

President Law Journal

3'20



РАНХиГС
НАЦИОНАЛЬНО-ПРАВОВОЙ
ЦЕНТРАЛЬНЫЙ ЦЕНТР



ИНСТИТУТ
ПРАВА И НАЦИОНАЛЬНОЙ
БЕЗОПАСНОСТИ



**ЭКОНОМИЧЕСКИЙ
АНАЛИЗ ПРАВ
СОБСТВЕННОСТИ**

**НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ
НЕЗАКОННЫХ
СДЕЛОК**

**БОЛЬШОЕ
ИНТЕРВЬЮ**

с Евгением
Алексеевичем
Сухановым

**СРОК
ПОРУЧИТЕЛЬСТВА,
ОБЕСПЕЧИВАЮЩЕГО
ВОЗВРАТ ЗАЙМА.
РАЗБОР КЕЙСА**

**ПРОЦЕСС
ИНКОРПОРАЦИИ
БИЛЛЯ О ПРАВАХ
И DUE PROCESS
CLAUSE**

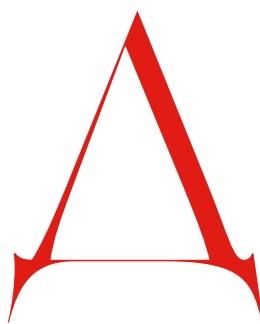




Иванова Татьяна Николаевна,
научный
руководитель
журнала



Киктенко Константин Геннадьевич,
главный редактор
журнала



орогие читатели, мы выпустили четвёртый номер President Law Journal. С момента опубликования третьего выпуска нам присвоили номер ISSN, и мы получили статус СМИ в Роскомнадзоре. Как Вы знаете, это необходимые действия для внесения журнала в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ).

В этом номере мы взяли интервью у Евгения Алексеевича Суханова, победителя рейтинга юристов-цивилистов России, который мы сформировали осенью на странице журнала в социальной сети «ВКонтакте». В интервью мы поговорили и о работе над реформой вещных прав, и о советском прошлом российской цивилистики, и о проблемах образования, а впрочем, читайте интервью и всё узнаете.

В выпуске Вы найдете много выдающихся статей, написанных под научным руководством ряда виднейших преподавателей нашего времени. Так, замечательная работа Яны Прошиной посвящена вопросам экономического анализа прав собственности, автор исследовал большой объём как прецедентов, так и научной литературы на английском языке. Необходимо отметить и статью Анастасии Пономарёвой, которая, несмотря на свой юный возраст (2 курс бакалавриата МГУ), провела весьма взвешенное и подробное исследование недействительности незаконных сделок. Недобросовестность контрагента как условие признания сделки с заинтересованностью недействительной исследовала Наталия Котленко. Также рекомендуем обратить внимание на разбор кейса, касающегося толкования срока поручительства, обеспечивающего возврат займа, выполненный Николаем Голоядом. На этом интересные статьи не заканчиваются, более того, намного больше исследований Вы увидите в разделе «публичное право».

В рубрике «Выпускник юрфака» Антон Могилевский рассказал о своём пути к самостоятельной юридической практике и преподаванию после 13 лет консалтинга и работы в инхаусе.

Мы благодарим всех наших авторов за их труд, а читателей и подписчиков за их внимательное изучение материалов журнала. Зимний выпуск журнала President Law Journal Вы увидите в новом 2021 году, и поэтому мы ждём Ваших статей, отзывов и предложений. Надеемся, что наступающий год станет для Вас полным открытий в мире права.

**С уважением,
редакция журнала
President Law Journal**

СОДЕРЖАНИЕ

ЧАСТНОЕ ПРАВО

- 4** Недобросовестность контрагента как условие признания сделки.
Party's bad faith as a prerequisite for annulment of related-party transactions.

Автор: Котленко Наталия Сергеевна

- 10** Экономический анализ прав собственности.
Economic analysis of property right.

Автор: Прошина Яна Константиновна

- 29** Срок поручительства, обеспечивающего возврат займа. Разбор кейса.
The term of the guarantee that ensures the repayment of the loan. Case analysis.

Автор: Голояд Николай Евгеньевич

- 40** Недействительность незаконных сделок.
Invalidity of illegal transactions.

Автор: Пономарёва Анастасия Павловна

ИНТЕРВЬЮ

- 51** Большое интервью с Евгением Алексеевичем Сухановым.

Беседовал К. Киктенко

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО

- 67** Процесс инкорпорации билля о правах и Due process clause.
The process of incorporation and Due process clause.

Автор: Анненкова Карина Алексеевна

- 76** Принцип права беженцев non-refoulement и проблемы его имплементации в правовой системе Российской Федерации.
The non-refoulement principle in refugee law and issues of its implementation in the legal system of the Russian Federation.

Автор: Федоров Александр Сергеевич

- 86** Конституционные нормы как источник уголовного права.
Constitutional rules as a source.

Автор: Кирилина Алёна Андреевна

- 92** Основания неприемлемости жалобы против Российской Федерации в Европейском суде по правам человека.
Grounds of inadmissibility of an application against the Russian Federation to the European court of human rights.

Автор: Осокин Александр Владиславович

- 104** К вопросу о понятии многонациональный народ.
To the question of the concept of a multinational people.

Автор: Гаранин Дмитрий Андреевич

- 111** Институт исключения доказательств и соблюдение прав человека в уголовном процессе Китая.
The institution of evidence exclusion and respect for human rights in Chinese criminal procedure.

Автор: Нечаева Ольга Дмитриевна

ВЫПУСКНИК ЮРФАКА

- 123** Могилевский Антон Станиславович:
Добирайтесь до сути, доверяйте и вдохновляйтесь.

**President
LawJournal**

 www.plawj.com
 vk.com/pl_journal

Научный руководитель журнала:

Иванова Т.Н.

Главный редактор журнала:

Киктенко К.Г.

Заместитель главного редактора:

Езюков В.К.

Редактор:

Кирилина А.А.

Корректор:

Гараева С.М.

Верстка:

Ху М.К.

Свидетельство

о регистрации СМИ:

ЭЛ № ФС77-78622 от 20.07.2020 г.

ISSN: 2687-1599



УДК 347.41



Котленко Наталия Сергеевна
(kotlenkonata@yandex.ru)

студент 3 курса бакалавриата юридического факультета
Московского Государственного Университета
им. М.В. Ломоносова

Natalia Kotlenko

3rd year student of bachelor program
Faculty of Law
Lomonosov Moscow State University

Научный руководитель:

Ягельницкий Александр Александрович

кандидат юридических наук, доцент кафедры
гражданского права Юридического факультета
Московского государственного университета
им. М.В. Ломоносова

Academic supervisor: Alexander Yagelnitskiy

PhD in Law, associate professor of the
Department for Civil Law of the Law Faculty
Lomonosov Moscow State University

НЕДОБРОСОВЕСТНОСТЬ КОНТРАГЕНТА КАК УСЛОВИЕ ПРИЗНАНИЯ СДЕЛКИ С ЗАИНТЕРЕСОВАННОСТЬЮ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОЙ

PARTY'S BAD FAITH AS A PREREQUISITE FOR ANNULMENT OF RELATED-PARTY TRANSACTIONS

АННОТАЦИЯ: Одним из условий признания сделки с заинтересованностью недействительной является недобросовестность контрагента, которая выражается в том, что контрагент знал или должен был знать о наличии заинтересованности или о нарушении порядка заключения такой сделки, что в судебной практике воспринимается по-разному, несмотря на существующие разъяснения Верховного Суда Российской Федерации. В связи с этим в данной статье анализируется противоречивая судебная практика, а также существующие в иностранных правовых системах подходы к добросовестности контрагента в сделках с заинтересованностью.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: сделка с заинтересованностью, недобросовестность контрагента, учредительные документы юридического лица, знал или должен был знать, недействительность сделки.

ANNOTATION: Party's bad faith is the prerequisite for annulment of related-party transactions that implies that the party knew or could not have been unaware of the interest or the violation of the order for concluding these transactions. Despite the official interpretation of this provision made by the Russian Supreme Court, the lower courts treat it differently. Therefore, controversial lower courts' decision as well as foreign experience are analysed in this article.

KEYWORDS: *related-party transactions, bad faith, articles of the company, knew or could not have been unaware, voidable transactions.*

В российском законодательстве прямо установлено, что сделки с заинтересованностью оспариваются в соответствии с пунктом 2 статьи 174 Гражданского Кодекса РФ¹. Указанная статья выдвигает ряд требований для признания сделки недействительной, одно из которых – недобросовестность контрагента.

Как в литературе, так и в судебной практике по-разному подходят к проблеме недобросовестности контрагента, поэтому в этой статье будут освещены основные проблемы, связанные с установлением недобросовестности контрагента для признания сделки с заинтересованностью недействительной.

Стоит отметить, что в изначальной редакции законов была закреплена презумпция недобросовестности контрагента². Это положение не может не вызывать вопросов, поскольку оно вступает в противоречие с основополагающими идеями российского гражданского законодательства³ и требует особого пояснения.

Поскольку изначально критерий добросовестности применительно к сделкам с заинтересованностью отсутствовал в законодательстве о хозяйственных обществах в принципе, Высший Арбитражный Суд решил взять на себя ответственность по введению данного условия как обязательного⁴, установив, что

¹ Ст. 84 Федерального закона от 26.12.1995 N 208-ФЗ (ред. от 31.07.2020) «Об акционерных обществах» // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 1. Ст. 1; Ст. 45 Федерального закона от 08.02.1998 N 14-ФЗ (ред. от 31.07.2020) «Об обществах с ограниченной ответственностью» // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1998. № 7. Ст. 785.

² Блэк Б.С., Крэкман Р., Тарасова А. Комментарий Федерального закона «Об акционерных обществах». М., 1999. С. 443.

³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): федер. закон от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019) (с изм. от 12.05.2020) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

⁴ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 20.06.2007 г. № 40 «О некоторых вопросах практики применения положений законодательства о сделках с заинтересованностью» // СПС КонсультантПлюс.

добросовестность контрагента в случае ее доказанности может быть основанием для отказа в иске о признании крупной сделки недействительной. Так, в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 июня 2007 г. № 40 «О некоторых вопросах практики применения положений законодательства о сделках с заинтересованностью» указано, что в случае, когда ответчик не знал и не должен был знать о совершении сделки с нарушением предусмотренных законом требований к ней, суд отказывает в удовлетворении иска о признании сделки с заинтересованностью недействительной. Более того, Высшим Арбитражным Судом было отмечено, что если заинтересованность была неявной для обычного участника оборота, то ответчик также считается добросовестным.

Таким образом, очевидно, что целью указанных положений Постановления Пленума ВАС №40 была именно защита добросовестного контрагента, а также обеспечение стабильности гражданского оборота⁵.

Однако, к сожалению, законодатель в свое время попросту скопировал указанное положение, не проведя необходимой переработки и анализа, закрепив презумпцию недобросовестности контрагента. Данная ошибка была исправлена только в 2016 году, когда была введена презумпция добросовестности контрагента⁶.

Тем не менее в некоторых случаях недобросовестность контрагента истцу все еще не нужно доказывать. Например, считаются, что, если контрагент, его представитель или близкие родственники являются заинтересованными лицами, они считаются соответствующим образом осведомленными⁷. Представляется, что в подобных случаях установленная презумпция осведомленности и, следовательно, недобросовестности является оправданной⁸.

Предполагается, что во всех остальных случаях истец обязан доказать, что контрагент знал или должен был знать о нарушении порядка совершения сделки с заинтересованностью. Если фактическая осведомленность контрагента о наличии заинтересованности или о нарушении порядка заключения сделки обычно не вызывает вопросов, то обязанность быть осведомленным в некоторых случаях трактуется в литературе и особенно в судебной практике по-разному⁹.

Так, считается, что контрагент не обязан знакомиться с уставом и внутренними документами второй стороны по сделке¹⁰. Таким образом, по общему правилу контрагент признается добросовестным, даже если у него была возможность установить наличие заинтересованности путем изучения устава или иных внутренних документов юридического лица, однако контрагент данной возможностью не воспользовался (или не мог воспользоваться), поскольку он не несет соответствующей обязанности¹¹.

Тем не менее в судебной практике все еще встречаются решения, в которых контрагентам вменяется обязанность проверять учредительные и иные документы второй стороны, несмотря на разъяснения, данные Верховным Судом. Более того, в литературе отмечается, что причиной наличия таких решений может служить не обычное незнание или неверная интерпретация положений Пленума, а сознательное игнорирование мнения Верховного Суда¹².

В связи с этим некоторые из таких решений требуют более подробного анализа.

Первым судебным решением, представляющим определенный интерес, является Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 25.01.2016 по делу N A50-6810/15¹³. Арбитражным судом рассматривалась кассационная жалоба на решение нижестоящего суда,

⁵ Кузнецов А.А. Реформа крупных сделок и сделок с заинтересованностью. Что изменилось в регулировании // Арбитражная практика. 2017. № 1. С. 72-78. URL: <https://e.arbitr-praktika.ru/525353>.

⁶ Каралетов А.Г. Проблемные вопросы применения ст. 174 ГК РФ // СПС КонсультантПлюс.

⁷ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26.06.2018 № 27 «Об оспаривании крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 8.

⁸ Шиткина И.С. Экстраординарные сделки, совершаемые хозяйственными обществами. М.: Статут, 2017. С. 170.

⁹ Кузнецов А.А. Оспаривание крупных сделок и сделок с заинтересованностью: общие замечания // СПС Гарант.

¹⁰ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

¹¹ Шиткина И.С. Правовой режим сделок, в совершении которых имеется заинтересованность // СПС КонсультантПлюс.

¹² Штефан Д.В. Определение добросовестности при применении п. 1 ст. 174 ГК РФ // СПС КонсультантПлюс.

¹³ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 25.01.2016 № Ф09-11213/15 по делу № А50-6810/15.

**ПО ОБЩЕМУ ПРАВИЛУ
КОНТРАГЕНТ ПРИЗНАЕТСЯ
ДОБРОСОВЕСТНЫМ, ДАЖЕ ЕСЛИ
У НЕГО БЫЛА ВОЗМОЖНОСТЬ
УСТАНОВИТЬ НАЛИЧИЕ
ЗАИНТЕРЕСОВАННОСТИ
ПУТЕМ ИЗУЧЕНИЯ УСТАВА
ИЛИ ИНЫХ ВНУТРЕННИХ
ДОКУМЕНТОВ ЮРИДИЧЕСКОГО
ЛИЦА, ОДНАКО КОНТРАГЕНТ
ДАННОЙ ВОЗМОЖНОСТЬЮ
НЕ ВОСПОЛЬЗОВАЛСЯ (ИЛИ
НЕ МОГ ВОСПОЛЬЗОВАТЬСЯ),
ПОСКОЛЬКУ ОН НЕ НЕСЕТ
СООТВЕТСТВУЮЩЕЙ
ОБЯЗАННОСТИ**

который признал сделку, заключенную сторонами спора, недействительной несмотря на то, что обстоятельства дела не позволяли напрямую установить осведомленность Ответчика (предприятие «Пермводоканал») о наличии каких-либо ограничений со стороны контрагента на совершение оспариваемой сделки.

В кассационной жалобе истец ссылаясь на ненадлежащую правовую оценку обстоятельств дела, поскольку у Ответчика отсутствовала информация, касающаяся ограничения права Истца (общества «Камская долина») на заключение оспариваемого договора.

Однако Арбитражный суд не согласился с доводами истца и постановил, что судами первой и апелляционной инстанций правильно установлены фактические обстоятельства, им дана надлежащая правовая оценка, а также верно применены нормы материального права.

Интересно обоснование такого решения. Так, Арбитражным Судом было отмечено следую-

щее: «Предприятие «Пермводоканал», будучи лицом, осуществляющим коммерческую деятельность, действуя с должной степенью заботливости и осмотрительности, исходя из принципа добросовестности сторон при заключении договоров, было обязано изучить полномочия общества «Камская долина» на заключение подобного рода договоров»¹⁴.

Таким образом, вывод Суда основан на широком толковании требования добросовестности, предъявляемого к лицам, занимающимся предпринимательской деятельностью. Интересно, что используемый Судом критерий «с должной степенью заботливости и осмотрительности» в тексте Гражданского Кодекса встречается среди норм, посвященных гражданско-правовой ответственности за неисполнение договоров, и используется для описания невиновного их неисполнения¹⁵.

Видится неправильным использование Арбитражным Судом иных дополнительных требований для признания контрагента действовавшим добросовестно. Так, приведенное выше Постановление противоречит не только Постановлению Пленума Верховного Суда¹⁶, но и нормам о добросовестности, закрепленным непосредственно в гражданском законодательстве.

Решение Арбитражного суда Амурской области¹⁷ также представляет особый интерес. Суд пришел к выводу, что в рассматриваемом деле Ответчик (АО «Росагролизинг») обязан был ознакомиться с уставом Истца (ООО «Приамурье»), поскольку он является «профессиональным участником рынка, специализирующимся на заключении лизинговых договоров в области сельского хозяйства».

Помимо этого, во внимание был принят тот факт, что Ответчиком в один день было заключено несколько договоров: договор лизинга, сублизинга, а также договор поручительства. При этом для заключения договора обеспечения по договору лизинга (поручительства) Ответчик обязан был ознакомиться с уставом Истца (согласно письму министерства сельско-

¹⁴ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 25.01.2016 № Ф09-11213/15 по делу № А50-6810/15.

¹⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): федер. закон от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 31.07.2020) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

¹⁶ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

¹⁷ Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 15.02.2017 № Ф03-162/2017 по делу № А04-7445/2015.



го хозяйства Амурской области от 07.09.2016 № 13/3182).

Таким образом, настоящей причиной, по которой оспариваемый договор был признан Судом недействительным, была не абстрактная обязанность Ответчика как профессионального участника тех или иных экономических отношений знакомиться с учредительными документами своих контрагентов, а обстоятельства заключения оспариваемого договора, согласно которым Ответчик не мог не знать их содержание.

Таким образом, несмотря на то что Пленум Верховного Суда высказал свою однозначную позицию по вопросу обязанности изучать устав и иные учредительные документы контрагента, в судебной практике все еще встречаются решения, в которых приводится противоположное мнение. Более того, отмечается, что контрагенты предпочитают самостоятельно знакомиться с учредительными документами юридических лиц во избежание последующих негативных последствий, что значительно замедляет гражданский оборот и формирует мнение, что юридические лица являются ненадежными контрагентами.

Видится необходимым проанализировать порядок оспаривания сделок с заинтересованностью, а также значение добросовестности или недобросовестности контрагента в иностранных правовых порядках.

Во многих континентальных правовых порядках допускается оспаривание сделок с заинтересованностью¹⁸.

Так, например, законодательство Франции о торговых товариществах предусматривает возможность признания сделки с заинтересованностью, заключенной при нарушении установленного порядка, недействительной независимо от того, были ли привлечены к ответственности органы управления юридического лица, заключившие такую сделку. Интересно отметить, что французский правовой порядок устанавливает такое условие для признания сделки с заинтересованностью недействительной, как ее убыточность¹⁹.

Похожее положение присутствует и в российском законодательстве. Так, для признания сделки с заинтересованностью недействительной, необходимо доказать, что она противо-

¹⁸ Кузнецов А.А. Крупные сделки и сделки с заинтересованностью // О собственности: Сборник статей к юбилею К. И. Скловского. М.: Статут. 2015. С. 224 - 253.

¹⁹ Закон Франции от 24.07.1966 № 66-537 «О торговых товариществах: закон Франции» // URL: <https://constitutionallaw.ru/?p=1555>.

речит интересам юридического лица. Данный критерий является необходимым, поскольку именно он показывает, действительно ли присутствующий конфликт интересов нарушает интересы общества. В некоторых случаях такой ущерб презюмируется, например, если сделка не была одобрена, а участнику (акционеру) не предоставили соответствующую информацию.

Можно предположить, что одной из причин именно такого регулирования порядка оспаривания крупных сделок является стремление законодателя создать своего рода «барьер», позволяющий признавать недействительными только те сделки, которые действительно нарушают интересы общества или его участников (акционеров), поскольку далеко не всегда заключение сделки с заинтересованностью связано с конфликтом интересов.

При этом законодательство Франции не предусматривает необходимости доказывать недобросовестность контрагента. В целом, в Законе о торговых товариществах отсутствует условие недобросовестности контрагента. Вероятно, это может быть объяснено тем, что во французской судебной практике крайне редко встречаются решения по признанию таких сделок недействительными. Таким образом, более распространенным и надежным способом защиты интересов юридического лица является именно привлечение к ответственности его органов.

В странах англо-саксонской правовой семьи, например, в Великобритании, сделки с заинтересованностью далеко не всегда признаются судами недействительными, поскольку данный способ защиты интересов юридического лица не является основным. Так, поскольку в Великобритании заключение директором юридического лица сделки с заинтересованностью в обход установленных правил их одобрения рассматривается как нарушение его фидуциарной обязанности²⁰, то основным последствием заключения такой сделки, установленным на законодательном уровне, является именно ответственность директора.

**НАСТОЯЩЕЙ ПРИЧИНОЙ, ПО
КОТОРОЙ ОСПАРИВАЕМЫЙ
ДОГОВОР БЫЛ ПРИЗНАН
СУДОМ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНЫМ,
БЫЛА НЕ АБСТРАКТНАЯ
ОБЯЗАННОСТЬ ОТВЕТЧИКА
КАК ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО
УЧАСТНИКА ТЕХ ИЛИ
ИНЫХ ЭКОНОМИЧЕСКИХ
ОТНОШЕНИЙ ЗНАКОМИТЬСЯ
С УЧРЕДИТЕЛЬНЫМИ
ДОКУМЕНТАМИ СВОИХ
КОНТРАГЕНТОВ,
А ОБСТОЯТЕЛЬСТВА
ЗАКЛЮЧЕНИЯ ОСПАРИВАЕМОГО
ДОГОВОРА, СОГЛАСНО
КОТОРЫМ ОТВЕТЧИК НЕ МОГ
НЕ ЗНАТЬ ИХ СОДЕРЖАНИЕ**

Однако право справедливости (equity) предусматривает и иные способы защиты интересов юридического лица, в том числе «аннулирование» договора в случае, если директор не раскрыл свою заинтересованность²¹.

При этом правом Великобритании положение добросовестного контрагента по такого рода сделкам защищается еще сильнее, чем в российском правовом порядке. Так, Закон 2006 года устанавливает, что 3 лицо, заключающее сделку с юридическим лицом, может исходить из неограниченности полномочий его представителя²². При этом в Законе прямо закреплено, что контрагент не обязан изучать устав юридического для проверки полномочий директора (в то время как в российском праве данное положение закреплено в Постановлении Пленума Верховного Суда, относящемся к источникам «мягкого права» и в любом случае имеющем меньшую юридическую силу, чем закон).

Интересно отметить, что в Великобритании даже фактическая осведомленность контра-

⁹ Закон Великобритании от 08.11.2006 «О компаниях» // URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>.

¹⁰ Пояснительная записка к Закону Великобритании «О компаниях» от 08.11.2006 //

URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/notes/contents>.

Закон Великобритании от 08.11.2006 «О компаниях» // URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>.

гента о превышении полномочий директорами само по себе еще не отменяет презумпцию добросовестности контрагента²³, в отличие от российского законодательства.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что во многих развитых иностранных правовых порядках оспаривание и признание сделки с заинтересованностью недействительной является исключительной мерой. При этом зачастую доказать недобросовестность контрагента значительно сложнее, поскольку на контрагента не возлагается обязанность изучать устав стороны сделки; даже фактическая осведомленность не создает презумпции недобросовестности.

В заключение хотелось бы отметить, что критерий недобросовестности контрагента для признания сделки с заинтересованностью недействительной является ключевым в российском праве. Видится правильной занятая Пленумом Верховного Суда позиция, согласно которой контрагент не обязан изучать устав и иные учредительные юридического лица, с которым он заключает сделку. Похожий подход встречается и в иностранных правовых порядках. Используемые судами нижестоящих инстанций обоснования возложения на контрагента такой обязанности видятся несостоятельными. Остается надеяться, что со временем практика станет более единообразной.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СПС КонсультантПлюс.
2. Федеральный закон от 26.12.1995 N 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2020 N 514-ФЗ) // СЗ РФ. 01.01.1996. N 1. Ст. 1.
3. Федеральный закон от 08.02.1998 N 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 16.02.1998. № 7. Ст. 785.
4. Закон Франции от 24.07.1966 № 66-537 «О торговых товариществах: закон Франции» // URL: <https://constitutionallaw.ru/?p=1555>.
5. Закон Великобритании от 08.11.2006 «О компаниях» // URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>.
6. Пояснительная записка к Закону Великобритании «О компаниях» от 08.11.2006 // URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/notes/contents>.
7. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 июня 2007 г. № 40 «О некоторых вопросах практики применения положений законодательства о сделках с заинтересованностью» // СПС КонсультантПлюс.
8. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. август, 2015. № 8.
9. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26 июня 2018 г. № 27 «Об оспаривании крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность» // Бюллетень Верховного Суда РФ. август, 2018. № 8.
10. Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 15.02.2017 № Ф03-162/2017 по делу № А04-7445/2015 // СПС КонсультантПлюс.
11. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 25.01.2016 № Ф09-11213/15 по делу № А50-6810/15 // СПС КонсультантПлюс.
12. Блэк Б.С., Крэкман Р., Тарасова А. Комментарий Федерального закона «Об акционерных обществах». М., 1999. С. 443..
13. Кузнецов А.А. Реформа крупных сделок и сделок с заинтересованностью. Что изменилось в регулировании // Арбитражная практика. 2017. № 1. С. 72-78. URL: <https://e.arbitr-praktika.ru/525353>.
14. Карапетов А.Г. Проблемные вопросы применения ст. 174 ГК РФ // СПС КонсультантПлюс.
15. Шиткина И.С. Экстраординарные сделки, совершаемые хозяйственными обществами. М.: Статут, 2017. С. 170.
16. Кузнецов А.А. Оспаривание крупных сделок и сделок с заинтересованностью: общие замечания // СПС Гарант.
17. Шиткина И.С. Правовой режим сделок, в совершении которых имеется заинтересованность // СПС КонсультантПлюс (дата обращения: 18.10.2020).
18. Штефан Д.В. Определение добросовестности при применении п. 1 ст. 174 ГК РФ // СПС КонсультантПлюс.
19. Кузнецов А.А. Крупные сделки и сделки с заинтересованностью // О собственности: Сборник статей к юбилею К. И. Скловского. М.: Статут. 2015. С. 224 - 253.
20. Будылин С.Л. Крупные сделки и сделки с заинтересованностью. Опыт регулирования в Великобритании // Арбитражная практика. 2014. № 3. С. 116-125. URL: <https://e.arbitr-praktika.ru/333388>.

²³ Будылин С.Л. Крупные сделки и сделки с заинтересованностью. Опыт регулирования в Великобритании // Арбитражная практика. 2014. № 3. С. 116-125. URL: <https://e.arbitr-praktika.ru/333388>.



УДК 347.78



Прошина Яна Константиновна
(yana.k.proshina@gmail.com)

студентка 3 курса бакалавриата юридического факультета Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова

Научный руководитель:

Третьяков Сергей Васильевич,
кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права юридического факультета Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова

Yana Konstantinovna Proshina
yana.k.proshina@gmail.com

3d-year student of bachelor program, Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University

Academic supervisor:

Sergei Vasilyevich Tretyakov,
PhD in Law, Associate professor of Civil Law Department, Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University

ЭКОНОМИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ ПРАВ СОБСТВЕННОСТИ

ECONOMIC ANALYSIS OF PROPERTY RIGHT

АННОТАЦИЯ: Частноправовые исследования с позиций экономической теории необычны для континентальных правовых систем. Однако, учитывая динамичность процессов в экономике, исследования таких фундаментальных категорий, как права собственности, имеют ключевое значение для оценки и упорядочивания этих хаотичных событий путём эффективного правового регулирования, что является лучшим показателем актуальности темы исследования. Анализируя положения прав собственности с позиций экономического анализа, автор делает выводы о целесообразности механизмов их защиты и спецификации.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: Экономический анализ, права собственности, спецификация прав собственности, нормы собственности, нормы ответственности, нормы, запрещающие отчуждение, экстерналии, теорема Коуза.

ANNOTATION: Private-law research from the economic point of view is uncommon for civil law jurisdictions. However, taking into account rapid processes in the global economy, studies on fundamental concepts, such as property rights, are crucial to evaluating and laying out these chaotic events by means of effective legal regulation. That's the clearest evidence of the importance of the topic of the study. After a careful analysis of the property rights provisions, the author presents the conclusions concerning the efficiency of legal mechanisms for property rights protection and specification.

KEYWORDS: Economic analysis of law, property rights, specification of property rights, property rules, liability rules, inalienability, externalities, Coase theorem.

1. Экономическая теория субъективных прав собственности

1.1. Права собственности и общество

Институт собственности является одним из важнейших механизмов по урегулированию взаимодействия людей в условиях ограниченности экономических ресурсов. Многими исследователями отмечается прямая зависимость между степенью развитости правового института собственности и экономическим развитием самого общества. Так, Уильям Бернштейн в своей работе "The Birth of Plenty: How the Prosperity of the Modern World Was Created" приходит к выводу, что устойчивая система прав собственности наряду с развитым научным методом, наличием рынка капитала и разветвленной системой транспортного сообщения является необходимым условием процветания общества¹.

По мнению Дугласа Норта и Пола Томаса, отраженного в их исследовании "The Rise of the Western World: A New Economic History", исторически сложившаяся в Европе традиция охраны и защиты прав собственности способствовала предотвращению произвольного изъятия имущества и, как следствие, повышению устойчивости оборота². Анализируя историю стран Западной Европы, Норт и Томас связывают произошедшее в 16-17 веках возвышение одних (Голландия³) и упадок других (Испания и Франция⁴) именно с наличием эффективного регулирования прав собственности.

¹ Bernstein, W. J., (2004). The Birth of Plenty: How the Prosperity of the Modern World Was Created, New York, McGraw-Hill – p 53

² North, D., and Thomas, R. (1973). Fiscal Policy and Property Rights. In The Rise of the Western World: A New Economic History. Cambridge: Cambridge University Press. – pp 91-93

³ The Netherlands and Successful Economic Growth – p 133 там же

⁴ France and Spain – The Also-Rans – pp 120-121 там же

Что понимается под эффективным регулированием? Собственник, господствующий над определенным ресурсом, желает не просто ограничить доступ других к соответствующему ресурсу, но и пользоваться реальным механизмом такого ограничения, действующим как бы автоматически, не требуя дополнительных усилий. Такое желание естественно и понятно: охрана своими силами требует от собственника все больших и больших затрат, что неблагоприятно отражается на его возможности эксплуатировать ресурс. В конце концов может случиться так, что издержки охраны ресурса могут превзойти выгоды от пользования им. Кроме того, эффективного механизма защиты имущества своими силами может в определенных обстоятельствах не существовать вовсе. Как отмечает Гвидо Калабresi, самый банальный пример такой ситуации – значительное физическое или экономическое неравенство противоборствующих сторон⁵.

Примером, показывающим справедливость данного утверждения, могут служить современные очаги распространения преступных сообществ. Существование организованной преступности, сконцентрированной в определенном месте, губительно для системы прав собственности. Рядовой собственник не имеет возможности эффективно защищаться от превосходящего по силам противника и боится со временем лишиться своего ресурса.

Данный пример обнаруживает и другое вредоносное последствие отсутствия упорядоченной системы прав собственности – не имея должного признания своего права на определенное благо, собственник лишается стимула должным образом его эксплуатировать. Если существует реальная угроза произвольного отчуждения объекта собственности со всеми произведенными улучшениями, прикладывать какие-либо усилия по их созданию просто нецелесообразно.

Напротив, создание обществом в лице государства системы оснований владения имуществом – титулов – делает взаимоотношения между людьми по поводу экономических благ

НЕ ИМЕЯ ДОЛЖНОГО
ПРИЗНАНИЯ СВОЕГО ПРАВА
НА ОПРЕДЕЛЕННОЕ БЛАГО,
СОБСТВЕННИК ЛИШАЕТСЯ
СТИМУЛА ДОЛЖНЫМ ОБРАЗОМ
ЕГО ЭКСПЛУАТИРОВАТЬ.
ЕСЛИ СУЩЕСТВУЕТ РЕАЛЬНАЯ
УГРОЗА ПРОИЗВОЛЬНОГО
ОТЧУЖДЕНИЯ ОБЪЕКТА
СОБСТВЕННОСТИ СО
ВСЕМИ ПРОИЗВЕДЕННЫМИ
УЛУЧШЕНИЯМИ,
ПРИКЛАДЫВАТЬ КАКИЕ-ЛИБО
УСИЛИЯ ПО ИХ СОЗДАНИЮ
ПРОСТО НЕЦЕЛЕСООБРАЗНО

более стабильными. Многие исследователи сходятся во мнении, что создать подобный механизм исключительно экономическими инструментами невозможно – вмешательство государства в данном случае не только оправданно, но и необходимо⁶. Таким образом, возникает потребность в сугубо правовом механизме регулирования отношений собственности.

При этом даже в рамках парадигмы признания необходимости государственного вмешательства в упорядочивание отношений собственности, исследователи спорят о допустимой степени такого вмешательства. Иными словами, воззрения на преимущества централизации и децентрализации разнятся в экономических и юридических научных кругах.

В пользу централизованной системы говорят эмпирические исследования. Исследователи Гэри Лайбкап и Дин Льюэк изучили опыт межевания частных земельных участков, проводившийся в штате Огайо в 19 веке, сравнив две системы, параллельно использовавшиеся при этом. Одна из них – система границ и переделов

⁵ Calabresi, G. and Melamed, D. (1972). «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral». Harvard Law Review, Vol.85 – p 1091

⁶ Demsetz, H., (1967). Toward a Theory of Property Rights. The American Economic Review, Vol. 57, No. 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association., p 351.

(Metes and Bounds Demarcation Regime) предполагала децентрализованное определение границ участков, в то время как общественная система межевания земель (Public Land Survey System или Rectangular System) осуществлялась под руководством государственных служащих⁷.

В ходе анализа документов той эпохи ученые пришли к следующим важным выводам. Во-первых, стандартизированное межевание, включавшее в себя целый ряд централизованных фактических (собственно определение и обозначение границ) и юридических мер административного характера, произвело положительный эффект на экономику региона. Главным образом это произошло вследствие того, что общественная система межевания земель предотвратила потенциальные конфликты между собственниками смежных участков, а также увеличила объем земельных трансакций⁸.

Во-вторых, указанные эффекты оказались долгосрочными: авторами исследования было замечено, что и в 21 веке при прочих равных условиях районы, где межевание проходило централизованно, оказались экономически более развитыми, чем те, где этот процесс проводился по системе границ и переделов⁹.

1.2. Свойства системы прав собственности

Экономическая теория субъективных прав собственности стоит на признании ряда свойств, определяющих структуру прав собственности и регулирование данных правоотношений. Рассмотрим ряд наиболее важных из них.

Прежде всего, характер отношений собственности предполагает эксклюзивность – ограниченность или полный запрет доступа к ресурсу для кого-либо, кроме самого собственника. Именно это свойство обеспечивает заинтересованность собственника в поддержании ресурса в должном состоянии, поскольку именно он в конечном итоге получит выгоды от его использования. При этом эксклюзивность будет варьироваться в зависимости от того, какому режиму подчинен рассматриваемый ресурс.

По степени эксклюзивности, то есть по количеству субъектов, имеющих доступ к ресурсу, режимы собственности можно разделить на три группы: 1) индивидуальная, 2) коллективная и 3) собственность открытого типа. Причины и последствия использования ресурсов в том или ином режиме определяются рядом естественных, экономических, исторических и политических факторов, изменяющихся во времени и ведущих к смене режимов в отношении отдельных объектов. Более подробно об этом будет сказано в главе 3 настоящей работы.

Вторым свойством эффективной системы прав собственности является универсальность. Это означает, что право собственности потенциально может быть распространено на любой объект материального мира. Очевидно, что для того, чтобы достичь должной универсальности, правовой системе необходимо развитое учение об объекте, ведь с развитием науки и техники появляются новые блага, которые должны вписываться в уже существующую парадигму объектов прав собственности.

Третьим свойством является оборотоспособность. Нужды экономического оборота требуют постоянного обращения благ, что достигается путем добровольных трансакций по цене, согласованной отчуждателем и приобретателем по их собственному усмотрению в соответствии с существующими на данный момент законами. Нормы права в значительной мере влияют на конкретное воплощение свойства оборотоспособности в том или ином обществе. Очевидно, что ситуация, в которой продавец и покупатель в отсутствие каких-либо пороков воли не могут заключить взаимовыгодную сделку по отчуждению какого-либо блага, не соответствует сугубо экономическому пониманию собственности. При этом она возможна, потому что государство путем установления соответствующих правовых норм ограничивает те или иные объекты в обороте или вовсе их исключает. Как отмечают Армен Алчан и Гарольд Демсец, говоря о структуре прав собственности, чисто юридическая природа таких ограничений видна, когда мы

⁷ Libecap, G. and Lueck, D., (2011). «The Demarcation of Land and the Role of Coordinating Property Institutions,» *Journal of Political Economy*, University of Chicago Press, vol. 119(3), p 437

⁸ Р 460 там же

⁹ Р 460 там же



**ПРЕЖДЕ ВСЕГО, ХАРАКТЕР
ОТНОШЕНИЙ СОБСТВЕННОСТИ
ПРЕДПОЛАГАЕТ
ЭКСКЛЮЗИВНОСТЬ –
ОГРАНИЧЕННОСТЬ ИЛИ
ПОЛНЫЙ ЗАПРЕТ ДОСТУПА
К РЕСУРСУ ДЛЯ КОГО-ЛИБО,
КРОМЕ САМОГО СОБСТВЕННИКА**

сравниваем оборот различных стран. Так, в одних странах героин как благо будет обладать качеством оборотоспособности, а в других – нет. Это зависит от законодательных предписаний¹⁰.

Определение ценности объекта, по общему правилу, находится вне государственной дискреции и, следовательно, правового регулирования, однако право играет значительную роль в защите интересов стороны, если добро-

вольная трансакция не была исполнена по вине контрагента. Как отмечает Гвидо Калабреззи, реализуя ответственность нарушителя, государство в лице специализированного органа, в частности суда, дает дополнительную оценку ценности объекта – ведь цена нарушения договора может в конечном итоге отличаться от самостоятельно установленной сторонами первоначальной цены договора, например, в силу изменившихся внешних обстоятельств, свойств объекта или поведения сторон¹¹.

**2. Издержки в системе прав
собственности**

2.1. Внешние эффекты (экстерналии)

Тот очевидный факт, что взаимодействие продавца и покупателя не изолировано от всего оборота и социальной реальности в целом, неизбежно порождает экстерналии – внешние эффекты. Под ними мы подразумеваем издерж-

¹⁰ Alchian A, Demsetz H., (1973). The Property Right Paradigm The Journal of Economic History. Vol. 33. No 1 – p 18

¹¹ Calabresi, G. and Melamed, D., (1972). «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral». Harvard Law Review, Vol.85 – p 1092

ки и выгоды, которые возникают у третьих лиц и не учитываются сторонами при принятии решения. Положительные экстерналии означают, что индивид приобретает какое-либо благо в качестве побочного продукта деятельности других, в то время как при возникновении отрицательных экстерналий деятельность одних экономических агентов создает дополнительные издержки третьим лицам. Причины, по которым возникают экстерналии, могут быть самыми разными: технологические изменения в обществе, политические решения, недостаточная защита прав собственности, недостаточная эксклюзивность ресурса и другие.

Проблема внешних эффектов разрешается путем интернализации – превращения внешних эффектов во внутренние выгоды и издержки. Гарольд Демсец связывает этот процесс с изменениями в системе прав собственности, которые призваны выполнить главную цель существования прав собственности вообще, а именно стимулировать все большую интернализацию¹². Существует два основных подхода к интернализации внешних эффектов: общественные и частные решения. Основным критерием их разграничения является оценка роли государства: в то время как общественные решения предполагают необходимость участия государства в этом процессе, частные решения, хотя и допускают вмешательство государственных агентов, не считают его обязательным и непременно эффективным.

Основным идеологом общественных решений был Артур Пигу. В своей работе «Экономическая теория благосостояния» он отмечает, что между индивидуальными и общественными интересами существует противоречие, причем экстерналии – это проявление их взаимного влияния друг на друга. В зависимости от того, положительные ли это эффекты или отрицательные, государство либо субсидирует производства блага, либо ограничивает его. Сегодня ситуации, когда предельная частная выгода превышает общественную и вырабатывает негативный внешний эффект, связаны прежде всего с промышленным производством, оказывающим

негативное влияние на окружающую среду. С позиций Пигу, решением данной проблемы может быть введение дополнительного налога на вредоносные виды деятельности, введение квот на такую деятельность, установление юридической ответственности.

Частные решения данной проблемы возникли несколько позже и были выработаны Рональдом Коузом. Основная идея заключается в том, что ключевое свойство рынка, а именно эффективная саморегуляция, позволяет ему решить и проблему внешних эффектов, не прибегая к государственному вмешательству. С точки зрения коузианского подхода, вместо налогообложения и квотирования должны применяться соглашения между участниками оборота, а взаимовыгодное решение должно определяться путем переговоров. Более подробно это будет рассмотрено в параграфе, посвященном теореме Коуза.

2.2. Трансакционные издержки

Не менее важным представляется и рассмотрение трансакционных издержек. Поскольку обеспечение оборотоспособности прав собственности является неотъемлемым условием эффективного оборота, необходим постоянный динамичный обмен. Он неизбежно будет сопровождаться трансакционными издержками, поскольку экономическим агентам так или иначе необходимо договариваться об условиях сделок. Принципиальная важность трансакционных издержек заключается в том, что они играют системную роль – в попытках их сократить участники оборота будут принимать решения и выбирать те механизмы системы прав собственности, которые в данной конкретной ситуации будут более оптимальны. Это касается и установления прав собственности, и их реализации, и их защиты.

Трансакционные издержки возникают на любом этапе совершения трансакции. Для того чтобы сделка состоялась, необходимо по крайней мере обладать информацией о состоянии рынка, что включает в себя поиск потенциальных контрагентов, информации о ценах, о пра-

¹² Demsetz H., (1967). Toward a Theory of Property Rights. The American Economic Review, Vol. 57, No. 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association. – p 348

вовом регулировании в отношении данного вида сделок и так далее. Непосредственно на этапе проведения транзакции издержки вызываются необходимостью проведения переговоров, согласования взаимовыгодных условий, и такие мероприятия могут в конце концов стать настолько неэффективными, что в совокупности издержки превысят потенциальные выгоды. Как правило, издержки переговоров возрастают при увеличении количества сторон, ведь чем больше участников транзакции, тем сложнее найти такое решение, которое бы максимально отвечало явным и тайным интересам всех сторон. На этапе после совершения транзакции издержки могут быть связаны с понуждением к исполнению соглашения.

Применительно к системе прав собственности транзакционные издержки могут возрасти в связи со специфичностью самих объектов, прежде всего это касается недвижимости. Несмотря на усовершенствование систем логистики и связи, в настоящее время невозможно полностью купировать некоторые факторы, например, специфичность местоположения объекта. Объекты недвижимости, например, физически привязаны к своему географическому местоположению, поэтому их владельцу приходится прикладывать больше усилий по сохранению контрактов, связанных с эксплуатацией такого объекта, даже если при этом ему приходится мириться с возрастающими издержками переговоров с контрагентом, ведь иначе он вообще не сможет эффективно эксплуатировать свой ресурс.

Сегодня большие надежды возлагаются на цифровизацию экономики, поскольку именно этот процесс позволяет если не избавиться от транзакционных издержек, то, во всяком случае, свести их к минимуму. Технологические решения кардинально меняют процесс сбора и обработки информации, что особенно важно для специфичных объектов прав собственности. С появлением агрегаторов и проникновением их в практически все сферы обмена возникает возможность преодолеть информационную асимметрию, что делает экономических субъектов в

ТЕХНОЛОГИЧЕСКИЕ РЕШЕНИЯ КАРДИНАЛЬНО МЕНЯЮТ ПРОЦЕСС СБОРА И ОБРАБОТКИ ИНФОРМАЦИИ, ЧТО ОСОБЕННО ВАЖНО ДЛЯ СПЕЦИФИЧНЫХ ОБЪЕКТОВ ПРАВ СОБСТВЕННОСТИ

целом более свободными в принятии решений по распоряжению своими активами. Таким образом, вариантов обмена между участниками оборота становится значительно больше, чем можно было представить себе раньше, а транзакционные издержки становятся принципиально ниже традиционного понимания низких издержек.

2.3. Теорема Коуза и собственность

Подход к собственности, разработанный Рональдом Коузом, порой называют гиперреалистичным¹³. Теорема Коуза гласит, что если транзакционные издержки равны нулю, а права собственности специфицированы, то окончательное размещение ресурсов эффективно вне зависимости от первоначального распределения прав собственности. Безусловно, сделки без дополнительных издержек такого рода в реальном обороте невозможны, что признавал и сам Коуз, но такое допущение необходимо, чтобы лучше понимать сам механизм сделки и видеть возможности его улучшения.

Право перераспределяет издержки в зависимости от того, является ли сторона более сильной или слабой в экономическом плане, а также с учетом интереса, проявленного стороной к ресурсу. Иян Маккай в качестве примера спорной ситуации приводит двух соседей, один из которых владеет лесопилкой, а другой – медицинским кабинетом. Шум, создаваемый оборудованием лесопилки, мешает деятельности врача, отпугивая пациентов. Имеются два пути решения проблемы: с одной стороны, на лесопилке могут быть возведены средства погло-

¹³ Merrill, T. and Smith, H., (2001). What Happened to Property in Law and Economics?. Yale Law Journal, Vol. 111 – p 366

щения шума, с другой, врач может найти более подходящее место для кабинета¹⁴. В реальном мире решение проблемы не обязательно будет решаться путем мирных переговоров вплоть до достижения соглашения, врач по разным причинам (невозможность или нежелание вести переговоры, явная недобросовестность в поведении владельца лесопилки и уверенность врача в благоприятном исходе судебной тяжбы) может предпочесть разрешение спора в судебном порядке, в результате чего суд может обязать владельца лесопилки своими силами прекратить шум.

Одни исследователи считают, что в случае, когда трансакционными издержками пренебречь невозможно, более выгодное положение в отношении ресурса должна иметь сторона, которая больше его ценит¹⁵. В данном случае это врач, поскольку шум приносит убыток именно ему. Другой подход отталкивается от того, кто из сторон может меньшими потерями устранить спорную ситуацию (*cheapest cost avoider*), и предлагается к применению, например, в случаях причинения вреда окружающей среде¹⁶.

Несмотря на свою значимость и признанность, теорема Коуза подверглась критике как со стороны правоведов, так и со стороны экономистов. Во-первых, Коуз не учел эффекты распределения богатства – в результате распределения издержек на одну из сторон, она вынуждена изменить стратегию производства и потребления, чтобы сгладить негативные последствия обязательства возместить ущерб и вернуться к прежней прибыльности бизнеса.

С другой стороны, в теореме не учитывается эффект владения. В ходе эмпирических исследований, проведенных сторонниками бихевиоризма в экономике, в частности Даниэлем Канеманом и Джеком Кнетчем, экономисты выяснили, что цена, которую люди готовы платить за одно и то же благо, при продаже неодинакова. Иными словами, цена блага видится людям

в 2-3 раза выше, если они продают его, а не приобретают¹⁷. Однако будет справедливым отметить, что данный эффект в меньшей степени касается активных профессиональных коммерсантов. Среди тех, кто совершает коммерческие сделки часто, эффект владения практически не встречается¹⁸.

3. Объекты прав собственности

3.1. Новые объекты прав собственности

Как уже было отмечено, чтобы оставаться эффективной, система прав собственности должна достаточно гибко реагировать на изменения социальной реальности и предоставлять такой правовой режим, который не будет сдерживать экономический прогресс, а наоборот, стимулировать его ход. Отчасти это достигается за счет гибкой и развитой системы объектов, которая, с одной стороны, упорядочивает и унифицирует режим уже известных прав объектов прав собственности, а с другой, достаточно быстро может воспринять новый объект и встроить его в уже существующую парадигму. При этом объект невозможно рассматривать в отрыве от режима прав собственности, так как эффективная эксплуатация объекта зачастую зависит от избранного режима.

Система прав собственности может пополняться новыми объектами различными путями. Самый очевидный путь – это возникновение какой-либо новой ценности, которая либо физически не существовала ранее, либо была неизвестна человеку. Показательным примером возникновения совершенно нового объекта прав собственности и трудностей определения его правового режима могут быть радиочастоты¹⁹. Открытие физических свойств радиоволн привело к их превращению из природного явления в экономическое благо. В начале 1920-х количество радиостанций росло так стреми-

¹⁴ MacKaay, E., (2013), *Law and Economics for Civil Law Systems*. Edward Elgar Publishing, – p 234

¹⁵ Hoffman E and Spitzer, M., (1993). Information and the divergence between willingness to accept and willingness to pay, *Journal of Environmental Economics and Management* 38, – pp 67-70

¹⁶ Calabresi, G and Melamed, D., (1972). «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral». *Harvard Law Review*, Vol.85 – p. 1118

¹⁷ Kahneman, D., and Knetsch, Jack., Thaler, R. (1990). «Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem». *Journal of Political Economy* 98 (6) – p 1346

¹⁸ List J. A., The Effect of Market Experience on the Wta/Wtp Disparity: Evidence from a Field Experiment with Sports Memorabilia (2000). University of Arizona Working Paper – pp 360-370

¹⁹ Coase R., (1959) The Federal Communications Commission *Journal of Law and Economics*. Vol. 2, Oct, p. 4

тельно, что их использование становилось неэффективным – большое количество сигналов, передаваемых в эфир одновременно, а порой даже на той же частоте, привело к постоянным помехам. Необходимо было, проанализировав особенности самого ресурса, выработать политику его эксплуатации на законодательном уровне.

Новые объекты прав собственности могут возникать и из уже существующих путем фрагментации, следуя изменениям потребностей общества в тех или иных благах. В качестве примера можно привести кондоминиумы или многоквартирные дома. Первоначально существовавшее жилое здание как объект собственности, как правило, не принадлежало совместно людям, не связанным родством, свойством или хотя бы общим хозяйством. Однако со временем в результате роста городов потребности в жилье росли, и предоставить индивидуальное жилое строение каждому стало невозможно. Промежуточным этапом стали доходные дома, которые принадлежали на праве собственности одному собственнику, но предназначались для постоянной сдачи в аренду множеству индивидуальных арендодателей. На сегодняшний день эксплуатация кондоминиумов и многоквартирных домов в разных странах предполагает, что собственники имеют право индивидуальной собственности на отдельные квартиры и совместно (на праве общей долевой собственности) владеют общими помещениями и оборудованием, обслуживающим дом в целом²⁰.

Выгоды и издержки являются движущей силой изменений в системе прав собственности. Многие исследователи экономического анализа права настаивают, что для правильной оценки прав собственности их необходимо рассматривать не как внешнюю по отношению к экономическому анализу силу, но как интегрированное в эволюцию рынка явление. Максимизация выгод и сокращение издержек в системе прав собственности, как уже было отмечено, достигаются различными способами. Применительно к объектам залогом эффективной эксплуатации

является выбор оптимального режима собственности. Важно отметить, однако, что соответствие режимов и объектов зависит не только от характеристик самого объекта, но и от технологических, юридических и социальных условий. Рассмотрим режимы собственности и их сравнительные преимущества более подробно.

3.2. Режим индивидуальной собственности

По общему правилу, индивидуальная собственность считается наиболее эффективным режимом. Рассматривая кооперацию в рамках фирмы, Гарольд Демсец и Армен Алчан пришли к выводу, что при совместном участии в каком-либо предприятии некоторые люди в любом случае захотят получить максимум выгод при минимуме затрат и попытаются работать менее усердно. Даже наемные управляющие – менеджмент фирмы – на самом деле не заинтересованы в процветании предприятия в долгосрочной перспективе. Единственная фигура, действительно заинтересованная в эффективном управлении фирмой – это ее собственник, потому что именно на его долю выпадает прибыль. Применительно к непосредственно собственности это будет означать, что индивидуальная собственность является наиболее оптимальным режимом, поскольку в этом случае существует один собственник, который всецело берет на себя риск убыточности ресурса, а потому имеет явный стимул эффективно им управлять.

Однако необходимо признать, что при всей своей эффективности режим индивидуальной собственности не является универсальным. Это может быть связано с особенностями самого объекта собственности, так как некоторые объекты просто не поддаются установлению над ними такого режима. Это так называемые общедоступные вещи – естественные или свободные блага. Ключевой особенностью объекта права собственности является относительная редкость, в то время как свободные блага ею не обладают. Другая категория благ, на которые индивидуальная собственность не уста-

²⁰ Например, National Housing Act § 234 (c), 75 Stat. 160 (1961), 12 U.S.C. § 1715 (c) (1964), as amended by 78 Stat. 780 (1964), Ст. 290, Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): федеральный закон от 30.11.1994 г. N 51-ФЗ (ред. от 31.07.2020) // «Российская газета» от 8 декабря 1994 г. N 238-239, Собрание законодательства Российской Федерации от 5 декабря 1994 г. N 32 ст. 3301

навливаются – это вещи в режиме свободного доступа, которые будут рассмотрены в отдельном параграфе.

Кроме того, отказ от режима индивидуальной собственности может быть продиктован внешними обстоятельствами. Например, изменение режима собственности в племенах коренных народов Северной Америки. Как отмечает Гарольд Демсец со ссылкой на исследования Элеонор Лилок и Фрэнка Спекса, индейцы в результате обеднения охотничьих угодий из-за чрезмерной добычи меха установили некий смешанный, подобный коллективному режим, при котором каждая семья получала определенный участок угодий для охоты, а потом в порядке ротации передавала его другой семье²¹. Установление чистой индивидуальной собственности было на том этапе невозможно, поскольку уровень развития общества не позволял отдельной семье эффективно эксплуатировать и защищать обособленный участок самостоятельно, без поддержки других членов племени.

