), так и репутацию в целом.

Вложение средств в развитие гудвилла считается перспективным, поскольку потраченные средства могут оказывать помощь в увеличении прибыли и развитии бизнеса в течение многих лет. Бесспорно, успешный рост компании во многом зависит от его владельца, грамотной политики и работы менеджеров. Однако «успех бизнеса зависит также от желания потребителей этого бизнеса, от их «доброй воли» (good will) пользоваться услугами или товарами именно этого бизнеса... Таким образом, добрая воля покупателей или потребителей не является каким-либо термином, поддающимся научному определению; по своей сути это субъективное отражение бизнеса вовне»¹⁴.

На наш взгляд, можно говорить, что уголовная ответственность юридического лица оказывает воздействие не только на деловую репутацию и имидж, а в целом на гудвилл. Социум, потребители, формируют свое отношение к компании и производимым ею товарам, оказываемым услугам исходя из информации, предоставляемой как самой компанией, так и СМИ. В книге Е.А. Ершовой «Гудвилл бизнеса» приводятся результаты исследования журнала Fortune. Согласно этим результатам, ключевыми составляющими корпоративной репутации фирмы являются качество управления, качество продукции и предлагаемых услуг, ответственность перед обществом и окружающей средой и т.д. Давайте рассмотрим, как может повлиять на успех компании невыполнение ею установленных законом обязанностей.

¹² См. подр.: Огилви Д. Огилви о рекламе. М.: Эксмо, 2005. С. 229.

¹³ Ершова Е.А. Гудвилл бизнеса. М.: Статут, 2013 // СПС «Консультант Плюс». В экономическом смысле «гудвилл» определяется как «условная стоимость деловых связей фирмы, предприятия; денежная оценка престижа торговой марки, управленческих организационных и технических ресурсов». См.: Булыко А.Н. Большой словарь иностранных слов. 35 тысяч слов. М.: Мартин, 2006. С. 175.

¹⁴ Ершова Е.А. Указ. соч.

В контексте заявленной темы вопрос о влиянии уголовной ответственности юридических лиц на деловую репутацию и имидж компании может быть рассмотрен как с бытовой, так и с экономической точек зрения. Это не исключает рациональности дискурса по основному вопросу — обоснованности введения уголовной ответственности указанных лиц. Поскольку с правовой точки зрения нет единого мнения, понимается ли под терминами «деловая репутация» и «гудвилл» одно и то же, в дальнейшем мы будем использовать такие понятия, как «деловая репутация» и «имидж».

Деловую репутацию и имидж можно рассматривать как привлекательность компании для двух групп: потребителя и контрагентов-поставщиков или деловых партнеров. Для потребителей понятие имиджа тесно связано с брендом компании. Здесь важными факторами выступают качество продукта, популярность предлагаемых товаров и услуг. Однако кроме перечисленных параметров имидж и деловая репутация юридического лица в настоящее время тесно связаны с социальной ответственностью. Многие компании стараются вести свой бизнес по социально значимым для людей правилам: безвредное производство, экологические ограничения и т.д. Если завтра мы прочитаем в СМИ, что компания, позиционирующая себя и строящая рекламу и политику в качестве защитника экологии, будет нести уголовную ответственность за экологическое преступление, спрос на ее продукцию, с большой вероятностью, уменьшится (поскольку произойдет формирование негативной социальной установки). «Положительная репутация повышает не только вероятность покупки потребителями товаров и услуг компании, но также и вероятность того, что потребители будут рекомендовать эту компанию окружающим. Но это не все. Положительная репутация компании способствует тому, что потребители покупают ее акции и рекомендуют поступать так же другим инвесторам»¹⁵.

Привлекательность (имидж и деловая репутация) юридического лица для контрагентов может иметь более сильный и губительный характер в случае наступления ее уголовной ответственности. Ввиду этого повышается риск угрозы стабильности дальнейшего партнерства.

Если говорить об экономической составляющей рассматриваемого вопроса, то построение имиджа и деловой репутации юридического лица неразрывно связано с таким понятием как бренд, успешность, и как следствие — доходность, как в настоящих, так и в будущих перспективах. На сегодняшний день деловая репутация как нематериальный актив также имеет свою стоимость¹⁶. Наиболее значимая связь может наблюдаться в такой форме собственности, как ОАО, предполагающей совместное владение активами компании большим кругом лиц. Ценная бумага определяется спросом и предложением на бирже, соответственно, в определенные моменты времени акции компании могут быть недооценены и переоценены рынком относительно их реальной стоимости. Как отмечено выше, рыночный имидж и деловая репутация компании — это доходность ее ценных бумаг. В случае уголовного преследования одного из владельцев компании (не говоря уже об уголовной ответственности самого юридического лица), степень влияния на имидж будет определяться привлечением к уголовному разбирательству имущества компании — центра источника прибыли. Безусловно, любой подобный инцидент вызовет, как минимум, краткосрочное снижение стоимости бумаг компании из-за наличия неопределенности в отношении будущего компании. Однако если компания продолжит

¹⁵ См. подр.: Блэкуэлл Р., Минниард П., Энджел Дж. Указ. соч. С. 410.

¹⁶ См. подр.: Килинкаргов В.В. К вопросу о понятии деловой репутации в российском праве // Вестник Санкт-Петербургского университета. 2011. Сер. 14. Вып.1. С. 24–25.

свое функционирование и ее «реальная» стоимость не уменьшится, то недооцененные акции быстро поднимутся в цене. В том случае, если уголовное преследование будет связано с преобразованиями, понижающими реальную стоимость компании (ее капитализацию), то снижение акций и снижение репутации — это длительная и единственная перспектива компании.

Одно из самых обсуждаемых событий сегодня — дело В. Евтушенкова, главы совета директоров и основного акционера АФК «Система». Необходимо отметить, что предъявленное ему обвинение в нарушении законодательства в процессе приватизации государственного актива является серьезным (компания это грозит приобретением нового руководителя с новыми стратегическим курсом)¹⁷. Рынок отреагировал однозначно — быстрой продажей ценных бумаг, так как существует угроза потенциального снижения стоимости активов (арест) и «реальной» доходности компании. Деловая репутация и имидж компании, безусловно, потеряны, — она не является более привлекательным активом для инвесторов. К таким результатам и последствиям привело предъявление обвинения к физическому лицу, главе совета директоров акционерного общества. Давайте представим, какими могут быть экономические, репутационные и имиджевые последствия, если уголовное обвинение будет предъявлено юридическому лицу?

В качестве примера рассмотрим дело из зарубежной судебной практики. Против индийского производителя лекарственных препаратов Ranbaxy Laboratories (Индия — четвертый по величине производитель медицинских препаратов в мире) были приняты меры со стороны Управления по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов США (FDA). Управление ограничило ввоз производимого на заводе в г. Тоанса товара компании (к слову, в течение 6 лет FDA наложило запрет на ввоз товара с четырех заводов Ranbaxy). Указанное решение было принято в результате проверки, проведенной в январе 2014 г., в ходе которой обнаружилось большое количество нарушений, в том числе было выяснено, что сотрудники лаборатории составляли не соответствующие действительности результаты тестирования¹⁸.

СМИ уже относят компанию Ranbaxy к корпоративным преступникам: в 2013 г. Ranbaxy выплатила штраф в размере 500 млн. долл. США и признала свою вину по семи уголовным пунктам в связи с продажей фальсифицированных лекарств с целью обмана и сокрытия факта, что данные лекарства не соответствовали сертификации и заведомо ложных заявлениях правительству. Несмотря на усилия рекламного отдела компании, публичные заявления о введении новых технологий, методах управления и строгом кодексе поведения, регулярно поступает информация, что акции Ranbaxy упали на 9%, 18%, 20%¹⁹.

О заинтересованности юридических лиц в построении и управлении деловой репутации свидетельствует тот факт, что изучением поведения потребителей занимается в том числе целое направление в психологии. Достаточно отметить, что было введено такое понятие, как «нейромаркетинг», в рамках которого применяют неврологические

¹⁷ Председателю совета директоров ОАО АФК «Система» Владимиру Евтушенкову предъявлено обвинение в легализации (отмывании) имущества, приобретенного преступным путем (ч. 4 ст. 174 УК РФ), сообщил официальный представитель СК РФ Владимир Маркин // <http://www.interfax.ru/business/397110> (дата обращения: 09.12.2014).

¹⁸ См. подр.: Катрин Э. Пустые обещания Ranbaxy, или чем лечит индийская компания пациентов // <http://rosinvest.com/page/pustye-obeshhanija-ranbaxy-ili-chem-lechit-indijskaja-kompanija-pacientov> (дата обращения: 09.12.2014).

¹⁹ См. подр.: Катрин Э. Указ. соч.

лабораторные методы, проводят сканирование мозга потенциальных потребителей компании, чтобы отследить их реакцию на производимый товар. На основе этих исследований делаются выводы об имидже компании. В большей мере проблема деловой репутации и имиджа важна для компаний, чья деятельность основана на предоставлении услуг, «поскольку в подобных случаях потребитель платит за то, что нематериально и неосвязаемо, поэтому можно сказать, что рискует он в большей степени»²⁰.

Как мы видим, на сегодняшний день существует зависимость между деловой репутацией и акционерной стоимостью компании. В борьбу на рынке вступают репутационные ресурсы, поскольку «репутационная составляющая деятельности определяет устойчивость фирмы и стратегические перспективы ее деятельности... с наступлением информационного века, произошел переход от строго иерархически выстроенного общества к распространению информационных сетей, связывающих между собой индивидов, институты и государство»²¹.

Существует большое количество предлагаемых теорий, подходов и схем в построении имиджа, деловой репутации, формировании положительного гудвилла компании²². Ranbaxy — яркий пример, что PR-отделы и профессиональные организации нередко «создают» репутацию, не соответствующую действительности, не принимая при этом во внимание, что прикрывают тем самым производство некачественных лекарств. Очевидно, что в подобных случаях освещаемое в СМИ судебное разбирательство и уголовная ответственность юридического лица помогают потребителю увидеть истинное «лицо» компании.

Уголовная ответственность юридического лица всегда оказывает влияние на его деловую репутацию и имидж как с экономической, так и бытовой точек зрения. В нас заложена установка сродни инстинкту — реакция на само слово «уголовный»; читатель всегда обратит внимание на публикацию об очередном уголовном деле. Если учесть, что стоимость деловой репутации нередко оценивается в миллионы долларов и то, что она влияет на стоимость акций компании, очевидно, что помимо установленного законом наказания юридическое лицо будет нести другие последствия: негативное влияние на деловую репутацию, входящую в нематериальные активы, выражающееся во вполне материальной потере сотен или миллионов долларов.



Библиография

Блэкуэлл Р., Миниард П., Энджел Дж. Поведение потребителей. 10-е изд. / Пер. с англ. СПб.: Питер, 2007. 944 с.

Булыко А.Н. Большой словарь иностранных слов. 35 тысяч слов. М.: Мартин, 2006. 240 с.

Глава АФК «Система» помещен под домашний арест // <http://www.interfax.ru/business/397110> (дата обращения — 09.12.2014).

Грицианов А. Новейший философский словарь. Минск, 2003 // http://www.gumer.info/bogoslov_Buks/Philos/fil_dict/284.php (дата обращения — 09.12.2014). 1280 с.

Джи Б. Имидж фирмы. Планирование, формирование, продвижение. СПб.: Питер, 2000. 224 с.

²⁰ Блэкуэлл Р., Миниард П., Энджел Дж. Указ.соч. С. 410.

²¹ Морозова И.А., Курбатова Ю.А., Оленева А.В. Создание положительной деловой репутации российских компаний в рамках социально-ориентированной экономики // Государственный советник. 2014. № 1. С. 65.

²² См.: Ульяновский А. Технологии формирования корпоративного имиджа для максимального роста бизнеса. М.: Эксмо, 2008. С. 143–233.

- Ершова Е. А. Гудвилл бизнеса. М.: Статут, 2013 // СПС «Консультант Плюс». 225 с.
- Жалинский А. Э. Уголовное право в ожидании перемен. М.: Проспект, 2009. 400 с.
- Катрин Э. Пустые обещания Ranbaxy, или чем лечит индийская компания пациентов // <http://rosinvest.com/page/pustye-obeshhaniya-ranbaxy-ili-chem-lechit-indijskaja-kompanija-pacientov> (дата обращения — 09.12.2014).
- Килинкар В. В. К вопросу о понятии деловой репутации в российском праве // Вестник Санкт-Петербургского университета. 2011. Сер. 14. Вып. 1. С. 16–30.
- Козлова Н. П. Формирования положительного имиджа и деловой репутации. // Вестник Астраханского государственного технического университета. Серия: экономика. 2011. № 1. С. 71–76.
- Морозова И. А., Курбатова Ю. А., Оленева А. В. Создание положительной деловой репутации российских компаний в рамках социально-ориентированной экономики // Государственный советник. 2014. № 1. С. 65–72.
- Никифоров А. В. Уголовно-правовые риски налоговых агентов: новый порядок возбуждения уголовных дел // Налоги и налогообложение. 2012. № 3. С. 31–45.
- Огилви Д. Огилви о рекламе / Пер. с англ. М.: Эксмо, 2005. 229 с.
- Правоторов В. В. Имидж работодателя: как репутация компании помогает управлять персоналом и бизнесом // Управление развитием персонала. 2005. № 4. С. 55–58.
- Райзберг Б. А., Лозовский Л. Ш., Стародубцева Е. Б. Современный экономический словарь. М.: НИЦ ИНФРА-М, 2006. 480 с.
- Смолянинов Е. С. О необходимости введения уголовной ответственности юридических лиц в российском законодательстве // Российский следователь. 2009. № 15. С. 19–20.
- Ульяновский А. Технологии формирования корпоративного имиджа для максимального роста бизнеса. М.: Эксмо, 2008. 398 с.
-

Criminal Law Risks: Reputation and Image of Business



Violetta Bal'zhinimaeva

Postgraduate Student, Department of Criminal Law. Law Faculty, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: balvioletta@yandex.ru



Abstract

The article deals with the study of the influence of corporate criminal liability on reputation and image. No doubt, corporate criminal liability in Russia is the question of current interest and a widely discussed phenomenon. Considering the events and processes taking place in the global economy, domestic and international companies are, more than ever, interested in «saving» their business today. According to some experts, the dissemination of information about the fact that a legal entity has committed a crime influences its image, profitability and company value. In many ways it is the demand that forms the value of the company and determines the capitalization of the company. In spite of this fact, the image of the company has been recently studied. Nevertheless, researching of image is growing rapidly today: for example, in the 21st century consumer behavior is studied by neuromarketing (a special field in psychology). The author reveals the essence of such terms as *reputation*, *business reputation*, *image* and notes when and by whom the content of the terms was studied. The article makes a distinction between such terms as *goodwill* (the term which came to Russia from Anglo-American law) and *business reputation* (there is an opinion that *goodwill* is synonymous to *business reputation*).

The question about the influence of corporate criminal liability on business reputation and image of the company is considered by the author from general and economic points of view. Despite the fact that at first glance it may seem that corporate criminal liability cannot have an impact on the image of the company and its values, the practice proves otherwise. Given the fact that most producing companies provide rules that seem socially significant (for example, safe production, environmental constraints, and so on), information about the violation of these rules can create a negative image of the company among consumers. From the economic point of view the fact of committing a crime by a company may

be denigrating, since the negative image of the company also affects the value of the shares in the company, the interest of potential investors. As an example we consider the case of the influence of committing a crime by the head of the Board of Directors on the share price of the company, as well as foreign judicial practice.



Keywords

Criminal legal risks, corporate criminal liability, business reputation, image, goodwill, crime

Citation: Baljinimaeva V. (2015) Criminal Legal Risks: Reputation and Image of Business. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no. 1, pp. 81–90 (in Russian)

JEL: K14



References

- Blekuell R., Miniard P., Endzhel Dzh. (2007) *Povedenie potrebiteley* [Consumer Behaviour]. 10-e izd. Saint Petersburg.: Piter, 944 p. (in Russian)
- Bulyko A.N. (2006) *Bol'shoy slovar' inostrannykh slov* [A dictionary of foreign words]. Moscow: Martin, 240 p. (in Russian)
- Gritsianov A. (2003) *Noveyshiyy filosofskiy slovar'* [The newest philosophical dictionary]. Minsk. Available at: http://www.gumer.info/bogoslov_Buks/Philos/fil_dict/284.php (accessed 09.12.2014).
- Dzhi B. (2000) *Imidzh firmy. Planirovaniye, formirovaniye, prodvizheniye* [Image of the Company. Planning, Formation and Promotion]. Saint Petersburg: Piter, 224 p. (in Russian)
- Ershova E. A. (2013) *Gudvill biznesa* [Goodwill of Business]. Moscow: Statut, 225 p. (in Russian)
- Glava AFK «Sistema» pomeshen pod domashniy arrest [Chairman of the Board of Joint-Stock Financial Corporation «Systema» was placed under house arrest]. Ofitsial'nyy sait «Interfaks». Available at: <http://www.interfax.ru/business/397110> (accessed 09. 12. 2014).
- Katrin E. (2014) Pustye obeshchaniya Ranbaxy, ili chem lechit indiyaskaya kompaniya patsientov [Empty Promises of Ranbaxy or than how the Indian Company Treats Patients]. Available at: <http://rosinvest.com/page/pustye-obeshhaniya-ranbaxy-ili-chem-lechit-indiyaskaya-kompaniya-pacientov> (accessed 9.12.2014).
- Kilinkarov V.V. (2011) K voprosu o ponyatii delovoy reputatsii v rossiyskom prave [On the Issue of Concept of Business Reputation in Russian Law]. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta*, ser.14, no. 1, pp. 16–30.
- Kozlova N.P. (2011) *Formirovaniya polozhitel'nogo imidzha i delovoy reputatsii*. [Creating a Positive Image and Business Reputation]. *Vestnik Astrakhanskogo gosudarstvennogo tekhnicheskogo universiteta. Seriya: ekonomika*, no. 1, pp. 76–71 (in Russian)
- Morozova I.A., Kurbatova Yu.A., Oleneva A.V. (2014) Sozdanie polozhitel'noy delovoy reputatsii rossiyskikh kompaniy v ramkakh sotsial'no-orientirovannoy ekonomiki [Creating Positive Business Reputation of Russian Companies under Socially-oriented Economy]. *Gosudarstvennyy sovetnik*, no. 1, pp. 65–72.
- Nikiforov A.V. (2012) Ugolovno — pravovye riski nalogovykh agentov: novyy poryadok vozbuzhdeniya ugovolnykh del [Criminal Legal Risks of Tax Agent: a New Procedure of Initiating Criminal Case]. *Nalogi i nalogooblozheniye*, no. 3, pp. 31–45 (in Russian).
- Ogilvi D. (2005) *Ogilvi o reklame* [Ogilvi on Advertising]. Moscow: Eksmo, 229 p. (in Russian)
- Pravotorov V.V. (2005) Imidzh rabotodatelya: kak reputatsiya kompanii pomogaet upravlyat' personalom i biznesom [Image of Employer: How Reputation of a Company Helps to Manage Staff and Business]. *Upravlenie razvitiem personala*, no. 4, pp. 55–58 (in Russian)
- Rayzberg B.A., Lozovskiy L. Sh., Starodubtseva E.B. (2006) *Sovremennyy ekonomicheskyy slovar'* [Modern Dictionary of Economics]. Moscow: NITs INFRA, 480 p. (in Russian).
- Smol'yaninov E.S. (2009) O neobkhodimosti vvedeniya ugovolnoy otvetstvennosti yuridicheskikh lits v rossiyskom zakonodatel'stve [On the Issue of Corporate Criminal Liability in Russian Legislation]. *Rossiyskiy sledovatel'*, no. 15. pp. 19–20 (in Russian)

Ul'yanovskiy A. (2008) *Tekhnologii formirovaniya korporativnogo imidzha dlya maksimal'nogo rosta biznesa* [Corporate Image Formation Technology for Maximum Business Growth]. Moscow: Eksmo, 398 p. (in Russian)

Zhalinskiy A. E. (2009) *Ugolovnoe pravo v ozhidanii peremen* [Criminal Law: Waiting for Changes]. Moscow: Prospekt, 400 p. (in Russian)

Разграничение ролей исполнителя и пособника: закон и правоприменение



М.А. Саблина

аспирантка кафедры уголовного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: mayua91@yandex.ru



Аннотация

Статья посвящена вопросу отграничения посреднических действий от исполнительских в интерпретации действующего уголовного законодательства и судебной практики за последние два десятилетия. Проводится проверка соответствия статей Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации положениям Общей части о соучастии. Эмпирическую базу составили материалы судебной практики по преступлениям против жизни и здоровья, половой неприкосновенности и половой свободы личности; против собственности; против общественной безопасности, здоровья населения и общественной нравственности; экологическим преступлениям и преступлениям, связанным с взяточничеством. В статье освещены ключевые постановления Пленума Верховного Суда РФ, содержащие разъяснения по вопросу отграничения роли исполнителя от пособника. Разбираются неточности и двусмысленность формулировок актов высшего судебного органа, порождающих дискуссии в кругах ученых и отсутствие единообразия в правоприменительной практике. В статье содержится подборка судебных актов, в которых излагается и аргументируется позиция судов, отличная от разъяснений Верховного Суда РФ. Особое внимание уделено принятию федерального закона, дополнившего ч. 3 ст. 205¹ УК, закрепляющей пособничество в совершении террористического акта в качестве самостоятельного преступления, и позициям государственных органов, излагаемым в отзывах на законопроект. Именно данное нововведение во многом положило начало тенденции смешения исполнительских и посреднических действий на законодательном уровне. Продолжением послужило дополнение Особенной части УК РФ ст. 291¹ «Посредничество во взяточничестве». Кроме того, в статье анализируются законопроекты, находящиеся на данный момент на рассмотрении в Государственной Думе РФ, в случае принятия которых пособнические действия по ряду составов будут признаваться в качестве самостоятельных преступлений, а лица их совершившие — исполнителями. Автор отмечает, что Верховный Суд РФ зачастую выходит за рамки допустимого толкования и излагаемая им позиция является применением закона по аналогии, а не его разъяснением. Во избежание сложностей с применением ч. 5 ст. 33 УК РФ поддерживается предложение сделать перечень закрепленных в ней действий открытым. В целом автор приходит к выводу о тенденции к стиранию четкой границы между ролью исполнителя и пособника, констатирует отсутствие единообразия в судебной практике и считает необходимым развивать положения Общей части УК РФ о соучастии.



Ключевые слова

соучастие, исполнитель, пособник, разграничение ролей, непосредственное участие в совершении преступления, соотношение закона и правоприменительной практики.

Библиографическое описание: Саблина М.А. Разграничение ролей исполнителя и пособника: закон и правоприменение // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. №1. С. 91–104.

JEL: K14

Исполнитель преступления — это ключевая фигура соучастия. Пособник, наряду с организатором и подстрекателем, выполняет при совершении преступления вспомогательную, второстепенную функцию. Тем не менее, все чаще действиям пособника придается самостоятельное значение. Примером может служить внесение в Уголовный кодекс Российской Федерации (далее — УК РФ) ст. 205¹ и 291¹ (подробнее они будут рассмотрены ниже). Предпосылкой для такого развития уголовного законодательства во многом стала позиция Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ) в отношении различных преступлений.

Исполнитель — лицо, полностью или частично выполнившее объективную сторону преступления самостоятельно или посредством других лиц, не подлежащих уголовной ответственности. Содействие совершению преступления советами, указаниями, предоставлением информации, средств или орудий совершения преступления либо устранением препятствий, данное заранее обещание скрыть преступника, средства или орудия совершения преступления, следы преступления либо предметы, добытые преступным путем, а также обещание приобрести или сбыть такие предметы образуют *пособничество*. Отметим, что приведенный перечень является закрытым, а, следовательно, расширительному толкованию и дополнению без внесения соответствующих изменений в УК РФ не подлежит. Обратимся к материалам судебной практики, чтобы проследить, насколько четко соблюдается данное правило.

Среди преступлений против жизни и здоровья оживленные дискуссии ведутся по поводу разграничения действий исполнителя и пособника по делам об убийстве. Поводом для этого послужил п. 10 постановления Пленума ВС РФ № 1 от 27.01.1999¹ (далее — Постановление № 1). Давая разъяснения судам по правильному применению квалифицирующего признака, закрепленного в п. «ж» ч. 2 ст. 105 УК РФ, Пленум Верховного Суда РФ отметил, что для признания убийства, совершенным группой лиц, т.е. при наличии не менее двух соисполнителей, «необязательно, чтобы повреждения, повлекшие смерть, были причинены каждым из них (например, один подавлял сопротивление потерпевшего, лишал его возможности защищаться, а другой причинил ему смертельные повреждения)». Тем не менее, передачу оружия для совершения убийства ВС РФ рассматривает в качестве пособничества². Однако мы не можем достоверно утверждать, что больше способствует достижению цели убийцы: удержание потерпевшего или передача оружия, которым впоследствии будут нанесены смертельные повреждения.

Отметим, что в диспозиции ч. 1 ст. 105 УК РФ четко прописано: убийство, т.е. умышленное причинение смерти другому человеку. Это значит, что объективную сторону данного противоправного деяния составляют действия, непосредственно направленные на лишение жизни человека. Иные действия должны рассматриваться в качестве пособничества. Разделяют указанную позицию А.В. Бриллиантов и П.С. Яни: «... В ст. 105 УК РФ говорится именно о причинении смерти, т.е. о действиях, являющихся непосредственной причиной ее наступления: лицо с целью лишения жизни другого человека производит выстрелы, наносит удары ножом, топором и т.п., душит и т.д. Тогда как второе лицо в нашем случае смерть не причиняет. Его действия можно охарактеризовать в терминах, используемых в уголовном законе, таких как «устранение препятствий» для реализации замысла лица, непосредственно причиняющего смерть другому человеку,

¹ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.01.1999 № 1 (в ред. от 03.12.2009) «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» // Российская газета. № 24. 09.02.1999.

² См.: Бюллетень Верховного Суда РФ 2000. № 3. С. 12.

что является признаком не соисполнительства, а пособничества. Он, действительно, совместно участвует в совершении умышленного преступления, но не непосредственно. Утверждая, что не причиняющее — и даже не пытающееся этого сделать! — смертельных ранений лицо непосредственно участвует в причинении смерти, мы выходим за пределы буквального толкования текста закона, призывая применять норму об ответственности за убийство в составе группы лиц по аналогии³. А.Н. Игнатов, напротив, полагал, что указанные в Постановлении № 1 действия входят в объективную сторону убийства⁴. Данная позиция на сегодняшний день является господствующей⁵.

В п. 10 постановления № 11 от 15.06.2004⁶ Верховный Суд РФ указывает на необходимость отделения действий по оказанию психологического и/или физического насилия от иных способов содействия, которые образуют пособничество. Указанная позиция сохранена и в новом постановлении ВС РФ, посвященном судебной практике по делам о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности⁷. Такой подход представляется правильным и соответствующим положениям ст. 33 УК РФ, поскольку применение насилия или угроза его применения являются частью объективной стороны описываемых преступлений, а распределение ролей — характерная черта большого числа преступлений совершаемых в соучастии. Отсутствуют какие-либо возражения по этому вопросу и в научном сообществе.

Существенное различие ст. 105 УК РФ и ст. 131 и 132 УК РФ заключается в том, что в первом случае насилие не фигурирует в диспозиции нормы, следовательно, ВС РФ выходит за рамки допустимого толкования.

Другим ключевым актом ВС РФ в рассматриваемой сфере стало постановление ВС РФ № 29 от 27.12.2002⁸ (далее — Постановление № 29). Согласно п. 10 Постановления исполнителем по делам о краже, грабеже и разбое признается не только лицо, совершавшее непосредственное изъятие имущества, но и другие соучастники, если согласно предварительной договоренности они совершили согласованные действия, направленные на оказание непосредственного содействия исполнителю в совершении преступления. Как верно отметил В.В. Питецкий, «этот вид соисполнительства является «продуктом» судебной практики»⁹, не более. Ранее суды подчеркивали, что «в соответствии

³ Бриллиантов А.В., Яни П.С. Применение норм о соучастии: аналогия или толкование? // Законность. 2013. № 6. С. 32–33.

⁴ См.: Игнатов А.Н. Дискуссионные вопросы квалификации убийств // Общество и право. 2009. № 2 // СПС «Консультант Плюс».

⁵ См., напр.: Антонов Ю.И., Аснис А.Я., Боровиков В.Б. и др. Суд присяжных: квалификация преступлений и процедура рассмотрения дел: Научно-практическое пособие. М.: НОРМА, 2006. С. 25 (автор главы — Иногамова-Хегай Л.В.); Волкова Т.Н., Грачева Ю.В., Ермакова Л.Д. и др. Уголовное право Российской Федерации. Общая часть. М.: КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2006. С. 270 (автор главы — Ермакова Л.Д.); Арутюнов А.А. Соучастие в преступлении. М.: Статут, 2013. С. 258.

⁶ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2004 № 11 (ред. от 14.06.2013) «О судебной практике по делам о преступлениях, предусмотренных статьями 131 и 132 Уголовного кодекса Российской Федерации» // Российская газета. № 136. 29.06.2004.

⁷ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 04.12.2014 № 16 «О судебной практике по делам о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности» // Российская газета. № 284. 12.12.2014.

⁸ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2002 № 29 (ред. от 23.12.2010) «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» // Российская газета. № 9. 18.01.2003.

⁹ Питецкий В.В. Виды исполнителя преступления // Российская юстиция. 2009. № 5 // СПС «Консультант Плюс».

с ч. 5 ст. 33 УК РФ поведение пособника лежит за пределами объективной стороны преступления, в котором он соучаствует»¹⁰.

В качестве примеров действий, образующих соисполнительство, ВС РФ приводит вывоз похищенного, взлом дверей, запоров, решеток; наблюдение за окружающей обстановкой с целью недопущения обнаружения совершаемого преступления; а также устранение иных препятствий, связанных с оказанием помощи непосредственным исполнителям. Соответственно, главным признаком соисполнительства применительно к групповым хищениям является единство места и времени совершения преступления¹¹.

Если правильность отнесения действий по взлому дверей и устранению прочих препятствий для доступа к объекту хищения не вызывает сомнений, поскольку является частью объективной стороны, то совсем иначе обстоит дело с другими примерами¹². Так, в ч. 5 ст. 33 УК РФ прямо предусмотрено, что данное заранее обещание скрыть и/или сбыть предметы, добытые преступным путем, охватывается понятием пособничества. Как до принятия Постановления № 29, так и после, суды нередко расценивали действия по перевозке именно как пособничество¹³. При рассмотрении одного из дел суд установил: осенью 1989 года Г., К. и К. предварительно договорились о совершении краж из нежилых домов деревень Устиново, Симоново и Воронцово и Никольской церкви. Указанные лица похищали ценности ночью, складывали их в автомашину Л., который затем перевозил похищенное. В нежилые дома и в церковь, где были совершены кражи, Л. не проникал, в дележе похищенного не участвовал, «таким образом, содействовал их совершению, т.е. явился не исполнителем преступления, а пособником»¹⁴.

Теперь проанализируем действия, связанные с наблюдением за окружающей обстановкой. Первый вариант развития событий: у «сторожа» возникают опасения, что преступление может быть обнаружено, в связи с чем он предпринимает ряд действий, направленных на устранение препятствий. В таком случае указанные деяния будут прямо подпадать под ч. 5 ст. 33 УК РФ. Так, Чигир, способствуя совершению преступления, устранил водителя автомобиля, стоящего во дворе дома, который мог стать очевидцем преступления и воспрепятствовать его совершению, а Глазев, воспользовавшись данным моментом, подбежал к ранее незнакомой Прибытковой и сорвал с ее плеча сумку. Судебная коллегия Кемеровского областного суда, изменяя приговор городского суда, отметила: «Указание суда, что соучастники преступления заранее обговорили разделение ролей, а впоследствии поделили похищенные деньги, не свидетельствует о том, что они оба были непосредственными исполнителями грабежа»¹⁵.

¹⁰ Обзор Красноярского краевого суда от 08.01.2002 «Обзор кассационной практики судебной коллегии по уголовным делам Красноярского краевого суда за 2001 год» (извлечение) // СПС «Консультант Плюс».

¹¹ См.: Питецкий В.В. Указ. соч. С. 20.

¹² См., напр.: Лопашенко Н. Новое Постановление Пленума Верховного Суда РФ по хищениям // Законность. 2003. № 3. СПС «Консультант Плюс»; Бриллиантов А.В., Яни П.С. Указ. соч. С. 34 и др.

¹³ См., напр.: Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 03.03.1993 (извлечение) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1993. № 6; Обзор кассационной практики Судебной коллегии по гражданским делам Самарского областного суда за апрель — октябрь 2005 года (п. 14) // Судебная практика. № 4 (19). 01.2006; Бюллетень суда Еврейской автономной области за I полугодие 2011 г. // Информационный бюллетень судебной практики. № 1. 2011.

¹⁴ Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 03.03.1993 (извлечение) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1993. № 6.

¹⁵ Справка Кемеровского областного суда от 20.02.2006 № 01-11/19-122 «Справка о причинах отмены и изменения приговоров и других судебных решений, постановленных судами общей юрисдикции Кемеровской области в 2005 году» (п. 2.4. Ошибки при определении вида соучастников преступления) //

Второй вариант: наблюдатель находится на своем посту, но никаких помех не наблюдается, и исполнитель успешно совершает задуманное. Казалось бы, «наблюдение за окружающей обстановкой» среди предусмотренных законом действий пособника не числится, соответственно, такие действия могут быть расценены как соисполнительство. Тем не менее, поведение наблюдателя во второй ситуации можно рассматривать как предоставление информации. Отсутствие каких-либо условных сигналов или предупреждений от «сторожа» позволяет исполнителю без каких-либо опасений продолжать совершение преступления. Очевидно, что роль наблюдателя в данном случае второстепенна, следовательно, привлечение такого соучастника к ответственности в качестве исполнителя нарушает принцип справедливости. Таковую позицию разделяют суды различных уровней¹⁶.

Недопустима квалификация действий лиц без ссылки на ч. 5 ст. 33 УК РФ и в тех случаях, когда лицо не только наблюдает за обстановкой, но и согласно распределению ролей обеспечивает помощь в скрытии с места преступления. Данное заранее обещание скрыть преступника, средства или орудия совершения преступления, следы преступления либо предметы, добытые преступным путем, образуют пособничество, что прямо предусмотрено уголовным законом. Верховный Суд РФ не наделен правом создавать уголовно-правовые нормы. В судебной практике на сегодняшний день отсутствует единообразие квалификации подобных действий¹⁷.

В абз. втором п. 10 Постановления № 29 содержится разъяснение, что к соисполнительству следует относить и устранение иных препятствий, связанных с оказанием помощи непосредственным исполнителям. Примером может служить отвлечение потерпевшего для успешного совершения преступного деяния иным соучастником. Тем не менее, по данным материалов судебной практики можно сделать вывод, что судьи подобные действия рассматривают как пособничество. Так, Ш. увел из дома потерпевшую, чтобы обеспечить И. возможность беспрепятственного совершить тайное хищение чужого имущества. Суды первой и апелляционной инстанций однозначно расценили такой поступок как действие, направленное на устранение препятствий, что подпадает под ч. 5 ст. 33 УК РФ¹⁸.

СПС «Консультант Плюс». См. также: Определение Пермского краевого суда от 13.07.2010 по делу № 22-4960 // СПС «Консультант Плюс».

¹⁶ См., напр.: Определение Верховного Суда РФ от 03.02.2003 № 14-о03-5 // СПС «Консультант Плюс»; Кассационное определение Верховного Суда РФ от 19.07.2006 № 18-О06-18 // СПС «Консультант Плюс»; Обзор Костромского областного суда, Управления Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации в Костромской области от 02.02.2006 «Обзор кассационно-надзорной практики по уголовным делам (вопросы применения уголовного права) за период с 2001 по 2004 гг.» // СПС «Консультант Плюс»; Приговор Московского областного суда от 08.07.2013 // СПС «Консультант Плюс».

¹⁷ См., напр.: Обзор судебной практики по уголовным делам за первое полугодие 2003 года (подготовлен Пермским областным судом) // СПС «Консультант Плюс»; Обзор Приморского краевого суда от 2003 г. «Обзор кассационной и надзорной практики по уголовным делам Приморского краевого суда за первое полугодие 2003 года» // Бюллетень судебной практики. 2003. № 2(8); Обзор кассационной практики Верховного суда Республики Коми по уголовным делам за январь 2005 г. // СПС «Консультант Плюс»; Обзор кассационной практики Верховного суда Республики Коми по уголовным делам за март — май 2006 г. // СПС «Консультант Плюс»; Постановление президиума Нижегородского областного суда от 22.06.2006 // СПС «Консультант Плюс»; Иванов Н. Соучастие в правоприменительной практике и доктрине уголовного права // Уголовное право. 2006. № 6 // СПС «Консультант Плюс»; Обзор кассационной практики Верховного суда Республики Коми по уголовным делам за июль 2010 г. // СПС «Консультант Плюс»; Постановление Президиума Московского областного суда от 06.06.2012 № 224 по делу № 44-140/12 // СПС «Консультант Плюс».

¹⁸ См.: Справка Кемеровского областного суда от 18.08.2014 № 05-23/26-508 «Справка о причинах отмены и изменения приговоров и других судебных решений по уголовным делам, постановленных

Заслуживает внимание постановление Пленума ВС РФ № 25 от 09.12.2008¹⁹ (далее — Постановление № 25). В п. 24 этого акта дано разъяснение, согласно которому если неправомерное завладение транспортным средством (далее — ТС) без цели хищения осуществлялось несколькими лицами по предварительному сговору, то действия каждого следует рассматривать как соисполнительство. Принимая во внимание, что в конце пункта дана оговорка «... независимо от того, кто из участников преступной группы фактически управлял транспортным средством», можно предположить, что имеются в виду именно те лица, которые находились внутри ТС, а не все возможные соучастники преступления. Соучастником мог быть и пособник, предоставивший информацию о месте нахождения ТС, наиболее выгодном маршруте и т.д. Хотелось бы, чтобы толкования уголовного закона, даваемые ВС РФ, были выверенными и не допускали возможности ошибочного или двусмысленного понимания.

Критикует изложенный в Постановлении № 25 подход Н.А. Лопашенко²⁰. По его мнению, признавать лиц, находящихся при совершении преступного деяния в одном автомобиле, соисполнителями категорически нельзя. Соглашаясь с доводами Н.А. Лопашенко в части критики формулировки приведенного выше постановления, мы считаем ошибочным утверждение о невозможности применения квалифицирующего признака «группа лиц по предварительному сговору», для которого необходимо наличие минимум двух соисполнителей. Ввиду конструктивной особенности ТС управление автомобилем, как правило, осуществляется только одним лицом (исключение могут составить, например, учебные автомобили, оборудованные дублированными органами управления). Для преступлений, совершенных в соучастии, тем более по предварительному сговору, характерно распределение ролей. Было бы странным, если бы соучастники договорились поделить отрезки пути, чтобы каждый из них смог оказаться за рулем. Иные лица, находящиеся в машине, могут совершать другие действия, охватываемые диспозицией соответствующих статей УК РФ.

В УК РФ предусмотрено более 15 составов, частью объективной стороны которых выступает сбыт предметов, добытых в результате преступного действия. При этом сбыт является также одним из возможных действий пособника. Здесь важно в совокупности учитывать, каким образом были приобретены такие предметы, какие установлены правила их обращения и в какой момент лицо выражает свое намерение (согласие) на сбыт. Верную позицию изложил ВС РФ в постановлении № 21 от 18.10.2012²¹: «Лица ..., приобретающие, хранящие или сбывающие продукцию незаконной охоты по заранее данному обещанию, привлекаются к уголовной ответственности в качестве пособников».

По-другому обстоит ситуация со сбытом в контексте ст. 228¹ УК РФ. Выделение в данном случае данного деяния в самостоятельный состав не нарушает принципы института соучастия. Во-первых, пособник содействует совершению предстоящего пре-

районными (городскими) судами Кемеровской области в первом полугодии 2014 года» // СПС «Консультант Плюс».

¹⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.12.2008 № 25 (ред. от 23.12.2010) «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с нарушением правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, а также с их неправомерным завладением без цели хищения» // Российская газета. № 265. 26.12.2008.

²⁰ См.: Лопашенко Н.А. Посягательства на собственность: монография. М.: Норма, Инфра-М, 2012. С. 489.

²¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 18.10.2012 № 21 «О применении судами законодательства об ответственности за нарушения в области охраны окружающей среды и природопользования» // Российская газета. № 251. 31.10.2012.

ступления и заранее дает обещание сбыть предметы, добытые преступным путем. Во-вторых, очень важно последнее уточнение, в части способа, которым приобретаются такие предметы — *противозаконный*. Наркотические средства, конечно, могут приобретаться и посредством хищения, но в таком случае применяется ст. 229 УК РФ. Если лицо добывает наркотики законным образом, например, путем заключения договора купли-продажи, дарения и т.д., то в таком случае ответственность наступает не за способ приобретения, а за нарушение правил оборота данного объекта.

На практике перед органами предварительного расследования и перед судами часто встает вопрос об определении роли того или иного участника в совершаемом преступлении. ВС РФ в постановлении № 14 от 15.06.2006²² (далее — Постановление № 14) указал, что действия посредника в сбыте или приобретении наркотических средств следует квалифицировать как соучастие в зависимости от того, в чьих интересах (сбытчика или приобретателя) действует посредник. Для этого судам надлежит устанавливать, на чьи деньги были приобретены наркотические средства; был ли сговор между продавцом и посредником; имелись ли наркотики у посредника до обращения к нему приобретателя или после и другие обстоятельства, которые могут иметь значение для дела. Ранее (до 2006 года) суды зачастую признавали посредников соисполнителями сбытчиков или приобретателей²³.

Несмотря на предписание п. 13 Постановления № 14, суды по-прежнему допускают ошибки при квалификации действий посредников²⁴. Так, Рыжков был осужден по ч. 3 ст. 30, п. «б» ч. 2 ст. 228¹ УК РФ, так как трижды (1, 6 и 7 апреля 2009 г.) приобретал для Б. героин. Как верно отметил ВС РФ, «факт передачи Рыжовым наркотического средства Б. сам по себе не может являться основанием для квалификации действий виновного как сбыт»²⁵. Поскольку установлено, что Рыжков при обращении к нему Б. героина при себе не имел, а приобретал его на переданные ему Б. деньги, его действия были переквалифицированы по ч. 5 ст. 33, ч. 3 ст. 30, ч. 1 ст. 228 УК.

В самом начале мы упоминали ст. 205¹ и 291¹ УК РФ — рассмотрим их подробнее. Статья 205¹ УК РФ, предусматривающая ответственность за вовлечение в совершение преступлений террористического характера или иное содействие их совершению (в действующей редакции — содействие террористической деятельности) была введена в УК РФ Федеральным законом № 103-ФЗ от 24.07.2002²⁶. 9 декабря 2010 года указанная

²² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2006 № 14 (ред. от 23.12.2010) «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» // Российская газета. № 137. 28.06.2006.

²³ См.: *Петроченков А.Я.* Судебная практика рассмотрения уголовных дел о наркопреступлениях // Наркоконтроль. 2010. № 2. С. 8.

²⁴ См., напр.: Постановление Президиума Московского областного суда от 11.04.2012 № 143 по делу № 44у-110/12 // СПС «Консультант Плюс»; Постановление Президиума Омского областного суда от 25.06.2012 № 44-У/2012 // СПС «Консультант Плюс»; Определение Верховного Суда РФ от 20.09.2012 № 50-Д12-66 // СПС «Консультант Плюс»; Кассационное определение Московского городского суда от 24.09.2012 по делу № 22-12968/12 // СПС «Консультант Плюс»; Постановление Президиума Омского областного суда от 01.10.2012 № 44-у-362/12 // СПС «Консультант Плюс»; Постановление Президиума Омского областного суда от 01.10.2012 № 44-У-333 // СПС «Консультант Плюс»; Постановление Президиума Нижегородского областного суда от 04.09.2013 // СПС «Консультант Плюс»; Постановление Президиума Суда Ханты-Мансийского автономного округа — Югры от 20.09.2013 // СПС «Консультант Плюс» и др.

²⁵ Определение Верховного Суда РФ от 16.01.2013 № 50-Д12-116 // СПС «Консультант Плюс».

²⁶ Федеральный закон от 24.07.2002 № 103-ФЗ «О внесении дополнений в законодательные акты Российской Федерации» // Российская газета. № 137. 27.07.2002.

статья пополнилась ч. 3, закрепляющей пособничество в совершении террористического акта (ст. 205 УК РФ) в качестве самостоятельного преступления²⁷. В примечании к ст. 205¹ закреплено, что под пособничеством должно пониматься умышленное содействие совершению преступления советами, указаниями, предоставлением информации, средств или орудий совершения преступления либо устранением препятствий к его совершению, а также обещание скрыть преступника, средства или орудия совершения преступления, следы преступления либо предметы, добытые преступным путем, а равно обещание приобрести или сбыть такие предметы.

Профильный комитет Государственной Думы РФ по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству при рассмотрении внесенного законопроекта в своем заключении указал, что «дополнение примечания ... раскрывающим понятие пособничества, полностью воспроизводит определение этого вида соучастия, содержащееся в части пятой статьи 33 УК РФ»²⁸. Однако это не совсем так.

В отличие от формулировки ч. 5 ст. 33 УК, законодатель исключил из примечания к ст. 205¹ УК РФ указание на время, в течение которого учитывается данное пособничеством обещание приобрести, сбыть орудия преступления и (или) скрыть его следы. В принятом определении произошло слияние положений ч. 5 ст. 33 и ст. 316 УК РФ, так как существенным отличием последней являлось указание на отсутствие заранее данного обещания. Обращает на это внимание и А.В. Рагулина, расценивая допущенное расхождение как «ошибочное упущение»²⁹. В пояснительной записке³⁰ к законопроекту не дано никакого обоснования необходимости закрепления определения пособника террористического акта, сказано лишь о возможности привлекать такое лицо без ссылки на ст. 33 УК РФ. Также отсутствует какое-либо указание на изменение формулировки определения пособника.

Правительство РФ, давая отзыв на законопроект, отметило, что деяние, описываемое в законопроекте, охватывается ч. 5 ст. 33 УК РФ. Кроме того, авторы отзыва справедливо подчеркнули, что в некоторых случаях будет иметь место конкуренция норм ч. 1 и ч. 3 ст. 205¹ УК РФ, поскольку, например, вооружение или подготовка лица к террористическому акту могут рассматриваться в качестве пособничества³¹.

Если обратиться к вопросу об уголовной ответственности, то в отличие от санкции ч. 1 ст. 205 УК РФ, предусматривающей лишение свободы на срок от 8 до 15 лет, ч. 3 ст. 205¹ устанавливает пределы в 8 и 20 лет в первоначальной редакции, ныне — 10 и 20 лет.

²⁷ Федеральный закон от 09.12.2010 № 352-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» // Российская газета. № 281. 13.12.2010.

²⁸ Заключение Комитета Государственной Думы по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству по проекту Федерального закона № 408302-5 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» / Официальный сайт Государственной Думы РФ // URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=408302-5> (дата обращения: 02.11.2014).

²⁹ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. Г.А. Есакова. 4-е изд. М.: Проспект, 2012. С. 262 (автор главы — Рагулина А.В.).

³⁰ См.: Пояснительная записка к проекту Федерального закона № 408302-5 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» / Официальный сайт Государственной Думы РФ // URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=408302-5> (дата обращения: 02.11.2014).

³¹ См.: Официальный отзыв Правительства РФ от 01.06.2010 г. на проект Федерального закона № 408302-5 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» / Официальный сайт Государственной Думы РФ // URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=408302-5> (дата обращения: 02.11.2014).

Получается, что действия пособника обладают большей общественной опасностью, нежели действия исполнителя. Преступление, предусмотренное ч. 1 ст. 205¹ УК РФ, относится к категории тяжких, в то время как пособничество, предусмотренное указанной статьей — особо тяжких. При этом, как было указано выше, между ними может возникать конкуренция.

Верховный Суд РФ в своем отзыве помимо доводов, рассмотренных ранее, указал, что принятие законопроекта в представленном виде будет нарушать ст. 6, 34, 60 и 67 УК РФ³². В.И. Гладких справедливо прокомментировал рассматриваемую норму: «Это противоречит принципу справедливости... нельзя ставить на один уровень реальных исполнителей и организаторов терактов и пособников, которые в любом случае играли в совершении преступления вспомогательную роль»³³. Несмотря на представленные отзывы и замечания, законопроект был принят в первоначальной редакции с добавлением к определению пособничества указания на умышленность действий. Такая поправка ни в кой мере не устраняет описанные выше противоречия, поскольку согласно действующему в российской доктрине и судебной практике подходу соучастие возможно только при совершении умышленных действий.

С введением в действие ч. 3 ст. 205¹ УК РФ возник вопрос: если в указанной статье описываются действия исполнителя, то при совершении каких действий соучастник такого преступления будет считаться пособником? С точки зрения конструкции института соучастия, каких-либо ограничений по распределению ролей в зависимости от вида преступного деяния быть не должно (за исключением преступлений со специальным субъектом). Тем не менее, любые действия, связанные с террористическим актом и подпадающие под пособничество в смысле ч. 5 ст. 33 УК РФ, будут автоматически квалифицироваться по ч. 3 ст. 205¹ УК РФ.

С принятием федерального закона № 352-ФЗ появилась возможность квалифицировать действия двух пособников, участвующих в рамках одного террористического акта, как совершенные в группе лиц по предварительному сговору (далее — ГЛПС). Согласно господствующей в науке и судебной практике позиции, ГЛПС может иметь место только при наличии не менее чем двух соисполнителей. Ранее при участии в одном теракте исполнителя и пособников первый нес ответственность по ч. 1 ст. 205 УК РФ (при отсутствии иных квалифицирующих признаков), а пособники отвечали по ч. 1 ст. 205 со ссылкой на ч. 5 ст. 33 УК РФ. Теперь преступники, по сути выполняющие пособническую функцию, признаются исполнителями, соответственно, если пособника было два, то они являются соисполнителями по ст. 205¹ УК РФ, и содеянное ими следует квалифицировать по признаку ГЛПС.

Анализируя ст. 205¹ УК, многие ученые-юристы³⁴ отмечают отсутствие необходимости в ее принятии и автор с ними полностью согласен. По мнению Д. Молчанова,

³² См.: Официальный отзыв Верховного Суда РФ от 18.06.2010 на проект Федерального закона № 408302-5 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» / Официальный сайт Государственной Думы РФ // URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=408302-5> (дата обращения: 02.11.2014).

³³ Гладких В.И. Новые правовые механизмы противодействия терроризму: критический анализ // Российский следователь. 2014. № 5. С. 37.

³⁴ См., напр.: Молчанов Д. Содействие террористической деятельности // Уголовное право. 2011. № 4. С. 37–40; Гарбатович Д. Посредничество во взяточничестве: преобразованный вид пособничества // Уголовное право. 2011. № 5. С. 4; Еришов С.А. Пособничество в Особенной части УК РФ // Законность. 2012. № 11. С. 55; Арутюнов А.А. Указ. соч. С. 215; Гладких В.И. Указ. соч. С. 36–37 и др.

«сущность деяний, предусмотренных ст. 205¹ УК РФ, вполне может быть отражена понятиями подстрекательства и пособничества (в последнем случае — в тех формах, которые соответствуют понятию пособничества), а потому описание их в отдельной норме ничего нового к оценке их содержания не добавляет, а является лишь повтором норм Общей части УК РФ»³⁵.

В мае 2011 года Особенная часть УК РФ пополнилась еще одной нормой, возводящей действия пособника в ранг самостоятельного преступления. Речь идет о ст. 291¹ УК РФ «Посредничество во взяточничестве». На этот раз никаких возражений ни со стороны профильных комитетов ГД РФ, ни от ВС РФ аналогичных тем, что были при рассмотрении проекта ст. 205¹ УК РФ, не поступало. Видимо, такую ситуацию можно объяснить созданным ранее прецедентом и тщетностью попыток что-либо изменить. На сей раз посредничество составляют действия по непосредственной передаче взятки, способствованию в достижении или реализации соглашения между взяткодателем и взяткополучателем о даче взятки, а также обещание или предложение такого посредничества. Аналогичные действия совершает посредник при приобретении за счет средств заказчика и последующем сбыте ему наркотических средств. Тем не менее Верховный Суд РФ указал на недопустимость квалификации действий такого лица как исполнителя³⁶.

Чтобы избежать дискуссий относительно того, какие именно деяния из предусмотренных ч. 1 ст. 205¹ или ст. 291¹ УК РФ подпадают под определение пособничества, представляется верным выходом из ситуации предложение Д. Молчанова о дополнении ч. 5 ст. 33 УК РФ словами «а равно иным образом содействовавшее совершению преступления». Открытый перечень возможных действий пособника позволит сделать уголовное законодательство более гибким и устранил потребность в разработке и введении все новых составов преступлений. Подобная конструкция используется во многих статьях УК РФ (ст. 107, 113, 116, 117, 127¹, 132 и др.) и придает им абстрактный (а не казуальный) характер.

