

*Министерство образования и науки Российской Федерации
Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего
профессионального образования «Московский государственный юридический
университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)»*

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА № 1, 2014

*Ежемесячный научный журнал
Издается с января 2004 г.*

Председатель редакционного совета журнала

ГРАЧЕВА Елена Юрьевна — доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой финансового права, первый проректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.

Почтовый адрес: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

Заместитель председателя редакционного совета журнала

ПЕТРУЧАК Лариса Анатольевна — доктор юридических наук, профессор кафедры теории государства и права, проректор по учебной и воспитательной работе Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ.

Почтовый адрес: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

Главный редактор журнала

ШУГРИНА Екатерина Сергеевна — доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и муниципального права, начальник Управления организации научной деятельности, председатель Редакционно-издательского совета Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Почтовый адрес: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

Ответственный секретарь

СЕМИСОРОВА Ксения Николаевна — начальник Отдела организации научно-издательской политики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Почтовый адрес: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

БЕЛОВА-ГАНЕВА Габриела — кандидат юридических наук, доцент, декан историко-правового факультета Юго-Западного университета имени Неофита Рильского (Болгария).

Почтовый адрес: 2700 Болгария, Благоевград, ул. Ивана Михайлова, д. 66.

БОЛТИНОВА Ольга Викторовна — доктор юридических наук, профессор, заместитель заведующего кафедрой финансового права, ученый секретарь Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ.

Почтовый адрес: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

*Журнал включен в крупнейшую международную базу данных периодических изданий Ulrich's Periodicals Directory.
Материалы журнала включены в систему Российского индекса научного цитирования*

ВОСКОБИТОВА Лидия Алексеевна — доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой уголовно-процессуального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ.

Почтовый адрес: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

ГАЗЬЕ Анн — доктор права, доцент Университета Paris Ouest-Nanterre-La Defense (Франция).

Почтовый адрес: 92001, Франция, Нантер, авеню Республики, д. 200.

ГОЛОВНЕНКОВ Павел Валерьевич — доктор права, ассессор права, главный научный сотрудник кафедры уголовного и, в частности, экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).

Почтовый адрес: 14482, Германия, Потсдам, ул. Августа Бебеля, д. 89.

ДУБРОВИНА Елена Павловна — кандидат юридических наук, член Центризбиркома России, заслуженный юрист РФ.

Почтовый адрес: 109012, г. Москва, Б. Черкасский пер., д. 9.

ЕРШОВА Инна Владимировна — доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой предпринимательского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник юстиции России.

Почтовый адрес: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

ЗАХАРОВ Владимир Викторович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права, проректор по учебной работе Курского государственного университета.

Почтовый адрес: 305000, г. Курск, ул. Радищева, 33.

КАШКИН Сергей Юрьевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой права Европейского союза Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ, профессор кафедры Жана Монне (Европейский Союз).

Почтовый адрес: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

КОКОТОВ Александр Николаевич — доктор юридических наук, профессор, судья Конституционного Суда РФ, заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ.

Почтовый адрес: 190000, г. Санкт-Петербург, Сенатская площадь, дом 1.

КОРНЕВ Аркадий Владимирович — доктор юридических наук, профессор, заместитель заведующего кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Почтовый адрес: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

КУЧЕРЯВЕНКО Николай Петрович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансового права Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого», академик Национальной академии правовых наук Украины, заслуженный деятель науки и техники Украины.

Почтовый адрес: 61024, Украина, г. Харьков, ул. Пушкинская, д. 77.

МАРИНО Иван — кандидат юридических наук, доцент государственного университета «Ориенталле» (Неаполь), руководитель Центра мониторинга политико-правовой системы России, Итальянского представительства Фонда Конституционных Реформ.

Почтовый адрес: 80121, Италия, Неаполь, ул. Виа Карло Поерио, д. 15.

МАЦКЕВИЧ Игорь Михайлович — доктор юридических наук, профессор кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права, проректор по научной работе Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, председатель экспертного совета Высшей аттестационной комиссии РФ.

Почтовый адрес: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

ПАНАГИОТОПОЛОС Димитриос — доктор права, магистр философии, профессор Афинского университета, вице-ректор Университета Центральной Греции, Президент Международной ассоциации спортивного права (IASL), специальный эксперт в области спортивного права в Европейском Союзе, награжден премией «Право: Человек года» (2009) Американским биографическим институтом (ИНК).

Почтовый адрес: 10677, Греция, Афины, ул. Веранжероу, д. 4.

РЕШЕТНИКОВА Ирина Валентиновна — доктор юридических наук, профессор, председатель Федерального арбитражного суда Уральского округа, заслуженный юрист РФ, почетный работник судебной системы.

Почтовый адрес: 620075 Екатеринбург, просп. Ленина, 32/27.

РОССИНСКАЯ Елена Рафаиловна — доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой судебных экспертиз Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Президент Ассоциации образовательных учреждений «Судебная экспертиза», академик РАЕН, заслуженный деятель науки РФ.

Почтовый адрес: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

ХВАН Леонид Борисович — кандидат юридических наук, доцент кафедры административного и финансового права Ташкентского государственного юридического института.

Почтовый адрес: 100000, Республика Узбекистан, г. Ташкент, Главпочтамт, абон. ящик № 4553.

ЧАННОВ Сергей Евгеньевич — доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой служебного и трудового права Поволжского института управления имени П.А. Столыпина.

Почтовый адрес: 410031, г. Саратов, ул. Соборная, д. 23/25.

ЧЕРНЫШЕВА Ольга Сергеевна — кандидат юридических наук, начальник отдела Секретариата Европейского Суда по правам человека.

Почтовый адрес: 67075, Франция, Страсбург, Cedex, ЕСПЧ.

ЧУЧАЕВ Александр Иванович — доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ.

Почтовый адрес: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

ШАЛУМОВ Михаил Славович — доктор юридических наук, профессор, судья Верховного Суда Российской Федерации, член-корреспондент Международной академии психологических наук.

Почтовый адрес: 121260, Москва, ул. Поварская, д. 15.

ЯСКЕРНЯ Ежи — доктор юридических наук, ректор Института экономики и управления Университета имени Яна Кохановского в г. Кельц (Польша).

Почтовый адрес: 25369, Польша, г. Кельц, ул. Зеромскиго, д. 5.

**Ministry of Education and Science of the Russian Federation
Federal State Budgetary Education Institution of Higher Professional Education
«Kutafin Moscow State Law University»**

ACTUAL PROBLEMS OF RUSSIAN LA W №1, 2014

**Monthly scientific journal
Published since January of 2004**

Chairperson of the Board of Editors

GRACHEVA, Elena Yurievna — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Financial Law, First Vice-Rector of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Specialist in Science and Technology of the Russian Federation.

Mailing address: 132995, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

Vice-Chairperson of the Board of Editors

PETRUCHAK, Larisa Anatolievna — Doctor of Law, Professor of the Department of Theory of State and Law, Vice-Rector on Educational Work of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.

Mailing address: 132995, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

Editor-in-Chief

SHUGRINA, Ekaterina Sergeevna — Doctor of Law, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law, Head of the Department for the Organization of Scientific Work, Head of the Editorial Advisory Board of the Kutafin Moscow State Law University.

Mailing address: 132995, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

Executive Editor

SEMISOROVA, Ksenia Nikolaevna — Head of the Division for the Scientific and Publishing Policy of the Department for the Organization for the Organization of Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University.

Mailing address: 132995, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

BELOVA-GANEVA, Gabriela — PhD in Law, Associate Professor, Dean of the Faculty of Law and History of the South Western University named after the Neophyte Rilsky (Bulgaria)

Mailing address: 2700, Bulgaria, Blagoevgrad, ul. Ivana Mikhailova, d. 66.

BOLTINOVA, Olga Viktorovna — Doctor of Law, Professor, Vice-Chairperson of the Department of the Financial Law, Academic Secretary of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.

Mailing address: 132995, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

CHANNOV, Sergey Evgenievich — Doctor of Law, Associate Professor, Head of the Department of Service and Labor Law of the Povolzhsky Institute of Government named after P.A. Stolypin.

Mailing address: 410031, Saratov, Sobornaya ul., d. 23/25.

*The Journal is included in the largest international database of periodicals Ulrich's Periodicals Directory.
Materials included in the journal Russian Science Citation Index*

CHERNYSHEVA, Olga Sergeevna — PhD in Law, Head of the Department of the Secretariat of the European Court of Human Rights.

Mailing address: European Court of Human Rights, 67075 Strasbourg Cedex, France.

CHUCHAEV, Aleksandr Ivanovich — Doctor of Law, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.

Mailing address: 132995, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

DUBROVINA, Elena Pavlovna — PhD in Law, Member of the Election Committee of Russia, Merited Lawyer of the Russian Federation.

Mailing address: 109012, Moscow, B.Cherkasskiy per. d. 9.

ERSHOVA, Inna Vladimirovna — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of the Entrepreneurial Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Worker of the Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Worker of Justice of Russia.

Mailing address: 132995, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

GAZIER, Anne — Doctor of Law, Associate Professor of the University Paris Ouest-Nanterre-La Defense (France).

Mailing address: Université Paris Ouest — Nanterre — La Défense, 200 avenue de la République, 92001 Nanterre, France.

GOLOVNENKOV, Pavel Valerievich — Doctor of Law, Law Assessor, Chief Legal Researcher of the Department of Criminal and Economic Criminal Law of the Law Faculty of the University of Potsdam (Germany).

Mailing address: Universität Potsdam, Juristische Fakultät, August-Bebel-Str. 89, 14482 Potsdam, Deutschland.

JASKIERNIA, Jerzy — Prof. dr hab. Jan Kochnowski University, Kielce, Poland, Department of Management and Administration Director, Institute of Economy and Administration, Chair, Administration and Legal Sciences Division.

Contact information: Str. Żeromskiego 5, Kielce, Poland 25369.

KASHKIN, Sergey Yurievich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, the Professor of the Department named after Jean Monnet (the EU).

Mailing address: 132995, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

KHVAN, Leonid Borisovich — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Administrative and Financial Law of the Tashkent State Legal Institute.

Mailing address: 100 000, Republic of Uzbekistan, Tashkent, Glavpochtamt, abon. yashik 4553.

KOKOTOV, Aleksandr Nikolaevich — Doctor of Law, Professor, Judge of the Constitutional Court of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.

Mailing address: 190000, St. Petersburg, Senatskaya ploschad, dom 1.

KORNEV, Arkadiy Vladimirovich — Doctor of Law, Professor, Vice-Chairman of the Department of Theory of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University.

Mailing address: 132995, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

KUCHERYAVENKO, Nikolay Petrovich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Financial Law of the National University Legal Academy of Ukraine named after Yaroslav the Wise, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, the Merited Specialist in Science and Technology of Ukraine.

Mailing address: 61024, Ukraine, Kharkiv, ul. Pushkinskaya, d. 77.

MARINO, Ivan — PhD in Law, Associate Professor of the University «L'Orientale», Head of the Monitoring Center for the Political and Legal System of Russia, and of the Italian Representative Office of the Constitutional Reforms Foundation.

Mailing address: Via Carlo Poerio, 15, 80121 Napoli, Italia.

MATSKEVICH, Igor Mikhailovich — Doctor of Law, Professor of the Department of Forensic Studies and Criminal Executive Law, Vice-Rector on Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Chairman of the Expert Council of the Higher Professional Licensing Board of the Russian Federation.

Mailing address: 132995, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

PANAGIOTOPOULOS, Dimitrios — Assoc. Prof, University of Athens, Attorney-at-Law Vice-Rector, University of Central Greece, President of International Association of Sports Law (IASL), awarded «Person of the Year in Law» (2009) from the American Biographical Institute (INC).

Mailing address: 4 Veranzerou Str. 10677 Athens, Greece.

RESHETNIKOVA, Irina Valentinova — Doctor of Law, Professor, Chairperson of the Federal Arbitration Court of the Urals District, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of the Judicial System.

Mailing address: 620075, Ekaterinburg, prosp. Lenina, d. 32/27.

ROSSINSKAYA, Elena Rafailovna — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Judicial Expertise of the Kutafin Moscow State Law University, President of the Association of Educational Institutions «Judicial Expertise», Academician of the Russian Academy of Natural Sciences, Merited Scientist of the Russian Federation.

Mailing address: 132995, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

SHALUMOV, Michael Slavovich — Doctor of Law, Professor, Judge of the Supreme Court of the Russian Federation, a member of the International Academy of Psychological Science

Mailing address: 121260, Moscow, ul. Cook, 15.

VOSKOBITOVA, Lidia Alekseevna — Doctor of Law, Professor, the Head of the Department of Criminal Procedural Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Worker of the Higher Professional Education of the Russian Federation.

Mailing address: 132995, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

ZAKHAROV, Vladimir Viktorovich — Doctor of Law, Professor, Member of the Department of Theory and History of State and Law, Vice-Rector on Educational Work of the Kursk State University.

Mailing address: 305000, Kursk, Radischeva, 33.



СОДЕРЖАНИЕ

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

- И.А. Исаев*
Тема Закона в греческой трагедии 9
- Э.В. Георгиевский*
Уголовно-правовая охрана собственности древнерусской православной церковью 33

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

- О.П. Бачмага*
Оценка правотворческого процесса в Российской Федерации на современном этапе: сравнительно-правовой анализ 41
- Л.В. Сокольская*
Рецепция как историческая форма правовой аккультурации 47

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЭКОЛОГИЧЕСКОГО ПРАВА

- А.Ф. Шарифуллина*
Правовое регулирование доступа к газотранспортным системам 57

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

- А.А. Ножкина*
К вопросу о видах страхования гражданской ответственности 66
- А.Н. Пузырева*
Спорные вопросы квалификации договора между туроператором и турагентом 77

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОГО ПРАВА

- К.П. Задоя*
Юридические конструкции «деяние, которое повлияло на результаты голосования избирателей на избирательном участке либо в пределах избирательного округа» и «деяние, которое привело к невозможности определить волеизъявление избирателей на избирательном участке или на соответствующих выборах (референдуме)» как характерные особенности уголовного права Украины 85

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

- М.Н. Токарев*
Некоторые проблемные вопросы участия специалиста на этапе проверки сообщения о преступлении 92

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

- А.А. Шулаков*
Консеквенциальный метод в международном частном праве 100
- П.В. Мартынец*
Международная гарантия в отношении подвижного оборудования. Проблемы квалификации 109
- А.И. Минина*
Объективная арбитрабельность в законодательстве, доктрине и арбитражной практике России 115

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВА ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

- П.А. Калиниченко, С.А. Михайлова*
Эволюция норм и стандартов ЕС в сфере признания и исполнения решений по гражданским делам 125

ПЕРЕЧЕНЬ СТАТЕЙ, ОПУБЛИКОВАННЫХ В ЖУРНАЛЕ ЗА 2013 ГОД 137

ABOUT THE AUTHORS, ANNOTATIONS AND KEYWORDS 148

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ 154



CONTENTS

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

- Isaev, I.A.*
The issue of Law in the Greek tragedy 9
- Georgievskiy, E.V.*
Criminal law protection of property by the ancient Russian
Orthodox Church 33

TOPICAL PROBLEMS OF THEORY OF STATE AND LAW

- Bachmaga, O.P.*
Evaluation of law-making process in the Russian
Federation at the current stage: comparative
legal analysis..... 41
- Sokolskaya, L.V.*
Reception as a historical form of legal acculturation 47

TOPICAL PROBLEMS OF ENVIRONMENTAL LAW

- Sharifullina, A.F.*
Legal regulation of access to gas
transportation systems..... 57

TOPICAL PROBLEMS OF CIVIL LAW

- Nozhkina, A.A.*
On the issue of insuring civil liability 66
- Puzyreva, A.N.*
Topical issues of classification of contracts between the
tour operator and tour agent 77

TOPICAL PROBLEMS OF CRIMINAL LAW

- Zadoya, K.P.*
Legal constructions of the “act which influenced the
results of the voting of electors in an electoral precinct
or district” and the “act causing inability to establish the
will of the electors in a electoral precinct or in elections
(referendum)” as a specific features of the Ukrainian
criminal law 85

TOPICAL PROBLEMS OF CRIMINAL PROCESS

- Tokarev, M.N.*
Some topical issues of specialist participation at the stage
of examination of reported crime 92

TOPICAL PROBLEMS OF INTERNATIONAL PRIVATE LAW

- Shulakov, A.A.*
Consequential method in international private law 100
- Martynets, P.V.*
International security in regard to mobile equipment.
Qualification problems 109
- Minina, A.I.*
The objective arbitrability in legislation, doctrine and
arbitration practice in Russia..... 115

TOPICAL PROBLEMS OF THE LAW OF THE EUROPEAN UNION

- Kalinichenko, P.A., Mikhailova, S.A.*
Evolution of the EU norms and standards in the sphere
of recognition and enforcement of the decisions on civil
cases 125

ПЕРЕЧЕНЬ СТАТЕЙ, ОПУБЛИКОВАННЫХ В ЖУРНАЛЕ ЗА 2013 ГОД..... 137

ABOUT THE AUTHORS, ANNOTATIONS AND KEYWORDS..... 148

PUBLISHING CONDITIONS AND THE REQUIREMENTS TO THE MATERIALS FOR THE JOURNAL 154



АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

И.А. Исаев*

ТЕМА ЗАКОНА В ГРЕЧЕСКОЙ ТРАГЕДИИ

Аннотация: статья посвящена теме взаимодействия правовых идей и представлений в культурном контексте, а именно в рамках древнегреческой драмы. Трагедийные моменты взаимодействовали с рождающимися в древнем мире представлениями о законе и праве, придавая им соответствующее этическое и эстетическое поля. Герои и персоналии трагедии олицетворяли собой типические прозы, статусы и деятельность которых вписывались в эти правовые представления. Мифологическое восприятие закона придавало особые черты и правосознание и правоприменение. Греческая демократия воскресила мысли черт древнего обычая, скорректировав их своими политическими и правовыми комментариями. «Право говорить» и «право видеть» стали специфическими правовыми институтами этой политической системы. Свообразными чертами уголовного права - вина и кара - достаточно вписались в драматическую картину эпохи и отразились в греческой трагедии. Рождение греческими полюсами и демократией представления и институты оказали в последующем заметное влияние на развитие европейского права и правовой идеологии. В этом аспекте право представляется важнейшей частью культуры, а ее язык соотносится с языком правовых обычаев и документов. Древнегреческая трагедия стала зримой драмой, отражающей становление идей, представлений норм, составивших «тело» закона, в том смысле, в каком он будет воспринят теоритическими конструкциями естественного права, и не только в Европе.