В целом, можно отметить, что научно-технический прогресс способствует установлению индивидуальной собственности на ресурсы. Так, распространение колючей проволоки и свободное ношение оружия, как отмечают Андерсон и Хилл, позволили снизить издержки спецификации и защиты земельных наделов, что позволило все большему количеству американских поселенцев на Великих равнинах приобрести титулы на собственность²². Это является примером такого изменения социальных реалий, при которых один из ключевых параметров установления прав собственности, а именно издержки спецификации и защиты, меняется настолько, что за определенным объектом, в данном случае землей, на долгое время закрепляется определенный режим собственности.

3.3. Режим коллективной собственности

Коллективная собственность подразумевает ситуацию, когда доступ к объекту собственности не является совершенно эксклюзивным, как

НЕИЗБЕЖНО ВОЗНИКАЕТ ВОПРОС, ПОЧЕМУ В НАШИ ДНИ, КОГДА РЕСУРСОВ, ТРЕБУЮЩИХ ОГРОМНЫХ ЗАТРАТ И ПОДРАЗУМЕВАЮЩИХ БОЛЬШИЕ РИСКИ, СТАЛО БОЛЬШЕ, МЫ НЕ ВИДИМ РАСЦВЕТА КОЛЛЕКТИВНОЙ СОБСТВЕННОСТИ?

в индивидуальной собственности, однако все же ограничен конечным кругом собственников, противостоящих всем другим индивидам. Режим коллективной собственности в развитом обществе является скорее исключением, чем правилом, и возникает в силу социальных, политических причин, а также в том случае, если каждый отдельный индивид не может самостоятельно обеспечить защиту своего ресурса, или издержки защиты слишком высоки. Очевидно, что чаще всего такие проблемы возникают при эксплуатации массивных ресурсов, требующих больших инвестиций. Тогда правило фирмы, выведенное Демсецем и Алчаном, не может выполняться, поскольку один индивид не готов нести колоссальные издержки эксплуатации и защиты, даже если они сулят большую прибыль. В режиме коллективной собственности экономия достигается за счет эффекта масштаба при условии, что после распределения конечного продукта по собственникам выгоды все еще достаточно высоки.

Кроме того, совместное владение открывает возможности взаимного страхования. В случае неудачи, затрагивающей индивидуальную собственность, каждый вынужден принять на себя все неблагоприятные последствия, в то время как режим коллективной собственности допускает перераспределить риски – когда у одного из собственников возникают сложности в управлении его частью, другие в некотором роде страхуют его. Конечно, такой механизм эффективен

²¹ Demsetz, H., (1967). Toward a Theory of Property Rights. The American Economic Review, Vol. 57, No. 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association., p 352

²² Anderson, T. and Hill, P., (1975) «The Evolution of Property Rights: A Study of the American West.» Journal of Law and Economics 18, no. 1, – pp 163-169

лишь при условии, что сложности не возникают у всех собственников одновременно.

Неизбежно возникает вопрос, почему в наши дни, когда ресурсов, требующих огромных затрат и подразумевающих большие риски, стало больше, мы не видим расцвета коллективной собственности? Дело в том, что этот режим имеет также значительные недостатки. Прежде всего, реализация описанных выше преимуществ возможна только при согласованных и непротиворечивых действиях собственников, на практике же достижение даже номинального соглашения может оказаться непростой задачей, которая становится тем сложнее, чем больше собственников претендуют на данный ресурс. Обеспечить реальное исполнение намеченных договоренностей еще сложнее, поскольку каждый из собственников может преследовать личный, скрытый от других интерес.

Кроме того, коллективная собственность практически неизбежно влечет возникновение проблемы безбилетника. Неизбежно появляются собственники, которые попытаются снизить свои индивидуальные издержки и повысить индивидуальные выгоды за счет коллективных действий всех остальных. Поскольку такой логике, вероятно, будет следовать не единственный недобросовестный собственник, общая эффективность использования такого ресурса неизбежно падает. Яркой иллюстрацией этой проблемы является коллективная эксплуатация систем орошения в Непале. Рой Гарднер и Элинор Остром, исследовавшие это явление, отмечают, что из-за мышления безбилетника такие системы очень сложно поддаются улучшениям, так как действия только одного собственника не принесут никаких плодов, а другие могут продолжать бездействовать, ожидая, что кто-то проинвестирует в общий ресурс вместо них²³. Кроме того, собственники находятся в заведомо неравном положении, так как от злоупотреблений собственниками участков, находящихся выше по руслу канала, страдают те, чьи участки расположены дальше. По мнению авторов, единственным правильным решением является выработка внутренних до-

говоренностей и мер внутригруппового принуждения. Однако, как уже было отмечено, на практике выработка договоренностей не всегда бывает успешной, поэтому проблема остается нерешенной.

3.4. Режим собственности свободного доступа

Режим свободного доступа предполагает наименьшую эксклюзивность – к ресурсу имеет доступ неограниченный круг индивидов, причем ни один из них не может законно блокировать доступ другим. Данный режим следует отличать от режима свободных благ, потому что установление режима сколько-нибудь исключительного доступа к ним не то чтобы невозможно, а скорее бессмысленно. Как отмечает в своем классическом труде «Трагедия общин» Гаррет Хардин, в том случае, если выгоды обладания исключительными правами меньше издержек, связанных с защитой и спецификацией таких прав, возникает режим свободного доступа. Зачастую такой режим распространяется на объекты инфраструктуры, пастбища, рыбные промыслы.

Однако, несмотря на неизбежность такого режима, в силу присущих ему недостатков он является скорее необходимым злом, чем благом.

Как показывает практика, ресурсы, находящиеся в собственности открытого доступа подвержены обесценению и истощению. Стремление собственника эффективно и экономно эксплуатировать объект, на который установлено его исключительное право, не проявляется, когда речь идет о ресурсе в свободном доступе. Индивиды начинают эксплуатировать его чрезмерно, что радикально снижает его объемы. Хрестоматийным примером сверхмерного потребления является рыбный промысел в Калифорнии 20 века. В результате изобретения плавучих консервных заводов, позволивших производить консервы из сардин быстрее и эффективнее, на место частных рыбаков пришли промышленные гиганты. Таким образом, к 70-м годам некогда изобильные угодья пришли в полный упадок, а коммерче-

²³ Ostrom, E., Gardner, R. and Walker J., (1994) Rules, Games, and Common-Pool Resources. Ann Arbor: University of Michigan Press, p. 225

ская ловля в Калифорнии фактически перестала существовать как отрасль.

Очевидно, что при разумном и своевременном ограничении вылова такого сценария можно было бы избежать. Конечно, наилучшим является решение, когда сами индивиды и фирмы заинтересованы в экономичном использовании ресурсов, даже если они не принадлежат им лично, и подходят к потреблению сознательно. Это не только отвечает представлениям о социальной справедливости, но и сокращает издержки, связанные с обслуживанием возможной системой контроля и надзора. Однако если это невозможно, государство должно препятствовать истощению или порче ресурсов путем установления квот и штрафов за их нарушение. Причем очень важно установить санкцию такого уровня, чтобы нарушителям действительно было невыгодно нарушать правила. Как показывает практика мирового ограничения загрязнения окружающей среды, при недостаточно жестких наказаниях крупным агентам выгоднее заплатить штраф, чем сократить выбросы – они воспринимают это как своего рода плату за загрязнение.

Кроме того, при таком режиме собственности обостряется проблема несовпадения индивидуального и общественного интереса. Эффект безбилетника, описанный в параграфе о коллективной собственности, в данном случае приобретает ещё более разрушительное действие. Проблема безбилетника практически неизбежно возникает при использовании объектов инфраструктуры и иных общественных благ, но искоренить ее значительно сложнее, чем в коллективной собственности. Дело в том, что круг субъектов собственности открытого доступа принципиально неограничен, поэтому эффективно выявить и поймать безбилетника сложно. Такова проблема современного общественного транспорта многомиллионных агломераций, где эта проблема возникает в буквальном смысле: множество людей принимают стратегию безбилетника, но выявлять их, не снижая продуктивную эксплуатацию ресурса, крайне сложно.

4. Установление прав собственности

4.1. Частный порядок признания прав собственности

Для установления собственности в экономическом смысле этого слова зачастую может оказаться достаточным фактическое господство над ресурсом и, что самое важное, достижение достаточной исключительности, иными словами, недопущения пользования ресурсом кем-либо, кроме собственника и уполномоченным им лиц. Ключевой особенностью частного порядка признания собственности является то, что обеспечение исключительности осуществляется силами самих субъектов.

Для недвижимого имущества исключительность традиционно эффективно обеспечивается физическими ограничениями доступа посторонних к ней в виде оград, заборов или современных автоматических охранных систем. Достаточно обратиться к истории изобретения колючей проволоки, чтобы понять в полной мере, насколько эффективным может быть физическое препятствие – порой более действенным, чем нормы права. Роберт Элликсон, исследуя экономическую и социальную обстановку в округе Шаста, Калифорния, отмечает невысокую роль законов в регулировании хозяйственной жизни фермеров и скотоводов. На обложке новых изданий его книги «Порядок без закона: как соседи разрешают споры» изображена колючая проволока – именно она, наряду с неформальными соглашениями между соседями, становится инструментом установления права собственности на те или иные объекты²⁴.

Помимо физических барьеров могут эффективно устанавливаться и иные, в частности соглашения или оговоры. Исторически развитые договорные практики возникали тогда, когда государственная власть и, следовательно, законодательство на той или иной территории еще не могли применяться эффективно, но уже возникла необходимость в развитом регулировании отношений собственности. В качестве примера Гэри Лайбкап приводит договорные отношения по поводу собственности на золото в Неваде²⁵. Статус

²⁴ Ellickson, R. *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes* (1991) Cambridge, Mass: Harvard University Press

²⁵ Libecap, G. *Economic Variables and the Development of the Law: The Case of Western Mineral Rights*. (1978). *The Journal of Economic History*, 38(2), p. 344

штата Невада получила только в 1864 году, а до того времени отношения между золотодобытчиками определялись в большей степени их индивидуальными соглашениями, чем законами.

Конечно, и в наше время собственники не пренебрегают заборами или объединениями на договорной основе, чтобы обеспечить охрану собственности общими усилиями, например, путем найма услуг охранной компании, но очевидно, что сегодня необходимость в частных мерах в первую очередь возникает в том случае, если объект прав собственности настолько специфичен, что неповоротливый государственный механизм не может оперативно пресечь нарушение прав. В подобной ситуации оказываются разработчики – условно собственники – программного обеспечения. С одной стороны, им необходимо реализовывать разработанные продукты, извлекая прибыль, что неизбежно влечет предоставление доступа к продукту все большему числу лиц. С другой стороны, контролировать распространение софта становится все труднее, поэтому доступ получают уже и значительное количество неуполномоченных лиц. Оперативность реакции государства разнится от правопорядка к правопорядку и зависит от развитости права интеллектуальной собственности, однако полностью проблема пиратства не решена даже в самых развитых странах. Эти обстоятельства вынуждают разработчиков в дополнение к мерам государственного признания их прав добавлять частные механизмы. Как отмечает Иян Маккай, такие организации, как Ассоциация издателей программных продуктов и Альянс производителей коммерческого программного обеспечения, действующие на территории США, созданные на основе соглашения между игроками индустрии программного обеспечения, играют важную роль в борьбе с пиратством, вырабатывая внутренние нормативы в отрасли²⁶. Возможность обратиться с иском в суд тоже имеет большое значение в деятельности этих объединений, однако представляет собой последнюю стадию преследования правонарушения. Безусловным недостатком частного порядка при-

знания прав собственности является отсутствие принудительной силы: выгода от потенциального доступа к ресурсу может быть достаточно привлекательна, чтобы пренебречь оградительными мерами, в то время как санкции, установленные государством, являются куда более внушительным сдерживающим фактором.

4.2. Государственный порядок признания прав собственности

Вторым путем признания прав собственности является государственное признание. Несмотря на то что такой путь признания прав может потребовать большего времени и соблюдения ряда формальностей, он дает одно значительное преимущество, а именно защиту принудительной силой государства. Анализ противостояния сквоттеров – беститульных захватчиков земель – и законных владельцев показал не просто абстрактное преимущество признанного государством титула, но и конкретные долгосрочные выгоды такого признания. В 1981 году группа сквоттеров самовольно захватила землю на окраинах Буэнос-Айреса,

**В 2003 И 2007 ГОДАХ СЕБАСТИАН
ГАЛИАНИ И ЭРНЕСТО
ШАРГОРОДСКИ СРАВНИЛИ
БЛАГОСОСТОЯНИЕ ДВУХ ГРУПП
ХОЗЯЙСТВ И ПРИШЛИ К ВЫВОДУ,
ЧТО ТЕ, КТО ПОЛУЧИЛ ПРАВО
СОБСТВЕННОСТИ ИЗНАЧАЛЬНО,
СУМЕЛИ ВЫБРАТЬСЯ ИЗ НИЩЕТЫ,
УПРОЧИТЬ СВОЕ ФИНАНСОВОЕ
ПОЛОЖЕНИЕ, ДАТЬ ЛУЧШЕЕ
ОБРАЗОВАНИЕ СВОИМ ДЕТАМ И В
ЦЕЛОМ ПРОДЕМОНСТРИРОВАЛИ
ЛУЧШИЙ УРОВЕНЬ ЖИЗНИ, ЧЕМ
ТЕ, КТО ПОЛУЧИЛ ТИТУЛ ЛИШЬ
ПО ЗАВЕРШЕНИИ ЗАТЯЖНОГО
РАЗБИРАТЕЛЬСТВА**

²⁶ Mackaay E. (2013). Law and Economics for Civil Law Systems. Edward Elgar Publishing, P. 270

ранее принадлежавшую фермерам, а государство в конце концов поддержало их, издав соответствующий закон в 1984 году. Согласно Закону об экспроприации бывшие захватчики, если они поселились в этих местах по крайней мере за год до принятия закона и не имели другого имущества, становились собственниками отобранных земель, а прежние владельцы получали единоразовую денежную компенсацию²⁷.

В итоге фермеры разделились на две группы: одни согласились уступить имущество сквоттерам и принять компенсацию, другие же предпочли попытаться оспорить решение властей в судах, которые в Аргентине на тот момент считались крайне нежелательной инстанцией для разрешения споров из-за волокиты и неэффективной организации. Итоговые судебные решения были вынесены лишь к 1998 году, а в период с 1984 по 1998 вопрос о собственности оставался подвешенным в воздухе – все это время сквоттеры продолжали проживать на захваченных участках, но не являлись полноправными собственниками. В конечном итоге процессы завершились в пользу сквоттеров, однако временной разрыв в получении титулов сказался на судьбе двух групп захватчиков.

В 2003 и 2007 годах Себастиан Галиани и Эрнесто Шаргородски сравнили благосостояние двух групп хозяйств и пришли к выводу, что те, кто получил право собственности изначально, сумели выбраться из нищеты, упрочить свое финансовое положение, дать лучшее образование своим детям и в целом продемонстрировали лучший уровень жизни, чем те, кто получил титул лишь по завершении затяжного разбирательства²⁸. Первая причина такого развития событий отражает традиционное представление о том, что индивид не имеет достаточной мотивации инвестировать в свое имущество, пока у него нет защиты от его изъятия. Однако это не единственное преимущество законного титула. Обладание имуществом на праве собственности открывает доступ на кредитный рынок, давая возможность получить кредит под залог не-

движимости и иметь больше свободных средств на расширение хозяйства²⁹.

Многие исследователи сходятся во мнении, что преобладание государственного порядка установления прав собственности в большей степени соответствует современному этапу развития общества, чем частный порядок. По выражению Джека Хиршлейфера, без государственного контроля в виде права человеческого бытия никогда не продвинулось дальше, чем банальный захват территорий по праву силы. Вместе с тем традиционные преимущества государственного регулирования справедливы для традиционного понимания экономики. Цифровая среда вносит кардинальные изменения в осуществление транзакций и предлагает децентрализованный обмен, происходящий без участия государства. На разработки в сфере программного обеспечения, как уже было сказано ранее, возлагаются большие надежды в части минимизации транзакционных издержек, и процесс цифровизации уже затронул договорные отношения и интеллектуальную собственность. Остается лишь предполагать, какое влияние окажут эти тенденции на систему прав собственности.

4.3. Принцип *numerus clausus*

Исследуя государственный порядок признания собственности, необходимо также отметить, что права собственности выделяются в системе признанных государством субъективных прав. Отличительной особенностью права собственности является то, что оно защищает лишь те интересы, которые соответствуют одной из стандартизированных форм, закрепленных в закрытом списке. Создание какой-либо новой вариации права собственности не будет иметь юридической силы. Причем в этом аспекте континентальная и англо-американская правовые системы едины. Несмотря на кажущуюся очевидность, с точки зрения экономического анализа принцип закрытого перечня представляет собой важный вопрос для обсуждения, поскольку ему противостоит принцип свободы

²⁷ Keith, S. and McAuslan, P., Knight, R., Lindsay, J., Munro-Faure, P., Palmer, D., Spannenberg, L., (2008). Compulsory acquisition of land and compensation. Land Reform, Land Settlement and Cooperatives. – p 10

²⁸ Galiani, S. and Schargrodsky, E., (2010), 'Property Rights for the Poor: The Effects of Land Titling', Working Paper, Social Sciences Research Network – p 33

²⁹ Там же, p 29

договора. Для системы права также стал актуальным вопрос, какая инстанция должна взять на себя закрепление и аргументацию перечня прав собственности: суды, в соответствии с традицией общего права, или же законодательные органы. Представляется, что наибольшая экономическая эффективность достигается при установлении прав собственности лишь в ограниченном количестве форм и именно законодательным путем. Доказательства этому представили Генри Смит и Томас Мерилл в своем исследовании, которое представляется актуальным при обсуждении экономической эффективности принципа *numerus clausus* в целом, несмотря на то что авторы опираются прежде всего на англо-американскую правовую традицию³⁰. Итак, в обоснование данной позиции они приводят следующие доводы.

Первое преимущество заключается в ясности, которую обеспечивает закрепление перечня прав собственности в законе. Как уже было отмечено, взаимодействие по поводу собственности может влечь значительные информационные издержки для других участников рынка. Установление собственника, его права и сопоставление это с действующими правовыми предписаниями является непростой задачей. При открытом перечне разнообразных прав собственности, выраженном к тому же в судебных решениях, содержащих помимо самого перечня также сложную юридическую аргументацию, рекомендации и прочие отвлеченные положения, ценные для юристов, но не для обывателей, навряд ли возможно снизить информационные издержки.

Кроме того, закрытый законодательный перечень обеспечивает универсальность. Мерилл и Томас отмечают, что законодательство универсально по определению³¹, а это, как уже было отмечено ранее, является одним из неотъемлемых свойств системы прав собственности. Универсальный закрытый перечень прав собственности позволяет с большей вероятностью достичь правовой определенности и единообразного применения норм, затрагивающих собственность,

ТАКИЕ ФУНДАМЕНТАЛЬНЫЕ
АСПЕКТЫ СИСТЕМЫ ВЕЩНЫХ
ПРАВ И ПРАВ СОБСТВЕННОСТИ,
КАК САМ ПЕРЕЧЕНЬ, ДОСТАТОЧНО
РЕДКО ПОДВЕРГАЮТСЯ
ИЗМЕНЕНИЯМ СО СТОРОНЫ
ЗАКОНОДАТЕЛЯ, ЧТО ДАЕТ
УЧАСТНИКАМ РЫНКА НЕКУЮ
СТАБИЛЬНУЮ СИСТЕМУ
КООРДИНАТ, КОТОРУЮ ОНИ
УСПЕВАЮТ ИЗУЧИТЬ
И К КОТОРОЙ ПРИВЫКАЮТ,
ЧТО ЗНАЧИТЕЛЬНО СОКРАЩАЕТ
ИНФОРМАЦИОННЫЕ ИЗДЕРЖКИ

что необходимо для устойчивости оборота. Очевидно, что она предполагает единообразное понимание участниками рынка универсальных правил, по которым он работает.

В-третьих, закрытый перечень гарантирует, что все участники оборота будут понимать суть каждой из форм. Выведение какой-либо формы вызывает множество вопросов принципиального характера, такие как круг субъектов, пределы, средства защиты, присущие именно этой форме. В законодательно установленном закрытом перечне все модели прав собственности и присущие им черты собраны в одном месте, объяснены и разграничены. Введение открытого перечня потенциально открывает путь терминологическим путаницам, наложению прав друг на друга в результате того, что схожие или даже одинаковые по сути права формулируются по-разному разными субъектами.

Наконец, среди важных преимуществ закрытого перечня можно также назвать стабильность. Закрепление той или иной формы в законодательном порядке, как правило, предполагает, что на стадии предварительных обсуждений были уже оценены ее эффективность,

³⁰ Smith H. E. and Merrill T. W., (2000). Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle. 110 Yale Law Journal 1 – p 60

³¹ Там же, p. 64

потребность в ней со стороны оборота, возможные стратегии ее применения. Далее остается лишь регулярно ее применять, причем, как подразумевается, на протяжении достаточно долгого времени. Такие фундаментальные аспекты системы вещных прав и прав собственности, как сам перечень, достаточно редко подвергаются изменениям со стороны законодателя, что дает участникам рынка некую стабильную систему координат, которую они успевают изучить и к которой привыкают, что значительно сокращает информационные издержки.

5. Защита прав собственности

Как уже было отмечено, возможность эффективной защиты прав собственности является важнейшим условием инвестирования собственниками в свои ресурсы. Как стало понятно из анализа конфликта между сквоттерами и фермерами в Аргентине 1980-х годов, далеко не всегда собственники вообще имеют стимулы бороться за свои ресурсы – в конце концов большая часть первоначальных владельцев уступила свои права в обмен на компенсацию, предпочитая не связываться с судебной системой, которой они, очевидно, не доверяли. Тем не менее система прав собственности должна быть устроена таким образом, чтобы у собственника в распоряжении был весь набор эффективных правовых механизмов защиты. Однако какими конкретно будут соответствующие нормы права, государству предстоит определить отдельно – ответ на этот вопрос не является данностью. Гвидо Калабрези и Дуглас Меламед предложили трехзвенную систему норм, защищающих права собственности: это собственно нормы собственности, нормы ответственности и нормы, запрещающие отчуждение объектов собственности.

5.1. Нормы собственности

Когда речь идет о защите прав собственности, вполне очевидно, что именно эти нормы являются предпочтительными, поскольку имеют наиболее прямое и жесткое действие, позволяя устранять любое нападение на право собственника. В качестве примера можно привести вещно-правовые способы защиты

или судебный запрет, запрещающий впредь осуществлять деятельность, нарушающую права истца. По сути, эти нормы способны создать ту самую идеальную ситуацию, в которой многие нарушители воздержатся от нарушений вообще, поскольку возможная санкция перевешивает все мыслимые выгоды от посягательства. Делая невыгодным недобровольное отчуждение, такие нормы одновременно поощряют продавца и покупателя вести переговоры, вырабатывать взаимовыгодные условия и в конце концов достигать Парето-эффективности. Таким образом, обеспечивается реальная возможность лица распоряжаться своим правом исключительно в соответствии с собственной волей, не теряя в выгодах от использования блага.

5.2. Нормы ответственности

Учитывая указанные преимущества режима property rule, неизбежно возникает вопрос, зачем вообще нужно предусматривать нормы ответственности. Они явно не позволяют правообладателю защищать свои права так же эффективно. Как отмечают Калабрези и Меламед, нормы ответственности зачастую могут быть предпочтительнее, когда речь идет не о гипотетических преимуществах, а о том, как эти режимы работают на практике. Хотя property rule и подталкивает стороны к решению вопроса об отчуждении путем переговоров, на практике издержки таких переговоров могут быть настолько высоки, что переход прав вообще не состоится.

Нормы собственности явно ставят правообладателя в привилегированное положение, и он, понимая это, стремится максимизировать выгоду, завышая цену. Если речь идет о переговорах с одним собственником, то достижение оптимального соглашения хотя и затруднительно, но все же возможно; если же договариваться приходится с множеством лиц, издержки переговоров становятся очевидными. Заменяя оценку правообладателя некоторой разумной и справедливой компенсацией, предполагаемой нормами ответственности, мы значительно сокращаем трансакционные издержки.

Конечно, в нормах ответственности заложены значительные недостатки. Компенсация, опре-

деляемая какой-то внешней силой, может не быть достаточно точной, и даже оценка стоимости по аналогии с другими ресурсами того же рода будет приблизительной. Кроме того, на эти расчеты влияют не только соображения эффективности, но и цели распределения богатства. В зависимости от господствующих в обществе воззрений на добросовестность и справедливость в гражданско-правовом понимании этих терминов суды будут по-разному смотреть на одни и те же права. Наконец, с процессуальной точки зрения правообладателю, скорее всего, будет проще защитить свое право. Однако реальный оборот неизбежно вызывает необходимость пренебрегать субъективными оценками отдельных лиц для обеспечения целесообразности и эффективности.

5.3. Нормы, запрещающие отчуждение

Наиболее радикальным вариантом защиты прав представляется запрещение его отчуждения, иными словами, лишение его свойства оборотоспособности. Несмотря на то что этот принцип в некотором роде противоречит основам свободного рынка, ограничивая право продавца и покупателя добровольно обменяться благами, по ряду причин такое ограничение не просто оправданно, но и необходимо. Первый и основной аргумент заключается в наличии внешних эффектов, например, необходимости защиты прав третьих лиц. Очевидно, что такой серьезный запрет не устанавливается произвольно, он предусмотрен для тех случаев, когда потенциальные выгоды от обмена, которые получают лишь двое – продавец и покупатель, несопоставимы с вредом, который будет нанесен интересам многих других лиц.

Однако важно понимать, что оценка этих внешних эффектов неоднозначна, поэтому в разных юрисдикциях перечень объектов, ограниченных в обороте или вовсе изъятых из него, отличается. Кроме того, поскольку идея защиты прав третьих лиц в данном случае разрастается до идеи общественного блага, на формирование перечня влияет не только

представление об экономической эффективности. Существенная область этих внешних эффектов относится к так называемым морализмам³². Это объясняет, почему в одних странах сделки купли-продажи оружия, наркотических средств допускаются более или менее свободно, в других – ограничиваются, например, путем установления обязательной лицензии на владение оружием или врачебным рецептом, а в третьих – запрещены.

Вторая причина заключается в так называемом самопатернализме. Он исходит из того, что, как отмечал еще Парето, индивид сам знает, что для него лучше, и действует в собственном интересе. Так, люди знают самих себя и понимают, что в определенных ситуациях совершают действия, о которых потом пожалеют. Они понимают, что, например, в состоянии алкогольного опьянения могут совершать необдуманные и нерациональные сделки. На этот случай и предусмотрены нормы, объявляющие недействительными такие договоры.

Третья причина кроется в истинном патернализме. В данном случае законодатель исходит из разумного предположения, что, будучи в здравом уме и нормальном состоянии психики, человек не станет заключать сделку по продаже себя самого в рабство, а если он ее совершает, то, вероятнее всего, его выбор был несвободным. Следует признать, что данное обоснование явно предполагает, что существует некая высшая по отношению к воле индивида сила, а именно государство, которая знает лучше, что ему нужно, а потому присваивает себе правило решать за него. Это может быть губительным, поскольку между двумя полярными с точки зрения благоразумности сделками, например, приобретением молока и продажей себя в рабство, лежит множество вариантов далеко не таких очевидных.

Например, допустимо ли на свободном рынке запрещать продажу табака, алкоголя, порнографической продукции, объясняя это заботой о гражданах? И самое главное, какие риски экономической эффективности несет в себе наложение норм неотчуждаемости на слишком мно-

³² Calabresi, G. and Melamed, D., (1972) «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral» Harvard Law Review, Vol.85 – p. 1111

гое? Как показывает мировая практика, такие запреты ведут к появлению черных рынков в обход государственных запретов, где осуществляется неконтролируемый обмен благ сомнительного качества, а порой и просто опасных для жизни и покупателя, и окружающих, а государство, не имеющее возможности получать надежную статистику о товарообмене на черных рынках, стремительно теряет контроль над ситуацией и вынуждено тратить еще больше средств на борьбу с нелегальным оборотом.

Наконец, неотчуждаемость отдельных благ может быть связана с распределением богатства. Суть в том, что, запрещая тот или иной обмен, мы ставим в лучшее положение того, кто пострадал бы, будь он разрешен, и наоборот, ограничиваем того, кто преуспел бы от такого обмена. Иными словами, нормы, запрещающие отчуждать блага, распределяют богатство между некоторыми группами участников оборота. Опасность такого перераспределения в том, что оно может выступать скрытым мотивом запрета, прикрываясь одной из причин, рассмотренных ранее. Например, легко представить себе ситуацию, в которой государство ограничивает доступ граждан к тому или иному благу, объясняя это заботой, но на самом деле перераспределяет его в интересах власти имущих. Иными словами, мотивы перераспределения уместны лишь в том случае, если они преследуют экономически оптимальное распределение богатств.

Заключение

Исторически сложилось, что государства, где система частной собственности появилась и развилась раньше, и на сегодняшний день демонстрируют более высокий уровень благосостояния. Отсутствие эффективной системы наделяния и защиты титулов собственности приводит к тому, что люди воспринимают свое имущество как нечто преходящее, что может быть легко отнято по праву силы, а потому не предпринимают существенных усилий по его улучшению. Государство, используя правовые механизмы, создает условия для реализации прав собственности управомоченными лицами, однако вопрос о должной мере такой централизации остается открытым.

Чтобы считаться эффективной, система прав собственности должна обладать рядом свойств, а именно эксклюзивностью, универсальностью и оборотоспособностью. Эксклюзивность подразумевает, что ресурс доступен лишь одному или ограниченному кругу собственников, которые ограждают его от использования другими (за исключением объектов, находящихся в режиме собственности свободного доступа). Эксклюзивность гарантирует, что плоды усилий по усовершенствованию ресурса в конечном итоге достанутся самому собственнику, что мотивирует его инвестировать больше. Универсальность предполагает, что данная система прав собственности позволяет распространить права на любые объекты. Оборотоспособность означает, что в данной системе прав собственности допускается их перераспределение и свободное отчуждение. Впрочем, в национальном праве каждого государства вопрос о допустимости включения в оборот некоторых благ решается по-разному.

Функционирование системы прав собственности подразумевает наличие издержек. Экономические агенты находятся в вечном поиске путей их сокращения. Так, отношения по поводу собственности неизбежно подвергается влиянию внешних эффектов – экстерналий. Многие исследователи, в частности Гарольд Демсец, видят принципиальную задачу системы прав собственности в интернализации внешних эффектов. Эта задача может достигаться двумя путями – частными и общественными. Общественные решения, наиболее полно описанные Артуром Пигу, включают в себя налоговые рычаги воздействия, квотирование деятельности-источника отрицательных внешних эффектов, а также введение административных запретов. Частные решения, предложенные Рональдом Коузом, предполагают добровольные соглашения и переговоры между экономическими агентами.

Другой группой издержек являются трансакционные издержки – это сопутствующие совершению трансакций затраты на ведение переговоров, поиск информации и иное. В отдельных случаях эти затраты, в особенности затраты на ведение переговоров и попытки достичь взаимовыгодного соглашения, могут превысить выгоды самой трансакции, что делает ее соверше-

ние невозможным. В то же время современная цифровая экономика создаёт условия для сокращения транзакционных издержек до сверхнизкого уровня.

Как гласит теорема Коуза, если транзакционные издержки равны нулю, а права собственности в данном обществе достаточно специфицированы, то первоначальное распределение ресурсов не имеет значения. Однако даже с учетом достижений цифровой экономики свести транзакционные издержки к нулю невозможно. При значительных транзакционных издержках предлагается определить, кто должен иметь более сильное право на ресурс с учетом экономической эффективности такого распределения. Несмотря на то что теорема Коуза не учитывает такие факторы, как распределительные цели и эффект владения, она остается значимой концепцией в междисциплинарных экономико-правовых исследованиях.

Кроме того, для того чтобы оставаться эффективной, система прав собственности должна иметь достаточно развитое учение об объекте. С ходом времени могут появляться новые объекты прав собственности или же видоизменяться уже существующие, поэтому система должна быть способна их воспринять. Каждый объект используется в одном из трех режимов: в режиме индивидуальной собственности, коллективной или же собственности открытого доступа. Режим индивидуальной собственности является наиболее эффективным, поскольку все последствия принятия решений по использованию ложатся на собственника, что стимулирует его принимать оптимальные решения. Два других режима неизбежно сталкиваются с проблемой рассеянной ренты и в целом являются скорее вынужденной мерой, применяемой, когда установление режима индивидуальной собственности по каким-либо причинам невозможно.

Не менее важным вопросом является и установление порядка собственности, а именно выбор оптимального порядка установления. Частный порядок применим, когда индивиды могут эффективно договориться быстрее, чем государство отреагирует на их проблему, причем это возможно сделать с минимальными издержками. Однако государственная система, несмо-

СУЩЕСТВУЕТ ТРИ ОСНОВНЫХ
РЕЖИМА ТАКОЙ ЗАЩИТЫ.
ВО-ПЕРВЫХ, УСТАНОВЛЕНИЕ
НОРМ СОБСТВЕННОСТИ, ВО-
ВТОРЫХ, УСТАНОВЛЕНИЕ
НОРМ ОТВЕТСТВЕННОСТИ,
В-ТРЕТЬИХ, УСТАНОВЛЕНИЕ
НОРМ, ЗАПРЕЩАЮЩИХ
ОТЧУЖДЕНИЕ ТЕХ ИЛИ ИНЫХ
ПРАВ. НАИБОЛЕЕ ЭФФЕКТИВНЫМ
И ПРЕДПОЧТИТЕЛЬНЫМ
ДЛЯ ПРАВООБЛАДАТЕЛЯ
ЯВЛЯЕТСЯ РЕЖИМ PROPERTY
RULE, ПОСКОЛЬКУ ОН ДАЕТ
СОБСТВЕННИКУ БОЛЬШЕ ВСЕГО
ВЛАСТИ ДЛЯ ПРЕСЕЧЕНИЯ
ВТОРЖЕНИЯ В СФЕРУ ЕГО ПРАВА

тря на то что действует несколько медленнее и требует дополнительных затрат на свое содержание, как правило, оправдывает себя. Множество эмпирических исследований подтверждает высокую роль признания права собственности, обеспеченного государством.

Когда речь идет о государственном порядке признания и установления прав собственности, обычно существует какой-либо законодательно установленный закрытый перечень, показывающий, какие именно права признает данное государство. Закрепление прав собственности в виде закрытого перечня имеет множество преимуществ: это значительно сокращает транзакционные издержки третьих лиц и позволяет достичь взаимного понимания относительно содержания и режима тех или иных прав собственности.

Также государство играет значительную роль в защите прав собственности. Существует три основных режима такой защиты. Во-первых, установление норм собственности, во-вторых, установление норм ответственности, в-третьих, установление норм, запрещающих отчуждение тех или иных прав. Наиболее эффективным и

предпочтительным для правообладателя является режим property rule, поскольку он дает собственнику больше всего власти для пресечения вторжения в сферу его права. С другой стороны, нормы ответственности позволяют снизить трансакционные издержки, которые в реальности могут ставить под угрозу совершение трансакции в принципе, если ее участников

так много, что договориться невозможно. Хотя нормы ответственности и умаляют власть правообладателя, зачастую они являются более эффективными для оборота. Наконец, запрет на отчуждение является наиболее радикальным способом защиты. Он применяется лишь в ограниченных случаях в качестве морального регулятора или меры патернализма.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): федеральный закон от 30.11.1994 г. N 51-ФЗ (ред. от 31.07.2020) // «Российская газета» от 8 декабря 1994 г. N 238-239, Собрание законодательства Российской Федерации от 5 декабря 1994 г. N 32 ст. 3301
2. National Housing Act § 234 (c), 75 Stat. 160 (1961), 12 U.S.C. § 1715 (c) (1964), as amended by 78 Stat. 780 (1964)
3. Bernstein, W. J., (2004). *The Birth of Plenty: How the Prosperity of the Modern World Was Created*, New York, McGraw- Hill. – P. 53.
4. North, D., and Thomas, R. (1973). *Fiscal Policy and Property Rights*. In *The Rise of the Western World: A New Economic History*. Cambridge: Cambridge University Press. – P. 91-93, P.133, P. 120-121.
5. Calabresi, G. and Melamed, D. (1972). «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral». *Harvard Law Review*, Vol.85 – P. 1091, P. 1092, P. 1118, P. 1111.
6. Demsetz, H., (1967). *Toward a Theory of Property Rights*. *The American Economic Review*, Vol. 57, No. 2, *Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association*. – P. 351, P. 348, P. 352.
7. Libecap, G. and Lueck, D., (2011). «The Demarcation of Land and the Role of Coordinating Property Institutions», *Journal of Political Economy*, University of Chicago Press, vol. 119(3) – P. 437, P. 460.
8. Alchian A, Demsetz H., (1973). *The Property Right Paradigm* *The Journal of Economic History*. Vol. 33. No 1 – P.18.
9. Merrill, T. and Smith, H., (2001). *What Happened to Property in Law and Economics?*. *Yale Law Journal*, Vol. 111 – P. 366.
10. Mackaay, E., (2013), *Law and Economics for Civil Law Systems*. Edward Elgar Publishing, – P. 234, P. 270.
11. Hoffman, E. and Spitzer, M., (1993). *Information and the divergence between willingness to accept and willingness to pay*, *Journal of Environmental Economics and Management* 38, – P. 67-70.
12. Kahneman, D., and Knetsch, Jack., Thaler, R. (1990). «Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem». *Journal of Political Economy* 98 (6) – P. 1346.
13. List J. A., *The Effect of Market Experience on the Wta/Wtp Disparity: Evidence from a Field Experiment with Sports Memorabilia* (2000). University of Arizona Working Paper – P. 360-370.
14. Coase R., (1959) *The Federal Communications Commission* *Journal of Law and Economics*. Vol. 2, Oct, P. 4.
15. Anderson, T. and Hill, P., (1975) «The Evolution of Property Rights: A Study of the American West.» *Journal of Law and Economics* 18, no. 1, – P. 163-169.
16. Ostrom, E., Gardner, R. and Walker J., (1994) *Rules, Games, and Common-Pool Resources*. Ann Arbor: University of Michigan Press – p 225
17. Ellickson, R. *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes* (1991) Cambridge, Mass: Harvard University Press – P. 302.
18. Libecap, G. *Economic Variables and the Development of the Law: The Case of Western Mineral Rights*. (1978). *The Journal of Economic History*, 38(2) – P. 344.
19. Keith, S. and McAuslan, P., Knight, R., Lindsay, J., Munro-Faure, P., Palmer, D., Spannberg, L., (2008). *Compulsory acquisition of land and compensation. Land Reform, Land Settlement and Cooperatives* – P. 10.
20. Galiani, S. and Schargrodsky, E., (2010), «Property Rights for the Poor: The Effects of Land Titling», Working Paper, Social Sciences Research Network – P. 33, P. 29.
21. Smith H. E. and Merrill T. W., (2000). *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*. 110 *Yale Law Journal* 1 – P. 60, P. 62.



УДК 347.468



Голояд Николай Евгеньевич
(Goloyad@yandex.ru)

Студент 1 курса Российской школы частного
права (РШЧП)

Goloyad Nikolay Evgenevich

1st year student of Russian School of
Private Law

СРОК ПОРУЧИТЕЛЬСТВА, ОБЕСПЕЧИВАЮЩЕГО ВОЗВРАТ ЗАЙМА. РАЗБОР КЕЙСА

THE TERM OF THE GUARANTEE THAT ENSURES THE REPAYMENT OF THE LOAN. CASE ANALYSIS

АННОТАЦИЯ: Работа основана на рассмотрении кейса о взыскании банком задолженности с поручителей по договору займа. В частности, автор критикует подход, сформулированный банком (в лице Агентства по страхованию вкладов) и поддержанный судами по делу А40-145500/2017 о несостоятельности кредитной организации. При этом проблема освещена исключительно в разрезе толкования условия договора поручительства о сроке. Автор устанавливает возможные варианты толкования спорного условия и производит оценку каждого из подходов и их применимость к рассматриваемой ситуации.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: *поручительство, срок поручительства, contra proferentem, толкование договора, определение срока, пресекательный срок, методы толкования, буквальное толкование.*

ANNOTATION: The article is based on the consideration of a case on the collection of a debt by a bank from guarantors under a loan agreement. In particular, the author criticizes the approach formulated by the bank (represented by the Deposit Insurance Agency) and supported by the courts in the case A40-145500 / 2017 on the insolvency of a credit institution. At the same time, the problem is highlighted exclusively in the context of the interpretation of the terms of the contract of surety on the term. The author establishes possible interpretations of the controversial condition and evaluates each of the approaches and their applicability to the situation under consideration.

KEYWORDS: *suretyship, term of suretyship, contra proferentem, interpretation of the contract, definition of the term, preemptive term, methods of interpretation, literal interpretation.*

Я хотел бы обсудить с Вами вопрос о толковании условия о сроке в договоре поручительства, обеспечивающего возврат займа.

В договоре поручительства условие о сроке сформулировано следующим образом: «Договор вступает в силу с момента его подписания сторонами. Срок действия настоящего Договора прекращается по истечении 3 (трёх) лет со дня наступления срока исполнения обязательств Заемщика по Кредитному договору.»

При этом следует сделать несколько примечаний:

- Поручительством, помимо возврата основного долга, также обеспечивается выплата процентов по кредитному договору.
- Проценты по договору выплачиваются ежемесячно.
- Сумма займа по обеспечиваемому обязательству подлежит возврату единовременным платежом в конце срока пользования займом.
- Договоры поручительства заключались спустя некоторое время после заключения обеспечиваемых кредитных договоров.

Также в настоящей работе под займом имеется в виду консенсуальный возмездный займ, то есть кредитный договор.

Так, ключевой вопрос статьи сводится к следующему: «Каким образом определяется срок ответственности поручителя?»

Срок действия договора поручительства является пресекательным¹, и по его истечении права кредитора по отношению к поручителю прекращаются. Данная проблема с правильным определением срока имеет принципиально важное значение, которое может решить судьбу всего спора о взыскании задолженности с поручителя в зависимости от того, закончился ли данный срок, либо продолжает своё течение.

¹ Абз.5.п.33 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 июля 2012 г. N 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством»

Возможный вариант толкования: «Срок действия договора поручительства прекращается по прошествии 3-х лет с момента полного и надлежащего исполнения Заёмщиком обеспечиваемого обязательства.» То есть с момента фактического и надлежащего исполнения Заёмщиком обязательства начинается течение трехлетний срок, по истечении которого поручительство прекращается.

В соответствии с позицией Высшего Арбитражного Суда РФ, изложенной в абз. 3 п. 34 Постановления Пленума № 42 от 12.06.2012г. «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством»: «Условие договора о действии поручительства до фактического исполнения обеспечиваемого обязательства не может рассматриваться как устанавливающее срок действия поручительства, поскольку не соответствует требованиям статьи 190 ГК РФ. В данном случае подлежит применению предложение второе пункта 4 статьи 367 ГК РФ.» Данный подход, сформулированный ВАС, впоследствии был поддержан Верховным судом РФ².

Данный подход представляется несколько спорным с точки зрения защиты принципа свободы договора также в силу того, что поручитель по прошествии срока исковой давности вправе ссылаться на акцессорность его обязательства

СРОК ДЕЙСТВИЯ ДОГОВОРА ПОРУЧИТЕЛЬСТВА ЯВЛЯЕТСЯ ПРЕСЕКАТЕЛЬНЫМ, И ПО ЕГО ИСТЕЧЕНИИ ПРАВА КРЕДИТОРА ПО ОТНОШЕНИЮ К ПОРУЧИТЕЛЮ ПРЕКРАЩАЮТСЯ. ДАННАЯ ПРОБЛЕМА С ПРАВИЛЬНЫМ ОПРЕДЕЛЕНИЕМ СРОКА ИМЕЕТ ПРИНЦИПИАЛЬНО ВАЖНОЕ ЗНАЧЕНИЕ, КОТОРОЕ МОЖЕТ РЕШИТЬ СУДЬБУ ВСЕГО СПОРА О ВЗЫСКАНИИ ЗАДОЛЖЕННОСТИ С ПОРУЧИТЕЛЯ

по отношению к обеспечиваемому обязательству и эффективно возражать против требований кредитора в связи с истечением исковой давности. То есть фактически срок поручительства при признании такого подхода действительным определялся бы по простой формуле:

**Срок исполнения основного
обязательства + 3 года =
Срок ответственности поручителя**

Также в силу закона (ст. 327.1. ГК РФ) стороны вправе использовать потестативные условия, то есть ставить возможность исполнения, осуществления, изменения и прекращения договорных прав и обязанностей в зависимости от воли одной из сторон договора. В силу указанной статьи исполнение кредитного обязательства заёмщиком в таком случае будет являться условием, которое определит начало течения срока ответственности поручителя.

Однако, учитывая практику, сформированную Высшим арбитражным судом РФ, впоследствии поддержанную Верховным судом РФ, можно сделать вывод о наличии политико-правового подхода, который призывает банки как самых профессиональных участников оборота ответственно подходить к формулированию условия о сроке поручительства под страхом признания его недействительным.

Также стоит заметить, что в договоре не говорится о фактическом исполнении, а только о «дне наступления срока исполнения», ведь «фактическое исполнение» является условным, а наступление срока – явление неизбежное.

Следовательно, учитывая, что в договоре сказано именно про наступление срока, а не про фактическое исполнение обязательства, а также в силу принципа *favor contractus* условие о сроке в договоре стоит признать согласованным. Остается правильно выбрать модель течения срока.

Одним из мотивов, побудивших меня к написанию данной статьи, является, конечно, судебная практика, которая при рассмотрении данной проблемы не нашла фундаментальных нарушений норм права³.

² Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 02.07.2019 N 16-КГ19-14

³ Определение Верховного суда РФ по делу № 305-ЭС18-17474 (18) от 07.07.2020 г.

Подходы к толкованию:

Можно предложить четыре варианта толкования спорного условия и для удобства восприятия представить каждый вариант исчисления срока графически (также для того, чтобы обострить ситуацию, представим, что срок возврата основного долга по обеспечиваемому обязательству подлежит возврату в течение более продолжительного срока, чем три года после заключения договора поручительства. Например, кредитный договор заключен в 2010 году, договор поручительства в 2012 году, а срок возврата займа по кредитному договору в 2016 году). Итак, подходы:

1. Срок действия договора поручительства прекращается по прошествии трех лет с момента, когда Должник начал исполнять обеспечиваемое обязательство вне зависимости от момента заключения договора поручительства.



2. Срок действия договора поручительства прекращается по прошествии трех лет с момента, когда Должник по условиям кредитного договора должен совершить первое договорное предоставление после заключения договора поручительства.

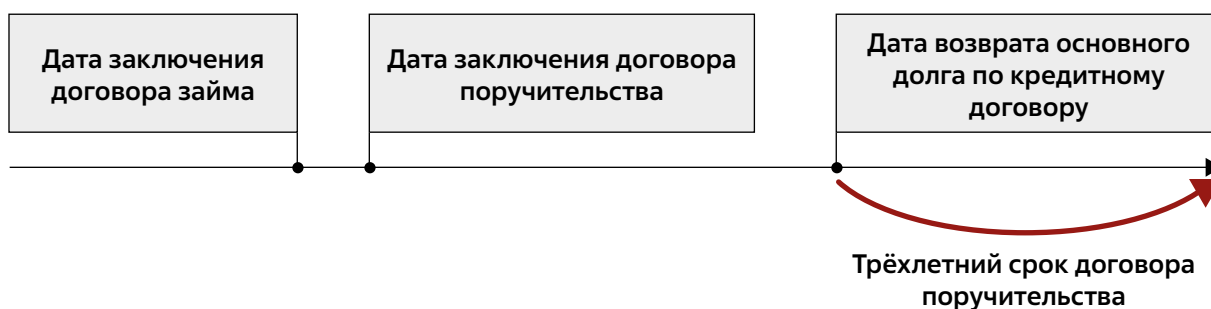


3. Срок действия договора поручительства подлежит исчислению по каждому платежу в отдельности и составляет три года с момента, когда у Заёмщика возникла обязанность по уплате соответствующего платежа.





4. Срок действия договора поручительства прекращается по прошествии трёх лет с момента, когда все обязательства по кредитному договору должны быть исполнены должником надлежащим образом:



Немного о сроках исполнения кредитных договоров:

В связи с тем, что срок договора поручительства определяется через «срок наступления исполнения обязательств Заёмщика», необходимо определить срок исполнения обязательств по кредитному договору. При этом возврат суммы займа является не единственной обязанностью заёмщика, как известно, кредитование строится на принципах «возвратности, срочности и платности». Так, платность кредита

проявляется в обязанности заёмщика уплатить проценты за пользование кредитом. Кредитные договоры могут предусматривать следующие модели порядка уплаты процентов:

1. Аннуитетные платежи в течение всего срока действия кредитного договора. Когда заёмщик возвращает заем путем ежемесячной уплаты фиксированной денежной суммы (аннуитета), размер которой является одинаковым для всех платежей в течение срока займа.

**ЧЕМ, КАК НЕ ИСПОЛНЕНИЕМ
ЯВЛЯЕТСЯ УПЛАТА ПРОЦЕНТОВ
ПО КРЕДИТНОМУ ДОГОВОРУ, ТЕМ
БОЛЕЕ ЧТО САМИМ КРЕДИТНЫМ
ДОГОВОРом ПРЕДУСМАТРИВАЕТСЯ
ОБЯЗАННОСТЬ ЗАЁМЩИКА
ЕЖЕМЕСЯЧНО УПЛАЧИВАТЬ
ПРОЦЕНТЫ ПО КРЕДИТУ**

2. Пропорциональный порядок возврата займа и уплаты процентов (дифференцированный платёж), в соответствии с которым размер регулярного платежа заемщика равномерно уменьшается с течением времени: в каждом процентном периоде он возвращает равную часть займа и уплачивает проценты на постоянно уменьшающийся остаток долга.
3. Единовременная уплата всех начисленных процентов по окончании установленного срока займа.
4. Уплата процентов за пользование кредитом в порядке авансирования (так называемое валютирование зачётом)⁴.

Кредитный договор, заключенный между Банком и Должником, в рассматриваемом примере предусматривает первую модель – аннуитетный порядок уплаты процентов, – в соответствии с которой обязанность по исполнению кредитного договора (уплате процентов) возникает на стороне должника уже по прошествии первого месяца с момента выдачи кредита, так, в соответствии с типовым условием кредитного договора проценты за пользование кредитными средствами Заемщик перечисляет ежемесячно, в то время как в рассматриваемом примере сумма займа подлежит возврату единовременным платежом в конце срока действия кредитного договора.

Таким образом, чем, как не исполнением является уплата процентов по кредитному договору, тем более что самим кредитным догово-

ром предусматривается обязанность заёмщика ежемесячно уплачивать проценты по кредиту.

Методы толкования:

Прежде чем разбирать каждый из представленных подходов, определим общие принципы, по которым будет осуществляться толкование:

В соответствии со ст. 431 ГК РФ: «При толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом.

Если правила, содержащиеся в части первой настоящей статьи, не позволяют определить содержание договора, должна быть выяснена действительная общая воля сторон с учетом цели договора. При этом принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи, последующее поведение сторон.»

Таким образом, статья 431 ГК РФ устанавливает определённую иерархию методов толкования, когда к следующему методу следует переходить в том случае, когда не удалось извлечь истинный смысл текста посредством использования предыдущего метода⁵.

Иерархия методов, установленная статьёй 431 ГК РФ, выглядит следующим образом:

1. Буквальное толкование. Суд извлекает суть текста посредством лексического, грамматического толкования слов и выражений.
2. Системное толкование. Суд устанавливает смысл спорного условия путём сопоставления его с иными положениями договора и сутью договора в целом.
3. Субъективное толкование, которое заключается в реконструировании наиболее вероятной истинной воли сторон.

⁴ С. 345. Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А. Г. Карапетов. – Москва : М-Логос, 2019. – 1282 с. (Комментарии к гражданскому законодательству #Глосса.)

⁵ С. 939. Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А. Г. Карапетов. – М.: М-Логос, 2017. – 1120 с.

При этом в случае, если не удалось установить истинный смысл текста посредством буквального, системного и субъективного толкования, подлежит применению принцип *Contra proferentem*, в соответствии с которым спорное

положение трактуется против стороны, сформулировавшей такое условие. Данный метод сформулирован в п. 11 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах».

О неприменимых методах толкования:

Отсечем явно неприменимые подходы к толкованию, в частности, это первый и четвертый подходы.

Первый подход:

Срок действия договора поручительства прекращается по прошествии трех лет с момента, когда Должник начал исполнять обеспечиваемое обязательство вне зависимости от момента заключения договора поручительства.



Данный подход к пониманию условия о сроке соотносится с буквальным толкованием договорного условия в связи с тем, что начало течения срока поручительства поставлено в зависимость от срока исполнения обеспечиваемого обязательства. Однако в условиях конкуренции «буквальных подходов» мы переходим к следующему этапу «системного толкования», из которого следует, что кредитор намерен обеспечить обязательство на будущее, ему нет необходимости обеспечивать уже исполненные обязательства.

Также данный метод не выдерживает субъективного толкования, из которого также следует, что как поручитель, так и должник, подписывая договор с условием, по которому поручитель отвечает по модели «+ 3 года», вряд ли предполагают, что на самом деле ответственность поручителя уже сокращена прошлым периодом с момента наступления срока

обеспечиваемого обязательства и до момента заключения обеспечительной сделки.

Несмотря на то что ВАС РФ в Постановлении Пленума № 42 признал возможность обеспечения просроченных обязательств, данное допущение не должно подменять действительную волю сторон, намеренных обеспечить обязательство на будущее.