Отметим, что ответственность за совершение действий, предусмотренных ст. 291¹ УК РФ, наступает только в том случае, если размер взятки был значительным. Вполне разумно и справедливо, когда размер, в котором совершается противоправный акт, является критерием отнесения деяния к уголовной или иной сфере правового регулирования. Однако использование такого показателя для отграничения действий посредника от исполнителя противоречит правовой природе соучастия и принципу разграничения ролей.

Верховный Суд РФ в постановлении № 24 от 09.07.2013³⁷ указывает, что действия лиц, не обладающих признаками специального субъекта, предусмотренными ст. 290 или 204 УК РФ, квалифицируются, соответственно, как посредничество во взяточничестве или соучастие в коммерческом подкупе со ссылкой на статью 33 УК РФ. Тем самым высшая судебная инстанция в документе, призванном обеспечить единообразие судебной практики, подчеркивает отсутствие системности в правовом регулировании. В первом случае законодатель, игнорируя положения ч. 4 ст. 34 УК РФ, вводит в Особенную часть

³⁵ Молчанов Д. Указ. соч. С. 38.

³⁶ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2006 № 14 (ред. от 23.12.2010) «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» // Российская газета. № 137. 28.06.2006; Обзор судебной практики Верховного Суда РФ «Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за четвертый квартал 2011 г.» // СПС «Консультант Плюс».

³⁷ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2013 № 24 (ред. от 03.12.2013) «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» // Российская газета. № 154. 17.07.2013.

УК РФ новый состав, во втором — положения Общей части оказываются заслуживающими доверия и судьям указывается на необходимость их применения.

В очередной раз законодатель устанавливает более жесткие санкции за посреднические действия по сравнению с исполнительскими. В то время как максимальный предел лишения свободы для взяточдателя составляет 2 года, для взякополучателя — 3 года, для посредника эта отметка равняется 5 годам (по первым частям ст. 290, 291 и 291¹ УК РФ). При этом «посредничество во взяточничестве... имеет, так сказать, второстепенное значение по отношению к даче и получению взятки»³⁸. Таким образом, прослеживается четкая тенденция в признании пособника наиболее опасной фигурой, нежели исполнитель преступления.

Сопоставление мер ответственности, предусмотренных ч. 1 и 5 ст. 291¹ УК РФ, свидетельствует, что обещание или предложение посредничества являются более общественно опасными деяниями, нежели конкретные действия по его совершению. Если в отношении предложения такой подход представляется допустимым, поскольку оно включает в себя подстрекательство, то с оценкой обещания согласиться трудно.

Сегодня на рассмотрении в Государственной Думе РФ находится законопроект³⁹ о внесении изменений в УК РФ путем его дополнения ст. 170.2, устанавливающей ответственность для кадастрового инженера за умышленное внесение в межевой план, технический план или акт обследования заведомо ложных сведений, а равно подлог документов. Необходимость внесения дополнения объясняется тем, что кадастровый инженер в соответствии со статьями 31, 33 Закона о кадастре⁴⁰ не является должностным лицом, в связи с чем применение к нему ст. 170 и 285 УК РФ невозможно. Вместе с тем, как указано в пояснительной записке к законопроекту, «такого рода преступления чаще всего совершаются в сговоре с кадастровым инженером»⁴¹. Возникает вопрос — зачем вводить отдельную норму с санкциями, идентичными закрепленным в ст. 170 УК РФ, если в Общей части существует ч. 4 ст. 34, регулирующая применение мер уголовной ответственности к лицам, не являющимся субъектом преступления. Поскольку действия кадастрового инженера, как правило, являются частью преступления, предусмотренного ст. 170 УК РФ, считаем правильным квалифицировать его действия как пособничество.

Еще большее недоумение вызывает законопроект⁴², авторы которого предлагают дополнить ст. 160, 163, 174, 174¹, 175, 210, 285, 256, 290, 291¹ и 296 УК РФ дополнительными

³⁸ Гарбатович Д. Указ. соч. С. 6.

³⁹ Законопроект № 632682-6 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и в статью 150 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» / Официальный сайт Государственной Думы РФ // URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=632682-6> (дата обращения: 03.11.2014).

⁴⁰ Федеральный закон от 24.07.2007 № 221-ФЗ (ред. от 22.10.2014) «О государственном кадастре недвижимости» // Собрание законодательства РФ. 30.07.2007. № 31. Ст. 4017.

⁴¹ Пояснительная записка к Законопроекту № 632682-6 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и в статью 150 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» / Официальный сайт Государственной Думы РФ // URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=632682-6> (дата обращения: 03.11.2014).

⁴² Законопроект № 630566-6 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации в части усиления ответственности за преступления, совершенные лицом с использованием своего служебного положения, если такие деяния связаны с организацией, пособничеством, подстрекательством или исполнением преступлений, предусмотренных статьями 228.1, 228.3, 228.4, 229, 229.1 Уголовного кодекса Российской Федерации, а также невозможности применения наказания в виде условного осуждения и условно-досрочного освобождения за такие преступления» / Официальный сайт Государственной Думы РФ // URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=630566-6> (дата обращения: 03.11.2014).

частями, предусматривающими ответственность за деяния, которые «связаны с организацией, пособничеством, подстрекательством или исполнением преступлений, предусмотренных статьями 228¹, 228³, 228⁴, 229, 229¹». Складывается ощущение, что субъекты законодательной инициативы, вносящие подобные предложения, либо в принципе не знакомы с институтом соучастия, либо сознательно предпринимают действия, направленные на его упразднение.

Подводя итог, отметим, что институт соучастия является одним из наиболее сложных в науке и практике применения уголовного права. Ученые стремятся провести четкие границы между видами и формами соучастия, выработать единообразный подход в вопросах квалификации и предпринимают иные попытки для совершенствования данного уголовно-правового института. Вместе с тем единственным источником уголовного закона в России является Уголовный кодекс, формирование и развитие которого зависит от законодателя. Необходимо, чтобы уголовно-правовая политика была последовательна и максимально стабильна. Недаром структура отраслей права и источников права строится по принципу деления на общую и особенную части. Нормы общей части призваны задать единые принципы и правила функционирования всего отраслевого массива законодательства. Институт соучастия известен российскому праву еще с XVIII века. В связи с этим представляется более правильным развивать и совершенствовать его, нежели «раздувать» Особенную часть УК РФ, дополняя ее новыми составами, которые, в сущности, покрываются уже действующими нормами Общей части.



Библиография

- Арутюнов А.А. Соучастие в преступлении. М.: Статут, 2013. 408 с.
- Бриллиантов А.В., Яни П.С. Применение норм о соучастии: аналогия или толкование? // Законность. 2013. № 6. С. 31–36.
- Гладких В.И. Новые правовые механизмы противодействия терроризму: критический анализ // Российский следователь. 2014. № 5. С. 34–38.
- Гарбатович Д. Посредничество во взяточничестве: преобразованный вид пособничества // Уголовное право. 2011. № 5. С. 4–8.
- Ершов С.А. Пособничество в Особенной части УК РФ // Законность. 2012. № 11. С. 52–55.
- Иванов Н. Соучастие в правоприменительной практике и доктрине уголовного права // Уголовное право. 2006. № 6. С. 29–32.
- Игнатов А.Н. Дискуссионные вопросы квалификации убийств // Общество и право. 2009. № 2. С. 85–89.
- Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. Г.А. Есакова. 4-е изд. М.: Проспект, 2012. 544 с.
- Лопашенко Н. Новое Постановление Пленума Верховного Суда РФ по хищениям // Законность. № 3. 2003 // СПС «Консультант Плюс».
- Лопашенко Н.А. Посягательства на собственность: монография. М.: Норма, Инфра-М, 2012. 528 с.
- Молчанов Д. Содействие террористической деятельности // Уголовное право. 2011. № 4. С. 35–41.
- Петроченков А.Я. Судебная практика рассмотрения уголовных дел о наркопреступлениях // Наркоконтроль. 2010. № 2. С. 5–8.
- Питецкий В.В. Виды исполнителя преступления // Российская юстиция. 2009. № 5. С. 19–22.
- Суд присяжных: квалификация преступлений и процедура рассмотрения дел: Научно-практическое пособие / под ред. А.В. Галаховой. М.: НОРМА, 2006. 560 с.
- Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: Учебник / под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай, А.И.Рарога, А.И. Чучаева. М.: КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2006. 552 с.

Differentiating a Crime Committer and Accomplice: Legislation and Law Enforcement



Mayya Sablina

Postgraduate Student, Department of Criminal Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnikitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: mayya91@yandex.ru



Abstract

The paper is devoted to the question of crime committer and assisting offender activities distinction in the interpretation of the current criminal legislation and judicial practice, accumulated over the last twenty years.

An examination of the Special Part of the Criminal Code articles is made as to the compliance with the general provisions on complicity. The empiric basis consists of the cases on crimes against human life and health, sexual inviolability and sexual freedom of the person; against property; against public security, human health and public morality; ecological crimes and crimes related to bribery court practice.

The article covers the key documents of the Russian Federation Supreme Court containing clarifications on the question of differentiating the crime committer and assisting offender roles. The article analyses judicial acts containing ambiguities, generating discussion in academic community and the lack of uniformity in enforcement practice. The paper contains a case selection which sets out the courts position different from the Supreme Court clarification.

A particular attention is paid to the federal law Art. 205, added to part 3 of the Criminal Code, which stated abetting in terrorism as an independent crime, and to the state authorities positions, set out in the reviews to the draft. This law has set the tendency to confuse the concepts of crime committer and assisting offender concepts at the legislative level. The tendency was continued by the addition to the Criminal Code Art. 291 'Mediation in bribery'. There is also the analysis of the draft laws which are currently under consideration in the State Duma. In case of their adoption abetting in some crimes committing will be recognized as independent crimes and persons committed these crimes will be recognized as crime committers.

The author notes that the Supreme Court is often beyond the permissible interpretation and its position is an application of the law by analogy but not the explanation. The author supports the proposal to make the p. 5 Art. 33 of the Criminal Code activities list open to avoid difficulties with this rule application. In general, the author concludes that there is a tendency to blur the distinction between the crime committer and assisting offender roles, lack of uniformity in judicial practice and calls for the development of the general provisions on complicity in the General Part of RF Criminal Code.



Keywords

Keywords: complicity; crime committer; assisting offender; roles distinction; actual crime committing; legislation and law enforcement correlation.

Citation: Sablina M.A. (2015) Differentiating a Crime Committer and Accomplice: Legislation and Law Enforcement. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no.1, pp. 91–104 (in Russian)

JEL: K14



References

Arutyunov A.A. (2013) *Souchastie v prestuplenii* [Criminal Complicity]. Moscow: Statut, 408 p.

Brilliantov A.V., Yani P.S. (2013) Primenenie norm o souchastii: analogiya ili tolkovanie? [Applying Norms to Complicity: Analogy or Interpretation]. *Zakonnost'*, no. 6, pp. 31–36.

Ershov S.A. (2012) Posobnichestvo v Osobnoy chasti UK RF [Aiding under RF Criminal Code special Part]. *Zakonnost'*, no. 11, pp. 52–55.

- Esakov G.A. (ed.) (2012) *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii (postateynyy)* [Commentaries to RF Criminal Code]. Moscow: Prospekt, 544 p.
- Galakhova A.V. (ed.) (2006) *Sud prisyazhnykh: kvalifikatsiya prestupleniy i protsedura rassmotreniya del* [A Jury: Qualifying Crimes and Trying Cases]. Moscow: Norma, 560 p.
- Garbatovich D. (2011) Posrednichestvo vo vzyatochnichestve: preobrazovanny vid posobnichestva [Mediation in Bribery: a Type of Aiding]. *Ugolovnoe pravo*, no. 5, pp. 4–8.
- Gladkikh V.I. (2014) Novye pravovye mekhanizmy protivodeystviya terrorizmu: kriticheskiy analiz [New Legal Tools to Counteract Terrorism: Critical Analysis]. *Rossiyskiy sledovatel'*, no. 5, pp. 34–38.
- Ivanov N. (2006) Souchastie v pravoprimenitel'noy praktike i doktrine ugolovnogo prava [Complicity in Law Enforcement Practice and Criminal Law Doctrine]. *Ugolovnoe pravo*, no. 6, pp. 29–32.
- Inogamova-Khegay L.V., Rarog A.I., Chuchaev A.I. (eds.) (2006) *Ugolovnoe pravo Rossiyskoy Federatsii. Obshchaya chast'* [Russian Federation Criminal Law. General Part]. Moscow: Contract, 552 p.
- Ignatov A.N. (2009) Diskussionnye voprosy kvalifikatsii ubiystv [Debating Questions of Qualifying Murders]. *Obshchestvo i pravo*, no. 2, pp. 85–59.
- Lopashenko N. (2003) Novoe Postanovlenie Plenuma Verkhovnogo Suda RF po khishcheniyam [A New Decision of the RF Supreme Court Plenum on Embezzlement]. *Zakonnost'*, no. 3. Available at: SPS «Konsul'tant Plyus».
- Lopashenko N.A. (2012) *Posyagatel'stva na sobstvennost'*: [Offences against Property]. Moscow: Norma, Infra-M, 528 p.
- Molchanov D. (2011) Sodeystvie terroristicheskoy deyatelnosti [Accessory to Terror Activity]. *Ugolovnoe pravo*, no. 4, pp. 35–41.
- Petrochenkov A.Ya. (2010) Sudebnaya praktika rassmotreniya ugolovnykh del o narkoprestupleniyakh [Judicial Practice of Studying Criminal Cases on Drug[related Crimes]. *Narkokontrol'*, no. 2, pp. 5–8.
- Pitetskiy V.V. (2009) Vidy ispolnitelya prestupleniya [Types of Committing Crimes]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no. 5, pp. 19–22.

Изменение уголовного закона как предпосылка дополнительной квалификации преступлений



А.М. Зацепин

начальник отдела организации агентурно-оперативной работы УУР ГУ МВД России по Свердловской области, майор полиции, доцент Уральского филиала Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации, член Российской криминологической ассоциации, кандидат юридических наук. Адрес: 620075 Российская Федерация, Екатеринбург, ул. Красноармейская, 78А. E-mail: tp0507@ya.ru



Аннотация

Дополнительная квалификация преступлений происходит далеко не во всех предусмотренных в ст. 10 УК РФ случаях изменения уголовного закона. При устранении или установлении преступности деяния эта норма несомненна, ибо применительно к одному закону состав преступления в содеянном должен иметься, а к другому — отсутствовать. Это требует решения, какой будет окончательная квалификация преступления — позитивная или негативная. При смягчении или усилении наказания дополнительная квалификация также нужна, ибо преступность деяния в таком случае не меняется, и в содеянном содержатся составы преступлений, предусмотренные и новым, и старым уголовным законом. Наряду с этим, следует отметить тот факт, что, наоборот, при улучшении или ухудшении иным образом положения лица, совершившего преступление, не меняется ни преступность, ни наказуемость деяния, следовательно, в дополнительной квалификации, думается, необходимости не возникает. Исходя из теоретических положений и практического опыта, представляется очевидным тот факт, что к времени совершения преступления нельзя подходить дифференцированно, в зависимости от наличия или отсутствия в составе преступления общественно опасных последствий. Конечно, деяния, отраженные в уголовном законодательстве материальными составами преступления, становятся оконченными лишь с момента наступления последствий и не могут быть неоконченными (приготовлением к преступлению или покушением на преступление) в процессе совершения. Разумеется, лишь после наступления последствий, как правило, становятся преступлениями деяния, совершаемые по неосторожности. Вместе с тем это не означает, что деяние после выполнения его образующих общественно опасных действий (бездействия) продолжает совершаться. Совершать соответствующее преступление можно только предусмотренными для него действиями (бездействием). Наряду с этим, изменение уголовного закона возможно только после совершения какого-либо деяния, а само изменение допустимо лишь путем устранения или установления преступности деяния, смягчения или усиления наказания и улучшения или ухудшения иным образом положения лица, совершившего преступление. Данные законодательные решения о действии уголовного закона во времени нам представляются неполными. Они не предопределяют дополнительную квалификацию преступлений при всех изменениях уголовного закона.



Ключевые слова

уголовное законодательство, действие уголовного закона во времени, преступность, обратная сила уголовного закона, судимость, общественно опасные последствия, формальный состав, материальный состав, усеченный состав.

Библиографическое описание: Зацепин А.М. Изменение уголовного закона как предпосылка дополнительной классификации преступлений // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 1. С. 105–114.

JEL: K14

Возможность внесения изменений в уголовное законодательство заложена в ч. 1 ст. 1 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ). Согласно ее предписаниям, «новые законы, предусматривающие уголовную ответственность, подлежат включению в настоящий Кодекс». Соответственно, законодателю пришлось решать вопрос о дополнительной квалификации преступлений при появлении таких законов. Для этого выработаны два правила действия уголовного закона во времени.

Общее правило действия уголовного закона во времени отражено в ч. 1 ст. 9 УК РФ. Оно заключается в том, что «преступность и наказуемость деяния определяются уголовным законом, действовавшим во время совершения этого деяния». В ч. 1 ст. 10 УК РФ сформулировано исключение из общего правила действия уголовного закона во времени. В ней сказано, что «уголовный закон, устраняющий преступность деяния, смягчающий наказание или иным образом улучшающий положение лица, совершившего преступление, имеет обратную силу, то есть распространяется на лиц, совершивших соответствующие деяния до вступления такого закона в силу, в том числе на лиц, отбывающих наказание или отбывших наказание, но имеющих судимость. Уголовный закон, устанавливающий преступность деяния, усиливающий наказание или иным образом ухудшающий положение лица, обратной силы не имеет»¹.

Буква ст. 9 и 10 УК РФ означает, что изменение уголовного закона возможно только после совершения какого-либо деяния, а само изменение допустимо лишь путем устранения или установления преступности деяния, смягчения или усиления наказания и улучшения или ухудшения иным образом положения лица, совершившего преступление. Данные законодательные решения о действии уголовного закона во времени нам представляются неполными. Они не определяют дополнительную квалификацию преступлений при всех изменениях уголовного закона.

Во-первых, уголовный закон изменяется не только после совершения какого-либо деяния. Данное явление нередко происходит и во время совершения последнего. Особенно это относится к длящимся, продолжаемым и любым другим протяженным во времени преступлениям. Применительно к ним и новый, и старый законы являются «уголовным законом, действовавшим во время совершения этого деяния» и тем самым определяющим его «преступность и наказуемость». Какому из них отдать приоритет, законодатель не указал. Во-вторых, уголовный закон меняется не только теми путями, которые отражены в ст. 10 УК РФ. Речь идет об изменении уголовного закона в одной части и сохранении в другой, а также о смягчении наказания в одной части и усилении в другой. Как поступать при приведенных изменениях, законодатель тоже не предусмотрел.

Во всех приведенных, хотя и не охватываемых законом, случаях возникает ситуация, при которой одно деяние может быть квалифицировано по двум или более уголовным законам. Однако ясно, что по смыслу ст. 9 и 10 УК РФ дополнительная квалификация преступлений должна осуществляться лишь по одному из данных законов.

¹ Что правило об обратной силе уголовного закона действует как исключение из направленных в будущее предписаний ст. 9 УК РФ (*lex posteriori derogat lex priori* — последующий закон отменяет предыдущий), вполне очевидно. При этом предписание о недействии уголовного закона, ухудшающего положение лица, совершившего преступление, выглядит излишним (см.: *Благов Е.В.* Квалификация при совершении преступления. М.: Юрлитинформ, 2009, С. 154). В отсутствие закона, улучшающего положение лица, совершившего преступление, указанное предписание применяется автоматически. С иным мнением (см.: *Блум М.И., Тилле А.А.* Обратная сила закона: Действие советского уголовного закона во времени. М., 1969. С. 54; *Незнамова З.А.* Коллизии в уголовном праве. Екатеринбург: Cricket, 1994, С. 236–237) согласиться нельзя.

В ч. 2 ст. 9 УК РФ раскрывается понятие времени совершения преступления. В ней таковым признается «время совершения общественно опасного действия (бездействия) независимо от времени наступления последствий». От него и целесообразно отталкиваться при решении вопросов дополнительной квалификации преступлений при изменении уголовного закона во время совершения деяния. В литературе подчас полагают, что «часть 2 ст. 9 определяет время совершения преступлений двух видов: а) преступлений, составы которых относятся к категории так называемых «материальных» (момент наступления предусмотренных законом вредных последствий); б) преступлений, составы которых относятся к категории так называемых «формальных» или «усеченных» (момент совершения предусмотренных уголовным законом действия или бездействия)»². Иногда уточняется, что только в отношении неосторожных преступлений с материальным составом временем совершения преступления следует считать время наступления последствий³.

Оба утверждения, на наш взгляд, не соответствует закону (ст. 9 УК РФ). В нем время совершения преступления определяется «независимо от времени наступления последствий». Отсюда законодатель установил одинаковое время совершения для всех преступлений⁴, т.е. как включающих, так и не включающих наступление общественно опасных последствий. Конечно, вопрос о времени совершения преступления всегда являлся и сейчас является дискуссионным. В литературе есть мнения как соответствующие приведенному законодательному решению⁵, так и в пользу наступления последствий, если они предусмотрены составом соответствующего преступления⁶.

Ко времени совершения преступления, на наш взгляд, нельзя подходить дифференцированно в зависимости от наличия или отсутствия в составе преступления общественно опасных последствий. Конечно, деяния, отраженные в уголовном законодательстве материальными составами преступления, становятся оконченными лишь с момента наступления последствий и не могут быть неоконченными (приготовлением к преступлению или покушением на преступление) в процессе совершения. Разумеется, лишь после наступления последствий, как правило, становятся преступлениями дея-

² Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: В 2 т. / Под ред. П.Н. Панченко. Н. Новгород, 1996. Т. 1. С. 24.

³ См.: Уголовное право России: В 6 т. / Под ред. Б.Т. Разгильдиева. Саратов, 2000. Т. 1. Кн. 2. С. 160.

⁴ См.: *Благов Е.В.* Указ. соч. С. 150.

⁵ См.: *Попов А.Н.* Уголовный закон и его обратная сила. СПб., 1998. С. 20; *Якубов А.Е.* Обратная сила уголовного закона: некоторые проблемы совершенствования Уголовного кодекса Российской Федерации. СПб., 2003. С. 39; *Энциклопедия уголовного права / Издание профессора Малинина.* СПб., 2005. Т. 2. С. 98; *Лопашенко Н.А.* Введение в уголовное право. М., 2009. С. 169; *Кауфман М.А.* Некоторые проблемные вопросы времени совершения преступления // *Российская юстиция.* 2012. № 11. С. 19–20; *Феоктистов М.* Обратная сила уголовно-правовых норм: законодательные загадки // *Уголовное право.* 2012. № 5. С. 125. См. также, напр.: *Кузнецова Н.Ф.* Значение преступных последствий. М., 1958. С. 14–15; *Блум М.И., Тилле А.А.* Указ. соч. С. 48.

⁶ См.: *Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: Общая часть / Под общ. ред. Ю.И. Скуратова, В.М. Лебедева.* М., 1996. С. 9; *Милюков С.Ф.* Российское уголовное законодательство: опыт критического анализа. СПб., 2000. С. 48; *Игнатов А.* О действии уголовного закона во времени // *Уголовное право.* 2002. № 1. С. 14; *Пудовочкин Ю.Е., Пирвагидов С.С.* Понятие, принципы и источники уголовного права: сравнительно-правовой анализ законодательства России и стран Содружества Независимых государств. СПб., 2003. С. 182; *Гринь М.В.* Неоконченное преступление: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2003. С. 16–17; *Козлов А.П.* Понятие преступления. СПб., 2004. С. 380–382. См. также, хотя и с оговорками: *Брайнин Я.М.* Уголовный закон и его применение. М., 1963. С. 135–136; *Дурманов Н.Д.* Советский уголовный закон. М., 1967. С. 262.

ния, совершаемые по неосторожности. Вместе с тем это вовсе не означает, что деяние после выполнения его образующих общественно опасных действий (бездействия) продолжает совершаться. Совершать соответствующее преступление можно только предусмотренными для него действиями (бездействием)⁷.

В отношении квалификации преступления при изменении уголовного закона во время совершения деяния в науке даются разные решения. Одно из них заключается в том, что «если момент совершения преступления «растянут» во времени, захватывает как период действия старого, так и период действия нового закона, применению в соответствии с принципом гуманизма подлежит *более мягкий закон*»⁸. Как справедливо отмечает Е.В. Благов, гуманизм в таком случае не может играть какой-либо роли, ибо продолжение совершения общественно опасных действий (бездействия) всегда влияет на объем деяния. Оно становится все более и более полным. Причем прибавляющаяся часть не способна регулироваться старым, предыдущим законом, так как появилась уже при утрате им своей силы. Новый же закон принимается, естественно, в развитие (уточнение, совершенствование) предыдущего, а, значит, охватывает и ту часть действия (бездействия), которая была совершена до его вступления в силу. Отсюда делается справедливый вывод, что если преступность деяния изменяется во время совершения соответствующего действия (бездействия), содеянное всегда должно квалифицироваться по последнему, новому закону⁹. При этом не имеет значения, улучшает или ухудшает положение лица, совершившего преступление, новый закон.

Приведенное правило, по нашему мнению, относится к любым преступлениям, имеющим протяженность во времени. Их природа в плане дополнительной квалификации преступлений при изменении уголовного закона тождественна.

Аналогично, думается, должна происходить дополнительная квалификация преступлений при изменении уголовного закона в отношении действий (бездействия) соучастников. Если уголовный закон изменяется во время их совершения любым соучастником, содеянное им, конечно, должно квалифицироваться по последнему, новому закону. Как при этом обстоит дело с другими соучастниками, роли не играет¹⁰. Иное решение¹¹ не соответствует закону. Хотя на основании ст. 32 УК РФ соучастники участвуют в преступлении совместно, они выполняют разные, определяемые их ролью (функцией) действия (бездействия), за которые на основании ч. 1 ст. 34 только и несут личную ответственность. Случаи, когда «сознанием или волеизъявлением соучастников охватывалось то обстоятельство, что действия исполнителя будут совершены в обусловленный... период времени»¹², повлиять на ответственность не могут.

⁷ См.: Благов Е.В. Указ.соч. С. 151.

⁸ Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: В 2 т. Н. Новгород: 1996. Т. 1. С. 25.

⁹ См.: Благов Е.В. Указ.соч. С. 152.

¹⁰ См.: Уголовное право России: Общая часть / Под ред. А.И. Рарога. М., 1997. С. 24; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. М., 2001. С. 22; Феоктистов М. Обратная сила уголовно-правовых норм: законодательные загадки // Уголовное право. 2012. № 5. С. 128; Бойцов А.И. Действие уголовного закона во времени и пространстве. СПб., 1995. С. 73.

¹¹ См., напр.: Уголовное право России: Общая часть / Отв. ред. Б.В. Здравомыслов. М., 1996. С. 41; Уголовное право: Общая часть / Отв. ред. И.Я. Козаченко. М.: НОРМА, 2008. С. 80–81; Лопашенко Н.А. Введение в уголовное право. М.: ВолтерсКлувер, 2009. С. 170; Курс советского уголовного права. М., 1970. Т. 1. С. 232–233.

¹² Галлиев Б.Б. Темпоральное действие уголовного закона (сравнительно-правовой анализ по законодательству Казахстана и России): автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Челябинск, 2006. С. 10.

После совершения преступления уголовный закон иногда изменяется в одной части и сохраняется в другой. Так произошло со ст. 228.1 УК РФ. Федеральным законом от 1 марта 2012 г. № 18-ФЗ принята новая ее редакция. При этом ч. 1 названной статьи осталась без изменения. Если в отношении измененных частей ст. 228.1 УК РФ решения о дополнительной квалификации преступлений вытекают из ст. 10, то в отношении сохраненной части должны строго действовать положения ст. 9. Действие нового закона распространять на деяния, совершенные до его вступления в силу, по нашему мнению, имеет смысл, если только новым законом иначе решается вопрос о преступности или наказуемости совершенного деяния.

Практика избрала названный подход с начала действия современного уголовного законодательства. Так, в одном случае было констатировано, что, «поскольку санкции ч. 3 ст. 146 УК РСФСР и ч. 3 ст. 162 УК РФ одинаковы, преступление в силу требований ст. 9 УК РФ должно квалифицироваться по закону, действовавшему во время его совершения»¹³. В другом случае аналогичное решение было принято по выявлению одинаковости как указанных санкций, так и санкций ч. 3 ст. 145 УК РСФСР и п. «а», «б» ч. 3 ст. 161 УК РФ¹⁴. Недавно данный путь был подтвержден Президиумом Верховного Суда РФ в отношении п. «б» ч. 3 ст. 188 и п. «б» ч. 2 ст. 229.1 УК РФ, также имеющих одинаковые санкции¹⁵. Для исключения сомнений предложено ч. 1 ст. 10 УК РФ дополнить положением, что не имеет обратной силы «закон, не вносящий каких-либо изменений в определение преступности и наказуемости деяния и не затрагивающий правовое положение лиц, совершивших соответствующие деяния до вступления такового в силу»¹⁶.

Наиболее проблематично в теории и на практике решение вопроса о дополнительной квалификации преступлений при смягчении наказания в одной части и усилении в другой. Скажем, по последней редакции ч. 1 ст. 129 УК РФ «клевета, то есть распространение заведомо ложных сведений, порочащих честь и достоинство другого лица или подрывающих его репутацию», наказывалась «штрафом в размере до восьмидесяти тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до шести месяцев, либо обязательными работами на срок от ста двадцати до ста восьмидесяти часов, либо исправительными работами на срок до одного года, либо ограничением свободы на тот же срок». По действующей редакции ч. 1 ст. 128.1 УК РФ та же клевета «наказывается штрафом в размере до пятисот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до шести месяцев либо обязательными работами на срок до ста шестидесяти часов». Получается, что наказание смягчено в части срока обязательных работ и исключения исправительных работ и ограничения свободы, но усилено в части денежного штрафа.

На практике некоторые новые уголовные законы, в одной части смягчающие, а в другой усиливающие наказание, признаются имеющими обратную силу. При этом есть несколько подходов. Они связаны с характером изменений видов и (или) пределов наказаний. При изменении только видов наказания для признания нового закона имеющим обратную силу для практики является определяющим отсутствие более строгих или наличие более мягких видов наказания. При этом более мягкий вид наказания, введенный новым законом, назначается в им установленных пределах¹⁷. При измене-

¹³ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1997. № 12. С. 10.

¹⁴ См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1999. № 7. С. 13.

¹⁵ См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2012. № 11. С. 47.

¹⁶ Галлиев Б.Б. Указ. соч. С. 11.

¹⁷ См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2012. № 11. С. 48.

нии только пределов наказания для признания нового закона имеющим обратную силу для практики определяющим является снижение верхнего, максимального предела¹⁸. Что при этом происходит с нижним пределом, значения не имеет. При изменении и видов, и пределов наказания для практики является определяющим как отсутствие более строгих или наличие более мягких видов наказания¹⁹, так и снижение верхнего, максимального предела соответствующего наказания²⁰. В этих случаях суд «обязан применить новый закон в части, улучшающей положение лица, совершившего преступление, и не вправе применить новый закон в части, ухудшающей его положение»²¹.

В литературе по отношению к новому закону, смягчившему наказание в одной части и усилившему в другой, высказываются суждения как аналогичные практике, так и своеобразные. Одни полагают, что для признания закона смягчающим наказание достаточно снижения верхнего, максимального предела наказания²². Другие уточняют, что при этом минимальный предел наказания должен быть определен в соответствии с санкцией второго закона²³. Третьи считают, что более мягким является закон, понижающий минимальный предел наказания, но суд при его применении не вправе выходить за пределы максимального наказания, предусмотренного санкцией предшествующего закона²⁴.

Некоторые исходят из того, что, поскольку закон, в котором «одновременно понижен максимальный и повышен минимальный предел наказания либо повышен максимальный и понижен минимальный предел наказания», «открывает возможность назначения виновному более мягкого наказания, он признается имеющим обратную силу», но «при его применении виновному не может быть назначено более строгое наказание, чем предусматривавшееся в ранее действовавшем законодательстве»²⁵. Говоря иначе, в последнем случае речь идет о «синтезировании санкций нормы, которая включает в себя положения санкций старой и новой статей, в совокупности отвечающие общему

¹⁸ См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1998. № 3. С. 19; № 5. С. 9–10; № 9. С. 5.

¹⁹ Если вводится дополнительное наказание, новый уголовный закон не признается имеющим обратную силу. См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1999. № 7. С. 13.

²⁰ Если верхний, максимальный предел наказания повышается, новый уголовный закон не признается имеющим обратную силу. См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2005. № 2. С. 12–13; № 10. С. 9–10.

²¹ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2012. № 2. С. 16. См. также: Судебная практика к Уголовному кодексу Российской Федерации. С. 30–31.

²² См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: Общая часть. М., 1996. С. 12; *Игнатов А.* О действии уголовного закона во времени. // Уголовное право. 2002. № 1. С. 15; Советское уголовное право: Общая часть / Под ред. Г.А. Кригера, Б.А. Куринова, Ю.М. Ткачевского. М., 1981. С. 64.

²³ См.: *Якубов А.Е.* Обратная сила уголовного закона: некоторые проблемы совершенствования Уголовного кодекса Российской Федерации. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. С. 103; *Ерасов А.М.* Обратная сила уголовного закона: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 20; *Висков Н.* Реформа УК и критерии допустимости обратной силы уголовного закона в части смягчения наказания // Уголовное право. 2012. № 5. С. 42–43.

²⁴ См.: *Девицын М.Ю.* О некоторых проблемах действия российского уголовного закона во времени и в пространстве // Российское право в период социальных реформ / Отв. ред. А.В. Петров. Н. Новгород, 1998. Вып. 2. С. 98; *Блум М.И., Тилле А.А.* Указ.соч. С. 120; Комментарий к Уголовному кодексу РСФСР / Отв. ред. Ю.Д. Северин. М., 1980. С. 12; *Малыхин В.И.* Изменение санкций уголовно-правовых норм и обратная сила закона // Уголовно-правовые и процессуальные проблемы реализации уголовной ответственности / Отв. ред. С.А. Шейфер. Куйбышев, 1986. С. 27.

²⁵ Комментарий к Уголовному кодексу РСФСР / Отв. ред. Г.З. Анашкин, И.И. Карпец, Б.С. Никифоров. М., 1971. С. 16.

правилу применения наиболее благоприятного виновному закону»²⁶. Согласно еще одной позиции, «если новый закон одновременно усиливает и смягчает наказание, то его следует рассматривать как закон смягчающий наказание, и применять только в этой части, поскольку он является наиболее благоприятным для лица»²⁷.

Для изложенных подходов некоторые нормативные основания дал законодатель. В ст. 10 УК РФ прямо предусматривается, что уголовный закон, смягчающий наказание, имеет обратную силу, тогда как уголовный закон, усиливающий наказание, ее не имеет. Поскольку уголовный закон, который смягчает наказание в одной части и усиливает в другой, здесь не назван, в отношении его, вроде бы, допустимо самостоятельно решать вопрос о действии во времени, в том числе исходя из изменения только одного из пределов наказуемости.

Между тем предполагаемый аргумент снимается довольно просто. Если в новом уголовном законе вместе с понижением максимального предела увеличивается минимальный, положение лица ухудшается в части минимального предела. Если же, напротив, в новом законе вместе с понижением минимального предела увеличивается максимальный, положение лица ухудшается уже в части максимального предела. Никакого ухудшения, разумеется, не произойдет при предлагаемом назначении наказания в наиболее благоприятных пределах обоих уголовных законов. Однако тогда появляется не отраженный в данном законе новый предел наказуемости соответствующего деяния и фактически вместо одного закона используется два: один для определения минимального предела наказания, другой – максимального, что не предусмотрено УК РФ.

Более того, сложно понять, почему ищется обратная сила лишь для уголовного закона, которым смягчается наказание в одной части и усиливается в другой. В ст. 10 УК РФ не упомянут еще один закон — тот, которым наказание оставляется без изменения. Им может не меняться и преступность соответствующего деяния, что нередко бывает при принятии нового уголовного кодекса. Применительно к такому закону теория и практика стабильно исходят из ст. 9 УК РФ²⁸.

Наконец, следует иметь в виду, что ст. 10 УК РФ регулирует обратную силу уголовного закона в качестве исключения из общего правила о том, что наказуемость деяния определяется временем совершения деяния, которым признается время совершения общественно опасного действия (бездействия) независимо от времени наступления последствий (ч. 2 ст. 9). Исходя же из того, что обратная сила «относится к явлению исключительному, она может иметь место только в случаях прямого указания в законе»²⁹. Отсюда, если в уголовном кодексе отражено, что при изменении наказуемости деяния обратную силу имеет лишь закон, смягчающий наказание, закон, изменяющий наказание иным образом, аналогично действовать во времени не способен³⁰.

²⁶ Бойцов А.И., Волженкин Б.В. Уголовный закон: действие во времени и в пространстве. СПб., 1995. С. 33. См. также: Галлиев Б.Б. Указ. соч. С. 10; Энциклопедия уголовного права. Т. 2. С. 178; Иванчин А. О пределах синтеза старого и нового законов и иных проблемах придания обратной силы новеллам УК РФ // Уголовное право. 2012. № 5. С. 49.

²⁷ Кауфман М. Проблемы действия уголовного закона во времени // Уголовное право. 2012. № 5. С. 67. См. также: Феоктистов М. Обратная сила уголовно-правовых норм: законодательные загадки. // Уголовное право. 2012. № 5. С. 133.

²⁸ См., напр.: Энциклопедия уголовного права. Т. 2. С. 166; Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1997. № 12. С. 10; 1999. № 7. С. 13.

²⁹ Российское уголовное право / Под ред. А.И. Коробеева. Владивосток, 1999. Т. 1. С. 187.

³⁰ См.: Благов Е.В. Квалификация при совершении преступления. С. 158; Иванов Н. Обратная сила уголовного закона // Уголовное право. 2012. № 5. С. 58.



Библиография

- Благов Е.В. Квалификация при совершении преступления. М.: Юрлитинформ, 2009. 192 с.
- Блум М.И., Тилле А.А. Обратная сила закона: Действие советского уголовного закона во времени. М.: Юрид. лит., 1969. 136 с.
- Бойцов А.И., Волженкин Б.В. Уголовный закон: действие во времени и в пространстве. СПб.: СПбГУ, 1995. 177 с.
- Брайнин Я.М. Уголовный закон и его применение. М.: Юрид. лит., 1967. 240 с.
- Висков Н. Реформа УК и критерии допустимости обратной силы уголовного закона в части смягчения наказания // Уголовное право. 2012. № 5. С. 42–43.
- Галлиев Б.Б. Темпоральное действие уголовного закона (сравнительно-правовой анализ по законодательству Казахстана и России): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2006.
- Гринь М.В. Неоконченное преступление: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2003.
- Девичин М.Ю. О некоторых проблемах действия российского уголовного закона во времени и в пространстве // Российское право в период социальных реформ: Материалы конференции. Отв. ред. А.В. Петров. Н. Новгород: Нижегородский университет, 1998. Вып. 2. С. 96–99.
- Дурманов Н.Д. Советский уголовный закон. М.: Изд-во МГУ, 1967. 96 с.
- Ерасов А.М. Обратная сила уголовного закона: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.
- Иванов Н. Обратная сила уголовного закона // Уголовное право. 2012. № 5. С. 57–58.
- Иванчин А. О пределах синтеза старого и нового законов и иных проблемах придания обратной силы новеллам УК РФ // Уголовное право. 2012. № 5. С. 59–61.
- Игнатов А. О действии уголовного закона во времени // Уголовное право. 2002. № 1. С. 14–15.
- Кауфман М.А. Некоторые проблемные вопросы времени совершения преступления // Российская юстиция. 2012. № 11. С. 19–22.
- Кауфман М. Проблемы действия уголовного закона во времени // Уголовное право. 2012. № 5. С. 66–69.
- Козлов А.П. Понятие преступления. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 819 с.
- Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. В.М. Лебедев. М.: Юрайт, 2001. 1359 с.
- Лопашенко Н.А. Введение в уголовное право: учебное пособие. М.: Волтерс Клувер, 2009. 214 с.
- Малыхин В.И. Изменение санкций уголовно-правовых норм и обратная сила закона / Уголовно-правовые и процессуальные проблемы реализации уголовной ответственности / Отв. ред. С.А. Шейфер. Куйбышев: Куйбышевский университет, 1986. С. 23–31.
- Милюков С.Ф. Российское уголовное законодательство: опыт критического анализа. СПб: Знание, 2000. 279 с.
- Незнамова З.А. Коллизии в уголовном праве. Екатеринбург: Cricket, 1994. 284 с.
- Попов А. Н. Уголовный закон и его обратная сила. СПб.: СПб ЮИ Генпрокуратуры, 1998. 48 с.
- Российское уголовное право: Курс лекций. / Под ред. А. И. Коробеева. Владивосток: Дальневосточный университет, 1999. Т. 1. 604 с.
- Судебная практика к Уголовному кодексу РФ / Под ред. В.М.Лебедева. М.: Спарк, 2001. 1168 с.
- Уголовное право. Общая часть: Учебник / Отв. ред. И.Я. Козаченко. М.: НОРМА, 2008. 720 с.
- Уголовное право России: Общая часть / Под ред. А.И. Рарога. М.: Триада. 1997. 496 с.
- Феоктистов М. Обратная сила уголовно-правовых норм: законодательные загадки // Уголовное право. 2012. № 5. С. 124–133.
- Якубов А.Е. Обратная сила уголовного закона: некоторые проблемы совершенствования Уголовного кодекса Российской Федерации. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. 206 с.
-

Modifying a Criminal Law as a Prerequisite for Additional Classification of Crimes



Aleksander Zatsepin

Assistant Professor, Russian Academy of Justice, Ural Branch (Russian Federation Ministry of Justice), member of Russian Criminology Association, Head of Department on Agent and Field work of the Russian Federation Internal Ministry (Sverdlovsk Region), Candidate of Juridical Sciences, Major of Police. Address: 78A Krasnoarmeyskaya Str., Ekaterinburg, 620075, Russian Federation. E-mail: tp0507@ya.ru.



Abstract

Additional qualification of crimes is provided not to all the changes of criminal law according to article 10 of the RF Criminal Code. Eliminating or identifying the criminal nature of an act, this rule holds as for one law a criminal case should be available and in the other be absent. A decision is required as for the final qualification of crime — positive or negative. Additional information is also required to mitigate or increase punishment as criminal component does not change and the criminal case is supposed by both new and old criminal law. However, when the situation of the criminal improves or deteriorates neither the criminal nature nor punishment change. Theoretically and practically, it is evident that the time when a crime was committed should be considered differently taking into account the presence or absence in the case of socially dangerous consequences. Of course, the actions reflected in the criminal law as a criminal case are complete only with the moment of consequences and cannot be incomplete in the process. Only after the consequences get evident, the act due to negligence becomes a crime. However, it does not mean that such an act continues after committing socially dangerous actions (failure to act). A crime may be committed only by an action or failure to act. At the same time, modifying criminal law is possible only after some act is committed and the modification gets possible only by eliminating, establishing a crime. Such legislative decisions on the operation of criminal law are seen as incomplete. They do not predetermine the additional qualification of crimes for all changes in criminal law.



Keywords

criminal legislation, criminal law operation through time, criminality, retroactivity of the criminal law, previous convictions, consequences injurious to the public, formally defined crime, materially defined crime.

Citation: Zatsepin A.M. (2015) Modifying a Criminal Law as a Prerequisite for Additional Classification of Crimes. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no. 1, pp. 105–114 (in Russian)

JEL: K14



References

- Blagov E.V. (2009) *Kvalifikatsiya pri sovershenii prestupleniya* [Qualification of the Nature of a Crime upon Commitment]. Moscow: YurLitinform, 192 p.
- Blum M.I., Tille A.A. (1969) *Obratnaya sila zakona: Deystvie sovetskogo ugolovnogogo zakona vo vremeni* [Retroactive Effect of the Law: Soviet Criminal Law Operation in Time]. Moscow: Juridicheskaya literatura, 136 p.
- Boitsov A.I., Volzhenkin B.V. (1995) *Ugolovnyy zakon: deystvie vo vremeni v prostranstve* [Criminal Law: Operation in Time and Space]. St. Petersburg: Sankt-Peteburgskiy gouniv. 177 p.
- BraininYa.M. (1967) *Ugolovnyy zakon i ego primenenie* [Criminal Law and its Application]. Moscow: Juridicheskaya literatura, 240 p.
- Viskov N. (2012) *Reforma UK i kriterii dopustimosti obratnoy sily ugolovnogogo zakona v chasti smyagcheniya nakazaniya* [Reform of the Criminal Code and Criteria of Allowability of Retroactivity of the Criminal Law with Regard to Mitigation of Punishment]. *Criminal Law*, no. 5, pp. 42 — 43.
- Galliev B.B. (2006) *Temporal'noe deystvie ugolovnogogo zakona (sravnitel'no-pravovoy analiz po zakonodatel'stvu Kazakhstana i Rossii)*. (Avtoref. diss. ...kand. jurid. nauk) [Temporal Action of Criminal

Law (Comparative Legal Analysis of the Legislation of Kazakhstan and Russia)]. (Summary of Candidate of Sciences Dissertation). Chelyabinsk.

Grin' M.V. (2003) *Neokonchennoe prestuplenie. (diss. ...kand. jurid. nauk)*. Incomplete Crime (Summary of candidate of sciences dissertation). Krasnodar.

Devitsyn M. Iu. (1998) *O nekotorykh problemakh deystviya rossiyskogo ugolovnogogo zakona vo vremeni v prostranstve* [On Some Problems of Russian Criminal Law Operation in Time and Space] // *Rossiyskoe pravo v period sotsial'nykh reform: Materialy konferentsii* [Russian Law in the Period of Social Reforms: Conference Material]. A. V. Petrov(ed.). Nizhny Novgorod: Nizhegorodsky gos. univ., pp. 96–99.

Durmanov N.D. (1967) *Sovetskiy ugolovnyy zakon* [Soviet Criminal Law]. Moscow: Izdatelstvo MGU, 96 p.

Erasov A.M. (2004) *Obratnaya sila ugolovnogogo zakona. (Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk)*. [Retroactivity of the Criminal Law (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow.

Feoktistov M. (2012) *Obratnaya sila ugolovno-pravovykh norm: zakonodatel'nye zagadki* [Retroactivity of Criminal Law Standards: Legislative Secrets] // *Ugolovnoe pravo*, no. 5, pp. 124–133.

Ivanov N. (2012) *Obratnaya sila ugolovnogogo zakona* [Retroactivity of the Criminal Law]. *Ugolovnoe pravo*, no. 5, pp. 57–58.

Ivanchin A. (2012) *O predelakh sinteza starogo i novogo zakonov i inykh problemakh pridaniya obratnoy sily novellam UK RF* [On the Limits of Synthesis of the Old and New Law and Other Issues of Retroactivity of Novels of the Criminal Code of the Russian Federation]. *Ugolovnoe pravo*, no. 5, pp. 59–61.

Ignatov A. (2002) *O deystvii ugolovnogogo zakona vo vremeni* [On Criminal Law Operation in Time]. *Ugolovnoe pravo*, no. 1, pp. 14–15.

Kaufman M.A. (2012) *Nekotorye problemnye voprosy vremeni soversheniya prestupleniya* [Some Topical Issues of the Time of Commission of a Crime]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no. 11, pp. 19–22.

Kaufman M. (2012) *Problemy deystviya ugolovnogogo zakona vo vremeni* [Issues of Criminal Law Operation in Time] *Ugolovnoe pravo*, no. 5, pp. 66–69.

Kozlov A.P. (2004) *Ponyatie prestupleniya* [The Notion of the Crime]. Saint Petersburg: Juridicheskiy Center Press, 819 p.

Korobeev A. I. (ed.) (1999) *Rossiyskoe ugolovnoe pravo* [Russian Criminal Law]. Vladivostok: Dalnevostochnygos. univ., vol. 1, 604 p.

Kozachenkol.Ya. (ed.) (2008) *Ugolovnoe pravo. Obshchayachast'*: [Criminal Law. General Part]. Moscow: NORMA.

Lebedev V.M. (ed.) (2001) *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Commentaries to the Criminal Code of the Russian Federation]. Moscow: Yurait, 1359 p.

Lebedev V.M. (ed.) (2001) *Sudebnaya praktika k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Law of Practice to the Criminal Code of the Russian Federation]. Moscow: Spark, 1168 p.

Lopashenko N.A. (2009). *Vvedenie v ugolovnoepravo* [Introduction into Criminal Law]. Moscow: Walters Kluver, 214 p.

Malykhin V.I. (1986) *Izmenenie sanktsiy ugolovno-pravovykh norm i obratnaya sila zakona* [The Amendment of Sanctions of Criminal Law Standards and Retroactivity of the Law]. *Ugolovno-pravovye i protsessual'nye problemy realizatsii ugolovnoy otvetstvennosti* [Criminal Law and Procedural Problems of Criminal Responsibility Implementation]. S.A. Sheifer (ed.). Kuibyshev: Kuibyshev gos. univ., pp. 23–31.

Miliukov S.F. (2000) *Rossiyskoe ugolovnoe zakonodatel'stvo: opyt kriticheskogo analiza* [Russian Criminal Legislation: Experience of Critical Analysis]. St. Petersburg: Znanie, 279 p.

Neznamova Z.A. (1994) *Kollizii v ugolovnom prave* [Criminal Law Collisions] Ekaterinburg: Cricket, 284 p.

Popov A.N. (1998) *Ugolovnyy zakoni ego obratnaya sila* [Criminal Law and its Retroactivity Thereof]. St. Petersburg: Juridicheskiy Institut, 48 p.

Razgildieiev B.T. (ed.) (2000) *Ugolovnoe pravo Rossii: V 6 t.* [Criminal Law of Russia: 6 volumes]. Saratov: Saratovskayajuridicheskaya academia, vol. 1, book 2.

Rarog A.I. (ed.) (1997) *Ugolovnoe pravo Rossii: Obshchaya chast'* [Criminal Law of Russia: General Part]. Moscow: Triada, 496 p.

Yakubov A.E. (2003) *Obratnaya sila ugolovnogogo zakona: nekotorye problemy sovershenstvovaniya Ugolovnogogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii* [Retroactivity of the Criminal Law: Some Issues of the Criminal Code of the Russian Federation Improvement]. St. Petersburg: Juridicheskiy Center Press, 206 p.

Критерии и показатели эффективности административно-правового регулирования алкогольного рынка



В.М. Ерохин

аспирант кафедры административного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул, д. 20. E-mail: v.erokhin.msk@gmail.com



Аннотация

В статье обосновывается необходимость определения критериев и показателей эффективности административно-правового регулирования алкогольного рынка. На основании исследования различных подходов автор делает вывод, что ключевым критерием эффективности системы государственного регулирования производства и оборота алкогольной продукции является достижение целей данного регулирования, определенных законодателем. В качестве таких целей можно обозначить защиту нравственности, здоровья, прав и законных интересов граждан, экономических интересов Российской Федерации; обеспечение безопасности указанной продукции и нужд потребителей; контроль за соблюдением законодательства, норм и правил в регулируемой области. Предлагается осуществлять оценку эффективности административно-правового регулирования алкогольного рынка путем сопоставления точных количественных показателей. В статье выделяются восемь таких показателей: 1) объем продажи алкогольной продукции населению; 2) смертность от случайных отравлений алкоголем; 3) количество проведенных проверок; 4) количество выявленных в ходе проверок нарушений и организаций-нарушителей; 5) количество заявлений об аннулировании лицензий, направленных в суд; 6) число аннулированных лицензий; 7) ставка акциза; 8) размер дохода федерального бюджета от уплаты акцизов. Посредством анализа данных показателей автор оценивает степень достижения указанных целей государственного регулирования алкогольной индустрии и приходит к выводу о недостаточной эффективности контроля за соблюдением законодательства в регулируемой области. Кроме того, по мнению автора, акцизная политика на алкогольном рынке не обеспечивает защиту экономических интересов государства и нужд потребителей алкогольной продукции.



Ключевые слова

критерии, цели, алкогольный рынок, модель, оборот, алкогольная продукция.

Библиографическое описание: Ерохин В.М. Критерии и показатели эффективности административно-правового регулирования алкогольного рынка // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 1. С. 115–125.

JEL: K23

Отношения, складывающиеся в сфере производства и оборота алкогольной продукции, обладают особой значимостью, так как связаны со здоровьем населения России и влияют на эффективность экономического развития государства. В связи с этим алко-

гольный рынок требует взвешенного подхода к его административно-правовому регулированию. Принятие поспешных и непродуманных решений, не учитывающих специфику данной отрасли, может не только разрушить устоявшиеся рыночные отношения, но и отразиться на самом потребителе.