Ключевые слова: Закон, правосознание, вина, кара, преступление, наказание, состязательность, демократия, ответственность, государство, трагедия, казнь, инструкции, правовая формула, правовая идея.

DOI: 10.7256/1994-1471.2014.1.9861

1. От мистерии к трагедии: одиссея закона

Древний Закон рождался из мифа и ритуала, с самого начала своего существования оказавшись в теснейшей связи с культом. «Темнота» его происхождения была трагичной; он вырос в атмосфере внутренних и внешних конфликтов и противоречий. Человеческий разум формировал тогда свои представления о справедливости и каре под влиянием страстей, страха и постоянной внешней угрозы.

Андрей Белый как-то заметил: «мысль грека странная: у нее вместо ног – хвост змеи, тянущийся за ней в миф мистерий и соединяющий ее как пуповина с темным матерним чревом, протаголовой орфической ночи мистерий и ужасов: ужасает она темнотою своею». («На перевале» 1923). Трагическое мироощущение – одно из первых, которое было суждено познать человеку. Со временем ему удалось придать этому ощущению эстетические черты и наполнить свои смутные представления этическим содержанием и ценностями.

© Исаев Игорь Андреевич

* Доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) [kafedra-igp@mail.ru]

123995, Россия, Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9



Греческая трагедия рождалась непосредственно из мистериальных напластований и ритуалов, в свою очередь вынашивая в себе столь важную для формирующегося полиса идею закона. Полумифические фигуры, типа Драконта или Солона, становились олицетворениями и носителями этой идеи. В религиозном и культовом контексте созревали политические и правовые принципы. Миф воспринял и интерпретировал важнейшие исторические события (переселения и завоевания Аттики ахейскими варварами и рождение дорического стиля), представляя их как высокую космическую борьбу богов и титанов, как победу олимпийцев над хтоническими силами Земли. В греческой трагедии V века до н.э. эти процессы, уже рационально осмысленные и артикулированные, дают нам представление об уникальном соединении поэтики и политики. Хтонический дионисийский культ и культ героев сливались здесь в дифирамбический и трагический хор, при этом семантически вполне соответствуя идеям политического и реформистского процессов, реально начатых Клисфеном и Писистратом (К. Хюбнер). По мысли Аристотеля, публичное представление всегда было настоящей драмой в смысле действия и изображало действительную историю страданий бога или героев. (Писистрат даже сделал трагедию обязательной составной частью городских дионисий, проводимых в Афинах).

А. Боймлер дает обобщенную характеристику этому трагедийному действу: «Это, действительно, тени, которые вызваны из могил. Герой воплощается. Этот акт превращения души, принадлежащей царству мертвых, в действующее и разговаривающее существо есть прафеномен трагедийного искусства: происходит превращение прошлого в настоящее»¹. (К концу действия трагедии, полагал Р. Отто, в центре внимания оказывалось не одно лишь сострадание к герою, но и очевидность и необходимость божественного миропорядка: ведь «нумипозное» вызывает в душе не только страх, но и очарование). Ужас и трепет провоцирует не столько все примиряющая смерть и возвращение в лоно матери – Земли, сколько сами жесткие меры по установлению порядка, применяемые олимпийцами (Ф. Ницше). Диктатура Зевса, кроме своей просветительской функции (отказа от древних иррациональных законов) осуществляла и другую задачу по упорядочению и стабилизации мира, для чего людям и давались божественные образцы правил и законов. Однако, сами же боги могли в любой момент отменить и изменить эти законы. По-

этому трагедия подчеркивала их относительность и бессилие даже законопослушных героев перед лицом рока.

Источником трагического поэтому всегда оставалась тревога – «орган», посредством которого субъект усваивает страдание и сливается с ним: тревога «бродит вокруг своего объекта, ощупывает его со всех сторон и таким образом открывает страдание, или же в какой-то момент она внезапно создает свой объект, которым является страдание». (П. Клоссовски).

В трагедии Закон все еще погружен в невидимое. О его присутствии только сообщается – появляющимся время от времени на сцене вестником или уточняющими замечаниями хора, которые ссылаются на «закон богов» или «установления предков». Рациональный порядок на этом фоне представляется чем-то внешним и неустойчивым. Темные силы посылают свои знаки и напоминания, откуда-то из глубин бытия, из прошлого или из-под земли. Силы судьбы и своеволие богов досадно перечеркивают все человеческие планы и благие предположения. Оракулы (Элевсинский или Дельфийский) доставляются из самых недр стихийного и темного, столь же темного, как и сами их формулировки и предсказания. Правда, в трагедии эти сигналы и влияния уже подаются как бы более образно и фигурально. (Аристотель утверждал, что трагедия когда-то возникла от «зачинателей дифирамбов», а мрачный аспект Диониса, в котором смерть и разрушение оказываются неразрывно связанными с самой жизнью, своевременно был перенесен из Элевтер в Афины)².

Трагедии Эсхила в их мифологическом аспекте отразили всю напряженную ситуацию противостояния олимпийских богов и хтонических сил, нежданно вернувшихся из далекого прошлого при помощи стихийного насилия: это и стало тем контекстом, в котором разворачивалось действие трагедии. Правление Зевса, от которого можно было бы ожидать и более мудрого решения и порядка, превратилось в угнетение всей земной природы как раз с того момента, когда его власть окончательно упрочилась. Тогда же природные стихийные силы боги попытались умиротворить с помощью строгой Фемиды, устава и закона – такова была главная установка и задача Зевса.

Но хтонические силы все же продолжали оказывать сопротивление: ведь сами олимпийцы были ограничены в своем произволе именно хтоническим началом, поскольку за ним стоял священный закон Земли. (В «Оре-

¹ Цит. по: Хюбнер К. Истина мифа. М., 1996. С. 202.

² Кереньи К. Дионис. М., 2007. С. 200.



сте» Эсхила сами же небесные рационально мыслящие олимпийцы вообще предстают как сущности, состоящие на службе у тех же хтонических сил подземного мира, и к Зевсу часто обращаются собственно за тем, чтобы он «послал наказание из-под земли». (Подобные же обращения поступают также и в адрес Гермеса и Персефоны, уже изначально ведающих подземными силами).

В этой борьбе олимпийцы как бы представляли идею «государственного права» семьи в том виде, как оно было сформулировано и основано Герой, Зевсом и Афродитой, для этого Афина учредила независимый суд, который в свое время и выносил обоснованный и сбалансированный приговор Оресту, вполне удовлетворив и умиротворив эринний. Древним силам оставалась только право неотвратимого наказания и мести, но уже в рамках вновь достигнутого мифического единства и лишь в случаях, когда против природы и божественного права было совершено святотатство: «Каждому устанавливается своя Мойра: для хтонических существ это царство природы и Земли, для олимпийцев – это полис, государство, сформированный правовой порядок»³.

Подавленные такой рационалистической властью «света» и Аполлона силы «тьмы», свое новое проявление нашли в спонтанных превратностях судьбы. Непредсказуемость становится законом жизни. Все человеческие законы слишком слабы и относительны, – ведь и в человеческом суде они оцениваются только наряду с другими доказательствами – оракулами и результатами гаданий – и то лишь с одной целью – дать оценку самой личности, но не существа спора. Суд превращался для грека в пересказ и проверку прошлых дел конкретной личности, в изложение противоречивых суждений о всей ее жизни. Законы, конечно же, следовало принимать во внимание, но и не более того. Да и сами они неизбежно приобретали какой-то по сути мистический характер: они могли «преследовать», «находить», «предписывать» или «убивать». Но высший закон – это повеление богов и предков, – этот невидимый закон сильнее писаного или произнесенного: трагедия давала наглядный пример уступок и крушения человеческого закона под воздействием этих невидимых, но всемогущих сил.

Суть трагедии всегда выражена в конфликте человека с божеством, в столкновении между Мойрой (судьбой), олимпийскими и хтоническими силами. И если у Эсхила эти конфликты иногда еще ведут к желанному соглашению, то у Софокла весы спора постоянно склоняются

в пользу «царства земли и ночи». Хтоническому мифу удается подчинить своему влиянию и трагедию, – это миф о матери-земле, Гее: ее фемида, ее закон – прежде всего закон рождения и смерти. Она сама – хтоническая ночь, священный хаос, который все порождает – и свет дня, мир человеческих уставов, само государство, полис – и затем вновь все это поглощает: Земля «скрывает мертвого, как живого», чтобы вновь его породить, и в этом трагедия видит тесную связь жизни и смерти, основную связь бытия и двух миров.

Главным атрибутом божественного в Греции, и об этом все время напоминает трагедия, было могущество. Но бог не мог бы считаться настоящим богом, если бы в нем этот атрибут не подкреплялся наличием справедливости, – в результате Зевс становится преимущественным защитником всех оскорбленных.

Но деятельность богов в отношении человека – применения к нему наказания или поощрения – оставалась непонятной самому человеку, поэтому греки изначально были озабочены этой проблемой и находили сразу два способа ее разрешения. Первый, вскоре отвергнутый, заключался в простом расширении самого понятия страдания, равного воздаянию (талион): ведь Зевс всегда опаздывает, насылая на преступника то, что карает – эринний; другим же путем решения стал путь индивидуализации наказания, предложенный вместо идеи наследственной объективированной родовой вины и кары. Однако и тогда все еще оставался открытым вопрос о том, почему от суда богов (не говоря уже о человеческом суде) подчас страдает невиновный. Поэты-трагики давали ему свое решение, поясняя, что страдание уже само по себе воспитывает человека и делает его лучше, – хор из «Агамемнона» авторитетно утверждал эту истину. Людьюми управляют темные силы, которые так и остаются невидимыми (ведь и эриннии сами приходят в мир незримыми) и непостижимыми и которые заставляют людей часто против собственной воли совершать преступления: хотя человек и не свободен от ответственности, но судьба здесь играет решающую роль⁴.

Действие и деятельность порождают правовые последствия. Правда, их оценка осуществляется разными путями – ведь человеческая деятельность подвергается принуждению со стороны человеческих законов, санкция же божественного закона выражается в возмездии со стороны богов. Закон обретал свою объективную значимость, независимо от намерений и

³ Хьюбнер К. Указ. соч. С. 184-185, 187.

⁴ См.: Фестюжьер А.Ж. Личная религия греков. СПб., 2000. С. 50-54.



побуждений действующего субъекта. Принуждение не считалось с мотивами поступка, а возмездие могло обрушиться и на невиновного.

Действие в трагедии несло в себе преимущественно эпический момент и поэтому было скорее событием, чем собственно действием. Античный мир еще не осмыслил для себя значение субъективности: и индивид предпочитал полагаться на такие более надежные субстанциональные определенности, как государство, семья или судьба. Поэтому и вина, наряду с действием, выступала как некое промежуточное звено, включенное между актами действия и страдания. Но постепенно и сама вина стала приобретать индивидуализированный и нравственный характер, разместив трагическое между двумя крайностями: если индивид не несет на себе никакой вины, он не представляет интереса для трагедии, потому что в этом случае трагической коллизии уже не достает напряженности. Когда же трагический герой становится носителем зла, а зло – предметом трагедии, то уже само зло не представляет какого-либо эстетического интереса, т.е. чуждо для трагедийной поэтики⁵.

Но человек – прежде всего «животное политическое» и в предложенной Аристотелем функциональной интерпретации трагедии два аффекта, порождающие катарсис, – страх и сострадание – становятся или кажутся по-настоящему политическими переживаниями. Оба эти чувства, погружая человека в мрачную пучину меланхолического переживания и доводя его до «предела», тем самым высвобождают его дотоле скрытые положительные качества. Аристотель определял трагедию именно как «очищение (катарсис) через страх и сострадание»: очищение души, которое происходит вслед за сильными переживаниями, полученными от трагедии, наполняет ее спокойствием, «подсвеченным лучами истины».

И целью Элевсинских мистерий было сообщить эту истину посвященному через личное переживание, через понятные изображения и их яркое отображение. У Эсхила и Софокла, уже по ту сторону страха и сострадания, проступали мир и свет, у Еврипида, представителя уже чисто интеллектуальной и рационалистической цивилизации, страх и сострадание кажутся лишеными трансцендентального воздействия и духовного умиротворения, а человек представляется здесь жертвой случая или божественного каприза: «После трагедий Эсхила и Софокла человек чувствовал себя обновленным, духовно возвышенным. Мелод-

рама Еврипида оставляла его взволнованным и переполненным чувствами». (В этой связи Фабр д'Оливе говорил о принципиальном вырождении трагедии, о выявившемся пренебрежении правилами и традициями: «если бы выполнялись законы, те, что были, в первую очередь, направлены против авторов, которые в рассмотрении трагических сюжетов лишали их оккультного смысла, Еврипиду не было бы позволено вывести напоказ столько героев, опустившихся в противостоянии многочисленным несчастьям, ...представлять эти нескончаемые сцены стыда, скандала и преступлений». Театр становился школой страстей, распахнув двери для «презрения и осмеяния сомнений, ужасающих святотатств, полной потере памяти о божественном, и вся эта толпа не преминула внедриться в каждое святилище». Упрочив положение своих основ, сама трагедия начала быстро деградировать⁶.)

Свое обязательное идейное и нормативное ограничение античная трагедия прежде всего нашла в конфликте двух противоположных этических начал. И результатом коллизии всегда становилось крушение именно субъективного начала, этически отождествленного с несчастьем; объективное начало, действовавшее вопреки человеческой воле, принимало форму предначертания и судьбы: действительное поведение героя воспринималось здесь только в связи с этим объективным началом.

Благие намерения не исключали виновности. Коллективная, родовая ответственность распределяла вину на всех членов кровно-родственного союза и передавала ее по наследству. В этом процессе вина сливалась с судьбой и роком.

Постепенно вместе с кризисом полисного существования возрастала роль субъективного и трагедия чутко реагировала на это. Индивидуальное правопонимание у героев Еврипида, ориентированное на понятия справедливости и законности, представляется качественно новым, чем архаическое правосознание, основанное на мифе и древнем законе богов и предков. Формирующаяся правосубъектность как в публичной, так и частной сферах существования, требовала более четкой артикуляции не только моральных, но и правовых категорий, а также определения правовых пределов индивидуальных действий и установления правовых источников. Казалось, что закон приобретает видимость. Приходило время кодификаций.

Всякая идея божественного основывается на идее совершенного. Но поскольку совершенное может быть только одно и должно

⁵ Клоссовски П. Трагедия // Коллеж социологии. СПб. 2004. С. 174-175.

⁶ Шюре О. От сфинкса до Христа: история оккультизма. М., 2000. С. 333-335.



стоять выше человеческой ограниченности во времени и пространстве, то «определенное этим предположением греческое мировоззрение все более и более приближалось к трансцендентному единобожию». Идея единства, изъясв божество из чувственного мира, откроет путь философии Платона⁷.

Время становления трагедии приходилось на исторический период, когда в сфере познания значимость субъекта вырастала за счет соответствующего стеснения всевластия объекта: «преувеличивая его значение и сгибаясь перед ним, субъект непроизвольно отодвигался от того «незыблемого», что он относил теперь на счет архаики. И поэтому древнее хоровое начало все больше и больше архаизировалось и наделялось функциями объективного»⁸. Параллельно этому процессу сужения пространства объективного физические категории превращались в моральные, но не потому, что уже родилась нравственность как таковая, а в результате появления самих строгих понятий, как особой формы ментальности и высказывания. «Гром и молния, землетрясение, град, вихри начали означать разрушение в его отвлеченном значении, и это отвлеченное, т.е. многократное и качественное, значение разбушевавшихся, губительных стихий дало то самое понятие «зла», которое люди наполнили исторически изменчивым, согласно социальной условности, содержанием». (По мнению Баховена, в мифе об Оресте все еще отразилась борьба матриархального семейного начала, представленного образами эриний, с нарождающейся системой патриархальной семьи, олицетворенной в образе Афины, Аполлона и действующего по его велению Ореста.)⁹

Трагическая вина концентрируется теперь только в одном конкретном действии, однако наследственный характер вины делает само пространство ее действия и влияния более широким. Поэтому трагически гибнет не отдельно взятый индивид, а целая маленькая вселенная, страдание бушует как природная стихия, и с этого момента оно отягощается грузом последствий своего неистовства, а «в грустной участи Антигоны эхо участи ее отца проявляется как предопределенное страдание»: и необходимость фатума в трагедии повторяется призывными припевами хора¹⁰. («Суд решает некто третий, кто возникает

нежданно», – оставаясь незримым, он своим свидетельством кладет конец тяжбе, но уже в силу закона: ведь кару за клятвopеступления налагали не люди, а боги).

В древней мистерии «чудесное» выступало прежде всего как «зримое». А слепота и незнание (духовная слепота) людей соответствовали и сопровождалась стихийными бедствиями, происходящими в природе, а также способствовали политическому падению «городов» и «домов». Разрушительная сила тогда приписывалась дурному Эросу, этой необозримой пагубе: Эрос олицетворял ненависть и распри, распадение и разрушение и с ним были связаны также губительные силы воды, воздуха и огня. (Вплоть до римской поэзии Эрос вообще означал отнюдь не любовь, а смерть природы, зиму и холод, дисгармонию и падение). Всюду, где появлялся Эрос, там начиналось страдание: Дионис и Эрос по сути мистериальные и драматические боги. (При этом Эрос имел сразу две природы: губительную и созидательную, в мистерии он – творец, в трагедии – разрушитель, и софокловская Антигона – настоящее воплощение Эроса.

В «Вакханках» Еврипида Дионис провоцирует конфликт, а когда наступает кризис, скрытый бог, полагаясь на свои сверхъестественные силы, нарушает правила игры, прибегая к насилию. Дионис всегда отличался от олимпийцев склонностью к завоеванию мира: главный театр военной доблести Диониса разворачивался не в Беотии и не во Фракии, он стремился в Индию.)¹¹.

Уже Гераклит рассматривал закономерность и непогрешимые истины, проявленные в действиях эриний, преследующих каждое преступление, как космическую трагедию, в которой действуют правящая справедливость и подчиненные ей силы природы, демонически вездесущие. Но разве злодеяние и отпадение проявляются только в непреложных формах и свято почитаемых законах? Там, где правит несправедливость, там произрастают произвол, беспорядок, неправильность, противоречия. Но там, где как в высшем идеальном мире, царствуют лишь закон и Дике, там уже не место греху, осуждению, пеням, не место казням. Уже в «Эвменидах» Эсхила отмечен конфликт эриний, защищающих «материнское» право против «отцовского» права Аполлона и Афины. Здесь эринии теряют свою правовую карательную функцию, выраженную в кровной мести и родовых наказаниях. Роковая составляющая мести, объекти-

⁷ См.: Эйкен Р. История и система средневекового мирозерцания. М., 2010. С. 33.