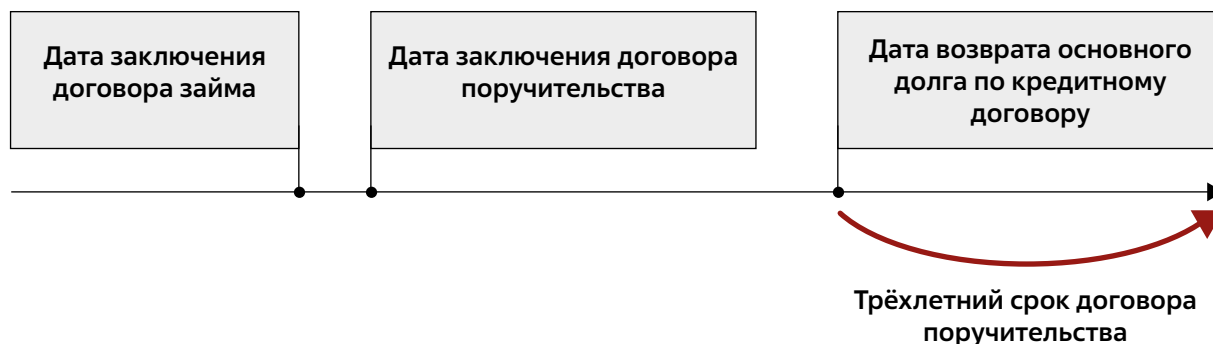
Следует также помнить о принципе неухудшения положения кредитора, либо стоит применить по аналогии позицию Верховного суда РФ⁶ о том, что такой способ прекращения обязательства, как новация, должен быть выражен в соглашении сторон прямо и недвусмысленно в связи с тем, что он может повлечь ухудшение положения кредитора.

Следовательно, данный подход, хоть и укладывается в буквальное толкование, не соответствует системному и субъективному подходам.

⁶ п. 22 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 11.06.2020 N 6 «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств»

Четвёртый подход:

Срок действия договора поручительства прекращается по прошествии трёх лет с момента, когда все обязательства по кредитному договору должны быть исполнены должником надлежащим образом:



В соответствии с данной моделью поручитель отвечает три года после того, как наступит срок исполнения обязательства заёмщика по возврату суммы кредита. То есть понятие обязательства в таком случае охватывает только обязанность заёмщика по возврату суммы основного долга по займу и не учитывает возврат процентов. При этом в рассматриваемом примере вся сумма кредита возвращается посредством одного платежа (в полном объеме) по истечении установленного срока. В соответствии с предполагаемой волей кредитной организации данный подход представляется наиболее удачным, т.к. ответственность поручителя полностью покрывает все обязательства заёмщика и даже больше. Однако данный подход не выдерживает буквального толкования в связи с тем, что он не учитывает выплату процентов по кредиту в качестве исполнения обязательств, а в договоре говорится именно об исполнении обязательства, то есть о любом исполнении, а не только о выплате суммы займа.

Также данный подход не соответствует принципу акцессорности обязательства поручителя по отношению к обеспечиваемому обязательству, то есть может возникнуть ситуация, когда у кредитора прекратилась исковая защита требований к должнику по выплате процентов в связи с истечением срока исковой давности, а поручитель отвечает по всем обязательствам должника по выплате процентов, несмотря на то что исковая давность по ним закончилась.

Словом, первый и четвёртый подходы не подлежат применению к рассматриваемой ситуации.

В ЧАСТНОСТИ ДЛЯ ТОГО, ЧТОБЫ СДЕЛАТЬ ВЫВОД ОБ ОШИБОЧНОСТИ ДАННОГО УСЛОВИЯ, НЕОБХОДИМО ПРИБЕГНУТЬ К ЕГО ТОЛКОВАНИЮ И АНАЛИЗУ, ЧТО ОПЯТЬ ЖЕ ПРОТИВОРЕЧИТ ТЕЗИСУ ОБ ОЧЕВИДНОСТИ ОШИБКИ. ТАКИМ ОБРАЗОМ, ПРИНЦИП *FALSA DEMONSTRATIO NON NOCET* НЕ ПОДЛЕЖИТ ПРИМЕНЕНИЮ

Данная правовая проблема не может решаться посредством простого силлогизма, необходимо прибегнуть к подходу взвешивания правовых и политико-правовых аргументов, но прежде чем приступить к взвешиванию подходов, хотелось бы осветить проблему явности или неявности ошибки банка при формулировании спорного условия. Иными словами, можно было бы говорить о том, что банк допустил «техническую» ошибку и на самом деле имел в виду возврат именно основного долга в качестве момента начала течения трехлетнего срока, однако такой подход представляется ложным в связи с тем, что ошибка имеет неочевидный характер, в частности для того, чтобы сделать вывод об ошибочности данного условия, необходимо прибегнуть к его толкованию и анализу, что опять же противоречит тезису об очевидности ошибки. Таким образом, принцип *falsa demonstratio non nocet* не подлежит применению.

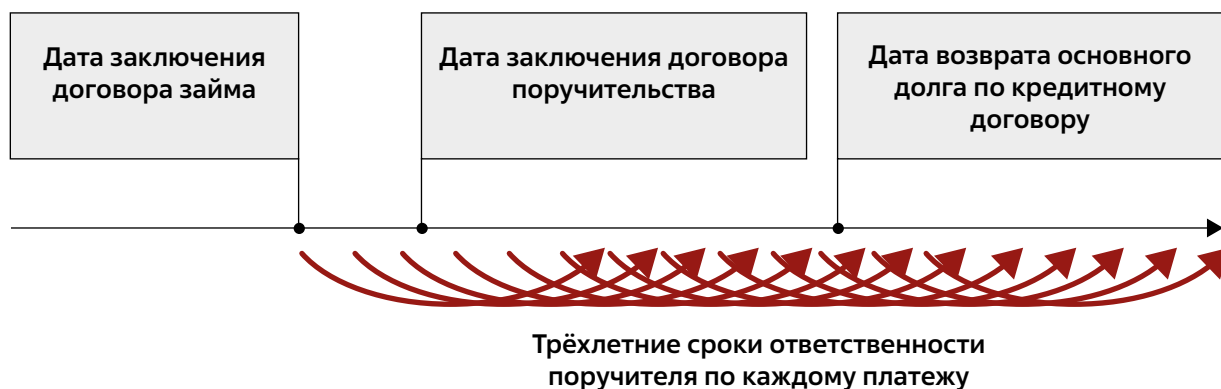
Таким образом, остаются два альтернативных подхода:

При одном подходе срок действия договора поручительства прекращается по прошествии трех лет с момента, когда Должник по условиям кредитного договора должен совершить первое договорное предоставление после заключения договора поручительства.



Назовём этот подход: «в пользу должника/заёмщика».

При другом подходе срок действия договора поручительства подлежит исчислению по каждому периодическому платежу в отдельности и составляет три года с момента, когда у Заёмщика возникла обязанность по уплате каждого платежа.



Очевидно, такой подход характерен для позиции «в пользу кредитора/банка».

Буквальное толкование

При буквальном толковании мы определённо приходим к разрешению вопроса в пользу должника, в частности, помимо вышеназванных аргументов, стоит упомянуть ещё и то, что в самом договоре говорится именно об одном трехлетнем сроке действия договора, а не о нескольких сроках. Выдвигая тезис о наличии нескольких сроков, мы, таким образом, толкуем условие о сроке расширительно, однако расширительное толкование условия о сроке противоречит не только букальному толкованию, но и подходу *contra proferentem*, ведь именно банк был стороной, подготовившей договор поручительства.

Системное толкование

При отсутствии текста самого договора с его структурой и внутренней логикой некорректно осуществлять системное толкование одного из условий такого договора. Однако следует отметить, что банки, конечно же, стремятся сделать договор таким, чтобы он всем своим существом выражал интересы банка и снижал его риски. Однако представляется неверным использовать общий «пробанковский» характер договора как инструмент толкования. Естественным, на этот тезис можно возразить, что подход «в пользу банка» представляется наиболее вероятным в момент заключения договора и отражает наи-

более вероятную волю сторон при заключении договора, и в представленной ситуации банк не заключил бы такой договор поручительства, который бы не обеспечивал возврат основного долга. Это и является основным доводом в защиту подхода «в пользу банка».

Смысловое толкование

При анализе ситуации напрашивается вывод об ошибке банка при формулировании условия о сроке, конечно, если у банка были бы достаточно квалифицированные юристы, они бы сформулировали условие, которое бы отражало подход, который мы определили как «в пользу банка», и банк, очевидно, это и имел в виду. Стоит ли так жестоко наказывать банк за неправильную правовую квалификацию договорного условия?

Представляется, что к банку как к самому профессиональному участнику гражданского оборота следует предъявлять самые жесткие требования. Более того, Высшим Арбитражным Судом в Постановлении пленума № 42 от 12.06.2012 г. был сформулирован подход, в соответствии с которым сформулирована позиция: «Условие договора о действии поручительства до фактического исполнения обеспечиваемого обязательства не может рассматриваться как устанавливающее срок действия поручительства, поскольку не соответствует требованиям статьи 190 ГК РФ. В данном случае подлежит применению предложение второе пункта 4 статьи 367 ГК РФ.»⁷ Данный подход, сформулированный ВАС, впоследствии был поддержан Верховным судом РФ, несмотря на появление в ГК РФ статьи 327.1, допустившей существование потестативных условий. Таким образом, мы делаем вывод о наличии последовательного политико-правового подхода высших судов, в соответствии с которым банки должны максимально ответственно относиться к условию о сроке в договоре поручительства. Словом, тяжело представить себе более важное условие в договоре поручительства нежели срок.

Следовательно, отсутствие достаточно квалифицированных юристов не может выступать

в качестве оправдания кредитной организации в подготовке спорного условия. Более того, можем ли мы представить ситуацию, когда стороны хотели таким неортодоксальным способом сформулировать именно трёхлетний срок ответственности поручителя? Представляется, что всё же могут. Во всяком случае, мы можем допустить такую возможность.

Сравнение ситуации с делом Константина Ильича Скловского⁸

Я хотел бы напомнить читателям о деле К.И. Скловского, в котором расторгался договор процентного свопа между банком и его клиентом. Банк для заключения договора на приемлемых условиях, помимо кредитного договора, также навязал клиенту заключение договора процентного свопа. Суть этого договора заключалась в том, что раз в месяц по результату тех или иных расчётных индексов (конкретно в том деле применялась ставка ЛИБОР) определялась «проигравшая сторона», которая и должна была уплатить определённую сумму в зависимости от показателя соответствующего индекса. Для клиента банка как заведомо слабой стороны сделки этот договор был явно обременительным, и его невыгодность оказалась очевидна практически сразу после её заключения. Встал вопрос о возможности отказа/расторжения договора. Возможности было две: расторжение договора по причине злоупотребления банком своим правом, выразившегося в навязывании клиенту невыгодной «игровой сделки», либо через отказ от договора со ссылкой на договорное условие, в соответствии с которым клиент мог расторгнуть договор процентного свопа при наличии неисполненных обязательств, ведь до того как будет определена «проигравшая» сторона в соответствующем периоде, неисполненных обязательств нет ни у одной стороны. В конце концов дело было решено в пользу клиента банка – отказ от договора был признан законным.

Для нашей проблемы интересна не сама идея статьи Константина Ильича о возможности существования договора без обязательств, а серьёзное отношение к тексту договора. Ведь

⁷ Абз. 3 п. 34 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 июля 2012 г. N 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством»

⁸ С. 214. «Расторжение нерасторжимого. Павший процентный своп». Повседневная цивилистика/ Скловский К.И., М.: Статут, 2017.

КОГДА МЫ ПРИ ОТВЕТЕ НА КЛЮЧЕВОЙ ВОПРОС ЭТОЙ СТАТЬИ ДАЁМ ОТВЕТ В ПОЛЬЗУ БАНКОВСКОЙ ОРГАНИЗАЦИИ, ТО БАНК НЕ НЕСЁТ НИКАКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НИЗКУЮ КВАЛИФИКАЦИЮ СВОИХ СОТРУДНИКОВ. БАНК ВООБЩЕ ТЕРЯЕТ ВСЯКИЙ ИНТЕРЕС В НАБОРЕ КВАЛИФИЦИРОВАННЫХ КАДРОВ, ВЕДЬ, КАК БЫ УСЛОВИЕ НЕ БЫЛО СФОРМУЛИРОВАНО, СУД ВСЁ РАВНО ВСЁ «ПРАВИЛЬНО» ИСТОЛКУЕТ, ТО ЕСТЬ ИСТОЛКУЕТ УСЛОВИЕ «В ИНТЕРЕСАХ БАНКА»

банк, отстаивая свои интересы, мог сформулировать примерно следующую позицию: «Вообще, когда банк составлял проект договора и заключал его с клиентом, он явно не имел в виду, что можно вот так просто отказаться от договора, то есть условие вообще случайное, а если и не случайное, то толковать его следует в интересах банка», и банк был бы абсолютно прав, потому что говорил бы правду, ведь он явно не имел в виду буквальное толкование представленного условия. Произошло столкновение субъективного и буквального толкований, в котором предпочтение было отдано букальному толкованию с опорой на принцип *contra proferentem*.

О неэффективности государственной собственности, моём опыте трудоустройства в банк и снижении ценности юридического образования

В последнем разделе статьи приведу ряд оценочных суждений и наблюдений, которые, на мой взгляд, отражают общую тенденцию развития кадровой политики кредитных организаций и развития отрасли в целом.

Напомню, что 9 из 10-ти крупнейших банков в России – государственные. В неоклассиче-

ской экономической теории, на основе которой строится современная экономика, априори считается, что государственная собственность является намного менее эффективным способом организации экономики, нежели частная собственность. Предлагаю исследовать этот тезис на примере моего опыта общения с сотрудниками одного из крупнейших отечественных банков.

Не углубляясь в детали, сразу перейду к сути этого события: на собеседовании мне был задан вопрос о проблемах, связанных с оспариванием договора поручительства. Для того чтобы ответить на поставленный вопрос наиболее полным образом, я рассказал об отношениях покрытия, свойственных поручительству. Во время рассказа я заметил, как на лицах интервьюеров недоумение смешивалось со страхом. Они не знали предмета и не могли даже ответить на уточняющие вопросы по теме! По итогу собеседования я получил отказ со следующей формулировкой: «Вы, конечно, хорошо рассуждаете, но боимся, что вам у нас будет неинтересно. Поэтому точно нет.» То есть то, что мне будет интересно, а что – нет, решили за меня. Но дело не в том, что этот вопрос был решен за меня, а в посредственности руководителей, которые боятся брать сотрудников, которые знают предмет лучше, чем их потенциальный подчинённый. Данная проблема, в целом, характерна для крупных корпораций, но когда мы накладываем эту проблему на проблему низкого качества договорных условий, становится очевидным, что банк необходимо стимулировать к набору квалифицированных специалистов. Более того, одним из тех же последствий неоклассического подхода в экономике является более высокая оплата труда банковских сотрудников, нежели в иных отраслях. В таком случае в банковский сектор стремятся специалисты, которые могли бы реализовать себя в других отраслях, но свидетельствует ли эта тенденция о компетентности этих людей? Ведь когда мы при ответе на ключевой вопрос этой статьи даём ответ в пользу банковской организации, то банк не несёт никакой ответственности за низкую квалификацию своих сотрудников. Банк вообще теряет всякий интерес в наборе квалифицированных кадров, ведь, как бы условие не было сформулировано, суд

всё равно всё «правильно» истолкует, то есть истолкует условие «в интересах банка».

Представляется ли такой подход справедливым? Думаю, что нет, и надеюсь, что доводы, которые мне удалось привести в ходе исследо-

вания, приведут читателя к тому же выводу. На мой взгляд, озвученная проблема является системной, и толкование условия в соответствии с подходом в «пользу должника» поможет сделать шаг на пути к её решению.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019, с изм. от 12.05.2020).
2. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 11.06.2020 № 6 «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств».
3. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 2015 г. № 43 «О некоторых вопросах, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации об исковой давности».
4. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах».
5. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством».
6. Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. – М.: М-Логос, 2017.
7. Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А. Г. Карапетов. – Москва.: М-Логос, 2019.
8. Повседневная цивилистика/ Скловский К.И., М.: Статут, 2017.
9. Сделка и ее действие. Комментарий главы 9 ГК РФ. Принцип добросовестности. (4-е издание, дополненное) / Скловский К.И., М.: Статут, 2019.



УДК 347.78



Пономарева Анастасия Павловна,
(ponomar.0212@mail.ru)

Студент 2 курса бакалавриата юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова

Научный руководитель:

Щербаков Николай Борисович,
кандидат юридических наук, ассистент кафедры гражданского права юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова

Ponomareva Anastasia Pavlovna,

2nd year student of bachelor program Faculty of Law Moscow State University named after M.V.Lomonosov

Academic supervisor:

Nikolay Shcherbakov,
PhD in Law, assistant of the Department of civil law Faculty of Law Moscow State University named after M.V.Lomonosov

НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ НЕЗАКОННЫХ СДЕЛОК

INVALIDITY OF ILLEGAL TRANSACTIONS

АННОТАЦИЯ: в статье рассматриваются основные особенности недействительности незаконных сделок, анализируются причины и последствия реформы гражданского законодательства в части изменения презумпции ничтожности незаконных сделок на презумпцию их оспоримости. Работа представляется актуальной, так как действующая редакция статьи 168 ГК РФ неоднократно подвергалась критике со стороны юристов, но необходимых мер по изменению редакции статьи реализовано не было. По итогам работы предложен вариант новой редакции, который может стать основой для дальнейшего совершенствования законодательства.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: сделка, незаконная сделка, недействительность сделок, ничтожность, оспоримость, реформа.

ANNOTATION: the article deals with the main features of invalidity of illegal transactions, analyzes the causes and consequences of civil law reform in terms of changing the presumption of nullity of illegal transactions to the presumption of their voidability. The article is relevant because the current version of article 168 of the civil code of the Russian Federation has been repeatedly criticized by lawyers, but the necessary measures to change the article were not realized. Based on the results of the work, a new version is proposed, which can become the basis for further improvement of the legislation.

KEYWORDS: transaction, illegal transaction, invalidity of transactions, nullity, voidability, reform.

Сделки, нарушающие требования закона или иного правового акта, могут оказывать негативное влияние не только на охраняемые законом права и интересы сторон сделки и третьих лиц, но и на стабильность гражданского оборота, основы правопорядка и нравственности.

Одним из важнейших инструментов правового регулирования в гражданском законодательстве является институт недействительности сделок. Особую важность представляет недействительность сделок, нарушающих требования закона или иного правового акта. Недействительность – оправданная реакция законодателя на совершение незаконной сделки.

На первый взгляд может показаться, что любая незаконная сделка является ничтожной в силу своей правовой природы, однако однозначно утверждать подобное было бы неверно.

Во-первых, правовое регулирование недействительности незаконных сделок различно в разных странах. Например, в Германии, Италии и Англии установлена презумпция ничтожности незаконных сделок, в то время как в Казахстане применяется презумпция их оспоримости. Особо отличается регулирование Франции, согласно которому незаконные сделки не презюмируются ни оспоримыми, ни ничтожными. При определении вида недействительности незаконных сделок особое значение имеет судебное толкование.

Более того, законодательное регулирование может отличаться не только в разных правопорядках, но и в одной стране в разное время. В Российской Федерации изначально установленная презумпция ничтожности незаконных сделок в ходе реформирования гражданского законодательства была заменена на презумпцию их оспоримости. Кроме того, установлены отдельные критерии, по которым незаконные сделки продолжают квалифицироваться как ничтожные.

Актуальным и необходимым представляется анализ особенностей правовой квалификации незаконных сделок, в частности в этой статье будут освещены вопросы:

1. Является ли правомерность необходимым элементом сделки?
2. Какие причины обусловили изменение презумпции ничтожности незаконных сделок на презумпцию их оспоримости?
3. Какие последствия повлекло вышеуказанное изменение?
4. Каковы возможные пути развития гражданского законодательства в этой сфере?

Некоторые ученые считают, что законность или незаконность сделки и ее действительность или недействительность лежат в разных плоскостях.

Незаконность сделки – противоречие сделки требованиям закона, а ее недействительность – невозможность сделки повлечь определенные последствия, на которые была направлена воля лица, ее совершающего, или лиц, заключающих сделку. Как видно из определений, понятия совершенно разные, но в то же время нередко могут пересекаться. Недействительность сделки может быть обусловлена ее незаконностью, однако незаконная сделка может признаваться действительной при определенных условиях. Таким образом, понятия «недействительность» и «незаконность» действительно лежат в разных плоскостях, но при этом пересекаются в нескольких точках, одной из которых является институт недействительности сделок, нарушающих требования закона или иного правового акта.

Согласно статье 153 ГК РФ сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей¹. В легальном определении не отмечается, что действие должно быть правомерным, соответствующим закону или дозволенным. Вследствие неточностей в законодательном определении среди ученых возникают дискуссии по поводу правомерности как необходимого условия сделки.

НЕЗАКОННАЯ СДЕЛКА НЕ МОЖЕТ ПРИЗНАВАТЬСЯ ГОСУДАРСТВОМ, КОТОРОЕ ПРИЗВАНО ОБЕСПЕЧИВАТЬ ИСПОЛНЕНИЕ И ВЕРХОВЕНСТВО ЗАКОНА. ГОСУДАРСТВО НЕ ДОЛЖНО САНКЦИОНИРОВАТЬ НЕЗАКОННЫЕ ДЕЙСТВИЯ. ОЧЕВИДНО, ЧТО ПРАВОМЕРНОСТЬ – НЕОБХОДИМОЕ УСЛОВИЕ СОВЕРШЕНИЯ СДЕЛКИ

В.А. Белов, например, считает, что «составители ГК РФ сочли допустимым опустить указание на правомерный характер сделки в ее дефиниции именно потому, что это качество сделки является само собой разумеющимся и не нуждающимся в особом о нем упоминании»².

Е.А. Суханов также относит правомерность к необходимым условиям сделки, отмечая, что «при ином понимании закона получилось бы, что государство санкционирует возможность приобретения, изменения или прекращения гражданских прав и обязанностей путем совершения неправомерных действий»³.

Некоторые доктринальные определения сделки прямо указывают на то, что правомерность – один из необходимых элементов сделки. По мнению И.С. Перетерского, «сделка есть действие, дозволенное законом. Действия, хотя бы и вызывающие юридические последствия, но не пользующиеся охраной закона ... не являются сделками. Равным образом, если действие имеет вид сделки, но направлено против закона или в обход закона, то оно не является сделкой»⁴. В.М. Хвостов отмечает, что сделка – «дозволенное действие одного или нескольких частных лиц, посредством которого эти лица желают вызвать юридические последствия, соответствующие их интересам»⁵.

Большинство ученых считают, что правомерность является основополагающим элементом

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019) // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, № 32, ст. 153.

² Белов В.А. Сделки и недействительные сделки: проблемы понятий и их соотношения // Законодательство. 2006. № 10. С. 31

³ Российское гражданское право: учебник: в 2 т. / отв. ред. Е.А. Суханов. – 2-е изд., стереотип. – М.: Статут, 2011. – Т. 2. – 344

⁴ Перетерский И. С. Сделки, договоры. – М.: Юрич. изд-во НКЮ РСФСР, 1929. – С. 84.

⁵ Хвостов В.М. Система римского права: Учебник. – М.: Спарк, 1996. – С. 320.

(качеством, условием) любой сделки⁶. Вместе с тем ряд ученых отстаивают противоположную позицию.

Наиболее точной представляется позиция Д.О. Тузова, который отмечает, что «правовой смысл, составляющий существо сделки, сам по себе не в состоянии нарушать субъективные права и причинять вред общественным отношениям. Его несоответствие правовой норме означает лишь, что не выполнены те условия, при которых правопорядок предоставляет защиту частному волеизъявлению, и что, следовательно, правовой эффект, на который направлена сделка, не наступает изначально или же может быть устранен впоследствии»⁷.

Немного иной по обоснованию, но схожей по содержанию позиции придерживается Д.М. Генкин, который утверждает, что «правомерность или неправомерность не является необходимым элементом сделки как юридического факта, а определяет в свою очередь лишь те или другие последствия сделки»⁸.

Очевидно, что правомерность должна быть свойственна любому правовому, политическому или социальному явлению, любым действиям, в том числе сделкам. Правомерные законодательные предписания должны соблюдаться. Законодательные запреты служат основанием для признания недействительным, а иногда и вовсе не совершённым всего, что им противоречит.

Незаконная сделка не может признаваться государством, которое призвано обеспечивать исполнение и верховенство закона. Государство не должно санкционировать незаконные действия. Очевидно, что правомерность – необходимое условие совершения сделки.

Вместе с тем нельзя говорить о том, что правомерность является достаточным условием совершения сделок. Например, помимо законности, одним из иных необходимых и основных условий является совпадение воли и волеизъявления лиц, совершающих сделку.

Таким образом, достаточной для совершения действительной сделки является сово-

купность необходимых условий, в том числе правомерность.

Незаконная сделка по общему правилу не может порождать правовых последствий, поскольку при ее заключении не было соблюдено одно из необходимых условий ее совершения – правомерность.

Для наглядности можно привести аналогию незаконной сделки с больным деревом, которое или приносит гнилые плоды, или вовсе не может их приносить. Садовник вынужден или срезать эти плоды, или срубить само дерево. Равным образом и государство призвано бороться с незаконными сделками, которые не могут повлечь правовые последствия, признаваемые государством (за исключением последствий, связанных с их недействительностью).

Институт недействительности в данном случае необходим для того, чтобы аннулировать некоторые «мнимые», неосновательные последствия. Очевидно, что в случае совершения незаконной сделки необходимо говорить только о ее ничтожности. Оспоримость, диспозитивная по своей природе, не является надлежащим правовым средством борьбы с незаконными сделками.

Оспоримость позволяет, во-первых, сохранять сделку действительной до ее оспаривания, что недопустимо в правовом государстве и, более того, может нанести вред гражданскому обороту.

Во-вторых, оспоримость незаконных сделок создает почву для злоупотреблений сторон сделки, которые могут обходить закон по соглашению между собой.

В-третьих, оспоримость предполагает более короткий срок исковой давности по сравнению с ничтожными сделками, что также влечет сохранение действительности незаконной сделки в случаях пропуска срока исковой давности.

В-четвертых, оспоримость незаконной сделки предполагает, что такая сделка влечет правовые последствия до момента ее оспаривания, что представляется недопустимым.

⁶ Мейер Д.И. Русское гражданское право – 3. изд., испр. – М.: Статут, 2003. – С. 177-178.; Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. – М.: Госюриздат, 1958. – С. 173.

⁷ Тузов Д.О. и др. Общие учения теории недействительных сделок и проблемы их восприятия в российской доктрине, законодательстве и судебной практике: дис. ... док. Юрид. Наук. – Томск, 2006. – С. 320.

⁸ Генкин Д.М. Недействительность сделок, совершенных с целью, противной закону // Ученые записки ВШЮН. 1947. № 5. С. 40-57.

**ВСЛЕДСТВИЕ ЭТОГО ВОЗНИКАЕТ
НЕОБХОДИМОСТЬ УСТАНОВЛЕНИЯ
ОПРЕДЕЛЕННЫХ КРИТЕРИЕВ,
ОПРЕДЕЛЯЮЩИХ, ЯВЛЯЕТСЯ
ЛИ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ
ЦЕЛЕСООБРАЗНЫМ
ПОСЛЕДСТВИЕМ НЕЗАКОННОСТИ
СДЕЛКИ, ПРИНИМАЯ ВО
ВНИМАНИЕ СТЕПЕНЬ И УСЛОВИЯ
НАРУШЕНИЙ**

На этот счет В.А. Белов очень точно отметил, что «понятие «неправомерная сделка» должно считаться таким же внутренне противоречивым, как «не масляное масло» или «горячий снег»⁹, то есть любая сделка, способная повлечь правовые последствия, не может быть неправомерной. Неправомерная сделка признается не сделкой, а скорее совпадением воли лиц, не влекущим правовые последствия.

С другой стороны, не зря было подчеркнуто, что незаконная сделка является недействительной по общему правилу. На взгляд автора настоящей статьи, сделка, нарушающая требования закона, может сохранять свою действительность при наличии определенных условий и нецелесообразности признания ее ничтожной.

Понятие «право», очевидно, шире, чем понятие «закон». Закон не может вмещать в себя все богатейшее содержание права. В реальной жизни иногда применение нормы права к ситуации, кардинально отличающейся от аналогичных, не является вполне справедливым. Правоприменитель всегда должен гарантировать справедливость и целесообразность правоприменения. Сухой юридический язык никогда не сможет описать все краски жизни, передать все ее оттенки. Право не должно сводиться к формализму, поэтому нельзя однозначно утверждать, что в любых ситуациях неправомерность влечет недействительность сделки.

В концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации (далее – «концепция») отмечалось, что реформирование было направлено на «сокращение легальных возможностей признавать сделки недействительными во всех случаях, когда недействительность сделки как гражданско-правовая санкция является неоправданной и явно несоразмерной характеру и последствиям допущенных при совершении сделки нарушений»¹⁰. Таким образом, посредством телеологического толкования необходимо установить, подразумевает ли нарушенная норма признание сделки, ей не соответствующей, ничтожной или нет и насколько целесообразно признавать сделку недействительной, исходя из условий ее совершения и возможной угрозы частным или публичным интересам.

Д.О. Тузов писал, что «нарушение не всякого запрета или иного императивного предписания должно, исходя из существа этих последних, влечь за собой ничтожность совершенной в противоречии с ними сделки». В качестве примера правовед приводит договор купли-продажи, заключенный в месте, где торговля запрещена. Целесообразным последствием заключения сделки в запрещенном месте является наказание виновных лиц, а не поражение действительности заключенных сделок¹¹.

Вследствие этого возникает необходимость установления определенных критериев, определяющих, является ли недействительность целесообразным последствием незаконности сделки, принимая во внимание степень и условия нарушений. В зарубежных правовых системах, например, в Италии, определяется «степень императивности» нарушенной нормы, в соответствии с которой сделка, нарушающая закон, признается недействительной. Во Франции незаконная сделка сохраняет действительность, если цели нарушенной нормы требуют сохранения договора в силе.

В России правовое регулирование сильно отличается. Изначально установленная абсо-

⁹ Белов В.А. Сделки и недействительные сделки: проблемы понятий и их соотношения // Законодательство. 2006. № 10. С. 31

¹⁰ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию

гражданского законодательства 7 октября 2009 г.) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 2009 г., № 11, п. 5.2.1.

¹¹ Тузов Д.О. Lex 'quasi' perfecta? О новой редакции ст. 168 Гражданского кодекса РФ и фундаментальных цивилистических понятиях // Закон. 2015. № 9. С. 42.

лютная недействительность незаконных сделок была изменена на презумпцию их оспоримости в ходе реформы гражданского законодательства, которая была инициирована Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства в 2008 году. Для наглядности изменения приведены в

таблице 1. На основании Указа Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации»¹² была опубликована Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации¹³ (далее – Концепция), ставшая основой для принятия дальнейшего Федерального закона.

Таблица 1

Предыдущая редакция статьи 168 ГК РФ ¹⁴	Действующая редакция статьи 168 ГК РФ ¹⁵
1. Сделка, не соответствующая требованиям закона или иных правовых актов, ничтожна, если закон не устанавливает, что такая сделка оспорима, или не предусматривает иных последствий нарушений.	1. За исключением случаев, предусмотренных пунктом 2 настоящей статьи или иным законом, сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта, является оспоримой, если из закона не следует, что должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки. 2. Сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта и при этом посягающая на публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц, ничтожна, если из закона не следует, что такая сделка оспорима или должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки.

В соответствии с пунктом 5.2.1 Концепции «судебная практика признания сделок ничтожными на основании статьи 168 ГК получила в настоящее время весьма широкое распространение. Тем самым стабильность и предсказуемость гражданского оборота поставлены под серьезную угрозу»¹⁶.

Основной целью изменений, внесенных в статью 168 ГК РФ, является поддержание стабильности гражданского оборота. Кроме того, в пункте 7.1 Концепции отмечалось, что «обеспечению стабильности гражданского оборота и исключению защиты недобросовестных участ-

ников оборота могло бы служить последовательное проведение на уровне законодательной политики принципа сохранения однажды заключенного договора»¹⁷, для чего считалось необходимым «перевернуть» презумпцию, установленную в статье 168 ГК, с ничтожности на оспоримость.

Вместе с тем меры, предпринятые для достижения данной цели, сомнительны.

Увеличение числа незаконных сделок, признанных ничтожными, способствовало дестабилизации гражданского оборота и защите недобросовестных контрагентов, которые на-

¹² Указ Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ, 21.07.2008, № 29 (часть I), ст. 3482.

¹³ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г.) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 2009 г., № 11.

¹⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 28.06.2013) // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, № 32, ст. 168.

¹⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019) // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, № 32, ст. 168.

¹⁶ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г.) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 2009 г., № 11, П. 5.2.1.

¹⁷ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г.) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 2009 г., № 11, П. 7.1.



меревались избежать исполнения возложенных на них обязательств.

Данная проблема была актуальна и требовала решения. Однако установление презумпции оспоримости незаконных действий не является целесообразным способом решения проблемы, а лишь свидетельствует о пренебрежении законодателем императивными нормами. Вместо уменьшения действительного числа незаконных сделок законода-

тель признает часть из них действительными, пока они не оспорены в судебном порядке. Более того, законодатель фактически позволяет сторонам нарушать закон. Очевидно, что изменение презумпции ничтожности на презумпцию их оспоримости создает благоприятную почву для развития практики согласованного обхода императивных предписаний закона.

Число незаконных сделок не уменьшится при отсутствии их оспаривания, так же как и, напри-

**УСТАНОВЛЕНИЕ
ПРЕЗУМЦИИ
ОСПОРИМОСТИ
НЕЗАКОННЫХ
ДЕЙСТВИЙ НЕ ЯВЛЯЕТСЯ
ЦЕЛЕСООБРАЗНЫМ
СПОСОБОМ РЕШЕНИЯ
ПРОБЛЕМЫ, А ЛИШЬ
СВИДЕТЕЛЬСТВУЕТ
О ПРЕНЕБРЕЖЕНИИ
ЗАКОНОДАТЕЛЕМ
ИМПЕРАТИВНЫМИ
НОРМАМИ**

мер, латентные преступления остаются противоправными деяниями. Государство и его население не могут с гордостью признавать снижение уровня преступности, когда из числа преступных деяний изымается определенное количество незарегистрированных преступлений, поскольку общий уровень преступности в обществе остается прежним.

Законодатель вместо решения проблем заключения незаконных сделок изменил вид недействитель-

ности незаконных сделок, что повлекло за собой следующие правовые последствия.

В первую очередь изменения коснулись процессуального права.

Для признания незаконной сделки недействительной, в соответствии с пунктом 1 статьи 166 ГК РФ, необходимо обратиться в суд с иском о признании.

С одной стороны, эта мера представляется эффективной, поскольку усложняет процесс при-

знания сделки недействительной и, как следствие, способствует формальному уменьшению числа лиц, готовых на судебную тяжбу ради признания сделки недействительной.

С другой стороны, необходимость процессуального доказывания недействительности незаконной сделки несовместима с принципом защиты слабой стороны договора. Слабая сторона договора может оказаться бессильной при навязывании незаконных условий договора и не способной защитить свои права в судебном порядке.

Кроме того, нововведения 2013 года увеличивают количество дел по оспариванию незаконных сделок, что ведет к большему числу разбирательств в судах и, следовательно, к их большей загруженности, что нарушает принцип процессуальной экономии.

Также изменения затронули круг лиц, имеющих право на оспаривание сделки или применение последствий недействительности ничтожной сделки.

В ходе проведения реформы можно выделить два ключевых изменения по данному аспекту: сокращение круга лиц, имеющих право требовать применения последствий недействительности ничтожной сделки, и наделение правом оспаривания незаконной сделки только ее сторон.

В дореформенный период, когда действовала презумпция ничтожности незаконной сделки, требование о применении последствий ее недействительности могли заявить любые заинтересованные лица¹⁸, что соответствовало правовой природе ничтожности сделок. В ходе реформы круг лиц, правомочных требовать применения последствий недействительности ничтожной сделки, сократился, а именно, управомочены стали только стороны сделки и иные лица, указанные в законе. Ограничение круга лиц, имеющих право требовать применения последствий недействительности ничтожной сделки, сократило возможности применения последствий недействительности ничтожной сделки, но не уменьшило число самих ничтожных сделок.

Более того, согласно абзацу 2 пункта 2 статьи 166 оспоримые сделки признаются недействительными в случае нарушения ими прав или охраняемых законом интересов лиц, оспаривающих сделку¹⁹. Таким образом, только стороны сделки управомочены на ее оспаривание, что также сокращает возможности признания незаконных сделок недействительными.

Третье ключевое изменение касается срока исковой давности. Согласно статье 181 ГК РФ срок исковой давности по требованию о применении последствий недействительности ничтожной сделки и о признании такой сделки недействительной составляет 3 года, а по требованию о признании оспоримой сделки недействительной и о применении последствий ее недействительности – 1 год²⁰. Презумпция оспаривания незаконной сделки позволяет лицу инициировать судебное разбирательство в течение 1 года с момента, когда оно узнало или должно было узнать об обстоятельствах, являющихся основанием для признания сделки недействительной. Данное изменение влечет следующие правовые последствия.

Во-первых, сторона сделки может утратить свое право на оспаривание незаконной сделки при незначительном промедлении.

Во-вторых, при условии незаконности отдельного положения лицо вынуждено оспаривать положение, рассчитанное на применение в будущем.

В частности, когда сделка заключена на длительный срок, а незаконной является ее часть, рассчитанная на более позднее применение, например, при расторжении договора, или на ситуацию, относительно которой неизвестно, наступит она или нет, например, просрочка кредитора, сторона, чьи права нарушены, вынуждена оспаривать незаконное положение, будучи неуверенной в том, что оно когда-либо актуализируется. «Такое решение явно несправедливо и экономически нецелесообразно, так как провоцирует серьезные литигационные издержки сторон без достаточного повода»²¹.

¹⁸ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 28.06.2013) // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, № 32, ст. 166.

¹⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019) // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, № 32, ст. 166.

²⁰ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019) // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, № 32, ст. 181.

Карпетов А.Г., Тузов Д.О. Сделки, совершенные в противоречии с императивными нормами закона, в контексте новой редакции ст. 168 ГК РФ // Вестник гражданского права. 2016. № 5. С. 51.

В-третьих, сторона, чьи права нарушены незаконной сделкой, может лишиться права на оспаривание незаконной сделки до истечения сроков давности. В соответствии с пунктом 2 статьи 166 ГК РФ «сторона, из поведения которой явствует ее воля сохранить силу сделки, не вправе оспаривать сделку по основанию, о котором эта сторона знала или должна была знать»²². Согласно пункту 5 статьи 166 ГК РФ «заявление о недействительности сделки не имеет правового значения, если ссылающееся на недействительность сделки лицо действует недобросовестно, в частности если его поведение после заключения сделки давало основание другим лицам полагаться на действительность сделки»²³. Таким образом, лицо, приступившее к исполнению обязательств, может потерять право на ее оспаривание по принципу эстоппеля.

Например, стороны заключают договор аренды на срок более 1 года, предусмотрев, что договор не может быть досрочно расторгнут по требова-

нию арендатора в случае, когда арендодатель не производит капитальный ремонт в сроки, установленные договором, что нарушает требования статьи 620 ГК РФ. Через 1.5 года после начала исполнения договора арендодатель не исполняет свои обязанности по осуществлению капитального ремонта, и арендатор требует признания незаконного пункта договора недействительным. Если арендатор подал иск несвоевременно, например, по истечении двух сроков, в которые необходимо было осуществить капитальный ремонт, то он может утратить право на оспаривание, так как его поведение после заключения сделки давало основание другим лицам полагаться на действительность сделки. В случае промедления с оспариванием сделки более чем на 1 год арендатор лишается права на оспаривание вследствие истечения срока исковой давности.

Информация об основных изменениях и их последствиях для наглядности представлена в виде таблицы:

Таблица 2

Ключевые изменения	Негативные последствия	Позитивные последствия
Судебное признание недействительности	Нарушение принципа защиты слабой стороны договора; Нарушение принципа процессуальной экономии.	Уменьшение числа лиц, готовых на судебную тяжбу ради признания сделки недействительной – сокращение числа процессов по признанию незаконной сделки недействительной.
Сокращение круга лиц, имеющих право на оспаривание или на применение последствий недействительности ничтожной сделки	Сокращение управомоченных лиц, но не сокращение ничтожных сделок.	Оспаривать сделку могут фактически только ее стороны – сокращение числа процессов по оспариванию незаконных сделок.
Сокращение сроков исковой давности (по п. 1 ст. 168 ГК РФ)	Возможность утраты права на оспаривание при незначительном промедлении; Необходимость оспаривания условия договора, которое еще не актуализировано. Возможность утраты права на оспаривание по принципу эстоппеля.	Сокращение числа процессов по оспариванию незаконных сделок.

²² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019) // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, № 32, ст. 166.

²³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019) // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, № 32, ст. 166.

Таким образом, все последствия обуславливают лишь формальное, внешнее снижение числа незаконных сделок, но не способствуют реальному искоренению нарушений закона при заключении сделок. Более того, некоторые последствия реформы создают возможность молчаливого согласованного злоупотребления и обхода императивных предписаний, то есть для прямого увеличения числа незаконных сделок.

Императивные нормы закона защищают сторону от явно несправедливых условий договора. Наглядный пример приводят А.Г. Карапетов и Д.О. Тузов. Пункт 3 статьи 405 ГК РФ устанавливает недопустимость ответственности должника за неисполнение обязательства в случае просрочки кредитора. В случае установления ответственности должника за неисполнение обязательства ввиду просрочки кредитора должник может обратиться в суд с иском о признании недействительным соответствующего условия договора, нарушающего требования пункта 3 статьи 405 ГК РФ. Если должник не оспаривает незаконное условие договора, нарушающее императивные предписания закона, то в дальнейшем при просрочке кредитора он не может ссылаться на ничтожность соответствующего положения договора²⁴. Таким образом, явно незаконное положение договора, устанавливающее ответственность должника за неисполнение обязательства в случае просрочки кредитора, будет признано действительным до ее оспаривания.

Кроме изменения презумпции ничтожности незаконных сделок на презумпцию их оспоримости, законодатель также определил, в каких случаях незаконные сделки всегда признаются ничтожными.

В основу разграничения оспоримых и ничтожных незаконных сделок положен крите-

рий интереса. Незаконные сделки признаются ничтожными при посягательстве на публичные интересы либо права и законные интересы третьих лиц. Данная конструкция вызывает некоторые трудности в квалификации незаконных сделок.

Правоприменению препятствует отсутствие законодательного определения содержания публичных интересов. Законодательную неопределенность в квалификации незаконных сделок пытались устранить Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ, постановления которых позволяют понять, какие сделки необходимо квалифицировать по пункту 2 статьи 168 ГК РФ как нарушающие закон и посягающие при этом на публичные интересы. Приведем несколько примеров.

Ничтожными признаются:

1. Сделки, при совершении которых нарушен явно выраженный запрет, например, сделки о залоге или уступке требований, неразрывно связанных с личностью кредитора (п.1 ст. 336, ст. 383 ГК), а также сделки о страховании противоправных интересов (ст. 928 ГК)²⁵;
2. Условия договора о неприменении или ограничении применения нормы статьи 333 ГК РФ об уменьшении неустойки в случае ее явной несоразмерности последствиям нарушения обязательства²⁶;
3. Условие договора о взимании платы за односторонний отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение его условий, если такое право установлено императивной нормой²⁷;
4. Условие договора перевозки пассажира и багажа автомобильным транспортом об ограничении или устранении установленной законом ответственности перевозчика²⁸.

²⁴ Карапетов А.Г., Тузов Д.О. Сделки, совершенные в противоречии с императивными нормами закона, в контексте новой редакции ст. 168 ГК РФ // Вестник гражданского права. 2016. № 5. С. 52.

²⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета, 30.06.2015, № 140, П. 75.

²⁶ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 (ред. от 07.02.2017) «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // Российская газета, 04.04.2016, № 70, П. 69.

²⁷ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» // Российская газета, № 275, 05.12.2016, П. 15.

²⁸ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26.06.2018 № 26 «О некоторых вопросах применения законодательства о договоре перевозки автомобильным транспортом грузов, пассажиров и багажа и о договоре транспортной экспедиции» // Российская газета, 04.07.2018, № 142, П. 8.

Проведенный анализ некоторых аспектов реформы показывает, что изменения не лишены недостатков. Пренебрежение законодателем установленными императивными нормами, а также избрание им ненадлежащих способов решения проблем могут привести к неблагоприятным правовым последствиям. Предлагаем внести изменения в действующую редакцию статьи с учетом следующего.

1. Необходимо восстановить презумпцию ничтожности незаконных сделок, так как действия, осуществляемые с нарушением закона или иного правового акта, не могут повлечь правовых последствий, за исключением последствий, связанных с их недействительностью.
2. При квалификации незаконной сделки необходимо учитывать не только характер охраняемых интересов, но и цель регулирования нарушенной нормы и целесообразность применения гражданско-правовой санкции в виде недействительности сделки.
Например, при квалификации сделки, нарушающей явно выраженный запрет, правоприменитель должен обратить внимание на то, что целью установления императивных запретов является препятствование определенному поведению и негативным последствиям, которые оно может повлечь. Следовательно, сделка должна быть признана ничтожной.
Соразмерность гражданско-правовой санкции в виде недействительности последствиям нарушений должны устанавливать суды в ходе правоприменения.
3. Необходимо сократить число императивных норм в ГК РФ.

Как отмечают некоторые ученые, одной из основных проблем, ставших причиной многочисленности ничтожных сделок в дореформенный период, является значительное преобладание в договорном праве императивных норм над диспозитивными («в новом ГК в составе норм, регулирующих отдельные виды договоров, ока-

залось около 1600 императивных и около 200 диспозитивных»²⁹).

В современном гражданском праве в условиях развития рыночной экономики и гарантий принципа свободы договора значительное вмешательство государства в частные дела недопустимо. Вместе с тем остатки пережитого советского строя и низкая юридическая техника законодателя определяют значительное число императивных норм в договорном праве, нарушение которых вело к ничтожности сделок.

В ходе реформирования законодатель вместо сокращения числа императивных норм и дозволения большего усмотрения сторон сделки при определении содержания и формы сделки признал противоправное отступление от императивной нормы законным при молчании сторон.

М.И. Брагинский верно отмечал, что «в отличие от императивных норм, исключить действие которых можно только путем отказа от заключения договора, норма диспозитивная допускает признание договора заключенным вне зависимости от отношения сторон к самой норме, т. е. согласны ли они с нею или отступили от нее. Это связано с тем, что отступление от правила, зафиксированного в императивной норме, противоправно, а от такого же правила диспозитивной нормы – правомерно, поскольку возможность подобного отступления не только не противоречит ей, но и прямо предусмотрена ею»³⁰. Таким образом, путем сокращения императивных норм в гражданском праве можно добиться уменьшения числа незаконных сделок.

С учетом вышеизложенного предлагаем следующую редакцию статьи 168 ГК РФ:

«1. Сделки, нарушающие требования закона или иного правового акта, по общему правилу признаются ничтожными.

2. Суд в процессе правоприменения может признать сделку, нарушающую требования закона или иного правового акта, действительной, придя к выводу о нецелесообразности признания сделки недействительной и принимая во внимание условия ее заключения».

²⁹ Карапетов А.Г., Тузов Д.О. Сделки, совершенные в противоречии с императивными нормами закона, в контексте новой редакции ст. 168 ГК РФ // Вестник гражданского права. 2016. № 5. С. 72.

³⁰ Карапетов А.Г., Тузов Д.О. Сделки, совершенные в противоречии с императивными нормами закона, в контексте новой редакции ст. 168 ГК РФ // Вестник гражданского права. 2016. № 5. С. 69.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Нормативные правовые акты:

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019) // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, № 32, ст. 153.
2. Указ Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ, 21.07.2008, № 29 (часть I), ст. 3482.

Судебные акты:

3. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета, 30.06.2015, № 140, П. 75.
4. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 (ред. от 07.02.2017) «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // Российская газета, 04.04.2016, № 70, П. 69.
5. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» // Российская газета, № 275, 05.12.2016, П. 15.
6. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26.06.2018 № 26 «О некоторых вопросах применения законодательства о договоре перевозки автомобильным транспортом грузов, пассажиров и багажа и о договоре транспортной экспедиции» // Российская газета, 04.07.2018, № 142, П. 8.

Научная литература:

7. Белов В.А. Сделки и недействительные сделки: проблемы понятий и их соотношения // Законодательство. 2006. № 10. С. 31.

8. Российское гражданское право: учебник: в 2 т. / отв. ред. Е.А. Суханов. – 2-е изд., стереотип. – М.: Статут, 2011. – Т. 2. – 344 с.
9. Перетерский И. С. Сделки, договоры. – М.: Юрид. изд-во НКЮ РСФСР, 1929. – 84 с.
10. Хвостов В.М. Система римского права: Учебник. – М.: Спарк, 1996. – 521 с.
11. Мейер Д.И. Русское гражданское право – 3. изд., испр. – М.: Статут, 2003. – 829 с.
12. Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. – М.: Госюриздат, 1958. – 183 с.
13. Тузов Д.О. и др. Общие учения теории недействительных сделок и проблемы их восприятия в российской доктрине, законодательстве и судебной практике: дис. ... док. Юрид. Наук. – Томск, 2006. – 365 с.
14. Генкин Д.М. Недействительность сделок, совершенных с целью, противной закону // Ученые записки ВЮЮН. 1947. № 5. С. 40-57.
15. Тузов Д.О. Lex 'quasi' perfecta? О новой редакции ст. 168 Гражданского кодекса РФ и фундаментальных цивилистических понятиях // Закон. 2015. № 9. С. 42.
16. Карапетов А.Г., Тузов Д.О. Сделки, совершенные в противоречии с императивными нормами закона, в контексте новой редакции ст. 168 ГК РФ // Вестник гражданского права. 2016. № 5. С. 51-72.
17. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г.) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 2009 г., № 11, П. 5.2.1.



БОЛЬШОЕ ИНТЕРВЬЮ **С ЕВГЕНИЕМ АЛЕКСЕЕВИЧЕМ** **СУХАНОВЫМ**

**– доктором юридических наук, профессором,
заслуженным деятелем науки Российской
Федерации, заведующим кафедрой гражданского
права юридического факультета МГУ.**



**Беседовал К. Киктенко
в кабинете
А.Л. Маковского
в Исследовательском
центре частного права**

– Евгений Алексеевич, Вы, наверное, единственный современный учёный, который не бранит, а наоборот, хвалит достижения советского права. Вам близки идеи, на которых было построено советское общество?

– Да. Сейчас, на мой взгляд, многие из этих идей возрождаются, идеи социальной справедливости, прежде всего. Другой вопрос, как её понимать, но, как известно, христианские заповеди коммунизм воспринял, и ничего плохого я в этом не вижу. Конечно, было много наносного, пропагандистского. Что касается права гражданского, вот здесь я вынужден его критиковать, за что и меня критикуют, потому что многие конструкции, например, унитарные предприятия, отсутствие вещных прав и так далее – всё это тянется с того времени и в современных условиях совершенно не годится. Добиться же их современного понимания мы не можем, и это, конечно, парадокс. Вот тут я выступаю, как мне кажется, с современных позиций, а меня ругают, например, Юрий Кириллович Толстой, для которого унитарные предприятия замечательны, а вот акционерные общества – это рассадник безобразия, он прямо об этом писал. Я согласиться с ним не могу, унитарные предприятия, скажем так, не лучшее порождение прежнего правового порядка.

В прежнем праве было плохо то обстоятельство, что очень много политэкономических догм и деклараций напрямую записывали в закон и считали их юридическими, например, о разных формах собственности. Право было сильно политизировано. А сейчас у нас другая беда, право сильно экономизировано. Очень много экономических конструкций переносят в право и считают, что они юридические. Понятие «инвестиции» – это же абстракция, за которой всё что угодно стоит. Государственно-частное партнёрство, которое Александр Львович Ма-

ковский не очень жаловал – также. Эти и многие другие вещи, которые выдумывают экономисты или заимствуют, особенно из американского правового порядка, не являются юридическими. Разными путями их включают в законодательство, а люди потом говорят, что это юридические конструкции, а в действительности это – самые разные объекты гражданских прав. Прежнее гражданское право было вынужденно упрощённым. И оборот был другой, и экономический строй, но и тогда нам это казалось очень сложным, потому что вмешательство государства в экономику выглядело не так просто, как многим представляется. Порядок заключения договора поставки, например, или, того хуже, договоры подряда на капитальное строительство – для студентов это были всегда вопросы на экзаменах завальные, поскольку надо было рассказывать о плановых основаниях, а это было сложно. Но в целом было упрощено в сравнении с нынешним правовым порядком, а многих институтов вообще не было.

И, возможно, главный недостаток состоял в том, что советское гражданское право не было частным правом, потому что мы ничего частного не признавали. Вот это был парадокс, оно было гражданским, но не было частным. Мы уже тогда читали дореволюционных цивилистов, и наши цивилисты-корифеи, такие как А.В. Венедиктов, С.Н. Братусь, О.С. Иоффе, прекрасно знали дореволюционное право, использовали его очень активно, но многие вещи просто не вписывались в тогдашнюю ситуацию. Я помню, когда был студентом, на старших курсах (4–5) никогда к первой паре на занятия, к 9, не ходил, а, как правило, приходил ко второй, третьей паре, а с утра я устраивал обход книжных магазинов. Я выходил на метро Кировская (сейчас Чистые пруды), шёл на Сретенку, там был первый книжный магазин, потом шёл на Кузнецкий, проезд МХАТ. И вот так 4–5 книжных магазинов обходил пару раз в неделю, смотрел художественную и юридическую литературу. И я до сих пор вспоминаю, как я прихожу в книжный магазин на Сретенке и вижу учебники Шершеневича по гражданскому и торговому праву, смотрю, а там – отдельный том по банкротству. Что такое банкротство? Зачем оно мне? Там же и акционерные общества, купцы, в общем, учебник торгового права

не взял, а гражданское с удовольствием купил. Издания были дореволюционными, все магазины, которые обходил, были букинистическими или теми, где были хорошие букинистические отделы – вот такой я книголюб. И книги были недорогими по тем временам. «Кирпич» Шершеневича и сборник памяти Шершеневича с его портретом я купил за три рубля, не такие уж и большие деньги были, то есть это было вполне доступно и студенту, и обычному человеку. Мы знали дореволюционную литературу и обращались к ней, нам нравились многие идеи, но они были не для того времени. В советском праве было много хорошего, многое осталось, если говорить о гражданском праве, но не самое лучшее – те же унитарные предприятия, которые вызывают у меня оторопь, и формы собственности, и кое-что из обязательств уцелели.

– Может ли существовать право вне капиталистической парадигмы? Сегодня достаточно часто говорят, особенно в преподавательской среде, что советская эпоха была временем отрицания права как такового.

– Нет. Это, конечно, не так.