В настоящее время существует необходимость повышения эффективности действующей системы административно-правового регулирования производства и оборота алкогольной продукции. Современная ситуация в алкогольной отрасли требует глубокого анализа существующих проблем, научного обобщения нормативной правовой базы, выбора наиболее эффективных форм и методов государственного управления в этой сфере на основе анализа правоприменительной практики и социально-экономических последствий принятия конкретных законов.

Также существует необходимость определения критериев и показателей эффективности административно-правового регулирования алкогольного рынка. Данные критерии и показатели нужны для объективной оценки работы системы государственного регулирования алкогольной индустрии и своевременного принятия необходимых мер для корректировки курса государственной политики на алкогольном рынке.

Прежде чем перейти к исследованию критериев и показателей административно-правового регулирования алкогольного рынка, выясним значение данных понятий. Критерий — это признак, на основании которого формируется оценка качества экономического объекта, процесса, мерило такой оценки. Критерий эффективности характеризует уровень эффективности системы¹. Критерий — средство для оценочного суждения, конкретный признак, на основе которого производится оценка или классификация чего-либо, определяется значимость или незначимость чего-либо, состояние объекта². Показатель — это данные, по которым можно судить о развитии, ходе, состоянии чего-нибудь³. Критерии обозначают объективную направленность эффективности, а показатели оценивают ее уровень. Критерии имеют нормативный характер, а показатели фиксируют достигнутый уровень и указывают количественные характеристики — максимальные, средние, низкие⁴.

Эффективность административно-правового регулирования является предметом острых дискуссий как в плане определения понятия, так и в плане выявления критериев, показателей и условий (факторов) эффективности. С точки зрения институционального подхода исследует проблему эффективности управления И.А. Кох. По мнению ученого, «институциональная эффективность — это синтетический критерий, объединяющий количественные и качественные показатели, учитывающий субъективные и объективные факторы, соотношение цели и средств управленческой деятельности, сиюминутную результативность и отдаленные социальные последствия принятия и реализации решений»⁵.

¹ См.: Борисов А.В. Большой экономический словарь. М.: Книжный мир, 2003. С. 432.

² См.: Дорохина Е.Г. Правовое регулирование управления в системе банкротства // СПС «Консультант Плюс».

³ См.: Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка // URL <http://www.ozhegov.org/words/24829.shtml> (дата обращения: 03.09.2014).

⁴ См.: Дорохина Е.Г. Правовое регулирование управления в системе банкротства // СПС «Консультант Плюс».

⁵ См.: Кох И.А. Институциональная эффективность социального управления в муниципальном образовании: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 22.

Целевая концепция эффективности, предложенная, В.Н. Кудрявцевым, А.Б. Никитинским, И.С. Самощенко и В.В. Глазыриным, заключалась в определении эффективности как отношения между фактически достигнутым результатом и той целью, достижение которой преследовалось⁶. Схожей позиции придерживался М.Д. Шаргородский, определяя эффективность права как абстрактное понятие, означающее способность применяемого средства содействовать достижению желаемой цели⁷.

При рассмотрении вопросов эффективности применительно к отдельным отраслям права и конкретным правовым институтам многие авторы также понимали под эффективностью соответствующих правовых предписаний степень достижения стоящих перед последними целей⁸. А.С. Пашков и Л.С. Явич определяли эффективность как результат, полученный с наименьшими затратами на поддержание и исполнение нормы (материальными, временными затратами, моральными и политическими издержками)⁹. Аналогичную позицию выражал Д.М. Чечот, рассматривая эффективность правового регулирования как действенность, результативность последнего, т.е. его способность оказывать влияние на общественные отношения в определенном, полезном для общества направлении¹⁰.

Е.Г. Дорохина отмечает, что основное значение в оценке эффективности управления принадлежит критериям и показателям. Оценка эффективности управления есть процедура сравнения результатов тех или иных решений с критериальными признаками, воплощающими официально признанные ценности, интересы, цели и нормы¹¹. Таким образом, согласно наиболее распространенному подходу эффективность механизма правового регулирования определяется через сопоставление целей задекларированных законодателем, с достигнутыми результатами.

Придерживаясь указанной позиции можно сказать, что определяющим критерием эффективности системы государственного регулирования производства и оборота алкогольной продукции является достижение целей данного регулирования, определенных законодателем. Исходя из положений ст. 1 Федерального закона № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» (далее — Федеральный закон № 171-ФЗ)¹² можно выделить четыре основные цели указанного регулирования:

⁶ См.: Кудрявцев В.Н., Никитинский В.И., Самощенко И.С., Глазырин В.В. Эффективность правовых норм. М.: Юрид. лит., 1980. С. 21–43.

⁷ См.: Шаргородский М.Д. Наказание, его цели и эффективность. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1973. С. 57.

⁸ См., напр.: Злобин Г.А. О методологии изучения эффективности уголовного наказания в советском уголовном праве и криминологии // Вопросы предупреждения преступности. Вып. 1. 1965. С. 60; Каминская В.И. Теория советского уголовно-процессуального закона: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1967. С. 30; Анашкин Г.З., Петрухин И.Л. Эффективность правосудия и судебные ошибки // Советское государство и право. 1968. № 8. С. 59.

⁹ Пашков А.С., Явич Л.С. Эффективность действия правовой нормы // Советское государство и право. 1970. № 3. С. 41–47.

¹⁰ Пашков А.С., Чечот Д.М. Эффективность правового регулирования и методы ее выявления // Советское государство и право. 1965. № 9. С. 3.

¹¹ См.: Дорохина Е.Г. Правовое регулирование управления в системе банкротства // СПС «Консультант Плюс».

¹² Федеральный закон от 22.11.1995 № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» // Российская газета 1999. № 9.

- 1) защита нравственности, здоровья, прав и законных интересов граждан;
- 2) защита экономических интересов Российской Федерации;
- 3) обеспечение безопасности алкогольной продукции, нужд потребителей в ней;
- 4) контроль за соблюдением законодательства, норм и правил в регулируемой области.

Таким образом, чтобы ответить на вопрос, насколько эффективно государственное регулирование алкогольного рынка, необходимо выяснить, как достигаются указанные цели. В связи с этим существует необходимость определить конкретные показатели, соотношение которых могло бы отразить степень достижения целей регулирования алкогольного рынка.

В юридической науке разрабатывался вопрос о переходе от теоретического, качественного анализа к определенным количественным расчетам эффективности правового регулирования. Предлагалось осуществлять измерение эффективности действия правовых норм с помощью операциональных определений путем разработки точных количественных показателей, характеризующих меру воздействия правовой нормы¹³. В сфере административно-правового регулирования алкогольного рынка нами выявлено 8 таких показателей:

- 1) объем продажи алкогольной продукции населению;
- 2) смертность от случайных отравлений алкоголем;
- 3) количество проведенных проверок;
- 4) количество выявленных в ходе проверок нарушений и организаций-нарушителей;
- 5) количество заявлений об аннулировании лицензий, направленных в суд;
- 6) число аннулированных лицензий;
- 7) ставка акциза;
- 8) размер дохода федерального бюджета от уплаты акцизов.

Необходимо отметить, что указанные показатели выявлены не случайно. Они приведены в определенном порядке, а именно, условно разбиты по парам. Соотношение каждой пары показателей отражает степень реализации определенных целей государственного регулирования алкогольного рынка, указанных в ст. 1 Федерального закона № 171-ФЗ. Таким образом, совокупность названных показателей образует некую модель эффективности государственного регулирования алкогольного рынка.

Обратимся непосредственно к вышеназванным показателям.

1. Соотношение таких показателей, как *объем продажи алкогольной продукции и смертность от случайных отравлений алкоголем*, отражает эффективность обеспечения безопасности алкогольной продукции, а значит, и обеспечения защиты жизни, здоровья, прав и законных интересов потребителей данной продукции. Так, если при росте объема продажи алкогольной продукции населению уменьшается смертность от отравления алкоголем, очевидно, что безопасность и качество такой продукции улучшается. Если же сокращаются и потребление алкоголя, и уровень смертности, то можно говорить об определенных успехах государственной политики по снижению масштабов злоупотребления алкогольной продукцией среди населения страны.

По данным Росстата объем продажи алкогольной продукции населению в 2012 году составил 131 млн дкл., а потребление алкоголя на душу населения составило 9,2 л. чистого безводного спирта. В 2013 году данные показатели составили 129,1 млн дкл. и 9 л.

¹³ См.: Черногор Н.Н. Правовой мониторинг: актуальные проблемы теории и практики / под ред. Н.Н. Черногора. М.: Изд-во Международного юридического института, 2010. С. 197.

соответственно. Таким образом, потребление алкогольной продукции на душу населения в 2013 году сократилось на 2,2 % по отношению к прошлому году. По данным Росстата смертность от случайных отравлений алкоголем также снизилась в 2013 году по отношению к 2012 году на 4,12% (в 2012 году умерло от случайных отравлений алкогольной продукцией 10,1 тыс. человек, в 2013 году — 9,7 тыс. человек)¹⁴.

Соотношение указанных показателей отражает социальную эффективность правового регулирования алкогольного рынка, которая, как писал В.А. Козлов, характеризует социальную полезность результатов правового регулирования в рамках конкретной системы общественных отношений, объективным критерием которой является соответствие потребности прогрессивного развития общества¹⁵.

2. Соотношение таких показателей, как *количество проведенных проверок и выявленных в ходе их проведения нарушений*, показывает эффективность контроля за соблюдением законодательства, норм и правил в регулируемой области.

Оценивая вышеуказанные показатели, необходимо учитывать низкий уровень легальности алкогольной индустрии. Аналитики рынка констатируют рост количества нелегальных спиртных напитков с 2012 года. По данным Счетной палаты Российской Федерации, в 2012 году теневой сегмент алкогольного рынка составлял около 30% от общего объема реализуемых населению спиртных напитков. С ростом акцизов ситуация только ухудшилась: в 2013 году, по самым приблизительным подсчетам, доля нелегальной алкогольной продукции на рынке превысила 50 процентов¹⁶. В 2014 году данный показатель не снизился.

При значительной доле нелегальной продукции на рынке в настоящее время эффективность работы государственных контрольных органов выражается в росте количества выявленных в ходе проверок нарушений и организаций-нарушителей по отношению к количеству самих проверок.

Указанный подход к определению эффективности работы государственных контрольных органов основан на том, что в содержание понятия эффективности управления многими учеными предлагалось также включать не только достижение поставленных целей, но и максимальное их выполнение при наименьшей затрате времени, материальных средств и человеческой энергии¹⁷.

По данным, содержащимся на официальном сайте Федеральной службы по регулированию алкогольного рынка (далее — Росалкогольрегулирование) в 2012 г. было проведено 5572 проверки, из них 4787 проверок, в ходе которых выявлены нарушения законодательства о производстве и обороте алкогольной продукции. В 2013 г. данные показатели существенно возросли: из 10834 проведенных проверок 9849 проверок, в ходе которых выявлены нарушения. По состоянию на первый квартал 2014 г. проведено

¹⁴ См.: Официальный сайт Росстата [сайт] // URL: http://www.gks.ru/wps/wcm/co№№ect/rosstat_mai№@rosstat/ru/statistics/e№terprise/retail/# (дата обращения: 7.05.2014 г.).

¹⁵ Козлов В.А. К вопросу о понятии эффективности права // Вестник Ленинградского университета. Вып. 1. 1972. С. 112–113.

¹⁶ Сайт RG.RU Российская газета [сайт] // URL: <http://www.rg.ru/2014/02/28/spirtnoe.html> (дата обращения: 18.11.2014 г.).

¹⁷ См., напр.: Пискотин М.И., Лазарев Б.М., Салищева Н.Г., Тихомиров Ю.А. О науке управления // Советское государство и право. 1964. № 9. С. 24; Манохин В.М. О предмете и задачах науки управления в современный период // Советское государство и право. 1965. № 2. С. 88; Кузнецов Ф.Т., Подымов П.Е., Шмаров И.В. Эффективность деятельности исправительно-трудовых учреждений. С. 65. М.: Юрид. лит., 1968; Шмаров И.В. Критерии и показатели эффективности наказаний // Советское государство и право. 1968. № 6. С. 57.

1436 проверок, из них 1183 проверки, в ходе которых выявлены нарушения. За аналогичный период прошлого года проведено 2493 проверки, из них 2252 проверки, в ходе которых выявлены нарушения¹⁸.

Проанализировав приведенные показатели, можно сказать, что из общего числа проверок, проведенных в 2012 году, 86% составили проверки, в ходе которых выявлены нарушения. В 2013 году данный показатель увеличился только на 4% и составил 90%, вместе с тем в 2013 году проведено на 94% больше проверок, чем в 2012 году. И так, в 2013 году по сравнению с 2012 годом наблюдался значительный рост количества проведенных проверок и несущественное увеличение выявленных в ходе их проведения нарушений законодательства в сфере производства и оборота алкогольной продукции.

По состоянию на первый квартал 2014 года проведено на 73% меньше проверок, чем за аналогичный период прошлого года. Из общего числа проверок, проведенных в первом квартале 2013 года, 90% составили проверки, в ходе которых выявлены нарушения. По состоянию на первый квартал 2014 года данный показатель снизился до 82%.

Таким образом, в первом квартале 2014 года по сравнению с аналогичным периодом прошлого года сократилось как число проверок, так и выявленных нарушений. Мы полагаем, что при сохраняющейся большой доле нелегальной продукции на алкогольном рынке (около 50%) сокращение данных показателей свидетельствует о недостаточной эффективности контроля за соблюдением законодательства в регулируемой области.

3. Соотношение количества заявлений об аннулировании лицензий, направленных в суд, и аннулированных по решению суда лицензий отражает эффективность лицензионного контроля со стороны лицензирующих органов. Так, если количество аннулированных лицензий по решению суда значительно меньше количества поданных в суды лицензирующими органами соответствующих заявлений, то это свидетельствует о формальном подходе лицензирующих органов при определении оснований для аннулирования лицензий в судебном порядке.

Следует отметить, что согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда РФ к решению вопроса об аннулировании лицензий, изложенной в постановлении Президиума ВАС РФ от 12.05.2009 № 15211/08, Федеральный закон № 171-ФЗ не устанавливает безусловной обязанности суда при наличии приведенных в нем оснований принять решение об аннулировании лицензии. Иными словами, наличие формальных признаков нарушения не может служить достаточным основанием для принятия судом решения об аннулировании лицензии на производство и оборот алкогольной продукции.

Согласно сведениям, размещенным на сайте Росалкогольрегулирования в 2012 году лицензирующими органами, было направлено в суд 175 заявлений об аннулировании лицензий, из них 97 аннулировано, т.е. 55% от общего количества заявлений. В 2013 году наблюдалось незначительное падение данных показателей, так, направлено 120 таких заявлений, из них 61 удовлетворено, т.е. 51% от общего количества заявлений. В первом квартале 2013 года направлено в суд 30 заявлений, из них 16 лицензий аннулировано, т.е. 53% от общего количества заявлений. За аналогичный период 2014 года — 19 заявлений и 14 аннулированных лицензий, т.е. 73% от общего количества заявлений¹⁹.

Таким образом, по состоянию на первый квартал 2014 года можно констатировать существенный рост количества удовлетворенных заявлений об аннулировании лицензий в судебном порядке, что в свою очередь свидетельствует об отсутствии формаль-

¹⁸ См.: Официальный сайт Росалкогольрегулирования // URL: <http://www.fsrar.ru/activities/rezultaty-proverok> (дата обращения: 7.05.2014).

¹⁹ См.: Там же.

ного подхода лицензирующих органов при определении оснований для аннулирования лицензий в судебном порядке.

4. Соотношение ставки акциза и размера дохода федерального бюджета от уплаты акцизов отражает степень эффективности налоговых мер, направленных на обеспечения экономических интересов государства при государственном регулировании алкогольного рынка. Так, если при сохранении (уменьшении) ставки акциза размер дохода федерального бюджета от уплаты акцизов увеличивается, это говорит об эффективности акцизной политики государства. Наоборот, если при значительном увеличении ставки акциза наблюдается несущественный рост дохода федерального бюджета (или, что еще хуже, снижение дохода) от уплаты акцизов, это свидетельствует о неэффективности подобных мер. Соотношение приведенных показателей отражает юридическую эффективность правового регулирования, которая, как указывает В.А. Козлов, характеризует результативность механизма правового регулирования, способность осуществлять цели, поставленные перед правовым регулированием²⁰.

Согласно сведениям, размещенным на официальном сайте Федерального казначейства, в 2013 году размер дохода федерального бюджета от уплаты акцизов по алкогольной продукции свыше 9% составил 104,849 млрд. рублей, что на 29% больше дохода 2012 года (81,315 млрд. рублей). Однако ставка акциза в 2013 году увеличилась значительно больше: на 57% по отношению к началу 2012 года²¹. По состоянию на 1 мая 2014 года размер дохода федерального бюджета от уплаты акцизов по алкогольной продукции свыше 9% составил 27,531 млрд. рублей, что на 17% больше дохода за аналогичный период прошлого года. Однако ставка акциза увеличилась в 2014 году на 25%²².

Очевидно, что рост ставок акциза на алкогольную продукцию связан с намерением государства сократить масштабы злоупотребления алкогольной продукцией и увеличить акцизные поступления в бюджет. Однако приведенные цифры показывают, что размер дохода федерального бюджета увеличивается в процентном соотношении не так значительно, как растут ставки акцизов. Это свидетельствует о неэффективности акцизной политики государства на алкогольном рынке, а также о том, что часть производства и оборота алкогольной продукции осуществляется нелегально.

Эксперты указывают на низкую эффективность подобных мер. Как отмечает председатель правления Союза производителей алкогольной продукции (далее — СПАП) Дмитрий Добров, повышение акцизных ставок на 40%, которое проводилось в 2001 году, в результате увеличило бюджетные поступления лишь на 5%. «Мы не говорим, что акцизы вообще нельзя поднимать. Но считаем, что повышать их следует плавно, с оглядкой на реальную ситуацию на рынке и с учетом платежеспособности большинства жителей страны», — подчеркнул председатель правления СПАП²³.

Резкое повышение ставок акцизов на этиловый спирт, алкогольную и спиртосодержащую продукцию создает дополнительные риски расширения нелегального рынка алкогольной продукции, усугубляя ситуацию с оборотом контрафактной алкогольной продукции и, как следствие, отражается на объемах поступлений доходов в бюджет. Как

²⁰ Козлов В.А. К вопросу о понятии эффективности права // Вестник Ленинградского университета. Вып. 1. 1972. С. 112–113.

²¹ См.: Официальный сайт Казначейства России // URL: <http://www.roskazna.ru/federalnogo-byudzheta-ru/> (дата обращения: 11.06.2014).

²² См.: Там же.

²³ Вести.Ru — государственный Интернет-канал: [сайт] // URL: <http://www.vesti.ru/doc.html?id=452900> (дата обращения: 4.02.2012).

показывают проверки, проведенные Счетной палатой РФ, даже при существовавшем ранее уровне акцизных ставок и действенном механизме государственного регулирования алкогольной отрасли в 2012 году около 30% реализуемой населению алкогольной продукции являлось нелегальной²⁴.

Итак, подведем итоги проведенного анализа количественных показателей эффективности государственного регулирования производства и оборота алкогольной продукции.

1. В 2014 году по сравнению с предыдущим годом наблюдается незначительное сокращение потребления алкогольной продукции на душу населения и снижение уровня смертности от случайных отравлений алкоголем. Однако по данным аналитиков и государственных органов производство и оборот половины алкогольной продукции на рынке осуществляется нелегально, поэтому говорить об эффективности в достижении таких целей государственного регулирования алкогольного рынка, как защита здоровья, прав и законных интересов граждан, обеспечение безопасности алкогольной продукции, пока рано.

2. При сохраняющейся большой доле нелегальной продукции на алкогольном рынке сокращение количества проверок субъектов предпринимательства и выявленных в ходе их проведения нарушений свидетельствует о недостаточной эффективности государственного контроля за соблюдением законодательства в регулируемой области.

3. Увеличение числа удовлетворенных в судебном порядке заявлений лицензирующих органов об аннулировании лицензий на производство и оборот алкогольной продукции свидетельствует об отсутствии формального подхода лицензирующих органов при определении оснований для применения мер административного принуждения в виде аннулирования лицензий и повышении эффективности лицензионного контроля на алкогольном рынке.

4. Незначительный рост дохода федерального бюджета от уплаты акцизов по алкогольной продукции крепостью свыше 9% по отношению к росту акцизных ставок не обеспечивает защиты экономических интересов государства и свидетельствует о неэффективности акцизной политики на алкогольном рынке.



Библиография

Федеральный закон от 22.11.1995 № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» // Российская газета. 1999. № 9.

Анашкин Г.З., Петрухин И.Л. Эффективность правосудия и судебные ошибки // Советское государство и право. 1968. № 8. С. 58–62.

Борисов А.Б. Большой экономический словарь. М.: Книжный мир, 2003. С. 431–433.

Дорохина Е.Г. Правовое регулирование управления в системе банкротства // СПС «Консультант-Плюс».

Д.Б. Горохов, В.И. Радченко, Н.Н. Черногор и др. Правовой мониторинг: актуальные проблемы теории и практики / под ред. Н.Н. Черногора. М.: Изд-во Международного юридического института, 2010. С. 195–198.

Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка // URL <http://www.ozhegov.org/words/24829.shtml> (дата обращения: 03.09.2014).

Злобин Г.А. О методологии изучения эффективности уголовного наказания в советском уголовном праве и криминологии // Вопросы предупреждения преступности. 1965. Вып. 1. С. 59–61.

²⁴ URL: http://zako№.ru/Blogs/zako№oproekt_o_v№ese№ii_izme№e№ij_v_federal№yj_zako№_o_gosudarstve№№om_regulirova№ii_proizvodstva_i_/8965 (дата обращения: 3.05.2014).

Козлов В.А. К вопросу о понятии эффективности права // Вестник Ленинградского университета. 1972. Вып. 1. С. 112–113.

Кох И.А. Институциональная эффективность социального управления в муниципальном образовании: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 3–28.

Кудрявцев В.Н., Никитинский В.И., Самощенко И.С., Глазырин В.В. Эффективность правовых норм. М.: Юрид. лит., 1980. С. 21–43.

Кузнецов Ф.Т., Подымов П.Е., Шмаров И.В. Эффективность деятельности исправительно-трудовых учреждений. М.: Юрид. лит., 1968. С. 64–67.

Манохин В.М. О предмете и задачах науки управления в современный период // Советское государство и право. 1965. № 2. С. 87–90.

Пашков А.С., Чечот Д.М. Эффективность правового регулирования и методы ее выявления // Советское государство и право. 1965. № 9. С. 3–5.

Пашков А.С., Явич Л.С. Эффективность действия правовой нормы // Советское государство и право. 1970. № 3. С. 41–47.

Пискотин М.И., Лазарев Б.М., Салищева Н.Г., Тихомиров Ю.А. О науке управления // Советское государство и право. 1964. № 9. С. 23–25.

Шаргородский М.Д. Наказание, его цели и эффективность. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та. 1973. С. 55–59.

Шмаров И.В. Критерии и показатели эффективности наказаний // Советское государство и право. 1968. № 6. С. 56–58.

Официальный сайт Росстата // URL: http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/enterprise/retail/#

Официальный сайт Роспотребнадзора // <http://77.rospotrebnadzor.ru/index.php/san-epid/40-2009-08-20-06-08-14/1909-san-epid>

Официальный сайт Федеральной службы по регулированию алкогольного рынка // URL: <http://www.fsrar.ru/activities/rezultaty-proverok>

Официальный сайт Казначейства России // URL: <http://www.roskazna.ru/federalnogo-byudzhetu-rf/>
Вести.Ru — государственный Интернет-канал // URL: <http://www.vesti.ru/doc.html?id=452900> (дата обращения: 04.02.2012).

URL: http://zakon.ru/Blogs/zakonoproekt_o_vnesenii_izmenenij_v_federalnyj_zakon_o_gosudarstvennom_regulirovanii_proizvodstva_i_/8965 (дата обращения: 03.05.2014).

Сайт RG.RU Российская газета [сайт] // URL: <http://www.rg.ru/2014/02/28/spirtnoe.html> (дата обращения: 18.11.2014)

Criteria and Performance Indicators in Administrative Alcohol Market Regulation



Victor M. Erokhin

Postgraduate Student, Department of Administrative Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya, Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: v.erokhin.msk@gmail.com



Abstract

The necessity of establishing benchmarks and performance indicators in administrative and legal regulation of the alcohol market. Based on the study of different approaches to determine the effectiveness of the legal regulation, the author concludes that the decisive criterion for the effectiveness of the system of state regulation of production and turnover of alcohol products is to achieve the purposes of this regulation, certain legislator, namely purposes such as the protection of morality, health, rights and lawful interests of citizens and the economic interests of the Russian Federation, the

safety of alcoholic beverages consumer needs, as well as monitoring compliance with laws, rules and regulations in the regulated area. It is proposed to assess the efficiency of the administrative and legal regulation of the alcohol market by comparing precise quantitative indicators. The article highlighted eight such indicators: 1) the volume of sales of alcoholic beverages to the public; 2) deaths from accidental alcohol poisoning; 3) the number of inspections; 4) the number identified in the audits of violations and violators organizations; 5) the number of applications for cancellation of licenses sent to the court; 6) the number of revoked; 7) rate of excise duty; 8) the amount of federal budget revenues from excise taxes.

Through the analysis of these indicators, the author assesses the extent to which the above objectives, the state regulation of the alcohol industry and comes to the conclusion that the positive results in the field of the protection of life, health, rights and interests of the consumers of alcoholic beverages. However, the article cites the figures indicating a lack of effective control over the implementation of the legislation in the regulated area. In addition, according to the author, excise policy in the alcohol market does not provide the protection of the economic interests of the state and the needs of consumers of alcoholic beverages.



Keywords

Performance indicators, criteria, objectives, alcohol market, model, turnover, alcoholic beverages.

Citation: Erokhin V.M. (2015) Criteria and Performance Indicators in Administrative Alcohol Market Regulation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no. 1, pp. 115–125 (in Russian)
JEL: K23



References

- Anashkin G.Z., Petrukhin I.L. (1968) *Effektivnost' pravosudiya i sudebnye oshibki* [Efficiency of Justice and Judicial Mistakes]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no. 8.
- Borisov A.B. (2003) *Bol'shoy ekonomicheskiy slovar'* [Large Economic Dictionary]. Moscow: Knizhnyy mir. (In Russian)
- Chernogor N.N. (2010) *Pravovoy monitoring: aktual'nye problemy teorii i praktiki* [Legal Monitoring: Topical Problems of Theory and Practice. Monograph]. Moscow, Izd-vo Mezhdunarodnogo yuridicheskogo instituta (in Russian)
- Dorokhina E.G. (2009) *Pravovoe regulirovanie upravleniya v sisteme bankrotstva* [The Legal Regulation of Management in the System of Bankruptcy]. SPS Konsul'tant Plius.
- Kozlov V.A. (1972) *K voprosu o ponyatii effektivnosti prava* [On the Concept of Efficiency in Law]. *Vestnik Leningradskogo universiteta*. Vyp. 1, pp. 112–113.
- Koh I.A. *Institutsional'naya effektivnost' sotsial'nogo upravleniya v munitsipal'nom obrazovanii* [Institutional Efficiency of Social Management in Municipal Formation].
- Kudryavtsev V.N., Nikitinskiy V.I., Samoshchenko I.S., Glazyrin V.V. (1980) *Effektivnost' pravovykh norm* [Efficiency of Legal Norms]. Moscow, *Yurid. lit.*, pp. 21–43 (in Russian)
- Kuznetsov F.T., Podymov P.E., Shmarov I.V. *Effektivnost' deyatel'nosti ispravitel'no-trudovykh uchrezhdeniy* [Efficiency in the Activity of Penitentiary Institutions] Moscow, *Jurid. lit.*, 1968, pp. 64–67.
- Manokhin V.M. (1965) *O predmete i zadachakh nauki upravleniya v sovremennyy period* [On the Subject and Objectives of Modern Management Science]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no 2, pp. 87–90.
- Ozhegov S.I. *Tolkovyy slovar' russkogo yazyka* [Explanatory Dictionary of the Russian Language]. Available at: URL <http://www.ozhegov.org/words/24829.shtml> (accessed 3.09.2014).
- Pashkov A.S., Yavich L.S. (1970) *Effektivnost' deystviya pravovoy normy* [Efficiency of a Legal Norm] *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no. 3, pp. 41–47.
- Pashkov A.S., Chehot D.M. (1965) *Effektivnost' pravovogo regulirovaniya i metody ee vyyavleniya* [The Efficiency of legal Regulation and the Methods of Revealing it]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no. 9, pp. 3–5.
- Piskotin M.I., Lazarev B.M., Salishcheva N.G., Tikhomirov Yu.A. (1964) *O nauke upravleniya* [On the Science of Management]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no. 9. p. 23–25.

Shargorodskiy M.D. (1973) *Nakazanie, ego tseli i effektivnost'* [Punishment, its Aims and Efficiency]. Leningrad. (in Russian)

Shmarov I.V. (1968) *Kriterii i pokazateli effektivnosti nakazaniy* [Criteria in the Efficiency of Punishments]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no. 6.

Ofitsial'nyy sayt Rosstata [Official website of Rosstat]. Available at: URL:http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/enterprise/retail/#

Ofitsial'nyy sayt Rospotrebnadzora <http://77.rospotrebnadzor.ru/index.php/san-epid/40-2009-08-20-06-08-14/1909-san-epid>

Ofitsial'nyy sayt Federal'noy sluzhby po regulirovaniyu alkogol'nogo rynka. Available at: URL: <http://www.fsrar.ru/activities/rezultaty-proverok>

Ofitsial'nyy sayt Kaznacheystva Rossii. Available at: URL: <http://www.roskazna.ru/federalnogo-byudzheta-rf/>

Zlobin G.A. (1965) *O metodologii izucheniya effektivnosti ugolovnogo nakazaniya v sovetskom ugolovnom prave i kriminologii* [On the Methods of Studying the Efficiency of Criminal Punishment in Soviet Criminal Law and Criminal Studies]. *Voprosy preduprezhdeniya prestupnosti* [Questions of Preventing Crimes]. Issue 1.

Правовой механизм международного сотрудничества в сфере уголовного судопроизводства



А.С. Шаталов

профессор кафедры судебной власти и организации правосудия Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, г Москва, ул. Мясницкая, д. 20. E-mail: asshtalov@hse.ru



Аннотация

Статья посвящена анализу механизма международного сотрудничества в сфере уголовного судопроизводства. Исследуются процессуальные основы взаимодействия судов, прокуроров, следователей и органов дознания с компетентными органами и должностными лицами иностранных государств и международными организациями; процедуры выдачи лица для уголовного преследования или исполнения приговора; порядок передачи лица, осужденного к лишению свободы, для отбывания наказания в государстве его гражданства. Отмечается, что международное сотрудничество в сфере уголовной юстиции имеет многовековую историю, которая свидетельствует, что в России оно никогда не было простым. Вплоть до XX в. его низкая интенсивность была обусловлена многими причинами, в числе которых можно выделить неразвитость международного права, путей сообщения, средств связи. Положение дел изменилось с созданием в 1945 г. Организации Объединенных Наций, активным участником которой являлся Советский Союз. Однако вплоть до его распада международное сотрудничество в сфере уголовного судопроизводства носило эпизодический характер, так как было чрезвычайно политизировано. Связанные с ним вопросы оговаривались в единственном нормативном правовом акте, причем в самой общей форме. Непосредственные контакты сотрудников правоохранительных органов со своими иностранными коллегами этим актом полностью исключались. Как следствие, советские судьи, прокуроры, следователи, дознаватели не могли обладать правом лично обращаться с запросами в компетентные органы и к должностным лицам иностранных государств по находящимся в их производстве уголовным делам и участвовать в оказании правовой помощи. С вступлением в силу ныне действующего Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации положение дел кардинально изменилось, так как сотрудничество в сфере уголовного судопроизводства получило развернутую правовую основу, ставшую мощным импульсом для его дальнейшего развития в качестве одного из важнейших процессуальных институтов. Его правовая природа такова, что требует от участников этой деятельности признания и неукоснительного соблюдения установленного процессуального порядка с учетом действия национального и зарубежного законодательства во времени, пространстве и по кругу лиц. Эффективность сотрудничества в данной сфере зависит не только от состояния норм международного права, сколько от существующих возможностей практической реализации соответствующих правовых механизмов в той или иной стране.



Ключевые слова

взаимодействие с компетентными органами и должностными лицами иностранных государств и международными организациями, правовая помощь, экстрадиция, выдача лица для исполнения приговора, выдача для уголовного преследования, доказательства, полученные на территории иностранного государства, сотрудничество в сфере уголовного судопроизводства, передача лица, осужденного к лишению свободы

Библиографическое описание: Шаталов А.С. Правовой механизм сотрудничества в сфере уголовного судопроизводства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 1. С. 126–149.

JEL: K42

I. Процессуальные основы взаимодействия судов, прокуроров, следователей и органов дознания с компетентными органами и должностными лицами иностранных государств и международными организациями

Объем, структура и динамика современной российской преступности, равно как и преступности многих других стран мира, свидетельствуют об объективной невозможности борьбы с ней силами правоохранительных органов какого-то одного, отдельно взятого государства. Это обстоятельство в совокупности с экономическими, политическими, правовыми, организационно-техническими факторами стимулирует международное сотрудничество в этой сфере, приводя к появлению необходимых стандартов взаимодействия судов, прокуроров, следователей и органов дознания со своими коллегами из других государств. Став общепризнанными, такие стандарты имплементируются в национальные правовые акты в целях дальнейшего беспрепятственного применения в следственной и судебной практике. Российское уголовно-процессуальное законодательство в этом плане не исключение.

Пятая часть Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ) от начала и до конца посвящена международному сотрудничеству в сфере уголовного судопроизводства. В ней три главы (гл. 53, 54 и 55), содержащие в общей сложности около 20 статей (ст. 453–473). Они объединены в одном разделе, названном «Порядок взаимодействия судов, прокуроров, следователей и органов дознания с соответствующими компетентными органами и должностными лицами иностранных государств и международными организациями». Именно в этом разделе в 2001 г. была впервые кодифицирована довольно сложная и пока еще малоизученная сфера процессуальной деятельности, функционирующая на стыке многих отраслей права.

Международное сотрудничество в сфере уголовной юстиции имеет многовековую историю, которая свидетельствует, что в России оно никогда не было простым ни в правовом, ни в политическом плане. Вплоть до наступления XX в. его низкая интенсивность была обусловлена многими причинами, в числе которых можно выделить неразвитость международного права, путей сообщения, средств связи и др. Положение дел изменилось к лучшему с созданием в 1945 г. Организации Объединенных Наций (ООН), активным участником которой являлся Советский Союз. Однако вплоть до распада СССР (1991 г.) международное сотрудничество в сфере уголовного судопроизводства носило эпизодический характер, так как было чрезвычайно политизировано. Связанные с ним вопросы специально оговаривались лишь в двусторонних договорах, заключенных преимущественно с социалистическими странами, и в единственном указе¹, причем в самой общей форме. Непосредственные контакты сотрудников правоохранительных органов со своими иностранными коллегами этими актами полностью исключались. Как следствие, советские судьи, прокуроры, следователи, дознаватели не могли обла-

¹ Указ Президиума Верховного Совета СССР от 16 декабря 1947 г. «О порядке сношений государственных учреждений СССР и их должностных лиц с учреждениями и должностными лицами иностранных государств» // Ведомости Верховного Совета СССР. 1948. Отд. 5. Ст. 2.

дать правом лично обращаться с запросами в компетентные органы и к должностным лицам иностранных государств по находящимся в их производстве уголовным делам и участвовать в оказании международной правовой помощи.

С вступлением в силу в 2002 г. УПК РФ положение дел кардинально изменилось, так как международное сотрудничество в сфере уголовного судопроизводства получило развернутую правовую основу, ставшую мощным импульсом для его дальнейшего поступательного развития в качестве одного из важнейших процессуальных институтов. Его правовая природа такова, что требует от участников этой деятельности признания и неукоснительного соблюдения установленного процессуального порядка с учетом действия национального и зарубежного законодательства во времени, пространстве и по кругу лиц. Ввиду этого эффективность сотрудничества государств в данной сфере зависит не только и не столько от состояния норм международного права, сколько от существующих возможностей практической реализации соответствующих правовых механизмов в той или иной отдельно взятой стране.

В российском уголовном процессе международное сотрудничество в сфере уголовного судопроизводства может осуществляться в трех основных направлениях. Первым из них является взаимодействие судов, прокуроров, следователей, органов дознания с компетентными органами и должностными лицами иностранных государств и международными организациями (англ. — cooperation of courts, prosecutors, investigators, bodies of inquiry with respective authorities and officials of foreign states and international organizations). При производстве по уголовным делам такое взаимодействие может осуществляться в рамках целого ряда процессуальных процедур. Наиболее распространенной из них справедливо признается направление судом, прокурором, следователем, руководителем следственного органа, дознавателем запроса о правовой помощи при необходимости производства на территории иностранного государства осмотра, обыска, выемки, судебной экспертизы и иных процессуальных действий, предусмотренных УПК РФ. Их производство осуществляется компетентным органом или должностным лицом иностранного государства в соответствии с международным договором Российской Федерации или на основе принципа взаимности.

В зависимости от процессуального статуса лица, составившего запрос и характера искомых процессуальных действий, он может быть направлен иностранному адресату через центральный аппарат соответствующего ведомства. Такими полномочиями обладают Верховный Суд Российской Федерации (вправе направлять запросы по вопросам собственной судебной деятельности), Министерство юстиции Российской Федерации (вправе направлять запросы по вопросам, связанным с деятельностью всех судов, за исключением Верховного Суда Российской Федерации), Следственный комитет Российской Федерации, Министерство внутренних дел Российской Федерации, Федеральная служба безопасности Российской Федерации, Федеральная служба Российской Федерации по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ (вправе направлять запросы по уголовным делам, находящимся в их производстве), Генеральная прокуратура Российской Федерации (вправе направлять запросы во всех остальных случаях). Каждое из названных ведомств в этих правоотношениях выступает в качестве запрашивающей стороны. Запрашиваемой стороной является государство, к ведомству которого обращен запрос из Российской Федерации об оказании правовой помощи.

При наличии соответствующего международного договора, основанного на принципе взаимности, запрашиваемая сторона обязана принять запрос. Исполняя его, она руководствуется положениями международного договора и национальным законодательством, а в специально оговоренных случаях — законами запрашивающей стороны.

При составлении запросов о правовой помощи уполномоченным на это участникам уголовного судопроизводства могут потребоваться сведения о действующем или действовавшем в запрашиваемом иностранном государстве законодательстве. В таких случаях по их просьбе к решению этой задачи должны подключаться профильные ведомственные департаменты, обязанные осуществлять международное сотрудничество с компетентными органами иностранных государств. Они созданы во всех российских правоохранительных органах и функционируют в достаточной мере эффективно. Но независимо от ведомственной принадлежности запроса о производстве процессуальных действий, его текст и прилагаемые к нему документы обязательно должны быть переведены на официальный язык того иностранного государства, в которое они будут направлены. Запрос всегда составляется письменно, подписывается направляющим его должностным лицом и удостоверяется гербовой печатью соответствующего органа. По общему правилу в нем должны найти отражение следующие обязательные реквизиты:

- наименование органа, от которого исходит запрос;
- наименование и место нахождения органа, куда направляется запрос;
- наименование уголовного дела и характер запроса;
- данные о лицах, в отношении которых направляется запрос (в том числе о дате и месте их рождения, гражданстве, роде занятий, месте жительства или месте пребывания, а для юридических лиц — их наименование и место нахождения);
- изложение подлежащих выяснению обстоятельств, а также перечень запрашиваемых документов, вещественных и других доказательств;
- сведения о фактических обстоятельствах совершенного преступления, его квалификация, текст соответствующей статьи Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ), а при необходимости — сведения о размере вреда, причиненного данным преступлением.

Направление запроса о правовой помощи имеет своей целью получение новых сведений, необходимых для полного, объективного и всестороннего расследования уголовного дела или разрешения его по существу. Для того, чтобы сведения, собранные за пределами России, могли беспрепятственно использоваться в доказывании, в УПК РФ специально оговорено (ст. 455), что доказательства, полученные на территории иностранного государства (англ. — Evidence obtained in a foreign country) его должностными лицами в ходе исполнения ими поручений об оказании правовой помощи по уголовным делам, заверенные и переданные в установленном порядке, пользуются такой же юридической силой, как если бы они были получены на территории России в полном соответствии с требованиями УПК РФ. Исходя из данного законодательного положения, любые сведения, полученные от иностранного государства, должны быть собраны в соответствии с действующими в нем законами. Эти законы не должны противоречить положениям Конституции Российской Федерации о правах и свободах человека и гражданина. Более того, каждое представленное российской стороне доказательство должно являться результатом только тех процессуальных действий, о производстве которых она просила, а сами произведенные действия не должны нарушать признаваемые обеими сторонами пределы взаимодействия. Соблюдением этих правил обеспечивается преюдиция обстоятельств, установленных на территории иностранного государства.

Следующей процессуальной процедурой, специально предназначенной для реализации в рамках взаимодействия судов, прокуроров, следователей, органов дознания с компетентными органами и должностными лицами иностранных государств и международными организациями является вызов свидетеля, потерпевшего, эксперта, гражданского истца, гражданского ответчика, а также их представителей. Она предполагает,

что каждый из названных участников уголовного судопроизводства, находящийся за пределами Российской Федерации, может быть вызван должностным лицом, в производстве которого находится уголовное дело, для производства процессуальных действий на территории России, но только с его согласия. Это означает, что принудительное доставление таких граждан законом не допускается.

Также может быть вызвано лицо, находящееся под стражей на территории иностранного государства, но при условии, что оно временно передается на территорию Российской Федерации компетентным органом или должностным лицом иностранного государства для совершения действий, указанных в запросе о вызове. Вызванное из условий строгой изоляции лицо продолжает оставаться под стражей в течение всего времени пребывания его на территории Российской Федерации. Основанием для этого служит соответствующее решение компетентного органа иностранного государства. По завершении процессуальных действий данное лицо должно быть возвращено на территорию соответствующего иностранного государства в срок, указанный в ответе на запрос. Другие условия передачи лиц, находящихся под стражей, как и отказа в ней, определяются международными договорами Российской Федерации или письменными обязательствами, подписанными на основе принципа взаимности.

По аналогии с запросами о правовой помощи, запросы о вызове того или иного лица направляются через соответствующие ведомственные структуры. Сам запрос и прилагаемые к нему документы переводятся на официальный язык того иностранного государства, куда они направляются, подписываются уполномоченным должностным лицом и заверяются гербовой печатью. Другие их реквизиты и сроки направления адресу оговариваются в ведомственных нормативных актах.

Документы о вызове, пересылаемые, например, судами, составляются по форме, установленной Судебным департаментом при Верховном Суде Российской Федерации. В государства, с которыми имеются договоры о правовой помощи, они должны высылаться не позднее, чем за 6 месяцев до дня рассмотрения дела, а в учреждения юстиции других иностранных государств — не позднее чем за восемь месяцев. Данное требование обусловлено многоступенчатостью процедуры пересылки и получения документов различными инстанциями, а также неприемлемостью ситуаций, когда заинтересованным лицам вручаются просроченные документы и они отказываются от их получения. При направлении в иностранное государство извещения о дате судебного разбирательства судьям рекомендовано не использовать бланк повестки о вызове в суд, содержащей санкции за неявку².

Все процессуальные действия с участием явившихся по вызову лиц, производятся в порядке, установленном УПК РФ, но с учетом двух особенностей, обусловленных пространственным на них иммунитетом. Первая из них сводится к тому, что явившиеся по вызову лица не могут быть на территории Российской Федерации привлечены в качестве обвиняемых, взяты под стражу или подвергнуты другим ограничениям личной свободы за деяния или на основании приговоров, которые имели место до пересечения

² См.: пункт 5.11 Инструкции по судебному делопроизводству в районном суде, утвержденной приказом Генерального директора Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации от 29.04.2003 г. №36 // Российская газета. 2004.5.11. № 246 (3623); п. 9.9 Инструкции по судебному делопроизводству в Верховных судах республик, краевых и областных судах, судах городов федерального значения, судах автономной области и автономных округов (в ред. приказа Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации от 8.11.2005 г. № 140), утвержденного приказом Генерального директора Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации от 15.12.2004 г. № 161 // Российская газета. 2006 г. 12.05. № 99 (4065).

указанными лицами государственной границы Российской Федерации. Вторая особенность заключается в том, что действие такого иммунитета прекращается, если явившееся по вызову лицо, имея возможность покинуть территорию России до истечения непрерывного срока в 15 суток с момента, когда его присутствие более не требуется должностному лицу, вызвавшему его, продолжает оставаться на этой территории или после отъезда возвращается в Российскую Федерацию.

Следующей процессуальной процедурой, призванной обеспечивать взаимодействие судов, прокуроров, следователей, органов дознания с соответствующими компетентными органами и должностными лицами иностранных государств и международными организациями выступает исполнение в Российской Федерации запроса о правовой помощи (англ. — Execution of request for assistance in the Russian Federation). Такой запрос должен быть адресован Верховному Суду Российской Федерации, Следственному комитету Российской Федерации, Министерству иностранных дел Российской Федерации, Министерству юстиции Российской Федерации, Министерству внутренних дел Российской Федерации, Федеральной службе безопасности Российской Федерации, Федеральной службе Российской Федерации по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ или Генеральной прокуратуре Российской Федерации. Как правило, запрашивающая сторона просит в нем о производстве процессуальных действий в соответствии с международными договорами Российской Федерации и на основе принципа взаимности. В последнем случае к запросу должно быть приложено письменное обязательство иностранного государства, подтверждающее его намерение оказать Российской Федерации в ответном порядке правовую помощь в производстве отдельных процессуальных действий.

Обязанность по исполнению переданных в установленном порядке запросов о правовой помощи закон возложил на суд, прокурора, следователя и руководителя следственного органа. Исполняя ее, каждый из них должен применять нормы УПК РФ. Вместе с тем ими могут быть применены процессуальные нормы законодательства иностранного государства, но только тогда, когда это не противоречит законодательству и международным обязательствам Российской Федерации. При исполнении запроса могут присутствовать представители иностранного государства.

В тех случаях, когда запрос не может быть исполнен, полученные от запрашивающей стороны документы возвращаются с указанием причин, воспрепятствовавших его исполнению. Возвращение осуществляется через орган, получивший этот запрос, либо по дипломатическим каналам в тот орган иностранного государства, от которого он исходил. Если поступивший запрос противоречит законодательству Российской Федерации либо его исполнение может нанести ущерб ее суверенитету или безопасности, то он возвращается без исполнения.

По запросам международных правоохранительных органов и организаций иностранных государств, российской стороной в их распоряжение могут представляться результаты оперативно-розыскной деятельности. Это допускается в порядке, предусмотренном специальной межведомственной Инструкцией и при условии, что передача этих сведений не противоречит международным договорам и законодательству Российской Федерации³.

³ См.: пункт 2 приказа Министерства внутренних дел Российской Федерации, Министерства обороны Российской Федерации, Федеральной службы безопасности Российской Федерации, Федеральной службы охраны Российской Федерации, Федеральной таможенной службы Российской Федерации, Службы внешней разведки Российской Федерации, Федеральной службы исполнения наказаний Рос-

Следующей процессуальной процедурой, осуществляемой в рамках взаимодействия судов, прокуроров, следователей, органов дознания с компетентными органами и должностными лицами иностранных государств и международными организациями, выступает направление материалов уголовного дела для осуществления уголовного преследования. Необходимость в этом, как правило, возникает в случае совершения преступления на территории Российской Федерации иностранным гражданином, который впоследствии оказался за ее пределами, и невозможности производства процессуальных действий с его участием на территории Российской Федерации. При возникновении таких обстоятельств все материалы возбужденного и расследуемого уголовного дела передаются в Генеральную прокуратуру Российской Федерации, которая решает вопрос об их направлении в компетентные органы иностранного государства для осуществления уголовного преследования. Исходя из международных обязательств Российской Федерации, только этот орган вправе заниматься решением данного вопроса⁴.

Еще одной процессуальной процедурой рассматриваемого направления международного сотрудничества в сфере уголовного судопроизводства является исполнение запросов об осуществлении уголовного преследования или возбуждении уголовного дела на территории Российской Федерации. Необходимость в этом возникает в случае совершения преступления на территории иностранного государства лицом, имеющим российское гражданство и возвратившимся в Российскую Федерацию до возбуждения в отношении него уголовного преследования по месту совершения преступления.

Уголовное дело в отношении такого лица может быть возбуждено и расследовано по материалам, представленным компетентным органом иностранного государства в Генеральную прокуратуру Российской Федерации. Ее сотрудники обладают правом выносить постановление о направлении соответствующих материалов в орган предварительного расследования для решения вопроса об уголовном преследовании (ч. 1 ст. 140 УПК РФ). В случае положительного решения предварительное расследование и судебное разбирательство производятся в порядке, установленном УПК РФ. Для обеспечения их эффективности запрос иностранного государства, связанный с передачей судопроизводства по уголовному делу, и прилагаемые к нему документы должны быть переведены на русский язык⁵. Доказательства, полученные на территории иностранного государства его должностными лицами и направленные в Российскую Федерацию в приложении к поручению об осуществлении уголовного преследования, заверенные и переданные в установленном порядке, пользуются такой же юридической силой, как если бы они были получены на территории России в полном соответствии с требованиями УПК РФ.

Рассматривая данную процессуальную процедуру, необходимо упомянуть, что согласно ст. 12 УК РФ, граждане Российской Федерации и постоянно проживающие в Российской Федерации лица без гражданства, совершившие вне пределов России преступление против интересов, охраняемых УК РФ, подлежат уголовной ответственности

сийской Федерации, Федеральной службы Российской Федерации по контролю за оборотом наркотиков, Следственного комитета Российской Федерации от 27.09.2013 г. № 776/703/509/ 507/1820/42/535/398/68 «Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю или в суд» // Документ опубликован по адресу: <http://www.rg.ru/2013/12/13/instrukcia-dok.html> (дата обращения: 14.11.2014).

⁴ См.: пункт 3 Федерального закона от 30 октября 2007 № 237-ФЗ «О ратификации Европейской конвенции о передаче судопроизводства по уголовным делам от 15 мая 1972 года» // www.rg.ru/2007/11/03/ratifikaciya-dok.htm (дата обращения: 14.11.2014).

⁵ Там же. п. 4.

по российскому законодательству только тогда, когда в отношении этих лиц по данному преступлению нет решения суда иностранного государства. Военнослужащие воинских частей Российской Федерации, дислоцирующихся за пределами своей страны, за преступления, совершенные на территории иностранного государства, несут уголовную ответственность по УК РФ, если иное не предусмотрено международным договором. Иностранцы граждане и лица без гражданства, не проживающие постоянно в Российской Федерации, совершившие преступление вне ее пределов, подлежат уголовной ответственности по УК РФ только тогда, когда их преступление было направлено против интересов Российской Федерации, либо против ее гражданина или постоянно проживающего в ней лица без гражданства, а также в случаях, предусмотренных международным договором Российской Федерации. Однако это законодательное положение применяется к ним при условии, что данные иностранные граждане и лица без гражданства, не проживающие постоянно в Российской Федерации, не были осуждены в иностранном государстве и привлекаются к уголовной ответственности на территории Российской Федерации.

II. Процессуальные процедуры выдачи лица для уголовного преследования или исполнения приговора

Вторым направлением международного сотрудничества, призванным обеспечивать неотвратимость уголовного преследования и наказания, социальную реабилитацию осужденных лиц, является выдача лица для уголовного преследования или исполнения приговора (англ. — Extradition for criminal prosecution or serving a sentence). Присущие этой деятельности процессуальные процедуры регламентированы в гл. 54 УПК РФ (ст. 460–468). В их числе:

- направление запроса о выдаче лица, находящегося на территории иностранного государства;
- исполнение запроса о выдаче лица, находящегося на территории Российской Федерации;
- транзитная перевозка выданных лиц;
- обжалование решения о выдаче лица и судебная проверка его законности и обоснованности;
- отказ в выдаче лица;
- отсрочка в выдаче лица и выдача лица на время;
- избрание меры пресечения для обеспечения возможной выдачи лица;
- передача выдаваемого лица и предметов.

В своей совокупности названные процедуры свидетельствуют о том, что экстрадиция (выдача преступников) — это довольно распространенный и наиболее урегулированный в правовом отношении вид международной помощи по уголовным делам. Ее природа многоаспектна. Во-первых, в экстрадиции всегда участвуют две заинтересованные стороны: запрашивающая и запрашиваемая. Во-вторых, деятельность, связанная с ее осуществлением, инициируется либо направлением запроса о выдаче, либо необходимостью его исполнения. В-третьих, выдача может осуществляться на весь срок уголовного преследования или исполнения приговора либо в какой-то его части. В-четвертых, к выдаче могут запрашиваться не только лица, но и предметы. В условиях глобализации, интеграции, миграции населения и роста транснациональной преступности их выдача и передача приобрела особое значение. Как следствие, ежегодно воз-

растает количество международных актов, подписанных Российской Федерацией и направленных на достижение указанных целей. Они могут быть как двусторонними, так и многосторонними, в том числе, регулирующими межгосударственное сотрудничество в сфере борьбы с отдельными видами преступлений⁶. По общему правилу их применение должно осуществляться с учетом оговорок Российской Федерации, текст которых может содержаться в законе о ратификации международного договора.