⁸ Фрейденберг О. Миф и литература древности. Екатеринбург, 2007. С. 575.

⁹ См.: Каларов Е.Г. Эсхил как религиозный мыслитель. М., 2010. С. 73.

¹⁰ Клоссовски П. Указ. соч. С.186.

¹¹ Фрейденберг О. Указ. соч. С. 482-483; См.: Тойнби А. Постигание истории. М., 1996. С.470-471.



вируемая сразу в двух мирах – сакральном и земном – утрачивается.

Гераклит отрицал несводимую двойственность различных миров, не отделяя физического мира от метафизического, царства определенных качеств от царства неограниченной неопределенности: единственный мир, который оставался людям, – это ограниченный вечными и неписаными законами, совершающий свои приливы и отливы с железными ударами ритма, – когда уже не обнаруживают постоянства, нерушимости оплота в течении¹²: контекстом трагедийного действия всегда остается гераклитова борьба всех против всех.

(Вражда – вот та настоящая сила античной любви в ее трагическом значении смерти. В греческой трагедии нет понятия смерти как таковой, а есть только некий мифологический образ смерти, парадоксальным образом представленной в виде живой персоны, заживо уходящей в преисподнюю. Стихия персонифицированного Эроса, например, представлена в «Бешеном Геракле» Еврипида, выступающей заодно и в качестве объективированной мировой силы разрушения). «Судьба» здесь равнозначна смерти и преисподней. В мифологическом мышлении участь и жребий понимались вполне предметно и натуралистично в виде определенной ощутимой и измеряемой «доли» и «мифологический образ деления частей получил впоследствии этически интерпретируемое значение доставшейся в удел участи, т.е. значение уже не столько жребия, сколько Судьбы с большой буквы». Полис, дом, земля стали пониматься мифом в виде мойр и долей, т.е. одновременно и надела и судьбы: трагедия же понимала под судьбой части вполне «материальной вещи»¹³.

У Софокла элевсинские идеи представлены более завуалировано, хотя «Эдип» и «Антигона» остаются настоящими драмами посвящения, дисциплина и призвание Элевсина заключались, кроме прочего, еще и в том, чтобы вызвать внутри самого человека настоящую метаморфозу, рождение в нем новой души. Эдип здесь уже не посвященный, его витальной направляющей силой становится жажда удовольствий и власти и «Царь Эдип» демонстрирует угрозу наказания, неминуемо настигающего за самонадеянность, «Эдип в Колоне» уже говорит о большем, – об очищении через страдание. (Фабр д'Оливе заметил по поводу такой этико-юридической метаморфозы: «Выведенная как единое целое из мистерий, трагедия

имела нравственный смысл, который был доступен пониманию посвященных».); теперь хор перестает быть глазами и голосом бытия и становится полномочным представителем народа – этой «изменчивой толпы людей, сбившихся в стадо, дрожащих и легковверных, вроде гражданина Демоса у Аристофана»¹⁴. (Хор – это тоже вполне материальное воплощение полиса, как бы сам полис в его «до-городском» значении, когда он еще состоял из сил природы и светил. Хор – это всегда граждане, часть полиса – и хорегов непременно предоставляли сами филы.)

Судьба и смерть в трагедии становятся моральными категориями. При этом смерть воспринимается как некое нечестие и святотатство, как глубокая вина, за которой непременно последует кара. Но осуществленное возмездие за вину как бы перерождает героя: понятие о смерти тогда сливается с понятием о роке, самой мрачной стороне судьбы: катарсис же меняет обеих – смерть и жизнь – превращая их в свои более артикулированные категории вины и возмездия.

Эсхилу уже не нужно было воскрешать мир демонов – в этом мире он жил с рождения (Е.А. Доддс), в период между «Одиссеей» и «Орестеей» демоны приблизились к человеку, их воздействие стало постоянным, они превратились в более коварных и злобных существ. Злые духи уже не отделялись от зла вообще и воспринимались как нечто субстанциональное и могущественное (греки говорили даже о заразных болезнях как о «богах». Так, на «холме нимф» обитали сразу три демона – Холера, Оспа и Чума. Еще Пиндар и Платон продолжали соединять фатализм с волей богов.)¹⁵

Но уже для Еврипида демонический мир перестает реально существовать, он уходит в прошлое, оставляя человека наедине с его страстями. Но именно это и придавало остроту еврипидовским описаниям преступлений: он показывал людей, не защищенных перед неведомым злом, которое уже не было для них чем-то чужеродным и внешним, но представляло собой часть их собственного бытия. Но перестав быть сверхъестественным, зло оставалось не менее таинственным и ужасным. (Медея знает, что она одержима, но что овладел ею не демон, а ее собственное иррациональное «я»). Еврипид был убежден «что преступление не зависит только от незнания ситуации или от ошибочной ее оценки. Люди в общем-то понимают, в чем состоит благо, но им не хватает сил действовать в соответствии с этим знанием, – и это уже вызов идеям Сократа, упрек разуму в

¹² Ницше Ф. Философия в трагическую эпоху Греции // Философская проза. М., 2000. С. 184.

¹³ Фрейденберг О. Указ. соч. С. 486-487.

¹⁴ Шюре О. Указ. соч. С. 331.

¹⁵ Доддс Е.Д. Греки и иррациональное. М., 2000. С. 51.



его моральном бессилии (эта тенденция мысли особенно ярко была выражена в «Вакханках»); и уже Платон скажет, что рационализм свойственен немногим, магия же – пригодна для многих¹⁶.

2. Стихии, города и герои

Трагическая действительность настоятельно требовала наличия момента вины, который, однако, не становился субъективно осмысленным и это делало страдание только еще более глубоким. Трагическая вина больше, чем субъективная вина, она является наследственной виной, т.е. субстанциональной определенностью – и вся трилогия Софокла разворачивается вокруг этого трагического интереса. Объективность здесь явно преобладает, герой целиком подчинен судьбе, которая сама по себе неизменна – и скорбь от этого остается только страданием¹⁷.

Все, что совершается в мифе, уже предопределено и тайна грядущего здесь явлена: боги и мойры сделали свое дело. Миф предваряет судьбу героев, городов и стран. Но смертные (а подчас и бессмертные) не знают всего предстоящего – тогда им на помощь приходят оракулы земли и неба или подземного мрака. Прометей, правда, уже знает о своей судьбе, но не принимает мер для предотвращения опасных последствий, – у Эсхила он прозревает только чужую судьбу и предотвращает возмездие, грозящее самому Зевсу, отцу мойр и богов. «В таком знании «не до конца» заключена тайна ясности, как в предвещании исхода грядущего действия – явность тайного»: сказанное под условием (предупреждение Эдипу о предстоящем убийстве Агамемнона), якобы предоставляя свободу выбора, но заставляет героя все же сделать безусловный выбор, в силу столь же безусловного предопределения или проклятия.¹⁸

У Эсхила встречается неоднократное сравнение беды с рекой. Так, безумия Геракла метафорически сравниваются с водой, Еврипид делает даже само «бешенство» героя неким мифологическим живым существом, которое вселяется в ничего не подозревающего Геракла. Этот образ как бы параллелен эсхатологическим образам «мятежа города» и нисхождения героя в преисподнюю: здесь открывается настоящий мир той призрачности, где призрачные путешествия осуществляются в царство призраков и призрачную страну смерти (Геракл, которого мнимо считали

«мертвым царем», спускается в Аид, а в городе в это время происходят явно связанные с этим мятеж и узурпация власти, крушение законности); возвращение же законного царя символизирует и означает победу Дике над «гибрисом» (злостью, насилием, мятежом).

Такая игра «прихода-ухода» в трагедии кажется все еще связанной с древним мистериальным таинством «закрытия и открытия ворот»: «трагедия заставляет мертвых покрываться, живого делаться видимым: невидима только «смерть». (В мифе эпитеты «широкого» часто носят воплощители преисподней – «широкие врата» – широкое обширное царство – и есть сама смерть. Образное выражение смерти в трагедии – это «гибрис», означающий нарушение и поругание божественных законов. «Двухвратный дом» представлялся в трагедии неким горизонтом, с «восходом» и «заходом», подобно дверям. Как раз здесь у «входа в дом» происходили все возможные и необходимые по сценарию поединки «света» с «мраком», тогда закрытые двери открывались и хор «зрил» панораму смерти или красоты).

Два полухория, выступающие в трагедии, выражали видение двух разных миров: подлинного и мнимого. В мнимом царстве смерти действовали призраки и подобия, они же совершали мнимые путешествия в призрачные страны: это было царство обмана и морока (как в «Елене» Еврипида и «Бешеном Геракле»), мировой пожар, воплощенный в самом Геракле, делает героя огненным, неистовым, бешеным. При этом характер героя отождествлялся с характерным состоянием природной стихии и обоим давались соответствующие этические оценки. Сила и мощь проявлений могли принимать как положительные, так и негативные черты: и добро и зло обладали могуществом в равной мере, законность и незаконность уравнивались в правах, – мифическое мышление в трагедии все еще существовало как бы по ту сторону принципа справедливости.

В мифе богам позволялось то, что не позволялось человеку. Законы, ими же установленные, боги нарушали с легкостью. У Эсхила милость и немилость богов были силами судьбы. Противоречия нравственного сознания с чувственной природой не замечалось, поскольку греки ставили себе задачей не отрицание государственности, а ее эстетическое облагораживание. («Подземный мир, царство отшедших душ, было только безжизненной тенью полного света и тепла земного мира» – не случайно Ахиллес желал быть лучше бедным поденщиком на земле, чем царем в стране теней.)¹⁹

¹⁶ См.: Доддс Е.А. Указ. соч. С. 190-191.

¹⁷ Клоссовски П. Указ. соч. С. 181.

¹⁸ Голосовкер Я.Э. Логика мифа. М., 1997. С. 32-33, 38-39.

¹⁹ См.: Эйкен Р. Указ. соч. С. 22.



Со временем нравственное начало проявляется все определеннее. Геракл упрекает Геру, поразившую его безумием, в явной несправедливости: «Кто может еще поклоняться такому божеству». В «Оресте» поэт признает Аполлона главным виновником матереубийства, но и сам Орест уже не свободен от личной вины: причиной его безумия являются уже не одни эвмениды, но и его собственная совесть. В трагедии все чаще звучат слова о справедливости и несправедливости. Индивидуальные характеры и действия соотносятся с этим критерием. Человек волен поступать в соответствии или в противоречии с ним, и поведение героев и богов в трагедии стало оцениваться с этической точки зрения. Характер или нрав персонажа символизировал то или иное, доброе или злое, начало и принципы.

Понятие «нрав» становилось основой нравственности. Пиндар понимал под «этосом» сумму персональных черт праведного царя или героя, придавая понятию «нрав» светлые тона. Но в трагедии «нрав», напротив, уже воспринимается как нечто темное, своевольное, необузданное, как «гибрис». Поэтому, хотя и «исходя из права, античная нравственность интересуется не столько проблемами самого права или справедливости вообще, а только выявлением конкретных носителей дике или гибрис»: Прометей, Медея, Эдип – настоящие гибристы, несмотря на то, что они правы, но мифологическая «нравственность пересиливает правоту»²⁰.

Античная мораль одинаково признавала как этику справедливости, так и этику неправды. Жизнь внешней природы воспринималась в виде «погоды», переменчивой и безразличной к человеку, которая, в свою очередь, представлялась нравом стихии. Постепенно нрав природы, ее трагическое умирание или оживание, превращался в нрав этический: уже у Платона человеческий характер находился в космическом соответствии с нравом природы, т.е. мифологическим временем и циклами. В трагедии физическая природа под действием антропоморфной интерпретации явлений становится нравственной категорией и природой. Если стихии в трагедии персонифицируются, то их герои и персонажи сами подчас обретают образы стихий, болезней или страстей: целые социальные общности (полисы) ассоциируются с этическими элементами рока и судьбы, воспринимаемыми в виде катастрофы или процветания.

Города, представленные в трагедии как пространства и контексты драмы, несомненно

отражали в себе эту космическую семантику, также как и воплощавшие их герои, жестоко связанные с конкретным местом и стихией. Такие города (подобно самим героям), становясь персонажами трагедии, периодически погибали, исчезали и вновь возрождались. Естественно, каждый такой город представлялся утопически во всей его славе и могуществе или в состоянии упадка и запустения: это был древнейший тип утопии, объединившей «космогоническую мифологию с элементами «слав» и соответствующей генетикой основания городов и племен»²¹. Основание города сам по себе – само по себе сакральный акт, подразумевающий создание нового жизненного, закрытого и унифицированного пространства. Греческие города-государства персонифицированы, также как и охраняющие их боги. Они личностны и поэтому могут быть идентифицированы с основавшими их героями, и также как и они наделены личностными качествами. Но города еще и учреждаются, т.е. наделяются правовым статусом, правами и обязанностями. Они – не просто ограниченное пространство, но и субъекты, честь и безопасность которых защищает закон города. И характерной чертой города является единство (дворец Миноса на Крите «стягивал» в едином пространстве всю территорию государства, как бы стремясь подвести его под одну общую крышу.)

Важнейшая стихия в трагедии и греческой политике – вода, море – формировала греческий этос. Она могла быть разрушительницей, но она же открывала героям мир. По воде Херон переправлял души в Аид, вода обеспечивала забвение, но она же давала жизнь. Вся минойская цивилизация жила за счет моря и в море. (Арнольд Тойнби, обратившись к проблеме эллинского мореплавания, отмечал здесь факт переноса корабельной организации и методов управления на структуры зарождающегося греческого полиса. В отличие от общин земледельцев и пастухов эти уже вполне «городские» организации демонстрировали большую рациональность и командность в принципах своего построения. Полис по своей структуре и организации уподоблялся кораблю.)²²

Талассократия, власть над морем, заставила греков принять и в политике демократическую форму. Но господство над морем требовало приказа и строгой организации: в «конституции афинян» греки названы «народом, который ворочает кораблями», аргонавты и команда Одиссея уже несли в себе организационный

²⁰ Фрейденберг О. Указ соч. С. 681-682.

²¹ Тойнби А. Постигание истории. М., 1991. С. 135-136.

²² Каччари М. Геофилософия Европы. М., 2001. С. 57-58.



зачаток институциональной власти и государственности. Полемос как стиль управления родился на корабле, полисная техника спора – полемики вполне сходна с техникой морской навигации, при условии, что форма правления достаточно демократична. Фукидид описывал развитие Греции в терминах из лексики морской власти и этим объяснял «демонический» характер Афин: «они – новаторы, скорые, чтобы понять, скорые, чтобы завершить действием то, что обдумано – дерзкие, чтобы преувеличить собственную силу». Это – настоящий демон морских техник, не имеющий гнезда, передвигающий границы и видевший настоящую силу в море.

Море формировало государственные воззрения греков. Множество городов-полисов соответствовало множеству островов в море. Стихия моря угрожала и благоприятствовала развитию полисной структуры. Государственное мышление не могло не стать космополитическим и узко полисным одновременно. Локальная идея и представления переносились на целое, на весь космос городов-государств. В таком виде греку представлялись не только земное устройство, но и устройство небесного и подземного миров.

В античной трагедии и мифе «город» как образ иногда очень мрачно передает картину царства смерти, преисподнюю. Но «город» – это еще и «корабль», который в своем движении противостоит натиску врагов: нападающая на него сила названа «сухопутной волной»: «волны мужей плещутся о город». В песнях трагедийного хора картина наводнения и пожара непременно дополняется убийствами, грабежами, разрушениями: война здесь рисуется не иначе как мировая катастрофа. (Не случайно Ницше полагал, что вся греческая философия начинается только с одного фундаментального положения – будто бы «вода» и есть первоначально всех вещей. В этом положении уже была заложена кардинальная идея: «все – едино». Сила фантазии здесь «проявилась в «молниеносном схватывании подобия», и только рефлексия позже принесет свои масштабы и шаблоны, «подменяющие первичное подобие равенствами и причинностью».)

И образы основания рода и новых царств, так как они излагаются в драме, победы над смертью, выражены здесь уже на языке этической космогонии, и царство Дике приобретает вполне нравственный характер праведности и добродетели. Благодетель и праведность становятся формами понятийной этизации, исторического основания городов и начала рода: «созидание, сотворение – вот что такое победа властителя. Город или страна, или целое поколение героев – это настоящий космос, который

периодически побеждает в лице своего создателя и творца»²³.

С этической точки зрения в трагедии, война, мятеж, насилие не отделены от сопутствующих физических явлений – наводнения и пожара – трагедийный хор прямо отождествляет их: «вопросы погоды» здесь становятся вопросами этики, а разрушительная тематика по-прежнему составляет душу трагедии. Аффекты нрава выплескиваются за границы закона. Нрав ближе к природе и стихиям, а следовательно более существен. Закон затрагивает только его поверхность. Он не столь надежен как предание и миф. И все политические события связаны со стихиями и происками богов, действующих посредством стихий. Первопричину следует искать не в человеческом законе и действиях, а где-то глубже. Миф пугает, иногда его образы и акты чудовищны. Но он и есть настоящее, в котором сошлись прошлое и будущее.

Уже само организационное раздвоение трагического хора указывало на этическую двусмысленность Дике и Гибриса: первое полухорие в оценке действий героя демонстративно пренебрегало законной карой и догматической моралью города, второе – всецело было солидарным с идеологией города. Однако и сам город в разных случаях по-разному понимал справедливость: и здесь существовало сразу две правды – древняя правда мифа и нечестья и правда благочестия (к примеру, законническая правда Креонта в «Антигоне»). Город, как и всякое живое существо, был противоречив по своей сути.

Также противоречивы были и его законы: их следовало выполнять, но они могли быть и несправедливыми. Есть законы предков и матери-земли, но есть и законы царя: но выполнять нужно только те, которые истинны. Но где сама истина? В споре Креонта с Антигоной ответа на этот вопрос не находится. Ведь полисная демократия по самой своей сущности противоречива, здесь не может быть единодушия и единогласия, поэтому она всегда и чревата тиранией (Ксенофонт самым подробным образом будет разбирать эту тему). Сомнения Сократа в «законности законов вообще» (в платоновском «Критии») не позволили ему отождествить понятия справедливости и законности и провести границу между справедливыми и несправедливыми законами. «Распределительная» же справедливость Аристотеля становится возможной вообще независимо от закона. И если справедливость по сути надзаконна, то значит, что и власть без закона вполне мо-

²³ Фрейденберг О. Указ. соч. С. 675.