Это говорят люди, просто не знакомые с литературой. Такой этап имел место в двадцатые годы, он хорошо известен, когда бились над тем, что теперь будет в новом обществе. Кстати, недавно появилась очень хорошая книга нашего коллеги по рабочей группе над проектом ГК, О.Ю. Шилохвоста, он пишет биографии, в этот раз написал биографию Гойхбарга Александра Григорьевича. Гойхбарг вспоминал, что на первом съезде юристов они думали, где же место гражданскому праву, какие отношения оно может регулировать, и не нашли ничего, кроме найма пастуха в деревне. Это заблуждение быстро рассеялось, буквально через несколько лет. В социалистическом обществе право выполняло важную роль. А разговоры об отмирании права в хрущёвскую эпоху всерьёз никто не воспринимал, это были анекдотические вещи. У нас был курс научного

коммунизма на старших курсах, все всё понимали, но смеху ради спрашивали преподавателя: «А как это так: право отмирает, а государство укрепляется?» И нам говорили: «Оно отмирает через укрепление!» Понимали, что это всё глупости. Право всегда играет важнейшую роль в любом организованном обществе.

– Получилось ли советское право? С.В. Сарбаш в интервью нашему журналу сказал, что ничего нового придумано не было: как была *emptio-vindicio*, так она и осталась.

– Нет, вот тут Сергей Васильевич не прав. Вспоминаю опять Гойхбарга, он ведь тоже стоял перед такой проблемой, когда они готовили Гражданский кодекс 1922 года. Они использовали дореволюционный проект гражданского уложения, но получили большой вытек от Ленина, который через Д.И. Курского сказал, что они подготовили буржуазный кодекс, а надо было – социалистический. Они сидели и думали два или три месяца, что же такого социалистического есть в гражданском праве? И Гойхбарг, выступая на сессии

**Я ПОМНЮ, КОГДА
БЫЛ СТУДЕНТОМ, НА
СТАРШИХ КУРСАХ (4-5)
НИКОГДА К ПЕРВОЙ
ПАРЕ НА ЗАНЯТИЯ,
К 9, НЕ ХОДИЛ, А, КАК
ПРАВИЛО, ПРИХОДИЛ КО
ВТОРОЙ, ТРЕТЬЕЙ ПАРЕ,
А С УТРА Я УСТРАИВАЛ
ОБХОД КНИЖНЫХ
МАГАЗИНОВ**

ВЦИК, сказал, что они придумали три формы собственности (вот они откуда идут), что собственность бывает капиталистическая, частная и кооперативная. А после них при И.В Сталине и при Н.С. Хрущёве придумали пять форм собственности, вот это были выдумки политические и экономические. Хотя у этих форм был разный правовой режим, кое-что новое появилось.

В договорном праве появился хозяйственный договор, конечно, на этот счёт были споры, докторские диссертации, в том числе и на нашей кафедре. Кстати, первый вариант диссертации А.А. Собчака о соотношении плана и договора на кафедре у нас не прошёл. Ведь в договоре выражена воля сторон, а план – директива государства, и как одно с другим сочетается – вопрос. Многие над этим вопросом думали, разные интересные идеи предлагались.

Самый простой пример – договор перевозки грузов, до двадцатых годов прошлого века его вообще не было, а рассматривали его как совокупность разных сделок. А вот отдельный договор родился в советские времена, так же как и договор экспедиции. Я не такой специалист в этой сфере, как В.В. Витрянский, но это порождение советского права. И так, если поискать, многое можно найти. Говорить, что ничего нового не было – это упрощение.

– Профессор Покровский писал, что только самый примитивный правопорядок мог бы довольствоваться лишь одним правом собственности. Но нужна ли вообще разветвлённая система вещных прав, если собственник всех средств производства – государство? В таком случае выражение о бедности советского правопорядка не имеет под собой почвы. Выражение И.А. Покровского вдвойне интересно, ведь он выступал за обобществление средств производства.

– Здесь весь вопрос в собственности на землю. Это прекрасно показал Анатолий Васильевич Венедиктов, которого никто не читал, потому что книжка очень толстая, а название «Государственная социалистическая собственность» всех отпугивало. И там страничек 10 уделено А.Ф.Ю. Тибо и другим немцам, которые и придумали эту историю. Для чего нужны вещные права? В Европе раньше всех поняли, что земли на всех не хватает, а вещные права нужны для того, чтобы, как писал Венедиктов, имелись юридически прочные и экономически необходимые условия участия одного лица в собственности другого лица на земельный участок. Только на землю. И только землю немцы объявили недвижимостью. Недвижимость – понятие научное, ни в каком законе немецком такого понятия нет, есть только земельный участок. Мы тоже сейчас к этому пришли. А вот когда землю национализировали, причём не сразу, не в семнадцатом году, а в девятнадцатом, тогда эта проблема отпала, потому что вся земля стала государственной. Выделялась земля в пользование административным порядком. У нас страна большая, а до сих пор нет порядка в земельных отношениях. Буквально вчера в новостях смотрю, наш премьер-министр поставил

**БУКВАЛЬНО ВЧЕРА В НОВОСТЯХ
СМОТРЮ, НАШ ПРЕМЬЕР-
МИНИСТР ПОСТАВИЛ
ЗАДАЧУ ВСЕ ЗЕМЕЛЬНЫЕ
РЕСУРСЫ ВЗЯТЬ НА УЧЁТ.
ЭТО НАЗЫВАЕТСЯ СЛОВOM
«КАДАСТР», И ОН, КАК НИ
УДИВИТЕЛЬНО, В РОССИЙСКОЙ
ИМПЕРИИ БЫЛ, ХОТЯ
ЗЕМЛЕМЕРЫ МЕРЯЛИ ЕЁ
ДЕРЕВЯННЫМИ ТРЕНОГАМИ
И ВСЮ РОССИЙСКУЮ
ИМПЕРИЮ ИЗМЕРИЛИ,
А ТЕПЕРЬ И СПУТНИКИ
ЛЕТАЮТ, А КАДАСТРА У НАС КАК
НЕ БЫЛО, ТАК И НЕТ – СТРАНА
ЖЕ БОЛЬШАЯ, ЭТО НЕ НУЖНО**

задачу все земельные ресурсы взять на учёт. Это называется словом «кадастр», и он, как ни удивительно, в Российской империи был, хотя землемеры меряли её деревянными треногами и всю Российскую империю измерили, а теперь и спутники летают, а кадастра у нас как не было, так и нет – страна же большая, это не нужно. А в Европе, где каждый сантиметр земли на учёте, без кадастра обойтись нельзя, земля нужна всем, а её не хватает. Как ею пользоваться? Одна аренда не годится, вот и появляются вещные права. У нас же не случайно в кодексе двадцать второго года сказали, что деление имущества на движимые и недвижимые упраздняется. Вместе с этим полетели и все вещные права – они не нужны, достаточно одной собственности, это правда. Я помню, как с коллегами мы делали первый закон о собственности, сначала союзный, потом российский, там же мы упёрлись в то, что частную собственность на землю мы не хотим, колхозов мы не хотим, а вот надо дать какие-то возможности индивидуальным хозяйствам пользоваться землёй. Тут-то мы и вспомнили о вещных правах, и так они появились в законе о собственности – без них нельзя обойтись. А страны восточноевропейские, которыми я плотно занимался (кан-

дидатская была по ГДР, а докторская уже по всем восточноевропейским странам), были вынуждены вещные права сохранить.

– У них и кооперация осталась.

– Всегда это было. Как только появляется частная собственность на землю, тогда же появляется и необходимость в вещных правах. И эта необходимость связана только с недвижимостью, землёй. Вещные права на движимость бессмысленны. Зачем мне сервитут на автомобиль? Абсурд! Вещные права необходимы только для недвижимости. А недвижимость – только земельный участок. Всё остальное – от лукавого: здания, сооружения и т.д. Мы пошли по тому пути, что недвижимость – не только земля, и пришли к абсурду с машино-местами, помещениями как трёхмерными пространствами и к прочей чуши. Недвижимость – это центральный институт гражданского права, а у нас его не было в советское время за ненадобностью. Даже привычное нам деление сделок на реальные и консенсуальные в дореволюционном праве отсутствовало, потому что все сделки с недвижимостью не подпадают под это деление. Как только собственность на землю отпала, пошли наши социалистические новеллы. Появились и новые субъекты гражданского права, некоторые из них до сих пор существуют, хорошо ли, плохо ли – другой разговор. Поэтому сказать, что нового ничего не было – нельзя, даже субъекты новые появились.

– Могло ли развиваться право дальше без реставрации капитализма? Ведь если сравнить кодификации и уровень развития юридической мысли в начале советской власти и на её излёте – это был достаточно большой рывок вперёд.

– Во-первых, классическое гражданское право рассчитано на товарообмен, а товарообмен – это капитализм. Во-вторых, в гражданском праве тяжело изобретать что-то новое, хотя и пытались это сделать, но отталкивались мы опять от экономистов и наделали глупостей на излёте. Появились арендные предприятия – полный абсурд. Я помню, когда мы готовили Основы гражданского законодательства 1991 г., покойный Виктор Абрамович Дозорцев говорил:

«Не надо, не включайте арендные предприятия в перечень видов юридических лиц!» Тогда А.Л. Маковский сказал ему, что он прав, но включить их надо по политическим соображениям, конъюнктурным. Сейчас, конечно, стыдно. Глупость там написана – арендные и коллективные предприятия – нет такой юридической конструкции. Когда мы начали что-то придумывать, фантазировать о разных формах собственности и чего-то ещё, умного мы ничего не изобрели. Развитие гражданского права должно идти иначе. В-третьих, самое главное, вот сейчас в связи с развитием техники – хоть социализм, хоть капитализм, – а без компьютеров мы уже свою жизнь не мыслим. На моих глазах телефоны рождались, я помню, как мы с рабочей группой по гражданскому кодексу приехали в Венецию в первый раз, а мы всегда, когда попадали за рубеж с А.Л. и В.В., в любой гостинице после регистрации спрашивали: «Как от вас звонить в Москву?» Ну как же, надо домой позвонить, сказать, что приехал. А там мы идём по Венеции, навстречу идёт какой-то итальянец и по такой штуке чего-то туда говорит. И мы посмотрели на него тогда с В.В. и подумали: «Вот буржуи проклятые до чего дошли!» А сейчас это вещь, которая у любого ребёнка есть. Вот это развитие и рождает новые институты. Ведь не случайно четвертая часть ГК разрослась. Я не большой поклонник новелл, связанных с цифровой экономикой, тут тоже много наносного и всяких политических призывов, которых мы ещё в советское время наслушались. Но существо дела остаётся. Появляются новые отношения, в том числе и гражданско-правовые, связанные с использованием электронных программ, ЭВМ и прочими вещами, в которых я не профессионал. И вот эти отношения нужно надлежаще юридически оформлять – всё, что связано с четвертой частью ГК. Почему и меняется достаточно часто четвертая часть, обоснованно меняется, потому что появляются новые отношения из-за развития техники, независимо от общественного строя. Что при социализме мы без компьютеров никуда, если бы он уцелел, что сейчас.

Тут мы наталкиваемся на одну очень неприятную вещь, которая тоже была отмечена ещё в дореволюционной литературе. А.А. Пиленко в книге по патентному праву, которую в «Классике российской цивилистики» переиздали, ска-

зал, что есть закон конструкционной экономии. А состоит он в том, что каждое новое явление в праве — он имел в виду гражданское право — неразвитое юридическое мышление пытается впихнуть в старое, известное понятие. Когда убедимся, что оно в старые рамки не лезет, вот тогда начинаем искать что-то новое. Пиленко приводил свои примеры, с ценными бумагами, например. А на наших глазах появились бездокументарные ценные бумаги, а это объекты, связанные с компьютерной техникой, мы же объявили ценными бумагами. И всё учение о ценных бумагах, рассчитанное на вещи, применили к ним, стали и виндикацию допускать к ним — это же абсурд! Другие вещи появляются на наших глазах — цифровые права. А мы скорей, под влиянием политической конъюнктуры, запишем о них в Гражданский кодекс и будем впереди всех. Записали. И что? Никто не знает — это новый вид прав наряду с вещными, обязательственными, корпоративными? Нет! Это, скорее всего, новая форма права. Так форму надо было не в объекты гражданских прав вписать, а в форму сделок. И надо, вообще, подумать, что за этим стоит.

Их надо развивать, безусловно, но не путем их приспособления к известным отношениям. Вот он — закон конструкционной экономии. Мы называем бездокументарные ценные бумаги видом ценных бумаг, все экономисты и большая часть юристов убеждены, что это — обычные ценные бумаги, только в электронной форме. Всё учение о ценных бумагах разработано с учетом понимания бумаги как документа. Немцам и в страшном сне не могло присниться, что ценные бумаги мы в компьютеры зачислим. Известная мудрость: новое вино нельзя вливать в старые мехи. Так и тут: новые отношения нельзя регулировать старыми институтами, иначе они не будут развиваться. Вот это развитие сейчас безотносительно к общественному строю становится очень важным, если не первоочередным. Я говорил неоднократно, что будущее за этой частью гражданско-

го права, в которой мы, традиционные цивилисты, не бог весть какие специалисты (я до сих пор пользуюсь компьютером как пишущей машинкой и не более того). А за этим будущее, здесь родятся новые институты. Какими они будут? Я не знаю. Как они будут соответствовать тем традиционным институтам, которые идут с XIX, а то и с XVIII века — я тоже не знаю. Но пока в обороте есть обычные вещи, гражданское право будет жить, а по мере развития электронного оборота неизбежно должны появляться и новые институты. Сейчас спорить, где капитализм, где коммунизм — это пустая трата времени. Реальная жизнь идёт в другом направлении.

Мы кое-что восстановили из прежнего, что было неизбежно, хотя недвижимость и вещные права до сих пор не восстановили — уже тридцать лет прошло с момента изменения общественного строя, а мы всё ещё живём по старым социалистическим лекалам в этой сфере. Странное у нас гражданское право: крыша английская (английские конструкции в договорном праве), фундамент ещё советский, здание в целом классическое, а в итоге — что это за постройка такая? Не уверен, что она

может долго существовать из таких разнородных частей, рано или поздно придется вставать на какую-то позицию.

— Какие принципиальные ошибки были допущены советским правом?

— За всё право не скажу, могу сказать только за гражданское, хотя и это трудно, потому что тогдашнее гражданское право было более или менее неплохим. Оно было соответствующим тогдашней экономике. Нас учили и правильно учили в своё время одной хорошей цитате из Ф. Энгельса, который говорил, что «право никогда не может быть выше, чем экономический строй, который его обуславливает». Потому что право призвано обслуживать экономику, как это ни печально мне констатировать. Я всегда говорю, что гражданское право — это наука прикладная,

**ИЗВЕСТНАЯ МУДРОСТЬ:
НОВОЕ ВИНО НЕЛЬЗЯ
ВЛИВАТЬ В СТАРЫЕ
МЕХИ. ТАК И ТУТ:
НОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ
НЕЛЬЗЯ РЕГУЛИРОВАТЬ
СТАРЫМИ
ИНСТИТУТАМИ,
ИНАЧЕ ОНИ НЕ БУДУТ
РАЗВИВАТЬСЯ**

она для практики, для общественных отношений. А эти общественные отношения складываются и формируются не правом. Я думаю, что советское гражданское право соответствовало тому уровню экономики, потому что я это видел, когда мы готовили законы о собственности, Основы гражданского законодательства. Что-то усовершенствовать по мелочам — это можно всегда и до бесконечности. В чём я убедился в конце существования советского строя? Экономистов слушать не надо. По молодости лет, когда я только начинал преподавать, я старался много экономической литературы читать именно потому, что я понимал, что право обусловлено экономическими отношениями. И ведь было много интересных работ по экономическому строю социализма. Эти экономисты пытались осознать, как уживаются плановое, государственное, централизованное начала и то, что называли хозяйственным. Это была центральная проблема, план и договор — одно из ответвлений этой проблемы. Много интересного я прочитал, но когда это всё попытались изложить в законе, да с учётом каких-то изменений, ничего хорошего не получилось. Мы так переругались! Я помню, когда закон о собственности писали, мы (наша рабочая группа во главе с профессором Маковским) договорились, что при разработке Основ гражданского законодательства никаких депутатов, никаких экономистов у нас не будет. Только при этом условии мы с удовольствием будем работать. А закон о собственности делали экономисты, они его и докладывали — люди очень своеобразные. А нынешние экономисты ещё хуже, потому что они воспитаны на американских учебниках и, кроме этого, ничего не признают. Юристы даже в советское время экономистов смотрели и читали. Плохо ли, хорошо ли, но читали, это считалось необходимым. Экономисты юристов не смотрели почти никогда. Именно поэтому я понял, что нам надо развивать своё гражданское право, что мы и делаем, но только без экономистов. Их слушать не надо, ничего умного мы от них не услышим. От современных экономистов — точно, от прежних мы пытались какие-то идеи уловить, но и они были очень противоречивыми.

— Было ли Вам трудно перестроиться с советского понимания права, с того, чему Вас

**«МЫ ЗАНИМАЕМСЯ ТЕМ ЖЕ, ЧЕМ
ЗАНИМАЛИСЬ РЕСТАВРАТОРЫ
ПОЛОТЕН СТАРЫХ МАСТЕРОВ».
ОНИ СНИМАЮТ СЛОЙ КРАСКИ,
И КАРТИНА ОСТАЁТСЯ
В ПЕРВОЗДАННОМ ВИДЕ.
ВОТ ТАК И МЫ СНИМАЛИ
С СОВЕТСКОГО ПРАВА
НАСЛОЕНИЯ СОВЕТСКОГО
ВРЕМЕНИ И ВЫСТАВЛЯЛИ
ЧИСТОЕ ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО,
КОГДА ДЕЛАЛИ ОСНОВЫ 1991 Г.**

учили, на новые рельсы, чтобы создать образцовый буржуазный кодекс?

— Нет. В рабочей группе было не трудно, а очень интересно! Ведь это делалось не сразу, так, что вот вчера было социалистическое право, а сегодня у нас капиталистическое. Всё делалось постепенно. Сначала были законы о собственности, другие перестроечные законы, потом были Основы гражданского законодательства 1991 г., и только потом мы сели за Гражданский кодекс. Когда мы работали над Основами, Александр Львович Маковский, наш руководитель, очень хорошее сравнение привёл. Как Вы знаете, он прямой потомок Константина Маковского, и сравнение он дал такое же: «Мы занимаемся тем же, чем занимались реставраторы полотен старых мастеров». Они снимают слой краски, и картина остаётся в первозданном виде. Вот так и мы снимали с советского права наслоения советского времени и выставляли чистое гражданское право, когда делали Основы 1991 г. Это очень глубоко и мудро Александр Львович сказал. Только этого оказалось мало, потому что жизнь ушла вперёд. Мы убрали очевидные наслоения и ненужные в современных рыночных условиях институты, но ведь многое и осталось. Только этого оказалось мало, ведь жизнь ушла вперёд. Мы волей-неволей использовали зарубежный опыт, что-то пытались додумывать сами, в целом, даже получилось. Так что это была интересная работа, но это не был переход на абсолютно новые рельсы. Цивилисты всегда мыслили примерно одина-

ково, Вы, может, не поверите, но мне мои учителя рассказывали, в Московском университете даже во время борьбы с космополитизмом на юридическом факультете аспиранты всегда сдавали коллоквиум по дореволюционному гражданскому праву. Мой учитель – Вениамин Петрович Грибанов – вёл семинарские занятия в группе на третьем курсе. Тема «жилищное право», казалось бы, распределение квартир по ордерам, но часть занятия он отводил на дореволюционное право. Студент, по его указанию, читал литературу и делал доклад: «Дмитрий Иванович Мейер как юрист». А после этого переходили к изучению жилищного права. Когда я писал курсовые и дипломную работу у Вениамина Петровича, и мои коллеги тоже, мы все смотрели дореволюционную литературу. Слава богу, и И.А. Покровского, и Г.Ф. Шершеневича я на четвёртом курсе прочёл. И всё это приветствовалось у нас, и ссылки на эту литературу были правилом хорошего тона. Мы же на этом росли! И кто такой Покровский, его работы – я прекрасно знал, что это не хуже Иоффе. А вот сейчас если посмотреть на работы наших учителей, того же Олимпиада Соломоновича, мы можем многое заметить взятое из дореволюционного права. Такие, мягко говоря, реминисценции. Поэтому не надо думать, что в советское время всё строилось на декретах или постановлениях ЦК КПСС и Совета Министров СССР. Цивилисты, по крайней мере, прекрасно знали, кто есть кто. Мы же видели, как А.В. Венедиктов вырос, как С.Н. Братусь вырос, на чём они учились и в какое время. Мы создавали дореволюционный уровень.

– В целом, можете ли Вы согласиться с позицией К.И. Скловского, который сказал на одной из лекций, что читая одну из работ, вроде бы Пашуканиса, он видел, как человек писал это против своей воли. Классикам, думающим иначе, пришлось изловчиться, чтобы написать то, что пропустила бы цензура. И, по его мнению, наиболее последовательным советским юристом был А.В. Венедиктов.

– Трудно сказать. Во-первых, я бы не сказал, что это был единственный последовательный юрист. Книжки по праву есть разные, юристы – тоже разные. И если вы о праве будете судить по книгам некоторых современных юристов, то тоже можно

сделать далеко идущие выводы, мягко говоря. Про советское время можно сказать то же самое. Люди есть люди и они сильно не меняются, увы. Как раз вот в этом была одна из проблем советского строя – хотели получить нового человека. Я бы сказал что, его немножко улучшили, но нового всё же не создали. Всё равно человек думает больше о себе, чем о других. Хотя идея была такой: чтобы человек сначала думал об обществе, а потом о себе. Боюсь, что эту проблему так и не решили. Сейчас такая проблема вообще не стоит, сегодня думать об обществе – это дурной тон. Сначала надо о себе, о своём кармане, вот это – прежде всего, что ни мне, ни моим коллегам не нравится. Ровно так же и с правом было. Я не думаю, что многие себя насиловали и писали не то, что они думают. Некоторые вообще и думать-то не могли, это не всем дано, между прочим. Некоторые искренне полагали так, как и писали. И многие писали вполне искренне. Насчёт того, что ломали себя – это с большим трудом можно найти только у хороших юристов, которые получили образование раньше, в двадцатые годы. С этой точки зрения мне больше нравится другая фигура – Иван Борисович Новицкий. Он ведь начинал до революции преподавать, он ученик Вениамина Михайловича Хвостова, начинал как романист, вёл семинары по римскому праву у нас, в Московском университете. Затем писал очень хорошие книжки по гражданскому праву. В том числе в курсе гражданского права ВИЮН ему несколько работ принадлежит. И я не могу сказать, что Иван Борисович уж так себя насиловал и писал то, чего он не думает. Как раз наоборот, он просто видел ту реальность, в которой он жил, и прекрасно понимал, что этой реальности должно соответствовать право. Ну, если плановая экономика, то как можно писать о договоре, не обращая внимания на его плановые предпосылки? Это фантазии! Тогда надо быть историком уже, а не юристом, писать о девятнадцатом веке, или фантастом – писать о веке грядущем. Но если ты находишься в двадцатом веке и занимаешься не историей права, а действующим правом, то нельзя этим пренебрегать. Вот точно так же и взгляды Венедиктова менялись. Начинал он с вполне традиционных тем, писал об акционерных компаниях, а потом был вынужден перейти к государственной экономике. И вот в чём его



большая заслуга, я считаю, даже до конца неоцененная: он искренне искал, каков должен быть правовой статус государственного предприятия – несобственника вот в таких условиях. Он же перебрал все варианты, в том числе и траст. Он искал ответ на этот реальный и очень жизненный вопрос. Так он и сказал, что предприятие не является собственником, и своих интересов у него нет, вот государство и отдаёт ему своё имущество в оперативное управление, которое он не считал субъективным правом. Это уже потом была идея Д.М. Генкина, другого выдающегося цивилиста, который учился до революции, но, между прочим, уже до революции был членом РКП(б) и возил «Искру» на себе. А Генкина все вспоминают, по существу, как руководителя ВИЮН в сфере гражданского права. Он ведь был убеждённым коммунистом. Профессор Грибанов, мой учитель, тоже был убеждённым коммунистом. Он начал воевать в Крыму, в 41–42 годах были тяжёлые потери, неудачи, вызванные, прежде всего, ошибками, в том числе нашего командования. Он рассказывал мне, как они через Керченский пролив в ноябре месяце эвакуировались. Причём он был артиллеристом, там тяжеленные

орудия, замки с них побросали в воду и на подручных средствах, кто как мог, переправлялись на ту сторону. А оттуда бежали ещё вплоть до Северного Кавказа. Прибежали, отдышались, и что сделал Вениамин Петрович? Он подал заявление в ВКП(б) и вступил в партию в 1942 году, в самые тяжёлые времена. Потом уже они шли назад, через немецкую «Голубую линию», опять через Керченский пролив, штурмовали Севастополь, Сапун-гору он штурмовал, а потом его перебросили под Кёнигсберг, там тяжёлое ранение, и он лишился ноги. Но он был убеждённым коммунистом, потому что он вступил в партию в самое тяжёлое время не ради льгот – это 1942 год, тогда ещё вообще неизвестно было, что будет дальше. После всего того, что он вытерпел, другой бы сказал: «Да идите вы все со своими делами! Я это на своём хребте испытал!» А он испытал. Вот такие были люди. И он нас учил. И думаю, что писал абсолютно искренне о пределах осуществления гражданских прав. Оказалось, что эта проблематика очень важна для всякого строя. А он и тогда описывал это, в том числе, по зарубежному опыту. Злоупотребление правом сейчас стало едва ли не одной из главных проблем. А у Вениамина

Петровича это была докторская. Писал в советское время, будучи убеждённым коммунистом, и никаких противоречий в этом он не видел.

– Вы сказали, что после смерти А.Л. Маковского начался новый этап в создании российского гражданского права. И Вы отметили, что этот этап придётся начинать новому поколению юристов. Можете ли сказать подробнее, что это за этап, как он примерно выглядит в Ваших глазах и полагаете ли Вы, что в ближайшее время мы не сможем включить в ГК блок «вещное право»?

– Если начать с конца, то на второй вопрос ответ будет положительным. Потому что все эти реформы гражданского права, мы давно в этом убедились, в том числе и реформа договорного права, общих положений об обязательствах и даже реформа юридических лиц – это всё игрушки. Или, выражаясь марксистским языком, – надстройка. Основа, базис – это вещные права, а вот их трогать опасно. Вот это уже серьёзные вещи, которые только юристам, я думаю, доверять нельзя. Здесь власть осторожна, слишком многое здесь нужно взвесить. Договоры, нормы о договорах поменять легко. Вот сейчас эскроу-счета или ещё что-нибудь у англичан заимствуете – пожалуйста, никому от этого, по большому счёту, ни жарко ни холодно. А вот то, что мы сделаем с земельными отношениями, с землёй, вот тут назад поворачивать будет уже очень тяжело, быть может, даже невозможно. Мы предлагаем классический путь, который взвешен и опробован в Европе, прежде всего в Германии. Но мы прекрасно понимаем, что Россия – это не Европа и не Германия. И многие проблемы, в том числе классические, у нас выглядят иначе. Мы никогда не думали, что это так легко: мы у немцев что-то заимствуем, у голландцев что-то заимствуем, съездим туда-сюда, посидим и обсудим – вот вам новый гражданский кодекс. Так только представляется на первый взгляд, никто так, конечно, не поступает.

Почему я говорю о новом этапе? Понимаете, заслуга Александра Львовича, прежде всего, в том, что он и близкие к нему люди смогли повернуть гражданское право на нужные рельсы. Я помню этот период, мы только-только приняли Основы, а они ведь даже в силу не вступили – Союз распался. И тут идея была: а не сделать ли

нам тогда свой Гражданский кодекс? Я, например, был в числе тех, кто очень сомневался. Говорил: «Да какой тут кодекс, ребята, вы посмотрите, тут со страной неизвестно что будет через пять-десять лет. А мы кодекс собрались писать...» Вот тогда А.Л. Маковский, В.Ф. Яковлев, Ю.Х. Калмыков (председатель комитета по законодательству в Верховном Совете и будущий министр юстиции) сказали, что, несмотря ни на что, гражданский кодекс писать надо и делать его будем. И они оказались правы. Если бы тогда этого не сделали, сейчас никакого кодекса у нас бы не было. А «благодаря» Минэкономразвития и людям вокруг него, мы бы имели серию отдельных законов: о страховании, о перевозках и так далее. И эти законы противоречили бы друг другу, потому что их бы писали разные группы с разными взглядами. Кто-то на основе английских взглядов, кто-то на основе немецких, кто-то на основе ещё бог весть каких. Кто профинансировал, тот бы и делал. А потом эти группы сошлись бы в Думе, и рубилось бы у нас банковское лобби со страховым и ещё с каким-нибудь. И мы бы получили такое жуткое законодательство, которое ни один нормальный суд был бы не в состоянии применить. Чему и как мы бы учили студентов, я тоже не понимаю. Вот этого нам удалось избежать только благодаря этим людям. Я назвал три фамилии, очень хотелось бы, чтобы они прозвучали. Потому что именно они настояли на том, чтобы делать кодекс и создавать рабочую группу. Мы в этом обществе, которое неизвестно куда пойдёт и как будет развиваться, создали определённый ориентир. Мне повезло, я при всём при этом присутствовал и как мог им помогал. Вот это был первый этап. Мы сделали нормальный рабочий закон в самые трудные переходные годы. Четверть века прошла с момента принятия первой части. Закон работает, судебная практика, которой мы благодарны, также наработана, нам есть чему учить новое поколение юристов и что им рассказать. Появилась система. И эту систему сейчас со всех сторон расшатывают, активно пытаются расшатать наши экономисты. Они во многом не понимают, что они делают. И новое молодое поколение экономистов и юристов воспитано на защиту интересов бизнеса, прежде всего. Максимальную свободу бизнесу – вот их идея. Неважно, что там получится, важно лишь максимально либеральное зако-

нодательство. Делайте всё, что хотите. Почему-то меня Юрий Кириллович Толстой очень часто в полемике обвиняет в том, что я будто сторонник этих взглядов. Наоборот, я и вся наша рабочая группа по ГК всегда этому сопротивлялись. Мы понимали и понимаем, что социальная справедливость, защита слабой стороны и так далее – важнее. И эту магистральную позицию создали, закрепили и свернуть с неё просто так не удастся, даже Минэкономразвития. Они понимают, что уже есть кодекс, что есть континентальное право и англо-американское, что просто так траст к нам не впихнуть, он нам не нужен. В этом историческая заслуга рабочей группы.

Но жизнь развивается дальше, на этом всё не остановилось. Вот как её развивать – это вопрос более серьёзный. Боюсь, как это ни печально, но мы своё слово в основном сказали. К сожалению, уже от нашей рабочей группы осталось всего несколько человек – 2/3 уже просто нет в живых. Вечная им память. Конечно, мы ещё что-то успеем сделать, но многое ещё впереди. Нам бы хотелось успеть разобраться с вещным правом. Я могу говорить теперь только от имени своего, В.В. Витрянского и О.М. Козырь (А.С. Комаров больше договорами занимается). Нельзя больше жить в тех условиях, которые, опять же, навязывают нам экономисты, но только с другого боку. Как ни странно, но у нас в Минэкономразвития сочетаются ультралиберальные идеи в сфере корпоративной и ценных бумаг и ультраконсервативные в сфере земельного права. Посмотрите земельный кодекс – детище последних – там есть право собственности, и право аренды, и пошли вон! И они даже не понимают, насколько коррупциогенна сама эта система, которую они нам внедрили, система так называемых инвестиционных контрактов. То есть строительство объекта частной собственности на государственной земле. Это аренда «инвестиционная», которую надо продлять, а если продлять, то это значит иметь дело с чиновником и так далее. Если нам удастся пробить наш законопроект о новой редакции раздела ГК о вещном праве, в чём я очень сомневаюсь, то всё будет хорошо, а не удастся – он останется как памятник юридической мысли. Другие его пробьют, но решать проблему всё равно придётся. Иначе мы будем находиться в переходном периоде.

– Президент так и сказал, что мы до сих пор переходим.

– Да, я несколько раз слышал его выступления, он говорит, что у нас переходная экономика пока. Здесь дело не только в сильной роли государства в экономике. Экономисты любят ратовать за снижение доли государства в экономике до 60, до 30%. А кто и как считал эту долю – они ведь тоже не знают. Но дело, прежде всего, в земле и земельных отношениях.

– Вы хотите сказать, что сейчас главный вопрос не в титулах, которые приобрели на залоговых аукционах и другими неправовыми путями современные миллиардеры, а дело в земле?

– Думаю, да. Потому что эти вопросы титулов, залоговых аукционов, деприватизации – они ведь уже отпали. Их отменять никто не будет, революции закончились. Все понимают, что суть теперь – в природе и в полезных ископаемых, а это – землепользование и строительство. Строительство любое: от зданий до трубопроводов и железной дороги. Всё это на земле, а с землёй надо разбираться всерьёз. Вот тут придётся учитывать и дореволюционный опыт, и зарубежный, и собственный современный. Не случайно эти изменения так долго откладывали. Они и будут откладываться до полной уверенности в том, что это надо сделать именно так, а не иначе. Сейчас поумнели немного, думаю, в девяностых кто-нибудь с маху рубанул бы, и получили бы мы либо траст, либо что-нибудь ещё в том же роде.

– Что, на Ваш взгляд, является главной опасностью для нашего правопорядка? А.Л. Маковский в последние годы говорил, что он опасается всё увеличивающейся роли крупных субъектов предпринимательской деятельности в обороте, что ведёт к дисбалансу в интересах между частными лицами и крупным капиталом. На мой взгляд, Александр Львович очень метко это подметил, как Вы и сказали, лоббизм отдельных финансово-промышленных групп велик, велик настолько, что даже о формальном равенстве частного лица и монополий говорить не приходится.

– Я всегда с Александром Львовичем соглашался и в этот раз соглашусь, но немного усилив

и уточнив его позицию. Я согласен с тем, что касается этих крупных монополий, но есть ещё более тяжёлый вопрос: они начинают срачиваться с государством. И у нас зачастую не поймёшь, где публичный интерес, где частный. Частный интерес очень хорошо научился прикрываться интересом публичным: «Мы не для себя, мы в интересах общества действуем». А какого общества – это большой-большой вопрос. И вот беда в смешении этих частных и публичных интересов. Второй аспект, над которым тоже надо бы ещё подумать, заключается в том, что публичный интерес это не только государственный, но и общественный интерес. Я бы аккуратно различал интерес государства и интерес общества, они далеко не всегда и далеко не во всём совпадают. А у нас государственный интерес чётко начинает переплетаться с интересами крупных компаний, крупных монополий, и не поймёшь, государственные они или частные? Вот тут вот и опасность, как Александр Львович правильно говорил. Переплетаясь с аппаратом, они приобретают власть, властный элемент. То была власть экономическая, а теперь ещё и политическая. Вот это главная опасность.

– Поэтому Вы не согласны с подходом к акционированию унитарных предприятий?

– Мы это предлагали давно, ещё при разработке первой части ГК, в самых первых вариантах. Вы не поверите, но самое активное противодействие этому оказало Госкомимущество, что удивительно. Приватизаторы, не хочу фамилии этих людей называть, остановили тогда, хотя это казалось очевидным шагом. Не приватизация, а преобразование унитарных предприятий в нормальные хозяйственные общества со 100%-ным участием государства. Госкомимущество (тогда Минэкономразвития не было) встало прямо на дыбы. Всё это на них держалось, я до конца даже не понимаю, в чём был их интерес. С классических позиций гражданского права унитарные предприятия – это абсурд, как ни возьми. Этот абсурд ломает нам всю систему отношений. Никто не может передать другому прав больше, чем имеет сам, а у нас может! Ты отвечаешь всем имуществом? Да ничего подобного, предприятия банкротятся, кроме учреждений, за которые государство отвечать не хочет, но в оборот пускает.

**РАНЫШЕ ВЕДЬ БЫЛ
ФЕДЕРАТИВНЫЙ ДОГОВОР,
ТЕПЕРЬ ОТ НЕГО ОТКАЗАЛИСЬ,
СУБЪЕКТЫ ПРИВЕДЕНЫ К
ПОКОРНОСТИ, НО ЛИШАТЬ
ИХ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ
СЕЙЧАС НИ У КОГО РУКА НЕ
ПОДНИМЕТСЯ. В БЮДЖЕТНОМ
ОТНОШЕНИИ ОНИ НИКТО
ПРАКТИЧЕСКИ, А ВОТ В
ФОРМАЛЬНОМ ЮРИДИЧЕСКОМ
ОТНОШЕНИИ ОНИ ВООБЩЕ-
ТО СОБСТВЕННИКИ. КАК ЭТО
СОЧЕТАЕТСЯ – ПРОБЛЕМА НЕ
ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ**

Формально самостоятельные, а на деле? Вот и начинаются всякого рода фокусы. Как раз за унитарные предприятия я бы и не бился. Они, по-видимому, нужны, у нас экономика не такая, как в Западной Европе, страна всё-таки другая. Мы это прикидывали, когда ещё первую часть ГК делали, они нужны, но в очень ограниченном размере. Оборонный комплекс и другие стратегически важные направления пусть будут унитарными предприятиями, но не все же подряд! Унитарные предприятия ведь стали юридическими лицами не в тридцатые годы, а только в шестидесятые, с Косыгинскими реформами. Тридцать лет они были у нас неизвестно кто. И чтобы споры между ними рассматривать, создали систему госарбитражей, которые тоже были неизвестно кто – то ли суды, то ли органы управления.

– А какова Ваша позиция сейчас по этому вопросу?

– Осталась прежней. Но стоит учесть, что ранее Госкомимущество даже не знало, сколько их, этих унитарных предприятий.

– Ввиду трёхуровневой структуры собственности?

– Да, именно поэтому. Главный вопрос – нужна она или не нужна. Тогда казалось, что чем больше собственников, тем лучше, а сейчас бюджет-

ная система централизованная, а собственность формально разделена по трём уровням. Это формально в значительной мере. Но чтобы пересматривать это, придётся далеко пойти, вплоть до изменения Конституции, а мы её один раз уже меняли. Количество унитарных предприятий надо сокращать. Муниципальные унитарные предприятия – это же нам Минэкономразвития навязал – что это вообще за феномен? Ещё и дочерние предприятия придумали, чего только не было! А должно быть так: унитарные предприятия существуют только на федеральном уровне, по ограниченному списку. Ибо это фигура непонятная и в конечном счёте для оборота опасная. А вопрос управления государственной собственностью – не только правовой, тем более, таким огромным, всё ещё огромным государственным имуществом. Мы так и живём по Постановлению №3020 Верховного совета РСФСР о разграничении государственной собственности в Российской Федерации по уровням. Закон, который планировали принять, так и не приняли, и в планах его нет. Почему? Да потому что это ещё более острый вопрос, чем с землёй. Здесь ещё больше подводных камней, уже не юридических, а политических. Раньше ведь был федеративный договор, теперь от него отказались, субъекты приведены к покорности, но лишать их права собственности сейчас ни у кого рука не поднимется. В бюджетном отношении они никто практически, а вот в формальном юридическом отношении они вообще-то собственники. Как это сочетается – проблема не гражданско-правовая.

– Вы великий ученик В.П. Грибанова. Можете ли Вы рассказать о том, как Вениамин Петрович повлиял на Ваши взгляды и научные изыскания?

– Мне просто повезло, потому что я на втором курсе попал к Вениамину Петровичу, сначала в кружок, потом под его научное руководство. В Вениамине Петровиче сочетались вещи, ко-

торые сейчас кажутся несочетаемыми. У него были учителями Новицкий И.Б., Перетерский И.С. Поэтому он любил и читал дореволюционную литературу о праве и мне эту любовь привил. С другой стороны, он был убеждённым коммунистом и привил мне известный государственный интерес в праве, ныне интерес общественный. Постоянно думать о том, как это скажется на третьих лицах – это у меня от него. И Александр Львович, которого я считаю своим вторым учителем, тоже на этих позициях стоит. У цивилистов так всегда было, мы всегда защищали слабых, кстати, у Вениамина Фёдоровича Яковлева так же было, но через баланс интере-

сов: общественных, публичных и частных. Чистого частного права нет и никогда не было, это мне ещё Александр Львович говорил. Что касается Вениамина Петровича, это он дал мне тему «злоупотребление правом», я писал курсовые и дипломную работу на эту тему. Именно В.П. Грибанов показал мне значимость этой темы, но он же показал и то, что это – исключительный случай. Так было и в римском праве, это были отдельные казусы, слу-

чай, которые выбивались из общего правила, а потому стояли особняком. А сейчас, когда я вижу чуть ли не в каждом третьем деле ссылку на десятую статью ГК, меня аж дрожь берёт! В трёх третейских судах работаю, в каждом втором деле вижу ссылку на это. Злоупотребление правом должно быть исключительным, редким в нормальном, устоявшемся обороте, этому учил Вениамин Петрович.

– У нас сложились великие традиции ученик-учитель. Дербург-Покровский-Флейшиц-Маковский, Нерсисянц-Дождев-Ширвиндт, можете ли Вы сказать, кто Ваш главный ученик?

– Ученика? Боюсь, что нет. Учителей могу называть. Всегда считал себя молодым, а потом оказалось, что я уже старый и надо думать об учениках! Одного выделить не могу, учеников

**НАДО МНОЙ
ВИТРЯНСКИЙ СМЕЯЛСЯ,
КОГДА Я В ПОСЛЕДНИЙ
ГОД ДЕКАНСТВА
СЧИТАЛ, СКОЛЬКО МНЕ
ОСТАЛОСЬ: 3 МЕСЯЦА,
2 МЕСЯЦА, НЕДЕЛЯ.
ОН ГОВОРИЛ: «ТЫ
ПРЯМО, КАК ДЕМБЕЛЬ,
СЧИТАЕШЬ ДНИ!»**

у меня много. И я всех своих студентов и аспирантов считаю учениками, надеюсь, что их ещё будет много. Понимаете, главного назови, и сразу скажут, а кому вы кафедру отдадите, а кто будет преемником? А я и Вениамину Петровичу говорил, когда он собрался с кафедры уходить, что я руководителем быть не хочу. Мне это не нравится, это не моё, но я привык, я человек дисциплинированный. Ровно так же пришлось стать деканом, хотя я всячески отбрыкивался. Надо мной Витрянский смеялся, когда я в последний год деканства считал, сколько мне осталось: 3 месяца, 2 месяца, неделя. Он говорил: «Ты прямо, как дембель, считаешь дни!» А я ему отвечал, что он не понимает, ведь руководящая должность — это когда на тебя что-то всё время давит, нужно решать какие-то вопросы. Идёшь на факультет и думаешь, что тебя там ждёт? Когда я ушёл с должности, вернулось счастье: снова статьи, лекции, монографии, преподавание — словом, жизнь! Меня же сначала заместителем декана назначили, потом деканом, еле-еле успел докторскую дописать. Ровно такая же ситуация с кафедрой, с удовольствием бы её отдал, у меня там очень много молодых и хороших ребят. Но боюсь, что с ними могут поступить нехорошо и сами они разбегутся. Также и с РШЧП, я бы здесь не был научным руководителем, если был бы жив Александр Львович, ну, не нужно оно мне.

– Какие книги сформировали Ваше представление о праве?

– Первое место, конечно же, Покровскому и его «Основным проблемам». Во-вторых, учебники Иоффе. В-третьих, уже мои немцы. Я бы и дальше изучал злоупотребление правом, но шеф (так мы звали В.П. Грибанова) сказал мне, что надо заниматься соцстранами. Тогда, кстати, готовился гражданский кодекс в ГДР. Потом взялся за все страны Восточной Европы, и появился мой спецкурс по ним. И я многое узнал именно из зарубежного опыта, схожие проблемы с нашими, например, были у чехов. Мы привыкли ориентироваться на западные страны, но нам ближе в политическом, экономическом и культурном смысле именно восточно-европейские страны. Те же македонцы в начале двухтысячных годов приняли закон о собственности,

там почти 300 статей, система вещных прав отработана прекрасно.

– Вы в совершенстве владеете немецким языком. Можете ли Вы рассказать, как вы добились такого мастерства владения им?

– Не в совершенстве, конечно, но, по крайней мере, владею им в сфере гражданского права. Насчёт сложности немецкого языка есть очень хороший рассказ у Марка Твена, всем рекомендую к прочтению. Когда В.П. Грибанов мне велел заниматься гражданским правом ГДР, я был вынужден учить немецкий. У нас был замечательный преподаватель — Роза Борисовна Литвак, когда-то она преподавала немецкий и самому Вениамину Петровичу, была одной из переводчиц на Нюрнбергском процессе. Именно она и научила нас, прежде всего, юридическому переводу. Учили таким образом (рекомендую и сейчас ребятам): брали судебные решения в «Neue Justiz» (вроде нашей «Советской юстиции») и переводили. Переводили вот этот казённый язык, с предложениями на две страницы, как у Льва Толстого. Научившись азам грамматики, стали переводить. Потом уже мне немцы предлагали спецкурсы, я их читал в Регенсбурге, в Вене, там и разговорный язык пошёл. В Венском экономическом университете читал лекции, в начале 90-х, для практики языка. График был изматывающим — 4 лекции в день с перерывом на обед. Курс по основам российского гражданского права читал неделю. Тут и по-русски не каждый выдержит, хрипеть начинаешь, а я немного смухлевал что ли, три лекции читал, а четвертую всегда отводил для ответов на вопросы.

– Евгений Алексеевич, разрешите поздравить Вас с выпуском нового издания учебника «Гражданское право», мы очень ждали выпуска этой книги. Как долго Вы работали над ней? Чем удивит нас новое издание?

– Во-первых, учебник — это плод коллективный. У нас уже не времена Шершеневича, чтобы писать учебники в одиночку. Последним был Иоффе, кто написал самостоятельно серьезный учебник. Его последняя редакция была с множеством ляпов, потому что в конце 80-х законодательство бурно развивалось: что-

то не учёл, что-то оставил в старой редакции. Почти все авторы нашего учебника – с нашей кафедры, но тексты от них ещё нужно было получить, вот здесь я поработал коллектором, в буквальном смысле слова вытрясал материал. Первые два тома шли легче, там авторов всего 6 человек, да и я сам треть написал. В 3-4 томах авторов где-то 15 человек, поэтому и работы там было больше. После получения глав эти тексты надо было обработать. К сожалению, не все понимают, что учебник предназначен для студентов 2-3 курсов, которые права ещё не знают. Надо писать просто и доходчиво. В советское время у нас было несколько учебников права, и все они конкурировали по этому признаку. Были учебники ВЮЗИ под редакцией В.А. Рясенцева, очень хорошие и очень простые, такой учебник сейчас издал Б.М. Гонгало. По таким можно и работников милиции учить по вечерам. Они напоминают устав караульной службы – вызубрил, получил, свободен. Ленинградские учебники О.С. Иоффе были всегда сложнее, там была полемика, разные взгляды, огромное число ссылок на научные работы. Читаешь как трактат. Каждые десять лет издавался новый учебник МГУ, а я попал в промежуток между ними, поэтому брал учебники Рясенцева и Иоффе. Иоффе мне не нравился тем, что у него учебник больно тяжёлый, я был единственным с курса, кто его читал, ребята предпочитали Рясенцева. Нас же В.П. Грибанов учил, что учебник должен сочетать в себе простоту и глубину – этого добиться сложнее всего. Мне давали главы некоторые авторы, но это были не страницы учебника, это были научные статьи по данной проблеме. Очень хорошие, но это не материал для студента второго курса. Учебник также должен быть специально оформлен, разбит на части, чтобы легче было воспринимать, по нашему пути пошёл и Гонгало. Тот же Марк Твен говорил, что умственная пища похожа на всякую другую, её нужно принимать мелкими порциями, её намного приятнее есть ложкой, а не лопатой. Не может быть одной теме уделено двадцать страниц. Мне давали страховое право на сто страниц, будто у нас учебник страхового права! Питерские учебники именно такие, огромные и неудобоваримые. Части надо разбивать на абзацы, а абзацы на пункты – в иде-

але. Я получал тексты, а потом ещё и работу по сокращению вел. Я исхожу из того, что один том на семестр – это предел, больше никто читать не будет, 4 семестра, следовательно, 4 тома. Я так заработался, что давление подскочило под 250, и мне пришлось в больнице пролежать неделю, прийти в себя. Прошлый новый год я сидел дома, не на даче, с 10 утра и до 11 вечера сидишь, читаешь и пишешь. Нужно, чтобы учебник был и академическим, и опирался на то, что уже изучил студент. Поэтому я не вижу никаких проблем в том, что в учебнике есть цитаты из Дигест. С моей точки зрения, самый хороший учебник – это учебник В.М. Хвостова «Система римского права» – это образец, там нет ни одного лишнего слова. В наших учебниках сколько угодно лишнего, а у Хвостова – не найдёте. Сейчас слишком много халтуры, важно правильно отбирать сноски, литературу. Также я добавил ещё один приём, его немцы придумали – набирать текст двумя шрифтами, основным и мелким. У нас в МГУ в 60-е годы один физик написал учебник тремя шрифтами. На физфаке МГУ до сих пор про него легенда ходит. Он говорил, что на пятёрку надо знать все шрифты, на четвёрку – два, на тройку лишь то, что написано самым крупным шрифтом. В этом был глубокий смысл. Нельзя упускать методику преподавания. От покойного шефа Вениамина Петровича мне достались его конспекты, учебные планы, я их бережно храню на факультете. Там же учебные курсы (лекции) И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. Там тоже сказано, что не нужно читать на лекциях всего, ибо на всё времени не хватит, а это ведь говорилось про усечённый кодекс 1922 года!

– Вы написали огромное число статей, монографий, можете поделиться секретом написания хорошей работы? Может быть, есть алгоритм, по которому Вы стараетесь писать свои тексты?

– Главное правило – писать по делу. Например, последняя книжка была по сравнительному корпоративному праву, я её написал довольно быстро, с удовольствием, со злости на Минэкономразвития. Тогда как раз шла реализация Концепции развития гражданского законодательства. Я был ответственным за часть по

юридическим лицам, мне её А.Л. Маковский доверил. Спорили в Минюсте, у них в Минэке, они там много странного рассказывали про американский опыт, и я им сказал, что я сам разберусь, потому что я им не верил. Оказалось, правильно сделал. Многих ключевых вещей они не называют либо потому, что не знают, что вероятно, либо потому, что утаивают. Вместо минимального уставного капитала, который они хотят упразднить, кивая на англо-американское право, там есть вообще-то solvency test, который намного жёстче. Мне хотелось самому узнать, что там в англо-американском праве, немецкое я знал. Что узнал, то в эту книжку и вылилось. А статьи появляются, когда порой берут за горло, говорят, что конференция, надо, чтобы я выступил, без меня никуда, – вот и думаешь, что сказать, чтобы люди не смеялись, доклад потом в статью превратится. Главное избегать праздных статей, всё должно быть по делу.

– Вы преподаёте уже больше 40 лет, какой совет Вы можете дать начинающим преподавателям, чтобы они могли гордиться своими учениками?

– Средство одно, и в общем-то простое – работать надо побольше. Объём работы колоссальный. Вот, например, завтра буду читать про юридические лица, много лет это уже читаю, всё знаю, в реформе сидел, а всё равно надо готовиться. Думать, как ты это раскроешь, то и пожнешь. Поэтому первое условие – не расслабляться. Второе – всегда иметь перед собой студента, как шеф делал. Думай, что и как ты говоришь, чтобы студент воспринял и воспринял правильно. Вспоминается, как я попал на повышение квалификации (ФПК), где нам читали лекции по педагогике и психологии высшей школы. Одна дама приводила такой пример: вот учатся в нашей советской школе отличники, хорошисты, троечники и двоечники. Лучшие поступают в вуз, одни отличники. Проходит год, и эти отличники опять разбиваются на отличников, хорошистов, троечников. Потом они отучились, лучших берут в аспирантуру. Отучились они в аспирантуре, сдали кандидатские минимумы, а получились опять отличники, хорошисты, троечники. Дальше и думать не хочется, в академии наук тоже есть свои отличники

**Я ВСЕГДА ВИДЕЛ В АУДИТОРИИ
И ОТЛИЧНИКОВ С ГОРЯЩИМИ
ГЛАЗАМИ, И ТОЛЬКО ЧТО
ЗАБЕЖАВШИХ ДВОЕЧНИКОВ.
ВОТ ЭТИХ УМНИКОВ
И УМНИЦ МЫ НИКОМУ
НЕ ОТДАДИМ, ОНИ НАШИ
И ДОЛЖНЫ ОНИ ЗАНИМАТЬСЯ
ГРАЖДАНСКИМ ПРАВОМ.
НЕ УГОЛОВНЫМ, И УЖ ТЕМ
БОЛЕЕ НЕ КРИМИНАЛИСТИКОЙ,
ПРОСТИ ГОСПОДИ, ЭТО ДЛЯ
МИЛИЦИОНЕРОВ,
НЕ ЮРИДИЧЕСКАЯ ЭТО НАУКА,
А МИЛИЦЕЙСКАЯ, ПУСТЬ ОНИ
ТАМ ЭТО И ИЗУЧАЮТ**

и свои двоечники, они и сами это знают. Применительно к студентам, хоть какие конкурсы устраивайте, это всегда будет так. Преподавая гражданское право, я могу сказать, что мы ориентируемся на отличников, на хороших студентов. Я всегда видел в аудитории и отличников с горящими глазами, и только что забежавших двоечников. Вот этих умников и умниц мы никому не отдадим, они наши и должны они заниматься гражданским правом. Не уголовным, и уж тем более не криминалистикой, прости Господи, это для милиционеров, не юридическая это наука, а милицейская, пусть они там это и изучают. Много и других глупостей есть, какое-нибудь исправительно-трудовое право. Ребята с горящими глазами должны заниматься цивилистикой. Куда их потом жизнь бросит – неизвестно. Но мы, цивилисты, их глупостям не научим, пользу они получают только от нас. Чему их специалисты по земельному праву научат – неизвестно, но явно ничему хорошему. Поэтому у нас на факультете лучшие студенты со времён Вениамина Петровича идут на специализацию «гражданское право». И был отбор даже в те времена: поплоше – на предпринимательское право, совсем слабенькие – на уголовное. Этот уровень мы и должны поддерживать.