В настоящее время Россия заключила двусторонние и многосторонние соглашения об оказании правовой помощи по уголовным делам примерно с четвертью государств мира. С другими странами вопросы выдачи решаются на условиях международной вежливости. При этом нередко возникает политическое соперничество в интересах третьих государств. На протяжении всех последних лет не теряет остроты проблема длительности рассмотрения запросов о выдаче. Ее нерешенность влечет за собой невозможность привлечения обвиняемых к уголовной ответственности ввиду истечения сроков давности уголовного преследования либо обвинительного приговора. Есть и другие сложности. Следственной и судебной практике, например, известны случаи, когда гражданин объявляется в международный розыск под одной фамилией, но, находясь на территории иностранного государства, успевает ее сменить (в том числе легальным путем). Далее он оформляет заграничный паспорт на новую фамилию и выбывает в третью страну. При таком развитии событий процесс установления его местонахождения, задержания и выдачи существенно усложняется. Для унификации решения вопросов в этой сфере, следовало бы создать третейский суд — своего рода международный арбитраж, который будет давать экспертное заключение в случаях, когда между двумя странами возник спор по вопросу выдачи конкретного лица. Его вердикт должен являться приоритетным по отношению к решению национального суда, которое, как правило, является окончательным и обжалованию не подлежит.

По сформировавшимся за многие годы международным стандартам страна, которой было выдано то или иное лицо, непременно должна соблюдать так называемое «правило конкретности». Его суть сводится к тому, что выданное лицо не должно подвергаться на ее территории уголовному преследованию и осуждению или задерживаться за преступление, совершенное до выдачи, но не являющееся ее основанием. Более того, если преступление, в связи с которым поступил запрос о выдаче, наказуемо в запрашивающем государстве смертной казнью, а в запрашиваемом государстве этот вид наказания не предусмотрен или не приводится в исполнение, то в выдаче может быть отказано.

Для осуществления международного сотрудничества в рамках рассматриваемого направления большое значение имеет Европейская конвенция о выдаче (далее — Конвенция). Она была подписана в Париже 13 декабря 1957 г. и вступила в силу 18 апреля 1960 г. (Россия подписала Конвенцию 7 ноября 1996 г. с оговорками и заявлениями⁷; для России вступила в силу с 9 марта 2000 г.⁸). Сфера действия Конвенции ограничена как территориально (т.е. Европейским континентом), так и персонально (т.е. государствами — членами Совета Европы). Государства — участники взяли на себя обязатель-

⁶ См., напр.: Конвенция ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ от 20.12.1988, Конвенция ООН против коррупции от 31.10.2003 // Документы опубликованы по адресу: base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi? (дата обращения: 14.11.2014).

⁷ Распоряжение Президента Российской Федерации от 3 сентября 1996 № 458-рп // <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=EXP;n=239120> (дата обращения: 14.11.2014).

⁸ Федеральный закон от 25 октября 1999 № 190-ФЗ // <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=24676> (дата обращения: 14.11.2014).

ства (при условии соблюдения изложенных в Конвенции положений), выдавать друг другу всех лиц, в отношении которых компетентные органы запрашивающей стороны осуществляют судопроизводство в связи с каким-либо преступлением или которые разыскиваются указанными органами для приведения в исполнение приговора или постановления об аресте. Если международный договор Российской Федерации, заключенный с государством — участником данной Конвенции, содержит иные, нежели указанные в ней правила, то преимущественной силой обладают положения Конвенции, но при условии, что такие иные правила не связаны с дополнением ее положений или облегчением применения содержащихся в ней принципов⁹.

В оригинальном тексте Конвенции, составленном на французском языке, ключевым является понятие экстрадиции (от лат. *ex* — «из», «вне» и *traditio* — «передача»). В переводах на другие языки (в том числе на русский) его правовой смысл нередко сужается до выдачи правонарушителей определенной категории, хотя в действительности этот термин является более широким и охватывает собой как выдачу осужденных, так и обвиняемых по уголовным делам. Фактически экстрадиция является процедурой, согласно которой государство, под чьей уголовной юрисдикцией преследуется лицо, запрашивает и получает это лицо из страны, где оно скрывалось, с целью привлечения к уголовной ответственности или для обеспечения исполнения приговора.

Значение Конвенции для международного сотрудничества в сфере уголовного судопроизводства состоит в том, что в ней раскрыты понятия, непосредственно связанные с выдачей правонарушителей, сформулированы принципы практического осуществления их экстрадиции и четко оговорены все возможные ее виды. Правовой основой Конвенции являются взаимные обязательства договаривающихся сторон по поводу выдачи определенного круга правонарушителей из числа лиц, в отношении которых запрашивающая сторона желает исполнить требования приговора или ведет судебное разбирательство. Также в Конвенции оговорен характер правонарушений, за совершение которых возможна выдача. В их число вошли только те преступления, за которые законодательством запрашиваемой и запрашивающей сторон предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок не менее одного года или более тяжкое наказание. Также предусмотрено право страны — участницы исключить из сферы применения положений Конвенции те преступления, которые не рассматриваются как основание для выдачи по законодательству данной страны. Если запрашиваемое к выдаче лицо совершило несколько преступлений, не все из которых отвечают общепринятым критериям выдачи, то за запрашивающей стороной сохраняется право решения вопроса о выдаче по своему усмотрению.

Специфика решения вопросов об экстрадиции состоит в том, что страна, в которую поступает запрос о выдаче, возлагает на себя обязанность оказать всемерное содействие запрашивающей стороне в осуществлении ее права на осуждение и наказание лица, нарушившего уголовный закон, но в данный момент находящегося на территории запрашивающей стороны. Фактически направление запроса есть не что иное, как процессуальная форма передачи (делегирования) запрашивающей стороной определенной части своих полномочий компетентным органам запрашиваемой стороны. Направляя запрос, запрашивающее государство надеется, что ему будет оказано содействие другим государством в осуждении и наказании лица, запрашиваемого к выдаче из этого государства.

⁹ См.: п. 1 ст. 28 Европейской конвенции о выдаче // http://www.businesspravo.ru/Docum/Docum-Show_DocumID_36251.html (дата обращения: 14.11.2014 г.).

Согласно ст. 460 УПК РФ Россия может направить иностранному государству запрос о выдаче лица для уголовного преследования или исполнения приговора. Направление запроса происходит на основании международного договора Российской Федерации с этим государством или письменного обязательства, подписанного Генеральным прокурором Российской Федерации выдавать в будущем на основе взаимности данному государству лиц в соответствии с законами Российской Федерации. Направление запроса осуществляется на условиях, что, в соответствии с законами обоих государств, деяние, в связи с которым направлен запрос о выдаче, является уголовно наказуемым на срок не менее одного года лишения свободы или другим, более тяжким наказанием (в случае выдачи для уголовного преследования), либо, если лицо осуждено к лишению свободы не менее чем на 6 месяцев — в случае выдачи для исполнения приговора.

При необходимости направления запроса о выдаче, а также наличии для этого условий и оснований, предусмотренных УПК РФ, все необходимые материалы представляются в Генеральную прокуратуру Российской Федерации, так как именно она обладает правом принятия окончательного решения по этому вопросу. Наделение ее исключительными полномочиями в механизме международного сотрудничества в сфере уголовного судопроизводства объясняется ключевой ролью прокурора в осуществлении уголовного преследования.

Направляемый в Генеральную прокуратуру Российской Федерации запрос о выдаче должен быть написан предельно простым языком, без двусмысленных слов и выражений, но с указанием целого ряда обязательных сведений, в числе которых, как правило, фигурируют:

- наименование и адрес запрашивающего органа;
- данные о лице, в отношении которого направлены запрос и материалы, позволяющие идентифицировать его личность;
- изложение обстоятельств и правовая квалификация деяния;
- сведения о месте и времени вынесения приговора, вступившего в законную силу, либо постановления о привлечении в качестве обвиняемого с приложением заверенных копий соответствующих документов.

К запросу о выдаче лица для уголовного преследования закон обязывает прилагать заверенную копию постановления судьи об избрании ему в качестве меры пресечения заключения под стражу. К запросу о выдаче лица для исполнения приговора — заверенную копию приговора и справку о неотбытом сроке наказания (ч. 5 ст. 460 УПК РФ).

Лицо, выданное иностранным государством (англ. — Person extradited by a foreign state), не может быть задержано, привлечено в качестве обвиняемого, осуждено без согласия государства, его выдавшего, а также передано третьему государству за преступление, не указанное в запросе о выдаче. Только в двух случаях закон не требует получать его согласие. Во-первых, когда выданное лицо в течение 44 суток со дня окончания уголовного судопроизводства, отбытия наказания или освобождения от него по любому законному основанию не покинуло территорию Российской Федерации (в этот срок не засчитывается время, когда выданное лицо не могло не по своей вине ее покинуть). Во-вторых, когда выданное лицо покинуло Российскую Федерацию, но затем добровольно возвратилось на ее территорию. Требование закона о получении согласия иностранного государства не должно приниматься во внимание и тогда, когда лицо после его выдачи совершило новое преступление (ст. 461 УПК РФ).

Аналогичный порядок действует при исполнении запроса о выдаче лица, находящегося на территории Российской Федерации. В соответствии с международным догово-

ром наша страна может выдать иностранному государству иностранного гражданина или лицо без гражданства, находящееся на ее территории, для уголовного преследования или исполнения приговора за деяния, которые являются уголовно наказуемыми по уголовному закону Российской Федерации и законам иностранного государства, направившего запрос о выдаче. При отсутствии международного договора выдача таких лиц может осуществляться только на основе принципа взаимности, суть которого заключается в том, что в соответствии с заверениями иностранного государства, направившего запрос о выдаче, можно ожидать, что в аналогичной ситуации, но уже по запросу Российской Федерации, им также будет произведена выдача.

Согласно ч. 3 ст. 462 УПК РФ выдача Российской Федерацией запрашиваемого лица может быть произведена с учетом следующих условий:

- когда выдача лица производится для уголовного преследования, уголовный закон обоих государств должен предусматривать за совершение инкриминируемых выдаваемому лицу деяний наказание в виде лишения свободы на срок свыше одного года или более тяжкое наказание;
- когда выдача лица производится для исполнения приговора, лицо, в отношении которого направлен запрос о выдаче, должно быть осуждено к лишению свободы на срок не менее шести месяцев или к более тяжкому наказанию (при условии, что международным договором Российской Федерации не предусмотрены иные сроки);
- когда иностранное государство может гарантировать, что лицо, в отношении которого им направлен запрос о выдаче, будет преследоваться только за преступление, которое указано в запросе, и после окончания судебного разбирательства и отбытия наказания сможет свободно покинуть территорию данного государства, а также не будет выслано, передано либо выдано третьему государству без согласия России.

Решение о выдаче иностранного гражданина или лица без гражданства, находящихся на территории Российской Федерации, обвиняемых или осужденных судом иностранного государства, принимается Генеральным прокурором Российской Федерации или его заместителем. Они же уполномочены принимать решение, какой именно запрос подлежит удовлетворению при наличии ходатайств нескольких иностранных государств о выдаче одного и того же лица, а также о перевозке выдаваемого лица через территорию Российской Федерации.

Российская Федерация в соответствии с международным договором или на основе принципа взаимности может по соответствующему запросу разрешить иностранному государству осуществить транзитную перевозку по своей территории лица, выданного третьим государством для уголовного преследования или исполнения приговора. Основанием для содержания перевозимого лица под стражей на территории Российской Федерации являются соответствующее решение судебного либо иного компетентного органа иностранного государства и разрешение Генерального прокурора Российской Федерации или его заместителя на транзитную перевозку.

При наличии оснований, предусмотренных в ст. 464 УПК РФ, в получении такого разрешения может быть отказано. Вместе с тем если транзитная перевозка осуществляется воздушным путем, то разрешение на ее осуществление требуется получать только в случае промежуточной посадки воздушного судна на территории Российской Федерации.

Лицо, в отношении которого состоялось решение о выдаче, в течение 24 часов должно быть письменно уведомлено о факте его принятия. В этом же уведомлении ему разъясняется право обжалования данного решения в суд. Если лицо им не воспользовалось, то решение о выдаче вступает в законную силу через 10 суток с момента уведомления

лица, в отношении которого оно было принято. До истечения этого срока выдача не производится (ч. 5–7 ст. 462 УПК РФ). Если решение Генерального прокурора Российской Федерации или его заместителя о выдаче все же обжалуется, то в течение 10 суток с момента получения уведомления жалоба должна быть направлена в суд субъекта Российской Федерации (т.е. в верховный суд республики, краевой или областной суд, суд города федерального значения, суд автономной области или суд автономного округа) по месту нахождения лица, в отношении которого принято такое решение. Она направляется им самим или его защитником. В этот же срок прокурор должен направить в суд материалы, подтверждающие законность и обоснованность принятого решения. Если лицо, в отношении которого состоялось решение о выдаче, находится под стражей, то администрация места, где оно содержится, после получения адресованной суду жалобы немедленно направляет ее в соответствующий суд и уведомляет об этом прокурора.

Проверка законности и обоснованности решения о выдаче лица производится в течение одного месяца со дня поступления жалобы в суд судьей единолично, в открытом судебном заседании с участием прокурора, лица, в отношении которого принято решение о выдаче, и его защитника (если он участвует в уголовном деле). В случае, когда запрашиваемое лицо скрылось, то жалоба рассматривается без него, но с обязательным участием защитника. Начиная заседание, председательствующий объявляет, какая жалоба подлежит рассмотрению, разъясняет присутствующим их права, обязанности и ответственность. Затем заявитель и (или) его защитник обосновывают жалобу, после чего слово предоставляется прокурору.

Вопрос о законности и обоснованности решения о выдаче суд разрешает, исходя из обстоятельств, существовавших на момент принятия такого решения. Обращение лица в компетентные органы с ходатайством о предоставлении ему временного или политического убежища, статуса беженца после принятия решения о выдаче, не должно влечь за собой отложение рассмотрения жалобы на решение о выдаче. Признание судом такого решения законным и обоснованным не обуславливает в дальнейшем фактическую передачу лица запрашивающему государству до разрешения соответствующего ходатайства либо до окончания процедуры обжалования при наличии отказа в его удовлетворении¹⁰.

В ходе судебного рассмотрения суд не вправе обсуждать вопросы виновности лица, принесшего жалобу. Он ограничивается только проверкой соответствия решения о выдаче данного лица законодательству и международным договорам Российской Федерации. Соответственно, формулировки принимаемых судебных решений не должны свидетельствовать об установленном факте совершения указанным лицом преступления.

По результатам судебной проверки судья выносит постановление либо об оставлении жалобы без удовлетворения, либо о признании решения о выдаче лица незаконным или необоснованным и его отмене. Также суд вправе частично признать решение о выдаче законным и обоснованным¹¹. Принятое решение может быть обжаловано в апелляционном порядке в Судебную коллегия Верховного Суда Российской Федерации. В случае отмены решения судья отменяет и меру пресечения, избранную в отношении лица, подавшего жалобу.

¹⁰ См.: п. 26 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 14.06.2012 № 11 «О практике рассмотрения судами вопросов, связанных с выдачей лиц для уголовного преследования или исполнения приговора, а также передачей лиц для отбывания наказания» // <http://www.rg.ru/2012/06/22/plenum-dok.html> (дата обращения: 14.11.2014 г.).

¹¹ Там же. П. 31.

Отказ в выдаче лица должен быть обусловлен одним или несколькими законодательными ограничениями, оговоренными в ст. 464 УПК РФ. В соответствии с предусмотренными в ней положениями, выдача лица не допускается в следующих случаях:

- если лицо, в отношении которого поступил запрос иностранного государства о выдаче, является гражданином Российской Федерации;
- если лицу, в отношении которого поступил запрос иностранного государства о выдаче, предоставлено убежище в Российской Федерации в связи с возможностью преследований в данном государстве по признаку расы, вероисповедания, гражданства, национальности, принадлежности к определенной социальной группе или по политическим убеждениям;
- если в отношении указанного в запросе лица на территории Российской Федерации за то же самое деяние вынесен вступивший в законную силу приговор или прекращено производство по уголовному делу;
- если в соответствии с законодательством Российской Федерации уголовное дело не может быть возбуждено или приговор не может быть приведен в исполнение вследствие истечения сроков давности или по иному законному основанию;
- если имеется вступившее в законную силу решение суда Российской Федерации о наличии препятствий, для выдачи данного лица в соответствии с законодательством и международными договорами Российской Федерации;
- если деяние, послужившее основанием для запроса иностранного государства о выдаче, в соответствии с уголовным законодательством Российской Федерации не является преступлением.

Таким образом, Российская Федерация может выдать лицо иностранному государству только тогда, когда деяние, в связи с совершением которого направлен запрос о выдаче, является наказуемым как по ее уголовному закону, так и по закону запрашивающего государства (ч. 1 ст. 462 УПК РФ). Несовпадение в описании отдельных признаков состава преступления, в совершении которого обвиняется лицо, либо в юридической квалификации деяния не является основанием для отказа в выдаче, поскольку оцениваться должны фактические обстоятельства имевшего место деяния и его наказуемость по законам обоих государств¹².

Помимо перечисленных ситуаций, в выдаче лица также может быть отказано:

- если деяние, в связи с которым направлен запрос о выдаче, совершено на территории Российской Федерации или против интересов Российской Федерации за пределами ее территории;
- если за то же самое действие (бездействие) в Российской Федерации осуществляется уголовное преследование лица, в отношении которого направлен запрос о выдаче;
- если уголовное преследование лица, в отношении которого направлен запрос о выдаче, возбуждается в порядке частного обвинения.

Принятие в Российской Федерации либо в запрашивающем или ином государстве акта об амнистии, распространяющегося на преступление, в связи с совершением которого поступил запрос о выдаче, также может являться основанием для отказа в выдаче, но только в случае, если это предусматривается международным договором Российской Федерации¹³. Кроме того, согласно ст. 3 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950 г.), в выдаче может быть отказано и тогда, когда исключи-

¹² Там же. п. 5.

¹³ Там же. п. 9.

тельные обстоятельства свидетельствуют, что выдача лица повлечет опасность для его жизни и здоровья (в том числе с учетом его возраста и физического состояния). Обязанность обоснования этих и других обстоятельств (в том числе свидетельствующих об отсутствии серьезных оснований полагать, что к лицу могут быть применены наказание в виде смертной казни, пытки, бесчеловечное или унижающее человеческое достоинство обращение или наказание, а также что лицо может подвергнуться преследованию по признаку расы, вероисповедания, гражданства, национальности, принадлежности к определенной социальной группе или по политическим убеждениям), возлагается на органы прокуратуры Российской Федерации.

Таким образом, условия и основания отказа в выдаче предусмотрены не только в УПК РФ и в иных законах, но и в международных договорах Российской Федерации. Вместе с тем, если выдача лица не производится, то независимо от вида нормативного правового акта, в которых такие основания содержатся, Генеральная прокуратура Российской Федерации обязана уведомить об этом компетентные органы соответствующего иностранного государства с указанием конкретных оснований отказа.

Помимо выдачи лица или отказа в ней, закон допускает возможность принятия решений об отсрочке в выдаче лица и о выдаче лица на время (ст. 465 УПК РФ). Так, если иностранный гражданин или лицо без гражданства, в отношении которого поступил запрос о выдаче, подвергается уголовному преследованию или отбывает наказание за другое преступление на территории Российской Федерации, то его выдача может быть отсрочена до прекращения уголовного преследования, освобождения от наказания по любому законному основанию либо до окончания исполнения приговора. В том случае, когда отсрочка выдачи может повлечь за собой истечение срока давности уголовного преследования или причинить ущерб расследованию преступления, запрашиваемое к выдаче лицо может быть выдано на время. В таком режиме выдача возможна только при наличии обязательства соблюдать условия, установленные Генеральным прокурором Российской Федерации или его заместителем.

Если к запросу о выдаче того или иного лица приложено решение судебного органа иностранного государства о заключении его под стражу, то прокурор вправе подвергнуть это лицо заключению под стражу или домашнему аресту без какого-либо дополнительного подтверждения законности данного решения российским судом на срок, не превышающий два месяца. Продление такого срока осуществляется исключительно судом. При этом общий срок нахождения лица под стражей не должен превышать период времени, предусмотренный в ст. 109 УПК РФ за преступление соответствующей категории, в связи с совершением которого направлен запрос о выдаче. Лицо должно уведомляться о принятом решении с одновременным вручением ему его копии. При необходимости осуществляется перевод этого документа.

Решения об избрании меры пресечения и о продлении ее срока могут быть обжалованы в порядке, предусмотренном ст. 125 УПК РФ. Рассматривая поступившую жалобу, судья не вправе входить в обсуждение вопроса о виновности принесшего ее лица. Он ограничивается только проверкой ранее принятого решения на соответствие законодательству и международным договорам Российской Федерации¹⁴. Если решение судебного органа иностранного государства о заключении лица под стражу не было приложено

¹⁴ См.: п. 19 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10.02.2009 № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/1689976/> (дата обращения: 14.11.2014).

к запросу о его выдаче, то прокурор по своей инициативе в порядке, предусмотренном УПК РФ, сам решает вопрос об избрании этому лицу меры пресечения. Генеральный прокурор Российской Федерации или его заместитель обязаны, в свою очередь, незамедлительно уведомить об этом факте компетентный орган иностранного государства, направивший запрос о выдаче. До получения такого запроса та или иная мера пресечения может быть избрана только в случаях, непосредственно предусмотренных международным договором Российской Федерации.

В целях обеспечения возможности выдачи, лицу, в частности, может быть избрана мера пресечения в виде заключения под стражу («предэкстрадиционный арест»). Ее применение становится возможным по судебному постановлению, принятому на основании ходатайства прокурора в порядке, предусмотренном ст. 108 УПК РФ. Принимая решение, судья обязан проверить фактические и правовые основания избрания данной меры. При этом он должен учитывать не только соответствующие нормативные предписания российского уголовно-процессуального законодательства, но и положения Европейской конвенции о выдаче преступников, а также Конвенции СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (1993 г.) (далее — Минская конвенция), которые устанавливают, что лицо, взятое под стражу, должно быть освобождено, если требование о выдаче не будет получено в течение 40 дней после взятия его под стражу. Если запрашивающее государство не является участником Протокола от 28 марта 1997 г. к Минской конвенции, то срок содержания лица под стражей до получения запроса о выдаче не может превышать одного месяца. Иные сроки, на протяжении которых лицо может содержаться под стражей до получения такого запроса, должны специально оговариваться в двусторонних международных договорах Российской Федерации. Если в предусмотренный ими срок надлежащим образом оформленный запрос о выдаче российской стороной получен не был, то лицо подлежит освобождению из-под стражи.

При рассмотрении ходатайства прокурора о заключении лица под стражу до получения запроса о выдаче суд должен убедиться в наличии следующих документов:

- просьбы о временном задержании, отвечающей требованиям, которые определены в ст. 16 Европейской конвенции о выдаче, если запрашивающее государство является участником указанного международного договора;
- ходатайства о взятии под стражу, которое содержит информацию, предусмотренную в ст. 61 Минской конвенции (если запрашивающее государство является участником данного международного договора);
- поручения об осуществлении розыска, составленного согласно ст. 61¹ Минской конвенции (если запрашивающее государство является участником Протокола от 28.03.1997 г. к этой Конвенции);
- других документов, необходимых для заключения лица под стражу либо применения к нему иных мер пресечения до получения запроса о выдаче в соответствии с подлежащими применению международными договорами Российской Федерации¹⁵.

Российская Федерация должна уведомить иностранное государство о месте, дате и времени передачи выдаваемого лица. Если же данное лицо в течение 15 суток со дня установленного дня передачи не будет принято, то оно может быть освобождено из-под стражи. При возникновении непредвиденных обстоятельств дата передачи может быть

¹⁵ См.: п. 18 того же постановления.

перенесена, но во всяком случае лицо подлежит освобождению по истечении 30 суток со дня, установленного для его передачи (ч. 2 и 3 ст. 467 УПК РФ).

Одновременно с передачей выдаваемого лица соответствующему компетентному органу иностранного государства могут быть переданы предметы, являющиеся орудиями преступления (т.е. различные вещи, вещества и средства, которые использовались для достижения преступного результата), а также предметы, несущие на себе следы преступления или добытые преступным путем. Закон допускает их самостоятельную передачу (т.е. отдельно от выдаваемого лица) по соответствующему запросу. Это характерно для тех случаев, когда выдача запрашиваемого лица вследствие его смерти или по другим объективным причинам не может состояться. Если запрашиваемые предметы необходимы для производства по другому уголовному делу, то их передача может быть временно задержана. В случае необходимости обеспечения законных прав третьих лиц передача предметов может производиться лишь при наличии обязательства соответствующего учреждения иностранного государства об их возврате после окончания производства по уголовному делу.

III. Порядок передачи лица, осужденного к лишению свободы, для отбывания наказания в государстве, гражданином которого оно является

Следующим направлением международного сотрудничества в сфере уголовного судопроизводства является передача лица, осужденного к лишению свободы, для отбывания наказания в государстве, гражданином которого оно является (англ. — Extradition). Деятельность, непосредственно связанная с его практической реализацией, регламентирована в гл. 55 УПК РФ (ст. 469–472), в которой предусмотрены:

- основания передачи лица, осужденного к лишению свободы;
- условия и порядок передачи осужденного;
- случаи отказа иностранному государству в передаче осужденного к лишению свободы для отбывания наказания;
- порядок предварительного рассмотрения ходатайства об отбывании наказания в Российской Федерации;
- порядок разрешения судом вопросов, связанных с исполнением приговора суда иностранного государства.

Важно отметить, что данные положения распространены законодателем только на случаи передачи лица, отбывающего наказание в местах лишения свободы, для отбывания наказания в государстве, гражданином которого оно является. При этом непременно должен учитываться оставшийся к отбытию минимальный срок наказания, предусмотренный как условие такой передачи международным договором Российской Федерации либо соглашением ее компетентных органов и иностранного государства (если передача осуществляется на основе принципа взаимности)¹⁶. Этими же документами может быть учтена возможность передачи лица для отбывания наказания в государстве, на территории которого, оно постоянно проживает, не являясь при этом его гражданином¹⁷.

¹⁶ См.: п. 32 того же постановления.

¹⁷ Ст. 2 Конвенции о передаче осужденных к лишению свободы для дальнейшего отбывания наказания от 6.03.1998 г. // <http://www.pavlodar.com/zakon/?dok=01674&all=all> (дата обращения: 14.11.2014).

Помимо иностранцев, осужденных к лишению свободы, передаче могут быть подвергнуты лица, страдающие психическими расстройствами. Цель ее осуществления — проведение принудительного лечения в государстве, гражданами которых такие лица являются. Однако механизм их экстрадиции в российском уголовно-процессуальном законодательстве пока не оговорен. В связи с этим она осуществляется по решению Генерального прокурора Российской Федерации, принимаемому в рамках исполнения Конвенции о передаче лиц, страдающих психическими расстройствами, для проведения принудительного лечения (Москва, 28 марта 1997 г.).

Процессуальный институт передачи имеет некоторые общие детали с институтом выдачи правонарушителей. Их сходство в том, что это самостоятельные виды правовой помощи, предусмотренные как национальным законодательством, так и международными договорами. Регламентация сопутствующих им процедур является длительным и трудоемким процессом. Сначала соответствующие международные договоры подписываются двумя или несколькими государствами. После этого (в нашей стране) они должны быть одобрены обеими палатами Федерального собрания и подписаны Президентом Российской Федерации. Похожую процедуру своего признания международные договоры должны пройти в органах государственной власти другой договаривающейся стороны, после чего они начинают действовать. Иногда на это уходят годы. Например, конвенции о передаче лиц, осужденных к лишению свободы, между Российской Федерацией и Китайской Народной Республикой, а также между Российской Федерацией и Французской Республикой были подписаны в 2002 и 2003 г., а их ратификация состоялась несколькими годами позже¹⁸. На ратификацию Конвенции о передаче осужденных к лишению свободы для дальнейшего отбывания наказания (подписанной от имени Российской Федерации 6.03.1998) потребовалось более 10 лет¹⁹. Такие примеры можно продолжить.

Данные официальной уголовной статистики свидетельствуют, что количество преступлений, совершаемых иностранцами в России, увеличивается практически ежегодно и исчисляется десятками тысяч. Около половины из них совершается в Санкт-Петербурге и Москве. Чаще всего законы нашей страны нарушают выходцы из бывших республик Советского Союза. Попав в места лишения свободы, осужденные иностранцы нередко изъявляют желание отбывать наказание в государстве своего гражданства или в стране постоянного проживания. Их ходатайство об этом закон расценивает в качестве повода для начала осуществления соответствующих процессуальных процедур.

Решение суда является основанием передачи лица, осужденного судом Российской Федерации к лишению свободы, для отбывания наказания в государстве, гражданином которого оно является, а равно для передачи россиянина, осужденного судом иностранного государства к лишению свободы для отбывания наказания в Российской Федерации. Оно принимается по результатам рассмотрения представления федерального органа исполнительной власти, уполномоченного в области исполнения наказаний, либо обращения осужденного или его представителя, а равно компетентных органов

¹⁸ См.: Федеральный закон от 9.06.2006 № 82-ФЗ «О ратификации Конвенции между Российской Федерацией и Французской Республикой о передаче лиц, осужденных к лишению свободы»; Федеральный закон от 9.06.2006 № 83-ФЗ «О ратификации Конвенции между Российской Федерацией и Китайской Народной Республикой о передаче лиц, осужденных к лишению свободы» // <http://www.garant.ru/hotlaw/federal/139635/> (дата обращения: 14.06.2014).

¹⁹ Федеральный закон от 13.10.2009 № 235-ФЗ «О ратификации Конвенции о передаче осужденных к лишению свободы для дальнейшего отбывания наказания» // <http://www.rg.ru/2009/10/16/konvencia-dok.html> (дата обращения: 14.11.2014).

иностранного государства в соответствии с международным договором Российской Федерации либо письменным соглашением ее компетентных органов и иностранного государства на основе принципа взаимности.

Представления и иные обращения о передаче осужденного Российской Федерацией рассматриваются судом, постановившим приговор. Вопросы, связанные с признанием, порядком и условиями исполнения приговора суда иностранного государства, которым осужден российский гражданин, передаваемый в Российской Федерации для отбывания наказания, рассматриваются судом, к подсудности которого относится совершенное осужденным преступление, с учетом его квалификации по УК РФ и места последнего проживания осужденного в Российской Федерации.

Согласно ч. 2 ст. 399 УПК РФ, заинтересованные лица, учреждения и органы должны быть извещены о дате, времени и месте судебного заседания не позднее чем за 14 суток до дня его начала. В суд обязательно вызывается представитель федерального органа исполнительной власти, уполномоченного в области исполнения наказаний, по представлению которого разрешается вопрос о передаче осужденного. В судебное заседание могут быть вызваны гражданский истец и гражданский ответчик. В нем принимает участие прокурор. Каждый из них вправе знакомиться с представленными в суд материалами, участвовать в их рассмотрении, заявлять ходатайства и отводы, давать объяснения, представлять документы.

При наличии ходатайства осужденного об участии в судебном заседании суд обязан обеспечить его непосредственное участие в этом заседании либо предоставить возможность изложить свою позицию по видеоконференц-связи. Вопрос о форме его участия в судебном заседании решается судом. Соответствующее ходатайство может быть заявлено осужденным как в его обращении о передаче, так и в течение 10 суток со дня получения им извещения о дате, времени и месте судебного заседания. Осужденный может осуществлять при этом свои права не только лично, но и с помощью адвоката.

При рассмотрении материалов о передаче лица для отбывания наказания в иностранном государстве суду, исходя из положений ст. 471, 472 УПК РФ и соответствующих международных договоров Российской Федерации, надлежит установить наличие письменного согласия осужденного, а также согласия государств вынесения и исполнения приговора на такую передачу. Органы, уполномоченные на дачу такого согласия, определяются законодательством государства вынесения или исполнения приговора. Это могут быть суды, органы прокуратуры, министерство юстиции и др. (если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации)²⁰.

Судебное заседание о передаче начинается с доклада представителя федерального органа исполнительной власти, уполномоченного в области исполнения наказаний, либо с объяснения осужденного или его представителя. Далее исследуются представленные в суд материалы, заслушиваются объяснения лиц, явившихся в судебное заседание, и мнение прокурора, после чего судья выносит постановление.

При невозможности рассмотрения судом вопроса о передаче осужденного ввиду неполноты либо отсутствия необходимых сведений суд вправе отложить его рассмотрение и запросить недостающие сведения. Также он вправе направить обращение осужденного в компетентный орган Российской Федерации без рассмотрения. Принятие таких решений может потребоваться для сбора необходимой информации в соответствии с положениями международного договора Российской Федерации, а также для предварительного согласования вопроса о передаче осужденного с компетентными органами иностранного государства.

²⁰ См.: п. 35 указ. постановления.

В передаче осужденного к лишению свободы для отбывания наказания в государстве, гражданином которого он является, российским судом может быть отказано на основаниях, предусмотренных в ст. 471 УПК РФ:

1) если ни одно из деяний, за которое лицо осуждено, не признается преступлением по законодательству государства, гражданином которого является осужденный;

2) если наказание не может быть исполнено в иностранном государстве вследствие:

- истечения срока давности или по иному основанию, предусмотренному законодательством этого государства;

- непризнания судом или иным компетентным органом иностранного государства приговора суда Российской Федерации либо признания судом или иным компетентным органом иностранного государства приговора суда Российской Федерации без установления порядка и условий отбывания осужденным наказания на территории иностранного государства;

- несопоставимости с условием и порядком отбывания осужденным наказания, определенных судом или иным компетентным органом иностранного государства;

3) если от осужденного или иностранного государства не получены гарантии исполнения приговора в части гражданского иска;

4) если не достигнуто согласие о передаче осужденного на условиях, предусмотренных международным договором Российской Федерации

5) если осужденный имеет постоянное место жительства в Российской Федерации.

Поскольку перечень этих оснований носит исчерпывающий характер, то при передаче лица для отбывания наказания в иностранном государстве от осужденного или от данного государства не требуется получать гарантии исполнения дополнительного наказания в виде штрафа, назначенного судом Российской Федерации (если ее международным договором не предусмотрено иное). По общему правилу, не может являться основанием для отказа в передаче обстоятельство, что по законодательству государства исполнения приговора за деяния, совершенные осужденным, предельный срок лишения свободы меньше, чем назначенный по приговору российского суда. Предельный срок лишения свободы, предусмотренный законодательством государства исполнения приговора, не должен быть явно несопоставим со сроком наказания, назначенным по приговору суда Российской Федерации²¹.

В каждом конкретном случае, решая вопрос о передаче осужденного, суд должен устанавливать обстоятельства, связанные с порядком и условиями отбывания наказания в государстве исполнения приговора. Отсутствие в иностранном государстве определенного вида исправительного учреждения, назначенного осужденному по приговору российского суда, не должно обуславливать отказ в его передаче, если условия и порядок отбывания наказания в государстве исполнения приговора в целом сопоставимы с условиями и порядком отбывания соответствующего наказания в Российской Федерации. Под несопоставимостью условий и порядка отбывания осужденным наказания в виде лишения свободы в судебной практике принято понимать такие различия в условиях и порядке отбывания наказания в государстве исполнения приговора и в Российской Федерации, которые не позволяют достигнуть цели наказания — восстановления социальной справедливости, исправления осужденного и предупреждения новых преступлений²².

Таким образом, условия передачи лица для отбывания наказания в иностранном государстве, а также основания для отказа в такой передаче определяются положениями,

²¹ Там же. п. 37.

²² Там же. п. 36.

содержащимися как в УПК РФ, так и в международных договорах Российской Федерации. Поэтому соблюдение условий передачи, определенных в ст. 3 Европейской конвенции о передаче осужденных лиц (Страсбург, 21.03.1983 г.), не исключает возможность отказать в передаче государству — участнику Конвенции по основаниям, предусмотренным в ст. 471 УПК РФ. Например, если от осужденного лица либо от государства, где должен исполняться приговор, не получены гарантии исполнения приговора в части гражданского иска (т.е. залог, поручительство или банковская гарантия).

Определенным своеобразием отличается порядок разрешения судом вопросов, связанных с исполнением приговора суда иностранного государства. Он предусмотрен в ст. 472 УПК РФ и не предполагает участия осужденного лица в рассмотрении судом соответствующих материалов (если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации). Если суд придет к выводу, что деяние, за которое осужден российский гражданин, не является преступлением по законодательству Российской Федерации, либо приговор иностранного государства не может быть исполнен в силу истечения сроков давности, а также по иному основанию, то он выносит постановление об отказе в признании приговора суда иностранного государства. В остальных случаях суд выносит постановление о его исполнении. В нем он указывает:

- наименование суда иностранного государства, дату и место постановления приговора;
- сведения о последнем месте жительства осужденного в Российской Федерации, месте его работы и роде занятий до осуждения;
- описание преступления, в совершении которого осужденный признан виновным, и уголовный закон иностранного государства, на основании которого он осужден;
- статью УК РФ, предусматривающую ответственность за преступление, совершенное осужденным;
- вид и срок назначенного наказания (основного и дополнительного), отбытый срок и срок наказания, которое осужденный должен отбыть в Российской Федерации, его начало и окончание, вид исправительного учреждения, порядок возмещения вреда по гражданскому иску (при этом денежное обязательство осужденного указывается в той же валюте, что и в приговоре суда иностранного государства).

Данное постановление обращается к исполнению в порядке, установленном в ст. 393 УПК РФ. При наличии согласия компетентного органа иностранного государства на передачу осужденного, отсутствие решения иностранного суда или иного органа о признании и исполнении приговора, постановленного российским судом, не является основанием для отказа в передаче, поскольку международным договором Российской Федерации может быть предусмотрено принятие такого решения после фактической передачи осужденного лица²³.

Если по УК РФ за данное преступление предельный срок лишения свободы меньше, чем назначенный по приговору суда иностранного государства, то суд определяет максимальный срок лишения свободы за совершение данного преступления, предусмотренный российским уголовным законом. Если лишение свободы не предусмотрено в качестве наказания за совершенное лицом преступление, то суд определяет иное наказание, наиболее соответствующее наказанию, назначенному по приговору суда иностранного государства, но в пределах, установленных УК РФ за данное преступление.

В случаях, когда приговор суда иностранного государства относится к двум и более деяниям, не все из которых являются преступлениями в Российской Федерации, суд

²³ Там же. П. 35.

определяет, какая именно часть наказания, назначенного судом иностранного государства, применяется к деянию, являющемуся преступлением.

В случае отмены или изменения приговора суда иностранного государства либо применения акта амнистии (помилования), изданного в иностранном государстве, в отношении лица, отбывающего наказание в Российской Федерации, вопросы исполнения пересмотренного приговора суда иностранного государства, а также применения акта об амнистии (помилования) решаются в порядке, установленном в ст. 472 УПК РФ.

Завершая рассмотрение комплекса процессуальных действий и отношений, имеющих непосредственное отношение к передаче правонарушителей, следует четко обозначить ее отличия от выдачи. В самом общем виде они сводятся к следующему:

- передача может быть осуществлена только в отношении лиц, осужденных к лишению свободы, в то время как для их выдачи это не имеет никакого значения;
- передача предполагает ходатайство либо согласие на это осужденного, а выдача, напротив, является актом процессуального принуждения;
- передача обычно касается гражданина только той страны, перед которой заявляется соответствующее ходатайство, тогда как для процедуры выдачи, гражданство запрашиваемого лица такого значения не имеет;
- решение о передаче лица в Российской Федерации уполномочен принимать только суд, а решение о выдаче может приниматься Генеральным прокурором Российской Федерации или его заместителем.

Если судом при рассмотрении материалов о выдаче или передаче лица иностранному государству или признании приговора суда иностранного государства будут выявлены нарушения прав и свобод человека, а также иные нарушения закона, то суд, руководствуясь ч. 4 ст. 29 УПК РФ, вправе вынести частное постановление (определение), обратив внимание соответствующих организаций и должностных лиц на факты нарушений закона, требующие принятия необходимых мер.



Библиография

Агаев Ф.А., Галузо В.Н. Иммуниеты в российском уголовном процессе. М.: ТЕИС, 1998.

Беляев С.С. Юридическая регламентация института экстрадиции (выдачи) // Государство и право. 1998. № 1. С. 96–99.

Бирюков П.Н. Часть пятая Уголовного-процессуального кодекса Российской Федерации. Международное сотрудничество в сфере уголовного судопроизводства: учеб. пособие. Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. университета, 2002.

Волеводз А.Г. Правовое регулирование новых направлений международного сотрудничества в сфере уголовного процесса. М.: Юрлитинформ, 2002.

Волженкина В.М. Оказание правовой помощи по уголовным делам в сфере международного сотрудничества. СПб.: С.-Петербург. Юрид. ин-т Генпрокуратуры РФ, 1999.

Жданов Ю.Н., Костин А.Н. Международное сотрудничество в борьбе с преступностью. М.: МЮИ МВД России, 1997.

Илларионов В.П., Путова И.В. Правовые и организационно-методические аспекты международного розыска преступников: учеб. пособие. М.: Книжный мир, 1999.

Лосицкая Л. Применение конвенций «О взаимной правовой помощи по уголовным делам» и «О выдаче» // Российская юстиция. 2000. № 12. С. 8–10.

Мельникова Э.Б. Международное сотрудничество в сфере уголовной юстиции: учеб. пособие. М.: Проспект, 2003.

Милиничук В.В. Институт взаимной правовой помощи по уголовным делам. Действующая практика и перспективы развития. М.: Юрлитинформ, 2001.

Legal Mechanism of International Cooperation in Criminal Proceedings



Alexander Shatalov

Professor, Department of Judicial Power and Justice, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitkaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: asshatalov@hse.ru



Abstract

The paper deals with the analysis of the mechanism of international cooperation in legal proceedings, in particular cooperation of courts, attorneys, investigators and inquiry agencies with cognizant authorities and the officials of foreign states and international organizations, procedure of extraditing persons for criminal prosecution or enforcing the sentence, the order of transferring a convicted person to the state of his citizenship. It is noted that international cooperation in criminal justice has been developing for centuries and shows that this issue has always been complicated for Russia. Until the 20th century, its low intensity has been determined with many reasons including weak international law, railroads, means of communication. The situation changed after the establishment of the United Nations Organization, in which the USSR played a serious role. However, until USSR collapse, international cooperation in criminal proceedings was sporadic as it was politicized heavily. The related issues were discussed in the only normative legal act of a rather general nature. Immediate cooperation of the law-enforcement officials with their counterparts was excluded. Hence, Soviet courts, attorneys, investigators were not entitled to file requests to foreign competent authorities personally regarding criminal cases and get involved in providing legal assistance. As the new RF criminal code was enforced, the situation changed significantly as the cooperation in criminal proceedings has acquired a developed legal basis having served an impulse to develop as a pivotal procedural institution. Its legal nature is respecting and following the procedural order taking into account national and foreign legislation as to time, space and people involved. The efficiency of the cooperation in this area depends not only of the possibilities of practical performance of relevant legal mechanisms but the environment for implementing legal mechanisms.



Keywords

Legal assistance, extradition, extraditing a person to execute a sentence, extradition for criminal action, evidence got on the territory of a foreign state, cooperation in legal proceeding, transferring a person sentenced to imprisonment.

Citation: Shatalov A. (2015) Legal Mechanism of International Cooperation in Criminal Proceedings. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no. 1, pp. 126–149 (in Russian)

JEL: K42



References

Agae F.A., Galuzo V.N. (1998) *Immunitety v rossiyskom ugovnom protsesse* [Immunities in Russian Criminal Process]. Moscow, TEIS (in Russian)

Belyaev S.S. (1998) *Yuridicheskaya reglamentatsiya instituta ekstraditsii (vydachi)* [Legal Regulation of the Extradition Institution]. *Gosudarstvo i pravo*, no. 1. pp. 96–99.

Biryukov P.N. (2002) *Chast' pyataya UPK RF Mezhdunarodnoe sotrudnichestvo v sfere ugovnogo sudoproizvodstva* [Part Five of RF Criminal Code. international Cooperation in Criminal Proceeding]. Voronezh (in Russian)

Illarionov V.P., Putova I.V. (1999) *Pravovye i organizatsionno-metodicheskie aspekty mezhdunarodnogo rozyska prestupnikov* [Legal and Organizational Aspects of International Crime Detection]. Moscow, Knizhnyy mir (in Russian)

Lositskaya L. (2000) *Primenenie konventsiy O vzaimnoy pravovoy pomoshchi po ugovnym delam i O vydache* [Applying the Mutual Legal Assistance Convention]. *Rossiyskaya Yustitsiya*, no. 12. pp. 8–10.

Mel'nikova E.B. (2003) *Mezhdunarodnoe sotrudnichestvo v sfere ugovnoy yustitsii: Uch. posobie* [International Cooperation in the Area of Criminal Justice. Moscow, Prospekt (in Russian)]

Milinichuk V.V. (2001) *Institut vzaimnoy pravovoy pomoshchi po ugovnym delam. Deystvuyushchaya praktika i perspektivy razvitiya.* [Institute of Mutual Legal Assistance in Criminal Cases. Current Practice and Development Perspectives]. Moscow, Yurlitinform (in Russian)

Volevodz A.G. (2002) *Pravovoe regulirovanie novykh napravleniy mezhdunarodnogo sotrudnichestva v sfere ugovnogo protsesssa* [Legal Regulation of New Directions in International Cooperation in the Sphere of Crminal Process]. Moscow, Yurlitinform (in Russian)

Volzhenkina V.M. (1999) *Okazanie pravovoy pomoshchi po ugovnym delam v sfere mezhdunarodnogo sotrudnichestva* [Providing Legal Assistance on Criminal Cases in the area of International Cooperation]. Saint Petersburg, Saint Petersburg Juridical University at RF Attorney Agency (in Russian)

Zhdanov Yu.N., Kostin A.N. (1997) *Mezhdunarodnoe sotrudnichestvo v bor'be s prestupnost'yu* [International Cooperation in Tackling Criminality]. Moscow (in Russian)

A Cosmopolitan Ethos for Our Future Lawyers

Antonios E. Platsas

Associate Professor, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, Russia. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000 Russian Federation. E-mail: aplatsas@hse.ru



Abstract

This article advocates the strengthening of the spirit of cosmopolitanism in modern legal education. In contrast to the epistemic environment of predominantly domestic and nation-oriented discourses across law schools and faculties around the world, the analysis proceeds with a number of propositions as to what ought to be done to improve legal education, especially at first-degree level. Relevant propositions are set out under a proposed cosmopolitan ethos for law. Recognition is given to current fundamentals of legal education and the fact that law is still a predominantly domestic discipline, which is otherwise this contribution's hypothesis. The article posits that a certain re-alignment of the subject's overall educational ethos ought to materialise for the benefit of the discipline, as well as for the benefit of future law graduates. To this effect, the author argues that it is the ethos of cosmopolitanism which ought to be directly introduced to the academic learning of law. Accordingly, this essay acts as an invitation for the re-invigoration of liberal education in law in accordance with a new ethos of excellence, a cosmopolitan ethos. Moreover, whilst partial recognition is given to the need for the mastery of positive law amongst law graduates, this contribution attempts to differentiate itself from current legal orthodoxy in educational terms in that it expects and proposes the combination of mastery of positive law with a cosmopolitan ethos in the orders of our future law graduates.



Keywords

cosmopolitanism; legal education; liberal education; epistemology; globalisation; inter-disciplinarity; multi-disciplinarity; comparative legal studies.

Citation: Platsas A.E. (2015) A Cosmopolitan Etnos for our Future Lawyers. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no.1, pp. 150–168 (in English)

JEL: K39

Introduction

It is not a secret: law is an insular academic discipline. With the exception of international and comparative law, the subject of law is destined — almost by definition and certainly by configuration — to mostly engage itself with domestic cognitive matter. Naturally, domestic lawyers often deem local law 'domestic', even if such a type of law may come from elsewhere. For instance, the Greek Civil Code borrows substantial legal matter from the German Civil Code, which, in turn, drew material from Byzantine law (as Roman law defines the German Civil Code). The Japanese corporate law significantly resembles American corporate law. The

English Sale of Goods Act has affected Scandinavian Sale Law, and so on and so forth. Such examples are numerous. In the essence of the matter, law is a national, domestic exercise in cognitive and didactic terms. This, of course, is directly antithetical to the epistemological position of sciences; indeed, it is antithetical to the epistemological position of semi-theoretical disciplines, such as economics. This essay promotes the idea that, in the wider confines of liberal education, future law curricula, especially in first-degree programmes, ought to (further) ‘internationalise’ their approach, especially through the introduction of a more cosmopolitan ethos to our law students. The paper proceeds on the widely accepted hypothesis that academic law curricula, especially at first-degree level, are still largely oriented to domestic law.

Never a *Landesjurisprudenz*

Speaking to his fellow academics, a German scholar had once cautioned that it would be a repugnant idea for the subject of law to deteriorate into *Landesjurisprudenz*,¹ a sort of provincial domestic study of theoretical matter. The German scholar was right. Law to him, as well as to the author of this study, was and, for most intents and purposes, still is rather unfortunately one of those traditional and conservative subjects of academia, notwithstanding the fact that law thrives on traditional legal doctrines and related matter. Law is a conservative subject.

Lawyers are not always particularly effective in communicating ideas across their national legal borders. Somehow, they seem to have been ‘programmed to operate’, almost by default, by reciting mostly domestic chapter and verse or by thinking in mostly domestic legal terms. Whilst this could be sufficient for producing effective and functional legal automata at the domestic level, such a prototype of legal education does not guarantee the production of cosmopolitan jurists. Particularly problematic is the fact that ‘[c]oncepts associated with legal education, legal professions and lawyers *do not travel well*’, even within the same legal family [of systems] or between contexts in a single jurisdiction³. Lawyers do not seem to have a perfectly clear vision of their world, which is still predominantly rooted in the Westphalian system⁴. Whereas a new polycentric and multipolar world is on the rise, we in law operate on mostly old national legal devices. Equally, coming to the defence of the predominantly nation-oriented⁵ nature of our subject, the reader is reminded that ‘early modern education [as a whole] was typically aimed at nation-building, which meant efforts to shift people’s loyalties from the bonds established in their local communities to the nation as the center of economic, moral cultural, political and social gravity [...]’. The function of education was therefore not only related to the *rationalisation*⁶ of an increasingly knowledge-based society or life world. Education was also geared towards *nationalisation*⁷ of life

¹ Von Ihering R. *Geist des Römischen Rechts*. Vol. 1. Leipzig, Brockhaus, 1924, P.15, as quoted in Smits J. *Convergence of Private Law in Europe: Towards a New Ius Commune?* E. Örüçü, D. Nelken (eds.). *Comparative Law: A Handbook*. Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 230.

² Emphasis added.

³ Twining W. *A Cosmopolitan Discipline? Some Implications of “Globalisation” for Legal Education*. *International Journal of the Legal Profession*, 2001, no. 8, p. 28.

⁴ Bethlehem D. *The End of Geography: The Changing Nature of the International System and the Challenge to International Law*. *European Journal of International Law*, 2014, no. 25, p. 17.

⁵ See Nussbaum M. *Cultivating Humanity in Legal Education*. *University of Chicago Law Review*, 2003, vol. 70, pp. 265, 275.

⁶ Emphasis in original.

⁷ Emphasis in original.

worlds⁸. So was, and to a great extent still is, law. The historically modern study of law has been a central part of the enterprise known as the ‘nation-state’.

Cosmopolitanism, one would like to propose, addresses exactly this problem: it recognises the diverse approaches taken by lawyers around the world. Peculiarly, to this day, our discipline generally neglects the fact that different lawyers around the world address similar legal problems by taking different approaches to such problems, only for them to often reach similar results (subject to exceptions in certain areas of law)⁹. As such, the discipline operates, at primary degree level, in a sort of epistemic limbo. For instance, law graduates, nurtured in domestic law, are not actually aware of the fact that ‘their mind set has been shaped out of their own legal culture and, more particularly, out of the environment in which they studied’¹⁰. Even more remarkably, the discipline does not yet seem to fully recognise that transnational legal processes change the face of states¹¹. Accordingly, law changes at a faster pace than legal education does. Lawyers are, to this day, creatures of intellectual habit who operate predominantly using established domestic legal devices. Our lawyers are domestically indoctrinated. Yet they do not comply with a single doctrine or a set of beliefs that students of other disciplines comply with in their studies and their enquiries (whether academic or professional). An American lawyer is educated and trained in a different way than, for instance, a French lawyer. Our lawyers may think global but still largely focus local¹². It is posited that a cosmopolitan ethos in law degrees around the world will certainly remedy this unfortunate and epistemically provincial state of affairs.