жет быть справедливой: абсолютная власть человека, который знает как править, власть прирожденного правителя на деле будет превосходить власть закона, поскольку хороший правитель – это «живой и зрячий закон», тогда как сами писанные и неписанные законы незрячи, а законная справедливость вообще слепа (Ксенофонт)²⁴. Креонт, подобно Зевсу на Олимпе, явно склоняется к тирании, а хрупкая и неустойчивая полисная демократия постоянно подвержена такой угрозе, и трагедийный хор не перестает об этом напоминать.

Кризис трагедийного жанра отразил кризис в самом полисе. Гражданственность полиса, его искусство организовывать уступают место мотиву голой и голосующей множественности (но отнюдь не ритму, гармонии и числу), материальному количеству единиц-тел. Личность как бы выступает из рамок гражданственности, происходит самообезличивание, как массовое явление. «Теперь уже не гражданственность, не полис возносит эту личность как героя – победителя в соревновании – агоне, олицетворяя в этой личности себя. Теперь личность возносит стихия, живая масса, живое число, только якобы организованное в гражданственность». У полиса была отнята сила, повелевшая ему организовывать эту стихию, сочетание культа и искусства, в которое верил каждый гражданин полиса: софистика разлагала истину, трагедия уступала место комедии²⁵.

В своем «Государстве» Платон назовет социальную совокупность граждан «зверем» и предупредит, что тот, кто захочет управлять этой массой граждан, должен изучить «голос этого зверя, его рык, злобу и его тайные желания». Тогда можно им эффективно управлять. Речь здесь шла конечно же об аморфной массе, тупо издающей гневный голос, голос всего неразумного, и плохой и несправедливый правитель тот, кто, изучив «словарь желаний, откликается на него и будет управлять этой массой так, как только ему хочется»²⁶. Поэтому трагический хор и обращается не к людям в массе, а к городу, земле, стране, стихиям, светилам, но не к людям: ведь город и сам занимает свое законное место среди природных и органических стихий, а хор, в свою очередь, всегда представляет определенный органический этос или город. (Но сам город воплощен в своем герое (Тесей и Афины неразрывны), и дурной город говорит устами Менелая: здесь за политической концепцией всегда скрыт ми-

фологический образ, так, Афины – это идеальное рожденное в мифе государство, – у Еврипида персоналистически противопоставлено реальной Спарте и персидскому царству. Зевс в «Прометее» противопоставляется некоему идеальному «древнему владыке» и поэтому его царство относительно «дурное», в сравнении с идеалом. У Софокла в «Антигоне» полис и антиполис выражены в государственной точке зрения Креонта и антигосударственной у Антигоны: во всех трагедиях без исключения судьбы героев и судьбы городов сливаются воедино.) Полис для того, чтобы сохраниться, должен был прикоснуться к такой темной субстанции, какой были культ душ умерших или клан, в своем существовании преодолевающей саму смерть: именно «культ душ умерших и превращает последних в настоящих героев, он принимает и усиливает их реальность». Умершие в мире трагедии (вплоть до Гамлета) действуют как живые, принимая самое активное участие в событиях настоящего времени, предупреждают людей о грядущих опасностях. Как ни странно, но в олимпийском мире они пребывают уже в полной пассивности, а действия живущих направляет лишь одно их молчаливое присутствие: но в обоих случаях имеет место некое мифологическое «вечное настоящее прошлое» (К.Хюбнер).

Государственная власть в мифе и трагедии представляется непосредственной эманацией воли богов, а правители – исполнителями этой воли, здесь сверхчеловеческим существам – демонам – приписывается не только все влияния, находящиеся за пределами человеческого воздействия, но и «все нормы, предписываемые государством и обычаем, которые так таинственно, неизвестно откуда появившись, определяют его поведение». Предки, велениям которых подчиняется клан и род, как общеобязательным нормам, лежат в матери-Земле, но таинственным образом влияют оттуда: «Повсюду распоряжаются души умерших».

Внешний объективный мир, окружающий человека, оказывается единой, однородной силой, и человек чувствует себя вполне во власти этой силы. Разные миры составляют один единый мир: само государство неотъемлемо от природы, поэтому нет смысла задавать вопрос о его происхождении, в богине Афине греки видели воплощение государственного могущества²⁷. (Сущность того, что обозначалось словом «полис», а именно «политея», не определялось греками политически, а не сводилось к нему, – «политея» оставалась неким припо-

²⁴ См.: Штраус Л. О тирании. СПб., 2006. С. 133.

²⁵ Голосовкер Я.Э. Указ. соч. С. 89-90.

²⁶ Фуко М. Управление собой и другими. СПб., 2011. С. 223.

²⁷ См. Вундт М. Греческое мировоззрение. М., 2009. С. 98-99.



минанием, вхождением в сущностное, но никак не планированием фактического (Платон). В полисе было так же мало политического, как в самом пространстве чего-то пространственного, он был лишь способом, каким бытие «сгущено в своем раскрытии и сокрытии определяет для себя то «где», в коем остается собранной история человечества». (Точно так же греческую «дикэ» нельзя толковать в ракурсе новоевропейского понятия справедливости и римского понятия *justitia* (М.Хайдеггер)²⁸.)

Индивидуальность персонажей и поступков в трагедии также имеет значение только в ее соотношении с целым, с космосом и полисом. Герой здесь – уже не просто человек, а полубог, некое промежуточное звено между мирами. Он, правда, ближе к титанам (Прометей), чем к богам. Он противоречив и смертен, его существование локализовано и отторгнуто от понимания вечности, что столь характерно для античного мышления вообще. В этом идейный стержень трагедии: если мистерии держала человека в тесных объятиях хтонических богов и культов, то трагедия показала ему возможность свободного выбора. Кроме законов Земли, оказывается, существуют и другие законы – человеческой нравственности и человеческого общежития: вырвавшись из подземелья мистериальных культов в среду трагедийной публичности, индивид получает автономию. И как не пытается здесь хор вернуть его в пределы коллективности, он остается одиноким перед лицом мира.

Индивид болезненно, с трудом, через конфликт или преступление выделяется из тела полиса, мнения и индивидуальный нрав придают ему черты автономности. Но в трагедии он по-прежнему раздвоен – законы предков, «материнское право» Земли соседствуют в нем с признанием человеческих авторитетов и их законов. Законодатели Солон и Ликург – не совсем еще люди, это – полубоги, полугерои. Но их законы быстро набирают силу на фоне изменяющегося полиса.

Свобода – высшая ценность для грека – находится под угрозой. (В мифе раб воплощал смерть, а в жизни он даже не считался человеком. Призрак и мертвец также мыслились в виде некоего тождества: призрак тоже был мертвецом, как «лишенное души подобие тела».) Статус свободного индивида в полисе определяется сразу и его способностями и правом высказывать свое мнение. Когда индивида отвергает город, когда он изгнан, то там, куда он изгнан, он уже не обладает правами гражданина, а следовательно у него нет права выска-

зывания. (В словах Иокасты и Ипполита выражается мысль о том, что не иметь возможности говорить, значит и «быть рабом»). Но одного статуса для высказывания мнения явно недостаточно, необходимы и соответствующие личностные качества, поскольку здесь всегда имеет место агональный, соревновательный принцип.

Здесь в гражданине сходятся три необходимых статусных качества: благоразумие, нравственное качество и мужество²⁹. Однако исторически дурная, *roggia* (право говорить) может победить демократию, в случае, когда победа (как было в «Оресте») достается плохому и невежественному оратору, демагогу. (В диалоге Исхомаха и Гиерона у Ксенофонта выясняется, что «законы восхваляют известный естественный порядок, установленный богами». При этом один из персонажей описывает действие таких законов, как «восхваление», а другой – как «принуждение». В обоих случаях оценка человеческих законов зависит от особого способа понимания того порядка, который не сотворен самим человеком, и поэтому только подтверждается законом: «закон же обретает высшее достоинство, если вселенная имеет божественное происхождение»³⁰.)

Герои действуют, согласно законам, предписанным богами. Поэтому герой здесь наделен не признаками личности, а скорее личиной, маской. Маска одновременно обозначает и скрывает, прячет индивидуальное и случайное под формой общего и типичного. Но это – логика закона, всегда стремящегося к обобщениям. Божественный закон един для всех и недостижим, человеческие законы – только маска божественного закона. Отражение рождает ощущение того, что в «зазеркалье» существует иной нематериальный мир и закон, отказ же от него, когда ощущение лишается реальной сущности, заставляет человека подойти к осознанию знака и знаковости³¹. Тогда невидимый закон подвергается профанации и десекуляризации, приобретая натуралистические черты.

«В героической маске трагедии феноменальное до крайности сгущено: живоотно-грубая личность Сатира – только тончайший покров ноумена», сам принцип индивидуальности ослаблен здесь до теневых схем. Идея религии Диониса – это идея тождества смерти и жизни, идея ухода и возврата символически выявлена в трагедии, получившей характер всенародной мистерии: культовый дуализм – олимпийские

²⁹ Фуко М. Указ. соч. С. 180.

³⁰ Штраус Л. Указ. соч. С. 176.

³¹ См.: Мельшиор-Бонне С. История зазеркалья. М., 2005. С. 167.

²⁸ Хайдеггер М. Парменид. СПб., 2009. С. 211.



и хтонические боги – породил идею катарсиса, светового очистительного таинства, освобождающего от скверны общение с подземным царством. Но религия Диониса сделала хтонические культы автономными, поскольку бог небесный и подземный вместе являются одновременно и вдохновителями пафоса и его разрешителями. Это – настоящая религия очистительных общих действий и таинств».³²

Трагедия и стала всенародным выражением дионисийской идеи, а позднее основой для создания новых уже эллинистических мистерий. Центральный образ трагедии – крушение божественного закона и последующая за этим кара: то и другое сопровождается яркими эсхатологическими картинами крушения, бури или наводнения. Герой трагедии значим в своих поступках и чувствах лишь постольку, поскольку он воплощает и персонифицирует стихии космоса: у Еврипида Геракл, совершающий свои безумные поступки, выражает не больше, не меньше как «срыв всей мировой законности и морального равновесия на земле». Его поступки не имеют какого-либо заметного отношения к «частному и бытовому человеческому миру», но скорее к умозрительной этике в ее особом религиозном значении, этике, возникающей из мифологического космизма³³ (и здесь «гибрис» опять-таки означает всяческое поругание и нарушение законов).

У героев и царей в трагедии еще возможно обнаружить некоторое наличие либо благочестия, либо нечестия: первое совпадает с объективированной справедливостью, второе – с ее нарушением. Но сама социальная этика рождалась отнюдь не из абстрактной системы нравственных взглядов, а из воспроизведенных опять же в абстракции представлений о физических явлениях: и поначалу природа представлялась единственным действующим лицом всего окружающего, сохраняя при этом характер спонтанной стихии. Постепенно параллелизм физического и этического усиливался. Уже Солон пользовался эсхатологическими образами «непогоды и стужи» для выражения более умозрительных понятий беззаконности и несправедливости. Само понятие зла рождалось из нейтральных представлений о «старости и увядания природы», а бушующие стихии понятийно перерождались в строго моральные категории несправедливости, кары, мести, гнева. Сами враждебные стихии превращались в персонифицированных врагов и обидчиков: вся жизнь внешней природы воспринималась

в виде «погоды», которая выражалась в образах кроткой или свирепой стихии, «погода» отождествлялась с «поведением», а объективное с субъективным.

Перед глазами Софокла еще витали не «нравственные силы», а боги, охватывающие своим существованием и действием природу и мир духа. (О богах преисподней греки предпочитали часто не упоминать.) Поскольку Креонт нарушил своими действиями равновесие мира, равновесие «нижних» и «верхних» сил, поэтому Антигона и вынуждена была обратиться к подземным богам Аида: «Здесь не право противостоит праву, не идея идее, – здесь божественное начало, охватывающее все мирозданья ... противостоит человеческому, которое ограничено, слепо, преследует самого себя, перед самим собой лицемерно и лживо» (Рейнхардт).

И Креонт не прав дважды. Ведь Антигона чтит не только подземных богов, но и богов небесных: она чтит и Зевса, чей закон в принципе не противоречит законам Гадеса. Только как последняя защитительная опора для героев Софокла выступают подземные силы: в драматическом пункте самоуничтожения героев – Эдипа, Антигоны – по-настоящему проявляются ужас и доброта именно этих подземных сил: ужас – в том, что соприкосновение с ними возносит жизнь на вершину, доброта – в том, что они спасают человека от самого себя: «Гадес – это тот фон, который не только служит жизни, но и поглощает ее»³⁴.

Мифологический переход «мрака» в «свет» также получает образ и значение нравственного перерождения и просветления: «чистое» и «оскверненное» приобретают вполне этические значения. Если в мистериях «скверна» носила преимущественно физический характер, то в трагедии он перекрывается моральным значением. И в этой связи мифологические представления о судьбе и смерти также приобретают новое значение – они становятся моральными факторами и категориями: в новом пантеоне богов Дике и Фемида играют уже весьма значительные роли (Дике указывает на существование формального, «буквального» права, которым определяется, что должно делать в каждом конкретном случае. Судья здесь только следит за соблюдением формульных установлений и имеет право изымать из оборота соответствующее правило). Здесь слово «говорить» связано прежде всего с механикой власти: только судья вправе провозглашать наличие справедливости, указывать на нее

³² Иванов В. Дионис и прадионисийство. М., 1994. С. 291-292.

³³ Фрайденберг О. Указ. соч. С. 493-494.

³⁴ См.: Кареньи К. Вечная Антигона // Мифология. М., 2012. С. 199-207.



посредством непререкаемого слова, «правового императива». Но устанавливать справедливость – еще не значит только совершать интеллектуальную операцию, вызывающую споры: здесь сообщаются практические формулы, подходящие к конкретным ситуациям, и роль судьи заключается в том, чтобы реально оперировать ими. «Формула, определяющая способ предоставления прав, стала греческим правосудием, но этическая норма права еще не отразилась в термине *dice*. Только со временем эта юридическая формула становится обозначением самого права, когда к *dice* прибегают, чтобы пресечь силу: ведь только обладающий *dice* по-настоящему считается справедливым»³⁵.

3. Закон: вина и кара, очищение и возмещение

Все протагонисты в драме об Эдипе занимают одинаковые игровые позиции в отношении разразившегося конфликта. Каждый считает себя способным овладеть насилием, но оно само по очереди овладевает ими всеми уже без их ведома, ввергая их в перманентный процесс взаимности насилия. Каждый (Эдип, Креонт и Тиресий) считает себя не затронутым конфликтом и находящимся как бы в роли арбитра, верховного судьи, однако это отрешенное состояние быстро сменяется слепой яростью, как только их репутацию (чаще всего это делает хор) ставят под сомнение. Иллюзия превосходства тогда быстро исчезает. Взаимность насилия, сумевшая поглотить даже отношения между отцом и сыном, становится всеобъемлющей: «Мысль, приравнявшая насилие к утрате различий, должна неизбежно прийти к отцеубийству и инцесту, как к финальной точке своей траектории».

Кроме того насилие нивелирует людей, поскольку каждый становится двойником своего антагониста и поскольку любой может стать двойником всех остальных – т.е. объектом всеобщей замороженности и ненависти: «Одна жертва может занять место всех потенциальных жертв в любой момент. Всеобщая твердая уверенность не требует иных подтверждений, кроме неотразимого безрассудного единодушия»³⁶. При этом уничтожая жертву отпущения, люди будут убеждены, что избавляются от поразившего их сообщество зла. (По замечанию Юбера и Мосса, жертвоприношение имело своей целью соединить при посредстве жреца

и с помощью ритуала профанное с божественным: жертву изымали из мира живых, чтобы она перешла порог, разделяющий два мира).

Но поскольку насилие единодушно, оно в состоянии восстановить в полисе мир и порядок. Поэтому и учрежденные им даже ложные значения приобретают несокрушимую силу. Здесь же скрывается и единодушное решение: подлинный объект анафемы – в драме не Эдип, а само единодушие, которое, чтобы сохранить свою действенность, должно уклоняться от всякой манипуляции и длиться вплоть до наших дней, принимая формы забвения и безразличия, к которому приводит коллективное насилие или проявляться в форме его мнимой незначительности даже там, где оно достаточно заметно и влиятельно. «Герой является виновником насилия и беспорядка, пока остается среди людей, но предстает своего рода искупителем, как только он оказывается устранен из социума – причем всегда посредством насилия» (Рене Жирар).

Мольбы жертвы в трагедии носят форму супплиция, т.е. мольбы умерщвляемого жертвенного животного и связаны с главной идеей трагедии – катарсисом. Мистериальные элементы трагедии указывают как раз на ту сторону мистических «врат», которая в данный момент закрыта (О. Фрейденберг), указывают на невидимое.

Лицемерие рождающейся красоты для миста было высшей степенью мистериального посвящения, и главная идея трагедии оказалась заключенной в том, что смерть, получаемая здесь в виде судьбы «при эсхатологическом дележе мойр, всегда становится смертью искупительной, смертью очистительной жертвы»: Эдип погибает, но Фивы спасены им от чудовища. Космическое крушение стало образной базой трагедии, хотя сам образ космоса был представлен в ней видимыми и осязаемыми картинами и вариантами «города», «дома», рода или же в форме «звериной очистительной жертвы»: Эрос всегда имеет перед собой жертву, т.е. то самое очистительное животное, которое становится образом смерти – «убиваемого убийцы»³⁷. Люди карают нарушителя закона из страха, как бы высшее возмездие не обрушилось и на них самих, если они будут терпимы к тому, кого преследует божественное мщение. Именно это выражает миф об Эдипе. Но в действительности преступление всегда состоит в ведении богов: они – законодатели, судьи и исполнители закона. Людям так и не удается победить преступление с помощью и посредством наказания. Одно и другое только

³⁵ Белвенист Э. Словарь индоевропейских социальных терминов. М., 1995. С. 304-305.

³⁶ Жирар Р. Насилие и священное. М., 2000. С. 92-95, 102, 107.

³⁷ Фрейденберг О. Указ. соч. С. 681.