УДК 341.9



Анненкова Карина Алексеевна
(karina-annenckova@yandex.ru)

студент 2 курса бакалавриата
юридического факультета
Национального
исследовательского университета
«Высшая Школа Экономики»
Annenkova Karina Alekseevna
2nd-year student of bachelor
program of law faculty,
National Research University
«Higher School of Economics»

Научный руководитель:

Неверов Евгений Дмитриевич

преподаватель департамента теории права
и междотраслевых юридических дисциплин
юридического факультета
Национального исследовательского
университета «Высшая школа экономики»

Academic supervisor:

Neverov Evgeniy Dmitrievich

lecturer at the Department of Legal Theory
and Interdepartmental Legal Disciplines, law
faculty of the National Research University
«Higher School of Economics»

ПРОЦЕСС ИНКОРПОРАЦИИ БИЛЛЯ О ПРАВАХ И DUE PROCESS CLAUSE

THE PROCESS OF INCORPORATION AND DUE PROCESS CLAUSE

АННОТАЦИЯ: Данная статья посвящена важнейшему процессу в истории конституционного права США – процессу инкорпорации, с помощью которого Билль о правах 1791 года стал применимым к законодательству штатов. Актуальность темы статьи продиктована тем, что процесс инкорпорации Билля о правах США ещё не закончен, и последнее решение было вынесено в 2019 году. Также приводится анализ института due process clause, благодаря которому процесс инкорпорации стал возможен в первую очередь.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: доктрина инкорпорации, четырнадцатая поправка к Конституции США, due process clause, Верховный суд США.

ANNOTATION: This article is devoted to the major process in the history of U.S. constitutional law – the process of incorporation, through which the Bill of Rights of 1791 became applicable to state law. The relevance of the topic of the article is dictated by the fact that the process of incorporation of the U.S. Bill of Rights is not complete yet, and the last Supreme court decision was made in 2019. It also provides an analysis of the institution of due process clause, which made the process of incorporation possible in the first place.

KEYWORDS: Doctrine of Incorporation, the fourteenth amendment to the U.S. Constitution, due process clause, the Supreme Court of the United States.

И нкорпорация – это доктрина в конституционном праве США, в соответствии с которой Билль о правах 1791 года стал применимым к законодательству штатов. Когда Билль о правах был ратифицирован, судебная практика установила, что его положения распространяются только на федеральное законодательство¹. Однако после Гражданской войны были приняты другие поправки к Конституции, которые давали штатам всё больше и больше прав. Именно тогда, после ратификации четырнадцатой поправки в 1868 году, началась инкорпорация Билля о правах. Интересно заметить, что сам Билль о правах был предложен и ратифицирован в течение 2-х лет, а преобразование due process clause 14-й поправки во «Второй Билль о правах», который был бы применим к штатам, происходило очень долго и включало в себя практику Верховного Суда США на протяжении практически целого века².

Для понимания доктрины инкорпорации стоит рассмотреть институт due process clause. На русский язык данное понятие переводится скорее как «оговорка о надлежащей правовой процедуре». Итак, в американском конституционном праве выделяются два вида due process: содержательный (substantive) и процессуальный (procedural). Само понятие due process (надлежащая правовая процедура) – это принцип, в соответствии с которым все судебные разбирательства должны быть справедли-

¹ Barron v. Mayor & City Council of Baltimore, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833)

² Richard, C. Cortner. The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties // London: University of Wisconsin Press, 1981. C. 11.

выми (гарантировано 5-й и 14-й поправками к Конституции США).

Содержательная надлежащая правовая процедура имеет дело с правом государства защищать фундаментальные права граждан на жизнь, свободу или собственность. Суды в значительной степени отказались от подхода эпохи Лохнера (1897-1937 гг.), когда для отмены минимальной заработной платы в целях защиты свободы заключения договоров использовалось понимание содержательной надлежащей правовой процедуры³. С

тех пор Верховный суд постановил, что он защищает и многие другие свободы, даже если они не закреплены в тексте Конституции. Если они не защищаются доктриной substantive due process, то они тем не менее могут быть защищены иными способами; например, некоторые права защищаются другими положениями конституций штатов или федеральных конституций⁴ либо законодательными органами⁵.

Сегодня Верховный суд обеспечивает специальную защиту трех видов прав в соответствии с доктриной содержательной надлежащей правовой процедуры в четырнадцатой поправке – подход, который возник в деле «United States v. Carolene Products Company»: 1) права, перечисленные в первых восьми поправках к Конституции и из них; 2) право на участие в политическом процессе, например, право голоса, право на свободу ассоциаций и свободу слова; 3) права «автономных и малочисленных народов»⁶.

Процессуальная надлежащая правовая процедура гласит, что любое судебное разбирательство, возбужденное против гражданина,

должно осуществляться в соответствии с нормами права.

В начале 20 века Верховный суд по делу «Twining v. State»⁷ признал возможность того, что due process clause четырнадцатой поправки включил в себя положения Билля о правах, тем самым делая их применимыми к местным органам власти и органам власти штатов. Хотя Суд признал, что due process clause включает в себя «принципы правосудия, настолько укоренившиеся в традициях и совести нашего

народа, что они должны занимать основополагающее место»⁸, он никогда не одобрял доктрину полной инкорпорации Билля о правах (doctrine of total incorporation)⁹. Напротив, Суд поддержал то, что известно как доктрина «выборочной инкорпорации» (selective incorporation), которая заключается в том, что due process clause распространяется лишь на некоторые, а не на все положения Билля о правах¹⁰.

Следует рассмотреть два вида инкорпорации Билля о правах более подробно.

Как уже было сказано, существуют полная инкорпорация и выборочная инкорпорация. Разница между двумя этими доктринами состоит в объеме положений Билля о правах, которые включаются в понимание due process clause 14-й поправки. Под полной инкорпорацией понимается включение всех статей Билля о правах (точнее 1–8, так как 9 и 10 относятся к федеральному правительству непосредственно) под действие 14-й поправки, а под выборочной, наоборот, включение только некоторых положений Билля.

Защитником и представителем доктрины полной инкорпорации был судья Хьюго Блэк.

**САМО ПОНЯТИЕ DUE
PROCESS (НАДЛЕЖАЩАЯ
ПРАВОВАЯ ПРОЦЕДУРА) –
ЭТО ПРИНЦИП,
В СООТВЕТСТВИИ
С КОТОРЫМ
ВСЕ СУДЕБНЫЕ
РАЗБИРАТЕЛЬСТВА
ДОЛЖНЫ БЫТЬ
СПРАВЕДЛИВЫМИ
(ГАРАНТИРОВАНО 5-Й
И 14-Й ПОПРАВКАМИ
К КОНСТИТУЦИИ США)**

³ Williams, Ryan. The One and Only Substantive Due Process Clause // Yale Law Journal, 2010.

⁴ Troxel v. Granville, 530 U.S. 57, 65

⁵ New York Bill of Rights (1787)

⁶ United States v. Carolene Products Co. 304 U.S. 144 (1938)

⁷ Twining v. State, 211 U.S. 78 (1908)

⁸ Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1937)

⁹ Vivian S. Chu The Second Amendment and Incorporation: An Overview of Recent Appellate Cases // Congressional Research Service. 2009.

¹⁰ Там же.

Он считал, что четырнадцатая поправка требует от штатов соблюдения всех перечисленных прав, изложенных в первых восьми поправках, однако он не хотел бы, чтобы доктрина инкорпорации была расширена и включала другие, не указанные в ней «основные права», которые могут быть основаны на девятой поправке¹¹. Блэк считал, что его формулировка доктрины устраняет любой произвол при принятии решения о том, что следует защищать в соответствии с четырнадцатой поправкой, придерживаясь слов, уже имеющих в Конституции¹². Блэк выразил свою точку зрения на инкорпорацию Билля о правах в своём особом мнении в деле «Adamson v. California»¹³. Это мнение было вновь выражено Блэком в деле «Duncan v. Louisiana» со ссылкой на текст четырнадцатой поправки: «... что, как мне кажется, является в высшей степени разумным способом выражения идеи о том, что отныне Билль о правах будет применяться к штатам»¹⁴.

Доктрина выборочной инкорпорации напоминает доктрину основополагающей справедливости (the fundamental fairness doctrine)¹⁵ в ее стремлении отличать то, что необходимо для соблюдения надлежащей правовой процедуры от того, что не является таковым. Обе доктрины защищают, в соответствии с положениями о надлежащей правовой процедуре, только те права, которые являются «основополагающими для упорядоченной свободы». В то время как судьи, придерживающиеся подхода, основанного на фундаментальной справедливости, будут включать только конкретную часть конституционной гарантии, относящуюся к данному конкретному делу. Сторонники выборочной инкорпорации в меньшей степени смотрят на детали дела и вместо этого определяют, должна ли гарантия в целом распространяться на штаты.

Доктрина выборочной инкорпорации в конечном итоге привела к тому, что почти ка-

ждое положение Билля о правах было инкорпорировано – отчасти потому что судья Блэк, не имея возможности получить большинство голосов за полную инкорпорацию, был готов поддержать выборочную инкорпорацию в качестве следующей наилучшей альтернативы¹⁶.

Также существовали и другие взгляды на процесс инкорпорации Билля о правах. Например, судья Феликс Франкфуртер, представитель теории базовых ценностей (basic value theory), считал, что due process clause, как правило, «поглощает», а не включает права, предусмотренные в первых 8 поправках. В основе этой теории лежит идея о том, что права, защищаемые due process clause, не являются точно такими же, как какие-либо из индивидуальных прав, содержащихся в первых 8 поправках¹⁷.

Доктрина инкорпорации коренным образом изменила американское конституционное право. Сторонники полной инкорпорации заявляют о доминировании национальных стандартов и необходимости обеспечения единообразия в их применении на местном уровне. Судьи, выступающие за выборочную инкорпорацию, готовы пожертвовать определенной степенью национального единства ради большей свободы на местном уровне.

Перед тем как перейти непосредственно к анализу процесса инкорпорации и его хронологии, хотелось бы выделить несколько фаз в его развитии:

1. К первой фазе можно отнести решения Верховного Суда США в период с 1873 по 1890 г., когда сама доктрина инкорпорации игнорировалась и считалась невозможной в рамках конституционного права США;
2. Вторая фаза началась в 1890 году с принятием Верховным Судом первого решения, рассматривающего содержательную надлежащую правовую процедуру, а не процессуальную;

¹¹ U.S. Const. amend. IX.

¹² Amar, Akhil Reed: The Bill of Rights: Creation and Reconstruction, Page 234. Yale University Press, 1998

¹³ Curtis, Michael Kent No State Shall Abridge: The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights. Dares: Duke University Press, 1986. С. 200.

¹⁴ Там же, С. 202.

¹⁵ Paul Smith Due Process, Fundamental Fairness, and Judicial Deference: The Illusory

Difference Between State and Private Educational Institution Disciplinary Legal Requirements // The University of New Hampshire Law Review. 2011. №3.

¹⁶ Curtis, Michael Kent No State Shall Abridge: The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights. Dares: Duke University Press, 1986. С. 207.

¹⁷ Mykkeltvedt, Roald Y. The nationalization of the Bill of Rights. Fourteenth amendment due process and the procedural rights. Port Washington: Associated Faculty Press, 1983. С. 59-61.



3. Третья фаза началась в 1923 году и продолжается по сей день. Именно в 1923 году Верховный Суд избрал доктрину выборочной инкорпорации как «осевого пути» развития конституционного права США, начав инкорпорировать права 1-й поправки и уголовно-процессуальные права.

Теперь, определившись со стадиями развития инкорпорации Билля о правах 1791 года в США, можно переходить к более детальному изучению данного процесса.

Как уже отмечалось ранее, в 1868 году в результате ратификации четырнадцатой поправки были введены новые ограничения в отношении власти штатов. Многие из составителей поправки надеялись на то, что положения четырнадцатой поправки, запрещающие штатам отказывать лицам в привилегиях и иммунитетах американского гражданства или отказывать им

в праве на жизнь, свободу или собственность без соблюдения надлежащей правовой процедуры (due process clause), могут стать основанием для гарантирования основных прав личности от их ограничения и лишения органами власти штатов и местными органами власти¹⁸. Хотя конгрессмен Джон Бингхэм и сенатор Джейкоб Ховард в ходе обсуждения четырнадцатой поправки в Конгрессе предположили, что положение о привилегиях и иммунитетах может применяться ко всем штатам, толкование этого положения Верховным судом лишает его столь важной роли источника гражданских свобод. В «Slaughter-House Cases», решение по которому было вынесено в 1873 году, Верховный Суд постановил, что источником основных прав человека являются законы штатов и конституции штатов, несмотря на добавление четырнадцатой поправки к Конституции, и

¹⁸ Richard, C. Cortner. The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties // London: University of Wisconsin Press, 1981. С. 12-14.

что положения о привилегиях и иммунитетах гарантируют лишь очень узкий спектр относительно неважных прав против ограничения свободы штатами¹⁹.

Такое узкое прочтение четырнадцатой поправки повлияло и на конструирование понимания Верховным Судом положения о надлежащей правовой процедуре, и на некоторое время это понимание, как представляется, также должно было стать конституционным стандартом. В 1884 году в деле «Hurtado v. California» Верховный Суд отклонил аргумент

о том, что положение о надлежащем судопроизводстве требует от штатов предъявлять обвинения обвиняемым по уголовным делам присяжными, что является правом, гарантированным в серьезных федеральных уголовных делах пятой поправкой в Билле о правах²⁰. В ходе этого процесса Верховный Суд принял аргументацию, в которой отрицалось, что любое право, конкретно гарантированное в Билле о правах,

может применяться к штатам на основании положения о надлежащем судопроизводстве четырнадцатой поправки. Таким образом, в деле Хуртадо была исключена возможность того, что положение о надлежащей правовой процедуре будет служить средством распространения прав, закрепленных в Билле о правах, на штаты, точно так же как и в делах о скотобойне исключили такой же потенциал для положения о привилегиях и иммунитетах 14-й поправки²¹.

Давление на Верховный суд со стороны бизнесменов в конечном счете подорвало аргументацию, принятую Верховным Судом по делу Хуртадо. До 1890 года «надлежащая правовая процедура» обычно толковалась судами как

процессуальное ограничение власти штатов, т. е. при принятии мер, лишаящих людей жизни, свободы или собственности, правительство должно действовать таким образом, чтобы это было справедливо с процессуальной точки зрения. Опасаясь ожидающего рассмотрения дела, бизнесмены, особенно в железнодорожной сфере, теперь стали утверждать, что их экономические и имущественные права заслуживают большего, чем справедливые процессуальные процедуры в соответствии с положениями о надлежащей правовой про-

цедуре, а также, что существуют некоторые действия со стороны властей штатов, затрагивающие «свободу» и «собственность», которые являются незаконными в соответствии с положениями о надлежащей правовой процедуре, независимо от того, как такие действия осуществляются²².

Несмотря на то что вначале Верховный суд неохотно соглашался с этой концепцией содержательной надлежащей правовой проце-

дуры (substantive due process), в деле 1890 года «Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Company v. Minnesota» Верховный суд, наконец, расширил значение положения о надлежащей правовой процедуре, включив в него материальные права, а также процессуальные меры защиты²³. Таким образом, Верховный Суд предоставил широкую защиту имущественных прав, а также препятствовал регулированию коммерческих предприятий государствами. Однако новое толкование надлежащей правовой процедуры также оказало существенное влияние на национализацию Билля о правах. Хотя большинство прав, закрепленных в Билле о правах, носит процессуальный характер, права, пред-

**СУДЫ, ВЫСТУПАЮЩИЕ
ЗА ВЫБОРОЧНУЮ
ИНКОРПОРАЦИЮ,
ГОТОВЫ ПОЖЕРТВОВАТЬ
ОПРЕДЕЛЕННОЙ
СТЕПЕНЬЮ
НАЦИОНАЛЬНОГО
ЕДИНСТВА РАДИ
БОЛЬШЕЙ СВОБОДЫ НА
МЕСТНОМ УРОВНЕ**

¹⁹ The Slaughter-House Cases, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873)

²⁰ Hurtado v. California, 110 U.S. 516 (1884)

²¹ Richard, C. Cortner The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties. London: Univ. of Wisconsin Press, 1981. C. 28.

²² Там же, С. 30-33.

²³ Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Company v. Minnesota, 134 U.S. 418 (1890)

усмотренные первой поправкой, носят материально-правовой характер. Без признания Верховным Судом идеи о том, что положение о надлежащем судопроизводстве охватывает как материальные, так и процессуальные права, теоретическая основа для применения прав, предусмотренных Первой поправкой, к штатам посредством четырнадцатой поправки, на мой взгляд, не существовала бы.

Прорыв в отношении инкорпорации Билля о правах произошел в 1897 году в деле «Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Company v. Minnesota». В этом деле Верховный Суд постановил, что положение о надлежащей правовой процедуре требовало от штатов при взятии частной собственности в общественных целях предоставить владельцам справедливую компенсацию – право, также гарантированное положением о «справедливой компенсации» пятой поправки к Биллю о правах²⁴. Впервые право, закрепленное в Билле о правах, было применено к штатам на основании положения о надлежащей правовой процедуре, содержащегося в четырнадцатой поправке. Своим решением по делу «Chicago, Burlington & Quincy Railroad Co. v. City of Chicago» Верховный Суд частично отказался от аргументации по делу Хуртадо 1884 года, в котором он постановил, что никакое право, конкретно гарантированное в Билле о правах, не может применяться к штатам на основании положения о надлежащей правовой процедуре.

В 1925 году суд пересмотрел приговор, вынесенный Бенджамину Гитлоу в Нью-Йорке за пропаганду насильственного свержения правительства, которое, как он утверждал, лишило его свободы слова в соответствии с положением о надлежащей правовой процедуре четырнадцатой поправки²⁵. В то время как Верховный Суд подтвердил обвинительный приговор по делу Гитлоу против Нью-Йорка в 1925 году, он сделал большой шаг в деле процесса инкорпорации Билля о правах, заявив: «мы

предполагаем, что свобода слова и свобода деятельности СМИ, которые защищены Первой поправкой от ограничений, налагаемых Конгрессом, относятся к числу основных личных прав и свобод, которые защищены в соответствии с положениями четырнадцатой поправки о надлежащей правовой процедуре от обесценивания со стороны штатов»²⁶.

Было ли «предположение» в деле Гитлоу реальностью, оставалось неясным до 1931 года. В том же году суд вынес решение по делу «Stromberg v. California» и «Near v. Minnesota» и прямо постановил, что положение о надлежащем судопроизводстве гарантирует как свободу слова²⁷, так и свободу прессы²⁸. В деле «Near v. Minnesota» главный судья Чарльз Эванс Хьюз писал, «что свобода печати и слова находится в пределах свободы, гарантируемой положением о надлежащей правовой процедуре четырнадцатой поправки. Было установлено, что невозможно сделать вывод о том, что эта основная свобода гражданина остается незащищенной общей гарантией основных прав личности и собственности»²⁹.

Такие права, как право на собрания, подачу петиций и свободу слова, были инкорпорированы следующими с помощью положения о надлежащей правовой процедуре, содержащейся в решениях Верховного Суда по делу «De Jonge v. Oregon»³⁰ (1937 г.), «Cantwell v. Connecticut»³¹ (1940 г.) и «Everson v. Board of Education»³² (1947 г.). Таким образом, к 1947 году национализация Первой поправки была завершена, и все права, закрепленные в этой поправке, были признаны применимыми к штатам в соответствии с положениями о надлежащей правовой процедуре.

Третий этап инкорпорации Билля о правах проходил параллельно с инкорпорацией первой поправки и касался вопроса о том, какие уголовно-процессуальные меры защиты, которые предусмотрены в Билле о правах, применяются к штатам. Впервые Верховный Суд на-

²⁴ Chicago, Burlington & Quincy Railroad Co. v. City of Chicago, 166 U.S. 226 (1897)

²⁵ Richard, C. Cortner The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties. London: Univ. of Wisconsin Press, 1981. С. 51

²⁶ Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925)

²⁷ Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931)

²⁸ Near v. Minnesota, 283 U.S. 697 (1931)

²⁹ Там же.

³⁰ De Jonge v. Oregon, 299 U.S. 353 (1937)

³¹ Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296 (1940)

³² Everson v. Board of Education, 330 U.S. 1 (1947)

чал уделять повышенное внимание вопросам уголовного судопроизводства в соответствии с положениями о надлежащем судопроизводстве в деле «Moore v. Dempsey»³³ в 1923 году. На своем самом фундаментальном уровне «надлежащая правовая процедура» всегда требовала, чтобы обвиняемый получал адекватное уведомление о предъявленных обвинениях и чтобы ему обеспечивалось справедливое судебное разбирательство, но в деле «Moore v. Dempsey» Верховный Суд начал настаивать на том, что судопроизводство по уголовным делам в штатах должно быть справедливым в отношении прав сторон, а также проходить в правильной юридической форме, отвечающей требованиям «надлежащей правовой процедуры»³⁴. Именно поэтому Верховный суд постановил, что в данном деле штатом были нарушены требования надлежащей правовой процедуры.

Следуя правилу о справедливом судебном разбирательстве, которое было вынесено по делу «Moore v. Dempsey», Верховный суд сосредоточился на том, какие элементы необходимы для обеспечения справедливого судебного разбирательства как в части предоставляемых сторонам прав, так и в отношении его процессуальной формы³⁵. В деле «Powell v. Alabama», решенном в 1932 году, он постановил, что необразованным, неимущим чернокожим юношам не может быть обеспечено справедливое судебное разбирательство по делу, наказанием по которому может быть смертная казнь, если им не будет предоставлена эффективная помощь назначенного властями штатов адвоката в их защите³⁶. В 1936 году суд также постановил в деле «Brown v. Mississippi», что признание показаний под принуждением в качестве доказатель-

ства против обвиняемого по уголовным делам в судах штатов также нарушает положение о надлежащей правовой процедуре. Однако ни в деле «Powell v. Alabama», ни в деле «Brown v. Mississippi» Верховный Суд не постановил, что пункт о «помощи адвоката» шестой поправки или пункт о «самообвинении» пятой поправки применяются к уголовным судам штата в соответствии с положениями четырнадцатой поправки³⁷. Вместо этого Верховный Суд сосредоточился на вопросе о том, действительно ли обвиняемым по этим делам были предоставлены справедливые судебные права, и пришел к выводу, что отсутствие адвоката по делу, караемому смертной казнью, и использование

признательных показаний под принуждением в качестве доказательств ограничивают право на справедливое судебное разбирательство³⁸.

Несмотря на постоянно изменяющееся отношение Верховного Суда к инкорпорации прав, содержащихся в первой поправке, и правам в области уголовного судопроизводства, соблюдение им правила о справедливом судебном

разбирательстве привело к принятию в 1940-х годах двух важных решений в области уголовного судопроизводства. В решении, принятом в 1948 году в деле «In re Oliver», Верховный Суд заявил, что положение о надлежащем судопроизводстве требует, чтобы штаты проводили открытое уголовное разбирательство, и это требование также является частью Шестой поправки³⁹. А в решении по делу «Wolf v. Colorado», принятом в 1949 году, Верховный Суд заявил, что положение о надлежащем судопроизводстве охватывает, по крайней мере, «ядро» Четвертой поправки и, следовательно, запрещает должностным лицам штатов проводить необоснованные обыски и конфи-

ПРОРЫВ ДЛЯ СТОРОННИКОВ ТЕОРИИ ИНКОРПОРАЦИИ ПРОИЗОШЕЛ В ДЕЛЕ «МАРР V. ОНЮ» В 1961 ГОДУ

³³ Moore v. Dempsey, 261 U.S. 86 (1923)

³⁴ Richard, C. Cortner The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties. London: Univ. of Wisconsin Press, 1981. С. 70.

³⁵ Там же, С. 73.

³⁶ Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932)

³⁷ Richard, C. Cortner The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties. London: Univ. of Wisconsin Press, 1981. С. 75.

³⁸ Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278 (1936)

³⁹ In re Oliver, 333 U.S. 257 (1948)

скации⁴⁰. Таким образом, после дела «Wolf v. Colorado» сотрудникам штатов было запрещено проводить незаконные обыски и конфискации, однако доказательства, полученные ими в результате таких незаконных мер, могут по-прежнему приниматься в качестве доказательств в ходе судебных процессов по уголовным делам штатов⁴¹.

Прорыв для сторонников теории инкорпорации произошел в деле «Mapp v. Ohio» в 1961 году, когда большинство судей Верховного Суда поддержали идею того, что все положения 4-й поправки, а также федеральное правило об исключении (federal exclusionary rule), запрещающее использование незаконно изъятых доказательств в суде, применяются к штатам на основании положения о надлежащей правовой процедуре⁴².

Затем последовал ряд решений, в которых Верховный Суд постановил, что положение восьмой поправки о «жестких и необычных наказаниях» («Robinson v. California», 1962 год)⁴³, положение шестой поправки о «помощи адвоката» («Gideon v. Wainwright», 1963 год)⁴⁴ и гарантирующие обвиняемым право на очную ставку и перекрестный допрос свидетелей обвинения («Pointer v. Texas», 1963 год)⁴⁵, положение пятой поправки о самообвинении («Malloy v. Hogan», 1964 год)⁴⁶ и оговорка о двойном обвинении («Benton v. Maryland», 1969 год)⁴⁷, право на ускоренное судебное разбирательство («Klopfer v. North Carolina», 1967 год)⁴⁸, право на вызов в суд благоприятных свидетелей («Washington v. Texas», 1967 год)⁴⁹ и право на судебное разбирательство с участием присяжных («Duncan v. Louisiana», 1968 год)⁵⁰ становятся применимыми к штатам в том же порядке, в каком они применялись в отношении национального правительства⁵¹.

После завершения процесса инкорпорации в решении «Benton v. Maryland» в 1969 году единственными правами, оставшимися в Билле о правах, которые не были применимы к штатам, были вторая и третья поправки, пункт об «обвинении присяжных заседателей» пятой поправки, требования седьмой поправки о суде присяжных в гражданских делах и пункт о «чрезмерных штрафах и залоге» восьмой поправки⁵².

Право на хранение и ношение оружия, содержащееся во второй поправке, было инкорпорировано 20 июня 2010 года с принятием решения по делу «McDonald v. Chicago»⁵³. Это дело привлекло внимание и поддержку как консервативных, так и либеральных правоведов, заинтересованных в его потенциальном применении в областях, выходящих за рамки законодательства об огнестрельном оружии. Их интерес заключался в том, что в случае отмены дела о скотобойне можно было бы автоматически применить в отношении штатов конституционные гарантии Билля о правах, которые на данный момент всё ещё не инкорпорированы под действия законодательства штатов⁵⁴.

Подводя итог, следует сказать, что процесс инкорпорации ещё не закончен – последнее судебное решение было вынесено в 2019 году, в котором суд постановил, что положение 8-й поправки о запрете чрезмерных штрафов является применимым к законодательству штатов⁵⁵. Due process clause как правовой институт является примером того, как правильная интерпретация такой, с первого взгляда, незначительной правовой конструкции может не только изменить направление судебной практики, но и значительно повлиять на жизнь всего общества.

⁴⁰ Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949)

⁴¹ Richard, C. Cortner The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties. London: Univ. of Wisconsin Press, 1981. С. 80.

⁴² Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)

⁴³ Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962)

⁴⁴ Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963)

⁴⁵ Pointer v. Texas, 380 U.S. 400 (1965)

⁴⁶ Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964)

⁴⁷ Benton v. Maryland, 395 U.S. 784 (1969)

⁴⁸ Klopfer v. North Carolina, 386 U.S. 213 (1967)

⁴⁹ Washington v. Texas, 388 U.S. 14 (1967)

⁵⁰ Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145 (1968)

⁵¹ Richard, C. Cortner The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties. London: Univ. of Wisconsin Press, 1981. С. 101-156.

⁵² Richard, C. Cortner The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties. London: Univ. of Wisconsin Press, 1981. С. 158.

⁵³ McDonald v. Chicago, 561 U.S. 742 (2010)

⁵⁴ Supreme court still divided on guns // The New York Times URL: <https://www.nytimes.com/2010/03/03/us/03scotus.html> (дата обращения: 14/03/2020).

⁵⁵ Timbs v. Indiana, 586 U.S. (2019)



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Нормативно-правовые акты:

1. U. S. Constitution (1787)
2. New York Bill of Rights (1787)

Судебные акты

3. Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Company v. Minnesota, 134 U.S. 418 (1890)
4. In re Oliver, 333 U.S. 257 (1948)
5. Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949)
6. McDonald v. Chicago, 561 U.S. 742 (2010)
7. Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)
8. Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962)
9. Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963)
10. Pointer v. Texas, 380 U.S. 400 (1965)
11. Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964)
12. Benton v. Maryland, 395 U.S. 784 (1969)
13. Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145 (1968)
14. Klopfer v. North Carolina, 386 U.S. 213 (1967)
15. Washington v. Texas, 388 U.S. 14 (1967)
16. De Jonge v. Oregon, 299 U.S. 353 (1937)
17. Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278 (1936)
18. Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296 (1940)
19. Everson v. Board of Education, 330 U.S. 1 (1947)
20. Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932)
21. Moore v. Dempsey, 261 U.S. 86 (1923)
22. Near v. Minnesota, 283 U.S. 697 (1931)
23. Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931)
24. Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925)
25. Chicago, Burlington & Quincy Railroad Co. v. City of Chicago, 166 U.S. 226 (1897)
26. Hurtado v. California, 110 U.S. 516 (1884)
27. The Slaughter-House Cases, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873)
28. Twining v. State, 211 U.S. 78 (1908)

29. Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1937)
30. United States v. Carolene Products Co. 304 U.S. 144 (1938)
31. Barron v. Mayor & City Council of Baltimore, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833)
32. Troxel v. Granville, 530 U.S. 57, 65

Научная литература

33. Richard, C. Cortner. The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties // London: University of Wisconsin Press, 1981. – 360 p.
34. Williams, Ryan. The One and Only Substantive Due Process Clause // Yale Law Journal, 2010. – 105 p.
35. Vivian S. Chu The Second Amendment and Incorporation: An Overview of Recent Appellate Cases // Congressional Research Service, 2009. – 14 p.
36. Amar, Akhil Reed. The Bill of Rights: Creation and Reconstruction // Yale University Press, 1998. – 412 p.
37. Curtis, Michael Kent No State Shall Abridge. The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights // Dares: Duke University Press, 1986. – 288 p.
38. Paul Smith Due Process, Fundamental Fairness, and Judicial Deference: The Illusory Difference Between State and Private Educational Institution Disciplinary Legal Requirements // The University of New Hampshire Law Review, №3, 2011. – 12 p.
39. Mykkeltvedt, Roald Y. The nationalization of the Bill of Rights. Fourteenth amendment due process and the procedural rights // Port Washington: Associated Faculty Press, 1983. – 167 p.

Интернет-ресурсы

40. Supreme court still divided on guns // The New York Times. URL: <https://www.nytimes.com/2010/03/03/us/03scotus.html> (дата обращения: 14/03/2020).



УДК 341.1/8



Федоров Александр Сергеевич
(as.fedorov@gmail.com)

студент 3 курса бакалавриата
юридического факультета
Финансового университета при
Правительстве Российской Федерации

Научный руководитель:

Галушко Дмитрий Вячеславович
кандидат юридических наук, доцент
департамента правового регулирования
экономической деятельности
Финансового университета при
Правительстве Российской Федерации

Alexander S. Fedorov

3rd - year student of bachelor program
Faculty of Law
Financial University under the
Government of Russian Federation

Academic supervisor:

Dmitriy V. Galushko

PhD in Law, Associate Professor of the
Department of Legal Regulation of
Economic Operations
Financial University under the
Government of Russian Federation

ПРИНЦИП ПРАВА БЕЖЕНЦЕВ NON-REFOULEMENT И ПРОБЛЕМЫ ЕГО ИМПЛЕМЕНТАЦИИ В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

THE NON-REFOULEMENT PRINCIPLE IN REFUGEE LAW AND ISSUES OF ITS IMPLEMENTATION IN THE LEGAL SYSTEM OF THE RUSSIAN FEDERATION

АННОТАЦИЯ: В статье анализируется принцип non-refoulement (принцип невысылки) и его нормативное регулирование в российской правовой системе. Исследуется вопрос общепризнанности и характера jus cogens принципа non-refoulement. Проводится сравнительно-правовой анализ иностранной и российской судебной практики по применению этого принципа. Рассматривается соотношение международных и национальных актов, регулирующих использование принципа невысылки. Автором делаются выводы о текущих перспективах действия принципа non-refoulement в правовой системе Российской Федерации.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: беженцы, принцип non-refoulement, международное право, международное право беженцев, гарантии невысылки, временное убежище.

ANNOTATION: The article analyzes the principle of non-refoulement and its regulation in the Russian legal system. The issue of general acceptance and jus cogens nature of the non-refoulement principle is explored. The comparative legal analysis of foreign and Russian judicial practice in the application of this principle is undertaken. The relationship between international and interstate acts regulating the use of the non-refoulement principle is considered. The author makes conclusions about the current prospects of the non-refoulement principle in the legal system of the Russian Federation.

KEYWORDS: *fugees, principle of non-refoulement, international law, international refugee law, guarantee of non-refoulement, temporary asylum.*

Несмотря на усиление глобализации в политической и правовой сфере, международно-правовые кейсы, связанные с решением вопроса о принудительной выдаче того или иного иностранного гражданина его государству, всё чаще возникают в мировом сообществе. Отчасти это связано с ростом числа военных конфликтов, вооруженной борьбой за власть оппозиционных движений в отдельно-взятых государствах, а также с эскалацией международного терроризма. По этой причине особенно актуальными для современного международного права становятся вопросы применения международного принципа non-refoulement (далее принцип невысылки) при возникновении потенциальной опасности для жизни человека в результате отказа в предоставлении ему убежища и/или статуса беженца на территории какого-либо государства.

Говоря об этой норме международного права, стоит отметить, что она является «общеизвестным принципом», т.е. обязательна для исполнения всеми субъектами международного права в силу сложившегося международно-го обычая, заключающегося в запрете принудительного выдворения лица с территории страны, где оно нашло убежище, если существует угроза для его жизни или здоровья. Эта позиция подкрепляется также существующим

мнением о том, что рассматриваемый принцип, закреплённый в Конвенции о статусе беженцев 1951 года¹ (далее Конвенция о беженцах), является *jus cogens*². Согласно точке зрения профессора Ж. Аллена, норма, запрещающая выдворение, – часть обычного международного права, поэтому она распространяется на все государства вне зависимости от того, являются ли они участниками Конвенции о беженцах и других актов или нет. Кроме того, это исходит из признания нормы *opinio juris* большинством государств, в том числе и Россией. И если в эпоху «Холодной войны» вопросы касательно подобной правовой природы принципа невысылки могли возникать, то после её окончания с развитием глобализации, в том числе в международно-правовой сфере, норма стремительно стала элементом обычного международного права³. Ещё одним аргументом в пользу правового характера *jus cogens* нормы о невысылке беженцев является Картаженская декларация о беженцах, принятая в 1984 году. В ней среди прочих положений в пункте III (5) говорится о том, что, учитывая значение принципа *non-refoulement*, этот принцип является императивным и должен признаваться в качестве нормы *jus cogens*⁴. Эту же позицию можно встретить и в подавляющем большинстве документов Управления Верховного комиссара ООН по делам беженцев (далее УВКБ ООН). Например, норма упоминается в качестве *jus cogens* в официальной позиции УВКБ ООН «О дипломатических гарантиях и международной защите беженцев» от 2006 года⁵. Наконец, принцип невысылки был признан нормой *jus cogens* в решении по делу о невыдаче беженца Верховным судом Швейцарии⁶. Стоит сказать, что Верховный суд этой страны много раз отменял решения о высылке

иностранцев в страну, где для них существует угроза быть подвергнутыми пыткам, поскольку считал, что эти решения нарушают императивную норму *jus cogens*⁷. Из практики суда также можно сделать вывод, что исследуемый принцип был признан частью международного публичного права, а следовательно, подтвердил свой общепризнанный характер.

Обязательный для исполнения всеми субъектами международного права характер принципа *non-refoulement*, а также его регулирование следует изучить через призму международно-правовых актов. Так, резолюцией 2312 (XXII) Генеральной Ассамблеи ООН в 1967 году была принята Декларация о территориальном убежище, которая закрепила норму, касающуюся запрета высылки или возвращения лица, в качестве международного принципа ООН, что и сделало её обязательной для исполнения всеми государствами⁸, а, к примеру, не только участниками Конвенции о беженцах. Комитет ООН по правам человека в своём замечании общего порядка № 31 от 26 мая 2004 г. в п. 12 указал, что страны-участники Международного пакта о гражданских и политических правах⁹ (далее МПГПП) должны следовать обязательству не экстрадировать, депортировать или выдвирать лиц, если существует предположение об опасности причинения им вреда, предусмотренного ст. 6 и 7 пакта¹⁰. Этот акт ООН де-юре обязал все государства-участники пакта следовать принципу невысылки, что стало ещё одним шагом к признанию нормы о запрете выдворения всем мировым сообществом (или как минимум всеми странами-членами ООН).

Помимо этого, рассматриваемый принцип закреплён в некоторых других основополагающих международных документах. Центральным из

¹ Конвенция о статусе беженцев (Женева, 28 июля 1951 г.) // Действующее международное право. Том 1. М.: МНИМП. 2007. С. 175-186.

² В соответствии со ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров *jus cogens* – это норма, которая принимается и признаётся всеми государствами, отклонение от которой недопустимо, а изменить её можно только нормой, носящей такой же правовой характер.

³ Allain J. The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement // *International Journal of Refugee Law*. Vol. 13, No. 4. P. 538-539.

⁴ Региональное законодательство о беженцах, Картаженская декларация о беженцах, коллоквиум по теме «Международная защита беженцев в Центральной Америке, Мексике и Панаме», 22 ноября 1984. URL: <https://www.refworld.org.ru/docid/52809f8a4.htm> (Дата обращения: 20.10.2020)

⁵ Управление Верховного комиссара ООН по делам беженцев, Позиция УВКБ ООН в отношении дипломатических гарантий и международной защиты беженцев, 1 августа

2006. С. 8. URL: <https://www.refworld.org.ru/docid/5204e9cf4.html> (Дата обращения: 20.10.2020)

⁶ Spring v. Switzerland. Federal Supreme Court. BGE 126 II 145-169 // ILDC 351 (CH 2000).

⁷ Исполинов А.С. Нормы *jus cogens* в решениях международных и национальных судов // *Российский юридический журнал*. 2014. № 6 (99). С. 12.

⁸ Декларация о территориальном убежище // Действующее международное право. Том 1. М.: МНИМП. 2007. С. 187-190.

⁹ Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 г.) // Действующее международное право. В 3 т. М.: МНИМП. 2007. Том 2. С. 232-249.

¹⁰ Комитет ООН по правам человека, Замечание общего порядка № 31 (80): Характер общего юридического обязательства, налагаемого на государства-участники Пакта, 26 мая 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. С. 5. URL: <https://www.refworld.org.ru/docid/478b26df2.html> (Дата обращения: 02.10.2020)

ПРИНЦИП НЕВЫСЫЛКИ БЫЛ ПРИЗНАН НОРМОЙ JUS COGENS В РЕШЕНИИ ПО ДЕЛУ О НЕВЫДАЧЕ БЕЖЕНЦА ВЕРХОВНЫМ СУДОМ ШВЕЙЦАРИИ. СТОИТ СКАЗАТЬ, ЧТО ВЕРХОВНЫЙ СУД ЭТОЙ СТРАНЫ МНОГО РАЗ ОТМЕНЯЛ РЕШЕНИЯ О ВЫСЫЛКЕ ИНОСТРАНЦЕВ В СТРАНУ, ГДЕ ДЛЯ НИХ СУЩЕСТВУЕТ УГРОЗА БЫТЬ ПОДВЕРГНУТЫМИ ПЫТКАМ, ПОСКОЛЬКУ СЧИТАЛ, ЧТО ЭТИ РЕШЕНИЯ НАРУШАЮТ ИМПЕРАТИВНУЮ НОРМУ JUS COGENS

них, как уже было упомянуто, является Конвенция о беженцах, а точнее ст. 33(1) данного договора. Также стоит отметить отдельные региональные документы, связанные с правами человека, где закреплён принцип невысылки: ст. 22(8) Американской конвенции по правам человека¹¹, ст. II(3) Конвенции 1969 года по конкретным аспектам проблем беженцев в Африке¹², ст. 3 Европейской конвенции по правам человека (далее ЕКПЧ)¹³ (в результате ряда решений Европейского суда по правам человека статья была интерпретирована как запрет высылки лиц в страны, где им угрожает опасность быть подвергнутыми пыткам)¹⁴ и ст. 19(2) Хартии Европейского союза об основных правах¹⁵.

Следовательно, можно говорить о том, что действие исследуемого принципа распространяется на все государства (или как минимум на участников-членов Конвенции о беженцах и региональных документов), а его применение не допускает каких-либо оговорок или исключений, помимо тех, которые содержатся в меж-

дународных актах. Иначе говоря, имея столь сильный императивный характер и являясь частью обычного международного права, а также общепризнанным международным принципом, норма, запрещающая принудительное выдворение беженцев, допускает высылку лиц только в случаях, предусмотренных Конвенцией о беженцах и иными актами, рассмотренными ранее. Если же лицо будет выслано из страны по основаниям, не предусмотренным положениями международных актов, то это будет являться грубейшим нарушением международного права беженцев и международного права прав человека. Именно поэтому государство не может устанавливать дополнительные ограничения по применению принципа на национальном уровне и должно следовать международной практике.

В качестве примера, подтверждающего данный тезис, можно привести известное дело Суреш против Канады¹⁶. Решение по этому делу явилось прецедентным не только для конституционного права Канады, но и для международного права. В этом деле Верховный суд Канады постановил, что, несмотря на положения Канадской хартии прав и свобод, а также ст. 3 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания¹⁷ (далее Конвенция против пыток), лицо может быть депортировано в свою родную страну, если существует серьёзный риск для национальной безопасности Канады. Согласно материалам дела гражданин Шри-Ланки М. Суреш, являющийся беженцем и подавший заявление о виде на жительство, был вовлечен в террористическую деятельность в своей родной стране, так как являлся членом повстанческой группировки «Тигры освобождения Тамил-Илама», деятельность которой была признана террористической в соответствии с

¹¹ Американская Конвенция о Правах Человека (Сан-Хосе, 22 ноября 1969 г.) // Права человека. Сборник универсальных и региональных международных документов / Сост. Л. Н. Шестаков. М.: изд-во МГУ. 1990. С. 143-166.

¹² Конвенция 1969 года по конкретным аспектам проблем беженцев в Африке (Аддис-Абеба, 10 сентября 1969 г.) // Международно-правовое регулирование вынужденной и трудовой миграции / Д.К. Бекашев, Д.В. Иванов. М.: Проспект. 2014. С. 171-179.

¹³ Конвенция о защите прав человека и основных свобод (ETS № 5) (Рим, 4 ноября 1950 г.) // Собрание законодательства РФ. 2001 г. № 2, ст. 163.

¹⁴ Дрёге К. Передача задержанных лиц: юридические основания, принцип невыдворения (non-refoulement) и современные вызовы // Международный журнал Красного Креста. 2008. Том 90, № 871. С. 263-264.

¹⁵ Хартия Европейского Союза об основных правах (Страсбург, 12 декабря 2007 г.) [Текст на англ.] // Официальный журнал Европейского союза. 2016. № 202. С. 389-405.

¹⁶ Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration). No. 27790, [2002] // 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1.

¹⁷ Конвенция ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (Нью-Йорк, 10 декабря 1984 г.) // Действующее международное право. Т. 3. - М.: МНИМП. 1997. С. 38-50.

¹⁸ Резолюция Совета Безопасности ООН № 1373 «Об угрозах международному миру и безопасности от террористических актов, принятую Советом Безопасности Организации Объединенных Наций» // Московский журнал международного права. 2002. № 1. С. 241-245.



резолюцией Совета безопасности ООН № 1373, принятой в сентябре 2001 года¹⁸. Стоит справедливо заметить, что ст. 33(2) Конвенции о беженцах предусматривает возможность высылки беженцев в случае, если существует обоснованная угроза национальной или общественной безопасности той страны, в которой беженец находится. Следовательно, лица, которые подпадают под данный критерий, не имеют защиты в соответствии со ст. 33(1) Конвенции о беженцах, а международный принцип non-refoulement не подлежит применению. Верховный суд отметил, что данное дело было решено подобным образом из-за исключительности сложившейся ситуации, однако некоторые учёные считают, что этот кейс не являлся исключительным, и, более того, сомневаются касательно применения подобного подхода в решении дела. По их мнению, суд мог руководствоваться «судебной сдержанностью» (judicial restraint) и менее широко толковать термин «терроризм» в связи с понятием «угроза национальной безопасности Канады», чтобы не допустить депортации лица в страну, где для него существует угроза быть подвергнутым пыткам после возвращения¹⁹. Однако важный вывод, который можно сделать

**КОМИТЕТ ООН ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА
В СВОЁМ ЗАМЕЧАНИИ ОБЩЕГО
ПОРЯДКА № 31 ОТ 26 МАЯ 2004 Г. В П. 12
УКАЗАЛ, ЧТО СТРАНЫ-УЧАСТНИКИ
МЕЖДУНАРОДНОГО ПАКТА
О ГРАЖДАНСКИХ И ПОЛИТИЧЕСКИХ
ПРАВАХ (ДАЛЕЕ МПГП) ДОЛЖНЫ
СЛЕДОВАТЬ ОБЯЗАТЕЛЬСТВУ НЕ
ЭКСТРАДИРОВАТЬ, ДЕПОРТИРОВАТЬ
ИЛИ ВЫДВОРЯТЬ ЛИЦ,
ЕСЛИ СУЩЕСТВУЕТ
ПРЕДПОЛОЖЕНИЕ ОБ ОПАСНОСТИ
ПРИЧИНЕНИЯ ИМ ВРЕДА,
ПРЕДУСМОТРЕННОГО СТ. 6 И 7 ПАКТА**

из приведённого судебного дела, заключается в том, что если применяемые оговорки при реализации принципа невысылки установлены международными актами, то они являются допустимыми и не нарушают международное право. Именно поэтому решение Верховного суда Канады было признано соответствующим нормам и принципам международного права.

⁹ Bruin R., Wouters K. Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement // International Journal of Refugee Law. 2003. Volume 15, Issue 1. P. 14.

Обратную ситуацию можно проследить в деле Эльгафаджи против Государственного Секретаря юстиции (Нидерланды)²⁰. В этом кейсе граждане Ирака, супруги Эльгафаджи, обратились с заявлением к Министерству миграции и интеграции Нидерландов о предоставлении временного вида на жительства, обосновывая это тем, что в стране их гражданства может существовать реальная опасность для их жизни и здоровья. Этот факт они подтверждали обнаруживаемыми в течение некоторого времени записками на своей двери, которые содержали различные угрозы и этнические оскорбления. Однако государственный орган отказал им в предоставлении запрашиваемого документа, сославшись на то, что доказательства существования опасности для заявителей недостаточно убедительны согласно национальным законам. Это повлекло обращение лиц сначала в суд первой инстанции, а затем в Апелляционный суд, который обратился в Суд Европейского союза по вопросу толкования положений Директивы 2004/83/ЕС Европейского Парламента и Совета ЕС от 29 апреля 2004 года²¹, касающейся дополнительной защиты лиц, не подпадающих под статус беженца. Несмотря на коллизию сразу трёх нормативных актов (ЕКПЧ, законодательства Нидерландов и Директивы ЕС), Суд ЕС постановил, что нидерландские суды и миграционная служба должны были толковать и применять своё законодательство с учётом положений не только ЕКПЧ, но и Директивы, так как она является частью права Европейского союза и устанавливает дополнительные меры по защите граждан третьих стран и лиц без гражданства, и в то же время не содержит дополнительных ограничений по применению принципа non-refoulement²². Поэтому Суд ЕС сделал вывод о нарушении нидерландскими судами международного (интеграционного) права

и, в частности, права Европейского союза при разрешении дела о предоставлении гражданам третьего государства вида на жительства и в просе об их высылке в страну, где существует реальная угроза для их жизни и здоровья.

Обращаясь к национальному праву, можно отметить, что ситуация с применением принципа non-refoulement в России вызывает неоднозначные оценки. Так, Комитет «Гражданское содействие», который занимается организацией помощи мигрантам и беженцам в Российской Федерации, в своём докладе Комитету ООН по правам человека, направленному в мае 2020 года, выделил как одну из ключевых проблем – нарушение Россией принципа невысылки. Среди прочего Комитет отметил, что гарантии невысылки беженцев, закреплённые в российском законодательстве, не соответствуют требованиям, предусмотренным в Конвенции о беженцах и ЕКПЧ, отсутствует единая судебная практика по этим делам, нечётко урегулирован вопрос предоставления политического убежища, а также признания существования реальной опасности для жизни и здоровья лица, депортируемого по решению российских судов из России против их воли и невзирая на их показания²³. Ранее эта проблема затрагивалась на заседаниях Совета при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека. В частности, на специальном заседании от 4 февраля 2014 года было отмечено значительное количество нарушений Генпрокуратурой РФ принципа невысылки лиц, ищущих убежище, до принятия окончательных решений по приобретению ими статуса беженцев, что несомненно противоречит нормам Конвенции о беженцах²⁴. Среди прочего стоит отметить негативную практику незаконного лишения убежища сирийских беженцев Управлением Федеральной миграционной службы по

²⁰ Meki Elfagaji and Noor Elgafaji v. Staatssecretaris van Justitie. Judgment on case № C-465/07 // European Court Report. 2009. I-921.

²¹ Директива Совета Европейского Союза 2004/83/ЕС от 29 апреля 2004 года о минимальных стандартах квалификации и статуса граждан третьих стран или лиц без гражданства как беженцев или лиц, нуждающихся в силу иных причин в международной защите, и содержании предоставляемой защиты [Текст на англ.] // Официальный журнал Европейского союза. 2004. №304. С. 12-24.

²² Исполнилов А.С. Решение суда Европейского Союза по делу Elgafaji: взаимодействие права ЕС и международного гуманитарного права // Балтийский регион. 2011. № 3. С. 28-29.

²³ Доклад для Комитета ООН по правам человека, подготовленный Комитетом «Гражданское содействие», по перечню вопросов и проблем, касающихся прав беженцев и мигрантов в России в рамках статей 6, 7 и 13 МПГПП (Международного пакта о гражданских и политических правах) в связи с рассмотрением 8-го периодического доклада Российской Федерации CCPR/C/RUS/8, сессия 129 // Комитет «Гражданское содействие». Май 2020. С. 3-6.

²⁴ Рекомендации по итогам специального заседания «Об обеспечении прав иностранных граждан в ходе процедур экстрадиции, депортации, выдворения и получения убежища в Российской Федерации». URL: <http://president-sovet.ru/files/8b7f1/8b7f605f22dc0b614bfb2a1d04c1f7f1.pdf> (Дата обращения: 15.10.2020)

городу Москве в 2015 году, что нарушает право на возможность обращения за убежищем, право на обжалование решений о лишении убежища и является очередной угрозой нарушения принципа non-refoulement²⁵.

Исходя из этого, необходимо перейти к рассмотрению правового положения принципа невысылки в рамках российской правовой системы. Для начала стоит отметить, что Российская Федерация является участником Конвенции о беженцах, она присоединилась к конвенции и протоколу с одновременной ратификацией в 1992 году, также Россия – государство-участник Конвенции против пыток, МПГПП и ЕКПЧ. Эти договоры и общепризнанные нормы международного права являются составной частью правовой системы РФ. Реализация международных норм в правовой системе России в первую очередь обеспечивается посредством инкорпорации соответствующих положений в нормативные акты государства или отсылки к международным документам в правовых актах и решениях судов общей юрисдикции, Верховного и Конституционного суда. Основной закон страны – Конституция Российской Федерации – в ч. 1 ст. 63 содержит положения, согласно которым в правоотношениях по вопросам предоставления иностранным лицам и лицам без гражданства убежища Россия руководствуется общепризнанными нормами международного права, а, как мы уже выяснили, принцип невысылки относится к таковым. Часть вторая данной статьи регламентирует обстоятельства, при которых исключена выдача упомянутых лиц другому государству (в случае их преследования за политические убеждения), но не содержит нормы о невозможности высылки лица, в случае если существует реальная угроза для его жизни или здоровья в другом государстве²⁶. Тем самым Конституция даёт более узкое толкование принципа невысылки, чем Конвенция о беженцах и иные международные договоры, действие которых распространяется на Россию, что негативно сказывается на фактической реализации рассматриваемого принципа.

НЕСМОТРЯ НА КОЛЛИЗИЮ СРАЗУ ТРЁХ НОРМАТИВНЫХ АКТОВ (ЕКПЧ, ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА НИДЕРЛАНДОВ И ДИРЕКТИВЫ ЕС), СУД ЕС ПОСТАНОВИЛ, ЧТО НИДЕРЛАНДСКИЕ СУДЫ И МИГРАЦИОННАЯ СЛУЖБА ДОЛЖНЫ БЫЛИ ТОЛКОВАТЬ И ПРИМЕНЯТЬ СВОЁ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО С УЧЁТОМ ПОЛОЖЕНИЙ НЕ ТОЛЬКО ЕКПЧ, НО И ДИРЕКТИВЫ, ТАК КАК ОНА ЯВЛЯЕТСЯ ЧАСТЬЮ ПРАВА ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА И УСТАНОВЛИВАЕТ ДОПОЛНИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ ПО ЗАЩИТЕ ГРАЖДАН ТРЕТЬИХ СТРАН И ЛИЦ БЕЗ ГРАЖДАНСТВА, И В ТО ЖЕ ВРЕМЯ НЕ СОДЕРЖИТ ДОПОЛНИТЕЛЬНЫХ ОГРАНИЧЕНИЙ ПО ПРИМЕНЕНИЮ ПРИНЦИПА NON-REFOULEMENT

Стоит обратиться к другому нормативному акту, который регламентирует правовой статус беженцев в Российской Федерации – Федеральному закону «О беженцах». Ч. 1 ст. 10 закона содержит положение, согласно которому лицо, в той или иной мере признанное беженцем на территории Российской Федерации, не может быть принудительно отправлено в страну своей гражданской принадлежности (местожительства), если сохраняются обстоятельства, вследствие которых лицо было вынуждено покинуть страну и искать убежища в России²⁷. К этим обстоятельствам относится возможное причинение вреда жизни и здоровью из-за преследований по различным мотивам. Здесь интерпретация принципа невысылки уже более широкая и более схожа с трактовкой нормы по смыслу Конвенции о беженцах. Однако оценка этого риска для жизни принудительно выдворяемого лица осуществляется судами недостаточно тщательно и эффективно, о чём многократно сообщали заявители, и что также отражено в докладах Комитета «Граж-

²⁵ Буртина Е.Ю., Коростелева Е.Ю., Симонов В.И. Россия как страна убежища. – М.: Типография «Ваш Формат». 2015. С. 146-158.