The Law School Does Not (Have To) Prepare Practitioners Only

One often presumes that an entrant to a school or faculty of law is an individual who is mainly driven by a desire to become a law practitioner or, at the very least, a professional who will engage with law and legal practice in one way or another. Nothing, of course, could be more damaging to the discipline of law than the peculiar obsession of law academics and law students relating things to matters which cannot always (and perhaps ought not to) be related to one another, namely the theoretical and academic examination of law (with or without a practice-oriented learning diet) with legal practice. Whilst legal theory and legal practice are inseparable friends, they serve different purposes during the course of one’s path within the realm of law. Academic law is one thing; the practice of law is quite another. It is only human for our law students, their parents and law academics to wish to link the theoretical examination of law to future employability in law; however, this is not the main aim of our operations at the schools and faculties of law. Our aim is to produce excellent legal minds. The cultivation of intellect amongst our student body is what we in academic law are predominantly expected

⁸ Rönström N. From Globalist to Cosmopolitan Learning: On the Reflexive Modernization of Teacher Education. *Ethics and Global Politics*, 2012, no. 4, p. 202.

⁹ In relation to this, one may wish to refer to the leading presumption of comparative law, the *presumption similitudinis*: Zweigert K., Kötz H. *An Introduction to Comparative Law*. Oxford Univ. press, 1998, p. 40. N.B. the presumption is rebuttable: Kötz H. Trento Project and its Contribution to the Europeanization of Private Law in M. Bussani, U.Mattei (eds.). *The Common Core of European Private Law*. The Hague, Kluwer Law International, 2003, p. 212.

¹⁰ Steiner E. *French Law: A Comparative Study*. New York, Oxford, Oxford Univ. press, 2010, p.199.

¹¹ With regard to the fact that such processes change the face of states, see e.g. Kim M., Heger Boyle E. Neoliberalism, Transnational Education Norms, and Education Spending in the Developing World, 1983–2004. *Law and Social Inquiry*, 2012, p. 367 ff.

¹² Twining W. *Cosmopolitan Legal Studies*. *International Journal of the Legal Profession*, 2002, no. 9, p. 102.

to do. Let us, therefore, be permitted to propose that the academic and theoretical study of law is to be cultivated in academic environments, while the practice-oriented training in law is to be cultivated in vocational and practice-oriented environments. Law schools and law faculties nurture legal minds; they are not a preparatory stage for one's professional legal development. After all, '[m]ost will nowadays agree that legal education should be more than a vocational training for the practice of the profession in a particular jurisdiction'¹³. The author posits that it is up to law graduates to make a conscious decision as to whether or not they wish to follow a practitioner's path following graduation. This decision is not to be made by the state, a ministry or some other remote body to prepare them through a vocation-oriented sort of academic provision by implying a certain choice to them. The imposition of a certain professional world view on our future law graduates does not present us with an ideal option, and it certainly falls foul of the tenets of a liberal education. Let it be emphasised and remembered that in the faculties and schools of law, we, first and foremost, develop free academic personalities who are expected to excel at law. It is up to these free personalities to make choices regarding their future professional development, education and training upon graduation. It is for them alone to do so. The rest of us must offer them perfect choice, for perfect choice is all we can and ought to offer them. But we need to do so by inspiring them to law and its multiferous manifestations (not streamlining them to law, as can often be the case) and by inspiring them to a new ethos of legal cosmopolitanism, a new ethos of excellence. Additionally, whether these personalities become legal practitioners is a very different question. For the avoidance of misunderstanding, one does not advocate the full disengagement of the theoretical study of law from all practice-oriented exercises (and vice versa). Mutual borrowings between the academic learning of law and the vocational and more practice-oriented training in law are possible and often desirable, albeit less frequently than one might presume. Rather, one proposes a re-invigoration, a re-alignment of law curricula towards what the academic study of law ought to be: academic law. It is, therefore, the aim of this paper to promote the spirit of cosmopolitanism, predominantly through the academic learning of law, as legal practice, by definition, tends to operate by considering domestic matter¹⁴.

It is vital for law educators to realise and appreciate that the study of law, as a largely nation-oriented exercise, is a recent historical phenomenon. Nor is it always ideal, as already stated, to relate the study of law to employability in law, another recent trend in academic legal circles. Arguably, not all of our students study law to pursue law-related professions and/or environments. When students from all over Europe flocked to study law in medieval Bologna, they did not do so out of so-called employability considerations, even though one could certainly argue that those Bologna law graduates were equipped with an excellent type of legal education, which *in turn* could transform them into excellent jurists. This is exactly the point that one wishes to put forward in arguing in favour of a cosmopolitan type of legal education for our lawyers: by instilling the ethos of cosmopolitanism we could inspire them to law; by inspiring them to law, we could prepare excellent, rigorous, future lawyers. To put it bluntly: law is not taught¹⁵; law is learnt through nurturing. To learn law, one must aspire to law. But to aspire to law, one must aspire to what the author calls a cosmopolitan legal ethos, a world-class ethos of excellence in law. Is that to say that a cosmopolitan legal ethos is a *sine qua non* of modern legal education? Not necessarily, and certainly not automatically. Yet, to this author, it seems at

¹³ Dedek H., *de Mestral* A. Born to be Wild: The Trans-Systemic Programme at McGill and the De-Nationalization of Legal Education. *German Law Journal*, 2009, no. 19. p. 889.

¹⁴ This proposition is not one which is free from exceptions. Thus, European lawyers would readily attest these days that national European legal practice becomes increasingly internationalised.

¹⁵ E.g. Husa J. Turning the Curriculum Upside Down: Comparative Law as an Educational Tool for Constructing Pluralistic Legal Mind. *German Law Journal*, 2009, no. 10, p. 914.

the very least peculiar that the students of Irinerius may have had a greater chance to acquire a cosmopolitan legal ethos in their studies in medieval Bologna than the myriads of lawyers who graduate from modern law schools in Europe, America and elsewhere. Thus, the question will not be what sort of education we could have for our future law graduates, but rather what sort of education we *ought* to provide for them. One can ‘produce’ lawyers who excel in acquiring excellent legal substance and legal procedure skills during their academic years, and during their years of initial legal training), but is that the same as ‘producing’ excellent jurists?

The Inevitable Anathema of Prevalence of *Homines Speciales* in the Law School

In addition to law being an insular subject, academic lawyers ideally present themselves as (and often are) highly specialised scientists. In the interests of economy of space, one will not examine the validity of such a claim here, but even a naïve person would readily observe that the division of law scholars in academic environments is predominantly based on persons of highly specialised expertise. Academic legal environments today comprise *homines speciales*. This clearly comes at a high price: law schools and law faculties around the world employ specialised academic personnel who often fail to observe and aspire to the overall epistemic unity of the subject of law, notwithstanding the fact that such specialised personnel may often be incapable of aspiring to the overall epistemic unity of academic subjects as a whole. The paradox here is that, whilst these academics have to deliver a liberal type of generalist education, their very professional outlook points to specialism. Again, for avoidance of misunderstanding, one does not advocate the reduction or the limitation of specialisations, as these clearly serve a purpose. This division of academic personnel is universal practice across academic disciplines and higher academic institutions around the world. However, the over-specialisation of law academics (and by extension the over-specialisation of law students) may eventually separate academic law from the overall epistemic unity of the discipline of law. To put it in other words, it is essential for law specialists in academic environments to appreciate and inspire to the overall unity of the subject of law when they proceed with their otherwise specialised enquiries (whether in research terms or in didactic terms). Even so, one’s affection for their law specialisation ought not blur their vision towards the wider unity of academic law as a whole.

A Thought Experiment: Law Academics Prescribing Law Degrees to a Greater Extent

One of the peculiarities of law is the fact that it is regulated by different legal players across different states. Whilst perfectly democratic as an exercise, one often ponders how this affects the epistemic position of law. Perhaps the fact that law degrees around the world are regulated by different legal players causes law to be a convoluted educational reality in real terms. The fact remains: law is regulated by different legal stakeholders around the world, which creates a sort of epistemic chaos. For instance, in many European countries the ministries of education prescribe the structure, content and the length of law degrees¹⁶. In England and Wales, much of the first law degree is prescribed by non-academic bodies, namely the Bar Standards Board and the Solicitors Regulation Authority¹⁷. In the United States, law degrees are characterised by an emphasis on le-

¹⁶ Twining W. *Cosmopolitan Legal Studies*, p. 101.

¹⁷ *Academic Stage Handbook v. 1.4* (Bar Standards Board and Solicitors Regulation Authority, July 2014).

gal training¹⁸, with a ‘growing but ambivalent’¹⁹ use of adjunct faculty for economic reasons²⁰. Neither approach is, of course, ideal. In the former case, as in many continental educational systems, a political body prescribes the law degree; whilst in the latter case, that of England and the United States, a practitioner’s office effectively carries out the same responsibilities, even though some might opine that in such a case academic degrees are *de facto* deemed to be semi-professional degrees. Legal education, therefore, seems to thrive on chaos, as Sexton once said:

‘[T]he description of [law] schools and curricula provided [...] displays an astonishing variety of form: the smallest school has 40 students, the largest over 40,000; some accept students after secondary school, others only after a university education; some operate under regulatory schemes that govern the degree-granting process, others in a *laissez-faire* environment; some qualify their graduates *ipso facto* for law practice, others (as in the United States) provide only a predicate for a competency exam, which in turn qualifies successful candidates for law practice, and still others operate without regard for competency exams’²¹.

Peculiarly, law academics around the world do not seem to be doing enough in prescribing overall frameworks for academic law degrees. To put things into pragmatic perspective, law academics have ultimately little say in the way overall degrees (especially at first-degree level) are formulated, even though this rule comes with notable exceptions. Ultimately, first law degrees are frequently influenced by factors outside of legal educators’ control. One could argue that this is a positive state of affairs. Others would argue that this can be perceived as a negative status quo. Also, there exist epistemic misunderstandings in the way many law academics perceive the academic study of law. Law is not like medicine, where professionals traditionally have a considerable say in the way medical degrees are formulated and delivered. Law is about preparing legal minds. One, therefore, questions the interference of political and practitioner forces in the prescription of academic law degrees: the former’s motives might proceed beyond legal educational ideals, whilst the latter might overemphasise vocational skills in the academic learning of law. As such, one also questions the overemphasis on legal training in otherwise academic law degrees. Law schools and faculties are not necessarily about employment preparation; nor are they employment points for practitioners to be readily offered a career path. Law schools and faculties may, of course, choose excellent law practitioners in enriching their faculties; however, such a practice should be the exception, rather than the rule, in the academic learning of law. Concurrently, one observes that, under the current status quo, there is close to utter apathy in academic first law degrees vis-à-vis cosmopolitan understandings of the legal world, a theme is not even mentioned in the relevant prescriptions of law degrees.

The Ideal of Liberal Education

The ideal of liberal education expects us to nourish free academic personalities. In any case, there seems to be in principle compatibility between educational orthodoxy in law, liberal legal education, and cosmopolitanism. Cosmopolitanism offers our future lawyers a new sense of freedom, arising out of the appreciation for diversity. Liberal education expects universities to

¹⁸ Sheppard S. (ed.). *E. Allan Farnsworth: Introduction to the Legal System of the United States*. 4th ed. Oxford University Press, 2010, p. 21.

¹⁹ Siegel D. The Ambivalent Role of Experiential Learning in American Legal Education and the Problem of Legal Culture. *German Law Journal*, 2009, vol. 10, p. 816.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Sexton J.F. Out of the Box. Thinking About the Training of Lawyers in the Next Millennium. *University of Toledo Law Review*, 2001, vol. 33, p. 189.

recognise the primacy of the intellect²². Such education does not necessarily prepare students for becoming professionals²³. This type of education treats our academic citizens, our students, as individuals, whilst expecting them to willingly commit themselves to education²⁴. Finally, liberal legal education is one which stresses the need for the development of cognitive capacities such as analytical skills, reflection and self-discovery in addition to emphasising moral education²⁵. Close to the above, it is posited that future liberal legal education can only strengthen out of a new spirit of cosmopolitanism.

A Cosmopolitan Ethos for Future Lawyers

Cosmopolitanism has to do with the creation of world-class citizenry. Cosmopolitanism, therefore, effectively relates to a moral commitment to the universal human community²⁶. The idea of cosmopolitanism was conceived and developed in ancient Greece through the teachings of Democritus, Socrates, Plato, Diogenes and Hierocles. Overall, Greek cosmopolitanism hovered between the philosophical forces of cynicism and stoicism. In modern times, the idea of 'cosmopolitanism is rooted in philosophy, ethics, and education and maintains that there are universal values across cultures and peoples, yet it also demands respect for legitimate differences'²⁷. The modern recalibration of the notion of cosmopolitanism has been established through the writings of Kant²⁸. Kantian cosmopolitanism is of liberal ilk, as is the ilk of those who built upon Kant's liberal cosmopolitanism, namely, Mannheim, Elias, Adorno and Arendt amongst others²⁹.

Cosmopolitanism in law has to do with the creation of world-class legal citizenry. The idea of cosmopolitanism in law, however, is a sort of *terra incognita*³⁰. This state of affairs can be generally credited to the rise of the nation-state from 1648 and, by extension, the rise of legal-political nationalism in Europe (and beyond) from the 19th century (even though one could argue that so-called political romantic nationalism was already existent in the scholarly writings of 18th century Europe). Whilst the idea of cosmopolitanism is rather foreign to law, innate cosmopolitanism holds a long tradition in at least one area of law: international law³¹. Other-

²² Burridge R., Webb J. The Values of Common Law Legal Education: Rethinking Rules, Responsibilities, Relationships and Roles in the Law School. *Legal Ethics*, 2007, vol. 10, p. 77 citing Newman J. *The Idea of a University*. Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1982.

²³ Burridge R., Webb J., op. cit., p. 77.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ Flood J., Lederer P. *Becoming a Cosmopolitan Lawyer*. *Fordham Law Review*, 2011-2012, vol. 80, p. 2514.

²⁷ Coryell J., Spencer B., Sehin O. *Cosmopolitan Adult Education and Global Citizenship: Perceptions From a European Itinerant Graduate Professional Study Abroad Program*. *Adult Education Quarterly*, 2014, vol. 64, p. 145 quoting Appiah K. *Cosmopolitanism: Ethics in a World of Strangers*. N.Y., Norton, 2006 and Langran I. *Global Citizenship, Governance, and Identity in the Post-Westphalian Age*. Paper presented at the annual meeting of the Northwestern Political Science Association in Philadelphia, November 2011.

²⁸ E.g. Sato Y. *Towards the Institutionalization of Cosmopolitan Law-Making*. *Alberta Law Review*, 2009, vol. 46, p. 1146.

²⁹ Kemple T. *Mannheim's Pendulum: Refiguring Legal Cosmopolitanism*. *UC Irvine Law Review*, 2014, no. 4, p. 292.

³⁰ Platsas A. *Enhancing the Cosmopolitan Element in the Law Curriculum: The Lessons of Comparative Law*. D. Frenkel(ed.). *Legal Theory, Practice and Education*, Atiner Athens 2011, p. 42-43.

³¹ Gordon G. *Innate Cosmopolitan Tradition of International Law*. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2013, no. 2, p. 906.

wise, lawyers have little interaction with the idea of cosmopolitanism. Moreover, law academics often pragmatically assume the reciprocal relationship between the nature of their legal system and the nature of legal education leaves little space for universal thinking to flourish in the academic element of their legal education³². As Dainow stated in the 1960s:

‘There is naturally a direct reciprocal influence between the nature of a legal system and the pattern of legal education. The nature of the former promotes the method of the latter, which in turn perpetuates the original character of the system. The program of law studies and the method of legal education establish and fix the fundamental understanding and the mode of thought which condition the individual for his entire professional career’³³.

Furthermore, Kamba, writing in the 1970s was aware of the problem: ‘One is inclined to think that the solutions of one’s legal order are the only possible ones’³⁴.

Not much has changed since the 1960s and the 1970s when Dainow and Kamba shared their views. Legal systems affect legal education, and legal education perpetuates the original character of legal systems. This is far from ideal. At best, academic legal education can be deemed conservative and relatively stable. At worst, legal education can be deemed as a static state of affairs. Our law students often tell us that predictability, the law itself (as in norms and structures), is what they want in their studies³⁵. Our response, as law academics, ought to be that the creation of excellent academic personalities with the potential of becoming excellent legal professionals (or indeed in any other professional field) is our goal. The understanding of law and related legal skills form only one element (indeed the most important element for many) for training a law graduate. Our law graduates must be prepared for future challenges rather than assume their roles through a parochial sort of legal education. To prepare such graduates for the future, it is not sufficient to equip them with relevant substantive legal skills and transferrable skills only. As law is a ‘traditional’ subject, one’s recommendation would be for a cosmopolitan ethos, which would define the studies of our future lawyers. This type of ethos would certainly come in agreement with the ever-growing recognition of cosmopolitan law itself. After all, cosmopolitan law is expected to offer a better framework for the future citizens of the world³⁶.

Academic educators, on the other hand, do not just enable their disciples to pursue knowledge. Our purpose is also to build and mould excellent academic personalities³⁷. Academic citizenry is acquired through the mastery of cognitive substance, but also through the formulation of excellent character. Legal educators must be constantly reminded of their dual role. Whilst ‘doctrinal mastery of positive law’³⁸ is part and parcel of the academic element of one’s legal education, the mastery of such law is not to be seen as the only leading element of modern legal education. Our future lawyers must excel not only in law itself, but they must also be able to

³² Steiner E. op. cit. p. 199 quoting Dainow J. *The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison*. *American Journal of Comparative Law*, 1967, no. 15, p. 428.

³³ Dainow J. op. cit., p. 428.

³⁴ Kamba W. *Comparative Law: A Theoretical Framework*. *International and Comparative Law Quarterly*, 1974, vol. 23, p. 491.

³⁵ Arthurs H.W. *Law and Learning in an Era of Globalisation*. *German Law Journal*, 2009, no. 10, p. 638.

³⁶ Sato Y. op. cit., p. 1160.

³⁷ For a detailed discussion on liberal legal education see e.g. *Burridge R., Webb J.*, op. cit., pp. 74 — 80.

³⁸ Dedek B., de Mestral A. Op.cit. P. 896 referring to *Leibfried S., Möllers C., Schmid C., Zumbansen P.* *Redefining the Traditional Pillars of German Legal Studies and Setting the Stage for Contemporary Interdisciplinary Research*. *German Law Journal*, 2006, no. 7, p. 661 and *Dedek H.* *Recht der Universität: “Wissenschaftlichkeit” der Juristenausbildung in Nordamerika*. *Juristenzeitung*, 2009, vol. 64, pp. 540, 541.

deal 'with people from different countries, different cultures, with different world views [...]'³⁹. A cosmopolitan ethos for our law graduates would certainly allow us to maintain more actively the notion that we are not simply academic educators who deliver knowledge to our student body. This ethos would actually enable us to maintain to a certain extent that we produce or, at the very least, attempt to produce excellent academic and culturally sensitive personalities. Accordingly, one cannot overemphasise the character-building qualities of a cosmopolitan legal ethos for our academic law citizens.

Law is a subject which traditionally swings between generality and particularity⁴⁰. However, a new development is the intensification of such a dialectic beyond domestic realities vis-à-vis a spectrum of 'jurisdictions, traditions and cultures'⁴¹. In a sense, cosmopolitan law offers us a unique opportunity for interaction across borders⁴². Of course, the proposed model of cosmopolitanism is one which asks future lawyers not to be detached from time and place⁴³. Our proposed model of cosmopolitanism balances the local with the universal. Perhaps then cosmopolitanism as a whole and cosmopolitan law in particular would help future jurists to assume a stand somewhere between the traditional extremes of generality and particularity in domestic and extra-national legal enquiries and discourses. Even leading legal educational systems are in need of a new cosmopolitan ethos for their future law graduates. In the USA, which otherwise provides a setting for a particularly inward-looking⁴⁴ educational legal reality, the cosmopolitanisation of law curricula becomes more pressing than ever. Peculiarly, the perplexing term of globalisation (as opposed to cosmopolitanisation) is a preferred term in the USA. Semantics aside, American legal education (just like European legal education) is in need of recalibration. In Europe, too, the so-called 'Europeanisation' of legal curricula might also result in a 'paradigm shift away from the study of law as the study of a "system" of positive law of a certain jurisdiction, and towards a de-contextualised, maybe more abstract study of legal questions that reach beyond jurisdictional boundaries'⁴⁵. As such, in legal educational terms, Europe, seems to be in a slightly better position than the United States and elsewhere due to the extra-national binding nature of modern European Union law and European human rights law, which directly affect European legal curricula. Additionally, in Europe, there is currently a flourishing of numerous law exchange programmes. Furthermore, as Twining reminds us, in a country like the UK (and by extension in any other EU country), there remain only a few areas 'of [...] law or practice today that are wholly domestic'⁴⁶. This, he opines, is an example

³⁹ *Martini C., Susler D.* Inside Out: Going Global Should Be for Everyone. *Chicago Lawyer*, October 1, 2011 as cited in *Silver C.* Getting Real About Globalization and Legal Education: Potential and Perspectives for the U.S. *Stanford Law and Policy Review*, 2013, no. 24, p. 460.

⁴⁰ *Twining W.* A Cosmopolitan Discipline? Some Implications of "Globalisation" for Legal Education *International Journal of the Legal Profession*, 2001, no. 8, p. 33.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Kleingeld P.* Kant's Cosmopolitan Law: World Citizenship for a Global Order. *Kant's Review*, 1998, no.2, p. 75.

⁴³ *Cf. An-Na'im A.* Globalization and Jurisprudence: An Islamic Law Perspective. *Emory Law Journal*, 2005, vol. 54, p. 31.

⁴⁴ For an explanation of the reasons behind the resistance of the American legal educational model to reform, see *Fine T.* Reflections on U.S. Law Curricular Reform. *German Law Journal*, 2009, no.10, pp. 729–734. On the narrow and domestic-oriented model of the prevailing model of the US legal education, see *Nussbaum M.* *Op. cit.* Pp. 276–277.

⁴⁵ *Dedek H., de Mestral A.* *op. cit.*, p. 896.

⁴⁶ *Twining W.* *Cosmopolitan Legal Studies*, pp. 99–100.

of how our discipline becomes increasingly cosmopolitan⁴⁷. In any case, even beyond Europe, international organisations currently affect the global education policy⁴⁸. It can be said that this effect will also be felt in due course in legal curricula, which in all probability will resemble an ethos of excellence based on the cosmopolitan legal education ideal.

The following sections will examine the subject in the context of globalisation and its forces. In this respect, one wishes to initially propose that globalisation and cosmopolitanism contradict one another. The former, an economic phenomenon, wishes to impose uniformity; the latter, a philosophical–sociological phenomenon, wishes to promote the appreciation of diversity and the creation of only certain convergence. Cosmopolitanism can accommodate globalisation. Globalisation does not necessarily accommodate cosmopolitanism. Globalisation unites, while cosmopolitanism fragments and unites. Globalisation is a robust and dynamic force. Cosmopolitanism is a subtle and serene force. Law, unsurprisingly, occupies a middle ground between these two phenomena. Nonetheless, globalisation has affected and continues to affect modern law significantly. As Arthurs maintained, globalisation bears four effects on law: first, the perception of the rule of law has consciously or unconsciously changed to the point that it now ‘emphasizes the protection of economic interests against encroachments of the state’⁴⁹; second, future generations of law students and academic law staff may feel more at ease with global law than with domestic law⁵⁰; third, globalisation seems to have effectively strengthened the national executives and judiciaries which participate in the globalisation phenomenon (to the detriment of the power of legislatures around the world)⁵¹; and fourth, globalisation has disassociated the idea of law from the idea of the state⁵² (for the wrong reasons one may wish to add, as globalisation started out as an economic phenomenon, paying little attention to legal theory or, more precisely, to general jurisprudence). Where does this leave us in legal educational terms? Clearly, if we are to inspire a stronger cosmopolitan ethos in our students, we need to ensure that legal education starts from the traditional-cultural understanding of the rule of law. Additionally, in legal educational terms, cosmopolitanism should, in principle, be related to a democratic understanding of the legal world (as opposed to the limitation of the powers of legislatures through globalisation). Finally, cosmopolitan learners ought to appreciate the idea of disassociating law from the nation-state.

Globalisation has also affected the identity of certain law schools around the world. We shall not examine here the emptiness of the terms ‘global law school’ and ‘global lawyer’, as these terms are like clanging cymbals, devoid of any real substance for educators in law (and in all probability for the overwhelming majority of law practitioners and graduates). Terms such as ‘global legal education’ might sound great for the purposes of marketing law courses, but offer little to a comparative legal scholar in real terms (especially when there is no such thing as a ‘global’ legal education)⁵³. Nonetheless, ‘the phenomenon of globalisation’ has resulted in ‘[u]niversities hir[ing] more foreign faculty, offer[ing] courses in English, creat[ing] exchange

⁴⁷ *Ibid.*, p.100.

⁴⁸ E.g. *Kim M., Heger Boyle E.*, *op. cit.*, p. 374.

⁴⁹ *Arthurs H.* *Op. cit.*, p. 633.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*, p. 634.

⁵² *Ibid.*, p. 635.

⁵³ The author has previously discussed the feasibility of so-called global type of legal education; see *Platsas A.* *A Cosmopolitan Ethos within a Global Law Curriculum: Comparative Law as its Promoter.* *Global Studies Journal*, 2009, no. 2, p. 57.

programs, and emphasiz[ing] the foreign language capabilities of incoming applicants⁵⁴. These are all satisfactory developments when it comes to the further internationalisation of academic environments, but arguably these developments do not actually offer what ought to be actively sought: a genuine cosmopolitan legal ethos for future lawyers. Such an ethos would materialise through the application of different learning diets from the ones currently on offer.

A cosmopolitan legal ethos for our future graduates will predominantly, if not exclusively, emanate through the flourishing of comparative legal studies⁵⁵. Comparative law is the cosmopolitan answer of modern law. Comparative law *is*, by definition, configuration and design, the subject that can, and ought, to drive the need for a more cosmopolitan legal education for future lawyers. Comparative law creates a better understanding of one's legal system⁵⁶, but more importantly, it 'creates the awareness of the place of one's own legal system in an international legal order in development'⁵⁷. It is the author's conviction that the cosmopolitan ethos of our future law graduates would be greatly enhanced through socio-legal enquiries in their studies, i.e. through appreciation of domestic socio-legal realities, as well as through appreciation of foreign socio-legal realities. Legal history is a subject that would enhance the cosmopolitan ethos of our law students. The study of law and economics would also be beneficial, especially for our European law students (as American law students are already privileged to undertake this subject in their legal studies). Our list would not be complete if we failed to include legal theory and international law, classic fields of legal enquiry that deal with different understandings and perceptions of the legal world. One is reminded here that 'international legal analysis teaches the importance of *pluralism and multi-disciplinarity in legal analysis*^{58,59}. With regard to the theme of inter-disciplinarity/multi-disciplinarity, it should be stated that, whilst inter-disciplinary/multi-disciplinary studies are not necessarily a priority in the creation of a cosmopolitan legal ethos amongst our students, such studies should eventually define the modern law curriculum and indirectly promote a more cosmopolitan understanding of law (in that other disciplines are more epistemically unified than law). It is, therefore, hoped that future law curricula will address the issue of inter-disciplinarity and multi-disciplinarity, especially if such a provision further strengthens the cosmopolitan ethos of our law graduates.

In any case, our future law graduates need to aspire to what has been termed as 'informed, culturally sensitive coexistence'⁶⁰. Not all of our lawyers will excel in the practice of European or international law. They do not have to. Nevertheless, it becomes a crucial question whether our lawyers in the 21st century ought to be educated and operate as 20th century lawyers. These days a wide variety of 'situations invoke legal issues that transcend legal (or sovereign) boundaries'⁶¹. Perhaps, Chesterman is correct in stating that 'our [future] lawyers need[...] to be comfortable

⁵⁴ Goedde P. Globalized Legal Education, Human Rights Lawyering, and Institutional Form: The Case of A Refugee Law Clinic in South Korea. *Clinical Law Review*, 2014, p. 375.

⁵⁵ E.g. Nussbaum M., op. cit. P. 275; Platsas A., op.cit. P. 62, 66–69; Platsas A. Enhancing the Cosmopolitan Element in the Law Curriculum: The Lessons of Comparative Law. D. Frenkel (ed.). *Legal Theory, Practice and Education*, pp. 43–47.

⁵⁶ Zweigert K., Kötz H., op. cit. P. 21; Akkermans B. Challenges in Legal Education and the Development of a New European Private Law. *German Law Journal*, 2009, no. 10, p. 807.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Emphasis in the original.

⁵⁹ Menkel-Meadow C., op. cit., pp. 106–107.

⁶⁰ Coryell J., Spencer B., Sehin O., op.cit., p. 145.

⁶¹ Menkel-Meadow C., op. cit., p. 99.

in multiple jurisdictions⁶². For this to occur, legal educators must ensure that the intercultural competency of their student bodies is nourished. Williams alerts us to the fact that three elements establish such a competency: first, the cognitive element (knowing about other cultures); second, the affective element (being able to be flexible in adapting to new situations); and third, the behavioural element (resourcefulness and skills when dealing with situations affected by cultural aspects)⁶³. Lawyers too need to aspire to such skills. They do not have to be experts in more than one jurisdiction or in more than one system of law (e.g. regional law or international law), but they, at the very least, should be capable of understanding foreign legal matter through a spirit of cosmopolitanism and intellectual openness. Above all, they must be driven by the appreciation of diversity⁶⁴. After all, this is what cosmopolitans do. However, our future law graduates should also be able to recognise the need for an *ius commune* in designated and culturally neutral areas of law in addition to the fact that *ius cogens* considerations ought to occasionally define their thinking⁶⁵. To recap, a legal ethos of excellence aspiring to cosmopolitanism ought to be balanced: sensitive to foreign legal cultures, but also cognizant of the need for unity in certain areas of law⁶⁶.

Designing an excellent legal education syllabus that has cosmopolitan credentials remains, or, at the very least, ought to remain, the responsibility of law educators (save for the constraints imposed on them by governmental and/or professional bodies). One, therefore, presumes a minimum degree of academic freedom in the design of law curricula around the world, for, if there is no such freedom, the question of a cosmopolitan legal education becomes close to irrelevant. In any case, academic freedom ought to allow us to succeed in that in which we, in legal education, may have failed already: open up things, but also to demarcate things. Discipline and imagination ought to define our operations, as Zweigert and Kötz remind us elsewhere. Achieving the right balance between a strict legal element and a more liberal one in a modern law curriculum can be achieved through a stronger sense of cosmopolitan orientation in our law curricula. Again, this presumes a minimum degree of academic freedom, including the freedom from interference during the course of building academic curricula. Furthermore, legal educators are actually asked to move away from the narrow confines of educational navel-gazing. To be more precise, the author has observed law colleagues from around the world spending a considerable amount of their academic life in ‘perfecting the specific’, i.e. the subject(s) which they would deliver. Whilst most legitimate as an exercise, this exercise is in itself problematic in that excellent colleagues find themselves operating in the wider confines of dysfunctional legal syllabi. Almost perfectly balanced subjects, in legal educational terms, may be compromised by out-of-date educational frameworks. It follows that it is the strategic educational blueprints in law, which we must first rightly tune. A re-orientation of such syllabi towards the cosmopolitan would be nothing short of a great opportunity to correct generalities, as well as the specificities, in the delivery of our subject.

⁶² *Chesterman S.* The Evolution of Legal Education: Internationalization, Transnationalization, Globalization *German Law Journal*, 2009, no. 10, p. 877.

⁶³ *Williams R.* The Reflective Model of Intercultural Competency: A Multidimensional, Qualitative Approach to Study Abroad Assessment. *Frontiers: The Interdisciplinary Journal of Study Abroad*, 2009, vol. 18, pp. 289–290.

⁶⁴ Cf. *Glenn H.* Integrating Civil and Common Law Teaching Throughout the Curriculum: The Canadian Experience (2002–2003). 21 *Penn State International Law Review* 74; Glenn concludes that the appreciation of the diverse is the object of transnational legal education.

⁶⁵ On a similar vein *Burridge* and *Webb* note that ‘[l]ocalism and internationalism [...] are integral to the study of law’: *Burridge R., Webb J.*, op. cit., p. 92.

⁶⁶ For interesting parallels with regard to universalist and particularist understandings of modern law, see *Menkel-Meadow C.*, op. cit., pp. 111–112.

Modern legal educators would also commit a fundamental mistake if they saw their subject as one operating in isolation or insulation from the developments of our global age. Quite surprisingly; even advocates of a more internationalised legal education often simultaneously conceal and reveal a fear of foreign lawyers becoming better than the exclusively domestically educated lawyers⁶⁷. Obviously, as academics we do not (have to) see our domestic students with a more positive eye or be more concerned with them than we would be with our foreign students (even by way of mere implication). A more cosmopolitan type of education is the question, even if it is foreign students or, as it currently stands, postgraduates who mainly benefit from it in the first place. At this point, it must be noted that the situation is far from ideal in other areas of education (e.g. in primary and secondary education around the world). For instance, teacher reform in the 21st century can still be perceived as functional, with themes such as ‘economic growth, effectiveness and competitiveness’⁶⁸ dominating the educational agenda ‘at the expense of other important aims of education in the global era, such as the development of reflective and communicative capacities and education for cosmopolitan citizenship’⁶⁹. Yet, the transnationalisation of real life will inevitably lead to the transnationalisation of education. Equally, the transnationalisation of real law will eventually lead to the transnationalisation of legal education⁷⁰. Legal educators cannot afford to offer their students, what Husa has called ‘mono-understanding’, i.e. a single world-view of things based on one’s own legal system⁷¹. In this respect, *métissage*, a Canadian post-pluralist proposition for a type of legal education, is promising, though not perfectly sufficient from the comparative point of view (in that it seems to have been the empirical proposition of a domestic educational legal reality without taking into account legal traditions and educational realities beyond the West)⁷². Of course, legal education does not start or finish in the West. The ideal of a cosmopolitan legal education moves beyond mixed legal systems (whether these are found in the West or elsewhere). Equally, the legal educational experience of such systems is beneficial to our thinking of a better type of legal education, even if such mixed legal realities are limited by their very domestic divisions of law (e.g. between continental law and common law). Additionally, academic citizenship these days must come with an international, cosmopolitan type of educational passport. Professional citizenship requires the same. ‘We now deal with students who expect to move *countries*⁷³ a few times, seeing themselves as part of a global elite in a worldwide market of talent’⁷⁴. Long gone are the days when our academic citizens were educated in almost exclusively domestic academic environments, only for them to operate as professionals in almost exclusively domestic professional environments. For lawyers, the credential of a cosmopolitan education becomes ever more important due to the indisputably traditional character of our subject, which still largely refuses to become as extrovert as other epistemic disciplines. Thus, whereas a mathematician

⁶⁷ E.g. *Silver C.*, op. cit. P. 495: ‘But the U.S. is a more important receiving country for law students than it is a sending country, and as a result, *we risk educating a cadre of globally savvy competitor that domestic students cannot possibly match* in terms of experience and expertise relevant to navigating the challenges of a global practice environment’. Emphasis has been added in the italicised entries of this quotation.

⁶⁸ *Rönström N.*, op. cit., p. 194.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Twining W.* A Cosmopolitan Discipline? Some Implications of “Globalisation” for Legal Education, p. 34.

⁷¹ *Husa J.*, op. cit., p. 919.

⁷² *Kasirer N.* Legal Education as *Métissage*. *Tulane Law Review*. 2004, pp. 481ff.

⁷³ Emphasis in the original.

⁷⁴ *Chesterman S.* The Globalisation of Legal Education *Singapore Journal of Legal Studies*, 2008, p. 63.

educated in Japan can freely move to any country and teach mathematics (subject to language and other relevant professional formalities), lawyers are constrained and often restrained by the peculiarities of their subject. The classic quote comes from the two leading scholars in the German comparative legal scholarship, Zweigert and Kötz, who rightly claimed that ‘[t]here is no such thing as “German” physics or “British” microbiology or “Canadian” geology’⁷⁵.

The pre-eminence of a cosmopolitan legal education in law schools of the future would mean that our lawyers would be carriers of a stronger intercultural sensitivity, which, in turn, would allow them to be better integrated within the concept of global citizenship, as Tarrant⁷⁶ put it, albeit referring to such a concept in a slightly different context. How is our call in favour of a cosmopolitan legal ethos compatible with what has elsewhere been coined as ‘global citizenship’? Ogden posits that global citizenship entails the existence of the following: global competence, global civic engagement and social responsibility⁷⁷. The existence of a cosmopolitan ethos in the minds of our future graduates is certainly compatible with global competence, as the appreciation of legal diversity promotes global cultural sensitivity. Global civic engagement and social responsibility are more problematic in one’s approximation of those two key characteristics of global citizenship with the concept of a cosmopolitan legal ethos. On the one hand, one could argue that a cosmopolitan legal ethos expected from our future lawyers would *enable* them to undertake global civic matters, whilst in our ever-smaller world, social responsibility within the domestic sphere is one which is enhanced by the flourishing of a cosmopolitan ethos amongst our academic citizens. After all, the spirit of cosmopolitanism includes the appreciation of the domestic sphere in legal and other matters.

In the long run, the intercultural sensitivity of our future law graduates ought to transform itself into intercultural proficiency. Coryell, Spencer and Sehin agree with a definition of intercultural sensitivity which suggests that such sensitivity is ‘knowledge, skills, and attitudes/beliefs necessary to work well with and respond effectively to people in cross-cultural settings’⁷⁸. Arguably, neither of those two levels of cosmopolitanism (intercultural sensitivity and intercultural proficiency) currently occupy the minds of the overwhelming majority of our law graduates. Perhaps, student exchange law programmes offer a sort of intercultural and academic familiarization which lies beyond the domestic, but it is not clear whether this promotes promote intercultural sensitivity.

One is also wary of the term ‘internationalisation of education,’ which might otherwise be perceived as a boilerplate catch-all expression used in an attempt to wash out the academic sins of often times arteriosclerotic and conservative academia around the world. It is, therefore, the case that the term is occasionally used as a sort of academic sponge, a magic wand, to wipe out the shortfalls of often national(ist) or, to put it more mildly, ‘nation-oriented’ academic education and curricula.

Law, the old, and the last, bastion of the romantic idea of the nation-state is, of course, the classical culprit of the predominantly nation-oriented studies in the academic environment.

⁷⁵ Zweigert K., Kötz H., op.cit, p. 15.

⁷⁶ Tarrant M. A Conceptual Framework for Exploring the Role of Studies Abroad in Nurturing Global Citizenship. *Journal of Studies in International Education*, 2010, vol. 14, pp. 433–451.

⁷⁷ Ogden A. *Education Abroad and the Making of Global Citizens: Assessing Learning Outcomes of Course-embedded, Faculty-led International Programming* (Unpublished doctoral thesis, Pennsylvania State University, 2010) available electronically at <http://site.valenciacollege.edu/inz/library/Study%20Abroad%20%20General/Education%20Abroad%20and%20the%20Making%20of%20a%20Global%20Citizen%20Dissertation.pdf> (accessed November 6, 2014).

⁷⁸ Coryell J., Spencer B., Sehin O. Op. cit., p. 148.

While the term ‘internationalisation’ is nowadays often used and abused in academia, one should not cast the stone of blame at academics wishing to pursue the so-called internationalisation agenda. Their motives must be largely noble. However, one wishes to query whether they readily relate such an internationalisation educational agenda with a cosmopolitan educational agenda. For those operating in law the question is of crucial importance: we already have subjects like international law and international human rights law integrated into our curricula, but is that to say that the mere inclusion of such subjects in our curricula internationalises our curricula? This is hardly the case. As such, one proposes that a truly internationalised type of legal education is one which comes with a genuinely cosmopolitan legal agenda. The question that needs to be answered then is: how strong ought such an agenda to be? The answer depends on a great variety of paragons, but one can argue that the stronger the cosmopolitan ethos of a law curriculum, the greater the inter-cultural sensitivity of the lawyers who follow such a curriculum.

The term ‘globalisation of legal education’ is equally as abused as the term ‘internationalisation of legal education’. A typical example of such abuse is the use of this term by certain institutions offering so-called ‘double-degree’ qualifications or, more interestingly, by certain other institutions which organize summer schools abroad. What precisely constitutes a global education when the degree is offered in two locations? Is the word ‘global’ another empty adjective of modern legal education? How does spending one’s summer in a foreign law school ‘globalise’ one’s studies? In any case, neither of the above approaches is anywhere near ideal, yet they are a start. Naturally, neither of the above approaches (legal studies across two jurisdictions and summer schools) stands for ‘globalisation of legal education’. Yet, we, as law academics, will not be excused for surrendering legal education to terms which are simply current or fashionable, or for surrendering our discipline to the forces of commercialisation (even more than we already have). So too is it important to register the globalist view of learning to an economics imperative (as opposed to a legal ideal). At this point, it would be important to note that it is the case that such a view of learning is otherwise representative of a neoliberal worldview⁷⁹. In any case, it remains to be seen whether the further commercialisation of academic legal education will compromise legal education around the world, more than it already has⁸⁰. On the other hand, there is an abundance of reasons as to why one’s preference towards cosmopolitan learning should prevail over one’s preference towards globalist learning. First, a cosmopolitan type of learning moves away from mere functionalism⁸¹; second, cosmopolitan learning is characterised by the ‘multidimensionality of the lifeworld’⁸² moving away from sole economic societal considerations⁸³; third, a cosmopolitan worldview aims at de-parachiolising learning⁸⁴; fourth, it de-nationalises education⁸⁵; fifth, it creates great awareness of modern challenges of the reflexive⁸⁶; and sixth, it enables us to avoid the fusion of institutionalised individualism with neoliberal individualism⁸⁷.

⁷⁹ E.g. *Nesiah V. Flat Earth for Lawyers without Borders? Rethinking Current Approaches to the Globalization of Legal Education*. *Drexel Law Review*, 2012 — 2013, no. 5, p. 375.

⁸⁰ *Chesterman S. The Globalisation of Legal Education*, p. 65.

⁸¹ *Rönnström N.*, op. cit., p. 209.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

In concrete terms, cosmopolitan legal education, just as cosmopolitan education as a whole, is about relational and situational experiences. This type of education moves somewhat away from the widely dogmatic-doctrinal approach of the traditional academic legal environment and comes closer to a more dialectical relationship amongst cosmopolitan learners and enablers⁸⁸. This is legal education that does not use and abuse misleading and inflated terms, such as ‘global lawyer’⁸⁹. One, therefore, speaks here of cross-cultural experiential learning⁹⁰. Any school or faculty of law could in principle produce lawyers who function and think in legal terms. But are there schools or faculties of law truly which truly promote cosmopolitan legal thinking amongst their law students?

Our cosmopolitan legal learners will be graduates who have a strong sense of pluralism and fallibilism⁹¹. These terms are taken from a recent essay by Merry and De Ruyter, who use them in the slightly different context of moral cosmopolitanism. For us in law it is important that our law students have a regard for what lies beyond their known legal shores. One speaks here of a high degree of legal empathy⁹² as far as foreign legal solutions and legal techniques are concerned. In addition, it is essential for our cosmopolitan legal learners to appreciate the efficiency of their domestic solutions, but *also* (where this is the case) the greater efficiency of legal solutions abroad. Legal systems, just like human beings, are likely to err⁹³; they are likely to come up with inefficient legal devices and systems. Our cosmopolitan legal learners must be able to recognise weaknesses in their ‘own’ domestic systems. Yet, their responsibility to be able to do so lies ultimately with their enablers, law educators. It is cosmopolitan legal educators who will create cosmopolitan legal personalities.

Conclusion

A cosmopolitan ethos for our law graduates is being advocated stronger than ever before. In a world of advancing legal pluralism, declining authority of the nation-state and law students, who expect to be better equipped and prepared for future challenges in an ever smaller world, one cannot sustain the parochial, conservative and often unnecessarily heavily⁹⁴ doctrinal law curricula found across the globe. Law schools and faculties cannot simply close their eyes to forthcoming change. Whether indolent or conservative, the discipline of law as a whole has not quite achieved a more cosmopolitan and culturally sensitive type of education for its future jurists. Certain exceptions exist, but they often come out as compromised educational realities. One swallow does not make a spring, and the few examples of *marginally* cosmopolitan-oriented curricula do not actually alter the less than ideal state of affairs we face in law curricula.

Law educators hold great responsibility for not inspiring their students, for not taking a more pro-active role in the building of law curricula in various parts around the world (often permitting the prescription of such curricula to extra-academic bodies or institutions), and for not preparing students to acquire a more cosmopolitan ethos for the challenges of the future.

⁸⁸ Coryell J., Spencer B., Sehin O., op. cit., p. 153.

⁸⁹ Twining W. A Cosmopolitan Discipline? Some Implications of “Globalisation” for Legal Education, p. 31.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Merry M., de Ruyter D. The Relevance of Cosmopolitanism for Moral Education. *Journal of Moral Education*, 2011, vol. 40, p. 9.

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid. P. 10 (with regard to fallibilism in cosmopolitan moral education).

⁹⁴ Burridge R., Webb J., op. cit., p. 83.

Law is a magnificent epistemic field. Despite the convoluted nature of our subject, law excels in catering, where possible, for the social. The very calls of academic freedom should otherwise be best represented by our discipline, the discipline of law. Let us propose that the potential of our subject is not fully realised because it is constantly limited by its cognitive academic enquiries to largely ‘domestic’ matter. To be able to nourish academic law is one privilege that many would envy. To be able to study law and complete a law degree is one of the greatest accolades of one’s academic career. Law, for all its epistemic vices, still flies the flag of theoretical academic disciplines. Yet, close to the very beauty of our subject, comes great responsibility for legal educators. What are we to say to our future graduates when they turn to us to ask what we did to offer them a more cosmopolitan horizon, a more open-ended worldview, a world-class legal ethos in their thinking? What would our response be if their legal thinking had largely been confined to national legal matter instead of us taking that one great opportunity, that unique chance, to produce excellent cosmopolitan spirits?



References

- Akkermans B. (2009) Challenges in Legal Education and the Development of a New European Private Law. *German Law Journal*, no. 10, p. 807.
- An-Na'im A. (2005) Globalization and Jurisprudence: An Islamic Law Perspective. *Emory Law Journal*, vol. 54, p. 31.
- Appiah K. (2006) *Cosmopolitanism: Ethics in a World of Strangers*. New York, W.W. Norton Publishing.
- Arthurs H. (2009) Law and Learning in an Era of Globalisation. *German Law Journal*, no.10, pp. 633, 634, 635, 638.
- Bethlehem D. (2014) The End of Geography: The Changing Nature of the International System and the Challenge to International Law. *European Journal of International Law*, vol. 25, p. 17.
- Burridge R., Webb J. (2007) The Values of Common Law Legal Education: Rethinking Rules, Responsibilities, Relationships and Roles in the Law School, *Legal Ethics*, no. 10, pp. 74–80, 83, 92.
- Chesterman S. (2009) The Evolution of Legal Education: Internationalization, Transnationalization, Globalization. *German Law Journal*, no. 10, p. 877.
- Chesterman S.(2008) The Globalisation of Legal Education. *Singapore Journal of Legal Studies*, pp. 63, 65.
- Coryell J., Spencer B., Sehin O. (2014) Cosmopolitan Adult Education and Global Citizenship: Perceptions From a European Itinerant Graduate Professional Study Abroad Program. *Adult Education Quarterly*, vol. 64, pp. 145.
- Dainow J. (1967) Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison. *American Journal of Comparative Law*, vol. 15, p. 428.
- Dedek H. (2009) Recht an der Universität: “Wissenschaftlichkeit” der Juristenausbildung in Nordamerika. *Juristenzeitung*, vol. 64, pp. 540, 541.
- Dedek H., de Mestral A. (2009) Born to be Wild: The “Trans-systemic” Programme at McGill and the De-Nationalization of Legal Education. *German Law Journal*, no. 10, pp. 889, 896.
- Fine T. (2009) Reflections on U.S. Law Curricular Reform. *German Law Journal*, no. 10, pp. 729–734.
- Flood J., Lederer P. (2011-2012) Becoming a Cosmopolitan Lawyer. *Fordham Law Review*, vol. 80, p. 2514.
- Glenn H. (2002-2003) Integrating Civil and Common Law Teaching Throughout the Curriculum: The Canadian Experience. *Pennsylvania State University International Law Review*, vol. 21, p. 74.
- Goedde P. (2014) Globalized Legal Education, Human Rights Lawyering, and Institutional Form: The Case of A Refugee Law Clinic in South Korea. *Clinical Law Review*, vol. 20, p. 375.
- Gordon G. (2013) The Innate Cosmopolitan Tradition of International Law. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, p. 906.

- Husa J. (2009) Turning the Curriculum Upside Down: Comparative Law as an Educational Tool for Constructing the Pluralistic Legal Mind. *German Law Journal*, no. 10, pp. 914, 919.
- Jhering Von R. (1924) *Geist des römischen Rechts*. Vol 1. Leipzig, Brockhaus, p. 15.
- Kamba W. (1974) Comparative Law: A Theoretical Framework. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23, p. 491.
- Kasirer N. (2003-2004) Legal Education as Métissage. *Tulane Law Review*, vol.78, pp. 481ff.
- Kemple T. (2014) Mannheim's Pendulum: Refiguring Legal Cosmopolitanism. *UC Irvine Law Review*, no. 4, p. 292.
- Kim M., Heger Boyle E. (2012) Neoliberalism, Transnational Education Norms, and Education Spending in the Developing World, 1983-2004. *Law and Social Inquiry*, vol.37, pp.367ff, 374.
- Kleingeld P. (1998) Kant's Cosmopolitan Law: World Citizenship for a Global Order. *Kant's Review*, no. 2, p. 75.
- Kötz H. (2003) Trento Project and its Contribution to the Europeanization of Private Law. M. Bussani, U. Mattei (eds.). *The Common Core of European Private Law*. The Hague, Kluwer Law International, p. 212.
- Langran I. (2011) Global Citizenship, Governance, and Identity in the Post-Westphalian Age (paper presented at the annual meeting of the Northwestern Political Science Association in Philadelphia).
- Leibfried S., Möllers C., Schmid C., Zumbansen P. (2006) Redefining the Traditional Pillars of German Legal Studies and Setting the Stage for Contemporary Interdisciplinary Research. *German Law Journal*, no. 7, p. 661.
- Martini C., Susler D. (2011) Inside Out: Going Global Should Be for Everyone. *Chicago Lawyer*. October 1.
- Menkel-Meadow C. (2011) Why and How to Study "Transnational" Law. *UC Irvine Law Review*, no. 1, pp. 99, 106–107, 111–112.
- Merry M., de Ruyter D. (2011) The Relevance of Cosmopolitanism for Moral Education. *Journal of Moral Education*, vol. 40, pp. 9, 10.
- Nesiah V. (2012-2013) Flat Earth for Lawyers without Borders? Rethinking Current Approaches to the Globalization of Legal Education. *Drexel Law Review*, no. 5, p. 375.
- Newman J. (1982) *The Idea of a University*. Notre Dame, University of Notre Dame Press.
- Nussbaum M. (2003) Cultivating Humanity in Legal Education. *University of Chicago Law Review*, vol. 70, pp. 265, 275, 276–277.
- Ogden A. (2010) Education Abroad and the Making Global Citizens: Assessing Learning Outcomes of Course-embedded, Faculty-led International Programming (unpublished PhD thesis, Pennsylvania State Univ.). Available at: <http://site.valenciacollege.edu/inz/library/Study%20Abroad%20and%20General/Education%20Abroad%20and%20the%20Making%20of%20a%20Global%20Citizen%20Dissertation.pdf> (accessed November 6, 2014).
- Platsas A. (2009) Cosmopolitan Ethos within a Global Law Curriculum: Comparative Law as its Promoter. *Global Studies Journal*, no.2, pp. 7, 62, 66–69.
- Platsas A. (2011) Enhancing the Cosmopolitan Element in the Law Curriculum: The Lessons of Comparative Law. D. Frenkel (ed.). *Legal Theory, Practice and Education*, Athens, Atiner, pp. 42–43, 43–45.
- Rönström N. (2012) From Globalist to Cosmopolitan Learning: On the Reflexive Modernization of Teacher Education. *Ethics and Global Politics*, no. 4, pp. 194, 202, 209.
- Rundstrom W. (2009) Reflective Model of Intercultural Competency: A Multidimensional, Qualitative Approach to Study Abroad Assessment, Frontiers. *The Interdisciplinary Journal of Study Abroad*, vol. 18, pp. 289–290.
- Sato Y. (2009) Towards the Institutionalization of Cosmopolitan Law-Making. *Alberta Law Review*, vol. 46, pp. 1146, 1160.
- Sexton J.E. (2001) Out of the Box. Thinking About the Training of Lawyers in the Next Millennium. *University of Toledo Law Review*, vol. 33, p. 189.
- Sheppard S.(ed.) (2010) Allan Farnsworth: An Introduction to the Legal System of the United States. 4thed. New York, Oxford Univ. Press, p. 21.