кажутся связанными между собой. Но наказание не может устранить уже содеянного, оно не совпадает с ним по времени – «Зевс всегда опаздывает с воздаянием». Не наказание, но кара или возмездие является адекватной реакцией на преступление. «Преступить», т.е. переступить порог и границу дозволенного человеком, означает вступить в область кары, которая окружает сферу человеческого бытия. Это область рока и божественной воли.

Три силы распоряжаются человеческой жизнью – судьба, провидение и свободная воля. Эринии, нападающие на Ореста, являют собой не просто объективированные угрызения совести: это – оккультные силы, порожденные наследственным грехом человечества, укоренившимся в нем на протяжении долгих веков. Своими недостойными действиями человек сам выпустил этих мстительных фурий и они способны растерзать каждого, кто по той или иной причине когда-либо совершил преступление. Но на помощь Оресту приходят Апполон и Минерва (эта последняя даже учредила трибунал Ареопага, заменив закон расплаты более милосердной системой, позволяющей отпускать виновного, если сам он признал свой грех). Фурии удаляются в свой подземный храм в Колоне, правда, все еще продолжая оставаться устрашающими силами, терроризирующими преступников грозными предупреждениями, но уже не являясь прежними безжалостными мстителями. Ужасы природы преобразены здесь в вполне благоприятные силы: кажется, что великая идея вселенского правосудия, первичного и окончательного, побеждает судьбу, эту дочь вечности³⁸.

Пожалуй, только Еврипид вполне последовательно выделил и описал проблему морали в абстрактных понятиях «номоса» и «фюсиса», т.е. уже с точки зрения закона, обычая, установления, а не природы. Но номос в этой ситуации, если под ним понимать унаследованную от предков спонтанную структуру иррациональных обычаев и правил, вполне может занять как сторону «конгломерата» (традиционного космоса), так и представлять собой систему формализованного «государственного права», наличие которой как раз и отличало греков от варваров. Точно так же и фюсис может представлять и неписанный, но безусловный «естественный закон», противостоящий местным обычаям, и систему «прав личности», противостоящую властным устремлениям государства, или, другими словами, банальное «естественное право сильного»³⁹.

У Софокла обращает на себя внимание глубокое чувство человеческой незащищенности и беспомощности, имеющее своим религиозным коррелятом постоянное ощущение суровости божества, но не в том смысле, что оно является источником и носителем зла, а в том, что всемогущая божественная власть постоянно указывает человеку на его незавидное положение. (Причиной безумия древние греки считали непереносимое вмешательство божественных сил: так, гомеровский Агамемнон объясняет обиду, нанесенную им Ахиллу воздействием Агаты – богини ослепления и действиями эриний, лишаящих человека здравого смысла.) Боги капризно противятся любому успеху и счастью, которые могут возвысить брэнное существование человека над статусом смертных существ, а значит и позволить ему вторгнуться в сферу их закрытого для смертных государства, – ведь человеческий успех порождает неоправданное самодовольство людей и справедливое негодование богов (в «Агамемноне» видно, как проявление триумфа одновременно вызывает тревожное ощущение вины, *hubris* превращается в первородный грех, который должен караться смертью, чтобы быть искупленным).

Только в трагедии «Семеро против Фив» человек впервые выступает уже не как игрушка мифических сил (подобно Оресту), не только как объект справедливой мести за дерзость и гордыню (подобно Ксерксу, которого хор предупреждал о негативных последствиях), но как самостоятельная личность, – здесь рождается новое чувство справедливости. У Софокла такая свободная личность выступает уже более открыто, хотя и здесь человек все еще остается ареной игры божественных сил, а его вина имеет скорее объективную, чем субъективную причину. Однако это вовсе не защищает и не освобождает его от наказания, но более того, кара, предназначенная ему, может распространяться даже на других (Эдип упрекает Апполлона в том, что тот сам стал причиной зла, за которое страдает герой): здесь же все еще присутствует и оракул, как беспристрастный выразитель воли богов. Субъективная сторона преступления достаточно дифференцирована: герои часто совершают его по неосторожности и неумышленно. Внешние силы, воздействующие на их действия, выступают как подстрекатели и пособники и должны поэтому разделять ответственность с героями. Преступный умысел кажется более опасным, чем совершенное деяние. Нормы права, как божественного, так и человеческого, начинают группироваться в систему: невидимый закон обретает видимые черты.

В «Антигоне» столкновение олимпийской и хтонической идей проявляется уже вполне

³⁸ Шюре Э. Указ. соч. С. 323.

³⁹ Доддс Е. Р. Указ. соч. С. 37-39, 187.



рельефно: Родина, «город», «дом» должны ставиться выше кровных родственных связей, и это требование существенно принижает роль подземных богов Аида, хотя именно на них и их авторитет и опирается в своих убеждениях и действиях героиня драмы. Предать мертвых земле – это обычай и священный закон, хотя в отличие от государственного закона, он не писан и никто точно не знает его происхождения. Но он существует извечно, как божественный и уважаемый подземными силами. (Под законом теперь понимают правило, установленное свыше, порядок, как гармоничное соответствие всех частей некоего целого, порядок, которому подчинены и устройство мира, и движение светил, и смена времен года, и отношения между богами и людьми, – все, что касается человека или мира находится во власти этого порядка. По сути это – совокупность предписаний, идущих от бога – неписаное право, собрание священных изречений, запретов, передаваемых оракулами, высказываний, закрепляющих в сознании судьи то поведение, которого следует придерживаться всякий раз, когда речь идет о порядке в рамках рода⁴⁰.)

Однако и Креонт, казалось бы легально действующий на основании государственного закона, с точки зрения мифа и хора, все же остается преступником – Софокл в его лице и в лице Антигоны как бы противопоставляет два действующих типа равноценных прав. Ведь сам Креонт видит и подсознательно принимает всю силу Аида: царство мертвых торжествует здесь над идеей государства и демонстрирует свою несокрушимую еще силу перед олимпийцами, защищающими формальный государственный порядок – ведь мертвые всецело принадлежат подземным богам и ни царь, ни олимпийцы не имеют над ними никакого права.

Зато идея свободной личности здесь принимает облик Антигоны. Хор, однако, гласит, что она вовсе не собирается рассматривать свое свободное решение как поступок, совершенный согласно какому-то внутреннему собственному закону, – она лишь выбирает для себя закон богов Аида, поскольку он самый древний, и делает она это из искреннего и благочестивого чувства долга. Тем самым Антигона творит безбожие, поскольку переступает государственный закон, созданный олимпийцами, и вместе с тем она по-настоящему богобоязненна, так как подчиняется могущественным и священным подземным силам: она в меру сил стремится «держаться священного в священном»⁴¹.

Указ Креонта, отказывающий в погребении Полинику, тем самым нарушает традиционные правовые и нравственные нормы, – поэтому он никак не может быть отождествлен с волей государства, – Тиресий и Гемон предупреждают об этом царя. Креонт и Антигона представляют два полюса реализации протагоровского тезиса «человек – мера всех вещей»: Креонт мерит все мерой собственного произвола, он принимает свой частный указ, изданный по единичному поводу, за закон, придавая тем самым абсолютное значение мнению одного единственного человека; Антигона меряет себя и свою ситуацию уже мерой соответствия непреходящим нравственным нормам, находящимся под защитой богов. Запрет Креонта изрек не сам Зевс и не Дике: в основе меры вещей, принятой Креонтом, лежит индивидуальное человеческое разумение, а не незыблемые нравственные нормы, еще и подкрепленные авторитетом олимпийцев. Только Антигона в этой ситуации ценой своей жизни по-настоящему защищает справедливость и город от гнева богов⁴².

Со временем характер сакральной неприкосновенности от религии переносится на право. Авторитету законодателя по-прежнему оказывалось полное почтение – ведь он никому не мешает – однако все же остается открытым вопрос о том, правильно ли он в слове своего закона выражает свою мысль. Ведь на эту мысль как раз и ссылаются, – судебная процедура и организация у афинян не располагали специальным институтом, который мог бы путем соответствующих дополнений, толкований и развития подчинить изреченное слово влиянию мысли и, тем самым, восстановить нарушенное равновесие правового сознания. Поэтому изгнанная из юридического законодательства мысль находила в себе убежище в греческой риторике и трагедии. (Позже Рим в лице Красса и Цицерона вступится за ущемленный приоритет мысли). Под оправданием здесь будет пониматься восстановление именно душевного равновесия, утраченного при совершении греха или преступления, чудесное выздоровление заболевшей души⁴³. Ведь Эдип был в сущности невиновен по закону, однако такая невиновность не могла считаться безусловной, – признание права богов вмешиваться в его жизнь, смесь преклонения и страха по поводу того, что они избрали именно его для проявления своего всемогущества, вытесняли

⁴² Ярхо В.Н. Трагический жанр Софокла // Софокл. Драмы. М., 1990. С. 480-481.

⁴³ Зелинский Ф.Ф. Античная гуманность // Соперники христианства. М., 1996. С. 192-193.

⁴⁰ Хюбнер К. Указ. соч. С. 188-189, 193-194.

⁴¹ Бенвенист Э. Указ. соч. С. 301.



чувство справедливого возмущения тем фактом, что его несправедливо погубили, несмотря на его невиновность.

Понятие же о спасении, появляющееся только в «Эдипе в Колоне», закрепляет и переворачивает то представление о вине и наказании, каким оно вырисовывалось в первой трагедии: «Эдип не более заслуживает своего спасения, чем он хотел своей вины и был достоин кары». Апофеоз, венчающий здесь судьбу Эдипа, нельзя толковать только как награду за моральные достоинства, это – только справедливая мера его несчастий. Эдип страдает не за личную вину, но как неведающий и действующий человек, и вследствие закона жизни, на который он наталкивался в своем качестве действующего существа: поразивший его приговор как бы лишен характера наказания и поражает именно действующего человека. «Эдип в Колоне» уже говорит о появлении другого закона, блюстителями которого являются сами боги – закона, дополняющего предыдущий закон, закона, спасающего страждущего человека⁴⁴.

Наказание налагалось богами, которые выступали как мстители..., поэтому закон становился ненарушимым, божественные санкции давали ему непреодолимую силу. Одновременно ограничивалось и поле приложения какого-либо человеческого намерения, мнения или действия, помещаемых под защиту богов и самостоятельно карающих нарушителя.

Но постепенно древнее значение понятия «священное» трансформировалось в понятие «защищенное»: это уже не было определением отрицательного свойства («ни божье, ни человеческое»): sanctus – это тот, кто обнаруживает себя облеченным милостью богов и поднимается над людьми, и в его власти стать посредником между человеком и божеством. Происходил сдвиг значения, превращающий sanctus в простой и полный эквивалент нечеловеческой добродетели: налицо было состояние, проистекающее из запретов, установленных людьми, из предписаний, основанных на законе, превращение в то, что разрешено законом богов в сфере человеческих отношений. «Слова мудрости и оракулы», которые изрекает хор якобы в своем вдохновении, «как сама природа», прошли сквозь умеряющую восторг гражданственность полиса, сквозь его закон... Смысл самой мудрости хора есть скорее здравомыслие моралиста, склоняющегося перед детерминизмом и трагической участью человека, чем опьянение восторга».

Мятеж Прометея хору чужд. Но хор негоду-

ет также и на Зевса, преступно попирающего древние законы, и сам тут же трепещет от вольных речей возмутителя-титана, советуя Прометею покориться: «Покорность – вот она мудрость хора! Здравомыслие – смысл его речений»⁴⁵ Хор в трагедии выражает твердую уверенность в существовании чего-то непреодолимого, он утверждает присутствие за пределами видимости, чудесной и неведомой действительности, требующей чего-то иного, чем просто возмущение и отрицание. Реальность есть единство, и всякий человеческий поступок отражается в этом единстве, отсюда «Софокл с большой силой ощущает закон солидарности, связывающий человека ... с миром». Но сам мир движется тайными силами, о которых мы ничего не знаем, и Софокл предупреждает: человек не ведает той совокупности сил, чье равновесие обуславливает жизнь мира, но добрая воля человека, будучи в плену у собственной естественной слепоты, неспособна защитить его от несчастья: Эдип только во мраке слепоты постигает иной свет, его знание невидимого – это само прозрение.

И слепец Тирезий видел внутренним взором незримое тогда, когда зрячий так и оставался погруженным во тьму. Мир, отделенный от мира людей пропастью, божественное, Эдип ощущает как мир ему совершенно чуждый, который надлежит извергнуть из человеческого сознания: «тут все обстоит не так как у мистика, душа которого должна обручиться с этим миром. В действительности это мир, подлежащий очеловечиванию». Этот мир открывает Эдипу порядок, к которому он совсем не причастен, это – не какая-то область божественного, имеющая своей конечной целью человека – не провидение, которое его бы судило и желало бы ему блага в соответствии с человеческими моральными нормами – в недрах вселенной, говорит Софокл, существует «обаяние святости», и если человек нарушает эту святость, то сама вселенная восстанавливает свой священный порядок в ущерб виновному. Вступают в силу ее законы, и ошибка исправляется сама собой: «наказание «виновного» не имеет иного значения – это «исправление» в смысле выправления совершенной ошибки»⁴⁶.

Но уже у Гесиода мы видим, как справедливость переходит с морального уровня на космический: Зевс – вот конечная причина, которая приводит вселенную в движение и придает ей смысл и порядок. Эта причина скрыта от глаз: истинная гармония не может быть явной, потому что сами люди живут «словно во сне», од-

⁴⁴ Боннар А. Греческая цивилизация. М., 1959. т. II. С. 128-129.

⁴⁵ Голосовкер Я.Э. Указ. соч. С. 86-87.

⁴⁶ Боннар А. Указ. соч. С. 113-117, 118.



новременно присутствуя и отсутствуя, и высшая реальность ускользает от них. Те, кто ищет в самом себе ключ к тайне, вдруг обнаруживает, что «все есть одно» и что единство целого и есть истинная цель Бога, который изнутри самих вещей управляет ими⁴⁷. Имманентность Закона, погруженного в бытие, тем самым отбирает правовую монополию у богов, чтобы со временем отдать эту прошлую привилегию трансцендентному самому человеку: тогда из-за плеча Зевса выглядывает Прометей.

Очеловечивание закона, однако, чревато опасностями. В своих «Законах» Платон заметил, что человеческая душа таит в себе некое прирожденное хаотическое оргийное начало, «грозное и безумное движение», проявления которого мятежны и разрушительны. Поэтому необходимо иное встречное движение, извне влияющее на возбужденную душу и овладевающее этим стихийным движением так, чтобы оно, легко высвобождаясь, входило бы в общую гармонию мирового порядка.

Трагические аффекты, в первую очередь подлежащие очищению, суть жалость и страх: Аристотелево сострадание выросло из оргиастического плача о божественной гибели, и ужас оргий снимался погружением в их стихию, – в этом же лежал и корень трагического страха⁴⁸. Греки чувствовали, что ощущение вины коренится в некоем подавленном и забытом прошлом опыте. Поэтому появлялась навязчивая потребность рационализировать это необъяснимое и непонятное чувство вины, которое тяготело над людьми. (Эмпидокл одну из своих поэм назвал «Очищения», – в ней проблеме катарсиса уделялось центральное место.) В новой системе верований идея приобретала новое содержание: человек должен был не только очистить себя от отдельных нечистот, но и от всей скверны телесного существования вообще – это было главным условием искупления. «Чистота в большей степени, чем справедливость, стала главным средством спасения», но для этого требовалась не рациональная, а вполне магическая техника, поэтому орфические книги предполагали и пропагандировали исключительно ритуальные приемы (за что Платон и упрекал их, видя в этом деморализующее влияние на людей⁴⁹).

Представление о «нечистоте» и «очищении» в мифах об Эдипе и Оресте неразрывно связывались с идеей отмщения и одновременно становились основой особого религиозного института – Дельфийского оракула – а позже

вылились в систематизированную компенсаторную веру в существование справедливости на небесах. На небесного отца Зевса переносились все противоречивые чувства, связанные с земным отцом, поэтому Зевс предстает одновременно и как источник благ и источник зла, как завистливый бог, недовольный желаниями и поступками своих детей, и как суровый судья, бдительный и строгий, безжалостно карающий за грехи самоутверждения и заносчивости⁵⁰. (Зевс теперь вершил правосудие отнюдь не из личной мести, дающей нечто самому мстящему, а исключительно для удовлетворения требований эриний, внешнего принципа правосудия. Он мстил Урану, используя идею равенства, тем самым преодолев бессмысленную жестокость, с которой когда-то начиналась «Тегогония» Гесиода: Зевс становится заботливым и строгим родителем-отцом, который «порождает без матери»⁵¹.)

Преступник должен был «очиститься», как больной. Подобно недужному (*pathetiros*) очиститься должен был также и соучастник всяческих страстных служб и мистерий, – ведь энтузиазм, согласно Платону, есть «пафос» или страсть, темная и неуправляемая. И очиститься следовало от присутствия этой хтонической, пусть даже и благодатной, силы. Ее носитель не смог бы далее жить при солнечном свете, ни общаться со светлыми богами. Только когда «круг его мистических претерпений замыкался очищением», тогда и восстанавливалась его связь с «государственным союзом отечества» и с «небесным городом олимпийских богов».

Но «пафос» и «катарсис» неотделимы друг от друга, вместе составляя критерий реальной правоты и подлинности, – вся система катарсиса была выработана с целью примирить и привести в гармоническое взаимоотношение две несогласованные веры, совместить два несовместимых мира – мир подземный, с его животворящими силами и таинствами, и мир надземный, с его зиждительными началами закона и страха⁵². Поэтому, для Софокла и в самом таинстве вселенной существовал некий закон возмещения: если боги без причины поражают Эдипа, а потом также без видимой причины его возвышают, это значит, что в лоне вселенной существует не только жестокое безразличие богов, но и некое милосердие: в самой драме смерти Эдипа заключается смысл жизни.

Воздаяние непременно основывается на принципе мировой справедливости (дикэ), этот принцип воплощает в себе равновесие,

⁴⁷ Фестюжьер А-Ж. Указ. соч. С.58.

⁴⁸ Иванов В. Указ. соч. С. 214.

⁴⁹ Доддс Е.Р. Указ. соч. С. 158-161.

⁵⁰ Доддс Е.Р. Указ. соч. С. 57.

⁵¹ Зойя Л. Отец. М. 2012. С. 71-73.

⁵² Иванов В. Указ. соч. С. 209.