²⁶ Конституция РФ от 12 декабря 1993 г. // Российская газета. 1993. № 237.

²⁷ Федеральный закон от 19 февраля 1993 г. N 4528-1 (с изменениями на 31 июля 2020 года) «О беженцах» // Российская газета. 1993. № 54.

данское содействие». В итоге мы имеем ситуацию, когда у иностранных граждан попросту нет эффективных средств правовой защиты для борьбы с принудительным выдворением из Российской Федерации.

Следует также обратить внимание на то, что запрет на возврат в страну происхождения (часть принципа невысылки) прямо не распространяется на следующие категории беженцев в России:

- обжалующие отказ в рассмотрении ходатайства о признании статуса беженца (косвенно запрет предусмотрен в ч. 5 ст. 10 вышеупомянутого Федерального закона);
- ожидающие принятия решения о предоставлении временного убежища;
- обжалующие отказ в предоставлении или продлении временного убежища²⁸.

Более того, в Федеральном законе «О беженцах» нет разъяснений касательно факта отказа от добровольного выезда с последующим выдворением без судебного разбирательства, что также создаёт опасность высылки лиц, которые находятся в РФ на законных основаниях. Из этого можно сделать вывод, что если требования ст. 32 Конвенции «О беженцах» лишь частично отражены в законодательстве РФ, так как гарантии невысылки распространяются не на все категории лиц, имеющих статус беженцев, а также могут подрываться нормами о принудительной высылке этих лиц, то положения ст. 33 практически не отражены в национальных нормативно-правовых актах.

В качестве примера нарушения российскими судами принципа невысылки можно привести постановление Верховного Суда РФ № 5-АД19-259 по делу Жалалова²⁹. Так, защитник гражданина республики Узбекистан Б.М. Жалалова подал жалобу на постановление Мещанского районного суда города Москвы, согласно которому к Жалалову должны были быть применены меры административной ответственности, в числе которых административное выдворение в

государство гражданства. В жалобе было указано, что применение такой меры неминуемо повлечёт угрозу для его жизни и здоровья, а также возможное применение пыток и бесчеловечное обращение в рамках политического дела, возбуждённого на родине. Но суд посчитал, что защитой не приведено достаточно аргументов для доказательства существования реальной опасности жизни и здоровью Жалалова в Узбекистане. Верховный Суд не принял во внимание и решение Европейского Суда по правам человека³⁰, в котором среди прочего было установлено, что выдворение этого лица будет являться нарушением ст. 3 ЕКПЧ, которая, как было упомянуто выше, содержит принцип non-refoulement. В итоге жалоба была оставлена без удовлетворения, а постановление районного суда – без изменения, что несомненно нарушает положения как ст. 33 Конвенции о беженцах, так и нормы ЕКПЧ, государством-участником которой Российская Федерация также является.

Стоит упомянуть и резонансное дело «Махмуджан Эргашев против России»³¹. В отношении гражданина Киргизской Республики М. Эргашева киргизскими властями было заочно возбуждено уголовное дело, после чего он был задержан в России в 2010 году, и затем Генеральной прокуратурой РФ было принято решение о его выдаче Киргизии. Заявитель обратился к Федеральной миграционной службе с ходатайством о предоставлении ему статуса беженца, однако получил отказ. Он также обжаловал постановление Генеральной прокуратуры в городском, а затем Верховном Суде, ссылаясь на то, что в случае выдворения он столкнётся с угрозой применения пыток, так как принадлежит к узбекскому этническому меньшинству. В качестве аргументов Эргашев приводил выводы Независимой международной комиссии по расследованию событий в Киргизии³², но Верховный Суд отклонил жалобу и оставил без изменения определение суда первой инстан-

²⁸ Буртина Е.Ю., Коростелева Е.Ю., Симонов В.И. Россия как страна убежища. М.: Типография «Ваш Формат». 2015. С. 25.

²⁹ Постановление Верховного Суда РФ от 24.12.2019 N 5-АД19-259 // URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=614318#09193961177790315> (Дата обращения: 20.10.2020)

³⁰ Постановление ЕСПЧ от 11.06.2019 «Дело «С.С. и Б.З. против России» (жалобы №№ 35332/17 и 79223/17) [рус., англ.] // URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-193613> (Дата обращения: 20.10.2020)

³¹ Постановление ЕСПЧ от 16.10.2012 «Дело «Махмуджан Эргашев (Makhmudzhan Ergashev) против Российской Федерации» (жалоба N 49747/11) [рус., англ.] // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2013. N 8. С. 9, 122-140.

³² Report of the Independent International Commission of Inquiry into the events in southern Kyrgyzstan in June 2010 // Kyrgyzstan Inquiry Commission. 2011. P. 41-44.

ции. В дальнейшем, в августе 2011, Эргашев направил жалобу в ЕСПЧ, суд, изучив все факты и обстоятельства, постановил, что выдача Российской Федерацией гражданина М. Эргашева Киргизской Республике нарушит нормы о невысылке, содержащиеся в ст. 3 ЕКПЧ. Следовательно, снова можно наблюдать недостаточное изучение Верховным Судом и нижестоящими судами РФ аргументов заявителя и принятие решения, которое признано противоречащим международно-правовым нормам.

Затронутая проблема остро стоит перед российской правовой системой уже несколько лет. Одна из наиболее перспективных и эффективных попыток урегулировать данный вопрос – принятие закона «О предоставлении убежища», проект которого был разработан Федеральной миграционной службой ещё в 2015 году, он был замечен в дорожной карте Правительства по решению данной проблемы, но так и не был внесён на рассмотрение в Государственную думу. Стоит отметить, что ст. 7 этого законопроекта содержит и в полной мере раскрывает принцип невысылки в соответствии с международными актами и в первую очередь ст. 33 Конвенции о беженцах, а также вводит исчерпывающий перечень лиц, которым обеспечиваются гарантии невысылки: лицо, ищущее убежище; беженец; лицо, получившее временное убежище; лицо, получившее политическое убежище; лицо, получившее временную защиту³³. Новый закон мог бы существенно помочь с решением проблемы высылки иностранных граждан против их воли до принятия окончательного решения по их статусу. Но, во-первых, законопроект был забракован и не получил дальнейшего движения после разработки, несмотря на его значение и потенциал. А во-вторых, как отмечалось в докладе Комитета «Гражданское содействие», учитывая то, что ключевая роль в реализации принципа невысылки в правовой системе отводится судам и ГУ МВД России по вопросам миграции, которые непосредственно применяют нормы права для решения дела или

**КОНСТИТУЦИЯ ДАЁТ
БОЛЕЕ УЗКОЕ ТОЛКОВАНИЕ
ПРИНЦИПА НЕВЫСЫЛКИ, ЧЕМ
КОНВЕНЦИЯ О БЕЖЕНЦАХ
И ИНЫЕ МЕЖДУНАРОДНЫЕ
ДОГОВОРЫ, ДЕЙСТВИЕ КОТОРЫХ
РАСПРОСТРАНЯЕТСЯ НА РОССИЮ,
ЧТО НЕГАТИВНО СКАЗЫВАЕТСЯ
НА ФАКТИЧЕСКОЙ РЕАЛИЗАЦИИ
РАССМАТРИВАЕМОГО ПРИНЦИПА**

решения вопроса о получении статуса беженца, необходимо наладить работу этих органов власти, их подход к рассмотрению дел и изучению аргументов заявителей. Из-за довольно низкого уровня оценки рисков для жизни и здоровья беженцев в стране их гражданства судебными органами РФ усиливается пристальный надзор Европейского Суда по правам человека за процедурным контролем разрешения дел о высылке беженцев в России. И хотя подобный подход уже предлагался в качестве рабочей практики для более эффективной дифференциации процедурной защиты на национальном и международном уровне³⁴, это, скорее всего, негативно скажется на дальнейшем взаимодействии судебной системы Российской Федерации с этим международным судебным органом.

Таким образом, перспективы действия международного принципа non-refoulement в Российской правовой системе весьма неоднозначны. С одной стороны, эта норма международного права беженцев и международного права в области прав человека, являясь общепризнанным международным принципом, а также частью актов, участником которых Россия выступает, составляет часть Российской правовой системы в соответствии с Конституцией РФ. Кроме того, при расширительном толковании ст. 10 Федерально-го закона «О беженцах», можно говорить о том,

³³ Проект Федерального закона «О предоставлении убежища на территории Российской Федерации» (подготовлен ФМС России) (не внесен в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 18.08.2015) // Федеральный портал проектов нормативных правовых актов. URL: <https://regulation.gov.ru/projects#search=o&npa=8091> (Дата обращения: 15.10.2020)

³⁴ Кравчук Н.В. Принцип невозвращения в международном праве беженцев // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Сер. 4, Государство и право: Реферативный журнал. 2019. № 4. С. 194.

что гарантии невысылки в российском законодательстве предусмотрены. Поэтому суды, ссылаясь на данный закон, а также руководствуясь Конвенцией о беженцах и ЕКПЧ, могут применять принцип non-refoulement при разрешении дел о выдворении иностранных граждан в соответствии с международными нормами права.

С другой стороны, отсутствие чёткого закрепления в законе понятия «убежище», недостаточная регламентация гарантий невысылки до решения по определению статуса заявителей и предоставления им убежища и отсутствие

прямого закрепления в российском законодательстве принципа non-refoulement приводят к многочисленным нарушениям судами и миграционными службами международного права и общепризнанных принципов в своей деятельности. Отсутствие единой, последовательной практики по данным категориям дел, недостаточно углубленный подход к изучению юридических фактов и аргументов заявителей о потенциальной опасности для жизни и здоровья также негативно сказываются на практике применения принципа невысылки в Российской правовой системе.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Нормативно-правовые акты

1. Конвенция о статусе беженцев (Женева, 28 июля 1951 г.) // Действующее международное право. Том 1. М.: МНИМП. 2007. С. 175-186.
2. Конвенция о защите прав человека и основных свобод (ETS № 5) (Рим, 4 ноября 1950 г.) // Собрание законодательства РФ. 2001 г. № 2, ст. 163.
3. Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 г.) // Действующее международное право. В 3 т. М.: МНИМП. 2007. Том 2. С. 232-249.
4. Региональное законодательство о беженцах, Картагенская декларация о беженцах, коллоквиум по теме «Международная защита беженцев в Центральной Америке, Мексике и Панаме», 22 ноября 1984. URL: <https://www.refworld.org.ru/docid/52809f8a4.htm> (Дата обращения: 20.10.2020)
5. Директива Совета Европейского Союза 2004/83/ЕС от 29 апреля 2004 года о минимальных стандартах квалификации и статуса граждан третьих стран или лиц без гражданства как беженцев или лиц, нуждающихся в силу иных причин в международной защите, и содержании предоставляемой защиты [Текст на англ.] // Официальный журнал Европейского союза. 2004. №304. С. 12-24.
6. Комитет ООН по правам человека, Замечание общего порядка № 31 (80): Характер общего юридического обязательства, налагаемого на государства-участники Пакта, 26 мая 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. С. 5. URL: <https://www.refworld.org.ru/docid/478b26df2.html> (Дата обращения: 02.10.2020)
7. Декларация о территориальном убежище // Действующее международное право. Том 1. М.: МНИМП. 2007. С. 187-190.
8. Конституция РФ от 12 декабря 1993 г. // Российская газета. 1993. № 237.
9. Федеральный закон от 19 февраля 1993 г. N 4528-1 (с изменениями на 31 июля 2020 года) «О беженцах» // Российская газета. 1993. № 54.

Судебная практика:

10. Spring v. Switzerland. Federal Supreme Court. BGE 126 II 145-169 // ILDC 351 (CH 2000).
11. Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration). No. 27790, [2002] // 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1.
12. Meki Elfagaji and Noor Elgafaji v. Staatssecretaris van Justitie. Judgment on case № C-465/07 // European Court Report. 2009. I-921.
13. Постановление ЕСПЧ от 16.10.2012 «Дело «Махмуджан Эргашев (Makhmudzhan Ergashev) против Российской Федерации» (жалоба N 49747/11) [рус., англ.] // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2013. N 8. С. 9, 122-140.
14. Постановление ЕСПЧ от 11.06.2019 «Дело «С.С. и Б.З. против России» (жалобы №№ 35332/17 и 79223/17) [рус., англ.] // URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-193613> (Дата обращения: 20.10.2020)
15. Постановление Верховного Суда РФ от 24.12.2019 N 5-АД19-259 // URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=614318#09193961177790315> (Дата обращения: 20.10.2020)

Научная литература:

16. Дрёге К. Передача задержанных лиц: юридические основания, принцип невыдворения (non-refoulement) и современные вызовы // Международный журнал Красного Креста. 2008. Том 90, № 871. С. 259-303.
17. Исполинов А.С. Нормы jus cogens в решениях международных и национальных судов // Российский юридический журнал. 2014. № 6 (99). С. 7-14.
18. Кравчук Н.В. Принцип невозвращения в международном праве беженцев // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Сер. 4, Государство и право: Реферативный журнал. 2019. № 4. С. 187-195.
19. Исполинов А.С. Решение суда Европейского Союза по делу Elgafaji: взаимодействие права ЕС и

- международного гуманитарного права // Балтийский регион. 2011. № 3. С. 25-31.
20. Буртина Е.Ю., Коростелева Е.Ю., Симонов В.И. Россия как страна убежища. М.: Типография «Ваш Формат». 2015. 344 с.
21. Allain J. The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement // international Journal of Refugee Law. Vol. 13, No. 4. P. 533-558.
22. Bruin R., Wouters K. Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement // International Journal of Refugee Law. 2003. Volume 15, Issue 1. P. 5-29.
23. Report of the Independent International Commission of Inquiry into the events in southern Kyrgyzstan in June 2010 // Kyrgyzstan Inquiry Commission. 2011. 88 p.
- Интернет источники:**
24. Доклад для Комитета ООН по правам человека, подготовленный Комитетом «Гражданское содействие», по перечню вопросов и проблем, касающихся прав беженцев и мигрантов в России в рамках статей 6, 7 и 13 МПГПП в связи с рассмотрением 8-го периодического доклада Российской Федерации ССРР/C/RUS/8, сессия 129 // Комитет «Гражданское содействие». Май 2020. 16 с.
25. Проект Федерального закона «О предоставлении убежища на территории Российской Федерации» (подготовлен ФМС России) (не внесен в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 18.08.2015) // Федеральный портал проектов нормативных правовых актов. URL: <https://regulation.gov.ru/projects#search=o&npa=8091> (Дата обращения: 15.10.2020)
26. Рекомендации по итогам специального заседания «Об обеспечении прав иностранных граждан в ходе процедур экстрадиции, депортации, выдворения и получения убежища в Российской Федерации». URL: <http://president-sovet.ru/files/8b7f8b7f605f22dc0b614bfb2a1d04c1f7f1.pdf> (Дата обращения: 15.10.2020)
27. Управление Верховного комиссара ООН по делам беженцев. Позиция УВКБ ООН в отношении дипломатических гарантий и международной защиты беженцев, 1 августа 2006 (Женева). 24 с. URL: <https://www.refworld.org.ru/docid/5204e9cf4.html> (Дата обращения: 20.10.2020)



УДК 342.4



Кирилина Алёна Андреевна
(kirilina.hse@gmail.com)

Студент 4 курса бакалавриата
факультета права Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики»

Alena Kirilina

4th – year student of bachelor program
National Research University
«Higher School of Economics»
Faculty of Law

КОНСТИТУЦИОННЫЕ НОРМЫ КАК ИСТОЧНИК УГОЛОВНОГО ПРАВА

CONSTITUTIONAL RULES AS A SOURCE OF CRIMINAL LAW

АННОТАЦИЯ: Автор статьи развивает положение венгерского конституционалиста А. Шайо, согласно которому конституционный текст отражает те страхи, с которыми общество столкнулось в своём прошлом. Получается, что конституционные нормы, закрепляющие то или иное право, запрещающие ту или иную деятельность, становятся источником для уголовного права, так как без охраны общественных интересов со стороны уголовного закона невозможна защита главных ценностей, на которых построено общество. Приводятся примеры из различных конституций Старого и Нового Света, в которых отражены нормы, послужившие источником для уголовного закона каждой страны. Автор отстаивает тезис, согласно которому без указания на ту или иную ценность общества (свобода слова, свобода труда и т.д.) в конституции уголовный закон как бы не видит преступления там, где оно на самом деле есть.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: конституция, конституционная норма, источник уголовного права, уголовный закон, теория конституционализма, конституции зарубежных государств, права человека.

ANNOTATION: The author of the article develops the position of the Hungarian constitutionalist A. Chaillot, according to which the constitutional text reflects the fears that society has faced in its past. It turns out that the constitutional norms securing this or that right, prohibiting this or that activity become a source for criminal law, since without the protection of public interests by the criminal law, it is impossible to protect the main values on which society is built. Examples from various constitutions of the old and new world are given, which reflect the rules that served as a source for the criminal law of each country. The author defends the thesis, according to which, without specifying a particular value of society (freedom of speech, freedom of labor, etc.) in the constitution, the criminal law does not seem to see crime where it really is.

KEYWORDS: constitution, constitutional norm, source of criminal law, criminal law, theory of constitutionalism, constitutions of foreign states, human rights.

В нашей работе мы проведём сравнительный анализ конституционных норм, являющихся источником уголовного права. Конституционные нормы будут поделены на ординарные и неординарные. Первые будут являться нормами общего для большинства стран характера, по типу: «сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия не допускается»¹. На них мы не заиклим своё внимание ввиду малого интереса как со стороны читателя, так и со стороны автора. Вторые будут специфическими, они основаны на историческом опыте отдельной нации, например, в п.2 ст. 27 российской Конституции говорится, что «каждый может свободно выезжать за пределы Российской Федерации. Гражданин Российской Федерации имеет право беспрепятственно возвращаться в Российскую Федерацию». И мы понимаем, что статья эта была написана ввиду опыта советского, где люди не могли без внутренней визы покинуть пределы СССР и не могли вернуться назад в случае, если их принудительно выслали. В нашем исследовании мы понимаем конституционные нормы как источник уголовного права в том смысле, что любой конституционный текст даёт определённую норму материального права, закрепляющую права и свободы человека, которые обязан охранять уголовный закон.

¹ Ст. 24 Конституции РФ

Великий венгерский конституционалист и судья Андраш Шайо писал, что «Конституции, служащие конституционализму, работающие, а не порожденные иллюзиями и обещаниями революционных утопий, не предсказывают, каким должно быть общество будущего. Они говорят о связанных с предыдущим строем и существовавших в нем страхах, о том, как на основе знания этих страхов следовало бы пользоваться властью»². Его также поддерживает в этих воззрениях Т.Г. Морщакова³. При этом это могут быть страхи не перед отдельными явлениями, которые ныне признаются преступлениями (например, работорговля), но и элементы государственного строительства, общественной жизни и т.д. В качестве примера можно привести Ш. де Голля, который старался в Конституции Пятой французской республики избежать парламентской несогласованности действий Четвёртой республики. Или разработка Конституции ФРГ 1949 года постоянно сталкивалась с мыслью, что нельзя допустить неуправляемость страной, как во времена Веймарской республики. Именно поэтому мы будем видеть различные отголоски предыдущих строев и эпох во всех конституциях. Однако мы приведём в пример как источник для уголовного права только те конституционные тексты, нормы, которые находятся под защитой уголовного закона, за которыми последовало принятие соответствующих уголовных законов.

Перейдём к сравнительному анализу ординарных для подавляющего большинства конституций норм. Возьмём в качестве примера норму, запрещающую нарушать тайну переписки, переговоров и иных сообщений, за исключением оснований, предусмотренных законом. Эта общая норма присутствует в конституциях: ФРГ (ст.10), РФ (ст. 23) Польши (ст. 49), Бразилии (ст. 5, отд. XII), Китая (ст. 40) и ряда других государств. При этом нами не берутся в расчёт конституции Франции, Австралии, Канады, в чьих текстах отражены преимущественно административно-территориальное деление и порядок осуществления публичной власти на соответствующей территории. Как видно, не

**СОСТАВЫ, СОДЕРЖАЩИЕСЯ
В РАЗДЕЛЕ X УК РФ, ПО СУЩЕСТВУ,
НАПРАВЛЕННЫ НА ЗАЩИТУ
ИМЕННО ДЕЙСТВУЮЩЕЙ ВЛАСТИ,
КОТОРАЯ ОСУЩЕСТВЛЯЕТ СВОИ
ПОЛНОМОЧИЯ НА ОСНОВАНИИ
ЗАКОНА. В УГОЛОВНОМ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ФРГ
ОБЪЕКТОМ ПОСЯГАТЕЛЬСТВА
ЯВЛЯЕТСЯ, СКОРЕЕ, НЕ САМА
ДЕЙСТВУЮЩАЯ ВЛАСТЬ,
А ТОТ ОБЩЕСТВЕННЫЙ,
ДЕМОКРАТИЧЕСКИЙ,
ОСНОВАННЫЙ НА ПРАВЕ СТРОИ,
УЧРЕЖДЁННЫЙ КОНСТИТУЦИЕЙ**

представляет большого труда найти общую для самых разных государств конституционную норму. Гораздо интереснее смотреть на нормы, которые связаны со специфической эмпирикой отдельной нации. Именно это мы сейчас и пробуем сделать.

Например, в Конституции Федеративной Республики Германия, в ст. 18 говорится, что «каждый, кто использует свободу выражения мнений, в частности свободу печати, свободу преподавания, свободу собраний, свободу объединений, тайну переписки, почтовой, телеграфной и телефонной связи, право собственности или право убежища для борьбы против основ свободного демократического строя, утрачивает эти основные права». Эта норма есть результат прямого страха перед нацизмом, который использовал демократические инструменты Конституции Веймарской Республики для захвата власти. Как известно, национал-социалистическая партия пришла к власти исключительно демократическим путём через выборы⁴. Уголовный закон ФРГ отразил в себе преступления против демократического правового государства. Так, имеются следующие статьи: продолжение деятельности политической партии, объявленной неконституционной;

² Шайо А. Самоограничение власти, краткий курс конституционализма. - М., 2001. С. 6. President Law Journal 1'20.

³ WILLIAM SHIRER. THE RISE AND FALL OF THE THIRD REICH. London, 1960. P. 141-144

⁴ Уголовный кодекс Республики Польша — СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс

нарушение запрета на создание организации; распространение агитационных материалов антиконституционных организаций; использование символики неконституционных организаций; антиконституционное влияние на федеральные вооруженные силы и т.д.

Трудно сказать, воспринял ли отечественный уголовный закон подобный опыт. Поскольку составы, содержащиеся в разделе X УК РФ, по существу, направлены на защиту именно действующей власти, которая осуществляет свои полномочия на основании закона. В уголовном законодательстве ФРГ объектом посягательства является, скорее, не сама действующая власть, а тот общественный, демократический, основанный на праве строй, учреждённый Конституцией.

В этом отношении похожей представляется ст. 13 Польской Конституции, где сказано, что «запрещено существование политических партий и иных организаций, которые в своих программах обращаются к тоталитарным методам и приемам деятельности нацизма, фашизма и комму-

низма, а также тех, программа или деятельность которых требует или допускает расовую и национальную ненависть, применение насилия с целью захвата власти или влияния на политику государства либо предусматривает сохранение в тайне структур или членства». То же в отношении ч. 3 ст. 1 Конституции Болгарии, где сказано, что группа людей или политическая партия не может монополизировать суверенитет народа. Общность неординарных норм может свидетельствовать об общности страха перед совместно пережитым опытом.

В польском уголовном законе отдельно выделяются «преступления против свободы»⁵. Туда включаются, в частности, преступления против выборов, местного самоуправления, публичного порядка и правосудия.

В Конституции Итальянской республики содержится статья 27, утверждающая, что уголовная ответственность является персональной. Это связано с тем, что во времена фашистского режима Бенито Муссолини к уголовной ответственности привлекались и родственники



⁵ Уголовный кодекс Республики Польша — СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2001.

**В КОНСТИТУЦИИ ШВЕЙЦАРИИ
ДОСТАТОЧНО СТРАННО,
НА ПЕРВЫЙ ВЗГЛЯД,
СФОРМУЛИРОВАНЫ
НЕКОТОРЫЕ СТАТЬИ (31, 145).
ТАМ ГОВОРИТСЯ ПРО СУДЕЙ
И СОЮЗНОГО КАНЦЛЕРА,
ПРИ ЭТОМ УТОЧНЯЕТСЯ,
ЧТО ЭТО МОЖЕТ БЫТЬ КАК
ЖЕНЩИНА, ТАК И МУЖЧИНА.
ОТВЕТ КРОЕТСЯ В ТОМ, ЧТО
ДО 1971 ГОДА В ШВЕЙЦАРИИ
ЖЕНЩИНЫ НЕ ИМЕЛИ НИ
ПАССИВНОГО, НИ АКТИВНОГО
ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ПРАВА**

осуждённого, например, если они не уведомили государственные органы о готовящемся преступлении (мятеже, несанкционированной забастовке и т.д.) Потребовалось время, чтобы отразить этот опыт и закрепить персональную уголовную ответственность в конституционном тексте, а затем и в уголовном законе.

Интересной представляется ст. 41 Конституции КНР, где сказано, казалось бы, простая и понятная для любого цивилизованного человека идея, что каждый гражданин имеет право жаловаться в государственные органы. Но только востоковеды могут понять её специфику. Дело в том, что в древнем Китае установилось правило, согласно которому жалобщики являются нарушителями гармонии, а потому, если кто-то обратился к царскому чиновнику или судье, то сначала бьют того, кто обратился в суд, а затем и того, на кого он пожаловался⁶. Только после этого дело могли рассмотреть по существу. Эта традиция решения всех правовых проблем без обращения в государственные органы существовала на протяжении всей истории Китая, вплоть до прихода коммунистов к власти.

В Конституции РФ имеется похожая норма, выраженная в ст. 33: «Граждане Российской

Федерации имеют право обращаться лично, а также направлять индивидуальные и коллективные обращения в государственные органы и органы местного самоуправления». Конечно, здесь сказано не про жалобы и не про исковые заявления, как в Конституции Китая, здесь говорится именно об обращениях, т.е. запросах в органы государственной власти и местного самоуправления.

В Конституции Швейцарии достаточно странно, на первый взгляд, сформулированы некоторые статьи (31, 145). Там говорится про судей и союзного канцлера, при этом уточняется, что это может быть как женщина, так и мужчина. Ответ кроется в том, что до 1971 года в Швейцарии женщины не имели ни пассивного, ни активного избирательного права⁷. Ввиду этого они также не могли пользоваться защитой со стороны уголовного закона, т.к. сама Конституция не давала им на это право. Поскольку конституция является главенствующим актом, а уголовный закон ей подчинённым, можно говорить о том, что даже противоправные по своей природе явления не могут быть наказуемы уголовным законом. Закон как бы не видит здесь преступления против прав и свобод человека.

В Конституции РФ только единожды отмечается, что мужчина и женщина равны – в статье девятнадцатой. Всё же эмансипация женщин в России произошла раньше, чем во всём остальном мире благодаря советской власти. Первая женщина-министр в мире, первая женщина, ставшая членом Академии наук и т.д. – всё это было именно в СССР. УК РФ в ст. 136 запрещает любую дискриминацию, в том числе и по половому признаку, санкция за подобную дискриминацию также появилась изначально в советском уголовном законе.

Рассмотрим статью 10 Конституции Чили. В ней сказано, что «в Чили нет привилегированных классов и нет рабов. Тот, кто вступает на Чилийскую землю, становится свободным. Чилийцы не могут заниматься торговлей рабами. Тот, кто торгует рабами, не может стать гражданином Чили, не может проживать на территории

⁶ Бальчиндоржиева Оюна Баировна Социальная гармония в китайской философии // Вестн. Том. гос. ун-та. 2015. №391. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/sotsialnaya-garmoniya-v-kitayskoy-filosofii> (дата обращения: 17.10.2020).

⁷ Тарнавская Магдалена Александровна Избирательная система Швейцарской Конфедерации: определение результатов выборов // Вестник МГИМО. 2014. №2 (35).

государства». Эта статья имеет под собой достаточно тяжёлый опыт прошлого. В Чили была долгая традиция рабства, его отменяли дважды (в 1683 частично и 1823 повсеместно). При этом традиция рабства сохранялась в отдалённых районах страны. Чили только в 1995 году ратифицировала конвенцию о рабстве 1926 года⁸.

Чилийское государство отдельно выделяет эту норму несмотря на то, что Конституция принималась в 1925 году, спустя более чем сто лет после отмены рабства. Это связано с тем, что государство провозглашает принцип свободы, на котором построено данное общество, указывает, что за нарушение этого принципа будет соответствующая санкция со стороны уголовного закона.

Можно вспомнить пример и из отечественного Основного закона. Так, статья 37 Конституции провозглашает свободу труда, выбора занятий и запрет принудительного труда. Во многом появление этой статьи было продиктовано опытом трудовых лагерей на территории СССР. Данная система принуждала людей к занятию тяжёлым физическим трудом вне зависимости от рода предыдущей деятельности. Поэтому писателям, физикам, биологам и многим другим приходилось принимать участие в великих стройках коммунизма, но в виде трудовой единицы физического труда. При этом у нас не запрещён принудительный труд, если он избирается как мера наказания. Однако уголовный закон ФРГ запрещает принудительный труд наравне с трудом рабским: статьи 222–223.

Или статья 26 Конституции РФ, в которой говорится, что «каждый вправе определять и указывать свою национальную принадлежность», «никто не может быть принуждён к определению и указанию своей национальной принадлежности». Это также продиктовано опытом предыдущего общественного строя, где в паспорте гражданина СССР была обязательная так называемая пятая графа – «национальность». Именно на её основе государственные органы относили человека к тому или иному этносу. В сталинские времена именно по пятой графе репрессировали крымских татар, немцев и другие

народы. После смерти И.В. Сталина могли быть негласные ограничения по национальности, например, при поступлении в университет⁹.

Итак, мы рассмотрели ординарные и неординарные конституционные нормы в качестве источника уголовного права. Повторимся, что мы указывали различные конституционные нормы как основания для защиты общественно-охраняемого блага, поскольку только признаваемые государством через конституционный текст блага могут находиться под охраной уголовного закона. Теперь же рассмотрим, как конституционные нормы изменяли уголовное право на примере судебных актов.

Хрестоматийным примером является вторая поправка к Конституции США, гарантирующая право на свободное ношение оружия. Со второй половины XIX века вторая поправка вызывает большое число споров, в ряде случаев закончившихся процессами в Верховном суде США. Один из ключевых случаев рассмотрения в ВС США – дело *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008). В этом деле Верховный суд завершил череду споров среди специалистов в уголовном праве и процессе по поводу того, что означает формулировка «хранить и носить оружие». Рядом специалистов предполагалось, что это подразумевает хранение и ношение оружия только в военных целях, для обеспечения обороны государства. Однако ВС отметил: «прежде чем рассмотреть термины «хранить» и «носить», мы рассмотрим объект – «оружие». Этот термин и тогда, и сейчас необязательно означает оружие, предназначенное именно для военных целей и применяемое по военному назначению. ... Во времена основателей, как и сейчас, «носить» означало «иметь при себе». Во многих случаях «ношение оружия» могло недвусмысленно означать и держание при себе оружия не в составе организованного ополчения. ... Во времена основателей фраза «ношение оружия» имела и идиоматическое значение, которое было существенно отличным от его прямого значения «служить солдатом, нести военную службу, воевать», или «вести войну». Именно после этого дела последовала череда отмен судебных

⁸ League of Nations Treaty Series, vol. 60, pp. 254–270

⁹ В частности, В.В. Познер в своей книге «Прощание с иллюзиями» отмечает, что его не приняли на биофак МГУ им. М.В. Ломоносова ввиду еврейского происхождения.

решений за незаконное ношение и хранение оружия, т.к. суды ограничительно трактовали поправку к Конституции.

Подведём итоги сказанному выше. Если мы посмотрим на конституции стран мира, то мы увидим, что народы записывают в свои конституционные тексты, казалось бы, прописные истины, базовые принципы и руководящие начала, которые уже набили оскомину любому читателю. Но каждая из этих норм отражает тот огромный и сложный исторический путь, который проделала каждая из наций. Это же отражает и те страхи, с которыми нации пришлось столкнуться в предыдущих эпохах и от чего эта нация желает себя уберечь. Где-то этот опыт схож ввиду общей культурной, религиозной, идеологической, территориальной общности, как в странах СНГ, Прибалтийских государствах, странах Латинской Америки и так далее. Во-вторых, только те блага, права и свободы, которые находятся под защитой конституции (билля о правах и т.п.), могут иметь защиту со стороны уголовного закона. Без декларации того или иного блага в качестве объекта кон-

ституционного контроля уголовный закон как бы не видит преступления там, где оно на самом деле есть. Именно поэтому конституционные нормы являются источником для уголовного права, не формальным, а самым что ни на есть материальным. Особенно в тех странах, где конституция является источником права прямого действия. В противном случае мы имеем неправовой закон, который может, с одной стороны, привлекать к ответственности за действительные преступления, а с другой стороны, нарушать права человека, прежде всего, естественные. Потому конституции и изобилуют огромным числом декларативных норм, провозглашающих даже те права и свободы, которые гарантируются всемирными конвенциями. Более того, если мы посмотрим на Конституцию России, то увидим, что создателями конституционного текста в заключительных и переходных положениях указан особый порядок внесения любых изменений в первую и вторую часть Конституции, закрепляющей те самые основные права и свободы человека и гражданина.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Нормативно-правовые акты

1. Билль о правах (вступил в силу 15 декабря 1791 года).
2. Конвенция о рабстве (подписана в Женеве 25 сентября 1926 года).
3. Конституция Германской империи (Веймарская) (принята 11 августа 1919 года).
4. Конституция Итальянской Республики (принята 22 декабря 1947 года).
5. Конституция Китайской Народной Республики (принята 4 декабря 1982 года).
6. Конституция Республики Польша (принята 2 апреля 1997 года).
7. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01 июля 2020 года).
8. Конституция Федеративной Республики Бразилии (принята 5 октября 1988 года).
9. Основной закон Федеративной Республики Германии (принят 23 мая 1949 года).
10. Политическая Конституция Республики Чили (промульгирована 18 сентября 1925 года и изменена законом № 7727 от 23 ноября 1943 года).
11. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ (ред. от 31 июля 2020 года).
12. Уголовный кодекс Республики Польша — СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2001.

13. Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии в редакции от 13 ноября 1998 г.
14. Федеральная Конституция Швейцарской Конфедерации (принята 18 апреля 1999 года).

Судебные акты

15. District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008).

Научная литература

16. Шайо А. Самоограничение власти, краткий курс конституционализма. – М., 2001.
17. WILLIAM SHIRER. THE RISE AND FALL OF THE THIRD REICH. London, 1960.
18. Бальчиндоржиева Оюна Баировна Социальная гармония в китайской философии // Вестн. Том. гос. ун-та. 2015. №391.
19. Тарнавская Магдалена Александровна Избирательная система Швейцарской Конфедерации: определение результатов выборов // Вестник МГИМО. 2014. №2 (35).

Интернет источники

20. Интервью с Т.Г. Морщаковой // Правовой журнал Президент. 2020. №1.
21. <http://history-switzerland.geschichte-schweiz.ch/chronology-womens-right-vote-switzerland.html>



УДК 347.6



Осокин Александр Владиславович
(osokin2001@yandex.ru)

Студент 2 курса бакалавриата
Юридического факультета
Московского государственного
университета им. М.В. Ломоносова

Osokin Alexander

2nd year student of bachelor program
Faculty of Law
Moscow State University named after
M.V. Lomonosov

Научный руководитель:

Романов Станислав Владимирович

Кандидат юридических наук,
доцент кафедры уголовного процесса,
правосудия и прокурорского надзора
Юридического факультета
Московского государственного университета
им. М.В. Ломоносова

Academic supervisor:

Stanislav Romanov

PhD in Law, associate professor of the
Department for Criminal Procedure, Justice and
Prosecutorial Oversight of the Law Faculty

ОСНОВАНИЯ НЕПРИЕМЛЕМОСТИ ЖАЛОБЫ ПРОТИВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ В ЕВРОПЕЙСКОМ СУДЕ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

GROUND OF INADMISSIBILITY OF AN APPLICATION AGAINST THE RUSSIAN FEDERATION TO THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

АННОТАЦИЯ: При подаче жалобы против РФ в ЕСПЧ заявитель ожидает множество «подводных камней», которые необходимо учитывать на этапе подготовки процессуальных документов. С этой целью автор статьи рассматривает основания, опираясь на которые ЕСПЧ отказывает заявителю в рассмотрении его жалобы на нарушение прав и основных свобод, гарантированных Конвенцией. В рамках рассмотрения оснований неприемлемости обращено особое внимание на их аспекты, решения ЕСПЧ, в которых они фигурировали, а также на новеллы Конвенции.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: *Европейский Суд по правам человека, основания неприемлемости жалобы, юрисдикционные основания неприемлемости, процессуальные основания неприемлемости, материальные основания неприемлемости, сокращение срока на подачу жалобы.*

ANNOTATION: While applying against the Russian Federation to the ECHR, a petitioner should remember about inadmissibility grounds of an application and other procedural documents during their preparation. Due to this fact an author analyses inadmissibility grounds that could be used by the ECHR to declare an application inadmissible and to reject its further examination. In frames of reviewing inadmissibility grounds its various aspects, ECHR decisions where they were first used and Convention's innovations are being discussed.

KEYWORDS: *European Court of Human Rights, inadmissibility grounds of an application, grounds for inadmissibility relating to the Court's jurisdiction, procedural grounds for inadmissibility, inadmissibility based on the merits, reduction of a term for applying to the Court.*



бращаясь к вопросу оснований неприемлемости жалобы при обращении в Европейский суд по правам человека, необходимо отметить, что, несмотря на косвенное закрепление в тексте

Конвенции, их существование вызвано появлением обширной судебной практики ЕСПЧ и ее осмыслением в форме различных неофициальных компиляций, созданных практикующими юристами для удобства взаимодействия с Европейским судом. В ч. 3 ст. 35 Конвенции указаны основания признания жалобы неприемлемой, значение которых установить крайне затруднительно вследствие того, что «несовместимость с положениями Конвенциями» выражается в самых разных формах, которые «должны устанавливаться самим Судом при рассмотрении конкретного дела по существу»¹.

Обширная практика Европейского суда к настоящему времени выделяет юрисдикционные, матери-

¹ См.: Point 39 of the Explanatory Report to Protocol № 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention. Strasbourg, 13.V.2004 // Council of Europe Treaty Series № 194 // URL: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d380f> (Date of approach: 24.09.2020).

альные и процессуальные основания неприемлемости, нарушения которых чаще всего происходят при обращении в ЕСПЧ.

I. Юрисдикционные основания неприемлемости. Особенностью юрисдикционных оснований неприемлемости является их правовая природа, заключающаяся в том, что Европейский Суд не обладает достаточными полномочиями для принятия и рассмотрения жалобы по различным обстоятельствам, вследствие чего большое количество обращений признаются неприемлемыми. Практика ЕСПЧ выработала 4 основных критерия неприемлемости: **ratione loci, ratione personae, ratione temporis и ratione materiae.**

Ratione loci. Данный критерий не будет считаться соблюденным в случае, если предполагаемое нарушение права, закрепленного Конвенцией, совершено на территории, которая не находится под юридической либо фактической юрисдикцией государства-участника Конвенции, то есть не только в пределах государственных границ, но и там, где государство фактически осуществляет свои властные полномочия (концепция эффективного контроля). Примером последнего положения в отношении России является межгосударственная жалоба Украины на предполагаемое нарушение прав граждан Украины на Юго-Востоке Украины и в АР Крым в 2014 году²; Грузии на предполагаемые нарушения прав граждан в связи с действиями России в Южной Осетии и Абхазии в 2008 году³. Конвенция, однако, в ст. 56, которая в доктрине получила название «колонимальной оговорки»⁴, предусматривает возможность добровольного распространения государством своей юрис-

дикции на территории, за внешние сношения которых оно несет ответственность. Очевидно, что данное положение было обусловлено конкретно-историческими обстоятельствами: в 1950-ых годах активный процесс деколонизации еще не был начат, следовательно, европейские колониальные империи являлись протекторами разных государственно-подобных образований, которые не осуществляли независимой внешней политики. Внешнюю политику протектората контролировала метропо-

лия, вследствие чего она, по смыслу Конвенции, и должна была нести ответственность за все последствия её проведения. В настоящее время данное положение является скорее архаизмом, чем действующей нормой международного права, в силу того, что колониализм в классическом его понимании прекратился.

В отношении Российской Федерации данная норма не может быть использована, так как коло-

ний и протекторатов после ратификации Конвенции она не имела.

Ratione personae. По смыслу Европейской Конвенции заявителем может быть человек, необязательно гражданин, что подчеркивает стремление создателей ЕКПЧ обеспечивать соблюдение прав человека по всему миру. С этих позиций практика ЕСПЧ выработала доктрину «функциональной юрисдикции» или «эффективного контроля», которая предусматривает «эффективную реализацию юрисдикции везде, где государство полномочно осуществлять свои функции по обеспечению соблюдения прав человека»⁵. По мнению судьи Бонелло, «государства обеспечивают соблюдение прав человека по пяти направлениям: во-первых, не нарушая

**ОБШИРНАЯ ПРАКТИКА
ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА
К НАСТОЯЩЕМУ
ВРЕМЕНИ ВЫДЕЛЯЕТ
ЮРИСДИКЦИОННЫЕ,
МАТЕРИАЛЬНЫЕ
И ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ
ОСНОВАНИЯ
НЕПРИЕМЛЕМОСТИ,
НАРУШЕНИЯ КОТОРЫХ ЧАЩЕ
ВСЕГО ПРОИСХОДЯТ ПРИ
ОБРАЩЕНИИ В ЕСПЧ**

² Applications nos. 20958/14, 42410/15, 8019/16, 70856/16, Cases of Ukraine v. Russia, awaiting judicial decision.

³ Application no. 13255/07, Georgia v. Russia (I), Judgment of 03 July 2014; Application no. 38263/08, Case of Georgia v. Russia (II), Judgment of 13 December 2011.

⁴ См. D. Harris, M. O'Boyle. Law of the European Convention on Human Rights. Third edition. Oxford: Oxford University Press. P. 100.

⁵ Application no. 55721/07, Case of Al-Skeini and Others v. The United Kingdom, § 130-150, Judgment of 7 July 2011.

их; во-вторых, посредством создания на местах механизмов по предотвращению злоупотреблений правами человека; в-третьих, посредством расследования жалоб на нарушения прав человека; в-четвертых, порицанием тех представителей государства, которые посягают на права людей; и, наконец, посредством компенсации за нарушение прав человека»⁶.

Посредством данной доктрины заявителям из Ирака удалось получить компенсацию за нарушение конвенционных прав во время вторжения Коалиционных войск в Ирак в 2001 году (в частности Вооруженных Сил Соединенного Королевства). Исходя из практики ЕСПЧ, касающейся ответственности государства, можно сделать вывод об экстерриториальной юрисдикции государства, то есть ответственности вне зависимости от места нарушения права. Данное положение, трактующее понятие «юрисдикция» расширительно (то есть не только в пределах государственных границ, но и на территориях, фактически подконтрольных данному государству), теоретически позволяет каждому человеку быть заявителем в ЕСПЧ, если государство-участник Конвенции каким-либо образом нарушило конвенционное право.

Для полноценного рассмотрения критерия *ratione personae* необходимо также определить, что ЕСПЧ понимает под жертвой в рамках действующей судебной практики. Прежде всего, необходимо отметить, что с 1998 года за каждым человеком было закреплено право на обращение с жалобой без предварительного признания государством такого права за лицом.

Данное нововведение породило огромное разнообразие практики, так как в связи с увеличением субъектов, обращающихся за защитой своих прав, увеличилось и количество жалоб, направляемых в ЕСПЧ. Как к физическим, так и к юридическим лицам Конвенция и судебная практика ЕСПЧ не устанавливают никаких определенных требований, за исключением статуса жертвы предполагаемого нарушения права.

ДАННОЕ НОВОВВЕДЕНИЕ ПОРОДИЛО ОГРОМНОЕ РАЗНООБРАЗИЕ ПРАКТИКИ, ТАК КАК В СВЯЗИ С УВЕЛИЧЕНИЕМ СУБЪЕКТОВ, ОБРАЩАЮЩИХСЯ ЗА ЗАЩИТОЙ СВОИХ ПРАВ, УВЕЛИЧИЛОСЬ И КОЛИЧЕСТВО ЖАЛОБ, НАПРАВЛЯЕМЫХ В ЕСПЧ. КАК К ФИЗИЧЕСКИМ, ТАК И К ЮРИДИЧЕСКИМ ЛИЦАМ КОНВЕНЦИЯ И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА ЕСПЧ НЕ УСТАНАВЛИВАЮТ НИКАКИХ ОПРЕДЕЛЕННЫХ ТРЕБОВАНИЙ, ЗА ИСКЛЮЧЕНИЕМ СТАТУСА ЖЕРТВЫ ПРЕДПОЛАГАЕМОГО НАРУШЕНИЯ ПРАВА

Следовательно, в ЕСПЧ могут обращаться все лица вне зависимости от возраста⁷ и, как было выяснено, статуса гражданства с государством-ответчиком. Более того, государство-участник Конвенции не вправе лишать уполномоченных лиц права на обращение в Суд или иным образом ограничивать его, даже если, согласно их личному закону, они не обладают дееспособностью⁸. Однако юридическое лицо может быть заявителем только в случае, если оно не осуществляет властные или иные публичные функции⁹ и не находится под контролем государства или его органов¹⁰.

Судебная практика с учетом статьи 34 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – ЕКПЧ) сформулировала определение жертвы, под которой понимается частное лицо, прямо, косвенно или потенциально затрагиваемое предполагаемым нарушением конвенционного права. Прямой жертвой является заявитель, чье право было предположительно нарушено государством-участником

⁶ Point 10 of concurring opinion of Judge Bonello; Application no. 55721/07, Case of Al-Skeini and Others v. The United Kingdom, Judgment of 7 July 2011.

⁷ См. European Court of Human Rights. Legal Nature of the obligation under article 25 § 1 in fine of the Convention: Information document prepared by the Registry. Strasbourg, 9 of June 1961. P. 17.

⁸ Ibid. P. 16.

⁹ Application no. 44319/98, Case of O.V.R. v. Russia, Decision of 3 April 2001.

¹⁰ Application no. 54522/00, Case of Kotov v. Russia, § 93, Judgment of 3 April 2012.

**ВАЖНЫМ МОМЕНТОМ ДЛЯ
УЧАСТИЯ В ДЕЛЕ КОСВЕННОЙ
ЖЕРТВЫ ЯВЛЯЕТСЯ СМЕРТЬ
ИЛИ ИСЧЕЗНОВЕНИЕ ПРЯМОЙ
ЖЕРТВЫ, В СЛУЧАЕ КОТОРЫХ
КАК ДО ПОДАЧИ ЖАЛОБЫ
В ЕСПЧ, ТАК И В ТЕЧЕНИЕ
СУДОПРОИЗВОДСТВА КОСВЕННАЯ
ЖЕРТВА СМОЖЕТ СТАТЬ
УЧАСТНИКОМ ПРОИЗВОДСТВА.
ТАКОЕ «ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ
ПРАВОПРЕЕМСТВО»
В ОГРАНИЧЕННОМ СМЫСЛЕ
ВОЗМОЖНО ПРИ УСЛОВИИ
ИЗЪЯВЛЕНИЯ КОСВЕННОЙ
ЖЕРТВОЙ ЖЕЛАНИЯ НА УЧАСТИЕ
И НАЛИЧИЯ ЗАКОННОГО
ИНТЕРЕСА В ТАКОМ ДЕЛЕ**

Конвенции. Жалоб от заявителей, считающих себя прямыми жертвами, в Европейском суде большинство.

Особое место занимает статус косвенной жертвы, под которой подразумеваются родственники или свойственники лица¹¹, чьи права были нарушены. Косвенная жертва обретает процессуальный статус заявителя в ЕСПЧ в случае смерти или пропажи прямой жертвы. Практика ЕСПЧ, однако, предъявляет определенные требования к косвенным жертвам, среди которых наличествует моральная и материальная заинтересованность в исходе дела, защита чести и репутации в суде, общая заинтересованность косвенной жертвы в деле. На основании этих оценок Суд допускает косвенную жертву к участию в процессе.

Важным моментом для участия в деле косвенной жертвы является смерть или исчезновение прямой жертвы, в случае которых как до подачи жалобы в ЕСПЧ, так и в течение судопроизводства косвенная жертва сможет стать участником производства.

Такое «процессуальное правопреемство» в ограниченном смысле возможно при условии изъясления косвенной жертвой желания на участие и наличия законного интереса в таком деле.

Множество примеров косвенных жертв отражено в практике ЕСПЧ. После окончания Второй чеченской войны и боевых действий на Северном Кавказе многие заявители обращаются в ЕСПЧ с жалобами на смерть или исчезновение (похищение) участников боевых действий, а также мирного населения. По мнению заявителей, нарушения прав прямых жертв были вызваны незаконными действиями сотрудников федеральных силовых ведомств, которые выступали от имени РФ. Вследствие этого ЕСПЧ признавал РФ ответственной за многочисленные нарушения конвенционных прав¹².

Отдельного рассмотрения заслуживает категория потенциальной жертвы, под которой Суд понимает лицо, чьи права могут быть нарушены в случае применения к нему существующего законодательства государства-участника Конвенции при условии убедительного или обоснованного доказательства лицом возможности применения таких внутригосударственных механизмов лично к нему. Под потенциальной возможностью нарушения права подразумевается чаще всего риск скрытого прослушивания телефонных или иных переговоров гражданина, нарушающий его право на уважение частной и семейной жизни, закрепленное ст. 8 Конвенции. Показательным в этом плане является постановление по делу **«Roman Zakharov v. Russia»**, в котором заявитель жаловался на несанкционированное и незаконное прослушивание его телефонных переговоров, никак фактически не доказав факт противоправного деяния. Европейский суд, однако, поддержал заявителя в связи с тем, что «факт существования секретных систем слежения за человеком сам по себе свидетельствует о потенциальной возможности нарушения его права, что несовместимо с положениями Конвенции. Недоказанность нарушения права в данном случае не

¹¹ См. Воскобитова М. Р. Стандарты Европейского Суда по правам человека и российская правоприменительная практика: Сборник аналитических статей. М.: Издательство «Анахарис», 2005. С. 32.

¹² См. т.н. «чеченские» дела в ЕСПЧ: Applications nos. 42575/07 etc, Case of Sultygov and Others v. Russia, Judgment of 9 October 2014; Applications nos. 50556/08 etc, Case of Kukurkhoyeva and Others v. Russia, Judgment of 22 January 2019; Applications nos. 4635/08, 14202/08, 21432/12, Case of Shamsudinova and Others v. Russia, Judgment of 5 February 2019.

влечет признания жалобы неприемлемой, так как предсказуемость в контексте систем слежения не предполагает возможности лица предвидеть прослушивание переговоров. Более того, средства правовой защиты (далее – СПЗ) в сфере соблюдения права на тайну переговоров являются эффективными в случае обладания заявителем информации о прослушивании его переговоров, однако в случае отсутствия такой информации, как это имело место в деле заявителя, лицо не сможет эффективно защищать свои права внутри государства»¹³. Следовательно, ЕСПЧ признал нарушение права на уважение частной жизни заявителя, указав РФ в качестве государства, которое «использует средства, заведомо противные устоям и принципам демократического общества»¹⁴.

Однако статус потенциальной жертвы схож до степени смешения с жалобами, которые Суд оценивает как **actio popularis**, направленные на защиту прав неопределенного круга лиц (абстрактные жалобы). ЕСПЧ отмечает, что «статья 34 ЕКПЧ не признает за заявителем права на обращение в Суд только лишь потому, что, по их мнению, закон абстрактно [т.е. без применения к конкретной ситуации – А.О.] не соответствует положениям Конвенции. Для признания жалобы приемлемой необходимо, чтобы закон причинил заявителю вред, а не абстрактно мог его причинить. Таким образом, статус потенциальной жертвы и **actio popularis** схожи до такой степени, что часто сам Суд не может провести между ними существенных различий. Однако ЕСПЧ отдельно выделяет дела о незаконном прослушивании переговоров граждан¹⁵. Данная позиция весьма обоснована, так как особая правовая природа таких дел обусловлена ограниченным потенциалом заявителя противодействовать нарушению своих прав на внутригосударственном уровне. В этой связи судья в ЕСПЧ от России Д. Дедов предлагает «в случае получения Судом большого количества повторяющихся жалоб, касающихся нарушения права на уважение частной жизни, устранить данную дисфункцию рос-

СТАТУС ЗАЯВИТЕЛЯ В ЕСПЧ ОТЛИЧАЕТСЯ РЯДОМ ОСОБЕННОСТЕЙ, КОТОРЫЕ ОБУСЛОВЛЕННЫ ОСОБЫМ ХАРАКТЕРОМ КОНВЕНЦИОННОГО МЕХАНИЗМА, ОБЕСПЕЧИВАЮЩИМ СОБЛЮДЕНИЕ ПРАВ И ОСНОВНЫХ СВОБОД ЧЕЛОВЕКА.

НЕОБХОДИМОСТЬ НАЛИЧИЯ
СТАТУСА ЖЕРТВЫ ЯВЛЯЕТСЯ
ВАЖНЕЙШИМ УСЛОВИЕМ
ОБРАЩЕНИЯ ЛИЦА В ЕСПЧ,
ТАК КАК ВСЕ ОСТАЛЬНЫЕ
УСЛОВИЯ ВЫТЕКАЮТ
ИЗ СТАТУСА ЖЕРТВЫ ЗАЯВИТЕЛЯ

сийской правовой системы посредством принятия пилотного постановления»¹⁶.