- Siegel D. (2009) Ambivalent Role of Experiential Learning in American Legal Education and Problem of Legal Culture. *German Law Journal*, no. 10, p. 816.
- Silver C. (2013) Getting Real About Globalization and Legal Education: Potential and Perspectives for the U.S. *Stanford Law and Policy Review*, vol. 24, pp. 460, 495.
- Smits J. (2007) Convergence of Private Law in Europe: Towards a New *Ius Commune*? E. Örüçü, D. Nelken (eds.). *Comparative Law: A Handbook*. Oxford, Hart Publishing, p. 230.
- Steiner E. (2010) French Law: A Comparative Study. New York, Oxford, Oxford Univ. press, p. 199.
- Tarrant M. (2010) A Conceptual Framework for Exploring the Role of Studies Abroad in Nurturing Global Citizenship. *Journal of Studies in International Education*, vol. 14, pp. 433–451.
- Twining W. (2001) Cosmopolitan Discipline? Some Implications of “Globalisation” for Legal Education. *International Journal of the Legal Profession*, no. 8, pp. 28, 31, 33, 34.
- Twining W. (2002) Cosmopolitan Legal Studies. *International Journal of the Legal Profession*, no. 9, pp. 99–100, 100, 101, 102.
- Zweigert K., Kötz H. (1998) Introduction to Comparative Law. 3rd ed. New York, Oxford, Oxford Univ. press, pp. 15, 21, 40.

Solving e-Governance Challenges in India through the Incremental Adoption of Cloud Services



Reeta Sony A.L.

Senior Research Scholar, National Law University Delhi. Address: Sector 14, Dwarka, New Delhi 110078, India. E-mail: reeta.sony@nludelhi.ac.in



Sri Krishna Deva Rao

Professor, National Law University Odisha, Cuttack, India. Address: National Law University, Odisha Kathajodi Campus, SEC – 13, CDA, Cuttack – 753015, Odisha, India. E-mail: psrikrishna-devarao@gmail.com



Devi Prasad Bhukya

Postdoctoral Researcher, Instituto de Telecomunicações, Aveiro. Address: Instituto Superior Técnico – Torre Norte – Piso 10, Av. Rovisco Pais, 3810–193 Lisboa, Portugal. E-mail: bdeviprasad@av.it.pt



Sai Deep B.

Student, Indian Institute of Delhi. Address: New Delhi 110016, India. E-mail: cs1120223@cse.iitd.ac.in



Abstract

The adoption and benefits of cloud computing services in various government ministry/department projects can help support the government's decision-making processes in relation to a wide variety of issues by providing a more effective integrated working environment. Internally, it improves the operational efficiency of the government and, externally, it provides effective services to citizens anywhere at anytime. Its dynamic nature can maintain uniformity of services across the nation by providing better services in all e-governance projects. It allows people to access data and computer resources, and, in this digital economy, data is considered a nation's asset and fuel for the economy. Being one of the marvels of "Gandhi engineering", cloud computing can instantly collect and transmit data from multiple sources, from various sectors and various domains, including socio-economic aspects, health, sanitation, etc. The government or policy maker can convert this data into information and knowledge which can drive the government to make qualitative decisions and take action.



Keywords

cloud computing; Gandhi engineering; GI Cloud; Gol; big data; analytics and decision-making.

Citation: Reeta Sony A.L., Sri Krishna Deva Rao, Devi Prasad Bhukua, Sai Deep B. (2015) Solving e-Governance Challenges in India through Incremental Adoption of Cloud Service. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no.1, pp. 169–182 (in English)

JEL: K39

1. Introduction

Information technology (IT) plays a crucial role in contemporary society¹. It has transformed the whole world into a global village with a global economy. Governments worldwide depend on the communication and analytical power of IT to manage their e-governance projects². In India, IT has played an important role in transforming society and the economy. In the 1980s, India was known as a rich country made up of poor people, with the economy being predominantly based on agriculture. The Indian economy had been stagnant for almost 200 years, while it was ruled by the British. Pre British India had the best universities and was a business hub. But today, following liberalization, the Indian economy has been transformed into a manufacturing and service-based economy, and is now the tenth largest developing economy in the world³. India's economy is increasingly integrating with the world economy to become globally competitive, thanks to scientific, technological, IT-based and IT Enabled Services (ITES) contributions towards its development. There is an existing impression that India has world-class IT. This notion derives mainly from the fact that there is an adequate supply of skilled labour, alongside the constant growth of Indian software industries, which meet the demands and expectations of the global IT industry. The emergence of the Indian IT sector has resulted in drastic changes to the Indian job market. The Business Process Outsourcing (BPO) and Knowledge Process Outsourcing (KPO) provided huge employment opportunities for youth, helped solve the unemployment problem⁴ and improved the purchasing power of the general populace. However, India is still struggling to manage its per capita income and its position on the Human Development Index⁵, and is working to remove social inequality and inequalities in various infrastructural facilities, such as housing, drinking water, education, health care, etc. in urban and rural areas.

Forty-nine years since India's independence, its citizens were commercially introduced to the Internet. In India, the telecom market is one of the oldest industries. In 1850 India got its first telegraph line. Currently, India is one of the fastest growing telecoms markets in the world. It has the world's second largest mobile market and the third largest Internet user base. The government of India (GoI) has undertaken the project of connecting the country's 250,000 Gram Panchayats (local self government in the villages) using Optical Fiber Cable (OFC) through the National Optical Fiber Network (NOFN)⁶. The national telecoms policy sets out the provision of high quality broadband access to all villages and dwellings by 2020⁷. The Right to Information Act (RTI) 2005 was one of India's most revolutionary pieces of legislation, providing citi-

¹ Cowhey P., Kleeman M. *Unlocking the Benefits of Cloud Computing for Emerging Economies: A Policy Overview*. San Diego, University of California Press, 2012, pp. 5–16.

² Lee K. R. *Impacts of Information Technology on Society in the New Century*. Zurich, 2002, pp. 1–6.

³ Economy of India. Available at: http://en.wikipedia.org/wiki/Economy_of_India (accessed: 20.08.2014)

⁴ Agarwal R., Syeedun N. *Knowledge Process Outsourcing: India's Emergence as a Global Leader*. Asian Social Science, 2009, vol. 5, no.1, pp. 82–92

⁵ Singh Sanjay K. *Information Technology in India: Present Status and Future Prospects for Economic Development*. 2006, pp. 5–14. Available at: <http://www.iitk.ac.in/directions/may2006/PRINT~SANJAY.pdf>

⁶ KPMG Report. *Creating Business Models for Inclusive Growth the National Optical Fiber Network*. 2013, pp. 1–52, KPMG

⁷ Annual Report 2012-13, Ministry of Communication and Information Technology, Government of India, New Delhi http://www.dot.gov.in/sites/default/files/Telecom%20Annual%20Report-2012-13%20%28English%29%20_For%20web%20%281%29.pdf

zens of India with access to records of the central and state governments⁸. The legislation ensured that the government implement a full-fledged computerization and administration system. This is one of the best examples of Information Communication Technology (ICT) facilitating a conscious attempt of bringing citizens to the centre stage. Citizens are perceived as customers and clients rather than beneficiaries. The government is planning to address the challenges, including power generation, water management, transportation, health care and public safety, in urban areas by prioritizing it as critical infrastructure through IT. Given India’s vast and robust telecommunications infrastructure, tremendous growth of IT, the introduction of the e-governance projects and the RTI, the GoI is considering cloud computing services as a viable option to serve its citizens and reduce the cost of infrastructure. Moreover, the GoI established cloud infrastructure and launched the first phase of the ‘GI Cloud,’ known as ‘Meghraj’⁹, shown below in figure 1.

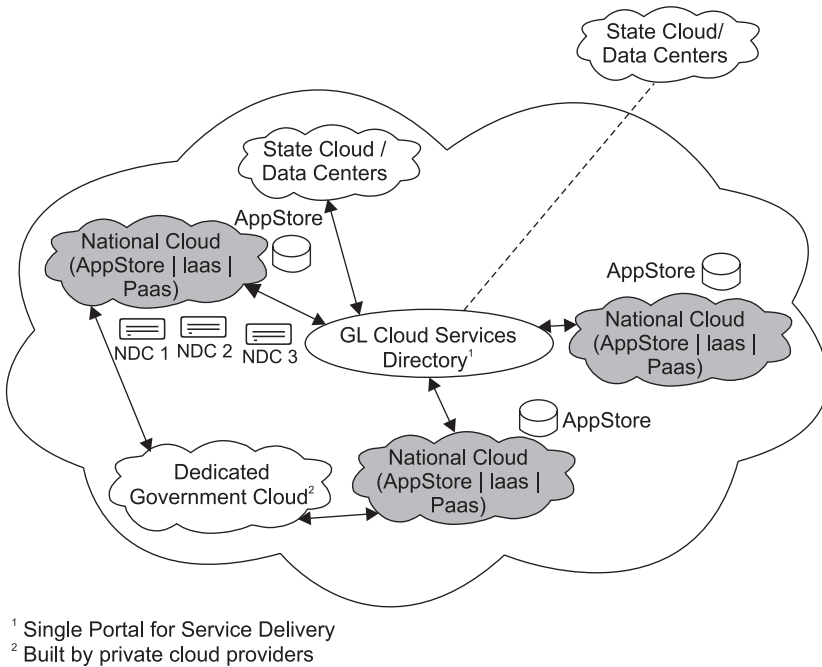


Figure 1. GI Cloud Environment

The rest of the paper is organized as follows: Section 2 introduces the challenges of e-governance projects in India; Section 3 discusses Cloud Gandhi engineering; Section 4 presents cloud computing services as a solution for e-governance; Section 5 presents the Indian government’s cloud adoption strategy for the public sector; Section 6 illustrates cloud computing in rural India; Section 7 discusses cloud computing in urban India; Section 8 explains big data, data analytics and the openness of government; Section 9 discusses the legal framework for cloud computing; and the final section concludes the work.

⁸ Right to Information Act. Available at: http://en.wikipedia.org/wiki/Right_to_Information_Act (accessed: 02.09.2014)

⁹ Government of India Cloud Initiative (Meghraj), 2011, available at: <http://deity.gov.in/content/gi-cloud-initiative-meghraj> (accessed: 14.10.2014)

2. Challenges of E-governance Projects in India

E-governance has improved the relationship between India's citizens, civil society and government. It has generally increased trust in government, reduced infrastructure cost, and eliminate corruption. In short, it provided a platform to evaluate the government.¹⁰ Some of its many advantages include enhancing efficiency, creating transparency and accountability, and providing access to services, all at a very low cost. E-governance can be the driving force behind a citizen-centric government. It reinforces innovation in public agencies and empowers people through information. However, in India, the task of delivering these benefits is poorly understood. India's problems tend to stem from important issues, such as governance and corruption. One of the solutions to these problems is to harness the potential of IT and e-governance. The presence of e-governance can provide people with the opportunity to question the government about things relevant to them, allowing transparency and accountability to be introduced. The operative word here is the government's role. It is a question of having political will. The primary flaw arises from a system which does not lend itself to being transparent. The lack of commitment and contribution from bureaucrats is the biggest obstacle to e-governance, while inefficiencies and indifferent attitudes add to further problems.

A transparent e-government initiative would expose nearly all the bureaucrats and politicians through the accountability towards the government and citizens. The e-government and other IT initiatives would act as very powerful tools to counter injustice and malpractices, which are rampant in the current bureaucracy. In government, all e-government projects are top-down, so local poor people can't utilize the technology for their development due to a number of existing obstacles. The lack of open standardization of technology, high infrastructure costs, maintenance costs and the absence of a proper process framework for e-governance affect e-governance's capacity to have an impact at village-level and prevent opportunities for resolving the problems of poverty and inequality. Currently, e-governance projects in India are run only in certain departments and do not have end-to-end integrated solutions among them. There is slow development and unsystematic improvement in the implementation and deployment processes with no reasonable timeframe in place¹¹. In its Tenth Five Year Plan, the Indian government announced its intention for India to become a 'SMART' (Simple, Moral, Accountable, Responsible and Transparent) state¹². The Indian government has already approved the policy of allocating two to three per cent of the budget to IT, yet no comprehensive central database has been put into place to provide multiplatform opportunities for dissemination and interaction with information. Some of the obstacles are the lack of encouragement from various government departments, multiple language problems, third party involvement in providing IT services to the departments and less computer security awareness with employees. There is no dedicated IT divisions in various government departments or professionals with reasonable IT skills, which must be a prerequisite for a successful implementation of an e-governance projects. Further, GoI identified 33 Mission Mode Projects (MMP)¹³ with clear measurable outcomes. Their details are shown in figure 2 below.

¹⁰ Mistry J., Jalal A. An Empirical Analysis of the Relationship between E-Government and Corruption. *International Journal of Digital Accounting Research*, 2012, no. 18, pp. 145-176.

¹¹ KPMG Report, pp. 1-52.

¹² Wright G., Sunil A., Nishant S. *Open Government Data Study: India*. New Delhi, Social Science Electronic Publishing, 2012, p. 52.

¹³ Mission Mode Projects. Available at <http://india.gov.in/e-governance/mission-mode-projects> (accessed: 08.11.2014)

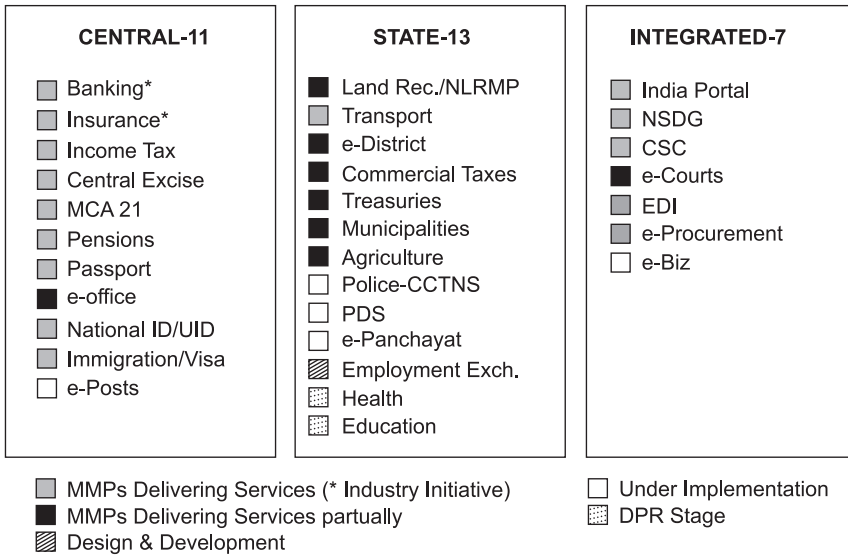


Figure 2. Status of MMPs in India

3. Cloud Gandhi Engineering

It is true that around the world the telephone took almost 70 years to reach 50 per cent of households, radio took around 28 years and the Internet took 10 years. The new technology is out-pacing the old. In the near future it may take weeks or days instead of years to adopt new technology. For instance, social media services which connects people in the virtual space such as Google plus which was launched by google it took 16 days to reach 10 million users, compared to 780 days for Twitter and 852 days for Facebook¹⁴. It took 10 years for the Internet to become a basic and essential part of daily life¹⁵. Today’s society is digitally connected, which has a direct impact on the social, economic and political aspects of the nation.

Cloud computing (CC) is considered to be the fifth generation of computing which is the underlying IT infrastructure for all social media service. CC emerged after the mainframe, personal computer, client server computing and the web. CC is essentially a new form of distributed computing and the term ‘cloud’ generally refers to the ‘Internet’ in a broad sense but the two of them are not the same. CC allows uniting unite pools of servers, storage systems and networks into a single enormous virtual resource pool. The advantages of CC includes low start-up costs (it minimizes the deployment cost), its reliability, the fact that it’s scalable and elastic in nature, and its high operational efficiency with location independence. CC services help to reduce the huge infrastructure cost, time-consuming upgrades of software and applications, and maintenance hurdles. And it can lead to the provision of better IT services and overall economic progress of the nation. CC can be a substitute for the traditional “ownership” model of the IT system.

¹⁴ Google+ reached 10m users in 16 days. Want to know how long it took Facebook and Twitter? Available at: <http://thenextweb.com/google/2011/07/22/google-reached-10m-users-in-16-days-want-to-know-how-long-it-took-facebook-and-twitter/> (accessed: 28.06.2014)

¹⁵ Sabbagh K., Roman F., Bahjat E., Milind S., Sandeep G., Katz R. Maximizing Impact of Digitization. Available at: http://www.strategyand.pwc.com/media/uploads/Strategyand_Maximizing-the-Impact-of-Digitization.pdf

In its most basic terms, CC is an Internet-based service delivery model. In theory, a layman should be able to access a government service anywhere at anytime. CC can help foster a very comfortable environment for the citizen. Various e-governance cloud services may reduce the great divide between urban and rural India, and can help maintain uniformity of service across the nation. It removes the problem of interoperability with its user-friendly interface, allowing a layman access to a government service. Indirectly, CC may provide a direct, transparent and accountable service delivery system. These factors combine to make CC a marvel of Gandhi engineering (Technology). The term “Gandhi engineering” was described in a New York Times article about the world’s most affordable car, Tata Nano, as “a mantra that combines irreverence towards established ways with a scarcity mentality that spurns superfluties.” The faster, cheaper, elastic, scalable and reliable CC applications/services directly reflect the concept of Gandhi engineering.

In India, the government is observing the development and worldwide trend of CC, focusing on its widespread adoption and usage of new technologies and various features to provide a more effective integrated working environment. The modern mass digitization and explosion of digital data requires large-scale critical data storage with effective disaster recovery, workload migration and visualization, as well as the ability to offer a secure, reliable, high-performance connection. CC services appear to be the best solution to reach the country’s citizens. The GoI is further planning to introduce its own Public Sector Network, Government Cloud, and Government Application Store (App Store) to create a common, secure and flexible infrastructure for its various departments¹⁶.

According to the International Data Corporation (IDC), digital information in India will grow from 40,000 petabytes to 2.3 million petabytes over the next decade (2010-2020). This growth would be double the global rate of growth¹⁷. Presently, India still lacks an automation system for data collection, and it is unclear in what formats most of the government data is stored.¹⁸ Data collection needs a systematic and timely strategy for digitization. CC services improve the internal operational efficiency of the government, while simultaneously providing effective services to India’s citizens anywhere, anytime.

4. Cloud Computing as a Solution for E- governance

India is a country of 1.2 billion people, with 29 states, six union territories and 22 official languages.¹⁹ It is a country where caste systems, uneven distribution of resources, and gender discrimination prevail, but a belief in “unity in diversity” is fostered. Providing uniform public services to citizens on equal terms is considered to be India’s government’s biggest challenge. The GoI is continuously making an effort by launching e-governance initiatives, including projects like the Unique Identification Authority of India (UIDAI)²⁰, employment schemes under the National Rural Employment Guarantee Act (NREGA)²¹, State Wide Area Networks

¹⁶ E-Government Application Store. Available at: <http://apps.nic.in/> (accessed: 10.07.2014)

¹⁷ *Rajesh K.* Digitisation, Data Explosion will Drive Cloud Market: IDC official, 2012. Available at: <http://www.thehindubusinessline.com/industry-and-economy/info-tech/digitisation-data-explosion-will-drive-cloud-market-idc-official/article4081842.ece> (accessed: 16.09.2014)

¹⁸ *Wright G., Sunil A., Nishant S.*, op. cit., pp. 1–52.

¹⁹ *Patil M., Roopali K.* Cloud Computing Resource Management for Indian E-Governance. Computational Intelligence and Information Technology. Berlin, Springer, 2011, pp. 392–395.

²⁰ Unique Identification Authority of India (UIDAI). Available at: <http://uidai.gov.in/> (accessed: 20.12.2014)

²¹ National Rural Employment Guarantee Act 2005. Available at: <http://www.nrega.nic.in/netnrega/home.aspx> (accessed: 20.12.2014)

(SWANs)²², State Data Centers (SDCs), National Service Delivery Gateway and State Service Delivery Gateways²³. Moreover, the Department of Electronics and Information Technology (DeitY) is focusing on mobile governance and the implementation of cloud technology in the public sector, employing the GI cloud strategy and other initiatives, such as the National Knowledge Network (NKN)²⁴ and the National Optical Fiber Network (NOFN)²⁵. The initiative to provide Internet connection with speeds of 100Mbps to rural areas shows excellent progress on the government's side. This initiative allows any citizen to access a government service anywhere at anytime. CC services are device-friendly and can be accessed over mobile phones. The scalability and storage capacity of the cloud will be helpful to the ever-growing databases of e-governance projects. The big data analytic power of the cloud can help the government authorities to take decisions on the base of available real-time data for implementing various policies of the nation²⁶.

5. Indian Government Public Sector Cloud Adoption Strategy

CC has been identified as one of the important development areas in the GoI's National IT Policy. The Department of Electronics and Information Technology (DeitY) released its agenda which includes the expansion of the mobile government which will be delivering most of the public essential services to its citizens through mobile devices. The government is planning to expand mobile governance across the nation. The objectives of mobile governance include the expansion to at least 10 million transactions per month across the nation; the release of at least 75 mobile applications on the government app store; and the provision of a nation-wide mobile service delivery system and a mobile payment gateway for citizens²⁷.

The GoI aims to establish cloud infrastructure and launch the first phase of a 'GI Cloud'. Further, DeitY has revealed its plans to roll out the national cloud initiative, branding it the 'GI Cloud'. The government Cloud Initiative includes a detailed plan of the cloud strategy, cloud architecture, cloud implementation plan and roadmap. The primary aims of the government in adopting CC are to reduce costs, speed up the development and deployment of e-government applications, and to enable easy replication of successful applications²⁸. GI cloud services will be published through a single GI Cloud Services Directory or portal. It is set to become the backbone of India's national e-governance plan. In the present Indian scenario, there is an urgency to develop the rural economy and to reach 1.2 billion citizens with its uniform government service delivery system²⁹ with more accountability and transparency.

²² State Wide Area Network (SWAN). Available at: <http://deity.gov.in/content/state-wide-area-network-swan> (accessed: 20.12.2014)

²³ State Service Delivery Gateway. Available at: <http://deity.gov.in/content/introduction-ssdg> (accessed: 20.12.2014)

²⁴ National Knowledge Network (NKN). Available at: <http://www.nkn.in/> (accessed: 20.12.2014)

²⁵ National Optical Fibre Network (NOFN). Available at: <http://www.bbnl.nic.in/content/page/national-optical-fiber-networknofn.php> (accessed: 20.12.2014)

²⁶ Shreedhar K., Prasad Bhukya D., Hariom S. R&D Plan-Informatics in the Era of Big Data. Proc. of International Conference on Computing and Communication Technologies. Hyderabad, 2014, pp. 1–6, IEEE.

²⁷ Mobile Seva, <https://mobileseva.gov.in/> (accessed: 04.12.2014)

²⁸ The Indian Cloud Revolutions. Available at: <http://www.kpmg.com/IN/en/IssuesAndInsights/ThoughtLeadership/Indian-Cloud-Revolution.pdf> (accessed: 20.09.2014)

²⁹ Frost & Sullivan Report. State of Cloud Computing in the Public Sector — A Strategic Analysis of the Business Case and Overview of Initiatives across Asia Pacific. USA, Frost & Sullivan, 2011.

6. Rural India and Cloud Computing

*“India lives in its villages —
Mahatma Gandhi.”*

It is true that real India lives in its villages. Rural India constitutes about 70 percent of the country's population, with 86 percent of the rural population earning less than INR 2 per day. For 58 percent of the Indian population agriculture is the principal source of livelihood, and 61 percent of the rural population remains without bank accounts. Thirty-one percent of the rural population in India has to travel over 31 km to get necessary medical treatment³⁰. IT can play a major role in changing the social and economic status of rural India. According to the 2012 Indian Market Research Bureau (IMRB) and Internet and Mobile Association of India (IAMAI) reports, rural India has 38 million reported Internet users and 31 million active Internet users³¹. The government's various e-governance projects for rural India have showcased the role of ICT and its impact on rural development in the recent past. Several e-governance projects attempted to improve the reach, enhance the base, minimize the processing cost and time³². However, many e-governance projects were not successfully implemented for various reasons, including local language barriers, the total cost of ownership of the applications and the costs of minimum-requirement gadgets (i.e. PCs, modems, power stabilizers, printers, etc.), along with the high software license costs, high maintenance costs, the lack of trained employees, and weak back-end support for the applications. CC services have the potential to tackle the above mentioned problems through its cost effective, elastic, scalable, and location-independent characteristics.

The GoI has taken an initiative to come up with the National Fiber Optic Network with a maximum speed of 100 Mbps by investing 210 billions rupees. The government hopes that this investment will make a difference at the grassroots level. India has the ability to launch various IT services, and even an average Indian villager is able to consume various services using CC. These services are available through desktop, laptop or mobile phone access. In today's rural India, more people have mobile phones than radio sets, which makes it very convenient for them to access government services using CC. The cloud can reach around 900 millions of rural Indians, with the ability to empower them socially and financially. The cloud can provide an effective service in critical areas such as agriculture, banking, healthcare and sanitation, education, and e-Panchayath (local self government in the villages connected through e-governance). Below, we set out the benefits CC services can offer rural Indian citizens.

6.1. Education: Education is widely recognized as a powerful instrument to eradicate poverty and social inequality. The Constitution of India guarantees the right to education as one of its fundamental rights under Article 21. Still, citizens in rural India struggle to get a quality education. The rural education system faces many challenges, including poverty, low quality education in government schools, expensive private education, lack of proper infrastructure, teachers with lack of updated skill set, lack of transport facilities, lack of institutes for higher education, and limited provision for education in the local language. CC can provide access to

³⁰ WHO Report. The World Medicines Situation Global Health Trends: Global Burden of Disease and Pharmaceutical Needs. Geneva, WHO Press, 2011.

³¹ Rao R. ICT and E-Governance for Rural Development. Ahmedabad, Indian Institute of Management, 2004. Available at: <http://iimahd.ernet.in/egov/documents/ict-and-egovernance-for-rural-development.pdf>

³² Roy N.K. ICT-Enabled Rural Education in India. International Journal of Information and Education Technology, 2012, vol.2. no. 5, pp. 525–529.

quality education and skilled teachers based in urban institutions through online courses/e-learning. It can help create a better learning center environment by providing remote tutorials and training courses for teachers, made available online. The cloud can introduce a global education platform for rural students.

6.2. e-Panchayath: e-Panchayath can bridge the gap between local village populations and government authorities. The top driven e-governance projects can reach the villages directly. Through the NOFN plan, CC services can reduce the ICT cost of delivering its services without any delay and can bring transparency and accountability to the government's delivery service.

6.3. Agriculture: As the underlying infrastructure of the Common Service Centre (CSC), CC services can provide detailed updates to farmers regarding weather forecasts, crop insurance, current market prices, information about farming and seeding, government agricultural policies, agriculture loans, etc. through mobile handsets and village-level BPOs.

6.4. Banking: Cloud services can provide basic banking information and details about banking products, interest rates, micro-finance systems, loans and insurance policies, etc.

6.5. Health care and sanitation: Cloud services can help improve patient care by providing tele-medical consultations from expert urban doctors, as well as update information on vaccinations, diseases, cleanliness awareness programmes, and medicines, etc.

7. Urban India and Cloud Computing

Urban infrastructure is one of the greatest global challenges today. In fact, cities in both developing and developed countries continuously work to provide good urban infrastructure, effective transportation systems, safe and secure water networks, low-carbon energy, and efficient and scalable social infrastructure to their urban populations in order to create a smooth transition to urbanization. Massive urbanization is creating extraordinary challenges and issues for waste management and environmental pollution³³. Governments worldwide should be innovative in bringing new solutions to develop the infrastructure in this new era of urbanization.

In 2001, approximately 286 million people were living in India's urban areas. According to the Registrar General and Census Commissioner of India, India's urban population is expected to grow by 38 per cent over the next 25 years and will reach 534 million in 2026³⁴. It is estimated that India's population will grow to 1.7 billion by 2050, and that rapid urbanization will add nearly 900 million people to Indian cities. City capacity will need to grow nearly 400 per cent in less than 50 years. If we compare this urban population growth rate with currently available urban infrastructure, it becomes clear that existing infrastructure is totally inadequate to meet the growth of the urban population. It is well known that infrastructure is the basic requirement for the proper functioning of the economy. Now is the time to think about new and innovative solutions using technology. The advent of mobile connectivity, sensor systems, as well as the rising network between the government and citizens in cities, will give rise to an unprecedented amount of information regarding what people and organizations do, where and when they do it. Data collected from these sensed/measured/monitored cities comprises "big

³³ FICCI Report. Urban Infrastructure in India, 2011 Available at: http://www.ficci.com/spdocument/20122/Urban_infra.pdf

³⁴ CISCO Report. Cities in the Cloud: A Living Plan IT Introduction to Future City Technologies, 2011, available at: http://www.cisco.com/web/about/ac78/docs/Living_PlanIT_SA_Cities_iWhitepaper.pdf

data”.³⁵ Effective use of CC services can help improve the economic, social and environmental performance of urban areas³⁶. The role of ICT in urban governance and management can help convert cities to “smart cities”. Further, governments use analytics and computer power to transform data into “evidence-based decisions” for urban infrastructure. “Big data” requires uniform access with interoperable facility, significant storage capacity to preserve the data and additional computation power to process the data, as well as special processing visualizing service to analyze it in order to support decision-making. In this scenario, CC can be an excellent opportunity for the government. It can provide its on-demand services to ensure systematic information flow from data collection to analysis.³⁷ CC is, therefore, the best cyber infrastructure to manage urban infrastructure.

8. Big Data, Data Analytics and Government Openness

Over the last two decades there has been a dramatic shift regarding the notion of a citizen’s right to information. Now the right to information is considered as a right that all human beings should have access to, and ultimately government is considered as the guardian of all public information³⁸. As in other countries, the relationship between Indian citizens and government is mediated by ICT. This system introduced the concept of open government data and led to the adoption of the RTI, which provided a unique opportunity for citizens to access governmental data. This development led to an increased demand for data digitalization, with the ICT providing a digital opportunity to modernize the government and create a digital democracy. The ICT initiative the National e-Governance Plan (NeGP) and its institutional framework, shown in figure 3⁹, has been successful in providing timely service, eradicating corruption and reaching those who had previously no access, all at a much lower cost.

Data collected from social media sites, e-commerce websites, e-government online services and sensor networks comprise a significant part of data that is being stored and transmitted over the Internet using cloud infrastructure. This data is growing at an exponential rate. This huge volume of data is being turned into information, which can be utilized for both economic and social benefits of citizens, enterprises, governmental and public sector organizations. It is very challenging to manage such huge volumes of data without the “big data” framework, advanced technology and data researchers.

“Big data” refers to datasets that are too large and complex to be processed and analyzed by traditional, non-cloud, IT technologies. According to Gartner, “big data is high-volume, high-velocity and high-variety information assets that demand cost-effective, innovative forms of information processing for enhanced insight and decision making”⁴⁰. Garner says that this high volume of data needs the best cost-effective technology. CC can process massive amounts of

³⁵ Khan Z., Ludlow D., McClatchey R., Ashiq A. An Architecture for Integrated Intelligence in Urban Management Using Cloud Computing. *Journal of Cloud Computing*, 2012, vol.1, no. 1, pp. 1–14.

³⁶ Rabari C., Storper M. The Digital Skin of Cities: Urban Theory and Research in the Age of the Sensed and Metered City, Ubiquitous Computing and Big Data. *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society*, 2014, vol. 8, issue 1, pp. 27–42.

³⁷ News Announcement, One Year Agenda for Ministry of Communications and Information Technology, 2011. Available at: <http://www.pib.nic.in/newsite/erelease.aspx?relid=91762> (accessed: 28.07.2014)

³⁸ Puddephatt A., Zausmer R. Towards Open and Transparent Government International Experiences and Best Practice // Global Partners and Associates, 2011, pp. 1–34.

³⁹ *National E-Governance Plan*. Available at: <https://www.negp.gov.in/> (accessed: 13.06.2014)

⁴⁰ Big Data. Available at: <http://www.gartner.com/itglossary/big-data/> (accessed: 18.09.2014)

data instantly, with organizations being able to explore, report, and share their data in the cloud, being able to experience the real time analysis and boost the development of the organization with better present and future plans and decisions. David Tallan’s Venn diagram in Figure 4⁴¹ describes the three dimensions of open government.

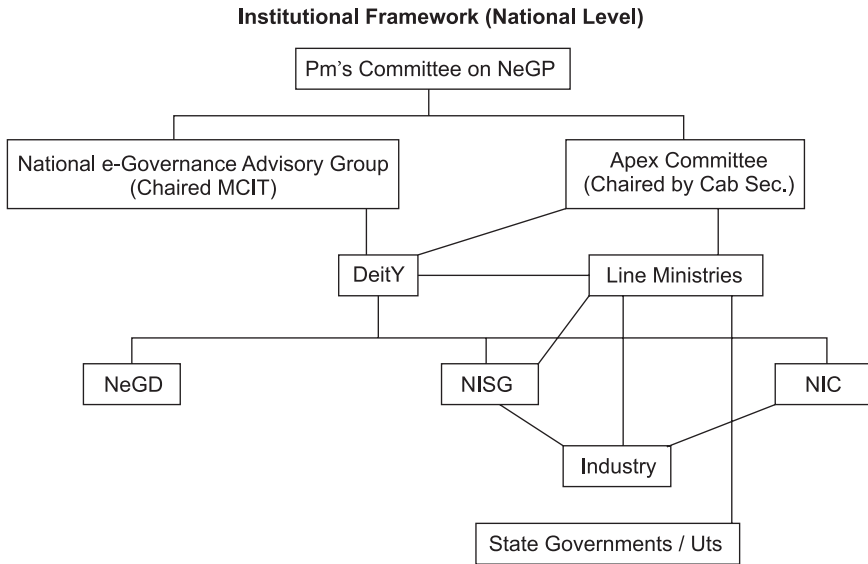


Figure 3. NeGP Institutional Framework

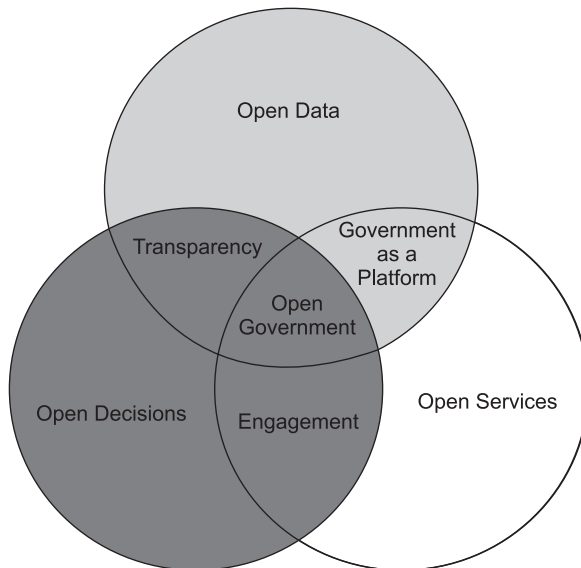


Figure 4. The Three Dimensions of Open Government

⁴¹ Three Dimensions of Open Government. Available at: <https://www.govloop.com/community/blog/three-dimensions-of-open-government> (accessed: 18.12.2014)

Below, we provide some of the traditional, as well as dynamic, benefits of using big data.

8.1. Big Data Analytics: CC can manage the dynamic nature of big data, keeping it secure while applying the correct analytical technique to use the information in the most effective way. It also has the capacity to interact with huge volumes, velocity and variety of data. With its scalable nature, it can expand the technologies that can quickly correlate data and produce actionable results.

8.2. Government's Fact-based Decision-making: The ICT is transforming governments around the world. Undoubtedly, manual data is being digitized in part due to e-governance and right to information initiatives. In India, "Aadhar" is the best example of the government's big data e-governance project. The "Aadhar" is going to provide every Indian citizen with a "unique identification number." It is set to become one of the world's largest biometric databases by the end of 2015. This is going to help the government deliver its services directly to its citizens, saving a billion dollars each year in the process. In big data, the data analysis comes from its ability to recognize patterns in a set and make predictions regarding past experiences and provide results. However, CC big data analytics⁴² can provide solutions for the government, but only if the government removes obstacles impeding its progress. It would enable policy makers to track the status of various e-governance projects, supporting high-efficiency projects and terminating or altering those with low efficiency.

9. Legal Framework for CC

Despite its benefits, CC raises a new set of legal challenges. The decentralized nature of cloud services, remote data storage systems, the use of the Internet, and distributed data storage, create potential threats to data security and data privacy. In India, the adoption of CC across various departments is still in its infancy stages; however, it is already affecting people, businesses and government transactions. In the future, the government would have to hold petabytes of critical infrastructure data in digital form, potentially making it vulnerable to cybercrime. This situation requires the updating of the legislative framework, the introduction of technology-neutral laws, and the development of an online dispute resolution system and e-courts. In India, the IT Act 2000⁴³ is the only existing legislation regulating cyber crime. On 11 April 2011, the Indian Ministry of Communication and Technology published a new set of rules implementing certain provisions of the Information Technology (Amendment) Act 2008: (a) the protection of sensitive personal data- security practices and procedures that must be followed by organizations dealing with sensitive personal data (data privacy rules); (b) due diligence for intermediaries; and (c) guidelines for cybercafes. The Personal Data Protection Bill 2006, introduced in the parliament on 8 December 2006, has now lapsed. The Cyber Security Policy 2013 provides legal assurance for the Indian government to build a secure and resilient cyberspace for citizens, businesses and government.

Conclusion

CC services, underlying e-governance infrastructure, can help bridge the gap between rural and urban India through its flexible, efficient and quality services. The GoI faces many

⁴² Russom P. Big Data Analytics // TDWI Best Practices Report, Fourth Quarter, 2011.

⁴³ Information Technology Act 2000. Available at: http://en.wikipedia.org/wiki/Information_Technology_Act_2000 (accessed: 18.01.2015)

challenges when making strategic decisions based on unstructured data, including data capture, storage and processing. This paper provides suggestions for solving India's IT challenges through the incremental adoption of cloud services. We believe that the government needs to create an effective environment to develop, retrieve and analyse big data. Secondly, the big data generated by the cloud should be used as a strategic tool for holistic decision-making for the nation's long-term plans. Thirdly, the government has to appoint a technically sound workforce since CC and big data analytics require skilful data scientists with training in data discovery, predictive modelling, open-source statistical solutions, visualization skills and business acumen to be able to frame and interpret analyses. Finally, CC and big data need a proper legal framework to protect data and critical infrastructure of cloud and individual citizen privacy. Further, the government may want to consider putting into place serious legal protections to manage the techno-legal risks of CC.



References

- Agarwal R., Syeedun N. (2008) Knowledge Process Outsourcing: India's Emergence as a Global Leader. *Asian Social Science*, vol. 5, no.1, pp. 82–92.
- Cowhey P., Kleeman M. (2012) Unlocking the Benefits of Cloud Computing for Emerging Economies: A Policy Overview. San Diego, University of California Press, pp. 5–16.
- Economy of India. Available at: http://en.wikipedia.org/wiki/Economy_of_India (accessed: 20.08.2014)
- Google+ reached 10m users in 16 days. Want to know how long it took Facebook and Twitter?, Available at: <http://thenextweb.com/google/2011/07/22/google-reached-10m-users-in-16-days-want-to-know-how-long-it-took-facebook-and-twitter/> (accessed: 28.06.2014)
- Infrastructure 100* (2012): World Cities Edition. Available at: <http://www.kpmg.com/Global/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/infra100-world-markets/Documents/Infrastructure-100-world-cities-2012.pdf> (accessed: 28.11.2014)
- Indian Cloud Revolutions*. Available at: <http://www.kpmg.com/IN/en/IssuesAndInsights/ThoughtLeadership/Indian-Cloud-Revolution.pdf> (accessed: 20.09.2014)
- Khan Z., Ludlow D., McClatchey R., Ashiq A. (2012) An Architecture for Integrated Intelligence in Urban Management Using Cloud Computing. *Journal of Cloud Computing*, vol.1, no.1, pp. 1–14.
- Lee K. (2002) Impacts of Information Technology on Society in the New Century. Zurich, 2002, pp. 1–6.
- Mistry J., Jalal A. (2012) An Empirical Analysis of the Relationship between E-Government and Corruption. *International Journal of Digital Accounting Research*, no.18, pp. 145–176.
- Mission mode projects*. Available at: <http://india.gov.in/e-governance/mission-mode-projects>, (accessed: 08.11.2014)
- News Announcement. One Year Agenda for Ministry of Communications and Information Technology*. 2013. Available at: <http://www.pib.nic.in/newsite/erelease.aspx?relid=91762> (accessed: 28.07.2014)
- Patil M., Roopali P. (2011) *Cloud Computing Resource Management for Indian E-Governance*. *Computational Intelligence and Information Technology*. Berlin: Springer, pp. 392–395.
- Rajesh K. (2012) *Digitisation, Data Explosion Will Drive Cloud Market: IDC Official*. Available at: <http://www.thehindubusinessline.com/industry-and-economy/info-tech/digitisation-data-explosion-will-drive-cloud-market-idc-official/article4081842.ece> (accessed: 16.09.2014)
- Rao T. (2004) *ICT and E-Governance for Rural Development*. Ahmedabad, Indian Institute of Management. Available at: <http://iimahd.ernet.in/egovl/documents/ict-and-egovernance-for-rural-development.pdf> (accessed: 20.09.2014)
- Rabari C., Storper M. (2014) The Digital Skin of Cities: Urban Theory and Research in the Age of the Sensored and Metered City, Ubiquitous Computing and Big Data. *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society*, vol. 8, issue 1, pp. 277–242.
- Roy N.K. (2012) ICT-enabled Rural Education in India. *International Journal of Information and Education Technology*, vol. 2, no. 5, pp. 525–529.

Singh Sanjay K. (2006) Information Technology in India: Present Status and Future Prospects for Economic Development, pp. 5–14. Available at: http://en.wikipedia.org/wita/Economy_of_/ (accessed: 20.08.2014)

Shreedhar K., Prasad Bhukya D., Hariom S.(2014) R&D Plan-Informatics in the Era of Big Data, Proc. of International Conference on Computing and Communication Technologies, Hyderabad, pp. 1–6.

Three Dimensions of Open Government. Available at: <http://www.govloop.com/community/blog/three-dimensions-of-open-government/> (accessed: 18.12.2014)

Unique Identification Authority of India. Available at: <http://uidai.gov.in/> (accessed: 20.12.2014)

Wright G., Sunil A., Nishant S. (2012) Open Government Data Study: India. New Delhi, Social Science Electronic Publishing.

Responding the Internationalisation of Conflict: Rule of Law based Humanitarian Law Approaches as Pioneers of Legal Globalisation



Cristopher Good

Senior Research Fellow, Centre for Human Rights Studies, University of Zurich, Switzerland and Lecturer for International Law at the Andr ssy University Budapest Hungary. Address: University of Zurich, R mistrasse 74/5, CH-8001, Zurich. E-mail: christoph.good@rwi.uzh.ch



Abstract

What interpretative role can the historical development of International Humanitarian Law (IHL) norms play in the current discussion on the globalization of law in general? To answer this question, the article firstly highlights from a theoretical perspective the fragmentary effects of the phenomena of globalization on law in general to set the discursive playing field. Based on these findings, the author shows potential normative and institutional answers provided by IHL on the truly global phenomenon of armed conflicts. To demonstrate the ongoing development and normative reinterpretations of IHL norms in the interdependent system of customary rules and treaty-based rules, the article draws a line of reception from the norms of the St. Petersburg Declaration (1868) to the influential Customary International Law Study of the International Committee of the Red Cross (2005) and recent IHL conventions such as the convention on cluster munitions (2008). Thereby, a special emphasis is given to the broad global acceptance of the relevant IHL norms despite its rather weak enforcement mechanisms.



Keywords

Globalisation, Global Law, Proactive Conflict Resolution, Humanitarian Law
Declaration of St. Petersburg (1868), Internationalisation of Conflicts, Customary International Law

Citation: Good C. (2015) Responding the Internationalisation Rule of Law Based Humanitarian Approaches as Pioneers of Legal Globalisation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no. 1, pp. 183–193 (in English)

JEL: K19

Introduction

What role, or — in a broader sense — which potential opportunities can be seen in the development of norms of International Humanitarian Law (IHL) for the scientific discussion on *Globalisation and Law* in general? Focussing on the main topic of the conference, the following considerations shall be understood as a fragmentary and descriptive examination of the globalisation of IHL norms. Due to various possible aspects of globalisation, the paper has to

start with examining globalisation itself and its influences on the interpretation of law and legal scholarship in general. Based on that it aims to locate the development of IHL norms within the framework of legal globalisation. To backup the theoretical framework with some practice, the paper visualises the development within IHL by drawing the historical line from a contractual inter-partes norm to a globally recognised customary principle. As a conclusion it tries to condensate some ground breaking principles of IHL that could be of help by approaching to other fields of law within the discourse on globalisation.

Globalisation and its “Reception” in Law – a Fragmentary Introduction

Starting point has to be a definition of *globalisation* itself. Due to its general approach and broadness, the conceptual definition of Anthony Giddens seems to be very useful for the debate:

*Globalisation can thus be defined as the intensification of worldwide social relations which link distant localities in such a way that local happenings are shaped by events occurring many miles away and vice versa*¹

One could take other definitions into account as well, for example the “transformations”-approach of David Held et al., that stresses more the temporal and procedural aspect of globalisation². Nevertheless, mostly due to its simplicity, Giddens’ definition developed to an authoritative statement within the interdisciplinary globalisation debate. The essential message to understand, though, is that world economy is not the only dimension promoting globalisation at all³. But also language, communication in general, conflict, migration and so on create such globally relevant social interactions and interdependencies. As one of the first legal scholars Twining⁴ adapted Giddens’ broad sociological understanding of globalisation to jurisprudence and to law as a discipline. Already during the 90’s, he tried to analyse the starting academic debate on the influences of globalisation on law. Twining’s central approach is the fostering of a global perspective on law instead of a pure rhetorical globalisation of law and meanwhile a critical awareness of the abuse and over-use of so called “g-words” (such as global, globalising, globalisation etc.)⁵. Twining locates one of the main reasons for the enormous use of “g-words” within all branches of legal research in the coarseness of the classical tripartition of

¹ Giddens A. *The Consequences of Modernity*. Stanford, Stanford University Press, 1990, p. 64.

² Held et al. understands globalization as “spatio-temporal processes of change actions”; therefore “the concept of globalization implies (...) a stretching of social, political and economic activities across frontiers such that events, decisions and activities in one region of the world can come to have significance for individuals and communities in distant regions of the globe.” See *Held D. Rethinking Globalization in: D. Held and A. McGrew (eds.). The Global Transformations Reader . An Introduction to the Globalization Debate* (Cambridge, Polity Press, 2003), p. 67.

³ A rudimentary starting point or framework can be seen in Giddens’ four dimensions of globalisation: (1) World capitalist economy, (2) Nation-state system, (3) World military order and (4) International division of labour; see Giddens, op. cit., note 1, 71 et seq.

⁴ Twining W. *Globalization and Legal Theory*. London, Cambridge University Press, 2000.

⁵ Twining W. *General Jurisprudence — Understanding Law from a Global Perspective*. Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 13 et seq. A subjective and unrepresentative proof for the “à la mode”-character of the topic can for example be seen in the amount of books related to it, available at the main library of Zurich University: The trunked search «Globalisation AND Law» shows 459 results; 337 of them were published within the last decade.

local (national) — regional (supranational) — global level of legal regime⁶. The consequence is an inflationary identification of feigned (legal) global phenomena although in reality “*much of the transnationalisation of law (...) is taking place at sub-global levels*”⁷. That does not mean that there are no global phenomena at all. Recent examples are the challenges of global warming, financial crisis and so on. But especially jurists have to be cautious not to conceal the real implications of globalisation on law (itself and as a discipline) by an extensive overestimation of points of contact. Helpful in this regard — as a further step into the fascinating candy shop of social theory — can be the procedural distinction between “globalised localism” and “localised globalism” pointed out by Bonaventura de Sousa Santos. He argues that:

*The process of globalization is, thus, selective, uneven and fraught with tensions and contradictions (...). It reproduces the hierarchy of the world system and the asymmetries among core, peripheral and semi-peripheral societies. There is, therefore no genuine globalism. Under the conditions of the modern world system, globalism is the successful globalization of a given localism.*⁸

This general procedural aspect of globalisation can be seen within the developing globalisation of law as well. To quote once more de Sousa Santos: “*most significant, instances of the globalization of law can be directly traced back to the networking of globalized localisms and localized globalisms*”⁹. This may sound somehow strange in the first place, but the third part of this paper will try to give a practical example for this process within IHL. Under this precondition of a procedural character of globalisation, one has to take into account that the eminent struggles of the early 21st century between globalisation and law are by far not the first time these two phenomena interact. To proof roughly this hypothesis, one could for example just focus on the influence of the discovery of the New World and the rising modernity on the general understanding of law¹⁰. The confrontation with the indigenes peoples of South America forced the law to redefine its basic assumptions (e.g. what defines a human being and therefore the subjectivity of law?). One could find further examples to visualise the historical relativity and transformation of interaction of the phenomena “globalisation” and “law” but that would go far beyond the limited scope of this paper.

But still, our discipline has today — independently of its history — to respond to such challenges. One of the outcomes of the discussions in recent times is the development of the so called *global law* — approaches in legal philosophy and legal theory. Some central questions within these theories are today’s role of the nation-state in a globalised world, the appearance of new actors in national as well as international law (such as transnational corporations, international organizations, NGO’s etc.) and the debated existence or non-existence of a tendency towards global governance within a truly global society¹¹. Additionally, the reconciliation of the

⁶ By just using a geographical distinction Twining highlights eight levels of law (global, international, regional, transnational, inter-communal, territorial state, sub-state, non-state); see his *Globalization and Legal Theory*, p.139.

⁷ Twining W. Op. cit., note 5, 15.

⁸ Sousa Santos B. de. *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*. Edinburgh, Butterworths, 2002, p.177.

⁹ Ibid, p. 187.

¹⁰ A good starting point can be found in works of historian Jorg Fisch. See *Fisch J. Die europäische Expansion und das Völkerrecht: die Auseinandersetzungen um den Status der überseeischen Gebiete vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart. Beiträge zur Kolonial- und Überseegegeschichte*. Stuttgart, Steiner Verlag, 1984, p.26.

¹¹ See for example *Capaldo G. The Pillars of Global Law*. Aldershot, Ashgate Publishing, 2008; *Domingo R. The New Global Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

role of the “Individual” develops to an eminent topic of global law itself¹² — an idea, especially hard to combine with today’s common practice of international law. Moreover, the discipline of classical international law itself (understood as the set of norms that regulates legal relations between states under the precondition of their equality) seems to be on test bed by the idea of global law.¹³ A promising example can be seen in the “Global Law Program” of Benoît Friedman and his team at the Centre Perelman for Legal Philosophy (Université Libre de Bruxelles). Working hypothesis is “*that, for law, globalization (...) raises not only a problem of scale, but also a core transformation in the nature and form of regulation, as well in the modes of norm-making and implementation*”¹⁴. But this project does not intend to develop a general or holistic theory of the interrelations between globalisation and law. Instead it tries to analyse certain specific thematic fields of global law, such as the regulation of global communication networks, Internet and virtual worlds, questions of corporate social responsibility, the problems of global warming and emissions-trading markets, transnational human rights litigation and the emergence of a new rights-based *Ius Gentium*, as well as the development of technical norms and standards as privileged instruments of global regulation¹⁵. The advantage of such a fragmentary idea of legal globalisation is based on its bottom-line assumption that in general one should be careful with (premature) constructions of new universal legal systems/regimes. Instead — coming from the opposite direction — one should focus on truly global issues and should try to develop certain legal patterns to handle the inherent and interdependent challenges of multi-layered legal cultures regarding this specific topic. Taking this into account, the following considerations try to show this by eclectically highlight some central patterns within the field of IHL-regulations.

Development of IHL Norms within the Framework of Globalisation

However, what does IHL or more precisely a rule of law -based approach to IHL (as it is predominantly practiced since the 19th century) to do with these general developments within legal theory and jurisprudence? A first step is once more to clarify the term IHL. In short, it can be defined as:

“*branch of international law limiting the use of violence in armed conflicts by: a) sparing those who do not or no longer directly participate in hostilities [and] b) restricting it to the amount necessary to achieve the aim of the conflict, which — independently of the causes fought for — can only be to weaken the military potential of the enemy*”¹⁶.

¹² Quite interesting but utopian one seems idea of Domingo that “*the human being should constitute the centre of law in general and of global law*” and “*the science of the law can never lose sight of the fact that it has been created — established by persons and for persons — so that the person is anterior to it*”. See Domingo R. Op. cit. P. 11, 123 et seq.