упорядоченность и регулярность. Нарушение же порядка влечет возмездие: воздаяние становится неизбежным: древний человек проецировал в космос свои представления и требования социальной справедливости, а усиленное эхо его же собственного голоса возвращалось к нему из космоса, грозя карой за всякое преступление, и тогда он лишался отваги и спокойствия». (Так, преступление, совершенное против родителей, считалось столь ужасным, что требовало даже создания специального суда и особого наказания, в которых равноправно участвовали и представители подземных сил.) Еще Платон, казалось бы терпимо принявший происходившую в его время революцию секулярного закона, все еще верил в наследственную религиозную вину, но теперь грех стал казаться только состоянием индивидуальной воли, болезнью внутричеловеческого сознания, совести, тогда как «нечистота» (которая у Гомера еще не являлась наследственной), становится только автоматическим следствием самого деяния, относящимся к миру внешних событий, действующим с жестоким безразличием по отношению к мотивам поступка. «Перенос ядра представлений о чистом из магической в моральную сферу произошел сравнительно поздно: вплоть до самого конца V века до н.э. мы не встречаем ясных заявлений о том, что одного очищения рук недостаточно, и что необходимо очистить также и сердце»⁵³.

4. Суд: право видеть и право говорить

У Гесиода *ate* все еще означало не только бедствия чисто объективного характера, но и приобретало значение глобальной «катастрофы» и «краха». Гесиод говорил, что «слово не может исчезнуть бесследно, коль скоро множество людей его повторяют», ибо оно само по себе является чем-то божественным: «Власть слова в отрыве от человека как его источника, рассматриваемая нередко как божественная, легко становится магической... В безличной речи проявляется воля богов, и боги изрекают, что позволено делать»; именно через эти высказывания и можно прийти к идее божественного права. (В римском *fas* уже нет ничего, указывающего на специфический характер этого права, но именно к нему восходит представление о торжественном провозглашении слова – об изреченном соизволении, дозволяющей или запрещающей воле богов). В этом и заключается какая-то таинственная сверхчеловеческая власть слова⁵⁴. (Джанбаптиста Вико сделает

вывод о происхождении всего древнего права именно из торжественно произносимых словесных формул, ссылаясь при этом на практику римского раннего права.) Всякое слово, произнесенное властью, как бы предопределяет некоторое реальное изменение в мире, создает нечто, и это скрытое качество выражает силу и дает жизнь закону. («Перелом» или изменение (*peripeteia*), по Аристотелю, всегда означает «перемену делаемого в свою противоположность, ... вероятную или необходимую» (к такому результату приводят, например, действия вестника в «Эдипе»). Узнавание же есть только особая форма перемены, ведущая от незнания к знанию – узнавание тем лучше, чем теснее оно связано с «переломом».

Действия власти, оформленные словом, составляют существо политического. Политика – череда перемен, подобно тому, как демократия – множество дифференциаций и противоречий. Греческий полис первым в истории создал и сформулировал современное понятие политического: «Политика по необходимости подвержена риску, но риску не необходимому». Она переворачивает установленный порядок целей и индивидуальных интересов, разрушает земную ориентацию, с точки зрения индивида: «Государство, которое не практикует подобные «трансформации», в свою очередь преобразуется в частную ассоциацию, где доминирует уже рациональность частного права. (Гегель)⁵⁵.

Божественное слово означает проявление божественной воли, т.е. первичного закона. Невыполнение или неподчинение ему непременно вызывало кару. Указующие повеления доносились как с Олимпа, так и из-под земли: грек воспринимал внешний мир посредством зрения, а голоса богов посредством внутреннего слуха. (Демон, некогда вещавший Сократу, был опасен уже тем, что он не был простым посредником богов, но давал человеку советы и откровения прямо от своего имени.) Внутренний голос формулировал для человека закон, непреходящий и вечный, оракулы же только уточняли, а подчас и затуманивали сообщавшиеся повеления.

Сакральное вещание от Аполлона имело тот же самый исток, что и прорицания от Великой матери (Земли) и Пифона – подземного Диониса, из подземной могилы которого пифия в Дельфах воспринимала свои оракулы. В трагедии Еврипида Дионису противостоит Пенфей, восставший против неодобрительно наблюдаемого им вакхического безумия (в ответ хор однозначно называет его «злоречивым и нечестивым глуп-

⁵³ Доддс Е.Р. Указ. соч. С. 40, 45-46.

⁵⁴ Бенвенист Э. Указ. соч. С. 323.

⁵⁵ См.: Каччари М. Указ. соч. С. 61.



цом». Сам же он осуждал только истинность блаженства толпы, обуянной безответственными богами). Но орфикам удалось, тем не менее, в пику олимпийцам в Дельфах и Элевсине сохранить и даже узаконить некоторые архаичные формы такого дионисийского коллективного оргазма: «Стихийный экстаз освобожденного духа и радость божественного единения в дионисийских таинствах все еще обладали неоспоримой духовной самоценностью»⁵⁶. (По сути же как раз Пенфей и воплотил в себе некий жертвенный аспект богослужения, выступая одновременно и жертвой и богом: лев и змей, две ипостаси Диониса, с которыми Пенфей отождествлялся в состоянии безумия, говорят о его вероятном посмертном посвящении в таинства победоносно Диониса.)

Мораль трагедии Еврипида была выражена в словах: «Взглянув на эту смерть, в богов уверуй». «Фундаментальной заповедью эллинистической философии становится мнение, согласно которому лучшее для человека – отрешенное созерцание. Созерцательная жизнь была поставлена Пифагором выше жизни ради действия, равно как и выше жизни ради наслаждения»⁵⁷. В греческой трагедии божественное всегда было тайной и порядком, всевластием и всемогуществом и у него был свой собственный закон. Бог царствовал непознаваемым, а предсказания оставались только туманным языком, на котором боги обращались к людям, признанием его присутствия, но только одно это еще не позволяло понять богов или судить о них. Для человека это было не столько предопределением, сколько случаем лишней раз убедиться во всеведении богов, созерцать необходимость и закон⁵⁸. (Божественная власть санкционировать воплощение человеческого выбора и замысла и позволять ему осуществиться обозначалась особым термином. Это было право приостанавливать любое политическое или правовое решение или санкционировать его, т.е. «быть облеченным исполнительной властью». Божественное одобрение «кивок божества» превращало слово в дело: в основе акта лежал сакральный жест, которым божество «даровало осуществление тому, что в противном случае осталось бы только словом»⁵⁹.)

Толкования священного закона были уже вторичными действиями, так и не раскрывающими до конца смысла велений. Истинное их

содержание и последствия знали только боги: истина – сама по себе божественна и не может быть достоянием человека.

Проблема поиска истины в «Царе Эдипе» выражена в деятельности героя, неустанно стремящегося к истине, как бы безжалостна она ни была к нему. Софокл не просто стремится доказать неизбежность божественных прорицаний и бессилие человека перед лицом рока, – к этому добавляются еще и усиленные поиски вины Эдипа, но трагическая двусмысленность выражается в том, что сам поиск, проникая в недра и глубину жизни, разрушает ее непосредственную данность. «Эдип следует трагической логике Аякса, т.е. осуждает себя за самоослепление, исходя не из субъективного намерения, а из объективного результата. Но в то время, как трагедия Аякса возникает вследствие вмешательства божества, отчуждающего действие от его носителя и превращающего субъективно оправданный замысел в поступок, позорящий совершившего, трагедия Эдипа коренится в ограниченности, экзистенциально присущей самому человеческому знанию: все разумные меры, принятые Эдипом и его родителями в прошлом и принимаемые им самим в настоящем, все равно привели к прямо противоположному результату»⁶⁰. Субъективная истина героев никак не совпадает с объективной истиной, им неизвестной. Доброта их намерений еще ничего не значит, им не дано предугадать последствий своих действий. Даже принимаемые ими законы «слепы». Все вокруг определяет божественная воля, по-настоящему «объективная», чуждая как умыслу, так и неосторожности человеческих поступков. «Истина – это нечто самоутверждающееся на тех или иных основаниях, нечто, пребывающее наверху, нисходящее сверху, это повеление, причем и сам «верх», само «высшее», сам «господин» того или иного господства проявляется в различных обликах»: господин – это воля к власти. И в понимании греков основная особенность неистинного и ложного – это сокрытие⁶¹.

Видение же – главная функция трагического познания. При этом внешнее зрение здесь только вторично и необходим переход к другому, внутреннему видению: у Эдипа вначале лицо слепота «зрячего слепца», затем – слепого провидца и ясновидящего. Эдип совершил два самых тяжких преступления по неведению, по своей «слепоте», т.е. поневоле, но все это как раз и означает настоящую слепоту: «Слепота зрячести оборачивается в зрячесть слепоты».

⁵⁶ См.: Фокин В. Первоосновы посвящения. М., 2008. С. 433-434.

⁵⁷ Тойнби А. Указ. соч. С. 268.

⁵⁸ Боннар А. Указ. соч. С. 119.

⁵⁹ Бенвенист Э. Указ. соч. С. 268.

⁶⁰ Ярхо В.Н. Указ. соч. С. 484.

⁶¹ Хайдеггер М. Указ. соч. С. 120



(Сам Эдип не знает, а Тиресий знает, что Эдип «отцеубийца и муж своей матери». Но Тиресий получил свое прозрение от богов, как достойную плату за свое ослепление, Эдип же сам обретает свое прозрение, как искупление за страдания, и в обоих случаях видение превращается в ведение.)

Термин, которым обозначался главный мистериальный акт «показывания», означал одновременно и «посвящать», и «представлять». («Мольба или заклинание сопровождала и в мистерии, и в драме приход к закрытым дверям»: эсхилосские Гикетиды, прибывшие издалека, молят у входа в город, чтобы их приняли, впустили в чужую землю. Молят также перед смертью о спасении, о подаче жизни, – впустить, принять, освободить или похоронить – в мифе все это означает спасти и возродить: понятийное же понимание вкладывало в эти образы уже совсем новый смысл.) Мифологическое воображение персонифицировало понятие, включенное в содержание слова, представив, например, «орка» в качестве карающей силы, вырывающейся на волю в случае произнесения ложной клятвы, означающей некую субстанцию, наделенную зловещим потусторонним могуществом и призванную наказывать нарушителей клятвы. (Клятва была только предвосхищением ордалия, устойчивым ритуалом, обеспечивающим и освящающим заверение или договор. Но клятва соотносилась и с негативным свойством – «быть проклятым», – наиболее страшным состоянием, какое могло ожидать человека – ведь проклятого мог безнаказанно убить каждый.) Как только священное слово было произнесено в соответствии с принятой формой, присягнувший потенциально вступал в состояние *sases*, «которое оказывалось реальным и действительным и вызывало мщение богов, в случаях, если нарушались принятые обязательства»⁶².

Проблема видения в аспекте «ослепления» открывалась как идея возмездия, переходящая из сферы познания в сферу этики, из области «истины» в область «природы» (Я.Э. Голосовкер): образ «богини правды и справедливости» (земной правды) – Фемиды, выступает здесь как ипостась Земли и вещающего знания мойр. Но она же – и беспристрастие: «Ничто не должно воздействовать на познание правды и приговор: ни восхищение, ни отвращение, ни сострадание, ни страх, ни гнев. Красота, упорство, отвага, мука, мольба во взоре могут обмануть зрение судьи: поэтому на глаза Фемиды надевается повязка. Теперь справедливость обеспечена»: символом повязки как бы устраняется

эстетический аспект, но взамен усиливается аспект этический. Если сам Зевс есть природа, то за проникновение в тайны природы человек расплачивается слепотой»⁶³. (В мифе выведен даже особый образ силы, ослепляющей человека, образ обмана, – «обман ослепляет»).

Трагедия Нарцисса (в трактовке Овидия) заключалась в том, что он утратил чувство меры, перепутав иллюзию с реальностью и осудив себя на то, что будет любить только видимость, которая никогда не удовлетворит потребность души. (Данте поместил Нарцисса в Чистилище вместе с фальшивомонетчиками, повинными в том, что довольствовались фальшивыми деньгами, являвшимися лишь видимостью настоящих.)⁶⁴ Когда неистинное принимается за истину, приходит беда. Поэтому истину следует искать тщательно и беспристрастно. Это и есть главная задача законодателя, которому не следует обольщаться по поводу принимаемых им законов.

Для политической жизни полиса истина составляла ту идеальную основу, чья ценность определялась и формулировалась при демократии ораторами, а при государе – его советниками. Чтобы жизнь государства была действительно связана с истиной, нужно было либо предоставить несущее ее слово всем (а их, т.е. граждан полиса в драме изображает хор), либо довериться мудрости государя: здесь и появляется проблема «наставления душ и их поведения» – как воздействовать на душу государя? Кто может быть творцом хорошей *parrësia*? (или права свободно высказывать свое мнение в полисе). Высказывание, говорение с целью повлиять на принятие политических решений полисной общиной, оставалось привилегией свободного человека.

Но проблема заключалась в том, что такое высказывание мог сделать любой гражданин. Под вопросом оставалось качество высказывания, и еще Платон предупреждал, что как «отсутствие правдивой речи составляет главную черту демократической души», так и дурное действие высказываний в государстве порождает анархию, свойственную плохой демократии. Демократический человек – этот обладатель души, «пренебрегающий правдивой речью», проникает в политическую жизнь демократии, осуществляя здесь влияние и власть. Но в его жизни никогда не бывает настоящего порядка, здесь не царит необходимость. Поэтому он будет осуществлять над другими такую власть, которая желанна только сама по себе и только для него.

⁶³ Голосовкер Я.Э. Указ. соч. С. 58-59.

⁶⁴ См.: Мельшиор-Бонне С. Указ. соч. С. 179.

⁶² Бенвенист Э. Указ. соч. С. 341.



Это отсутствие в демократии по-настоящему «правильной речи» связано как раз с тем, что здесь каждый может произносить какие угодно речи и тем не менее же оказывать определенное политическое влияние. При демократическом равновесии *parrësia* становится критерием и стимулом дифференциации и разрыва; в хорошо же устроенной монархии – она становится формой, гарантирующей, согласно Платону, правильное функционирование государства: но для этого монарх должен будет внимательно слушать говорящего правду советника⁶⁵.

Даже хорошие законы страдают от такого недостатка, как «слепота», полагал Ксенофонт, а тирания, между прочим, вполне может удовлетворять самым взыскательным политическим вкусам и стандартам. Власть, черпающая свою легитимность из выборов, часто оказывается не лучше, чем жестокая тираническая власть, проистекающая из силы и обмана: «Тираническое правление, как и правление «конституционное», будет легитимно лишь в той мере, в какой тиран или «конституционные» правители готовы слушать совета того, кто «хорошо говорит» из-за того что он хорошо думает, т.е. внемлет советам достойных людей. Конечно же содержание законов и сама законность зависят от политического строя общества, на который они распространяются. Но отождествление понятий «справедливое» и «законное» не позволяет провести границу между справедливыми и несправедливыми законами – ведь существуют такие элементы справедливости, которые выходят за рамки, очерченные законом. Так, распределительная справедливость Аристотеля независима от закона.⁶⁶

Полисная демократия характеризовалась наличием номоса, т.е. того, что на практике регулирует политическую игру и осуществление власти в рамках закона, т.е. традиции или основополагающего принципа, а также *parrësia*, являющегося лишь дополнением к конституционному праву – т.е. свободы произносить речи, оказывающие реальное влияние на политику (у Полибия это – уже вполне статусное право говорить и влиять, связанное с самой политейей, устройством города). Политическая деятельность оказывалась прямо связанной с высказываниями правды, а *parrësia*, в свою очередь, соединяла проблему закона и общественного устройства с реальной проблемой политической деятельности, т.е. юридикто-институциональной системы, власти, имманент-

ной обществу, власти, становящейся правлением в действительности.

Трагедия как раз и предлагала свою собственную картину осуществления власти через такую «правдивую речь»⁶⁷. Но такая убеждающая правдивая речь сама по себе уже представляла целую совокупность проблем, процедур и техник, посредством которых власть и осуществлялась. Речь сама по себе означала только форму политической активности, не более того (позже риторика и ораторское искусство станут ее составляющими частями) – говорить значило осуществлять право и судить, и можно заметить, что вся трагедия состоит из сообщений, суждений и осуждений – и в этом ее «политическая и государственно-правовая» сущность: политическая и правовая истина могли быть открыты только в процессе говорения, точнее «правильного говорения».

В греческой драме сами боги не обладают *parrësia*, она есть сугубо человеческая практика, право и риск: Еврипид (наиболее секулярно мыслящий трагик) называл три соответствующие полису практики – политическую, статуарную, связанную с привилегиями; нравственную, порождаемую несправедливостью, и судебную. Но только политическая форма высказывания стала центральной для трагедии, тогда как две другие формы, играли здесь лишь роль инструментов. (Иона в одной из трагедий использует высказывание для того, чтобы произвести политические преобразования в Афинах, позволяя их жителям также высказывать свое мнение по проблемам, затрагивающим дела города и демократии: Еврипид соответственно различает здесь и три категории граждан, имеющих разное отношение к этим проблемам)⁶⁸. Хорошая же *parrësia* в драме и политике всегда отмечена логосом, наличием разума, который обеспечивает правильное сочетание политей (государственного идеала) и политической деятельности в целом, представляя собой модель идеальной демократии: говоря правду, тот, у кого хватает мужества произнести правильную речь, оказывает свое влияние, благодаря чему город принимает правильное решение, приемлемое для всех. Плохая же *parrësia* (на практике настойчиво вытесняющая хорошую) – это говорение о чем угодно, лишь бы это было хорошо воспринято. Тем самым из демократии исключаются истина и правда. Опасность же заключена уже в самой двусмысленности подобного высказывания, которому законом полиса предоставляется юридическое, конституционное, инсти-

⁶⁵ Фуко М. Указ. соч. С. 212-215.

⁶⁶ См.: Штраус Л. Указ. соч. С. 133-134.

⁶⁷ Фуко М. Указ. соч. С. 170-172.

⁶⁸ Фуко М. Указ. соч. С. 167-168.



туциональное право, позволяющее всякому гражданину произносить речь любого смысла и в любых формах – политической, юридической, защитительной или обвинительной судебной и т.п. Ведь сама эта речь всегда разворачивается в политическом пространстве. Трагедия наполнена такими речами.

«Помимо идеального государства, помимо совершенных законов, помимо хорошо обученных и должным образом выполняющих свои функции должностных лиц, нужно было еще, чтобы граждане вели себя так, как того требует закон государства и составляли бы целостность, необходимую государству для выживания, – гражданам нужна еще одна правдивая речь, нужно, чтобы кто-то открыто обратился к ним, произнес правдивую и разумную речь и убедил их»⁶⁹.