Следовательно, статус заявителя в ЕСПЧ отличается рядом особенностей, которые обусловлены особым характером конвенционного механизма, обеспечивающим соблюдение прав и основных свобод человека. Необходимость наличия статуса жертвы является важнейшим условием обращения лица в ЕСПЧ, так как все остальные условия вытекают из статуса жертвы заявителя.

Более того, критерий **ratione personae** не будет считаться соблюденным, если ответчиком по жалобе будет являться частное лицо или негосударственное образование. Существует также и прямое ограничение на обращение в ЕСПЧ, то есть субъекты, которые могут быть истцами в Европейском суде – это частные лица, не связанные с государством.

В случае обращения государственного органа или учреждения в ЕСПЧ (за исключением межгосударственных жалоб) его жалоба будет признана неприемлемой в связи с тем, что субъект не уполномочен на обращение в ЕСПЧ, что имело место в деле «**O. V. R. v. Russia**», когда Европейский суд не признал нотариальную

¹³ Application no. 47143/06, Case of Roman Zakharov v. Russia, § 298-300, Judgment of 4 December 2015.

¹⁴ Application no. 47143/06, Case of Roman Zakharov v. Russia, § 302-304, Judgment of 4 December 2015.

¹⁵ См. Concurring opinion of Judge Dedov; Application no. 47143/06, Case of Roman Zakharov v. Russia, Judgment of 4 December 2015.

¹⁶ Ibid.



палату ассоциацией, которая, в соответствии со ст. 34 Конвенции, имеет право на обращение в ЕСПЧ за защитой своих прав¹⁷. ЕСПЧ, в свою очередь, указывает на то, что «целью этих органов, в соответствии с законодательством, является регулирование и поощрение развития профессии, а также реализация важных публично-правовых функций по защите общества. Поэтому они не могут быть уподоблены профсоюзам, однако остаются интегрированными в государственные структуры»¹⁸.

Ratione temporis. Критерий времени непосредственно не определен Конвенцией, что порождает определенное непонимание данного основания в силу природы ЕКПЧ как международного договора, который не обладает обратной силой (что отражено в ст. 28 Венской конвенции о праве международных договоров)¹⁹ и презюмировался при заключении и ратификации Конвенции в 1950 г. Следова-

но, государство-участник Конвенции несет ответственность только за те действия и бездействия, которые совершило после ратификации Конвенции. Именно поэтому Европейский суд отказал в рассмотрении жалобы заявителем, которые жаловались на нарушения своих прав из-за сталинских репрессий и последствий преступлений против человечности во время Второй Мировой войны²⁰. Таким образом, критерий **ratione temporis** действует с момента ратификации Конвенции в отношении конкретного государства-участника.

Определенный интерес представляет правовая конструкция длящегося нарушения права, которое произошло до ратификации Конвенции и продолжается после ее ратификации. Классическим примером длящегося нарушения является похищение человека, как это было в ходе Чеченских войн конца 1990-ых – начала 2000-ых на Северном Кавказе. Европейский

¹⁷ Application no. 44319/98, Case of O.V.R. v. Russia, Decision of 3 April 2001.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ «Если иное намерение не явствует из договора или не установлено иным образом, то положения договора не обязательны для участника договора в отношении любого действия или факта, которые имели место до даты вступления договора в силу для указанного участника, или в отношении любой ситуации, которая перестала

существовать до этой даты» // Действующее международное право. Документы в 2-х томах. Т. 1 / Сост.: Колосов Ю.М., Кривчикова Э.С. - М.: Юрайт, Международные отношения, 2007. С. 200.

²⁰ Applications nos. 55508/07, 29520/09, Case of Janowiec and Others v. Russia, Judgment of 21 October 2013.

Суд считает, что при похищении родственники похищенного находятся в постоянном поиске, в состоянии неопределенности, невозможности дать объяснения по поводу того, что произошло, вследствие чего пока судьба пропавшего не будет выяснена, обязанность по проведению расследования лежит на государстве.

Следовательно, конструкция длящегося нарушения права является исключением из правила *ratione temporis*, которым пользуются в основном родственники пропавших или погибших людей, чья судьба неизвестна вследствие отсутствия должного расследования.

Ratione materiae. Критерий материальной приемлемости заключается в том, что право, предполагаемое нарушение которого имело место, должно быть закреплено положениями Конвенции, которые определяются в судебной практике Европейского суда. Необходимо отметить, что все критерии *ratione materiae* обладают автономным значением, которое не имеет основания в национальном праве, а определяется Европейским Судом, исходящим при определении содержания из духа Конвенции и природы защищаемого права. Наиболее распространенными понятиями в Европейской Конвенции, получившими широкое толкование в шестидесятилетней практике Суда, являются: «гражданские права и обязанности» в контексте права на справедливое судебное разбирательство (ч. 1 ст. 6); понятие «уголовного обвинения» в контексте права на справедливое судебное разбирательство (ст. 6); понятие «частная и семейная жизнь» в контексте ст. 8 Конвенции; понятие «имущество» с точки зрения ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции. Следовательно, ЕСПЧ удалось выработать большое количество автономных понятий, которые представляют опре-

деленный интерес как с научной, так и с практической точки зрения, так как права человека могут быть защищены только в случае, если понятие применимо к предполагаемому нарушению права. Таким образом, учет материальной стороны необходим, чтобы несоответствие предполагаемого нарушения права положениям Конвенции не стало основанием признания жалобы неприемлемой.

II. Материальные основания неприемлемости. Материальный характер данных оснований состоит в том, что при рассмотрении жало-

бы Суд приходит к ее явной необоснованности в связи с сутяжническим поведением заявителя, пытающегося отстоять нарушенные, по его убеждению, права без учета того, что нарушение должно быть серьезным и значительным. В этой связи необходимо рассмотреть наиболее показательные примеры материальных оснований неприемлемости жалобы, среди которых ЕСПЧ выделяет явную необоснованность и отсутствие значительного ущерба у заявителя.

Явная необоснованность. Несмотря на формальное соблюдение всех требований по заполнению формуляра жалобы и соответствия обстоятельств дела Конвенции, Европейский Суд может признать жалобу неприемлемой после рассмотрения обстоятельств конкретного дела. Такие жалобы в конвенционной системе рассматриваются как явно необоснованные. ЕСПЧ в своих постановлениях отмечает, что основным критерием, на основании которого разрешается вопрос об обоснованности жалобы, помимо условий (критериев) приемлемости, является соответствие принципу субсидиарности, на основе которого функционирует конвенционная система. В постановлении по делу «*Scordino v. Italy*» (I)²¹ ЕСПЧ в очередной раз

**КОНСТРУКЦИЯ ДЛЯЩЕГОСЯ
НАРУШЕНИЯ ПРАВА
ЯВЛЯЕТСЯ ИСКЛЮЧЕНИЕМ
ИЗ ПРАВИЛА RATIONE
TEMPORIS, КОТОРЫМ
ПОЛЬЗУЮТСЯ В ОСНОВНОМ
РОДСТВЕННИКИ
ПРОПАВШИХ ИЛИ
ПОГИБШИХ ЛЮДЕЙ,
ЧЬЯ СУДЬБА НЕИЗВЕСТНА
ВСЛЕДСТВИЕ
ОТСУТСТВИЯ ДОЛЖНОГО
РАССЛЕДОВАНИЯ**

²¹ Application no. 43662/98, Case of Scordino and Others v. Italy (I), § 140, Judgment of 27 March 2003.

установил, что «осуществление и защита конвенционных прав и свобод возлагается на национальные власти, когда механизм подачи жалобы в Суд носит вспомогательный характер». Из этого тезиса ЕСПЧ вытекает один из аспектов явной необоснованности жалобы – так называемая доктрина «четвертой инстанции».

Под четвертой инстанцией в практике Европейского Суда понимается ситуация, при которой заявитель обращается с жалобой об очередном пересмотре дела, рассмотренного национальными судами по существу.

Природа Конвенции и самого Европейского Суда не предусматривает такого полномочия, как пересмотр дела по существу: деятельность Суда ограничивается исключительно проверкой факта соблюдения государствами-участниками Конвенции обязательств в сфере прав человека.

Европейский Суд не должен знать о допущенных фактических и юридических ошибках национальных судов при рассмотрении дела, за исключением тех, которые существенно нарушают конвенционные права²². Ограничиваясь только проверкой судебных постановлений на соответствие положениям Конвенции, ЕСПЧ не пересматривает дела относительно установления фактов дела, толкования и применения внутреннего права, повторной оценки доказательств в судебном разбирательстве, материальной справедливости исхода дела в гражданском судопроизводстве и т.п. Очевидно, что при рассмотрении дела в ЕСПЧ по существу на разбирательство уходило бы многие месяцы при том, что в ЕСПЧ обращаются тысячи заявителей. Следует упомянуть позицию Т. Г. Морщаковой, считающей, что «Европейский суд интересуется процедура принятия решений и подходы внутреннего суда в рассматриваемом деле, нежели их выводы об обстоятельствах дела или о том, как следует толковать национальное право»²³. Таким образом, доктрину «четвертой инстанции» как одну из аспектов явной необоснованности жалобы в связи с отсутствием у ЕСПЧ полномочий по пересмотру дела по существу

необходимо учитывать заявителю при обращении в ЕСПЧ.

Другими аспектами явной необоснованности жалобы являются явное и очевидное отсутствие признаков нарушения конвенционного права, отсутствие доказательств, подтверждающих жалобу, а также невразумительные и надуманные жалобы. Аспект, связанный с отсутствием признаков нарушения конвенционного права, напрямую связан с деятельностью Суда, который оценивает обстоятельства дела через призму принципов и ценностей Конвенции. Если дело было рассмотрено в соответствии с внутренним законодательством, а судопроизводство завершилось вынесением решения, мотивированного в достаточной степени, то нельзя говорить о наличии нарушения конвенционных прав, вследствие чего жалоба будет объявлена неприемлемой в связи с явной необоснованностью. Аспекты явной необоснованности, касающиеся отсутствия доказательств, невразумительности и надуманности жалобы, вполне разумны, так как эти требования следуют непосредственно из требования Регламента ЕСПЧ, устанавливающего, что формуляр жалобы должен сопровождаться копиями документов по делу, а также копиями документов и решений, подтверждающих соблюдение заявителем условий приемлемости при обращении в ЕСПЧ²⁴. В случае отсутствия доказательств по делу Суд расценивает такие обращения как невразумительные, при рассмотрении которых объективно отсутствует возможность понять обстоятельства дела и суть претензий, либо надуманные, то есть основывающиеся на фактах, существование которых невозможно и противоречит здравому смыслу. Следовательно, несмотря на закрепление такого основания как явная необоснованность жалобы в Конвенции, его материальная составляющая раскрывается, развивается и детализируется, а также значительно дополняется только в правовых позициях ЕСПЧ.

Отсутствие значительного ущерба. Другим материальным основанием неприемлемости является отсутствие значительного ущерба от

²² Application no. 30544/96, Case of Garcia Ruiz v. Spain, § 28, Judgment of 21 January 1999.

²³ Морщакова Т. Г. Стандарты справедливого правосудия (международные и национальные практики). Москва: Мысль, 2012. С. 231.

²⁴ Rule 47 of the Rules of Court (in ed. from 1.01.2020) // URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf (Date of approach: 24.09.2020).

**В ТАКИХ УСЛОВИЯХ ВВЕДЕНИЕ
ДАННОГО ОСНОВАНИЯ
НЕПРИЕМЛЕМОСТИ
ОБУСЛОВЛЕНО, ВО-ПЕРВЫХ,
ХАРАКТЕРОМ НАРУШЕНИЯ
КОНВЕНЦИОННЫХ ПРАВ,
КОТОРОЕ ДОЛЖНО БЫТЬ
СЕРЬЕЗНЫМ, А ВО-ВТОРЫХ,
ПРАКТИЧЕСКОЙ ПОЛЕЗНОСТЬЮ
РАССМОТРЕНИЯ ТАКОГО РОДА
ЖАЛОБ. НОВОВВЕДЕНИЕ
КОРРЕЛИРУЕТ С ПРАВОВЫМ
ПРИНЦИПОМ DE MINIMIS NON
CURAT PRAETOR (СУДЬЯ НЕ
ЗАНИМАЕТСЯ МЕЛОЧАМИ)**

нарушения конвенционного права. Необходимо оговорить, что данное основание неприемлемости было сформулировано исключительно за счет судебной практики ЕСПЧ и в первоначальной редакции Конвенции отсутствовало. Учитывая повторяемость данного обстоятельства в большом количестве дел, Конвенция была дополнена новым основанием неприемлемости²⁵. Для вынесения решения о нарушении конвенционного права Суд должен оценить, понес ли заявитель значительный ущерб от нарушения в связи с действиями государственных органов. В случае отсутствия значительного ущерба жалоба будет отклонена.

В таких условиях введение данного основания неприемлемости обусловлено, во-первых, характером нарушения конвенционных прав, которое должно быть серьезным, а во-вторых, практической полезностью рассмотрения такого рода жалоб. Нововведение коррелирует с правовым принципом **de minimis non curat praetor** (судья не занимается мелочами).

Несомненно, что для понимания доктрины «значительного ущерба» необходимо обратиться к судебной практике ЕСПЧ, связанной с

определением суммы значительного ущерба. Исходя из постановлений ЕСПЧ, значительным ущербом считается сумма, превышающая 500 евро реального ущерба. Важным моментом является то, что в понятие ущерба не включается сумма компенсации морального вреда, которая «не обладает реальным значением для вычисления ценности вопроса, так как основана на субъективных факторах (расчет заявителя, исходя из собственных представлений о значимости судебного спора)»²⁷.

Очевидно, что введение данного основания обусловлено поступлением большого количества мелких жалоб в адрес ЕСПЧ, и введение доктрины «значительного ущерба» будет способствовать повышению эффективности контрольного механизма Конвенции. В производстве ЕСПЧ находятся более серьезные жалобы, разрешение которых необходимо осуществить немедленно.

III. Процессуальные основания неприемлемости. Рассмотрение процессуальных оснований неприемлемости жалобы в ЕСПЧ ограничивается лишь рассмотрением злоупотребления правом на подачу жалобы, которое рассматривается непосредственно в процессе судебного разбирательства и применяется в исключительных случаях.

Злоупотребление правом на подачу жалобы. Европейский Суд рассматривает данное злоупотребление в традиционном общеправовом, а не автономном смысле. Конвенция закрепляет, что Суд объявляет неприемлемой любую индивидуальную жалобу при злоупотреблении правом подачи индивидуальной жалобы. Злоупотребление, по смыслу Конвенции и судебной практике к ней, есть «любое поведение заявителя, не соответствующее назначению гарантированного Конвенцией права на обращение, нарушающего функционирование Суда или затрудняющего надлежащее протекание разбирательства в нем»²⁸. Европейский Суд выделяет наиболее яркие аспекты злоупотребления пра-

²⁵ Protocol № 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention. Strasbourg, 13.V.2004 // Council of Europe Treaty Series - № 194 // URL: <https://www.coe.int/ru/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/194> (Date of approach: 24.09.2020).

²⁶ См.: Application no. 52036/09, Case of Kiouisi v. Greece, Decision of 20.09.2011; Application no. 49275/08, Case of Bazelyuk v. Ukraine, Decision of 27 March 2012; Application no. 53807/09, Case of Hudecova and Others v. Slovakia, Decision of 18 December 2012.

²⁷ Application no. 52036/09, Case of Kiouisi v. Greece, Decision of 20.09.2011.

²⁸ Application no. 73225/01, Case of Fedotova v. Russia, § 51, Judgment of 13 September 2006.

вом на обращение, среди которых присутствует дезинформация Суда, использование оскорбительной лексики, подача жалобы с сутяжническими намерениями²⁹. Во всяком случае, ЕСПЧ полагает, что список злоупотреблений остается открытым, чем и обусловлено отнесение злоупотребления правом на обращение в ЕСПЧ к основаниям неприемлемости, чье значение до конца не определено и может варьироваться от ситуации к ситуации.

Сокращение срока на подачу жалобы в ЕСПЧ. Помимо действующих правовых позиций ЕСПЧ, касающихся оснований неприемлемости жалобы, необходимо рассмотреть условие приемлемости, которое в совокупности с исчерпанием СПЗ в большинстве случаев определяет возможность рассмотрения жалобы в ЕСПЧ. Хотя срок является аксессуарным условием приемлемости по отношению к исчерпанию СПЗ, именно из-за его нарушения как условия обращения за судебной защитой в ЕСПЧ поданные жалобы признаются неприемлемыми. Поэтому, несмотря на второстепенный, исключительно процессуальный характер, именно обращение в установленный Конвенцией срок определяет дальнейший ход жалобы.

С момента вступления Конвенции в силу (ч. 1 ст. 35) срок на обращение в ЕСПЧ составляет 6 месяцев. Но оптимизационные процессы, запущенные Советом Европы в ходе Интерлакенской конференции, способствовали принятию в 2013 году Протокола №15, одним из положений которого является сокращение срока на обращение в ЕСПЧ с 6 до 4 месяцев³⁰. Данное нововведение обусловлено тем, что «сокращение обусловлено развитием технологий скоростной связи»³¹ и «направлено на реализацию принципа правовой определенности»³².

Вероятно, данные обстоятельства обусловили принятие данной поправки, однако с большой долей уверенности можно заявлять о том, что сокращение сроков необходимо для сокращения огромного количества жалоб, поступающих в адрес Суда и тормозящих его работу. Это является «негласным ограничением» права человека на обращение в Суд, так как после вынесения финальной инстанцией судебного решения у заявителя останется только 4 месяца на подготовку всех процессуальных документов, которая обычно занимает значительный срок. В этой связи А.С. Исполинов отмечает, что «по сути это [Протокол № 15 – А.О.] не что иное, как ограничение прав третьих лиц государствами, которые имеют исключительное право создавать, изменять и прекращать международные договоры»³³. Следовательно, новеллы в Конвенции, а также их влияние на дальнейшее функционирование механизма по защите прав человека можно охарактеризовать как ограничивающие, ведь возможности заявителей с момента вступления поправок в силу будут объективно сокращены: значительная доля заявителей не сможет направить процессуальные документы, формирование которых требует много времени.

Но с другой стороны, новые изменения условий приемлемости отвечает потребностям Европейского суда, которому необходимо оптимизировать поступающие в его адрес жалобы, и наличие нового формального основания для отказа в рассмотрении дела, вероятнее всего, разгрузит Суд от явно необоснованных жалоб и повысит качество рассмотрения других дел.

Следовательно, особенностью оснований неприемлемости жалобы является их второстепенный, аксессуарный характер, следующий из формулировок самой Конвенции³⁴. Основ-

²⁹ См.: Application no. 46468/06, Case of Aleksanyan v. Russia, § 116-118, Judgment of 22 December 2008; Application no. 31365/96, Case of Varbanov v. Bulgaria, § 36, Judgment of 5 October 2000; Application no. 14102/02, Case of Bekauri v. Georgia, Judgment of 10 July 2012.

³⁰ См.: Article 4 of the Protocol № 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Strasbourg, 24.VI.2013 // Council of Europe Treaty Series № 213 // URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ENG.pdf (Date of approach: 24.09.2020).

³¹ См.: Article 4 of the Explanatory Report to Protocol № 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Strasbourg, 24.VI.2013 // Council of Europe Treaty Series № 213 // URL: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d383d> (Date of approach: 24.09.2020).

³² См.: Article 4 of the opinion of the Court on Draft Protocol № 15 to the European Convention on Human Rights. Adopted on 6 February 2013 // URL: https://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_15_Court_Opinion_ENG.pdf (Date of approach: 24.09.2020).

³³ См.: Исполинов А. С. Некоторые доктринальные итоги взаимодействия России и Европейским Судом по правам человека // Государство и право. 2017. № 6. С. 30.

³⁴ Конвенция подчеркивает процессуальный характер оснований неприемлемости жалобы в формулировке ч. 3 ст. 35: «Суд объявляет жалобу неприемлемой, если ...» // URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Archives_1950_Convention_ENG.pdf (Date of approach: 24.09.2020).

С ДРУГОЙ СТОРОНЫ, НОВЫЕ ИЗМЕНЕНИЯ УСЛОВИЙ ПРИЕМЛЕМОСТИ ОТВЕЧАЕТ ПОТРЕБНОСТЯМ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА, КОТОРОМУ НЕОБХОДИМО ОПТИМИЗИРОВАТЬ ПОСТУПАЮЩИЕ В ЕГО АДРЕС ЖАЛОБЫ, И НАЛИЧИЕ НОВОГО ФОРМАЛЬНОГО ОСНОВАНИЯ ДЛЯ ОТКАЗА В РАССМОТРЕНИИ ДЕЛА, ВЕРОЯТНЕЕ ВСЕГО, РАЗГРУЗИТ СУД ОТ ЯВНО НЕОБОСНОВАННЫХ ЖАЛОБ И ПОВЫСИТ КАЧЕСТВО РАССМОТРЕНИЯ ДРУГИХ ДЕЛ

ным отличием от условий приемлемости в данном случае является тот факт, что изначально в отношении жалобы действует презумпция приемлемости, а Европейский Суд, сопоставляющий обстоятельства дела с положениями Конвенции, делает окончательные выводы об обоснованности жалобы. Ситуация осложняется также тем, что в тексте Конвенции не конкретизируется, какие конкретно положения могут не соответствовать жалобе заявителя.

Более того, основания неприемлемости складываются исключительно благодаря практике ЕСПЧ, то есть они в достаточной степени неопределенны и подвержены изменениям в зависимости от дискреции самого Европейского суда, который при решении вопроса о приемлемости исходит исключительно из принципов своей деятельности и автономного понимания конвенционных прав.

Наиболее значимые для эффективности производства основания неприемлемости жалобы выделяются в Конвенции отдельно. Так, например, имело место такое основание неприемлемости, как незначительность ущерба, причиненного вследствие нарушения конвенционного права. Но, несмотря на данную новеллу, основания неприемлемости в большинстве своем не определены в достаточной степени точно в судебной практике, так как при разрешении конкретного дела суд исходит из конкретных обстоятельств. Данный факт осложняет процесс защиты прав в ЕСПЧ, так как заявитель обращается в ЕСПЧ без должной уверенности в положительном для него исходе дела вследствие автономного толкования содержания конвенционных прав Европейским судом по правам человека.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Нормативно-правовые акты

1. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols Nos. 11 and 14, supplemented by Protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12, 13 and 16. Rome, 4.XI.1950 // URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (Date of approach: 31.03.2020).
2. Protocol № 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention. Strasbourg, 13.V.2004 // Council of Europe Treaty Series - № 194 // URL: <https://www.coe.int/ru/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/194> (Date of approach: 31.03.2020).
3. Explanatory Report to Protocol № 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention. Strasbourg, 13.V.2004 // Council of Europe Treaty Series № 194 // URL: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d380f> (Date of approach: 10.11.2020).
4. Protocol № 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Strasbourg, 24.VI.2013 // Council of Europe Treaty Series № 213 // URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ENG.pdf (Date of approach: 10.11.2020).
5. Explanatory Report to Protocol № 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Strasbourg, 24.VI.2013 // Council of Europe Treaty Series № 213 // URL: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d383d> (Date of approach: 10.11.2020).
6. Rules of Court (in edition from 1.01.2020) // URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf (Date of approach: 10.11.2020).
7. European Court of Human Rights. Legal Nature of the obligation under article 25 § 1 in fine of the Convention: Information document prepared by the Registry. Strasbourg, 9 of June 1961.
8. Opinion of the Court on Draft Protocol № 15 to the

European Convention on Human Rights. Adopted on 6 February 2013 // URL: https://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_15_Court_Opinion_ENG.pdf (Date of approach: 10.11.2020).

Судебная практика:

9. Application no. 13255/07, Georgia v. Russia (I), Judgment of 03 July 2014; 10. Application no. 38263/08, Case of Georgia v. Russia (II), Judgment of 13 December 2011.
10. Application no. 14102/02, Case of Bekauri v. Georgia, Judgment of 10 July 2012.
11. Application no. 30544/96, Case of Garcia Ruiz v. Spain, Judgment of 21 January 1999.
12. Application no. 31365/96, Case of Varbanov v. Bulgaria, Judgment of 5 October 2000.
13. Application no. 43662/98, Case of Scordino and Others v. Italy (I), Judgment of 27 March 2003.
14. Application no. 44319/98, Case of O.V.R. v. Russia, Decision of 3 April 2001.
15. Application no. 46468/06, Case of Aleksanyan v. Russia, Judgment of 22 December 2008.
16. Application no. 47143/06, Case of Roman Zakharov v. Russia, Judgment of 4 December 2015.
17. Application no. 49275/08, Case of Bazelyuk v. Ukraine, Decision of 27 March 2012.
18. Application no. 52036/09, Case of Kiouisi v. Greece, Decision of 20 September 2011.
19. Application no. 53807/09, Case of Hudecova and Others v. Slovakia, Decision of 18 December 2012.
20. Application no. 54522/00, Case of Kotov v. Russia, Judgment of 3 April 2012.
21. Application no. 55721/07, Case of Al-Skeini and Others v. The United Kingdom, Judgment of 7 July 2011.
22. Application no. 73225/01, Case of Fedotova v. Russia, Judgment of 13 September 2006.
23. Applications nos. 20958/14, 42410/15, 8019/16, 70856/16, Cases of Ukraine v. Russia, awaiting judicial decision.
24. Applications nos. 42575/07 etc, Case of Sultygov and Others v. Russia, Judgment of 9 October 2014.
25. Applications nos. 50556/08 etc, Case of Kukurkhoyeva and Others v. Russia, Judgment of 22 January 2019.
26. Applications nos. 4635/08, 14202/08, 21432/12, Case of Shamsudinova and Others v. Russia, Judgment of 5 February 2019.
27. Applications nos. 55508/07, 29520/09, Case of Janowiec and Others v. Russia, Judgment of 21 October 2013.

Научная литература:

28. Воскобитова М. Р. Стандарты Европейского Суда по правам человека и российская правоприменительная практика: Сборник аналитических статей. М.: Издательство «Анахарсис», 2005. 528 с.
29. Действующее международное право. Документы в 2-х томах. Т. 1 / Сост.: Колосов Ю.М., Кривчикова Э.С. – М.: Юрайт, Международные отношения, 2007. 768 с.
30. Исполинов А. С. Некоторые доктринальные итоги взаимодействия России и Европейским Судом по правам человека // Государство и право. 2017. № 6. С. 26–34.
31. Морщакова Т. Г. Стандарты справедливого правосудия (международные и национальные практики). Москва: Мысль, 2012. 584 с.
32. D. Harris, M. O'Boyle. Law of the European Convention on Human Rights. Third edition. Oxford: Oxford University Press. 1056 p.



УДК 342.4



Гаранин Дмитрий Андреевич
(dmitry.9aranin@yandex.ru)

студент 2 курса бакалавриата
юридического факультета
Финансового университета при
Правительстве Российской Федерации
Garanin Dmitrii

2nd-year student of bachelor program
Faculty of Law
Financial University
under the Government of the Russian
Federation

Научный руководитель:

Курилюк Юлия Евгеньевна

кандидат юридических наук, доцент
департамента международного и публичного
права Финансового университета
при Правительстве Российской Федерации

Academic supervisor:

Kurilyuk Ylia

PhD in Law, Associate Professor of the
Department international and public
Law of the Financial University
under the Government of the Russian Federation

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ МНОГОНАЦИОНАЛЬНЫЙ НАРОД

TO THE QUESTION OF THE CONCEPT OF A MULTINATIONAL PEOPLE

АННОТАЦИЯ: Понятие «многонациональный народ» является уникальным для обозначения гражданской общности государства, его можно встретить только в отечественном конституционном праве. Автор рассматривает генезис термина «многонациональный народ» и неразрывно связанных с ним понятий «народ», «нация». В ходе исследования была обнаружена коллизия между федеральным и региональным законодательством при использовании понятия «многонациональный народ». По итогам проведенного исследования автор пришёл к выводу о необходимости использования в региональном законодательстве аналога дефиниции «многонациональный народ».

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: *нация, национальность, гражданская нация, многонациональный народ, граждане Российской Федерации.*

ANNOTATION: The concept of «multinational people» is unique to designate the civil community of the state, it can be found only in the domestic constitutional law. The author examines the genesis of the term «multinational people» and the concepts «people» and «nation» inextricably linked with it. The study revealed a conflict between federal and regional legislation when using the concept of «multinational people». Based on the results of the study, the author came to the conclusion that it is necessary to use an analogue of the definition of «multinational people» in regional legislation.

KEYWORDS: *nation, nationality, civil nation, multinational people, citizens of the Russian Federation.*

Слово «нация» получило политический подтекст во время Реформации – немецкие князья боролись против власти католической церкви, в том числе против монопольного права церкви определять национальную принадлежность¹. Мартин Лютер в своём труде «К христианскому дворянству немецкой нации об улучшении христианского состояния» впервые использовал слово «нация» в политическом контексте².

В этом же веке в результате Французской революции слово «нация» приобрело дополнительный смысл: совокупность граждан, чей коллективный суверенитет и воля образуют государство. «Нация» стала обозначать всех граждан страны³.

Кроме «гражданского» понимания нации существует и этническое. Нация в этническом смысле – это общность людей, имеющих общую культуру, происхождение, язык, территорию формирования, менталитет и черты характера. Нация в гражданском и этническом смысле может не совпадать⁴.

¹ Босяцкий А., Любашиц В. Я., Филиппова М. К. Возникновение национального государства как государства современного типа // Территория новых возможностей. 2015. №4 (31). С. 124.

² Лютер, М. К христианскому дворянству немецкой нации об улучшении христианского состояния. Харьков, 1912. С. 40-47.

³ Босяцкий А., Любашиц В. Я., Филиппова М. К. Возникновение национального государства как государства современного типа // Территория новых возможностей. 2015. №4 (31). С. 124.

⁴ Хайруллин Г. Т. Этнос и нация // Архивариус. 2017. №2 (17). С. 54.

Слово «народ» может использоваться как синоним «нации», например, в преамбуле к Конституции Казахстана «народ» используется по смыслу равнозначно с понятием гражданской нации⁵. Однако не каждый народ является нацией: в Организации наций и народов, не имеющих представительств, состоит около 50 народов, не имеющих собственных государств или живущих на оккупированных территориях – такой подход в понимании «народа» является этническим⁶.

Этнос в современной науке имеет лишь одно общепринятое и употребляемое значение⁷. Этнолог С. М. Широкогоров определял этнос как группу людей, говорящих на одном языке, признающих общность своего происхождения, обладающих общим укладом жизни, комплексом обычаев, хранимых и освященных традицией и отличающих ее от других групп. Этнос, в отличие от гражданской нации, это не политическая, а культурно-социальная общность, основанная на уверенности в биологическом родстве⁸.

Термин «национальность» является лексически производным от термина «нация», но имеет лишь одно значение и употребляется только как синоним понятия «этнос»⁹.

В Конституции Российской Федерации (далее – Конституция РФ) не упоминается российская нация, в Конституции закреплено совершенно другое понятие – «многонациональный народ» (в преамбуле и в ч. 1 ст. 3)¹⁰. Впервые же этот

термин встречается в докладе Брежнева на XXIII съезде КПСС¹¹, после этого в Конституции СССР 1977 года¹² и в Декларации о государственном суверенитете РСФСР 1990 года¹³.

Генезис термина «многонациональный народ» связан с неприятием в советских общественных науках термина «нация» как гражданской общности¹⁴. Преобладало понятие, сформулированное И. В. Сталиным: «Нация – это исторически устойчивая общность языка, территории, экономической жизни и психического склада, проявляющегося в общности культуры»¹⁵.

Можно сделать вывод, что «многонациональный народ» – это общность людей, состоящая из многих равноправных этносов с единым российским гражданством.

Такая формулировка, обозначающая жителей государства, является уникальной даже среди самых многонациональных стран мира. В преамбуле Конституции Индонезии закреплено: «...возвышенный желанием жить в семье свободных наций, индонезийский народ настоящим провозглашает свою независимость»¹⁶. В преамбуле Конституции Бразилии закреплено: «Мы, представители бразильского народа...»¹⁷. В Конституции самой полиэтнической страны мира – Индии закреплено: «Мы, народ Индии...»¹⁸. Однако схожая с российской конституционная модель нации закреплена в Конституции Китайской Народной Республики: «...народы всех национальностей...»¹⁹.

СЛОВО «НАЦИЯ» ПОЛУЧИЛО ПОЛИТИЧЕСКИЙ ПОДТЕКСТ ВО ВРЕМЯ РЕФОРМАЦИИ

⁵ Конституция Республики Казахстан (принята на всенародном референдуме 30.08.1995) // Официальный сайт Президента Республики Казахстан. [Электронный ресурс]. URL: https://www.akorda.kz/ru/official_documents/constitution (дата обращения: 21.05.2020).

⁶ Хайруллин Г. Т. Этнос и нация // Архивариус. 2017. №2 (17). С. 56.

⁷ Касумова И. Д. Понятийно-терминологический аспект национальной проблематики: соотношение понятий «Этнос», «Нация», «Народ» // Скиф. 2017. №10. С. 2.

⁸ Тишков В. А., Шабеев Ю. П. Этнополитология: политические функции этничности: Учебник для вузов. / М.: Издательство Московского университета, 2011. С. 56.

⁹ Бузин В. С. О нации и национализме // Вестник СПбГУ. Серия 2. История. 2018. №1. С. 319.

¹⁰ Конституция Российской Федерации (принята на всенародном голосовании 12.12.1993) // Собрание законодательства РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.

¹¹ Материалы XXIII съезда КПСС. [Электронный ресурс]. URL: <http://www.history.ru.com/doc/persons/br/docorg/xxiii/page1.html> (дата обращения: 18.05.2020).

¹² Конституция Союза Советских Социалистических Республик (принята ВС СССР 07.10.1977) // Ведомости ВС СССР. 1977. № 41. Ст. 617.

¹³ Декларация о государственном суверенитете Российской Советской Федеративной Социалистической Республики от 12 июня 1990 г. // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1990. № 2. Ст. 22.

¹⁴ Петренко С. П. К вопросу о терминах «Этнос» и «Этническая общность» // Вестник Таганрогского института имени А. П. Чехова. 2006. №2. С. 170.

¹⁵ Сталин И. В. Марксизм и национально-колониальный вопрос. / М.: Тверь, 1934. С. 54.

¹⁶ Конституция Индии (принята комиссией по подготовке независимости Индонезии 18.08.1945) // Конституция Индии. М.: Издательство иностранной литературы. 1956.

¹⁷ Конституция Бразилии (принята конституционной ассамблеей 22.09.1988) // Энциклопедия Кругосвет [Электронный ресурс] URL: <https://www.krugosvet.ru/enc/gosudarstvo-i-politika/braziliya-konstitutsiya> (дата обращения: 21.05.2020).

¹⁸ Конституция Индии (принята учредительным собранием 26.11.1949) // Конституция Индии. М.: Издательство иностранной литературы. 1956.

¹⁹ Конституция Китайской Народной Республики (утверждена на пятой сессии Всекитайского собрания народных представителей 5-го созыва 04.12.1982) // Конституции стран мира [Электронный ресурс] URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=31> (дата обращения: 18.05.2020).

В Указе Президента РФ от 19.12.2012 № 1666 «О Стратегии государственной национальной политики Российской Федерации на период до 2025 года»²⁰ даётся определение термину «многонациональный народ». «Многонациональный народ Российской Федерации (российская нация) — сообщество свободных равноправных граждан Российской Федерации различной этнической, религиозной, социальной и иной принадлежности, обладающих гражданским самосознанием» (ст. 1 п. 4.2).

При этом в преамбуле Конституции Республики Тыва обозначено, что Конституция принята многонациональным народом Республики Тыва²¹. Понятие «народ» в словосочетании «многонациональный народ» может использоваться в двух смыслах: как нация (общность граждан, имеющих одинаковое гражданство) и как население. В первом случае большинство Конституций республик противоречит Конституции РФ, потому что нация, основанная на гражданстве, в России может быть только одна, так как в соответствии с ч. 1 ст. 6 Конституции РФ гражданство является единым. Также в соответствии с пунктом в. ст. 71 гражданство находится в исключительном ведении Российской Федерации. Однако коллизии нет, если «народ» обозначает «население», то есть совокупность всех людей, живущих в республике. Вариант, при котором «многонациональный народ» можно интерпретировать как «многонациональное население», выглядит более логичным, поскольку как в Республике Тыва, так и в абсолютном большинстве других республик, не закреплено наличие отдельного республиканского гражданства.

Однако население включает в себя не только граждан России, а всех людей, проживающих на определённой территории вне зависимости от гражданства. Если предположить, что «народ» в Конституции Республики Тыва используется как синоним понятия «население», то налицо противоречие. Согласно преамбуле Конституции Республики Тыва многонациональный народ Республики Тыва принял Конституцию своей республики²². Однако в категорию «население» входят не только граждане России. Иностран-

ные граждане, согласно ч. 2 ст. 12 Федерального закон от 25.07.2002 N 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации», не имеют права участвовать в референдумах субъектов Российской Федерации²³.

Конституция Республики Татарстан (далее — Конституция Татарстана) в ч. 1 ст. 21 закрепляет, что Татарстан имеет своё собственное гражданство, следовательно, неясно, в каком смысле употреблено понятие «многонацио-

нальный народ Республики Татарстан» в ч. 1 ст. 3 Конституции Татарстана, поскольку, в отличие от остальных республик²⁴, Татарстан имеет своё гражданство, значит, понятие «народ» может употребляться и как «нация, основанная на гражданстве». Конституционный суд Российской Федерации отметил, что решение вопроса о суверенитете республик «предопределяет и решение производного вопроса — о гражданстве, поскольку именно суверенное государство правомочно законодательно определять, кто является его гражданами, признавая их тем самым полноправными субъектами права»²⁵.

В КОНСТИТУЦИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ НЕ УПОМИНАЕТСЯ РОССИЙСКАЯ НАЦИЯ, В КОНСТИТУЦИИ ЗАКРЕПЛЕНО СОВЕРШЕННО ДРУГОЕ ПОНЯТИЕ — «МНОГОНАЦИОНАЛЬНЫЙ НАРОД»

²⁰ Указ Президента РФ от 19.12.2012 № 1666 (ред. от 06.12.2018) «О Стратегии государственной национальной политики Российской Федерации на период до 2025 года» // Собрание законодательства РФ. 24.12.2012. № 52. Ст. 7477.

²¹ Конституция Республики Тыва (принята Референдумом Республики Тыва 06.05.2001.) // Тувинская правда. 15.05.2001.

²² Конституция Республики Тыва (принята Референдумом Республики Тыва 06.05.2001.) // Тувинская правда. 15.05.2001.

²³ Федеральный закон от 25.07.2002 № 115-ФЗ (ред. от 26.07.2019) «О правовом поло-

жении иностранных граждан в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 29.07.2002. № 30. ст. 3032.

²⁴ Конституция Республики Татарстан (введена в действие законом Республики Татарстан 30.11.1992.) // Республика Татарстан. № 87-88. 30.04.2002.

²⁵ Определение Конституционного Суда РФ от 06.12.2001 № 250-О «По запросу Государственного Собрания - Курултая Республики Башкортостан о толковании ряда положений статей 5, 11, 71, 72, 73, 76, 77 и 78 Конституции Российской Федерации» // Документ опубликован не был. Справочная правовая система Гарант.



Конституционный суд Республики Татарстан указал, что положения о гражданстве Республики Татарстан представляют собой закрепление существенного элемента правового статуса субъекта как республики (государства)²⁶, в итоге данная коллизия так и не была разрешена. Многонациональный народ республики не может быть единственным источником власти в республике, поскольку есть позиция Конституционного Суда Российской Федерации, по которой единственным носителем и источником власти является многонациональный народ России²⁷.

В преамбуле к Конституции Республики Алтай указано, что полномочные представители многонационального народа Республики Алтай подтверждают историческую общность своей судьбы с Россией и её многонациональным народом²⁸. В этом примере «народ» может употребляться только в смысле политической общности, значит, в преамбуле Конституции

Республики Алтай закреплено противоречивое положение о том, что в республике есть отдельная от российской политической общность, а также это положение закрепляется дополнительно отделением многонационального народа Республики Алтай от многонационального народа Российской Федерации.

Существует неясность в вопросе о том, какой смысл вкладывает законодатель в Конституциях большинства национальных республик в понятие «многонациональный народ».

Эта неясность распространена в региональном законодательстве России. Так, понятие «многонациональный народ» в качестве обозначения граждан России, проживающих в республике встречается в Конституции Республики Адыгея (ч. 1 ст. 2), в Конституции Республики Башкортостан (ст. 1), в Конституции Республики Бурятия (ст. 3), в Конституции Республики Дагестан (ст. 4), в Конституции Республики Калмыкия (Преамбула), в Конституции Республики

²⁶ «Постановление Конституционного Суда РТ от 30 мая 2003 г. № 9-П «По делу о толковании отдельных положений статей 5, 21, 91 Конституции Республики Татарстан» // Документ опубликован не был. Справочная правовая система Гарант.

²⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 07.06.2000 № 10-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Конституции Республики Алтай и

Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 19.06.2000. № 25. ст. 2728.

²⁸ Конституция Республики Алтай. (принята Законом Республики Алтай от 7 июня 1997 г. № 21-4.) // Звезда Алтая. № 127-128. 01.06.2007.

Кабардино-Балкария (Преамбула), в Конституции Республики Ингушетия (Преамбула), в Конституции Республики Карачаево-Черкесия (ст. 59), в Конституции Республики Саха (ч. 3 ст. 5), в Конституции Республики Северная Осетия-Алания (ст. 1), в Конституции Чеченской Республики (Преамбула), в Конституции Республики Крым, а также в вышеперечисленных Конституциях Республик Татарстан и Тыва – в общей сложности в 14 из 22 республик России.

В некоторых областях, республиках и краях в качестве источника власти прописывается многонациональный народ Российской Федерации. Например, согласно ч. 1 ст. 6 Устава Волгоградской области источником власти в субъекте является многонациональный народ Российской Федерации²⁹. В ч. 1 ст. 2 Конституции Республики Мордовия закрепляется, что источником власти в Республике является многонациональный народ Российской Федерации³⁰, аналогичная формулировка содержится в Конституции Республики Хакасия в ст. 3³¹ и в уставе Пермского Края в ч. 1 ст. 3³². В уставе Кировской области содержится схожая формулировка: «Единственным источником власти в Кировской области является многонациональный народ России и население области как его составная часть»³³. Такой подход более логичен, потому что устраняет неясность формулировки понятия «народ» в словосочетании «многонациональный народ». Многонациональный народ России является единой политической нацией, проживающей на всей территории России и осуществляющей на этой территории власть, что закреплено в ч. 1 ст. 3 Конституции РФ.

Не во всех высших нормативно-правовых актах субъектов закреплено понятие «многона-

циональный народ». Например, во всех городах федерального значения используется понятие «жители». Так, ч. 1 ст. 4 Устава города Севастополя закрепляет, что источником государственной власти города Севастополя являются его жители³⁴. Это понятие также используется в ст. 7 Устава Воронежской области³⁵.

В некоторых субъектах используется понятие «население». Так, ч. 1 ст. 1 Устава Московской области закрепляет, что население области осуществляет власть на территории субъекта непосредственно или через органы государственной власти³⁶.

По нашему мнению, наиболее удачный с точки зрения юридической техники термин используется в Уставе Ростовской области. Так, ч. 1 ст. 4 закрепляет, что источником власти в субъекте являются граждане Российской Федерации.

«Жители» и «население» – достаточно широкие категории, они обозначают всех людей, проживающих на территории субъекта, в том числе и не-граждан, которые соответственно не

обладают политическими правами и не могут быть источником власти. Поэтому термин «граждане» является наименее противоречивым и универсальным и может использоваться в региональном законодательстве как в рамках Конституций Республик, так и в рамках высших нормативно-правовых актов остальных субъектов.

В региональном законодательстве также возможно использование термина «народ». Формулировка «народ Российской Федерации» является более ультимативной, чем «граждане Российской Федерации», несмотря на то что эти понятия являются практически идентичными. Именно народ в международно-правовых актах

В ПРЕАМБУЛЕ КОНСТИТУЦИИ РЕСПУБЛИКИ АЛТАЙ ЗАКРЕПЛЕНО ПРОТИВОРЕЧИВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ О ТОМ, ЧТО В РЕСПУБЛИКЕ ЕСТЬ ОТДЕЛЬНАЯ ОТ РОССИЙСКОЙ ПОЛИТИЧЕСКАЯ ОБЩНОСТЬ

²⁹ Устав Волгоградской области от 24.02.2012 № 1-ОД // Волгоградская правда. № 35.

³⁰ Конституция Республики Мордовия от 21.09.1995 // Известия Мордовии. № 36-11.

³¹ Конституция Республики Хакасия от 25.05.1995 // Вестник Хакасии. № 56.

³² Устав Пермского края от 19.04.2007 № 32-ПК // Российская газета. № 94.

³³ Устав Кировской области от 27.03.1996 № 12-30 // Вятский край. № 66.

³⁴ Устав г. Севастополь от 14.04.2014 № 1-ЗС // Севастопольские известия. № 31 (1652).

³⁵ Устав Воронежской области от 07.06.2006 (принят Воронежской областной Думой 25.05.2006) // Коммуна. № 87-88.

³⁶ Устав Московской области от 11.12.1996 № 55/96-ОЗ // Подмосковные известия. № 239.

является субъектом права на самоопределение. Следовательно, использование понятия «народ Российской Федерации» в рамках регионального законодательства создаёт чувство излишней централизации³⁷, в отличие от понятия «граждане Российской Федерации».

Согласно ч. 2 ст. 16 Федерального закона от 12.06.2002 № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» основанием регистрации избирателей является факт их места жительства на соответствующей территории³⁸. Следовательно, источником власти в субъекте признаются только постоянно проживающие в этом субъекте граждане Российской Федерации. Поэтому мы предлагаем использовать формулировку: «Граждане Российской Федерации, постоянно проживающие в субъекте».

Подводя итог, нам бы хотелось отметить, что понятие «граждане Российской Федерации,

постоянно проживающие в субъекте» является оптимальным для регионального законодательства. В отличие от понятия «многонациональный народ», оно не имеет несколько значений и не создаёт путаницу. В отличие от терминов «население» и «жители», оно является более узкой категорией, обозначающей

только людей, обладающих пассивным и активным избирательным правом, а значит, имеющих возможность реально влиять на политику и осуществлять власть в регионе. Таким образом, полагаю, что, хотя рассматриваемый вопрос и не может быть отнесен к «предметам первой необходимости области государственного строительства», в субъектах Российской Федерации должна быть организована и проведена работа по

приведению регионального законодательства, в первую очередь актов высшей юридической силы субъектов, в соответствие с федеральными.

ПОНЯТИЕ «ГРАЖДАНЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ, ПОСТОЯННО ПРОЖИВАЮЩИЕ В СУБЪЕКТЕ» ЯВЛЯЕТСЯ ОПТИМАЛЬНЫМ ДЛЯ РЕГИОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Нормативно-правовые акты:

1. Конституция Российской Федерации (принята на всенародном голосовании 12.12.1993) // Собрание законодательства РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.
2. Федеральный закон от 25.07.2002 № 115-ФЗ (ред. от 26.07.2019) «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 29.07.2002. № 30. ст. 3032. Конституция Союза Советских Социалистических Республик (принята ВС СССР 07.10.1977) // Ведомости ВС СССР. 1977. № 41. Ст. 617.
3. Федеральный закон от 12.06.2002 № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 17.06.2002. № 24. Ст. 2253.
4. Указ Президента РФ от 19.12.2012 № 1666 (ред. от 06.12.2018) «О Стратегии государственной национальной политики Российской Федерации на период до 2025 года» // Собрание законодательства РФ. 24.12.2012. № 52. Ст. 7477.
5. Конституция Республики Тыва (принята Референдумом Республики Тыва 06.05.2001.) // Тувинская правда. 15.05.2001.
6. Конституция Республики Татарстан (введена в действие законом Республики Татарстан 30.11.1992.) // Республика Татарстан. № 87-88. 30.04.2002.
7. Конституция Республики Алтай. (принята Законом Республики Алтай от 7 июня 1997 г. № 21-4.) // Звезда Алтая. № 127-128. 01.06.2007.
8. Конституция Республики Мордовия от 21.09.1995 // Известия Мордовии. № 36-11.
- 9.

³⁷ Давыдова М. Л., Боков Ю. А. Многонациональный народ Российской Федерации как источник государственной власти субъекта РФ: за и против // Вестник МГОУ. Серия: Юриспруденция. 2019. №1. С. 108.

³⁸ Федеральный закон от 12.06.2002 № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 17.06.2002. № 24. Ст. 2253.

10. Конституция Республики Хакасия от 25.05.1995 // Вестник Хакасии. № 56.
11. Устав Волгоградской области от 24.02.2012 № 1-ОД // Волгоградская правда. № 35.
12. Устав Пермского края от 19.04.2007 № 32-ПК // Российская газета. № 94.
13. Устав Кировской области от 27.03.1996 № 12-30 // Вятский край. № 66.
14. Устав г. Севастополь от 14.04.2014 № 1-3С // Севастопольские известия. № 31 (1652).
15. Устав Воронежской области от 07.06.2006 (принят Воронежской областной Думой 25.05.2006) // Коммуна. № 87-88.
16. Устав Московской области от 11.12.1996 № 55/96-ОЗ // Подмосковные известия. № 239.
17. Декларация о государственном суверенитете Российской Советской Федеративной Социалистической Республики от 12 июня 1990 г. // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1990. № 2. Ст. 22.
18. Конституция Союза Советских Социалистических Республик (принята ВС СССР 07.10.1977) // Ведомости ВС СССР. 1977. № 41. Ст. 617.
19. Конституция Республики Казахстан (принята на всенародном референдуме 30.08.1995) // Официальный сайт Президента Республики Казахстан. [Электронный ресурс]. URL: https://www.akorda.kz/ru/official_documents/constitution (дата обращения: 21.05.2020).
20. Конституция Индии (принята комиссией по подготовке независимости Индонезии 18.08.1945.) // Конституция Индии. М.: Издательство иностранной литературы. 1956.
21. Конституция Бразилии (принята конституционной ассамблеей 22.09.1988.) // Энциклопедия Кругосвет [Электронный ресурс] URL: <https://www.krugosvet.ru/enc/gosudarstvo-i-politika/braziliya-konstitutsiya> (дата обращения: 21.05.2020).
22. Конституция Китайской Народной Республики (утверждена на пятой сессии Всекитайского собрания народных представителей 5-го созыва 04.12.1982) // Конституции стран мира [Электронный ресурс] URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=31> (дата обращения: 18.05.2020).
23. **Судебные акты:**
23. Определение Конституционного Суда РФ от 06.12.2001 № 250-О «По запросу Государственного Собрания – Курултая Республики Башкортостан о толковании ряда положений статей 5, 11, 71, 72, 73, 76, 77 и 78 Конституции Российской Федерации» // Документ опубликован не был. Справочная правовая система Гарант.
24. Постановление Конституционного Суда РФ от 07.06.2000 № 10-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Конституции Республики Алтай и Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 19.06.2000. № 25. ст. 2728.
25. «Постановление Конституционного Суда РФ от 30 мая 2003 г. № 9-П «По делу о толковании отдельных положений статей 5, 21, 91 Конституции Республики Татарстан» // Документ опубликован не был. Справочная правовая система Гарант.
26. **Научная литература:**
26. Босаяцкий А., Любашиц В. Я., Филиппова М. К. Возникновение национального государства как государства современного типа // Территория новых возможностей. 2015. №4 (31). С. 122-135.
27. Бузин В. С. О нации и национализме // Вестник СПбГУ. Серия 2. История. 2018. №1. С. 311-324.
28. Давыдова М. Л., Боков Ю. А. Многонациональный народ Российской Федерации как источник государственной власти субъекта РФ: за и против // Вестник МГОУ. Серия: Юриспруденция. 2019. №1. С. 101-111.
29. Касумова И. Д. Понятийно-терминологический аспект национальной проблематики: соотношение понятий «Этнос», «Нация», «Народ» // Скиф. 2017. №10. С. 1-7.
30. Лютер, М. К христианскому дворянству немецкой нации об улучшении христианского состояния. Харьков, 1912. С. 1-53.
31. Петренко С. П. К вопросу о терминах «Этнос» и «Этническая общность» // Вестник Таганрогского института имени А. П. Чехова. 2006. №2. С. 170-174.
32. Сталин И. В. Марксизм и национально-колониальный вопрос. / М.: Тверь, 1934. С. 1-120.
33. Тишков В. А., Шабаетов Ю. П. Этнополитология: политические функции этничности: Учебник для вузов. / М.: Издательство Московского университета, 2011. С. 1-373.
34. Хайруллин Г. Т. Этнос и нация // Архивариус. 2017. №2 (17). С. 50-56.
35. **Интернет-источники:**
35. Материалы XXIII съезда КПСС. [Электронный ресурс]. URL: <http://www.history.ru.com/doc/persons/br/docorg/xxiii/page1.html> (дата обращения: 18.05.2020).



УДК 343.14



Нечаева Ольга Дмитриевна
(olga-nechaeva2001@yandex.ru)

студентка 3 курса юридического
факультета Санкт-Петербургского
государственного университета

Научный руководитель –

Стойко Николай Геннадьевич

профессор кафедры уголовного процесса
и криминалистики СПбГУ, доктор
юридических наук

Nechaeva Olga Dmitrievna

Third-year student of law
department of Saint Petersburg
State University

Academic supervisor:

Stoyko Nikolay Gennadievich

Professor of the Department of
Criminal Procedure and Criminalistics
of Saint Petersburg State University,
PhD in Law

ИНСТИТУТ ИСКЛЮЧЕНИЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ И СОБЛЮЖДЕНИЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ КИТАЯ

THE INSTITUTION OF EVIDENCE EXCLUSION AND RESPECT FOR HUMAN RIGHTS IN CHINESE CRIMINAL PROCEDURE

АННОТАЦИЯ: в данной статье исследуется, как применение правил исключения доказательств может повлиять на соблюдение прав человека в уголовном процессе Китая. Исследование этой темы актуально: оно позволяет определить, насколько действенным механизмом в борьбе с нарушениями прав человека, распространенными в Китае, являются нормы об исключении доказательств. Автор приходит к выводу, что пока доказательства в КНР исключаются очень редко, но со временем ситуация может измениться.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: *исключение доказательств, права человека, допустимость доказательств, признание вины, презумпция, бремя доказывания, китайский менталитет.*

ANNOTATION: this article examines how the application of the rules of exclusion of evidence can affect the observance of human rights in Chinese criminal procedure. Research on this topic is relevant: it allows us to determine how effective are the rules of evidence exclusion in the fight against human rights violations, which are common in China. The author concludes that while evidence is rarely excluded in China, the situation may change over time.