¹³ It “*is not a question of creating two completely separate orders: one fully legal and the other responsible for ordering international relations (...). No, there is a single global order, compatible with the family and other smaller communities, that situates the human person at the centre of its structure. Thus when international law does not recognize the state as its main subject and gives primacy instead to the person, then it will have become global law*”; See Ibid, p. 99.

¹⁴ Available at: <http://www.philodroit.be/spip.php?page=rubrique&id_rubrique=31&lang=en>

¹⁵ The complete list of relevant research topics within the “global law program” is available at: <http://www.philodroit.be/spip.php?page=rubrique&id_rubrique=31&lang=en>

¹⁶ See Sassòli M., Bouvier A., Quintin A. (eds.). *How Does Law Protect in War? Vol. I: Outline of International Humanitarian Law*. Geneva, 2011, p. 93.

Therefore it is a perfect setting for the topic of this colloquium, due to its object of regulation: Conflict — understood in a very broad sense as all kind of warlike interactions between people(s) — can be interpreted as one of the undeniable global phenomena since the beginning of the 20th century. The international or better “global” aspect of conflict is not exclusively grounded within the involvement of parties from virtually all over the world, as it was (up to a certain point) for example during the two World Wars and the related industrialisation of war¹⁷. In fact, the number of international warlike conflicts is obviously declining and instead the quantity of internal or non-state-conflicts is growing in recent years¹⁸. But meanwhile the dimension of consequences of conflict became globally as well, independently of the question whether one is involved into the conflict at all. Such phenomena can be seen in the potential large-scale destructiveness of modern weaponry (not only nuclear weapons but also chemical and biological ones) or in the growing flow of refugees and displaced people and its globally impact in the aftermath of local, regional and international conflicts.

But there are further reasons, why the study of IHL could — at least from a methodological point of view — be very helpful for the understanding of the interrelations between “globalisation” and “law”. It is important to keep in mind, that IHL is “*perhaps the oldest branch of international law*”¹⁹ at all and still, a certain contradiction towards the fundamental idea of classical international law (or *Ius Gentium*) is inherent to its development: Actors and addressees of codified IHL-norms are from its historical beginning onward not only states (or governments), but also individuals²⁰. This (early accepted) peremptory character of the relevant norms can therefore be interpreted as an important step towards an individualisation and verticalization of international law, prior to the often discussed post — World War II Human Rights movement. Contrary to the Human Rights discussion, codified IHL-norms contain a stronger immunity against allegations of cultural relativism. Responsible for this strength is the fact, that “*the humanitarian ideas and concepts formalized in humanitarian law treaties are shared by many different schools of thought and cultural traditions*”²¹.

Furthermore — even though a driving force behind the whole concept is a predominantly moral one (“idea of humanity”)²² — IHL-norms come close to technical standards and can therefore be understood as kind of procedural rules, binding — due to its neutrality — all parties within a conflict. The result is a spatial legislation, based on the combination of fundamental principles (Humanity, Military Necessity, Proportionality, Distinction)²³ — independent of the specific conflict situation — and highly specific concrete regulations as for example the

¹⁷ See Giddens A. Op. cit., pp. 1, 75.

¹⁸ Human Security Report Project 2009 — 2010. Causes of Peace and Shrinking Costs of War. N.Y., Oxford University Press, 2011, p. 173.

¹⁹ See Thürer D. *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context* (Recueil des cours, vol. 338), The Hague, Brill Academic Publishing, 2011, p. 31.

²⁰ “*One of the unusual features of humanitarian law is that, unlike most rules of international law, it binds not only the state and its organs of government but also the individual. Thus, the individual soldier or civilian who performs acts contrary to humanitarian law is criminally responsible for those act and liable to trial for a war crime*” (Greenwood C. *Historical Development and Legal Basis* in D. Fleck, M. Bothe (eds.) *The Handbook of International Humanitarian Law*. Oxford, Oxford University Press, 2008. N 101–150).

²¹ Sassöli M., Bouvier A., Quintin A. (eds.) Op. cit., pp. 16, 97.

²² Thürer D. Op. cit. Pp.19, 66. Next to this “humanitarian idea” within International Humanitarian Law probably its character of reciprocity seems to be the most plausible momentum for the successful globalisation of contents of International Humanitarian Law.

²³ *Ibid.*, p. 68.

constraints in the use of and ban on certain weapons. This holistic understanding provides the needed flexibility to the regime of IHL to react on the new challenges regarding the globalised nature and consequences of conflicts. Next to these predominantly normative aspects of IHL, one has to take its institutional dimension into account as well: the International Committee of Red Cross (ICRC) — guardian of the Geneva Conventions and driving force behind the strengthening of legal protection for victims of armed conflicts²⁴ — is until today, due to its guaranteed neutrality and independence within conflicts the only accepted truly global institution²⁵.

Sketching a Globalising Line — The Declaration of St. Petersburg (1868) and its Consequences

To backup the theoretical framework with practical content, the next step is to visualise the globalising tendency of codified IHL-norms with a concrete example. As a small reminiscence to the wonderful place of this conference, the procedural aspect will be shown with regard to the evolutionary history of the content of the Declaration of St. Petersburg (1868).

Even though the labelling of extraordinary events for the development of IHL is quite common within research literature, its emergence and evolution within legal history and within the history of ideas is not widely substantiated yet. This lack of research can be explained by the relative novelty of the (positivistic) discipline and the currently challenge of the “Acquis Communautaire” of IHL due to persistent new constellations of conflict. Therefore the historical research is heretically speaking limited on so-called centenary-literature, mostly intended by new inhuman drawbacks²⁶.

Starting point of the Declaration of St. Petersburg (1868)

In 1863, the Russian military authorities developed a new category of ammunition which exploded on contact with hard substance and whose primary object was to blow up ammunition wagons.²⁷ Four years later, the projectile was modified (reduction of the explosive material) to explode on contact with soft substances as well and therefore it could be used against human targets. The integrated gas, set free by the explosion of the projectile, caused inevitably the death of the wounded²⁸. As such, the bullet would have been an inhuman instrument of war.

As a result, the Russian military has certainly tested the new projectiles (otherwise the inhuman consequences of the use could not have been recorded at all) but never used the ammunition in a concrete warlike situation. Instead, Emperor Alexander II has invited in 1868 representatives of the so-called “civilized” states to a military conference in Saint Petersburg to

²⁴ The International Commission of the Red Cross. Resolution I of 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, November 28 to December 1, 2011. Available at: <<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/resolution/31-international-conference-resolution-1-2011.htm>>.

²⁵ Sassòli M., Bouvier A., Quintin A. (eds.). Op. cit., pp. 16, 465 et seq.

²⁶ Some good examples for this tendency can be seen in *Gasser H.* Die St. Petersburger Erklärung von 1868. *Revue internationale de la croix-rouge*, 1993, vol. XLIV, no. 6, p. 278–283 (with a short, two — pages long Laudatio of journal’s board to the 125th anniversary of signing the Declaration); as well as the speech of ICRC Chairman Jakob Kellenberger to 140th anniversary of the Declaration. Available at: <<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/st-petersburg-declaration-281108.htm>>.

²⁷ See *Schindler D., Toman J.* The Laws of Armed Conflicts. The Hague, Kluwer, 1988, p. 102.

²⁸ See *Gasser H.* Op. cit., p. 26, 279.

discuss the acquaintance with this new weapon. Delegates of 19 states²⁹ followed the invitation and took part in the hearings of the temporary military commission under the presidency of general Dmitri Milutin, the war-minister of Tsar Alexander II. Within only three days of negotiations, the commission decided the abolition of the use of explosive projectiles under 400 gram in times of war³⁰. Due to the participation of Brazil, Turkey and Persia the geographical, cultural and confessional borders of Europe were obviously left behind.

Essential results

In relation to the original technical question of the particular case — the renouncing of the use of explosive projectiles below 400 grams weight in times of war between signatory states –, the fundamentality of the Declaration surprises. It starts by the recognition of the fact: a) *“that the progress of civilization should have the effect of alleviating as much as possible the calamities of war”*, combined with the awareness b) *“that the only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war is to weaken the military forces of the enemy”* and ends in relation to the means of war in the summary c) *“that this object would be exceeded by the employment of arms which uselessly aggravate the sufferings of disabled men, or render their death inevitable”*.³¹

These humanitarian confessions were simultaneously enlarged and strengthen in an institutional and inter-temporal perspective: the work of the military commission was not declared for termination but transformed into an ad hoc commission to draw a line between technical development, law and warfare³². In relation to the miscellaneous international collaboration in the mid-19th century (next to the foundation of the first IO's the collaboration stuck in bilateral trade or military support treaties) the importance of the Declaration of St. Petersburg cannot be overestimated. Especially due to the included obligation of further dialogue between the contracting parties the declaration visualises its intended proactive conflict avoidance strategy: the parties in procedural dimension try to perpetuate the achieved proactive mechanism of interstate weapon control into the future.

Consequences of the Declaration of St. Petersburg

Even though the Declaration was a big step in the direction of the positive legal acceptance and foundation of these humanitarian principles, out of a normative perspective the radiance of the declaration seemed to be limited according to the explicit negation of universality by itself: *“This engagement is compulsory only upon the Contracting or Acceding Parties thereto in case of war between two or more of themselves; it is not applicable to non-Contracting Parties, or*

²⁹ Austria-Hungary, Baden, Bavaria, Belgium, Brazil, Denmark, France, Greece, Italy, Netherlands, Persia, Portugal, North German Confederation, Russian Empire, Sweden, Switzerland, Turkey, United Kingdom, Württemberg.

³⁰ The declaration explicitly prohibited in warlike conflicts between the signatory states, *the employment by their military or naval troops of any projectile of a weight below 400 grams, which is either explosive or charged with fulminating or inflammable substances*“ (see Annex).

³¹ See Annex of the declaration.

³² *“The Contracting or Acceding Parties reserve to themselves to come hereafter to an understanding whenever a precise proposition shall be drawn up in view of future improvements which science may effect in the armament of troops, in order to maintain the principles which they have established, and to conciliate the necessities of war with the laws of humanity.”* (see Annex).

*Parties who shall not have acceded to it*³³. From a technical legal perspective the declaration was therefore nothing else than a multinational agreement, binding only signatory states inter se.

Nonetheless the core elements of the declaration had a strong influence on the emerging foundation of IHL, especially in relation to the handling of new weapon technologies. Already in 1874, the abolition of explosive projectiles below 400 grams found its way into the canon of the Brussels Declaration³⁴, the first undertaking of collecting all international customary law of that time concerning war. Even though the Brussels project and the thereby intended norm-setting procedure was not capable of winning a majority within the forum of represented states³⁵, the project was (as a link of reception) still of great importance for the contextual framework of the Hague Peace Conventions (1899/1907). The non-ratification of the Brussels Declaration occasioned the representatives of the 1873 in Ghent founded Institute for International Law (a private institution of recognized international law scholars and practitioners with the aim of making a strong contribution to the development, implementation and codification of international law) to commission the writing of an (intentionally) non-binding manual on the international customary humanitarian law in relation to land wars³⁶. Responsible for the edition of the handbook was Gustave Moynier in Geneva, then president of the International Committee of the Red Cross. In 1880, the results of the research were presented at the annual meeting of the Institute for International Law in Oxford and were subdivided into “General Principles”, “Application of General Principles” and “Penal Sanctions”³⁷. Meanwhile, a double reception of the core elements of the Declaration of St. Petersburg can be seen within the manual: On one hand the central rules gained explicitly entrance into the “General Principles”: “*The only legitimate end that States may have in war being to weaken the military strength of the enemy ‘ (Declaration of St. Petersburg, 1868)*”³⁸. On the other hand, the renouncing of use of explosive projectiles was repeated in the handbook: “*It is forbidden (...) to employ arms, projectiles, or materials of any kind calculated to cause superfluous suffering, or to aggravate wounds — notably projectiles*

³³ See Annex of the declaration.

³⁴ The complete title of the Brussels Declaration (also strongly initiated and supported by Tsar Alexander II.) is: “*Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War*” (available at <<http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/135?OpenDocument>>), and forestalls already the intended direction of the declaration. In Article 13 lit. e can be found a direct link to the Declaration of St. Petersburg: “*According to this principle are especially ‘ forbidden ‘ :: (...) The employment of arms, projectiles or material calculated to cause unnecessary suffering, as well as the use of projectiles prohibited by the Declaration of St. Petersburg of 1868*”. In contrast to the conference in St. Petersburg, only European states participated in the Brussels Conference.

³⁵ See Noone G. *The History and Evolution of the Law of War Prior to World War II*. Naval Law Review. 2000. Pp. 176–207, 194; Kolb R. *Ius in bello*. Le Droit international des conflits armés. Bruxelles, 2009, p. 43.

³⁶ See Kolb R. *Op. cit.*, pp. 35, 43. The limitation on land-wars had only political reasons: United Kingdom threatened to not participate, if the debate was on naval-wars and the prohibition of so called non-regular troops as well; see Jochnick C. and Normand R. *The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War*. *Harvard International Law Journal*, 1994, vol. 35, no. 1, pp. 49–95.

³⁷ The official title is: “*The Laws of War on Land, adopted by the Institute of International Law, Oxford, 9 September 1880*”. Already the Preamble of the manual shows its intention: “*War holds a great place in history, and it is not to be supposed that men will soon give it up — in spite of the protests which it arouses and the horror which it inspires — because it appears to be the only possible issue of disputes which threaten the existence of States, their liberty, their vital interests. But the gradual improvement in customs should be reflected in the method of conducting war. (...) Rash and extreme rules will not, furthermore, be found therein. The Institute has not sought innovations in drawing up the ‘Manual’; it has contented itself with stating clearly and codifying the accepted ideas of our age so far as this has appeared allowable and practicable*”. Available at: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/140?OpenDocument>>. Due to the place of the conference, the document was named «Oxford Manual».

³⁸ Available at: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/140?OpenDocument>> (Sub Art. 3).

of less weight than four hundred grams which are explosive or are charged with fulminating or inflammable substances' (*Declaration of St. Petersburg*)³⁹. Especially the first recurrence on the declaration from 1868 is of utmost importance for this work: it shows that the limitation of legitimate aims of war on the weakening of the military strength of the enemy cannot just be seen as non-binding "preamble rhetoric" but implies legally binding character. In addition the manual visualises that the content of the former exclusive multilateral treaty can now be seen as international customary law with the demand of universal validity.

Within a shortest period of time the Oxford Manual despite its non-binding and anti-normative character gained the status of authority par excellence in relation to the *Acquis Communautaire* of humanitarian customary law and was the fundamental base for the Hague Peace Conferences (1899/1907). The core content of the Declaration of St. Petersburg can be especially found within Art. 22 of the Hague Convention on land war (IV), that repeats the principle that a war-waging state is not free in its use of weapons⁴⁰. The prohibition of weapons, which cause or uselessly aggravate the sufferings of disabled, had been considered in Art. 23 of the Hague Convention⁴¹.

Summing up the results of this part, the wording as well as the core elements of the Declaration of St. Petersburg found its way into the Hague Conventions (1899/1907)⁴² and thereby into the canon of universal — or regarding to the title of the colloquium may be better — global validity demanding IHL-norms via the (on a first view ineffective) Brussels Convention and the non-binding Oxford Manual. During the 20th century the fundamental principles of the Declaration of St. Petersburg were affirmed and stated more precisely within positive international law, for example in the first additional protocol to the Geneva Convention (June 8, 1977). Within this additional protocol once more the fundamental principle of the declaration from 1868 was confirmed by the strict prohibition "to employ weapons, projectiles and material and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering"⁴³. A recent example is the adaption of the "Convention on Cluster Munitions" (May 30, 2008)⁴⁴ as well as the consideration of the basic principles of the declaration within the "Customary International Humanitarian Law", a study of the ICRC in 2005 on humanitarian customary international law. The results are squeezed to 161 "Rules of Customary IHL".⁴⁵ Within this opus — in its character

³⁹ Available at: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/140?OpenDocument>> (Art. 9 lit. a).

⁴⁰ Art. 22: "The right of belligerents to adopt means of injuring the enemy is not unlimited." Available at: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/195?OpenDocument>>. A clear consent on the content of the "limitation" was missing until the 1. additional Protocol to the Geneva Convention (1977).

⁴¹ Art. 23 lit. e: "In addition to the prohibitions provided by special Conventions [such as the Declaration of St. Petersburg], it is especially forbidden (...) to employ arms, projectiles, or material calculated to cause unnecessary suffering". Available at <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/195?OpenDocument>>.

⁴² See *Copeland R., Loye D.* The 1899 Hague Declaration Concerning Expanding Bullets. A Treaty Effective for More than 100 Years Faces Complex Contemporary Issues. *International Review of the Red Cross*, 2003, vol. 85, pp. 135–142.

⁴³ See Art. 35 para. 2 of the 1 additional Protocol to the Geneva Convention (1977); available at <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/470?OpenDocument>>. Surprisingly there is no direct link to the Declaration of St. Petersburg. The ICRC is only quoting Art. 22 of the 1907 Hague Convention (see <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750044?OpenDocument>>).

⁴⁴ Regarding the precise wording of the "Convention on Cluster Munitions" see <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/620?OpenDocument>>; to its history see Kellenberger J. *Humanitäres Völkerrecht* Stuttgart, 2010, p. 273 et seq.

⁴⁵ The major study of Jean-Marie Henckaerts und Louise Doswald-Beck (published in Vol. 3, Cambridge University Press, Cambridge, 2005) is slightly modified and actualised today. Available at: <<http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>>.

a reincarnation of the idea of the Oxford Manual — the Declaration of St. Petersburg serves explicitly as foundation of Rule 78: “*The anti-personnel use of bullets which explode within the human body is prohibited*”⁴⁶.

Conclusions

Up to a certain point, the presented view on IHL and its importance within the process of globalisation is primarily an idealistic/normative one. The reality looks quite different: IHL cannot stop conflicts effectively at all and serious violations still happen in warlike conflicts all over the world, often without any legal consequences. But this is not today’s question. Moreover and as a kind of result of the drawn hypotheses, the specific and interesting peculiarities of IHL regarding the tension-relation of “globalisation” and “law” can be seen in different dimensions: First of all in its object of regulation. IHL tries (more or less successful) to regulate a truly global phenomenon (conflicts in a broad understanding). At the same time its global acceptance provides certain immunity against cultural relativism (one could discuss whether this is a result of a global understanding of “humanity” or just a result of the potential reciprocal means of violations). In any case, IHL-norms come close to technical standards, even though the driving force behind the whole concept seems to be a predominantly moral one (“idea of humanity”). Furthermore it is important to stress its fundamental procedural principles such as neutrality/impartiality and its tendency towards an individualisation and verticalization of international law. And last but not least from an institutional perspective: as a matter of fact, the IHL is the only “branch” of law, in which — with the ICRC — a truly globally accepted and functioning International Organization was established.



References

- Capaldo G. (2008) *The Pillars of Global Law*. Aldershot, Ashgate Publishing.
- Domingo R. (2010) *The New Global Law*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Gasser H. Die St. Petersburger Erklärung von 1868. *Revue internationale de la croix-rouge*, 1993, vol. XLIV, no. 6, p. 278–283.
- Copeland R., Loye D. The 1899 Hague Declaration Concerning Expanding Bullets. A Treaty Effective for More than 100 Years Faces Complex Contemporary Issues. *International Review of the Red Cross*, 2003, vol. 85, pp. 135–142.
- Giddens A. (1990) *The Consequences of Modernity*. Stanford, Stanford University Press.
- Human Security Report Project 2009–2010 (2011). *The Causes of Peace and the Smirking Costs of War*. N.Y., Oxford Univ. Press.
- Jochnick K., Normand R. The Legitimation of Violence. A Critical History of the laws of War. *Harvard International Law Journal*, 1994, vol. 35, no. 1, pp. 49–95.
- Kolb R. (2009) *Ius in bello — Le Droit international des conflits armés — Précis*. Bruxelles, Schulthess Publishing, 2^e ed.
- Noone G. (2000) History and Evolution of the Law of War Prior to World War II. *Naval Law Review*, pp. 176–207.
- Sassòli M., Bouvier A., Quintin A. (eds.) (2011) *How Does Law Protect in War? Vol. I: Outline of International Humanitarian Law*. Geneva, International Committee of the Red Cross.

⁴⁶ Available at: <http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule78> and <http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule78>. Regarding the deeper sense of such transformations to Customary International Law see J. Kellenberger. Op. cit., pp. 44, 137 et seq.

Schindeler R., Toman J. (1988) *The Laws of Armed Conflicts*. The Hague, Kluwer Law International.

Sousa Santos de B. (2002) *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*. Edinburgh, Butterworths, 2002.

Thürer D. (2011) *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context* (Recueil des cours. Vol. 338). Brill Academic, The Hague, 2011.

Twining W. (2000) *Globalisation and Legal Theory*. London, Cambridge University Press.

Twining W. (2009) *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*. Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Директорат versus собственников: КОГНИТИВНЫЙ ДИССОНАНС или баланс интересов между участниками компании



С.И. Луценко

ведущий эксперт Контрольного управления Президента Российской Федерации. Адрес: 103132 Российская Федерация, Москва, Старая площадь, 8/5. E-mail: scorp_ante@rambler.ru



Аннотация

В статье рассматриваются особенности взаимоотношений между собственниками, а также между исполнительным органом компании, ее советом директоров и акционерами (собственниками). Целью рассмотрения является поиск определенного баланса интересов между директоратом в отношении получения личных выгод, с одной стороны, и акционерами (собственниками) в отношении максимизации их благосостояния, с другой. В частности, будут предприняты попытки нахождения путей в отношении эффективности управления компании: ввод и алгоритмизация независимого директората (критерии выбора), формулирование модели поведения крупных и мелких собственников (в том числе в отношении выкупа акций по справедливой цене, незлоупотребление правом на получение информации о деятельности компании). Автор рассматривает классическую агентскую проблему, связанную с разделением прав собственности (экономические интересы) и контроля (участие в управленческих вопросах). Примером агентского конфликта между акционерами является принудительный выкуп акций у миноритарных собственников (даже при соблюдении надлежащей юридической процедуры). Другим примером агентской проблемы между акционерами является получение информации о деятельности компании, т.е. злоупотребление правом со стороны миноритарного собственника на получение информации о деятельности компании. Агентские конфликты между собственниками негативно влияют не только на деятельность самой компании, но и на других акционеров. С другой стороны, собственник может воспользоваться процедурой инициализации судебного контроля в отношении незаконных действий другого собственника. Важным сдерживающим фактором агентской проблемы является институт независимого директората. Кроме того, автор рассматривает влияние мажоритарного акционера на деятельность компании — подчинение себе воли других акционеров (мелких собственников). Целью крупного собственника являются экономические интересы и тотальный контроль над компанией. Однако право собственности на акцию и право голосования позволяют мелкому акционеру иметь канал связи с другими собственниками, формулировать повестку дня на общих собраниях, а также инициировать законные требования. Кроме того, в работе рассмотрены ситуации, в которых исполнительный орган компании (руководитель), совет директоров нарушают баланс интересов, совершая сделки в ущерб интересам компании и ее собственникам.



Ключевые слова

корпоративное управление, собственник, менеджмент, независимый директорат, агентский конфликт, фидуциарная обязанность, баланс интересов.

Библиографическое описание: Луценко С.И. Директорат versus собственников: когнитивный диссонанс или баланс интересов между участниками компании // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. №1. С. 194–207.

JEL: G30, G38, K20, K22

Введение

Согласное правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации¹ (далее — КС РФ) отношения внутри акционерного общества преследуют цель достижения баланса законных интересов общества и его акционеров. Данные регулирующие отношения направлены на эффективное управление компанией, предотвращение злоупотреблений своим правом со стороны мелких собственников (прежде всего, в отношении получения информации о деятельности компании при отсутствии обоснованного интереса), недопущение намеренного создания трудностей, влияющих на хозяйственную деятельность компании, предотвращение конфликта интересов.

В другом своем Постановлении² КС РФ отметил, что при создании коммерческой организации как формы коллективного предпринимательства важно учитывать, в числе прочих, самостоятельность выбора экономической стратегии развития бизнеса (форм и способов финансирования), поскольку в процессе предпринимательской деятельности компании (в частности, акционерного общества) переплетаются интересы различных участников. Тем самым КС РФ выделяет три вида агентских конфликтов (проблем): между кредиторами и акционерами (собственниками); акционерами и менеджментом компании (исполнительным органом), ее советом директоров; между самими акционерами — мажоритарными и миноритарными собственниками. Позиция КС РФ в отношении видов агентских конфликтов корреспондирует с правовыми положениями, представленными в Распоряжении Правительства Москвы³. В настоящей работе при анализе взаимоотношений между заинтересованными участниками акцент сделан на втором и третьем видах агентских конфликтов.

Ряд ученых отмечает⁴, что введение независимого директората в компанию (в особенности, если управление зависит от мажоритарного собственника) является важным аспектом, поскольку позволяет совету директоров (исполнительному органу) должным образом выполнять свои обязанности в соответствии с законом, а также оценивать качество корпоративного управления. Введение независимого директората является первичным элементом в оценке качества корпоративного управления в компании.

Роль и значение независимого директората представлена в Разделе «Развитие и совершенствование корпоративного управления» «Стратегии развития финансового рынка Российской Федерации на период до 2020 года»⁵. В Стратегии отмечается, что

¹ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 02.11.2011 № 1486-О-О // СПС «Консультант Плюс».

² См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24.02.2004 № 3-П // СПС «Консультант Плюс».

³ См.: Распоряжение Правительства Москвы от 8 сентября 2006 № 1766-РП «О систематизации мер по пресечению и предупреждению противоправных действий на финансовом и фондовом рынках» // Вестник Мэра и Правительства Москвы. 2006. № 58.

⁴ См.: *Mezzetti L., Schlimm D., Sharfman B.* Corporate Governance and the Impact of Controlling Shareholders // *Corporate Governance Advisor*. 2010. Vol. 18. P. 1.; *Bebchuk L., Hamdani A.* The Elusive Quest for Global Governance Standards // *University of Pennsylvania Law Review*. 2009, vol. 157. p. 1301.; *Dooley M.* Two Models of Corporate Governance // *The Business Lawyer*. 1992. Vol. 47. P. 498.; *Dahya J., Dimitrov O., McConnell J.* Dominant Shareholders, Corporate Boards and Corporate Value: A Cross-Country Analysis // Working paper. Purdue University. 2006. P. 6; *Dahya J., Dimitrov O., McConnell J.* Does Board Independence Matter in Companies with Controlling Shareholder? // *Journal of Applied Corporate Finance*. 2009. Vol. 21. P. 68–69.

⁵ См.: Распоряжение Правительства РФ от 29 декабря 2008 № 2043-р «Об утверждении Стратегии финансового рынка Российской Федерации на период до 2020 года» // СЗ РФ. 2009. № 3. Ст. 423.

независимые директора способствуют реализации одного из основных принципов корпоративного управления, разработанных Организацией экономического сотрудничества и развития, — совет директоров должен иметь возможность выносить объективное независимое суждение по корпоративным вопросам. Вынесению таких решений, прежде всего, способствует участие в работе совета директоров независимых директоров, которые являются носителями объективного взгляда на оценку работы компании и ее руководства. Помимо этого независимые директора играют важную роль там, где интересы руководства компании и ее акционеров расходятся, в частности, по вопросам вознаграждения руководителей, изменений в корпоративном контроле, защиты от враждебного поглощения, крупных приобретений и осуществления аудита.

Другими словами, роль независимого директората является очень важной, в особенности при конструировании отношений между руководством и собственниками компании. Необходимо пояснить, что в соответствии со ст. 64 Федерального закона «Об акционерных обществах»⁶ совет директоров является исполнительным органом общества и осуществляет общее руководство деятельностью общества. В контексте данной статьи совет директоров и менеджмент (ст. 69 и 70 Федерального закона «Об акционерных обществах») являются исполнительными органами компании.

В России сложилась модель рыночной экономики со структурой собственности, в которой доминирует один или группа из нескольких мажоритарных акционеров. Зачастую собственники или другие лица, участвующие в исполнительных органах акционерного общества, не заинтересованы в повышении рыночной стоимости предприятия, в получении доходов через дивиденды и на основе роста биржевых котировок. Наоборот, они склонны минимизировать прибыль или даже демонстрировать убытки предприятия, искусственно отсекая часть финансовых потоков (через цены, разделение расчетов и т.п.), подчиняя их целям снижения налогов, увеличения личных доходов или иным предпринимательским задачам⁷. Распространены на практике: вступление в сговор с контрагентами или конкурентами общества на основе получения личных преимуществ и заключение сделок от имени общества на нерыночных условиях и по ценам, отличающимся от рыночных; инициирование и проведение реорганизации компании, преследующей выгоды отдельных групп акционеров (увеличения доли в капитале одних лиц и, наоборот, сокращения доли других акционеров); хищение активов общества и их несанкционированный перевод на баланс другого общества; обеспечение имущественных выгод в пользу отдельных лиц за счет принятия решений обществом, приводящих к ухудшению результатов его финансово-хозяйственной деятельности⁸.

В представленной работе необходимо рассмотреть особенности взаимоотношений между самими собственниками (в отношении выкупа акций по справедливой цене, обоснованный интерес в отношении получения информации о деятельности компании); механизм взаимоотношений между советом директоров, менеджментом и собственниками (акционерами), с целью достижения баланса экономических интересов (недопущение нанесения ущерба интересам компании и ее акционерам).

⁶ См.: СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

⁷ См.: *Wilson R. Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the Comparative Taxonomy // Working Paper. Columbia Law School, Stanford Law School and ECGI. 2005. P. 30.*

⁸ См.: Распоряжение Правительства Москвы от 8 сентября 2006 № 1766-ПП «О систематизации мер по пресечению и предупреждению противоправных действий на финансовом и фондовом рынках» // Вестник Мэра и Правительства Москвы. 2006. № 58.

Баланс экономических интересов между собственниками

В публичной компании все права члена данной компании вытекают из его права собственности на определенное количество акций компании и производны от количества акций, находящихся в собственности члена акционерной компании. Личное участие члена компании в управленческих вопросах напрямую связано с находящимися в его собственности акциями⁹. Другими словами, КС РФ определяет классическую агентскую проблему, связанную с разделением прав собственности (экономические интересы) и контроля (участие в управленческих вопросах)¹⁰. В свою очередь, присутствие крупных собственников может создать агентскую проблему между мажоритарными и миноритарными собственниками¹¹. Данная проблема возникает, если крупный акционер пытается использовать свои полномочия для передачи корпоративных ресурсов себе, для личного потребления, или выгоды. В результате этого миноритарии пропорционально не получают преимуществ от действий мажоритарного акционера или компании наносится ущерб.

Ярким примером в отношении получения личных выгод одних акционеров (увеличение доли в уставном капитале) за счет причинения ущерба другим, является дело из практики Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ). Необходимо пояснить, что применительно к ст. 1 «Защита собственности» Протокола № 1 к Конвенции «О защите прав человека и основных свобод» (1950 г.)¹² (далее — Конвенция) акционер наделен титулом на экономический интерес (акциями, которые являются имуществом), который необходимо рассматривать как имущество для целей применения данной нормы. Другими словами, *акционер обладает обоснованным и законным ожиданием, что он получит возможность на эффективное управление компанией, с использованием права собственности на акции*¹³.

Обстоятельства данного дела связаны с нарушением корпоративного контроля (злоупотребление правом, проистекающее от акционеров) со стороны дочерней компании по делу российской компании «Совтрансавто Холдинг» против Украины¹⁴. Корпоративные права российского заявителя были нарушены управляющими органами дочерней компании «Совтрансавто-Луганск». Сначала они низвели долю российской компании в акционерном капитале «дочернего предприятия» с 49% до 20,7%, а затем вообще его ликвидировали. Российская компания обратилась в украинский суд за защитой своих корпоративных прав, но после неоднократных судебных разбирательств ничего не

⁹ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 2 ноября 2011 № 1486-О-О // СПС «Консультант Плюс».

¹⁰ См.: Berle A., Means G. The Modern Corporation and Private Property. New York: MacMillan, 1932. P. 69.

¹¹ См.: Gilson R., Gordon J. Doctrines and Markets: Controlling Shareholders // University of Pennsylvania Law Review. 2003. Vol. 152. P. 785.

¹² См.: СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 163.

¹³ См.: Постановление ЕСПЧ от 18.03.2010 по делу «СПК «Димский» против Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс»; Решение ЕСПЧ от 18.12.2007 по делу «Марини (Marini) против Албании» // URL: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{fulltext:\[\"Mariniv. Albania\"\]}item id:\[\"001-84061\"\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{fulltext:[\) (дата обращения: 16.02.2015); Постановление ЕСПЧ от 30.11.2004 по делу «Енерйылдыз (Oneriyildiz) против Турции» // СПС «Консультант Плюс».

¹⁴ См.: Постановление ЕСПЧ от 25.07.2002 по делу «Совтрансавто Холдинг против Украины» // СПС «Консультант Плюс».

добилась. ЕСПЧ¹⁵ указал, что действия со стороны дочерней компании повлекли снижение цены на акции компании; в последующем произошли изменения в способности российской компании управлять своей дочерней компанией и осуществлять контроль за ее активами. Это является недопустимым, поскольку нарушает ст. 1 «Защита собственности» Протокола № 1 к Конвенции. Представленный пример идентифицирует классическую агентскую проблему, связанную с разделением прав собственности (экономические интересы) и контроля (участие в управленческих вопросах).

Интересным аспектом в российском корпоративном праве является возможность привлечения акционеров к гражданско-правовой ответственности, учитывая, что в федеральных законах «Об акционерных обществах»¹⁶ и «Об обществах с ограниченной ответственностью»¹⁷ не прописан алгоритм привлечения акционеров (участников) к ответственности (в случае, причинения убытков компании). Российский правоприменитель в своих решениях пытается заполнить правовой пробел в действующем законодательстве¹⁸.

Под убытками согласно ст. 15 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ)¹⁹ понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода). В соответствии со ст. 1064 ГК РФ вред, причиненный личности или имуществу гражданина, а также вред, причиненный имуществу юридического лица, подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред. Вред, причиненный правомерными действиями, подлежит возмещению в случаях, предусмотренных законом.

Действия акционеров общества по принятию решения от имени исполнительных органов компании считаются незаконными (неправомерными), если выполняются следующие условия: доказаны причиненный ущерб (вред) компании, размер понесенных компанией убытков, виновность причинителя вреда (акционера) и имеется причинно-следственная связь между действиями акционеров и убытками компании. В таких случаях действия акционеров признаются судами незаконными, а их решения недействительными. Суды взыскивают с таких акционеров убытки, причиненные компании²⁰.

Еще одной составляющей агентского конфликта между акционерами является механизм принудительного выкупа акций у миноритарных собственников при соблюдении надлежащей юридической процедуры (прежде всего, имеется ввиду институт обязательного предложения), с соблюдением требований законодательства — в целях защиты прав миноритариев как слабой стороны в корпоративных отношениях.

¹⁵ См.: Постановление ЕСПЧ от 25.07.2002 по делу «Совтрансавто Холдинг против Украины» // СПС «Консультант Плюс».

¹⁶ См.: СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

¹⁷ См.: СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

¹⁸ См.: Луценко С.И. Фидуциарные отношения: нахождение компромисса интересов между участниками // Финансовый менеджмент. 2012. № 6. С. 69-70; Луценко С.И. Дилемма выбора модели управления компанией // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 2. С. 167-168.

¹⁹ См.: СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

²⁰ См.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 25.11.2010 № А81-2477/2008 // СПС «Консультант Плюс»; Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 08.06.2010 № А58-5409/09 // СПС «Консультант Плюс».

Мажоритарный акционер использует свою власть (полномочия), заключает договор о приобретении акций (долей) на несправедливых условиях (занижая цену выкупа акции), нанося реальный ущерб мелким собственникам. Тем самым происходит выдавливание мелких собственников (freeze-out) посредством выкупа акций по заниженной цене. КС РФ в ряде своих правовых позициях отметил, что процедура принудительного выкупа акций подразумевает как оценку правильности определения цены выкупаемых акций и наличие убытков у миноритариев, так и исследование, связанных с принудительным выкупом или возникновением права на такой выкуп фактических обстоятельств, могущих свидетельствовать о существенном нарушении требований закона или о злоупотреблении правами и влиять на установление справедливой цены²¹. В частности, КС РФ встал на защиту прав мелких собственников в ситуации, связанной с выкупом акций. Он обращает внимание, что миноритарии являются слабой стороной в системе корпоративных отношений, поэтому они обеспечиваются конституционно-правовыми гарантиями (охрана законом прав акционеров) и судебной защитой нарушенных прав²².

Задачу обеспечения баланса прав и законных интересов всех заинтересованных лиц (акционеров, кредиторов, органов управления и др.) в процессе предпринимательской деятельности акционерного общества, в том числе при выборе экономической стратегии развития бизнеса (модель управления компанией), совершении сделок с акциями, установлении ограничений в выплате акционерным обществом дивидендов, призвано решать российское корпоративное право²³.

Обратимся к европейской практике по данной проблематике. Директива № 2004/25/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС «О предложениях по поглощению»²⁴ определяет транспарентный порядок выкупа акций у мелких собственников, устанавливает механизм определения справедливой цены, обеспечивая, тем самым, правовые гарантии миноритарных акционеров. В частности, при добровольном предложении цена оферты будет являться справедливой ценой выкупа, когда по итогам добровольного предложения были приобретены голосующие акции, составляющие не менее 90% капитала с правом голоса, указанные в предложении.

Наконец, необходимо обратить внимание на агентскую проблему между акционером, связанную с получением информации о деятельности компании. Точнее сказать, о злоупотреблении правом со стороны миноритарного акционера на получение информации о деятельности компании. Рассмотрим пример из российской корпоративной практики.

Миноритарный акционер обратился в суд с исковым требованием к компании об обязанности ее устранить нарушения права на получение информации (получение копий протоколов заседаний совета директоров, документации о деятельности компании). Апелляционная коллегия суда отметила, что в отличие от цели получения документов наличие у заявителя материально-правового интереса в их получении имеет основополагающее правовое значение и входит в предмет доказывания по настоящему делу.

²¹ См.: Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 10.02.2009 № 372-О-О, от 03.07.2007 № 713-О-П, 714-О-П, 681-О-П // СПС «Консультант Плюс».

²² См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 10.04.2003 № 5-П // СПС «Консультант Плюс».

²³ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 21.12.2006 № 691-О // СПС «Консультант Плюс».

²⁴ См.: Директива № 2004/25/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС от 21.04.2004 «О предложениях по поглощению» // СПС «Консультант Плюс».

КС РФ²⁵ ориентирует правоприменителя на предоставление судебной защиты праву акционера на информацию о деятельности общества с наличием у него «обоснованного» или «законного» интереса в получении такой информации, и рассматривает отсутствие законного (обоснованного) интереса в получении информации как частный случай злоупотребления правом на информацию.

Установление наличия у акционера законного (обоснованного) интереса в получении документов необходимо, поскольку те дополнительные права (по отношению к закрепленным в ст. 31 Федерального закона «Об акционерных обществах» праву на участие в общем собрании акционеров, праву на получение дивидендов, праву на долю имущества общества при его ликвидации), которыми наделяется акционер, включая право на доступ к документам общества (ст. 91 Закона) призваны обеспечить реализацию экономических целей и задач акционера, вытекающих из его статуса, закрепленного ст. 31 Закона. Таким образом, право доступа к документам общества закон предоставляет акционеру с целью гарантировать осуществление его права на участие в управлении обществом. Следовательно, закон защищает не абстрактный интерес акционера, предоставляя ему право доступа к документам общества, а интерес конкретной, связанный с реализацией права акционера на участие в управлении обществом. Участие или неучастие в общем собрании акционера — это право самого акционера, но не его обязанность, и само по себе отсутствие акционера на собрании не является правонарушением. Вместе с тем факт систематического отсутствия акционера на собраниях акционеров общества на протяжении трех лет может рассматриваться как дополнительное доказательство отсутствия его заинтересованности в управлении делами общества.

Интерес мелкого собственника в получении протоколов заседаний совета директоров не связан с реализацией его права на участие в управлении обществом или принятием экономически оправданных решений о продаже и покупке акций обществом, и, соответственно, не отвечает критериям законного (обоснованного) интереса в его понятии²⁶. Таким образом, суд приходит к выводу, что совершение заявителем такого рода действий не связано с реализацией им прав акционера общества и, соответственно, рассценивается судом как злоупотребление истцом правом в силу положений ст. 10 ГК РФ²⁷.

Подводя промежуточные итоги, необходимо обратить внимание на следующее обстоятельство. Агентские конфликты между собственниками разрушительно влияют на стоимость компании. С другой стороны, собственник может воспользоваться процедурой инициализации судебного контроля в отношении незаконных действий другого собственника. Кроме того, влияние мажоритарного акционера на деятельность компании связано с подчинением себе воли других, прежде всего, мелких собственников, и его конечной целью являются экономические интересы и контроль над компанией. Однако право собственности на акцию и право голосования позволяют акционеру иметь связующий канал между собственниками, формулировать повестки на общих собраниях, инициировать законные требования.

Как отмечает ЕСПЧ, акция компании является сложной вещью, которая сертифицирует, что владелец обладает акцией в компании вместе с соответствующими правами.

²⁵ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 17.01.2011 № 8-О-П // СПС «Консультант Плюс».

²⁶ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 18.01.2011 № 8-О-П // СПС «Консультант Плюс».

²⁷ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 08.08.2012 № 09АП-20244/2012 // СПС «Консультант Плюс».

Это не только косвенное требование в отношении активов компании, но и другие права: избирательные права и *право влиять на деятельность компании управлять ею*²⁸. В действительности без достаточных юридических инструментов в отношении устрашения мажоритарных акционеров невозможно ограничить их аппетиты. Иначе, крупные собственники, имея мотивацию, будут способны воспользоваться ситуацией (пользоваться личными выгодами от управления компанией) или, в худшем случае, вывести корпоративные активы²⁹.

После рассмотрения особенностей взаимоотношений между акционерами (собственниками), необходимо перейти непосредственно к модели взаимоотношений между руководством компании и собственниками.

Баланс экономических интересов между исполнительным органом компании, ее советом директоров и собственниками

Еще одним видом агентской проблемы являются взаимоотношения между исполнительным органом (менеджментом) компании, ее советом директоров и собственниками (акционерами). Отчасти данная проблема нивелируется при наличии мажоритарных собственников, которые используют свои полномочия с целью реализации корпоративных ресурсов для себя³⁰. Важным сдерживающим фактором агентской проблемы между советом директоров и собственниками является институт независимого директората (при наличии качественного корпоративного законодательства в отношении обеспечения контроля в компании со стороны независимого директората)³¹.

В российском корпоративном праве используется следующий критерий отбора в отношении института независимого директората. Эффективность осуществления функций совета директоров требует включения в состав совета директоров независимых директоров, т.е. лиц, которые не только не являются членами правления, но и независимы от должностных лиц общества, их аффилированных лиц, крупных контрагентов общества, а также не находятся с обществом в иных отношениях, которые могут повлиять на независимость их суждений.

В соответствии с наилучшей практикой корпоративного управления под независимыми директорами понимаются лица, которые обладают достаточной самостоятельностью для формирования собственной позиции и способны выносить объективные и добросовестные суждения, независимые от влияния исполнительных органов общества, отдельных групп акционеров или иных заинтересованных сторон, а также обладают достаточной степенью профессионализма и опыта (п. 101 Кодекса корпоративного управления)³². В соответствии с п. 113 Кодекса независимые директора призваны внести

²⁸ См.: Решение Европейской комиссии от 11.12.1986 по делу «S-S., I. ABandB.T. v. Sweden» // СПС «Консультант Плюс».

²⁹ См.: Mezzetti L., Schlimm D., Sharfman B., op. cit. P. 1.

³⁰ См.: Mezzetti L., Schlimm D., Sharfman B. op. cit. P.1.

³¹ См.: De Mott D. Guests at the Table? Independent Directors in Family-Influenced Public Companies // The Journal of Corporation Law, 2008, vol. 33, p. 847; Kraakman R., Black B. A Self — Enforcing Model of Corporate Law // Harvard Law Review. 1996, vol. 109, p. 1911–1982.

³² См.: Письмо Банка России от 10.04.2014 № 06-52/2463 «О Кодексе корпоративного управления» // Вестник Банка России. 2014. № 40.

значительный вклад в обсуждение и принятие решений, прежде всего, по таким вопросам, как выработка стратегии развития общества и оценка соответствия деятельности общества стратегии его развития, предотвращение и разрешение корпоративных конфликтов, оценка качества работы исполнительных органов, оценка деятельности общества на предмет соответствия интересам всех акционеров, своевременное раскрытие достоверной информации о деятельности общества, реорганизация и увеличение уставного капитала общества, внесение существенных изменений в устав общества, затрагивающих права акционеров, по вопросам, связанным с процедурами поглощения общества, а также по иным важным вопросам, решение которых может затронуть интересы акционеров.

По мнению Дж. Гордона³³, важнейшим аспектом в деятельности независимого директората является передача компании импульса — стратегии максимизации благосостояния акционера посредством оцененной производительности курса акций. Другими словами, институт независимого директората теперь вынужден оценивать производительность компании с учетом индикаторов фондового рынка (курса акций), и поэтому акцент смещен к интересам акционеров, а не управления (совета директоров). В российской корпоративной практике институт независимого директората не является ключевым. Он не наделен гарантиями и фидуциарными обязательствами (фидуциарная обязанность должной заботливости и фидуциарная обязанность лояльности).

Роль и значение совета директоров, а также его влияние на хозяйственную деятельность компании является существенной. Именно централизованная, иерархическая власть (с приоритетом управления со стороны совета директоров) необходима для эффективного управления крупной компанией³⁴. Правовой статус менеджмента компании (права, обязанности, ответственность) обусловлен спецификой его деятельности, местом и ролью в механизме управления организацией: он осуществляет руководство организацией, в том числе выполняет функции ее исполнительного органа, совершает от имени организации юридически значимые действия. Выступая от имени организации, руководитель должен действовать в ее интересах добросовестно и разумно (п. 3 ст. 53 ГК РФ). От качества работы менеджмента во многом зависят соответствие результатов деятельности организации целям, ради достижения которых она создавалась, сохранность ее имущества, а зачастую и само существование организации³⁵.

Эффективное управление компанией позволяет создать баланс интересов акционеров, менеджмента (совета директоров), работников и самой компании как субъекта права (фактор производственной команды). На практике менеджмент компании зачастую стремится получить выгоды от своего управления (как и в ситуации с крупными собственниками).

Обратимся к примерам из российской корпоративной практики. Руководитель кредитного учреждения, не проявляя требуемой от него как руководителя степени заботливости и осмотрительности (фидуциарной обязанности должной заботливости), заключил без проведения соответствующего анализа финансового состояния заемщиков сделки по выдаче заведомо невозвратных кредитов, чем причинил кредитному учреждению убытки. В результате суды, руководствуясь ст. 71 Федерального закона «Об

³³ См.: *Gordon J. The Rise of Independent Directors in the United States, 1950-2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices // Stanford Law Review, 2007, vol. 59, p. 1465.*

³⁴ См.: *Rose P., Sharfman B. Shareholder Activism as a Corrective Mechanism in Corporate Governance // Working Paper. Moritz College of Law. The Ohio State University, 2013, p. 9; Smith D. Corporate Governance and Managerial Incompetence: Lessons from Kmart // North Carolina Law Review, 1996, vol. 74, p. 1046.*

³⁵ См.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 11.04.2012 № А45-11239/2011 // СПС «Консультант Плюс».

акционерных обществах» и ст. 15 ГК РФ, пришли к выводу о наличии оснований для привлечения руководителя к гражданско-правовой ответственности³⁶. Согласно п. 1 ст. 10 ГК РФ, не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах. Согласно правовой позиции, изложенной в п. 9 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ³⁷, совершение сделок с нарушением положений ст. 10 ГК РФ влечет вывод о ее недействительности по основаниям, установленным ст. 168 ГК РФ.

Злоупотребление правом имеет место тогда, когда менеджмент компании совершает сделку (подписывая договор) при отсутствии соответствующего намерения по отчуждению активов у высшего органа управления обществом — общего собрания акционеров, т.е. не в интересах юридического лица и фактически при отсутствии его волеизъявления³⁸. Действия, когда интересы руководителя при заключении договоров купли-продажи являются противоположными интересам компании, в результате чего последняя утрачивает возможность использования активов, необходимого для осуществления основной деятельности, рассматриваются как недобросовестные и расцениваются как злоупотребление правом. Отчуждение активов по существенно заниженной цене (что не соответствует цели предпринимательской деятельности — получению прибыли), направленное на их вывод из компании, свидетельствует о недобросовестном поведении менеджмента (отсутствие реальной прибыли от совершения сделки, ее убыточность) и является основанием для признания сделки ничтожной (на основании ст. 168 ГК РФ) в силу противоречия требованиям ст. 10 ГК РФ³⁹.

Возьмем ситуацию, связанную с получением личных выгод менеджментом компании от ее управления. Руководитель компании (являясь также мажоритарным собственником) в отсутствие обязательственных отношений (реальных хозяйственных операций) с контрагентом — аффилированным лицом перечислял безосновательно денежные средства, действуя вопреки закону и интересам общества (фидуциарных обязанностей должной заботливости и лояльности). В дальнейшем руководитель не только не произвел действий, направленных на возврат неосновательно уплаченных аффилированному лицу сумм, но и напротив, ликвидировал его, исключив возможность взыскания. При этом фактически параллельно с инициированием процедуры ликвидации руководитель создает новую компанию с таким же названием.

Оценив в совокупности изложенные обстоятельства, суд пришел к выводу, что руководитель, осуществивший названные платежи от имени компании в пользу аффилированного лица, совершил противоправные (не имеющие законного основания), виновные (совершенные умышленно с осознанием безосновательности платежей и негативных последствий их совершения для компании), причинившие ущерб (в виде уменьшения принадлежащих компании активов) действия. При этом налицо причинно-следственная

³⁶ См.: Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 02.07.2012 № ВАС-8291/12 // СПС «Консультант Плюс».

³⁷ См.: Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25 ноября 2008 № 127 «Обзор практики применения судами статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

³⁸ См.: Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.06.2011 по делу № А56-32394/2010 // СПС «Консультант Плюс».

³⁹ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 31.08.2012 по делу № А40-30447/12-136-118 // СПС «Консультант Плюс».

связь между действиями лица как директора компании и возникшими у последнего убытками. Кроме того, совокупная оценка действий руководителя характеризуется как корпоративный захват компании⁴⁰. В данной ситуации руководитель компании стремился получить личные выгоды (путем вывода активов из компании) в ущерб интересам компании.

Приведу еще один пример в отношении получения менеджментом компании личных выгод. Руководитель компании назначил себе премии (бонусы) без согласования с советом директоров, вразрез с имущественными интересами компании. Суд отметил, что законодательство об акционерных обществах, гражданское законодательство (являющееся приоритетным в регулировании отношений между обществом и единоличным исполнительным органом), а также трудовое законодательство исходят из того, что в своей работе руководитель общества вправе использовать свои властные полномочия в рамках предоставленной ему законом и уставом общества компетенции, согласовывая ряд вопросов с советом директоров и общим собранием, действуя добросовестно и разумно в интересах и на благо имущественных интересов общества.

Исполнительный орган акционерного общества (руководитель), участвуя в формировании внутренней политики общества, мог только осуществлять проектную подготовку решений в отношении премирования, и далее обязан был организовывать согласование с Советом директоров. Суд отметил, что руководитель без согласования с работодателем (советом директоров) неосновательно получил суммы премий (неосновательно обогатился). Действия руководителя (получение личной выгоды и нанесения ущерба компании) являются незаконными⁴¹.

Таким образом, модель взаимоотношений между советом директоров и собственниками предполагает политику некоторой закрытости от акционеров (собственников). В результате создается ситуация информационной асимметрии. Проблемой в российской корпоративной практике является ситуация, когда руководитель не действует в интересах акционеров, а стремится действовать в собственных интересах (личное обогащение), тем самым смещая крен агентской проблемы от взаимоотношений между собственниками к взаимоотношениям между советом директоров и собственниками.

В данной ситуации введение института независимого директората (с учетом качественной правовой базы) в рамках Стратегии развития финансового рынка Российской Федерации на период до 2020 года будет являться превентивной мерой от разрушения стоимости компании (вывода активов, недружественного захвата), а также гарантией соблюдения баланса интересов между директоратом и собственниками.

Заключение

В заключение необходимо обратить внимание на следующее. Агентские конфликты между собственниками, между менеджментом компании, ее советом директоров и собственниками разрушительно влияют на стоимость компании.

Собственник (акционер) компании может воспользоваться процедурой инициализации судебного контроля в отношении незаконных действий другого собственника (нанесения ущерба интересам компании, а также другим собственникам). Несмотря на

⁴⁰ См.: Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.08.2012 по делу № А32-9673/2011 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴¹ См.: Кассационное определение Верховного суда Республики Татарстан от 26.01.2012 по делу № 33-883/2012 // СПС «Консультант Плюс».