Но если греческая *parrësia* или способность говорить открыто вскоре должна была забыть о логосе и гармонии, и если грек не стал уже более основывать на этом свой номос, т.е. закон, призванный упорядочить определенную территорию своего полиса, то и свобода здесь должна была скоро превратиться во вражду, обрекая полис на гибель, – однако это и есть драма Софокла, свидетелем эпилога которой стал Платон. Идеальный полис, который еще только предстояло построить, уже находился по естественным причинам, в состоянии войны. Поэтому и политическое искусство должно было стать существенной и действенной частью политики (этим и объясняется особый статус страстей в «Государстве» Платона): ведь, когда сами боги стояли у руля, тогда не было места ни *stasis* (гордыне и внутреннему мятежу), ни *eris* (духу вражды). Философ–правитель должен был знать технику полемоса, если хотел придать нужную форму полису и урегулировать выраженные разногласия: «В истинном полисе порядок мира утверждается отнюдь не через войну, а посредством силы примиряющего слова, в силу добрых законов, справедливости, мудрости и умеренности судей». («Законы» Платона)⁷⁰. Но не бывает полиса без полемоса (спора), и никакое ораторское искусство уже не могло предотвратить того, что полемос стал быстро вырождаться в самовластие, а сила «усиления и разрастания» автоматически порождать зло: «необходимость как гроза нависла над городом, который только так и должен был выразить свою силу, – ей нельзя было избежать приказов, однако уже сам процесс командования и приказывания неизбежно порождает новые формы вражды. Ибо

повелевание всегда существует как тирания»⁷¹.

Мифологическая образность теперь уступала место формализованной понятийности скрытого в ней закона. Его необходимо было выразить и описать теперь уже словами, а не просто увидеть и показать. Рационализм пошел рука об руку с секуляризацией – от Эсхила до Еврипида трагедия постепенно уходила от своих мистериальных истоков к формам текстуального артикулирования: Закон становился «словом», чтобы затем стать «буквой».

Прежде Зевс всегда являлся одновременно верховным законодателем и судьей, Гора, богиня государственного распорядка, Эвномия – «благозаконие», обеспечивала справедливость в судопроизводстве и привлекала к судебной ответственности. Пеня была богиней кары и возмездия. Но все основные правовые функции – установление начал права и государственности, порядка и морали – находились у Зевса, которого поэтому и называли «дающим людям законы», – а Софокл и Еврипид называли его «блюстителем законов». Со временем эта роль вседержителя подвергается сомнению и закон обретает самостоятельную, человеческую жизнь.

Человеческие качества приписываются богам и героям. Этим обусловлена и разворачивающаяся в трагедии «война законов». Полулюди-полубоги (такие как Солон, Тесей) создают законы, «по-настоящему справедливые». Это – не просто законы города, это – «естественные» законы, присущие всем людям и основанные на справедливости. С ними вынуждены считаться боги, и их защищают герои.

Миф и трагедия неизменно освещали и комментировали серьезный космический и надчеловеческий конфликт, разворачивающийся между двумя сверхъестественными силами – Зевсом и Прометеем. В эсхиловом мифе Зевс, получив дерзкий «вызов» от своего оппонента, терпит поражение: он не собирается совершать космический акт творения и обеспокоен лишь тем, чтобы оставить все, как есть: вселенная должна пребывать в неподвижности. Прометей же бросает ему вызов, поставив под сомнение власть и поступки бога, и тем самым заставив его применить насилие. Но этим принудительным актом Зевс сам нарушает космическое равновесие, в результате чего терпит поражение, а Прометей через свои страдания идет к победе. (В недошедших до нас пьесах «Прометей освобожденный» и «Прометей – огненосец». Зевс в итоге примиряется с титанами и Прометеем). (Арнольд Тойнби находит аналог эсхиловскому Зевсу в исторической

⁶⁹ Фуко М. Указ. соч. С. 217.

⁷⁰ См.: Каччари М. Указ. соч. С. 28, 38–40.

⁷¹ Каччари М. Указ. соч. С. 53.



победе ахейских варваров над цивилизацией миносского Крита. Поработив минойцев и обосновавшись на Крите, дорические варвары как бы застыли в неподвижности в своем развитии. В параллельном этим событиям мифе Зевс, не сумевший единолично победить Кроноса, прибегает к помощи союзника – Прометея, персонажа, олицетворяющего творческий и непрерывный рост. Он знает, что, пока сам Зевс активен, всякий претендент на власть потерпит крах и поэтому он не дает Зевсу покоя. Но за нарушение своей воли Зевс мстит Прометею, превращаясь в настоящего тирана, поэтому даже его бывшие союзники, космические силы, от него отрекаются. «Тайна же заключена в том, что Зевс, сохраняя свое застывшее тираническое правление, обречен на падение». Зевс был «не совсем тем, чем он казался, поскольку в нем уже скрытно жил дух союза с его же противником. В нем как бы теплится слабый отсвет прометеевского огня, и примирение Зевса с Прометеем стало возможным, потому что их конфликт разгорелся в большое пламя, благодаря как раз этой прометеевой искре⁷².)

Этическая эволюция трагедии способствовала нарастанию и усилению индивидуализации и субъективности в эллинской культуре. Уже Еврипид предоставляет человеку право спорить с богами. Но еще и Антигона намекала на высокую значимость именно человеческого закона и традиций, а божественный закон все более превращался только в образец для человеческих законов, но уже не действовал непосредственно в земном мире.

Но вместе с этим, в трагическом действии усиливается и роль фактора насилия и реального зла, которое несут на себе собственно человеческие поступки. Теперь человек не должен только пассивно воспринимать указания трансцендентной институции, – он сам способен активно действовать. Он сам принимает свою ответственность и даже ищет ее, он желает делить власть над людьми с богами. Очищение и воздаяние, ранее составлявшие сердцевину закона, уступают место ответственности. А значит – и «свободе в преступлении закона» (Ницше первым обратил внимание на эти изменения в трагическом и просто перенес центр тяжести с противоречия, скрытого в разуме, на

противоречие, скрытое в самих вещах» (Я.Э. Голосовкер). Он не выступал как судья трагедии, он прямо утверждал право на преступление и ставил виновного выше невинного. Трагедия Эсхила по Ницше, – это прославление активности как таковой в противовес трагедии Софокла («Эдип»), где было дано прославление пассивности. Активность, понятая как «активность греха» и есть настоящая прометеева доблесть, ядро мифа о Прометее здесь раскрывается как необходимость и неизбежность преступления, т.к. «лучшее, что может достичь человек, он может достичь только путем преступления», чтобы затем принять на себя всю силу ниспосланных ему страданий и горестей: этическая подоплека у Эсхила – не что иное, как только оправдание зла в смысле человеческой вины и вытекающего отсюда страдания. Преступление и вина здесь порождены взаимопроникновением разных миров, каждый из которых за свою обособленность должен расплачиваться страданием: «Действенность и двусмыслие Прометея проистекают из стремления быть опорой всей «множественности обособленных в мире» и в то же время – из жажды поглотить их в себе, быть одновременно и творцом и властелином⁷³. Такова злоеющая и многообещающая более поздняя интерпретация трагического мифа.

Сам же Эсхил все еще верил в вечно царящую «правду-судьбу» и жаждал справедливости. Он хотел показать все бессилие индивида в его борьбе с природой, если, конечно же, тот не будет сочетать своего дерзновения со знанием законов: Прометей предупреждает Зевса о грозящей опасности, если тот не вступит в союз с ним: вина и кара объективистски оправданы в трагедии, поскольку все существующее в этом мире одновременно справедливо и несправедливо, но в обоих случаях одинаково оправдано уже своим существованием (Ницше). И трагедия Прометея видится в том, что в нем пассивное и статичное познание и созерцание убивают действие, – ведь для действия всегда нужна иллюзия, деликатно скрывающая неправду, – но вместо этого огонь вечного мятежа вместе с орудием убийства «путем вины и кары» Прометей передает им же созданному человеку с тем, чтобы человек освободил себя сам⁷⁴.

Библиография

1. Хюбнер К. Истина мифа. М., 1996.
2. Кереньи К. Дионис. М., 2007.
3. Фестюкьер А.Ж. Личная религия греков. СПб., 2000.

⁷² См.: Тойнби А. Указ. соч. С. 210-211.

⁷³ Голосовкер Я.Э. Указ соч. С. 110-111.

⁷⁴ Голосовкер Я.Э. Указ. соч. С. 111-112.



4. Клоссовски П. Трагедия // Коллеж социологии. СПб., 2004.
5. Шюре О. От сфинкса до Христа: история оккультизма. М., 2000.
6. Эйкен Р. История и система средневекового мирозерцания. М., 2010.
7. Фрейденберг О. Миф и литература древности. Екатеринбург, 2007.
8. Каларов Е.Г. Эсхил как религиозный мыслитель. М., 2010.
9. Тойнби А. Постижении истории. М., 1996.
10. Ницше Ф. Философия в трагическую эпоху Греции // Философская проза. М., 2000.
11. Доддс Е.Д. Греки и иррациональное. М., 2000.
12. Голосовкер Я.Э. Логика мифа. М., 1997.
13. Тойнби А. Постижение истории. М., 1991.
14. Каччари М. Геофилософия Европы. М., 2001.
15. Штраус Л. «О тирании». СПб., 2006.
16. Фуко М. Управление собой и другими. СПб., 2011.
17. Вундт М. Греческое мировоззрение. М., 2009.
18. Хайдеггер М. Парменид. СПб., 2009.
19. Мельшиор-Бонне С. История зазеркалья. М., 2005.
20. Иванов В. Дионис и прадионисийство. М., 1994.
21. Кареньи К. Вечная Антигона // Мифология. М., 2012.
22. Белвенист Э. Словарь индоевропейских социальных терминов. М., 1995.
23. Жирар Р. Насилие и священное. М., 2000.
24. Ярхо В.Н. Трагический жанр Софокла // Софокл. Драмы. М., 1990.
25. Зелинский Ф.Ф. Античная гуманность // Соперники христианства. М., 1996.
26. Боннар А. Греческая цивилизация. М., 1959. т. II.
27. Фокин В. Первоосновы посвящения. М., 2008.

References

1. Khyubner K. Istina mifa. M., 1996.
2. Keren'i K. Dionis. M., 2007.
3. Festyuzh'er A.Zh. Lichnaya religiya grekov. SPb., 2000.
4. Klossovski P. Tragediya // Kollezh sotsiologii. SPb., 2004.
5. Shyure O. Ot sfinksa do Khrista. M.
6. Eiken R. Istoriya i sistema srednevekovogo mirosozertsaniya. M. 2010.
7. Freidenberg O. Mif i literatura drevnosti. Ekaterinburg. 2007.
8. Kalarov E.G. Eskhil kak religiozniy myslitel'. M., 2010.
9. Toinbi A. Postizhenie istorii. M. 1996.
10. Nitshe F. Filosofiya v tragicheskuyu epokhu Gretsii // Filosofskaya proza. M. 2000.
11. Dodds E.D. Greki i irratsional'noe. M. 2000.
12. Golosovker Ya.E. Logika mifa. M. 1997.
13. Tainbi A. Postizhenie istorii. M. 1991.
14. Kachchari M. Geofilosofiya Evropy. M. 2001.
15. Shtraus L. «O tiranii». SPb. 2006.
16. Fuko M. Upravlenie soboi i drugimi. SPb. 2011.
17. Vundt M. Grecheskoe mirovozzrenie. M. 2009.
18. Khaidegger M. Parmenid. SPb. 2009. S
19. Mel'shior-Bonne S. Istoriya zazerkal'ya. M. 2005.
20. Ivanov V. Dionis i pradionisiistvo. M. 1994.
21. Karen'i K. Vechnaya Antigona // Mifologiya. M. 2012.
22. Belvenist E. Slovar' indoevropeskikh sotsial'nykh terminov. M. 1995.
23. Zhirar R. Nasilie i svyashchennoe. M. 2000.
24. Yarkho V.N. Tragicheskii zhanr Sofokla // Sofokl. Dramy. M. 1990.
25. Zelinskii F.F. Antichnaya gumannost' // Soperniki khristianstva. M. 1996.
26. Bonnar A. Grecheskaya tsivilizatsiya. M. 1959. t. II.
27. Fokin V. Pervoosnovy posvyashcheniya. M. 2008.

Материал получен редакцией 11 октября 2013 г.



Э.В. Георгиевский*

УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ ОХРАНА СОБСТВЕННОСТИ ДРЕВНЕРУССКОЙ ПРАВОСЛАВНОЙ ЦЕРКОВЬЮ

Аннотация. Охрана собственности древнерусской православной церковью носит достаточно специфический характер. Ко времени формирования списков Синодальной редакции Устава князя Ярослава о церковных судах, оформляется и получает закрепление целая группа посягательств не только на православные обрядовые практики, но и на другие объекты. Русская православная церковь, полагая, что восточные славяне достаточно созрели в плане вероисповедания, начинает усиливать охрану других своих непосредственных дополнительных объектов. Помимо православной догмы, охране начинают подвергаться, в том числе, отношения собственности, получившие свое предметное выражение в церковном имуществе, символах, сооружениях. Именно эти составы различными исследователями очень часто объединялись одним родовым понятием – святотатством в широком смысле этого слова. А, кроме того, охране со стороны церкви начинают подвергаться собственность определенных лиц. Уголовно-правовая охрана собственности древнерусской православной церковью не относилась к числу приоритетных задач, если, конечно, не говорить о собственности церковных феодалов и святотатстве в широком смысле, как особого рода посягательстве на религию. Во всех подобных составах основным непосредственным объектом выступали интересы религии и церкви. В тех же случаях, когда церковь все-таки регулирует ответственность за собственно имущественные преступления, она четко фиксирует сферу своего воздействия, ограничиваемую либо пределами семьи, либо особенностями предмета посягательства, либо способами совершения таких преступлений.

Ключевые слова: церковная татьба, святотатство, церковные уставы, мертвецов сволочать, святотатьба, крест посекут, на стенах режут, граффити, эпиграфика, гробокопательство.

DOI: 10.7256/1994-1471.2014.1.9017

Охрана собственности древнерусской православной церковью носит достаточно специфический характер¹. Ко времени формирования списков Синодальной редакции Устава князя Ярослава о церковных судах, оформляется и получает закрепление целая группа посягательств не только на православные обрядовые практики, но и на другие объекты. Русская православная церковь, полагая, что восточные славяне достаточно созрели в плане вероисповедания, начинает усиливать охрану других своих непосредственных дополнительных объектов. Помимо православной догмы, охране начинают подвергаться, в том числе, отношения собственности, по-

лучившие свое предметное выражение в церковном имуществе, символах, сооружениях. Именно эти составы различными исследователями очень часто объединялись одним родовым понятием – святотатством в широком смысле этого слова. А, кроме того, охране со стороны церкви начинают подвергаться собственность определенных лиц.

Одним из основных видов преступлений, посягающих на церковную собственность, являлась церковная татьба. Церковная татьба представляла собой кражу, совершенную из церкви и являлась одним из первых уголовно-правовых запретов, охранявших церковную собственность². Во всяком случае, именно так

¹ Более подробно об охране собственности в Древней Руси светским уголовным законодательством см.: Георгиевский Э.В. Собственность как объект охраны в уголовном праве Древней Руси // Lex Russica. 2013. № 4 (Том LXXVII). С. 410 – 420.

² Впервые церковная татьба получает свое закрепление в статье девятой Устава князя Владимира о церковной десятине (См.: Российское законодательство X—XX веков: тексты и коммент. в 9 т. / Под общ. ред. О. И. Чистякова. М., 1984. Т. 1. Законодательство Древней Руси. С. 149).

© Георгиевский Эдуард Викторович

* Кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права юридического института Иркутского государственного университета [georgcrime@yandex.ru]

664082, Россия, г. Иркутск, м-н Университетский, ул. Улан-Баторская, д. 10



данный состав определяется большинством исследователей. Однако, например, В.В. Есипов, осуществивший специальное исследование в этой области, полагает, что церковная татьба, предусматриваемая церковными уставами, представляет собой кражу из церкви в самом широком объеме. «Поэтому, вероятно, церковною татьбою она (церковь – Э.Г.) считала кражу всякого, а не только священного, освященного или церковного имущества из церкви»³. Однако церковная татьба, будучи закрепленной в Уставе князя Владимира и уставах ряда других удельных князей, почему-то не нашла своего закрепления в Уставе князя Ярослава. По этому поводу В.В. Есипов высказывает мысль, в соответствии с которой законодательная деятельность Ярослава была направлена на подтверждение и развитие положений, установленных его отцом – князем Владимиром⁴.

Надо заметить, что охрана церковного имущества являлась одной из приоритетных задач многих ранних и средневековых законодательств. Так, например, шестая статья Законов Хаммурапи карает смертной казнью любого, дерзнувшего украсть что-нибудь из собственности храма⁵. А в соответствии с Законом Судным людем, если лицо трижды украдет в церкви, то ему отрезали нос и ослепляли⁶. Законодательство древних франков также достаточно четко высказывалось о хищениях, совершаемых в церкви. Так, в соответствии с третьим постановлением Саксонского капитулярия 775 г., если кто-либо ворвется в церковь силою и возьмет оттуда что-либо силою или тайком, или сожжет церковь, подлежал смертной казни⁷. К двенадцатикратному возмещению за кражу божьего и церковного имущества призывала Правда Этельберта⁸.

Очень близко по объекту посягательства (отношения церковной собственности) к указанному составу примыкали действия, выраженные фразами – «крест посекут или на

стенах режут»⁹. Совершенно очевидно, что противодействие православию со стороны непримиримых язычников могло выражаться, в том числе, и совершением различных действий, направленных на уничтожение или повреждение церковного имущества. Хотя подобное, в ряде случаев, могло совершаться в силу других причин – невоспитанность, невежество, проявление различных низменных мотивов на окружающих предметах, сооружениях и т.п.¹⁰ Я.Н. Щапов называет подобные «произведения искусства» русскими граффити¹¹. Современное уголовное право России в статье 214 УК содержит понятие вандализма, который определяется как осквернение зданий или иных сооружений, порча имущества, в том числе в иных общественных местах. Очевидно, что состав, предусмотренный уставом князя Владимира, сочетал в себе вандализм, в современном его понимании, и еще один состав, направленный на отношения собственности конкретных лиц – уничтожение или повреждение чужого имущества.