KEYWORDS: *exclusion of evidence, human rights, admissibility of evidence, admission of guilt, presumption, burden of proof, Chinese mentality.*

Нарушение прав человека в Китае во многом сводится к применению таких незаконных способов получения доказательств виновности, как использование пыток, психологическое давление, лишение обвиняемых доступа к юридической помощи¹. В связи с этим представляется актуальным проанализировать, как действует институт исключения незаконно полученных доказательств в Китайской Народной Республике (КНР), и попытаться понять, сможет ли исключение доказательств предотвратить нарушение прав человека в уголовном процессе Китая.

Обратимся к некоторым теоретическим аспектам института доказывания. Любое доказательство в уголовном процессе должно обладать тремя свойствами: относимостью, допустимостью и достоверностью. Относимой является информация, которая прямо или косвенно относится к предмету доказывания, т.е. к обстоятельствам, подлежащим доказыванию. Допустимость доказательств означает, что сведения получены с соблюдением закона (надлежащим субъектом, из надлежащего источника, при помощи надлежащей процедуры). Достоверность означает соответствие доказательства действительности².

Последствием собирания недопустимых доказательств может являться, например, дисциплинарное взыскание или уголовная

¹ The 2012 Revision of the Chinese Criminal Procedure Law: (Mostly) Old Wine in New Bottles [Electronic resource] : [website]. URL: <https://www.law.cuhk.edu.hk/en/research/crj/download/papers/2012-CRJ-OccasionalPaper-CPL.pdf> (дата обращения - 23.09.2020).

² Головкин Л. В. [и др.] Курс уголовного процесса / под ред. Л. В. Головкин. М., 2017. С. 464.

ответственность в отношении полицейского или иного субъекта, нарушившего закон при собирании доказательств. Долгое время (до реформирования в 2012 г. Уголовно-процессуального кодекса КНР) законодательство Китая предусматривало только такие последствия недопустимости. Иным последствием недопустимости во многих государствах является исключение доказательств. Исключение доказательств означает, что соответствующие сведения теряют юридическую силу, на них не может основываться обвинение.

Институт исключения доказательств формировался в судебных прецедентах и правовой доктрине семьи общего права. Дело в том, что для англосаксонской правовой семьи издревле особое значение имело соблюдение всех правил судебного процесса: «Обычай, убеждения либо потребности древних времен устанавливали правило, либо правовую формулу. В течение столетий обычай, убеждения и потребности исчезали, но правило оставалось»³. Вплоть до XIX в. для английских юристов «было важно думать не о том, какое решение, по их мнению, справедливое, должно быть вынесено по делу, а сконцентрировать свое внимание на различных процессуальных в высшей степени формализованных действиях по конкретным видам исков»⁴. В связи с этим стало зарождаться представление, что информация, полученная ненадлежащим образом, не может считаться доказательством. Постепенно представление о необходимости исключения незаконно полученных доказательств распространилось далеко за пределы стран англосаксонской правовой семьи.

В Китае институт исключения доказательств существует с 2010 г. В соответствии со ст. ст. 1 и 2 подзаконного акта под названием «Пра-

вила, затрагивающие вопросы об исключении недопустимых доказательств при разрешении уголовных дел» (далее – Правила исключения доказательств) недопустимыми устными доказательствами являются показания подозреваемого / обвиняемого, полученные с использованием незаконных методов, таких как пытка; свидетельские показания или утверждения потерпевшего, полученные в том числе с помощью насилия и угроз⁵. Такие доказательства должны быть исключены и не должны служить основой для обвинения.

В 2012 г. в УПК КНР появились положения, аналогичные тем, которые имелись в Правилах исключения доказательств (ст. 56 УПК КНР): показания подозреваемого / обвиняемого, по-

лученные с использованием незаконных методов, таких как пытка; свидетельские показания или утверждения потерпевшего, полученные в том числе с помощью насилия и угроз, должны быть исключены. Следующее положение ст. 56 ранее не имело аналогов: если какое-либо вещественное или документальное доказательство было получено с нарушением установлен-

ной процедуры, которое может существенно повлиять на справедливость разбирательства, должны быть обеспечены коррекция или объяснение нарушения, иначе доказательство должно быть исключено. Исключенное доказательство не может служить основой для обвинения, обвинительного заключения и приговора⁶.

Из текста УПК КНР можно вывести следующие гарантии соблюдения прав участников процесса: обязанность государственных органов соблюдать предусмотренные законом процедуры (ст. 3); право обвиняемого не свидетельствовать против себя (ст. 52); право на адвоката, в том числе бесплатного (ст. 36)⁷ и т.д. С помощью

ПРАВИЛА ИСКЛЮЧЕНИЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ ЗАКРЕПЛЕННЫ В УПК КНР. НО ЭТО ЕЩЕ НЕ ЗНАЧИТ, ЧТО ОНИ ПРИМЕНЯЮТСЯ

³ Лафитский В. И. Сравнительное правоведение в образах права : в 2 т. Т. 1. М., 2010. С. 333.

⁴ Там же.

⁵ Rules Concerning Questions About Exclusion of Illegal Evidence in Handling Criminal Cases [Electronic resource] : adopted on June 25, 2010 // Congressional - Executive Commission China : [website]. – URL : <https://www.cecc.gov/resources/legal-provisions/rules-concerning-questions-about-exclusion-of-illegal-evidence-in> (дата обращения : 09.09.2020).

⁶ Criminal Procedure Law of the People's Republic of China : adopted on July 1, 1979 // Peking University Law School database : [website]. – (amended on October 26, 2018). – URL : https://pkulaw.com/en_law/5a06769be1274052bdfb.html?keyword=criminal%20procedure%20law%202018 (дата обращения : 09.09.2020).

⁷ Там же.

процитированной ст. 56 мы убеждаемся, что по общему правилу доказательства подлежат исключению, если они были получены незаконным способом. Вещественные доказательства и иные документы, полученные незаконным способом, исключаются при условии, что незаконный метод их получения нельзя объяснить и скорректировать. Данное правило связано с тем, что вещественные и документальные доказательства являются наиболее надежной разновидностью доказательств. Они обычно не теряют своей достоверности, даже если были получены незаконным способом.

Таким образом, правила исключения доказательств закреплены в УПК КНР. Однако само по себе это не означает, что они применяются. Для того, чтобы понять, исключаются ли доказательства в современном Китае, обратимся к судебной практике.

Впервые незаконно полученные доказательства были исключены в Китае в апреле 2011 г., когда Правила исключения доказательств 2010 г. уже вступили в силу, а проект УПК 2012 г. начал публично обсуждаться. Обвиняемым по делу выступил Чжан Госи (Zhang Guoxi), чиновник Департамента строительства в провинции Чжэцзян. В марте 2011 г. местная прокуратура обвинила Чжана в коррупции в размере до 76 000 юаней. Однако вскоре районный суд города Нинбо признал Чжана невиновным в связи с тем, что основное доказательство виновности – признание Чжана – было получено незаконным путем. Чжана допрашивали в течение нескольких суток почти без перерывов, в том числе ночью. Во время допросов он был постоянно закован в наручники и в какой-то момент сотрудники полиции толкнули его так, что он получил царапину и несколько синяков. Жене Чжана угрожали задержанием, которое оставило бы их трехлетнего ребенка без присмотра. Наконец, само задержание Чжана и длительное заключение не имели правовых оснований, к обвиняемому могла быть применена иная мера пресечения.

Несмотря на то что в данном деле даже не применялась пытка, суд Нинбо проявил принципиальность и после заявления стороной защиты ходатайства об исключении признания Чжана потребовал от прокуратуры доказать

**В НАЧАЛЕ 2017 Г. ЗАМЕСТИТЕЛЬ
ПРЕДСЕДАТЕЛЯ ВЕРХОВНОГО
НАРОДНОГО СУДА КНР
ПРИЗНАЛ, ЧТО С 2014 ПО 2016 Г.
ДОКАЗАТЕЛЬСТВА БЫЛИ
ИСКЛЮЧЕНЫ В 2756 ДЕЛАХ (ВСЕГО
ЗА ЭТИ ГОДЫ БЫЛО РАССМОТРЕНО
3238000 ДЕЛ). ЧИСЛО ДЕЛ
С ИСКЛЮЧЕНИЕМ
ДОКАЗАТЕЛЬСТВ НЕВЕЛИКО
(СОСТАВЛЯЕТ 0,1%)**

допустимость собранных доказательств. Прокуратура предъявила письменные показания следователей о том, что допрос прошел «законно» и «цивилизованно». Для китайских процессов вообще характерна не явка свидетелей в суд (особенно если свидетель – полицейский, который должен доказать законность расследования – китайские авторы полагают, что полицейские считают себя выше этого), а зачитывание письменных показаний. Однако суд Нинбо не удовлетворился такими объяснениями. В перерывах между слушаниями суд провел собственное расследование, ознакомился с медицинским освидетельствованием Чжана, убедился, что синяки были получены во время заключения. Затем судья потребовал, чтобы следователи явились свидетельствовать в суде и предоставили видеозапись допроса. Прокурор согласился предоставить запись допроса, но только те фрагменты, где Чжан признавался в преступлении. Прокуратура утверждала, что «следственная тактика по делам о взяточничестве сама по себе является государственной тайной», поэтому предоставление всех записей невозможно. При этом сторона обвинения дала понять, что свидетельствовать в суде полицейские не собираются. В результате суд принял совершенно неожиданное для обвинения решение – исключить признание Чжаном вины и признать Чжана невиновным за недостаточностью доказательств.

Один из главных в Китае специалистов по уголовно-процессуальному праву профессор Чэнь Гуанчжун (Chen Guangzhong) назвал данное судебное решение «эпохальным», а американ-

ские авторы начали размышлять, какое значение для уголовного процесса Китая будет иметь первое решение об исключении доказательств. Но 18 июля 2012 г. суд второй инстанции в городе Нинбо признал Чжана виновным во взяточничестве в размере 40 000 юаней и приговорил к 2 годам заключения. После первого судебного разбирательства, окончившегося благоприятно для Чжана, прокуратура подала апелляцию. В суде второй инстанции она предоставила дополнительные доказательства: показания двух свидетелей допроса и новые фрагменты записи допроса. Суд счел предоставленные доказательства надежными и достаточными⁸.

Из-за недостатка материалов трудно сказать, является ли описанное дело провалом использования правил исключения доказательств в Китае или нет. Возможно, дополнительные доказательства, предоставленные прокуратурой, фактически не подтверждали законность допроса, а лишь служили цели «спасти обвинительный приговор любой ценой». Тогда ре-

шение суда второй инстанции, «подыгравшего» прокуратуре, показывает, что суды еще не готовы применять правила исключения доказательств. Если же сторона обвинения в первой инстанции сочла ниже своего достоинства доказывать законность допроса, но во второй инстанции спохватилась и предоставила убедительные доказательства, то можно говорить, что первое решение суда сделало свое дело. То есть первый суд показал стороне обвинения, что отныне она должна активно участвовать в процессе доказывания своей невиновности и несет риск последствий своего бездействия.

Стали ли затем правила исключения доказательств применяться чаще? В начале 2017 г. заместитель председателя Верховного Народного Суда КНР признал, что с 2014 по 2016 г. доказательства были исключены в 2756 делах (всего за эти годы было рассмотрено 3238000 дел)⁹. Число дел с исключением доказательств невелико (составляет 0,1%). С одной стороны, это вроде бы свидетельствует о том, что участники процесса,



⁸ Second court accepts disputed confession [Electronic resource] : [website]. URL : http://www.china.org.cn/china/2012-07/19/content_25952526.htm (дата обращения : 09.04.2020).

⁹ Zuo, W., Lan R. Exclusionary Rule of Illegal Evidence in China: Observation from Historical and Empirical Perspectives. P. 315.

**...НА ПРАКТИКЕ КИТАЙСКИЕ
СУДЫ ЗАЧАСТУЮ
ПЕРЕКЛАДЫВАЮТ
БРЕМЯ ДОКАЗЫВАНИЯ
НЕДОПУСТИМОСТИ НА
ОБВИНЯЕМЫХ. ТО ЕСТЬ, ЗАЯВИВ
ХОДАТАЙСТВО, ОБВИНЯЕМЫЙ
ДОЛЖЕН ПРЕДОСТАВИТЬ
НАДЕЖНЫЕ И ДОСТАТОЧНЫЕ
ДОКАЗАТЕЛЬСТВА ТОГО, ЧТО
ПОЛИЦЕЙСКИЕ НАРУШИЛИ
ЕГО ПРАВА. ОБЫЧНО ТАКОЕ
БРЕМЯ ОКАЗЫВАЕТСЯ ДЛЯ НЕГО
НЕПОСИЛЬНЫМ**

особенно обвиняемые, лишены важной гарантии соблюдения их прав. Но с другой стороны, исключение доказательств не является обычной процедурой, которая должна применяться в большинстве процессов, – иначе обвинительные приговоры вообще не могли бы выноситься, что тоже угрожало бы правам участников процесса и общественной безопасности.

Судебная практика, связанная с исключением доказательств, столь малочисленна, что тексты подобных решений практически невозможно отыскать. В связи с этим, исходя из того, что отрицательный опыт – тоже опыт, мы проанализируем несколько судебных решений, в которых признание вины было одним из главных доказательств по делу и суд пытался оценить, достаточно ли доказательств для вынесения обвинительного приговора. Примечательно, что во время поиска мне не встретилось ни одно решение, в котором суд специально заострял бы внимание на оценке какого-либо доказательства, кроме признания вины. Это, видимо, связано с тем, что устные личные доказательства считаются самыми ненадежными, ведь они могут быть получены под давлением – а для Китая эта проблема особенно актуальна. Перейдем к рассмотрению судебной практики.

В 2014 г. апелляционный суд города Чаочжоу провинции Гуандун рассматривал дело о при-

чинении вреда, повлекшего по неосторожности смерть потерпевшего. По версии прокуратуры, в 6 утра 19 августа 2013 г. между обвиняемым и потерпевшим (охранниками обувной фабрики) произошла драка. Обвиняемый ударил потерпевшего по голове гаечным ключом, затем пострадавшего доставили в больницу, где он скончался. Доказательствами по делу были записи видеокамер, медицинское освидетельствование потерпевшего, показания свидетеля и признание обвиняемого. При этом прямо свидетельствовало о виновности обвиняемого только его собственное признание. Адвокат обвиняемого настаивал на том, что его подзащитного пытали и допрашивали в ночное время, то есть главное доказательство ненадежно. Остальные же доказательства не позволяют исключить возможность, что на фабрику пробралось третье лицо и ударило потерпевшего.

Суд первой инстанции обратился к ст. 55 УПК, в которой провозглашается, что обвиняемый не может быть осужден единственно на основании своего признания. В той же статье даны критерии достаточных и достоверных доказательств. Суд посчитал, что косвенные доказательства виновности в данном деле являются противоречивыми, не формируют безупречную логическую цепочку, то есть не соответствуют критериям надежности и достаточности, значит, нельзя исключить обоснованных сомнений. Обвиняемый был признан невиновным. Прокуратура подала апелляцию, но во время судебного разбирательства второй инстанции обвиняемый скончался, и дело было закрыто¹⁰.

В данном решении суд напоминает, что признание вины не является ключевым доказательством, под которое можно «подогнать» все остальные. Примечательно при этом, что защитник, хоть и указывает на факт пытки, не заявляет ходатайство об исключении доказательств, а апеллирует лишь к недостаточности доказательств.

Следующее решение также связано с недостаточностью доказательств. 13 февраля 2012 г. любовница обвиняемого Дэна Гуаньмина внезапно скончалась, будучи у него в гостях. Дэн,

¹⁰ Определение к делу № 9 : от 11 декабря 2014 г. / Верховный народный суд провинции Гуандун // СПС «Lexis China» : [сайт]. – URL : <https://www.lexisnexis.ru/products/international-law/lexis-china> (дата обращения – 04.09.20).

видимо, испугавшись подозрения в убийстве, расчленил тело и бросил куски в реку Янцзы. Когда тело было найдено, прокуратуре удалось получить признание Дэна в умышленном убийстве. Однако суд первой инстанции в городе Чунцин пришел к выводу, что признание Дэна является единственным доказательством убийства, соответственно, доказательства обвинения в убийстве не формируют безупречной логической цепочки. Дэн был приговорен к наказанию за надругательство над телом умершей. В данном деле защита также не заявила ходатайство об исключении доказательств, хотя, на мой взгляд, добровольность признания Дэна в убийстве вызывает сомнения¹¹.

В двух следующих делах (оба они рассматривались в провинции Чжэцзян в 2013 г.) суд принял схожие решения. В первом деле мужчина явился с повинной и признался в убийстве жены; во втором имело место признание вины лица, обвинявшегося в похищении человека. Оба преступления караются смертной казнью, поэтому к данным делам Верховный суд провинции проявил особое внимание. В первом решении суд напомнил: «следует проявлять осторожность при признании обвиняемого виновным в том случае, если прямые доказательства, кроме признания, являются скудными. Однако если на основании признания были получены другие надежные доказательства, обвинительный приговор возможен». Во втором деле суд также отметил, что «если в качестве прямых доказательств присутствует только признание обвиняемого, но отсутствуют иные прямые первоначальные доказательства, то нецелесообразно назначать немедленную (то есть без отсрочки исполнения) смертную казнь». Однако в обоих делах доказательств было, по-видимому, достаточно, поэтому суд одобрил смертные приговоры. В обоих делах сторона защиты не пыталась исключить какие-либо доказательства^{12,13}.

На основании приведенных судебных решений можно сделать определенные выводы.

Позитивной тенденцией является то, что суды снова и снова напоминают: признание вины не может служить основой обвинения, доказательства должны быть надежными и достаточными. Если полиция перестанет сосредотачиваться на получении признания любым путем, то число случаев применения пытки сократится. Однако факт, что защита не подает ходатайства об исключении доказательств даже в делах о смертной казни, где попытка смягчить приговор кажется естественной, наводит на размышления. При этом в первых описанных делах (о причинении вреда и расчленении) пытка, скорее всего, применялась.

Видимо, правила исключения доказательств не приживаются в Китае. Суд и сторона защиты в приведенных делах нашли способ действовать в обход правил исключения доказательств – апеллировать к недостаточности признания для обвинительного приговора, ведь если признание является недостаточным доказательством, то и исключать его как будто нет смысла. Однако такой подход не всегда допустим, а применение правил исключения доказательств предоставляет более широкий спектр возможностей для восстановления процессуальной справедливости.

Постараемся понять, чем обусловлено редкое применение правил исключения доказательств в Китае.

1. Суды перекладывают бремя доказывания недопустимости доказательств на обвиняемого.

В уголовном процессе Китая доказательства могут исключаться по решению прокуратуры или суда на любой стадии процесса. Но если ходатайство об исключении доказательств заявила сторона защиты, то встает вопрос: должна ли она доказать обоснованность ходатайства? Иными словами, на ком лежит бремя доказывания?

Бремя доказывания – это обязанность доказать все обстоятельства, входящие в предмет доказывания. В соответствии с презумпцией невиновности бремя доказывания по уголов-

¹¹ Постановление по делу 00069 : 2013 г. / Суд г. Чунцин // СПС «Lexis China» : [сайт]. – URL : <https://www.lexisnexis.ru/products/international-law/lexis-china> (дата обращения – 04.09.20).

¹² Постановление по делу № 64 : 2014 г. / Верховный народный суд провинции Чжэцзян // СПС «Lexis China» : [сайт]. – URL : <https://www.lexisnexis.ru/products/international-law/lexis-china> (дата обращения – 14.09.20).

¹³ Определение по делу № 49 : 2013 г. / Верховный народный суд провинции Чжэцзян // СПС «Lexis China» : [сайт]. – Режим доступа : <https://www.lexisnexis.ru/products/international-law/lexis-china> (дата обращения – 14.09.20).

**ВОЗМОЖНО, ТАК КАК В КИТАЕ
ДАЖЕ НА СЕМАНТИЧЕСКОМ
УРОВНЕ К ПРЕЗУМПЦИИ
ПРЕДЪЯВЛЯЮТСЯ БОЛЕЕ
СТРОГИЕ ТРЕБОВАНИЯ, ЧЕМ
В ЕВРОПЕ (К ВЫВОДУ МЫ,
БЕЗУСЛОВНО, ПРЕДЪЯВЛЯЕМ
БОЛЬШЕ ТРЕБОВАНИЙ,
ЧЕМ К ПРЕДПОЛОЖЕНИЮ),
ПРЕЗУМПЦИЯ НЕВИНОВНОСТИ
НЕ ВЫПОЛНЯЕТ В КИТАЙСКОМ
УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ СВОЮ
ФУНКЦИЮ**

ному делу лежит на стороне обвинения. В странах англосаксонской правовой семьи из этого правила порой делаются исключения, но в континентальной модели уголовного процесса бремя доказывания неизменно лежит на государственных органах, осуществляющих производство по уголовному делу.

Этому правилу верен и китайский законодатель. В соответствии со ст. 57 и 58 УПК КНР, если недопустимость доказательства будет выявлена полицией, прокуратурой, судом, то прокуратура обязана будет доказать законность получения доказательств. Если же сторона защиты заявит ходатайство об исключении доказательств, то она сначала должна будет предоставить соответствующие улики или материалы в обоснование ходатайства. После этого, как гласит ст. 59 УПК КНР, во время судебного исследования допустимости доказательств народная прокуратура должна доказать законность получения доказательств¹⁴. Схожие положения содержались и в ст. 6 – 11 Правил исключения доказательств 2010 г.¹⁵

На мой взгляд, обязанность обвиняемого предоставить улики и материалы не может считаться бременем доказывания, так как он не должен доказывать все обстоятельства, входя-

щие в предмет доказывания. Обвиняемый, по сути, просто должен сослаться на обстоятельство, которое побудило его заявить ходатайство (если, например, это была пытка, то обвиняемый может показать раны).

Таким образом, вроде бы нельзя сказать, что возможность ходатайствовать об исключении доказательств затруднена из-за того, что сторона защиты не справляется с обоснованием недопустимости доказательств. Но китайские авторы – Чжюань Го (Zhiyuan Guo)¹⁶, На Цзянь (Na Jiang)¹⁷ – утверждают, что на практике китайские суды зачастую перекладывают бремя доказывания недопустимости на обвиняемых. То есть, заявив ходатайство, обвиняемый должен предоставить надежные и достаточные доказательства того, что полицейские нарушили его права. Обычно такое бремя оказывается для него непосильным.

Авторитетный китайский специалист в области уголовного процесса профессор Цзяхун Хэ (Jiahong He) предлагает решить эту проблему с помощью установления новой презумпции¹⁸. Профессор Хэ полагает, что в УПК КНР можно ввести правило, в соответствии с которым применение пытки презюмируется, если: подозреваемый умер или получил травму во время расследования; подозреваемый не был доставлен в центр задержания для допроса; органы следствия продлили период задержания подозреваемого и не оповестили об этом его семью и работодателя, а также не предоставили ему возможность встретиться с адвокатом. Сторона обвинения должна будет доказать отсутствие факта пытки в соответствии с обычным (то есть высоким) стандартом доказывания.

На мой взгляд, это правило вряд ли сильно изменит ситуацию. Презумпция означает в первую очередь перераспределение бремени доказывания (например, презумпция невиновности означает, что бремя доказывания виновности ложится на сторону обвинения). Но в нашем случае и без применения презумп-

¹⁴ URL : https://pkulaw.com/en_law/5a06769be1274052bdfb.html?keyword=criminal%20procedure%20law%202018.

¹⁵ URL : <https://www.cecc.gov/resources/legal-provisions/rules-concerning-questions-about-exclusion-of-illegal-evidence-in>.

¹⁶ Guo Z. Exclusion of illegally obtained confessions in China: an empirical perspective // International Journal of Evidence and Proof. 2017. Vol. 21. P. 41 – 42.

¹⁷ Na J. The potential to ensure a fair trial through evidence exclusion: a Chinese perspective // Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective. 2018. P. 202.
He J. Methodology of Judicial Proof and Presumption. 2018. P. 232.

ции бремя доказывания допустимости доказательств лежит на стороне обвинения.

Возможно, единственное, что поможет начать в полной мере использовать на практике правила исключения – это время, ведь правоприменитель должен свыкнуться с новыми правилами. Кроме того, Верховный Народный Суд КНР должен подать пример нижестоящим судам и чаще применять правила исключения, так как Китай – страна, в которой реформы начинаются «сверху».

2. Ограниченное толкование китайским законодателем и правоприменителем презумпции невиновности.

Презумпция невиновности – это одна из важнейших гарантий прав обвиняемого. Презумпция невиновности включает в себя два компонента: во-первых, она означает, что обвиняемый считается невиновным, пока его виновность не будет доказана в соответствии с законом и установлена вступившим в законную силу приговором суда; во-вторых, она подразумевает право не свидетельствовать против себя, поскольку обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность. Это право, в свою очередь, состоит из двух элементов: права не быть принудительно допрошенным и права хранить молчание во время допроса.

На первый взгляд может показаться, что УПК КНР провозглашает презумпцию невиновности. Ст. 12 устанавливает: лицо не может быть признано виновным, если его виновность не была установлена приговором народного суда в соответствии с законом. Ст. 52 закрепляет: строго запрещено принуждать кого-либо свидетельствовать против себя¹⁹.

При этом ряд китайских авторов утверждает, что одной из главных проблем китайского уголовного процесса является неофициально существующая презумпция виновности обвиняемого²⁰. Причины существования этой презумпции кроются среди прочего и в тексте закона: ст. 120 обязывает обвиняемого правдиво отвечать на вопросы следователя. Данная

обязанность не является юридической, так как за ее неисполнение не установлена санкция, это, скорее, моральный долг. Однако провозглашение в законе обязанности правдиво отвечать на вопросы следователя лишает презумпцию невиновности одного из ее компонентов: права обвиняемого не свидетельствовать против себя во время допроса. На Цзян высказывает предположение, что обязанность правдиво отвечать распространяется только на случаи, когда обвиняемый согласился отвечать на вопросы следователя, но не на случаи, когда допрашиваемый предпочел хранить молчание²¹. Тем не менее даже такое толкование сужает и обедняет презумпцию невиновности.

Можно говорить также о том, что в китайском языке понятие «презумпция» имеет несколько иное значение, нежели в европейских языках. Слово «презумпция» происходит от латинского слова «предположение, ожидание», то есть для европейца презумпция – это именно предварительное предположение, практически догадка. Китайское же слово *tui ding* (презумпция) означает, скорее, «вывод». В строгом смысле презумпция, действительно, является выводом, имеющим некоторую логическую предпосылку – например, предпосылкой презумпции невиновности является то, что вина не доказана в законном порядке и не установлена вступившим в силу приговором суда (следовательно, лицо невиновно). При этом на подсознательном и бытовом уровне презумпция невиновности воспринимается именно как предположение, которое в общем-то не имеет под собой оснований, но в соответствии с законом признается истинным. Возможно, так как в Китае даже на семантическом уровне к презумпции предъявляются более строгие требования, чем в Европе (к выводу мы, безусловно, предъявляем больше требований, чем к предположению), презумпция невиновности не выполняет в китайском уголовном процессе свою функцию. Она толкуется как нечто, что должно быть выведено из безусловно истинных предпосылок, доказано,

¹⁹ URL: https://pkulaw.com/en_law/5a06769be1274052bdfb.html?keyword=criminal%20procedure%20law%202018.

²⁰ Fan C. The internal conflicts and compromises of the Chinese confession rules system: a comparative analysis with the Western typical model // Proof in modern litigation. 2017. P. 34; Xiong M., Miao M. Miscarriage of Justice in Chinese Capital Cases. P. 279.

²¹ Na J. The potential to ensure a fair trial through evidence exclusion: a Chinese perspective P. 174.

проверено. А виновность – наоборот, презюмируется, если лицо оказалось вовлеченным в уголовный процесс («нет дыма без огня»)²².

Если же лицо презюмируется виновным, то применять в его отношении незаконные методы получения доказательств не постыдно, так как это может помочь получить информацию о преступлении. А если в незаконных методах нет ничего дурного, то не стоит и исключать полученные с их помощью доказательства.

Таким образом, трудности с принятием презумпции невиновности в китайском уголовном процессе могут напрямую влиять на применение правил исключения доказательств.

3. Исключение доказательств – в принципе экстраординарное явление в праве многих государств.

Китайские авторы хотели бы равняться на Европу и США в том, что касается применения правил исключения доказательств. Однако правда ли, что доказательства активно исключают везде, кроме Китая?

США – страна, где правила допустимости доказательств закреплены в Конституции, а установленное судом правило Миранды представляет собой очень жесткие требования к допустимости и очень мощную гарантию прав обвиняемого. Тем не менее с течением времени действительно строгие правила исключения доказательств стали все более смягчаться под влиянием судебной практики. Дело *Rakas v. Illinois* (1978 г.) – одно из многих дел, в которых суд пытался решить, какая ценность перевешивает – защита прав обвиняемого или интересы общественной безопасности – и выбрал второе, не исключив доказательства, полученные с помощью незаконного обыска²³. В деле *Berghuis v. Thompkins* (2010) Верховный

суд в очередной раз сузил правило Миранды, разъяснив, что если в течение длительного допроса подозреваемый давал ответы на вопросы и не вспоминал о правах Миранды, то он считается добровольно и осознанно отказавшимся от этих прав²⁴. В деле *Hudson v. Michigan* (2006) Верховный суд заявил, что исключение доказательств является не требованием Конституции, а правилом, установленным судом. В этом же деле суд разъяснил, что в некоторых случаях доказательства можно не исключать, достаточно применить дисциплинарную санкцию в отношении полицейского²⁵.

Наконец, можно вспомнить о том, что в англосаксонском уголовном процессе существует институт ограниченной допустимости доказательств. В соответствии с указанным институтом недопустимое доказательство может быть «впущено» в процесс для какой-то конкретной цели – например, для опровержения слов обвиняемого.

Мы видим, что в США исключение доказательств применяется все реже. Тот же процесс происходит во многих государствах. Немецкая иссле-

довательница Сюзанна Кникмайер (Susanne Knickmeier) в 2015 – 2017 гг. опрашивала экспертов из Германии, Швейцарии, Таиланда и Сингапура. По их сведениям, доказательства в этих странах исключаются менее чем в 10 % случаев²⁶.

Можно назвать несколько причин описанного явления. Во-первых, в большинстве государств 90 – 95 % уголовных дел рассматриваются в порядке сокращенного судопроизводства – эта процедура применяется, когда обвиняемый признал свою вину и согласился с обвинением. При ее применении исследованию доказа-

**..НА ТОГО, КТО ПОПАЛ
В СФЕРУ ДЕЙСТВИЯ
ЭТОГО ЖЕСТОКОГО
ЗАКОНА, УЖЕ НЕ
РАСПРОСТРАНЯЮТСЯ
ПРИНЦИПЫ
ГУМАННОСТИ,
ОН ПРЕЗЮМИРУЕТСЯ
ВИНОВНЫМ, ЕГО СВЯЗЬ
С НАВЯЗАННЫМ
ПОЛЕМ РАЗОРВАНА**

²² He J. Methodology of Judicial Proof and Presumption. P. 144.

²³ See: Turner J. I. Regulating Interrogations and Excluding Confessions in the United States: Balancing Individual Rights and the Search for the Truth // Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective. 2018. P. 125.

²⁴ Там же. P. 119 – 120

²⁵ See: URL : https://books.google.ru/books?id=ubSIDwAAQBAJ&pg=PA1&hl=ru&source=gb_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false P. 37.

²⁶ Knickmeier S. Securing a Fair Trial Through Exclusionary Rules: Do Theory and Practice Form a Well-Balanced Whole? // Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective. 2018. P. 336.

тельств обычно не уделяют особенного внимания. Во-вторых, можно предположить, что во многих современных государствах полицейские обладают развитым правосознанием и случаи нарушения закона (в особенности применения пытки) при получении доказательств относительно редки. Наконец, как уже упоминалось, исключение доказательств на самом деле не является нормальным явлением. Применение правил исключения часто влечет за собой серьезные отрицательные последствия для интересов общественной безопасности и осуществления правосудия, поэтому исключение не должно применяться повсеместно.

Таким образом, в Европе и США правила исключения доказательств являются, скорее, чем-то экстраординарным. Неудивительно, что они медленно приживаются в Китае, который недавно их принял.

4. Особенности китайского менталитета.

Причиной редкого исключения доказательств могут быть также особенности китайского менталитета и правовой культуры. По словам советского и российского китаеведа Л. С. Переломова, «Одна из характерных национальных черт китайцев – относительно высокий уровень исторического самосознания, знания истории своей страны»²⁷. Испокон веков политические лидеры в Китае завоевывали авторитет, умело манипулируя историческими фактами и высказываниями великих личностей. Китайский революционер Сунь Ятсен отмечал, как важно «уметь правильно использовать древних авторов, уметь поставить их себе на службу»²⁸. Мао Цзэдун разработал доктрину «использования древности ради современности» (она подразумевает, что история должна использоваться политиками для поучения народа)²⁹. Нынешний председатель КНР Си Цзиньпин не пренебрегает этой доктриной: в 2015 г. в Китае был опубликован сборник под названием «Си Цзиньпин использует дзянь (классику)»³⁰. Этот сборник включает множество речей Си Цзиньпина, в которых он обращается к классическим для Китая

литературным и фольклорным сюжетам, историческим источникам, афоризмам мудрецов. Такой стиль общения понятен и приятен китайцам – народу, привыкшему жить в контексте истории.

Все ранее сказанное позволяет понять, что традиционное отношение к праву, к преступлению и наказанию до сих пор играет очень важную роль и в законодательной, и в правоприменительной практике Китая. Каково же это отношение?

Для древнего Китая, как и для большинства древних государств, был характерен такой тип правопонимания, как юснатурализм, – вера в божественный справедливый закон. При этом к писаному, человеческому закону китайцы издревле относились с подозрением – он ассоциировался с казнями, пытками, войнами, а также с темным принципом инь, которому противостоит светлый принцип ян – нравственность и добродетель. Китайский мудрец Конфуций негативно отзывался о законе: «Если наставлять народ путем [введения] правления, основанного на законе, и поддерживать порядок [угрозой] наказания, то народ станет избегать наказаний и лишится [чувства] стыда»³¹. Другой особенностью традиционного для Китая конфуцианского учения, помимо негативного отношения к закону, является то, что оно весьма недемократично: поучения Конфуция обращены к благородному мужу (аристократу), но не к простолюдину, который многого не в состоянии понять. Такое восприятия права и закона, а также деление жителей на «благородных» и «неблагородных» равным образом не способствуют соблюдению прав человека в уголовном процессе. Если человек попал в «горнило» уголовного процесса, права и закона, то он как бы выходит из сферы нравственности «ли», к нему применяются лишь нормы о строгом наказании.

Наконец, представители еще одной важной для Китая философской школы легизма, наоборот, абсолютизируют закон, но именно закон, а не право. Закон для них – это любые

²⁷ Переломов Л. С. Конфуцианство и легизм в политической истории Китая. М., 1981. С. 4.

²⁸ Там же. С. 7.

²⁹ Там же. С. 8.

³⁰ Ворopaев Н. Н. Дзяньгу в выступлениях Си Цзиньпина: древность на службе у современности // Материалы Всероссийской научно-практической конференции. 2018. С. 141.

³¹ Трошинский П. В. К вопросу о традиционных взглядах на право в китайском обществе // Вестник университета им. О. Е. Кутафина. 2016. № 3. С. 143.

установления государя, в том числе жестокие, которые он посчитал эффективными для управления государством. По мысли одного из основоположников легизма Шан Яна: «нет лучшего средства пресечь зло и преступления, нежели суровые наказания»³². Как можно догадаться, легизм также отнюдь не является демократическим учением, в соответствии с которым права каждой личности имеют ценность и т.д. Легизм ставит превыше всего эффективное управление государством.

Можно сделать вывод, что, видимо, первые, самые древние законы в Китае были настолько жестокими, что писанный закон навсегда стал ассоциироваться с пытками и наказанием. При этом на того, кто попал в сферу действия этого жестокого закона, уже не распространяются принципы гуманности, он презюмируется виновным, его связь с нравственным полем разорвана. Важную роль играет и то, что основополагающие китайские философские учения не ставят права любого, в том числе простого человека, во главу угла. Для Китая общественная безопасность традиционно ставится выше прав человека, а материальная справедливость (желание изобличить и наказать преступника) – выше процессуальной. Все это усугубляется тем, что традиции, высказывания мудрецов, а также формировавшаяся веками культура глубоко укоренены в сознании китайцев. Таким образом, институту исключения незаконно полученных доказательств трудно «получить права гражданства» в Китае.

Итак, в 2012 г. в УПК КНР появился новый для Китая институт исключения доказательств. С точки зрения закона в Китае есть практически все предпосылки (за исключением презумпции невиновности в полном виде) для успешного применения правил исключения доказательств. Бремя доказывания недопустимости доказательств, порядок исключения доказательств закреплены в УПК КНР. Однако на практике суды исключают доказательства весьма редко, а адвокаты предпочитают ссылаться на недостаточность признания вины для постановле-

ния обвинительного приговора, а не на недопустимость этого признания. Можно объяснить сложившуюся ситуацию тем, что китайские суды на практике перекалывают на обвиняемого бремя доказывания незаконного получения доказательств; презумпцией виновности обвиняемого, неофициально существующей в уголовном процессе Китая; наконец, тем, что правила исключения доказательств в целом являются экстраординарной мерой реагирования на правонарушения полиции и редко применяются даже в странах, откуда они родом.

Едва ли не важнейшей причиной редкого исключения недопустимых доказательств является традиционная правовая культура Китая – культура доверия государству, которое должно защитить народ от преступников, приоритет коллективного над индивидуальным, материальной справедливости над процессуальной. По словам китайских авторов, «будущее правил исключения доказательств в Китае зависит от трансформации китайской правовой культуры»³³.

Хотя нормы об исключении незаконно полученных доказательств редко применяются в большинстве государств, наличие этих норм стимулирует соблюдение прав человека в уголовном процессе. Во-первых, правила исключения доказательств формируют особую правовую культуру, культуру уважения к правам человека – настолько сильного, что если ключевое доказательство по делу было получено в результате незаконного обыска, а тем более применения пыток, то это доказательство не может использоваться в суде. В правилах исключения доказательств реализуется нравственная максима «цель не может оправдывать средства», поэтому само существование этих правил необходимо для поддержания определенного морального климата в обществе. Во-вторых, правила исключения доказательств даже при их редком применении являются наиболее полным, комплексным методом борьбы с незаконным получением доказательств. Никакое иное средство не обладает такой полной силой воздействия на субъектов доказывания и на

³² Шан Я. Книга правителя области Шан. М., 2017. С. 211.

³³ See: Zuo, W., Lan R. Exclusionary Rule of Illegal Evidence in China: Observation from Historical and Empirical Perspectives. P. 327.

правовую культуру общества в целом, как правила исключения доказательств.

Таким образом, появление в УПК КНР норм об исключении незаконно полученных доказательств – важный шаг на пути к совершенствованию гарантий прав человека в уголовном

процессе. Можно предположить, что в дальнейшем, когда исключение доказательств станет более привычным в Китае, сама правовая культура страны несколько изменится, и количество нарушений прав человека в уголовном процессе сократится.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Criminal Procedure Law of the People's Republic of China : adopted on July 1, 1979 // Peking University Law School database : [website]. – (amended on October 26, 2018). – URL : https://pkulaw.com/en_law/5a06769be1274052bdfb.html?keyword=criminal%20procedure%20law%202018 (дата обращения : 09.09.2020).
2. Rules Concerning Questions About Exclusion of Illegal Evidence in Handling Criminal Cases [Electronic resource] : adopted on June 25, 2010 // Congressional – Executive Commission on China : [website]. – URL : <https://www.cecc.gov/resources/legal-provisions/rules-concerning-questions-about-exclusion-of-illegal-evidence-in> (дата обращения : 09.09.2020).
3. Определение по делу № 49 : 2013 г. / Верховный народный суд провинции Чжэцзян // СПС «Lexis China» : [сайт]. – Режим доступа : <https://www.lexisnexis.ru/products/international-law/lexis-china> (дата обращения : 13.09.2020).
4. Определение по делу № 9 : от 11 декабря 2014 г. / Верховный народный суд провинции Гуандун // СПС «Lexis China» : [сайт]. – Режим доступа : <https://www.lexisnexis.ru/products/international-law/lexis-china> (дата обращения : 13.09.2020).
5. Постановление по делу № 64 : 2014 г. / Верховный народный суд провинции Чжэцзян // СПС «Lexis China» : [сайт]. – Режим доступа : <https://www.lexisnexis.ru/products/international-law/lexis-china> (дата обращения : 13.09.2020).
6. Воропаев, Н. Н. Дяньгу в выступлениях Си Цзиньпина: древность на службе у современности / Н. Н. Воропаев // Лингвистика и межкультурная коммуникация : материалы науч. конф., Чита, 31 октября 2018 г. – Чита : Забайкальский гос. ун-т, 2018. – С. 141 – 143.
7. Курс уголовного процесса / Л. В. Головкин [и др.] ; под ред. Л. В. Головкина. – 2-е изд., исправл. – М. : Статут, 2017. – 1270 с.
8. Лафитский, В. И. Сравнительное правоведение в образах права / В. И. Лафитский // в 2 т. – М. : Статут, 2010. – Т. 1. – 421 с.
9. Переломов, Л. С. Конфуцианство и легизм в политической истории Китая / Л. С. Переломов. – М. : Наука, 1981. – 332 с.
10. Трощинский, П. В. К вопросу о традиционных взглядах на право в китайском обществе / П. В. Трощинский // Вестник университета им. О. Е. Кутафина. – 2016. – Вып. 3. – С. 136 – 146.
11. Шан, Я. Книга правителя области Шан / Я. Шан : пер. с кит. Л. С. Переломова. – М. : РИПОЛ классик, 2017. – 419 с.
12. Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules / S. Gless [et. al.] : ed. by S. Gless, T. Richter. – Cham. : Springer Open, 2018. – 380 p.
13. Guo, Z. Exclusion of illegally obtained confessions in China: An empirical perspective / Z. Guo // International Journal of Evidence and Proof. – 2017. – Vol. – P. 30 – 51.
14. He, J. Methodology of Judicial Proof and Presumption / J. He. – Beijing. : Springer ; Law Press C Miao, M., Xiong, M. Miscarriage of Justice in Chinese Capital Cases / M. Miao, M. Xiong // Hastings international and comparative law review. – 2018. – Vol. 41:3. – P. 273 – 342. hina, 2018. – 290 p.
15. Proof in modern litigation / D. Caruso [et. al.] : ed. by D. Caruso, Wang Z. – Adelaide. : Barr Smith Press, 2015. – 221 p.
16. Second court accepts disputed confession [Electronic resource] // China.org.cn : [website]. – July 19, 2012. – Режим доступа : http://www.china.org.cn/china/2012-07/19/content_25952526.htm (дата обращения : 09.09.2020).

ДОБИРАЙТЕСЬ ДО СУТИ, ДОВЕРЯЙТЕ И ВДОХНОВАЙТЕСЬ

Могилевский Антон Станиславович,
кандидат юридических наук,
Учредитель и управляющий партнер
Юридической фирмы «МАСТ» (mast.legal)

Мне посчастливилось быть первым выпускником юридического факультета им. М.М. Сперанского и продолжить свою карьеру в юридической области. Могу сказать, что меня не мучали сомнения по поводу выбора специальности, так как я с малых лет собирался пойти по стопам отца и доволен тем, что связал свою жизнь с юриспруденцией. Своим примером отец установил очень высокий стандарт личных и профессиональных качеств, которому было не всегда легко соответствовать. Однако я руководствуюсь его примером и по сей день.

Я всегда восхищался той работой, которую отец проделал для создания юридического факультета в стенах Академии, и тем, с какой ответственностью он продолжает развивать теперь уже Институт права и национальной безопасности. Основной особенностью его подхода к обучению является акцент на качестве образования и уровне преподавательского состава, и я безмерно благодарен своим учителям за те знания и навыки, которые они мне передали за время обучения. В этом году я, можно сказать, принял от них эстафету и начал вести два курса для студентов юридического факультета: «Венчурные сделки» и «Цифровое предпринимательство».

Моя профессиональная карьера началась еще во время учебы в институте: хорошую фору в практической деятельности мне дало участие в консалтинговых проектах отца. Еще во время первых курсов я погружался в нюансы регулирования деятельности АО и ООО. Отец часто привлекал меня в свои проекты,



которые были связаны с корпоративными конфликтами и совершенствованием корпоративного управления в хозяйственных обществах – это был интересный период становления корпоративного права в России. В то время многие вопросы еще не были детально урегулированы и в распоряжении опытных юристов было много инструментов, которыми можно было сместить баланс интересов в пользу одной или другой стороны в корпоративных отношениях.

Уже на четвертом курсе я устроился помощником юриста в международную юридическую фирму. Конеч-



но, родство с заслуженным юристом России и признанным авторитетом в области корпоративного права давали и до сих пор дают мне определенные преимущества. Однако я могу сказать, что мое становление в качестве профессионала не было простым. В первые 13 лет моей карьеры я работал в двух крупных международных юридических фирмах: Нортон Роуз и Аллен Овери. Это был период бурного роста российской экономики и доработки важных правовых институтов, которые только сейчас приобретают общераспространенный характер. В первую очередь я имею в виду такие инструменты, как заверения, опционы и корпоративные договоры, которые являются важной частью структурирования инвестиционных сделок, сделок по слияниям и поглощениям, работе совместных предприятий. В силу несовершенства законодательства во времена начала моей карьеры, стороны предпочитали регулировать эти отношения английским правом, что дало мне возможность набраться опыта у очень талантливых английских юристов.

Мне также повезло начать карьеру с работы в команде Валентины Глуховской, которая до сих

пор возглавляет московский офис Нортон Роуз. Будучи очень целеустремленным и требовательным руководителем, она придала огромный импульс моему дальнейшему развитию. В дружном коллективе этой фирмы я осознал всю степень глубины и ответственности профес-

сии юриста, которая заключается в необходимости просчета всех возможных сценариев развития событий и в формировании юридической позиции с учетом всех рисков как в области юриспруденции, так и за ее пределами.

Завремя своей, можно сказать, успешной карьеры мое отношение к профессии юриста часто менялось. Одним из недостатков работы в юридической фирме является высокая степень загруженности. Несмотря на более “мягкие” условия работы в английских фирмах (по сравнению с американскими стандартами), частые периоды нехватки сна и выходных да-

вали о себе знать. Когда я почувствовал признаки “выгорания” в области консалтинга, я решил попробовать свои силы в корпорации и возглавил юридический отдел компании PayPal, выход которой на российский рынок я сопровождал как юрист Аллен Овери. Это был интересный период време-

**В ПЕРВЫЕ 13 ЛЕТ МОЕЙ
КАРЬЕРЫ Я РАБОТАЛ
В ДВУХ КРУПНЫХ
МЕЖДУНАРОДНЫХ
ЮРИДИЧЕСКИХ ФИРМАХ:
НОРТОН РОУЗ И АЛЛЕН
ОВЕРИ. ЭТО БЫЛ
ПЕРИОД БУРНОГО РОСТА
РОССИЙСКОЙ ЭКОНОМИКИ
И ДОРАБОТКИ ВАЖНЫХ
ПРАВОВЫХ ИНСТИТУТОВ,
КОТОРЫЕ ТОЛЬКО
СЕЙЧАС ПРИОБРЕТАЮТ
ОБЩЕРАСПРОСТРАНЕННЫЙ
ХАРАКТЕР**

ни, за который я хорошо освоился в новом формате, отладил работу юридической службы и погрузился во все нюансы регулирования деятельности кредитных организаций. В то же время я начал очень четко ощущать ограничения, которые накладывает работа в международной корпорации. С одной стороны, она дает защищенность и уверенность в завтрашнем дне. С другой стороны, ты понимаешь, что твои возможности по развитию и карьерному росту сдерживаются многими уровнями бюрократии, которая неизбежна в любой крупной организации. Я часто сталкиваюсь со своими коллегами, которые занимают хорошие должности в крупных компаниях, но в то же время ощущают себя в “золотой клетке”: круг вопросов, которые они решают, со временем приедается, при этом предложения с более интересной работой и аналогичным окладом найти весьма непросто.

2017 год оказался поворотным в моей карьере: я решил поддержать инициативу моего друга и коллеги, и мы создали собственную юридическую фирму. Можно сказать, что начало работы в новом формате было очень успешным. Со временем мы разделились на две практики, и уже больше года

**КОГДА Я ПОЧУВСТВОВАЛ
ПРИЗНАКИ «ВЫГОРАНИЯ»
В ОБЛАСТИ КОНСАЛТИНГА,
Я РЕШИЛ ПОПРОБОВАТЬ
СВОИ СИЛЫ В КОРПОРАЦИИ
И ВОЗГЛАВИЛ ЮРИДИЧЕСКИЙ
ОТДЕЛ КОМПАНИИ RAURAL, ВЫХОД
КОТОРОЙ НА РОССИЙСКИЙ
РЫНОК Я СОПРОВОЖДАЛ КАК
ЮРИСТ АЛЛЕН ОВЕРИ**

я развиваю собственный бренд “МАСТ”, который представляет собой нечто вроде небольшого сообщества независимых высококлассных юристов. Интересно, что за время пандемии в 2020 году мы смогли установить отношения с несколькими крупными клиентами (включая Тинькофф Кредитные Системы и Алибаба) и успешно закрыть для них несколько сложных инвестиционных проектов.

Текущая реальность все чаще подталкивает корпорации к более экономному расходованию бюджетов, и это позволяет нам конкурировать за рабо-



ту, которую раньше доверили бы только крупным международным фирмам. Это открывает совершенно новые возможности по организации юридической работы и поддержке клиентских проектов. Большим преимуществом проектной работы является также то, что по большей части ее можно делать дистанционно, что позволяет собрать наиболее оптимальную по составу и опыту команду специалистов, которые могут находиться в совершенно разных местах и часовых зонах. При этом уровень поддержки подобной “мобильной” команды юристов может быть выше качества работы топовых юридических фирм.

Мы можем наблюдать интересный парадокс. С одной стороны, глобализация проникает во все сферы нашей жизни: технологические корпорации растут и захватывают все больше информационного пространства вокруг себя. С другой стороны, растет спрос на уникальные решения, индивидуальный подход, который дает возможности таким экспертам, как я, вести самостоятельную деятельность и помогать клиентам решать сложные задачи по всему миру.

Я много думал о ценности, которую я хочу давать своим клиентам и пришел к тому, что отличительной особенностью моей практики должна быть способность видеть суть происходящего во всем ее многообразии. Часто консультанты фокусируются исключительно на области своей экспертизы, я же стараюсь быть партнером клиентов в развитии их бизнеса и достижении максимального эффекта от их сделок. Это требует большего погружения в обстоятельства, при которых заключается сделка, психологические аспекты ведения переговоров (это отдельная интересная тема, которая очень помогает в работе), глубокой проработки последствий тех или иных решений. Например, работая над проектом, я могу составить схему бизнес-процессов и пошагового взаимодействия партнеров – для более четкого описания коммерческих условий и распределения ответ-

ственности. Я также прошел ряд курсов в области финансов и детально вникаю во все расчеты по сделке – эти дополнительные навыки пригождаются чаще, чем я ожидал. Такой подход к работе находит удивительный отклик у клиентов и очень помогает в установлении доверительных отношений. Это также делает саму работу гораздо более интересной и динамичной. Я сформулировал этот принцип в слогане фирмы: “Добирайтесь до сути, доверяйте и вдохновляйтесь”. Часто некоторые нестандартные решения приходят ко мне в момент, когда я спрашиваю себя, как можно быть верным этому принципу в проекте, над которым я работаю прямо сейчас.

Среди моей команды есть и студенты юридического факультета Сперанского, на котором я читаю два авторских курса. Мне приятно видеть, как участие в интересных проектах питает энтузиазм молодых юристов и стремление к освоению новых практических знаний. Прелесть нашего времени заключается в том, что практически любую дисциплину и навык в сфере юриспруденции можно освоить практически бесплатно, не выходя из дома. К сожалению, этими

возможностями пользуются не все.

Пользуясь случаем, я хочу пожелать всем студентам прежде всего учиться самостоятельно, ставить перед собой амбициозные цели и дисциплинированно относиться к их достижению. Уверен, что преподаватели Академии (я в их числе) будут рады помочь познать азы тех или иных дисциплин. Но все же главным в процессе обучения является осмысление ценности, которую человек собирается привнести в мир, для чего ему и нужны навыки и знания. Как сказал Оскар Уайльд: «Красота в глазах смотрящего». Только вы сами можете увидеть те возможности, реализация которых принесет вам радость и чувство удовлетворения. Жизнь очень многообразна, и в ней всегда есть место творчеству – будьте смелыми, мыслите широко, пробуйте себя в новых областях и никогда не сдавайтесь!

**2017 ГОД ОКАЗАЛСЯ
ПОВОРОТНЫМ
В МОЕЙ КАРЬЕРЕ:
Я РЕШИЛ ПОДДЕРЖАТЬ
ИНИЦИАТИВУ МОЕГО
ДРУГА И КОЛЛЕГИ,
И МЫ СОЗДАЛИ
СОБСТВЕННУЮ
ЮРИДИЧЕСКУЮ
ФИРМУ**



President LawJournal

🌐 www.plawj.com

📧 vk.com/pl_journal

Научный руководитель журнала: Иванова Т.Н.

Главный редактор журнала: Киктенко К.Г.

Заместитель главного редактора: Езюков В.К.

Редактор: Кирилина А.А.

Корректор: Гараева С.М.

Верстка: Ху М.К.

Свидетельство о регистрации СМИ:

ЭЛ № ФС77-78622 от 20.07.2020 г.

ISSN: 2687-1599

Издается при поддержке местного
отделения по району Тропарево-Никулино
Западного административного округа Московского
регионального отделения Ассоциации
юристов России