влияние мажоритарного акционера на деятельность компании, мелкий акционер, обладая правом собственности на акцию и правом голосования, имеет связующий канал между собственниками (акционерами): формулировать повестку дня на общих собраниях собственников, а также инициировать законные требования. С другой стороны, без достаточных юридических инструментов (наложение фидуциарных обязанностей в законодательном порядке на акционеров, по аналогии с руководителями хозяйственных обществ (ст. 44 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью», ст. 71 Федерального закона «Об акционерных обществах»)) для «устрашения» мажоритарных акционеров невозможно, ограничить «аппетиты» последних (получение личных выгод от управления компанией). Модель управления компанией с приоритетом в отношении собственников остается «сырой» применительно к российским условиям.

Наконец, введение независимого директората (с учетом законодательной подпитки) является очень важной составляющей при конструировании взаимоотношений между исполнительным органом компании, ее советом директоров и собственниками компании. Механизм независимого директората будет являться превентивной мерой от разрушения стоимости компании (вывода активов, недружественного захвата), а также гарантией соблюдения баланса интересов между директоратом и собственниками.



Библиография

Луценко С.И. Дилемма выбора модели управления компанией // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 2. С. 162–171.

Луценко С.И. Фидуциарные отношения: нахождение компромисса интересов между участниками // Финансовый менеджмент. 2012. № 6. С. 64–71.

Bebchuk L., Hamdani A. The Elusive Quest for Global Governance Standards // University of Pennsylvania Law Review. 2009, vol. 157, pp. 1263–1317.

Berle A., Means G. The Modern Corporation and Private Property // New York: MacMillan, 1932, p. 414.

Dahya J., Dimitrov O., McConnell J. Dominant Shareholders, Corporate Boards and Corporate Value: A Cross-Country Analysis // Working paper. Purdue University. 2006, pp. 1–57.

Dahya J., Dimitrov O., McConnell J. Does Board Independence Matter in Companies with Controlling Shareholder? // Journal of Applied Corporate Finance, 2009, vol. 21, p. 67–78.

De Mott D. Guests at the Table? Independent Directors in Family-Influenced Public Companies // Journal of Corporation Law, 2008, vol. 33, pp. 819–863.

Dooley M. Two Models of Corporate Governance / Business Lawyer. 1992, vol. 47, p. 461–527.

Gilson R., Gordon J. Doctrines and Markets: Controlling Shareholders // University of Pennsylvania Law Review, 2003, vol. 152, pp. 785–843.

Gilson R. Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the Comparative Taxonomy // Working Paper. Columbia Law School, Stanford Law School and ECGI, 2005, pp. 1–46.

Gordon J. The Rise of Independent Directors in the United States, 1950–2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices / Stanford Law Review, 2007, vol. 59, p. 1465–1568.

Kraakman R., Black B. A Self — Enforcing Model of Corporate Law / Harvard Law Review, 1996, vol. 109, pp. 1911–1982.

Mezzetti L., Schlimm D., Sharfman B. Corporate Governance and the Impact of Controlling Shareholders / Corporate Governance Advisor, 2010, vol. 18, pp. 1–10.

Rose P., Sharfman B. Shareholder Activism as a Corrective Mechanism in Corporate Governance // Working Paper. Moritz College of Law. The Ohio State University, 2013, pp. 1–38.

Smith D. Corporate Governance and Managerial Incompetence: Lessons from Kmart // North Carolina Law Review, 1996, vol. 74, pp. 1037–1139.

Directorate versus Shareholders: Cognitive Dissonance or Balance of Interests between Partners inside Company



Sergei Lutsenko

Leading expert of the Control Office under President of Russia. Address: 103132 Russian Federation, Moscow, 8/5 Staraya Ploschad. E-mail: scorp_ante@rumbler.ru



Abstract

The article considers features of mutual relations between shareholders and also between management, board of directors of the company and shareholders. The consideration purpose is the finding of certain balance of interests between board of directors (management) concerning reception of personal benefits, on the one hand, and shareholders concerning their of maximization wealth. In particular, attempts of a finding of ways concerning management efficiency of the company will be undertaken: input and algorithmization of independent board, a formulation of model of behavior of large and small shareholders (including, concerning the redemption of shares at the fair price, abusing a right to be informed about company activity). The author contemplates the classical agency problem connected with division of ownership rights (economic interests) and the control (participation in management questions). An example of the agency conflict between shareholders is squeeze out of minority shareholder, even at observance of appropriate legal procedure. Other example of an agency problem between shareholders is reception of the information on company activity (abusing the right from the minority shareholder on reception of the information). Agency conflicts between shareholders negatively influence not only activity of the company, but also on other shareholders indeed. On the other hand, the shareholder can use procedure of initialization of the judicial control concerning illegal actions of other shareholder. An important deterrent of an agency problem is the institute of independent management. Besides, the author considers influence of the majority shareholder on company activity — submission to itself of will of other shareholders (small shareholders). The purpose, the large shareholder is economic interests and the total control over the company. However, the ownership right on the share and the voting right, allows the small shareholder to have the binding channel between other shareholders, to formulate summonses at general meetings, and also to initiate legal requirements. Besides, in the presented work situations will be considered, in which company board of directors breaks balance of interests, making transactions, to the prejudice of interests of the company and its shareholders.



Keywords

corporate governance, shareholder, management, independent board, agency conflict, fiduciary duty, balance of interests

Citation: Lutsenko S.I. (2015) Directorate versus Shareholders: Cognitive Dissonance or Balance of Interests between Partners inside Company. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no.1, pp. 194–207 (in Russian)

JEL: G30, G38, K20, K22



References

Bebchuk L., Hamdani A. (2009) The Elusive Quest for Global Governance Standards. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 157, pp. 1263–1317.

Berle A., Means G. (1932) *The Modern Corporation and Private Property*. New York: MacMillan Publishing Co.

Dahya J., Dimitrov O., McConnell J. (2006) Dominant Shareholders, Corporate Boards and Corporate Value: A Cross-Country Analysis. *Working paper*. Purdue University, pp. 1–57.

Dahya J., Dimitrov O., McConnell J. (2009) Does Board Independence Matter in Companies with Controlling Shareholder? *Journal of Applied Corporate Finance*, vol. 21, pp. 67–78.

- DeMott D. (2008) Guests at the Table? Independent Directors in Family-Influenced Public Companies. *The Journal of Corporation Law*, vol. 33, pp. 819–863.
- Dooley M. (1992) Two Models of Corporate Governance. *The Business Lawyer*, vol. 47, pp. 461–527.
- Gilson R., Gordon J. (2003) Doctrines and Markets: Controlling Controlling Shareholders. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 152, pp. 785–843.
- Gilson R. (2005) Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the Comparative Taxonomy. *Working Paper*. Columbia Law School, Stanford Law School and ECGI, pp. 1–46.
- Gordon J. (2007) The Rise of Independent Directors in the United States, 1950-2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices. *Stanford Law Review*, vol. 59, pp. 1465–1568.
- Kraakman R., Black B. (1996) A Self-Enforcing Model of Corporate Law. *Harvard Law Review*, vol. 109, pp. 1911–1982.
- Lutsenko S. (2014) Dilemma vybora modeli upravleniya kompaniy [Dilemma as to the Model of Corporate Governance]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no. 2, pp. 162–171.
- Lutsenko S. (2012) Fidutsiarnye otnosheniya: nakhozhdenie kompromissa interesov mezhd uchashtnikami [Fiduciary Relations: in Search of Compromise among Participants]. *Finansovyy menedzhment*, no. 6, pp. 64–71.
- Mezzetti L., Schlimm D., Sharfman B. (2010) Corporate Governance and the Impact of Controlling Shareholders. *Corporate Governance Advisor*, vol. 18, pp. 1–10.
- Rose P., Sharfman B. (2013) Shareholder Activism as a Corrective Mechanism in Corporate Governance. *Working Paper*. Moritz College of Law. The Ohio State University, p. 1–38.
- Smith D. (1996) Corporate Governance and Managerial Incompetence: Lessons from Kmart. *North Carolina Law Review*, vol. 74, pp. 1037–1139.

Методология и культура сравнительного правоведения

(рецензия на кн.: The Method and the Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke / Adams M., Heirbraut D. (eds.). Oxford: Hart Publishing, 2014. 328 p.)



М.В. Антонов

доцент кафедры теории и истории права и государства юридического факультета Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 190121 Российская Федерация, Санкт-Петербург, ул. Союза Печатников, 16. E-mail: mantonov@hse.ru



Аннотация

Настоящая работа представляет собой рецензию на вышедшую в 2014 году книгу, которая посвящена 65-летию юбилею профессора Гентского университета Марка Ван Хука. Начав с краткой характеристики вклада Ван Хука в современную компаративистику, автор последовательно проанализировал все вошедшие в данную коллективную монографию очерки. В рецензии внимание сосредоточено на описании основных тезисов эссе, включенных в рецензируемую коллективную монографию. Попутно автор дает критические оценки некоторым из очерков. Рецензируемая книга позволяет получить представление о многоаспектности западных исследований в области методологии сравнительного правоведения и может стать важным подспорьем для отечественных компаративистов. Практически каждый очерк показывает, как сравнительно-правовое исследование может вестись за пределами аналитического сравнения нормативно-правовых текстов и институтов, социологического сравнения их функций. Особенно автор останавливается на той методологической установке, которая характеризует большинство из очерков, — на глубинном изучении правовых явлений, т.е. на всестороннем анализе всех аспектов социальной жизни для понимания сходств и различий сравниваемых норм, институтов, типов правосознания. Подчеркивается также важность общетеоретических и философско-правовых вопросов для построения методологии сравнительного правоведения. В этом отношении основное внимание многих авторов вошедших в монографию очерков направлено на теорию правовой коммуникации М. Ван Хука. Межличностное общение, смысловая координация поведения, интерпретация текстов и другие коммуникативные действия происходят в определенном институционально оформленном социальном контексте. Такой подход к анализу и сравнению национальных правовых систем дает возможность конструирования методологической модели для объяснения права в широкой социально-философской перспективе. Такая установка служит важным методологическим принципом сравнительного анализа правовых культур, без которого невозможен, по убеждению авторов монографии, сравнительно-правовой анализ как таковой.



Ключевые слова

сравнительное право, коммуникация, функционализм, правовая культура, методология, социальный контекст

Библиографическое описание: Антонов М.В. Методология и культура сравнительного правоведения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. №1. С. 208–221.

К 65-летию юбилею профессора Гентского университета (Бельгия) **Марка Ван Хука**, который известен российскому читателю по работе «Право как коммуникация» и ряду статей по теоретическим вопросам сравнительного правоведения¹, ряд ведущих западно-европейских и канадских ученых подготовил коллективную монографию, посвященную общеметодологическим вопросам сравнительного правоведения. Именно в этой области специализируется бельгийский правовед, перу которого, помимо теоретико-правового трактата «Право как коммуникация», принадлежит ряд чрезвычайно интересных работ, написанных за последние два десятилетия по методологии сравнительного анализа правовых культур и другим методологическим проблемам компаративистики². И эти работы, и активная деятельность профессора Ван Хука в качестве директора Европейской академии теории права³ и организатора многих проектов в области методологии сравнительного правоведения, как подчеркивает большинство авторов рассматриваемой монографии, являются важным фактором в развитии исследований в этом направлении.

Можно с уверенностью сказать, что группа английских, нидерландских и бельгийских ученых, а также исследователи из ряда других стран, которые приняли участие в рецензируемой коллективной монографии (а также в других монографиях по данной теме⁴), представляют мэйнстрим мировой науки в данной области. В связи с этим и название монографии является символическим — именно методология сравнительного правоведения и проблематика правовых культур находились и находятся в центре исследовательских интересов М. Ван Хука, который в этих вопросах последовательно отстаивает тезис о необходимости учета социально-культурного контекста при анализе компаративистских проблем⁵. Символична и ориентированность на «глубинные исследования» правовых явлений, что является методологическим принципом исследований Ван Хука⁶.

¹ См. на русском языке: Ван Хук М. 1) Право как коммуникация. СПб.: Издательский Дом СПбГУ, 2012; 2) Конституционные суды и делиберативная демократия // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 2. С. 135–149; 3) Методология сравнительно-правовых исследований // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 3. С. 121–147; 4) Европейские правовые культуры в контексте глобализации // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции: К 60-летию А.В. Полякова. В 2 т. Т. 2: Актуальные проблемы философии права и юридической науки в связи с коммуникативной теорией права / под ред. М.В. Антонова, И.Л. Честнова. СПб.: Алет-Пресс, 2014; с. 7–32. См. также: Антонов М.В. Объективность в праве и в юридическом мышлении: Рецензия на кн: J. Husa J., Van Hoecke M. (eds.). Objectivity in Law and Legal Reasoning. Oxford: Hart Publishing, 2013. 268 p. // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2014, № 1, с. 252–266.

² Стоит отметить, что и к общетеоретическим, философско-правовым вопросам профессор Ван Хук подходит в ракурсе сравнения действия права в разных правовых культур. Это отчетливо проступает как в «Праве как коммуникации», так и в других общетеоретических работах М. Ван Хука и круга ученых, которые сплотились вокруг него. См., напр.: Антонов М.В. Объективность в праве и в юридическом мышлении: Рецензия на кн: Husa J., Van Hoecke M. (ed.) Objectivity in Law and Legal Reasoning. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2013. 268 p. // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2014. № 1. С. 252–266.

³ См. о деятельности этого образовательного и исследовательского центра: Антонов М.В., Самохина Е.Г. Европейская академия теории права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. № 4, с. 267–271.

⁴ Ср.: Van Hoecke M. (ed.) Epistemology and Methodology of Comparative Law. Oxford: Hart Publishing, 2004; Van Hoecke M. (ed.) Methodologies of Legal Research. Which Kind of Research for What Kind of Discipline. Oxford: Hart Publishing, 2013.

⁵ Ср.: Van Hoecke M., Warrington M. Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law // International and Comparative Law Quarterly, 1998, № 47, p. 495–536.

⁶ Такой подход обосновывается юбилеем, в частности: Van Hoecke M. Deep Level Comparative Law / Van Hoecke M. (ed.) Epistemology and Methodology of Comparative Law. P. 165–195.

Включенные в сборник работы написаны на три основные темы: вопросы методологии компаративистики; проблемы глобализации в ракурсе сравнительного правоведения; методика междисциплинарных правовых исследований и способы анализа социального контекста, в котором развивается и действует право. Как подчеркивают авторы вводной статьи «Пролегомены к методологии и культуре сравнительного права» (с. 1–21), **Морис Адамс** (профессор Тилбургского университета) и **Дирк Хейрбаут** (профессор Гентского университета), особую значимость для понимания теоретических и философских аспектов данных вопросов имеет теория правовой коммуникации, разработанная М. Ван Хуком. Давая общую характеристику включенным в монографию материалам, авторы аргументировано указывают, что наука компаративистики может справиться с вызовами времени (глобализация, плюрализм, иные изменения в социальной и правовой действительности), только предприняв «особые усилия эпистемологического и методологического характера» (с. 21) и предложив новые перспективы «видения права и его роли в обществе» (там же). Философско-правовую основу для таких «усилий» и «перспектив» вполне можно найти в теории «права как коммуникации».

Английский правовед, профессор Кентского университета **Джеффри Самуэль** в своем очерке «Что есть юридическая эпистемология?» (с. 23–36) описывает основные этапы становления этой научной дисциплины, ее функции в структуре юридического знания и стоящие перед ней исследовательские задачи. Самуэль демонстрирует роль, которую сыграли в институционализации этой дисциплины работы Г. Кельзена, Х. Перельмана, К. Атьяса и Р. Бланше. Основной эпистемологической проблемой современного правоведения автор, следуя М. Ван Хуку (заслуги которого в проблематизации вопросов юридической эпистемологии Самуэль подчеркивает), считает поиск оптимального соотношения риторического, герменевтического и функционального подходов к пониманию права (С. 33 и сл.). Решение этой проблемы требует отказа от «властной парадигмы» (т.е. видения права как приказа государства, проводника государственной воли) при изучении права и способов его познания. Такой отказ не должен означать забвения этой парадигмы и акцентирования каких-либо иных (лингвистических, социологических, исторических и т.п.) парадигм. Каковы же черты такой концепции в целом и применительно к компаративистике, в частности? Самуэль не дает ответа на этот вопрос, предпочитая фокусировать внимание читателя на методологических трудностях, с которыми сталкивается такое предприятие, и на критике однофакторности при объяснении права.

Свой очерк британский ученый заключает так: «Что есть юридическая эпистемология? Это не что иное, как способ бегства от бесплодного прошлого сравнительного правоведения, от правового позитивизма и, прежде всего, от властной парадигмы» (с. 36). Остается, правда, непонятным, призывает ли автор к очередной интегральной схеме юриспруденции в духе Дж. Холла или Г. Дж. Бергмана, либо проект юридической эпистемологии может быть реализован в рамках коммуникативной концепции М. Ван Хука, либо юридическое знание обречено оставаться фрагментированным, а его методы (включая методы изучения права и правового мышления) должны конструироваться применительно к контексту исследования и с учетом исключительно прагматических соображений.

В очерке «Сравнительное правоведение как метод и метод сравнительного правоведения» (с. 37–52) профессор Маастрихтского университета **Яаап Хаге** задается вопросом, есть ли у сравнительного права методология, отличная от набора методов, используемых другими научными дисциплинами, к которым при надобности обраща-

ются компаративисты. В начале своей статьи Хаге утверждает, что «метод есть набор стандартов для оценки релевантности аргументов» (с. 38), а «методология есть изучение надлежащих стандартов научной аргументации» (Там же). По мнению автора, опирающегося на аргументативную схему, разработанную британским мыслителем Стивеном Тулмином, основная задача сравнительного права заключается в том, чтобы поставлять аргументы для обоснования суждений о фактических явлениях (о позитивном праве, правовой культуре и проч.), которые являются объектом юридического познания. Предлагаемый Хаге подход подразумевает, что метод есть всего лишь набор приемов научной аргументации — точка зрения, которая не лишена интереса, но которая значительно сужает границы понятия «метод». Как небезосновательно замечает Хаге, данное понятие полисеманлично и заключает в себе несколько значений. При этом в рассматриваемом очерке автор не приводит объяснений того, почему он отказывается от всех других значений «метода», что были сформулированы в философии науки. Нидерландский правовед вскользь упоминает И. Лакатоса (с. 49), чьи философские воззрения могли бы послужить основой для развиваемой автором концепции метода, но связь этой концепции с идеями Лакатоса или других философов науки не проясняется. Приводимые профессором Хаге интересные и поучительные замечания, несомненно, представляют интерес для тех, кто занимается компаративистикой, но, к сожалению, они остаются без последовательного философского обоснования.

В следующем очерке «Исследовательские проекты в сравнительном правоведении — методология или эвристика» (с. 53–68), написанном профессором Лапландского университета **Якко Хуса**, продолжается обсуждение методологических вопросов. Автор приводит богатую палитру примеров из области компаративистики для иллюстрации различных приемов ведения сравнительно-правовых исследований и заключает, что методы компаративистики в силу особенностей задач, стоящих перед представителями этой научной дисциплины, должны иметь отличия от методов других наук. По мнению финского исследователя, «методология сравнительного правоведения может быть определена как эвристическая компиляция» (с. 65). Такая компиляция противопоставляется автором классической научной методологии, которая «по своей природе является нормативной» (с. 68), так как указывает на пределы и способы познания явлений и дает «руководство» по их исследованию. Подобная «нормативность» устанавливает определенные ценностные, культурные и иные рамки, от которых исследователь не может полностью освободиться. Нейтральность компиляционных исследований компаративистов может, как считает Хуса, позволить им «избежать открытого пристрастия и предрассудков... и открыть для своего понимания более широкие горизонты» (Там же). Здесь финский правовед не обозначает философской парадигмы (хотя ее можно найти в трудах П. Фейерабенда и других представителей философии науки), при помощи которой можно обосновать такой методологический релятивизм. Без этого создается впечатление, что речь идет об уходе от обсуждения избираемого набора исследовательских приемов — любой методологический прием может быть, в конечном счете, обоснован эвристическими и прагматическими соображениями.

Один из ведущих представителей нарративной юриспруденции, профессор Брюссельского университета им. Св. Людовика **Франсуа Ост** озаглавил свой очерк «Право как перевод» (с. 69–86), предлагая рассматривать перевод как «парадигму для размышлений о нашем плюралистическом мире» (с. 69). Ссылаясь на П. Рикера, автор утверждает, что перевод — это не только передача информации с одного языка на другой, но также и коммуникация, связь смыслов, вырабатываемых на разных уровнях социаль-

ной действительности. Этот тезис профессор Ост обосновывает примером европейского права, где юристы в повседневной деятельности все чаще сталкиваются с необходимостью транслировать (переносить, сравнивать, осмысливать) нормы разных правовых порядков и вырабатывать для этого многочисленные языковые конвенции. Совокупность таких конвенций, выработанных в рамках одного правового порядка, автор предлагает называть «идеолектом» (неологизм, составленный из слов «идея» и «диалект»). Бельгийский мыслитель демонстрирует несостоятельность вытекающего из рационалистической философии эпохи Просвещения представления о том, что смысл текста, написанного на одном языке, можно без потерь передать на другой язык. Именно такая философия лежит в основании современного международного права и сравнительного правоведения. Современность ставит перед юристами задачу пересмотра этих и других областей права с точки зрения современных лингвистических теорий. Право, по убеждению Оста, является «привилегированной лабораторией для выработки такой транснациональной парадигмы» (с. 84), поскольку задача любого юриста (судьи, законодателя, адвоката и т.д.) состоит в установлении коммуникации между другими лицами, что невозможно без нахождения «общего языка». Но в области права нельзя абсолютизировать тезис об языковой уникальности, поскольку идея о полной «непереводимости» терминов и «непередаваемости» смыслов замкнула бы каждый правовой порядок в его внутреннем дискурсе. Задачей перевода является обнаружение смыслов, скрытых в самом языке, через сопоставление терминов этого языка и других языков, за счет чего происходит взаимное обогащение смыслами.

Автор следующей главы «Контролируемое сравнение и язык описания» (с. 87–97), профессор Тилбургского университета **Морис Адамс** продолжил исследование лингвистической проблематики в сравнительном правоведении. На примере полемики двух представителей правовой этнологии середины XX в., М. Глюкмана и П. Боханнана, профессор Адамс продемонстрировал опасности использования понятий одной правовой культуры для обозначения явлений и процессов, происходящих в других правовых порядках. Это нередко приводит к искажению образов других (незападных) правовых порядков, которые описываются с помощью терминологии западного правового дискурса. Однако такие опасности неизбежны, поскольку любое описание предполагает субъективность: с одной стороны, предпочтения наблюдателя и культурную обусловленность его оценок и характеристик (поскольку они неизбежно транслируют языковую и иные перспективы, носителем которых является наблюдатель), с другой. В этом смысле нидерландский правовед обосновывает необходимость «контролируемого сравнения», которое предполагает осознание исследователем культурной, языковой и иных форм зависимости его мировоззрения. Такое осознание должно приводить не к бесплодным попыткам «полной объективности», а вырабатывать у исследователя «дух концептуальной осмыслительности», позволяющий ему самому обнаружить субъективизм своих суждений в перспективе сравниваемых им культур. Главное, чтобы «была возможна открытая коммуникация о новых способах видения вещей» (С. 94). Хотя остается непонятым, идет ли здесь речь об отказе от принципа объективности вообще (и тогда задачей исследователя будет не столько описание внешних фактов, сколько интроспективное описание своих субъективных ощущений и рефлексий по поводу этих фактов), либо же это всего лишь переформулировка принципа объективности.

В эссе «Три функции понятия функция в сравнительно-правовых исследованиях» (с. 99–111), совместно написанном канадцами — профессором Торонтского университета **Кэтрин Вальке** и профессором Йоркского университета **Мэтью Греллетом**, ста-

вится вопрос о переосмыслении категории «функция» в сравнительном правоведении. Следуя М. Ван Хуку и другим критикам классического функционального подхода (основанного на выдвинутой К. Цвайгертом и Х. Кетцем идее, что в любом обществе есть схожие проблемы и право решает эти проблемы схожими способами, и что правовые системы находятся в процессе постоянной конвергенции), авторы предлагают не отказываться, а наоборот, усовершенствовать этот подход.

Вальке и Греллет указывают, что функционализм может быть истолкован как предположение, что между правом и подлежащими решению социальными проблемами есть хоть какая-то (минимальная) связь, и что такое предположение не исключает вовлечения в ракурс компаративистского исследования других аспектов (культурных, языковых, институциональных различий и т.д.). Исходить из такого предположения, как настаивают авторы, — это более оправданный методологический ход, чем навешивать на элементы чуждых правовых культур ярлыки своего правопорядка и на этой основе вести сравнительно-правовое исследование «своих» и «чужих» норм и институтов. Подобная презумпция минимального сходства разных правопорядков в связи с общностью выполняемых социальных функций может, по мысли авторов, служить «непредвзятым критерием для установления правового материала в различных юрисдикциях» (с. 111). Здесь, правда, можно заметить, что в данном случае речь пойдет уже не о функциональном подходе как наборе методов и принципов исследования, а всего лишь о рабочей гипотезе, используемой для «фальсификации» (в смысле К. Поппера) того или иного сравнительно-правового анализа.

Профессор Регенсбургского университета **Маргин Лениг** поставил вопрос о предмете и методе сравнительного исторического правоведения. Его очерк под названием «Сравнительное правоведение и история права: несколько слов о сравнительном историческом правоведении» (с. 113–120) посвящен проблематике расширения предметной области компаративистики за счет охвата «различных доктринальных понятий и процессов в различные периоды времени» (с. 113) и тех социальных процессов, которые обуславливают такие понятия и процессы. Опираясь на идеи французского историка Марка Блока, призывавшего к формированию науки сравнительной истории, профессор Лениг предлагает разработать такую методологию сравнительного исторического правоведения, которая позволит не ограничиваться анализом истории национальных правовых институтов, текстов и событий и даст возможность конструирования общетеоретической модели для объяснения правовой, культурной, интеллектуальной истории той или иной цивилизации. Немецкий ученый указывает на сопряженные с такими исследованиями сложности, среди которых необходимость сбора и анализа огромных массивов эмпирического материала и опасность чрезмерных обобщений, которые могут привести к потере из вида индивидуальных особенностей исторических событий и памятников. Поэтому заключение Ленига о перспективах этого направления оказывается скорее пессимистическим (с. 119–120). В этом же ключе можно было добавить, что подобное реконструирование сравнительного правоведения может привести к тому, что эта научная дисциплина превратилась бы в социально-философскую концепцию и утратила бы в таком случае специфику и собственную предметную область.

В очерке «Сравнительные контексты в истории права: все ли мы сегодня компаративисты?» (с. 121–132) профессор Хельсинкского университета **Хейкки Пихлямяки** продолжил исследование сравнительной истории права. Он выдвинул более решительный тезис — в условиях глобализации история права уже не может писаться как история национальных правопорядков. Финский исследователь указал на основные этапы ста-

новления истории права как научной дисциплины в XIX–XX вв. и продемонстрировал логические пределы развития этой дисциплины в перспективах отдельно взятых национальных правопорядков. По мнению Пихляямяки, ограниченность исторических исследований права такой перспективой в наши дни в значительной степени лишает их смысла, поскольку эта перспектива упускает из виду взаимные влияния правопорядков друг на друга и их взаимодействие с глобальным и региональными правопорядками. Свои рассуждения финский правовед подытоживает так: «Историки права, даже используя национальный правопорядок в качестве основы для своих исследований, должны быть всегда готовы к тому, чтобы перенести предмет исследований в более широкий контекст — европейский или глобальный» (с. 132). Действительно, исследование отдельных правопорядков и их сравнение отнюдь не исключает возможности исследования наднациональных (европейского, мирового) правовых порядков.

Свое эссе «Любопытный случай слишком успешной пересадки правовых трансплантов» (с. 133–146) профессор Даремского университета **Матиас Симс** посвятил теоретическим вопросам, возникающим в ситуациях, когда тот или иной правовой институт, заимствованный из одного правопорядка в другой, начинает действовать более эффективно и качественно именно в этом другом, реципирующем правопорядке. Такие случаи опровергают стереотип о том, что правовые институты действуют лучше всего в той среде, в которой они развились, а при любой пересадке они частично утрачивают эффективность из-за разрыва с родной средой. Приводя ряд фактических примеров, доказывающих противное, британский ученый акцентирует внимание читателя на множестве факторов и причин, которые могут привести к такому эффекту. Среди них могут быть государственная поддержка, сила убеждения в необходимости реформ, опережающее или отстающее социальное развитие и т.п. Изучение этих факторов и их агрегированного воздействия на успех трансплантации правовых институтов представляет особенно сложную задачу для сравнительного правоведения, поскольку речь идет о целостном изучении множества измерений правовой действительности двух и более правопорядков. Этот вывод, по мнению автора, подчеркивает важность культурологической парадигмы в сравнительном правоведении и недопустимость обобщений, которые бы делались без внимания к особенностям отдельных правовых культур.

Профессор Лейденского университета **Ален Вийфелс** обратил внимание на известную еще из средневековой юриспруденции концепцию «общего права» (*ius commune*) и на ее значимость для современного сравнительного правоведения. В его очерке «Общее право, сравнительное правоведение и публичная политика» (с. 147–160) рассматривается история становления этого понятия в каноническом праве и его функции в политической и правовой жизни средневекового общества. Нидерландский правовед подчеркнул интегральный характер этого понятия и стоящей за ним философской парадигмы, включающей как совокупность действующих правовых норм, так и базовые мировоззренческие, религиозные и культурные представления членов того или иного общества. По мнению Вийфелса, подобно тому как в Средневековье идея о праве, общем для всех христианских народов, заложила основы культурного, правового и иного взаимодействия стран Европы и привела к формированию общей правовой культуры западного типа, так и в наши дни *ius commune* может сыграть значительную роль в дебатах об общеевропейской правовой культуре и в проведении публичной политики в этой сфере. Современные процессы европейской интеграции вновь могут сделать это понятие актуальным для сравнительно-правовых исследований отдельных правопорядков европейских стран и общеевропейского правопорядка и, в более общей перспективе, для

формирования общеевропейской правовой идентичности. Вместе с тем ученый не конкретизирует, что дает сравнительному правоведению использование термина «общее право» (которое к тому же приводит к известным параллелям с англо-американским правом) вместо таких терминов, как «общеевропейское право». *Ius commune* исторически обозначало определенный круг явлений и представлений, имея в своей основе вполне конкретные религиозные убеждения, чего нельзя сказать о современном «общеевропейском праве», идеология и философия которого пока еще остается в тумане неопределенности.

Ирландский правовед **Шон Патрик Донлан**, представляющий Лимерикский университет, в своем очерке «Нормативность, легальность, государственно-организованное право — это разные вещи» (с. 161–175) обратил внимание на концептуальную проблему, которой в сравнительном правоведении не уделяется должного внимания. Речь идет об определении понятия «право». Дискуссии по этому вопросу обычно выводятся из области компаративистики, поскольку данная проблематика традиционно считается вотчиной философии права. Это нередко приводит к искаженным представлениям о тех правовых феноменах, которые являются предметами компаративистских исследований. Так, подход к восточным или африканским правовым культурам с той концепцией права, которая на протяжении последнего столетия является парадигмальной в западной правовой традиции (понимание права как системы норм, так или иначе связанной с государством), не позволяет видеть иные параметры нормативности, которые формируют общеобязательные образцы поведения в незападных правовых культурах. Иногда по причине отсутствия понимаемого на западный манер права таким обществам полностью отказывают в наличии права как такового. Донлан утверждает, что как западным, так и незападным обществам присущи наборы нормативных регуляторов, которые в каждом случае уникальны и изучение которых должно предварять любое сравнительно-правовое изыскание. Эти наборы он предлагает называть «нормативной гибриднойностью» (под гибриднойностью Донлан обозначает «понимание права в рамках более широкой матрицы нормативности» (с. 170), хотя использование этого термина здесь, вероятно, нельзя признать удачным). Подобные рассуждения, впрочем, составляют костяк большинства социолого-правовых концепций, и из аргументации ирландского ученого нельзя понять, что к этим концепциям прибавляет употребление выражения «нормативная гибридность» для характеристики системы нормативных регуляторов в обществе.

Один из наиболее известных современных компаративистов — канадец **Патрик Гленн**, профессор Университета Макгилла (он ушел из жизни 1 октября 2014 г., уже после выхода в свет рецензируемой книги), в своем эссе «Против метода?» (с. 177–188) также настаивает на необходимости углубления теоретико-правовой базы сравнительно-правовых исследований. Не соглашаясь со скептицизмом по поводу объективности научного познания, профессор Гленн утверждает, что сложность методологической задачи не означает ее невыполнимости. Действительно, применительно к разным исследовательским проектам адекватными оказываются разные наборы методов. Каждый из используемых методов должен быть выверен в свете современного состояния исследований в соответствующей сфере, и уже после этого компаративист может подбирать для своего исследования методологический набор, приводя его в соответствие с поставленными задачами и контексту проведения изысканий. В этом отношении Гленн говорит об «оптимальном экилибре» методов. Этот тезис канадский правовед демонстрирует на примере сжатого анализа наиболее важных проблем аналитической философии, соци-

ологии и антропологии права, а также других направлений юридических исследований. Он небезосновательно замечает, что полная и абсолютная объективность есть иллюзия рационализма, но относительная и условная объективность является условием научного познания как такового (речь идет, конечно, о классической парадигме научного знания). Поэтому компаративистам не стоит отказываться от концепта объективности и настаивать на полном субъективизме познания.

Профессор Королевского колледжа Лондонского университета **Роджер Браунсворд** предлагает идею «регулятивной среды» в качестве ключевого концепта методологии сравнительно-правовых исследований, которая должна заменить кажущиеся английскому ученому неудачными выражения «нормативность», «социальное регулирование» и проч. Его эссе «Говоря по-компаративистски: право и его регулятивная среда» (с. 189–205) посвящено анализу соотношения нормативных и ненормативных регуляторов в социальной среде. Браунсворд настаивает, что поведение индивидуумов регулируется не только нормативно — технологические устройства могут делать определенные варианты поведения невозможными или необходимыми, воздействуя тем самым на деятельность человека. Например, некоторые автопроизводители внедряют устройства, не позволяющие завести автомобиль в состоянии алкогольного опьянения. Таких примеров в современном мире чрезвычайно много (особенно в интернет-пространстве), что позволяет британскому правоведам говорить о «технорегулировании» (С.202) как об особенном способе воздействия на поведение. Применение здесь термина «регулирование» может показаться странным и спорным, особенно с точки зрения классических философско-правовых воззрений (о нормативности, о сущности права, о законотворчестве, правоприменении и т.д.). Однако Браунсворд настаивает, что если технические устройства обозначают границы поведения и что даже если такое обозначение происходит без использования модальных операторов, т.е. не является нормативным, оно тем не менее регулирует (в широком смысле — установление пределов) поведение. Этот аспект современного регулирования необходимо принимать во внимание и в области сравнительного правоведения, где исследования преимущественно ограничены сравнительным анализом именно нормативных регуляторов. По мнению автора, такое ограничение в немалой степени обедняет данную научную дисциплину — сравнительное правоведение должно принимать во внимание не только нормативные «каналы регулирования» поведения человека, но также и ненормативные (С. 205).

Другой британский правовед, профессор Оксфордского университета **Джон Белл** акцентировал важность институционального аспекта сравнительно-правовых исследований. В его очерке под выразительным названием «Важность институтов» (с. 207–219) обсуждается актуальность институциональной теории права (здесь Белл следует теории Нила Маккормика), основные положения которой, по мнению Белла, дополняют коммуникативную концепцию права М. Ван Хука, поскольку «и формальная, и социологическая институционализация необходимы для существования правовой системы» (с. 209). Автор настаивает на том, что коммуникация может быть полностью объяснена только с учетом тех структур и институтов, что существуют в обществе и определяют основные параметры коммуникации. Межличностное общение, смысловая координация поведения, интерпретация текстов и другие коммуникативные действия происходят в институционально оформленном социальном контексте. «Чистая» коммуникация, т.е. общение вне рамок каких-либо институтов представляет Беллу метафизическим допущением. Но институционализм не означает обязательного приоритета социальной структуры перед личной свободой. Бесперспективным также кажется и

спор о первичности коммуникации или институционализации — эти феномены необходимым образом сопряжены друг с другом. Причем существующие правовые институты не ограничивают и не исчерпывают правовую коммуникацию, если «рассматривать институты как открытые и открытые внешним влияниям, которые могут исходить от наднациональных организаций и от неюридических институтов» (с. 219). Поэтому значение имеют не только юридические, но также и политические, религиозные и иные институты, которые влияют на формирование контекста и процедур, опосредующих коммуникацию в обществе.

В эссе «Живи и дай умереть: эссе о культурно-правовом понимании» (с. 221–234) профессор Бергенского университета **Йерн Ойрехаген Сунде** изучил важность сравнительного исследования правовых культур для деятельности практикующих юристов в Европе. Как показывает Сунде, норвежской правовой культуре никогда не была свойственна абсолютизация законодательного права, и поэтому за судами традиционно признавалась правотворческая функция, а парламент не считался обладателем монополии на нормотворчество. При отсутствии кодифицированного права (последний кодекс был издан в XVII в.) именно суды формулируют правовые принципы, которые используются для творческого истолкования позитивно-правовых норм. Эту свободу истолкования норвежские суды реализуют через категорию «реальный смысл». Такой смысл они могут отыскивать в законодательных, обычных и иных позитивных нормах права; через выявление «смысла» судьи в действительности создают новые нормы права или изменяют старые. Скандинавский правовед приводит в пример абстрактную ситуацию, при которой судье ЕСПЧ или любого другого суда, компетентного рассматривать дело по норвежскому праву, пришлось бы иметь дело с этой специфической категорией, которая по своей функции близка к категории «справедливость» в других европейских правовых системах. Выявить сходства и отличия возможно только при помощи историко-культурного анализа, обнаруживающего особенности норвежской правовой системы и лежащей в ее основе истории и ментальности. Это и доказывает, по мнению автора, важность компаративистских исследований в области правовой культуры.

Следующий очерк «Стратегия и политика в реформе договорного права Японии» (с. 235–253) был написан совместно профессором Токийского университета Такусюин **Соичиро Козука** и профессором Сиднейского университета Люком **Ноттейджем**. Авторы сделали акцент на роли политических стратегий различных акторов и институтов в формировании позитивного права. Как демонстрируют Козука и Ноттейдж на примере договорного права, в правовой системе Японии ведущими игроками, определяющими развитие права, являются судьи Верховного Суда и чиновники Министерства юстиции; представители юридической науки, адвокатуры, юридических фирм и другие юристы играют лишь подчиненную роль. Поэтому для понимания права Японии и других стран в некоторых случаях необходимым оказывается политологический анализ стратегий отдельных групп интересов, что ставит перед компаративистикой задачу интеграции приемов такого анализа в методологический арсенал сравнительного правоведения.

Очерк «Европейские кризисы и что социолого-правовые исследования могут сделать с ними, или сравнение вариантов европейского плюрализма с точки зрения правовой культуры» (с. 255–267) представляет собой попытку применить компаративистскую методику в рассуждениях о кризисе общеевропейской идентичности. Автор, испанский правовед **Хосеррамон Бенгоэча**, профессор Университета Страны Басков, указывает на целый ряд факторов кризиса, среди которых он называет попытки политической, экономической и культурной унификации. По мнению Бенгоэча, преодоление кризиса

возможно путем «создания новой плюралистической картины мира» (с. 266), которая позволила бы проводить многоаспектное изучение всех сегментов социальной коммуникации. Антикосмополитические тенденции в современной европейской политике и культуре должны быть приняты во внимание как симптомы возрастающей социальной напряженности, связанной с негибкостью интеграционной политики европейских институтов.

Бельгийский ученый, сотрудник Научного Фонда Фландрии **Тоон Моонен** в своем эссе «Сравнивая легитимность принятия решений конституционным судом: рассуждение как метод» (с. 269–282) поставил вопрос о легитимации деятельности конституционных судов в плюралистических обществах. Эти суды, как правило, имеют дело с дилеммой выбора между волей большинства и защитой прав меньшинств — и то, и другое является демократическими ценностями, на страже которых должны стоять суды. Поэтому выбор в каждом случае должен быть обоснован, но у такого обоснования есть пределы. Делиберативная демократия не может реально рассчитывать на достижение общенационального консенсуса по сложным делам, где сталкиваются ценности, которым разные сообщества придают разные вес и значение. Особенно это значимо для общеевропейской правовой культуры, где ЕСПЧ, Суд ЕС и другие общеевропейские юрисдикционные органы сталкиваются с необходимостью учитывать различные национальные дискурсы при обосновании своих решений. Следуя предложенной М. Ван Хуком концепции многоуровневой коммуникативной легитимации, Моонен утверждает, что конституционные суды могут стать площадками для открытого обсуждения самых спорных для общества вопросов и тем самым, с одной стороны, легитимировать принимаемые ими решения, а с другой, стать одной из опор демократического устройства общества, чем легитимировать свою деятельность в целом. Разумеется, некоторые рассматриваемые в конституционных судах дела могут дать начало всеобщему обсуждению важнейших социальных проблем. Но должна ли организация такого обсуждения рассматриваться как функция этих судов (и тогда в каком соотношении она будет находиться с юрисдикционной функцией), либо же как побочный эффект от правильной организации конституционного правосудия в демократическом обществе? На этот ключевой вопрос бельгийский правовед ответа не дает.

В очерке «В защиту европейских сравнительно-правовых исследований в публичном праве» (с. 283–300) профессора Сассекского университета **Сюзан Миллз** обсуждается вопрос о различиях в мерах защиты основных прав человека в разных странах Европейского Союза. Британская исследовательница подчеркивает, что текстуальный анализ не способен дать ответ на этот вопрос — для его решения необходимы сравнительные исследования в области правовой культуры. Юристы — особенно те из них, которые специализируются в области сравнительного правоведения, «всегда будут иметь дело с невозможностью их попыток понять другого» (с. 292), поскольку различия в образовании, языке, культуре делают невозможным полное понимание образа мыслей, действий, существования человека из другой культуры. Однако это не означает тезиса о невозможности взаимопонимания вообще. Задачей сравнительного правоведения является обнаружение этих расхождений и их рационализация, что позволяет индивидуумам из разных правовых культур легче найти общий язык, не подпадая при этом под действие иллюзии «полного понимания другого». Поэтому «сравнительно-правовые исследования могут оказаться весьма плодотворными при проведении сравнения как такового, т.е. на финальных стадиях анализа и вывода заключений» (с. 296). В заключение Миллз призывает к «сравнительно-правовому диалогу между европейскими

правовыми сообществами» (с. 300) ради лучшего обеспечения прав человека и создания подлинного общего правового пространства, что возможно только через диалог и коммуникацию как признание реальности и значимости «другого» и развитие своей идентичности через такое призвание.

Завершает сборник очерк «Сравнительное правоведение и законодательство ЕС: вдохновение, оценка или обоснование?» (с. 301–317), в котором продолжается обсуждение роли сравнительно-правовых исследований в изучении европейском праве. Авторы этого очерка, профессор Тилбургского университета **Роб Ван Гестель** и профессор Европейского университета во Флоренции **Ганс Миклици** ставят под вопрос процедурную независимость сравнительно-правовых исследований. На эмпирическом материале работы Европарламента, Еврокомиссии и некоторых других европейских учреждений авторы демонстрируют, что нередко компаративистские изыскания оказываются predetermined политической конъюнктурой, запрограммированными интересами заказчиков или конечных потребителей, для которых предназначаются результаты таких изысканий. Гипотеза Миклици и Ван Гестеля заключается в том, что процессы европейской интеграции «создают такой академический климат, в которой сравнительно-правовое исследование может быть сделано инструментом обслуживания различных потребностей политиков и законодателей» (с. 303). Выделяя несколько функций (прогностическую, оценочную, эвристическую и пр.) современной компаративистики, авторы настаивают, что в наши дни «функция сравнительного правоведения как источника вдохновения и оценки становится все менее значимой, тогда как его потенциал для обоснования запрограммированных политических целей и планов создания новых законов постоянно растет» (с. 316). Это создает угрозу утраты компаративистами общественного доверия и дискредитации науки о праве в целом.

В настоящей рецензии мы попытались сосредоточиться на описании основных тезисов эссе, включенных в рецензируемую коллективную монографию, давая попутно критические оценки некоторым из очерков. Разумеется, наш анализ и наши выводы распространяются только на идеи, высказанные на страницах рецензируемой книги, — мы не принимаем здесь во внимание другие работы авторов, в которых те или иные вопросы могли найти более полное и широкое освещение. Эта книга позволяет получить понятие о многоаспектности западных исследований в области методологии сравнительного правоведения и может стать важным подспорьем для отечественных компаративистов. Итальянский рецензент книги отметил ее направленность на продвижение привычных границ сравнительного правоведения как вширь, так и вглубь⁷. С этой оценкой стоит согласиться — практически каждый очерк показывает, как сравнительно-правовое исследование может вестись за пределами аналитического сравнения нормативно-правовых текстов и социологического сравнения их функций, чем нередко ограничивается перспектива работ по компаративистике. Другое дело, что не везде авторы полностью раскрывают методологические принципы новых подходов. Но это, с одной стороны, и не было целью данной коллективной монографии, а с другой, заинтересованный читатель может найти ответы на соответствующие вопросы в других работах авторов монографии.

⁷ Romano A. Comparing Law through Contexts and Culture(s). A review of The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke. M. Adams, D. Heirbraut (eds.). Oxford: Hart Publishing, 2014 // <http://www.diritticomparati.it/2014/10/comparing-law-through-contexts-and-cultures-a-review-of-the-method-and-culture-of-comparative-law-es.html#sthash.y39C0Q05.dpuf>



Библиография

Romano A. Comparing Law through Contexts and Culture(s). A review of «The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke». Adams M., Heirbraut D. (eds.). Oxford: Hart Publishing, 2014 // <http://www.diritticomparati.it/2014/10/comparing-law-through-contexts-and-cultures-a-review-of-the-method-and-culture-of-comparative-law-es.html#sthash.y39C0Q05.dpuf>

Van Hoecke M. (ed.) Epistemology and Methodology of Comparative Law. Oxford: Hart Publishing, 2004.

Van Hoecke M. (ed.) Methodologies of Legal Research. Which Kind of Research for What Kind of Discipline. Oxford: Hart Publishing, 2013.

Van Hoecke M. Deep Level Comparative Law // Van Hoecke M. (ed.) Epistemology and Methodology of Comparative Law. Oxford: Hart Publishing, 2004. P. 165–195.

Van Hoecke M., Warrington M. Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law // International and Comparative Law Quarterly. 1998. № 47. P. 495–536.

Антонов М.В. Объективность в праве и в юридическом мышлении. [Рец. на кн.:] J. Husa, M. Van Hoecke (eds.) Objectivity in Law and Legal Reasoning. Oxford: Hart Publishing, 2013. 268 p. // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2014. № 1. С. 252–266.

Антонов М.В., Самохина Е.Г. Европейская академия теории права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. № 4. С. 267–271.

Ван Хук М. Европейские правовые культуры в контексте глобализации // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции: К 60-летию А.В. Полякова. В 2 т. Т. 2: Актуальные проблемы философии права и юридической науки в связи с коммуникативной теорией права / под ред. М.В. Антонова, И.Л. Честнова. СПб.: Алеф-Пресс, 2014. С. 7–32.

Ван Хук М. Конституционные суды и делиберативная демократия // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 2. С. 135–149.

Ван Хук М. Методология сравнительно-правовых исследований // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 3. С. 121–147.

Ван Хук М. Право как коммуникация. СПб.: Издательский Дом СПбГУ, 2012.

The Methodology and the Culture of Comparative Law

Review of The Method and the Culture of Comparative Law.

Essays in Honour of Mark Van Hoecke / M. Adams, D. Heirbraut (eds.).

Oxford: Hart Publishing, 2014. 328 p.



Mikhail Antonov

Assistant professor, Department of Theory and History of Law, Faculty of Law, Saint Petersburg Campus of National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: Souza Pechatnikov Str. 16, Saint Petersburg, 190121 Russian Federation. E-mail: mantonov@hse.ru



Abstract

The present article is a review of the book which had been dedicated to the 65th anniversary of the Ghent University professor Mark Van Hoecke. Starting from a short characterization of the contribution made by Mark Van Hoecke to the contemporary comparative law, the author consequently analyzes all the papers which have been included into the reviewed collective monograph. The author also makes critical assessments of some of these papers. The reviewed book allows getting an idea about the multifaceted approach to methodology of comparative law in the Western legal science. It also can become an important tool for Russian comparativists. Almost every essay of this book reveal ways of conducting comparative research outside the analytical comparison of normative legal texts and legal institutes, the sociological comparison of functions performed by these texts and institutes. The author underlines the importance of the methodological standpoint employed in most of the essays — the

deep level investigation into legal phenomena, which implies a comprehensive analysis of all facets of social life in order to reveal differences between the compared norms, institutes, legal mentalities. In this perspective a particular role in constructing the methodology of comparative law belongs to theoretical and philosophical frameworks. That is why the attention in this book is focused on the theory of “Law as Communication” elaborated by Mark Van Hoecke. Intersubjective communication, coordination of meaningful comportment, interpretation of texts and other communicative actions take place within certain institutionally shaped societal context. This approach to analysis and comparison yields the possibility to create a general methodological framework for understanding law in a wide social-philosophical perspective. This standpoint serves as an important methodological principle for comparative analysis of legal cultures. In the opinion of those who authored the reviewed book, it is impossible to conduct comparative legal studies without taking account of this principle.



Keywords

Comparative law; communication; functionalism; legal culture; methodology; social context

Citation: Antonov M. (2015) Methodology and Culture of Comparative Legal Studies. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no. 1, pp. 208–221 (in Russian)



References

Antonov M. (2014) Ob”ektivnost’ v prave i v yuridicheskom myshlenii [Rets.na kn.:] J.Husa, M. Van Hoecke (ed.) Objectivity in Law and Legal Reasoning. Oxford: Hart Publishing, 2013. 268 p. [On Objectivity in Law and Legal Reasoning]. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedenie*, no. 1, pp. 252–266.

Antonov M., Samokhina E. (2012) Evropeyskaya akademiya teorii prava [European Academy of Legal Theory]. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedenie*, no. 4, pp. 267–271.

Romano A. (2014) Comparing law through contexts and culture(s). A review of «The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke» M. Adams, D. Heirbaut (eds). Oxford: Hart Publishing. Available at <http://www.diritticomparati.it/2014/10/comparing-law-through-contexts-and-cultures-a-review-of-the-method-and-culture-of-comparative-law-es.html#sthash.y39C0Q05.dpuf>

Van Hoecke M. (ed.) (2004) *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford, Hart Publishing.

Van Hoecke M. (ed.) (2013) *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Research for What Kind of Discipline*. Oxford, Hart Publishing.

Van Hoecke M. (2004) Deep Level Comparative Law. Van Hoecke M. (ed.) *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford, Hart Publishing, pp. 165–195.

Van Hoecke M. (1998) Warrington M. Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law. *International and Comparative Law Quarterly*, no. 47, pp. 495–536.

Van Khuk M. (2014) Evropeyskie pravovye kul’tury v kontekste globalizatsii. Kommunikativnaya teoriya prava i sovremennye problemy yurisprudentsii: K 60-letiyu A.V. Polyakova. V 2 t. [European Legal Cultures in Context of Globalisation. Communicative Theory of Law and Current Issues in Jurisprudence. In Hommage of A.V. Polyakov. In two volumes]. T. 2: *Aktual’nye problemy filosofii prava i yuridicheskoy nauki v svyazi s kommunikativnoy teoriyey prava* [Vol. 2. Topical Problems of the Philosophy of Law and Legal Science in Connection with Communicative Theory of Law]. .M.V. Antonov., I.L. Chestnova (eds.). Saint Petersburg, Alef-Press, pp. 7–32.

Van Khuk M. (2013) Konstitutsionnye sudy i deliberativnaya demokratiya [Constitutional Courts and Deliberate Democracy]. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedenie*, no. 2, pp. 135–149.

Van Khuk M. (2013) Metodologiya sravnitel’no-pravovykh issledovaniy [Methodology of Comparative Law Research]. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedenie*, no. 3, pp. 121–147.

Van Khuk M. (2012) *Pravo kak kommunikatsiya* [Law as Communication]. Saint Petersburg, Izdatel’skiy Dom SPbGU.

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

«Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

АВТОРАМ

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае неадекватного оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 119017, Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, оф. 212
Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей от 1 до 1,5 усл.п.л., рецензий, обзоров зарубежного законодательства — до 0,5 усл.п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации JEL.

Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-59798 от 07 ноября 2014 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Редактор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 16.03.2015. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 14,0. Тираж 600 экз.