Однако необходимо отметить, что надписи на стенах храмов в Древней Руси нельзя рассматривать исключительно как проявление неуважения к религии или ее служителей. Дело в том, что в большей своей части такие тексты на стенах носили вполне благопристойный характер, если бы не место их нанесения. Более того, в исторической науке такое написание на различных предметах получило название древнерусская эпиграфика. В основном это были просьбы перед Господом о помиловании и прощении¹². Так, например, в Новгороде, в Георгиевском соборе Юрьева монастыря на одной из стен есть такая надпись: «Саватия грешен паче всех человеко», что означает своеобразное покаяние. К покаянию следует, очевидно, отнести и надпись, сделанную неким Фокой, который именует себя «татем погребным» и также просит прощения у Всевышнего¹³. Но встречаются также и упоминания имен

³ Есипов В.В. Грех и преступление, святотатство и кража. СПб., 1894. С. 104.

⁴ Там же. С. 103.

⁵ Лопухин А.П. Законодательство Моисея. Исследование о семейных, социально-экономических и государственных законах Моисея. Суд над Иисусом Христом, рассматриваемый с юридической точки зрения. Вавилонский царь правды Аммураби и его новооткрытое законодательство в сопоставлении с законодательством Моисеевым. М., 2005. С. 277.

⁶ Закон судный людем Пространной и Сводной редакции: Под ред. М.Н. Тихомирова. М., 1961. С. 37.

⁷ См.: Хрестоматия памятников феодального государства и права стран Европы / Под ред. акад. В. М. Корецкого. М., 1961. С. 33.

⁸ Там же. С. 62.

⁹ В Крестининском изводе Синодальной редакции Устава князя Владимира фраза звучит следующим образом: «Крест посекут или на стенах трескы (щепки – Э.Г.) емлют и с креста» (См.: Древнерусские княжеские уставы XI–XV вв. М., 1976. С. 23).

¹⁰ Н.С. Суворов делает предположение, что вырезание частичек из стен церковных, в ряде случаев, могло осуществляться с суеверной целью, например, для изготовления предохранительного амулета (Суворов Н. С. Учебник церковного права. М., 2004. С. 254).

¹¹ Щапов Я.Н. Государство и церковь Древней Руси. М., 1989. С. 107 – 112.

¹² Об этом подробнее см.: Высоцкий С.А. Киевские граффити XI – XVII вв. Киев, 1985.

¹³ См.: Рождественская Т.В. Древнерусские надписи



умерших, даты их смерти. Есть упоминания и просто имен. Так, например, в Софийском соборе в г. Полоцк есть запись, состоящая всего из одного слова – «Воришько». Согласно точке зрения Т.В. Рождественской, имя Воришько является производным от терминов «вор» или «ворон» и пополняет фонд неканонических имен¹⁴.

Не исключено, что «посещение креста» могло в ряде случаев предполагать уничтожение или повреждение могильных крестов (сложно себе представить, что речь идет о крестах, находившихся на куполах церквей)¹⁵. И все-таки в ту далекую эпоху данный состав своим основным непосредственным объектом имел основы православной догмы.

Так же близко по криминологической характеристике к «древнерусскому церковному вандализму» примыкал еще один состав – «мертвецов сволочать»¹⁶. Традиционно данный состав большинством ученых рассматривается как «разграбление могил» или «ограбление мертвых тел»¹⁷. А.А. Зимин определяет данный состав через конкретизацию предметов посягательства, как разрытие могил с целью снятия одежд и драгоценностей¹⁸. В.И. Сергеевич полагает, что сложность юридической структуры состава вызвана двубъектностью посягательства – «нарушением покоя могилы через ограбление мертвых тел»¹⁹.

Основным непосредственным объектом данного состава преступления, на наш взгляд, продолжают оставаться православные обрядовые практики (священная процедура христианского погребения). Первым дополнительным непосредственным объектом будут являться основы нравственности, повреждаемые осквернением могил (факт разрытия могилы, повреждения гроба, а также, по замечанию В.В. Есипова, срубание и повреждение крестов на могилах²⁰). Вторым непосредствен-

ным дополнительным объектом будет являться частная собственность (факт разграбления могилы и мертвого тела). «Первый поступок, – пишет В.В. Есипов, – ближе всего стоит к святотатству. Похищение с мертвого тела, так же как и похищение из церкви, прежде всего, представлялось деянием вредоносным, деянием, наносящим ущерб (родственникам умершего), татьбою. С другой стороны, в силу особого почитания умерших, носившего у древних славян полурелигиозный характер, деяние это представлялось деянием греховным, как бы святотатьбою»²¹.

Достаточно интересным представляется этимологическое толкование термина «сволочать». В.И. Даль полагает, что термин «сволочь», как нарицательный и достаточно нелестный эпитет, более поздний по происхождению, чем термины «сволочить» или «сволочать». Сволочь – это все то, что сволоклось или сволочено в одно место – бурьян, сор, в том числе, дурные люди, шатуны, воришки, негодяи. А термин «сволочать» понимался и как украсть что-либо, утащить незаметно, воровски²². Глагол «сволочать» употреблялся для обозначения хищения в Древней Руси не только в отношении покойников. Так, в Изборнике князя Святослава 1076 г. встречается фраза: «Яко же дьва розбоя есть, един, иже съвлачить с убогого»²³.

Не лишним, по нашему мнению, будет сделать и замечание о том, что у древних славян процедура захоронения значительно отличалась от христианской процедуры погребения. «Аще кто умряше, – пишет Нестор, – творяху тризну над ним, и по семь творяху кладу велику, и возложашуть и на кладу мертвеца сожьжаху, и по сем собравше кости вложашу в судину малу, и поставляху на столпе на путехъ»²⁴.

Христианское захоронение мертвых, порой в богатых одеждах, с драгоценностями, с дорогим и редким оружием и предметами утвари, представляло собой огромный соблазн для воров, получивших наименование «гробограбителей» и «гробных татей»²⁵. Гробокопательство представляло собой одну из разновидностей любостыжательства, как одного из

на стенах храмов: Новые источники XI – XV вв. СПб., 1992. С. 48 – 51.

¹⁴ Там же. С. 122.

¹⁵ М.Ф. Владимирский-Буданов полагает, что посещение крестов могло осуществляться также на дорогах (Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права. Ростов-н/Д, 1995. С. 323).

¹⁶ А в изводе «Стоглава» термин «волочат» (См.: Древнерусские княжеские уставы XI – XV вв. С. 56).

¹⁷ См., например: Российское законодательство X – XX веков. Т.1. С. 160.

¹⁸ См.: Памятники русского права: в 8 вып. / Под ред. С. В. Юшкова. М., 1952. Вып. 1: Памятники права Киевского государства. X–XII вв. С. 250.

¹⁹ Сергеевич В. И. Лекции и исследования по древней истории русского права. М., 2004. С. 323.

²⁰ Есипов В.В. Грех и преступление, святотатство и

кража. С. 104.

²¹ Там же. С. 104 – 105.

²² Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка: третье, исправленное и значительно дополненное издание. Т. 4. С – V. М., 1909. С. 77 – 78.

²³ Водовозов Н.В. История древней русской литературы. М., 1962. С. 39.

²⁴ Русские летописи. Т. 12. Лаврентьевская летопись. Рязань, 2001. С. 13.

²⁵ Есипов В.В. Грех и преступление, святотатство и кража. С. 105.



самых тяжких грехов, определяемых древними учителями церкви, и достаточно подробно регламентировалось. «Гробокопательство или раскапывание могил различается, смотря по тому, касается ли виновный, положенного в гробе трупа, или не дотрагивается до него: первое имеет место в том случае, когда на самом трупе надеются найти какие-либо ценные вещи, которыми желают воспользоваться, а последнее в том случае, когда раскапывающий имеет лишь в виду употребить камни, положенные на могиле, на какую-либо постройку»²⁶. В соответствии с Эклогой, обирающие трупы на могилах подлежали отсечению руки. Е.Э. Липшиц указывает, что строгость наказания за ограбление трупов в Эклоге все же меньше, чем в предшествующем праве, в котором подобное преступление каралось смертью или суровой формой изгнания²⁷. Предусматривал наказание для гробокопателей и Закон судный людем, который в двадцать девятой главе (в Софийской летописи старшего извода) предусматривал в качестве основного наказания продажу виновного с головой, а в качестве дополнительного наказания – триста ударов («и да тепуть его в 300 ранъ»)²⁸.

Культ особого трепетного отношения к мертвым существовал у древних германцев. Забота о достойном погребении и охране мест захоронения лежала на близких покойного. «В состав культа умерших, – пишет Л.С. Белогриц-Котляревский, – входило не только достойное их погребение, но и известное отношение к неохраняемым смертным останкам, лишенным заботы тех, на ком лежала эта священная обязанность. Обычай, санкционированный законом, предписывал всякому, не исключая даже убийцы умершего, для защиты от животных и птиц прикрыть труп последнего чем случится – камнями или землей, платьем или снегом, грозя неисполнителя этого предписания – даже в случае, если бы умерший принадлежал к числу лишенных мира, пеней или изгнанием (*Verbannung*). Очевидно, что в основании данного закона лежала идея глубокого уважения или благоговения к останкам умерших, обязательного для каждого во всяком их положении. Повелевая укрывать неохраняемый труп от зверей и птиц, закон заботился не о сохранении

следов преступления, а о том, чтобы обеспечить труп для достойного погребения»²⁹.

Достаточно большое количество статей в Уставе князя Ярослава посвящено непосредственно посягательствам на собственность. Я.Н. Шапов полагает, что подобные дела дублируются и соприкасаются в светских и церковных кодексах, «обнаруживая совпадение и большую близость в сферах интересов этих ведомств»³⁰. К таким составам относились: кража продуктов сельского хозяйства и домашнего промысла, одежды и полотен, свадебного и сгородного, а также кража из клетки, и жены у мужа.

«Кража конопля, льна, жита, полотен и одежды, – пишет Я.Н. Шапов, – это наименее опасные формы нарушения собственности. В число перечисленных объектов не входят ни орудия труда, ни скот, ни кони, эти нарушения не касаются границ земель, они не сопровождаются открытым насилием»³¹. Что касается последнего обстоятельства, то оно определяется, по мнению исследователя, наличием среди субъектов данных посягательств не только мужчин, но и женщин. Это, в свою очередь, говорило о претензии церкви на юрисдикцию по делам о кражах лишь в особых случаях – когда женщина выступала субъектом посягательства, или когда предметом преступления выступали лишь предметы потребления, находившиеся в доме, «причем нередко эти конфликты ограничивались кругом семьи в моменты ее кризисного состояния»³². Согласно точке зрения В.И. Кучерук, внутрисемейные кражи, кроме всего прочего, не вызывались классовыми конфликтами и не представляли угрозы межклассовым отношениям, так как происходили внутри «ограниченных социальных групп»³³.

Совершенно иная ситуация обстоит с уничтожением или повреждением чужого имущества, совершаемого путем поджога. По словам Я.Н. Шапова, статья о поджоге в Ярославовом уставе – «инородное тело в группе статей о браке и блуде», которая была включена в устав намного позже, когда основной состав памятника уже сложился³⁴. Церкви удалось добиться участия в

²⁶ Суворов Н. Объем дисциплинарного суда и юрисдикции церкви в период вселенских соборов. Ярославль, 1884. С. 183.

²⁷ Эклога. Византийский законодательный свод VIII века. М., 1965. С. 178.

²⁸ Софийская первая летопись старшего извода. Полное собрание русских летописей. Том шестой. Вып. 1. М., 2000. С. 161.

²⁹ Белогриц-Котляревский Л.С. Преступления против религии в важнейших государствах Запаदा. Ярославль, 1886. С. 89.

³⁰ Шапов Я.Н. Государство и церковь Древней Руси. С. 116.

³¹ Там же. С. 117.

³² Там же. С. 117.

³³ Кучерук В.И. Кража и ее уголовно-правовая характеристика: дисс. канд. юрид. наук. Ставрополь, 2004. С. 17.

³⁴ Шапов Я.Н. Государство и церковь Древней Руси. С. 118.



доходах от дел о поджогах, хотя не совсем ясна мотивация подобного участия. Н.А. Семидеркин полагает, что возможной причиной является совершение поджогов пироманами – т.е. лицами, страдающими определенной психологической и патологической зависимостью³⁵.

Устав новгородского князя Всеволода о церковных судах, людях и мерилах торговых (XIII – XIV вв.) в статье шестой предусматривает церковную татьбу и повреждение церковного имущества путем вандальных действий, при этом полностью повторяя по содержанию статью девятую Устава князя Владимира³⁶.

Устав Галицкого князя Льва Даниловича кафедральной церкви Успения 8 марта 1301 г. среди видов преступных деяний, объединенных фразой «беззаконные понятия», упоминает свадобчину, как хищение свадебного и сгородного³⁷.

Преимущественно охране церковной собственности были посвящены Ярлыки татарских ханов, выдаваемых русским митрополитам. Более того, ярлыки, без сомнения, были действующими источниками церковного права. Несмотря на то, что ярлыки выдавались золотоордынскими ханами, они, без сомнения, содержали и нормы русского права, в том числе и нормы права уголовного, обязательные, по словам Д.Я. Самоквасова, для всего русского народонаселения и всех людей татарского царства³⁸.

Одним из первых дошедших до нас, ярлыков был Ярлык Менгу-Темира от 1 августа 1267 г. В тексте ярлыка содержится уголовно-правовое установление о запрете насильственного завладения ханскими слугами (баскаками, данщиками) недвижимым имуществом представителей русских духовных властей. Так, запрещалось посягать на церковную землю, воду, огороды, виноградники, мельницы, зимовища, летовища («да не заимають их»). Свообразна и санкция, применяемая в данном случае – возвращение захваченной недвижимости. «И яже будут поимали, – и они да въздадут назад»³⁹. В тексте этого же ярлыка установлен запрет и на уничтожение, повреждение и похищение

церковных манускриптов («или что в законе их книги или ино что – да не заимають, ни емлют, ни издеруть, ни погубять их»).

Несколько в более жесткой форме установлен запрет на завладение недвижимостью в Ярлыке Тайдулы митрополиту Феогносту от 4 февраля 1351 г. Возможная смертная казнь грозила виновному в случае применения «силы и истомы» к владельцу недвижимости. «А кто пак беспутно силу учинить какову... умереть и поблюдеться»⁴⁰.

Ярлык Бердибека, выданный митрополиту Алексею в ноябре 1357 г. помимо уже традиционного запрета посягательства на чужое недвижимое имущество со стороны ханских слуг, содержал также установление, в соответствии с которым митрополит имел право сам принимать решение в отношении тех лиц, которые совершили разбой, татьбу, лжу или другое личное дело⁴¹.

В Ярлыке Тюляка, выданному митрополиту Михаилу в 1379 г. устанавливаются запреты и на завладение недвижимостью, и на разрушение церковных домов (монастырей), и на учинение в них насилия. В противном случае «те люди в гресех будут да умеруть смертию»⁴². Ярлык так же, как и предыдущий определял и сферу уголовно-правового воздействия митрополита. «Или учинить татьбу или ложь или иное злое дело, а не имешь того смотрити, – ино то сам ведаешь, каков ответ богу vzdаси».

О том, каков был масштаб церковной собственности, охраняемый татарскими ярлыками, свидетельствует ярлык хана Узбека митрополиту Петру: «...да не вступаются никтоже... ни в волости их, и в села их, ни во всякие ловли их, ни в борти их, ни в земли их, ни в улусы их, ни в леси их, ни в огады, ни в волостные места их, ни в винограды их, ни в мельницы их, ни в зимовища их, ни в стада их конныя, ни во всякие скотские стада...»⁴³.

Регулирует ответственность за кражи Запись «О уставленьи татьбы» XIII – XIV вв. и Туровская уставная запись XIV в.

В пятой статье Правосудия митрополичьего (XIII – XIV вв.) устанавливались денежные штрафы за хищение различного домашнего скота и птицы (голубя, утки, гуся, лебедя, журавля, кошки, собаки, кобылы, вола, коровы, трехлетнего или двухлетнего животного, те-

³⁵ См.: Российское законодательство X – XX веков. Т. 1. С. 179.

³⁶ См.: Памятники русского права: в 8 вып. / Под ред. С. В. Юшкова. М., 1953. Вып. 2: Памятники права феодально-раздробленной Руси XII–XV вв. С. 168.

³⁷ См.: Древнерусские княжеские уставы XI – XV вв. С. 169 – 170.

³⁸ Самоквасов Д.Я. Курс истории русского права. Издание третье, исправленное и дополненное. М., 1908. С. 216 – 217.

³⁹ Памятники русского права: в 8 вып. / Под ред. Л. В. Черепнина. М., 1955. Вып. 3: Памятники права периода образования русского централизованного государства XIV – XV вв. С. 467.

⁴⁰ См.: Самоквасов Д.Я. Курс истории русского права. С. 468.

⁴¹ Там же. С. 470.

⁴² Там же. С. 466.

⁴³ См.: Григорьев В. О достоверности ярлыков, данных ханами Золотой орды русскому духовенству: Историко-филологическое исследование. М., 1842. С. 114.



ленка, барана, поросенка, овцы, жеребца, жеребенка). Данная статья практически полностью повторяет статью восемьдесят первую Пространной редакции Русской Правды.

В статье пятнадцатой предусматривается ответственность за наезд – разбойное завладение чужим недвижимым имуществом или землей. Подобное посягательство в феодальной Древней Руси было одним из самых тягчайших преступлений. Об этом, в частности, свидетельствует размер штрафа – 100 гривен, что равнялось приблизительно сумме в тридцать рублей⁴⁴.

Двадцать первая статья регламентирует вопросы, связанные местом совершения преступления и местом задержания преступника. В отличие от положений, устанавливаемых Записью «О уставленьи татьбы», схваченный в другой земле бежавший холоп или вор с поличным, должны направляться для суда к своему судье.

Интересной представляется статья двадцать четвертая, в которой регулируется ответственность за уничтожение чужого имущества: «Аще кто собаку оубъеть ли кошку, вины гривна, а собака в собаки место, а кошку в кошки место». По

мнению В.Н. Автократова, этот состав, скорее всего, является записью очередного судебного казуса, в пользу чего свидетельствует упоминание о кошке, столь несвойственного древнерусскому уголовному праву. Помимо штрафа в размере одной гривны виновному необходимо было возместить ущерб в натуральном виде. За истребленную собаку предоставить потерпевшему собаку, а за кошку – кошку⁴⁵.

Уголовно-правовая охрана собственности древнерусской православной церковью не относилась к числу приоритетных задач, если, конечно, не говорить о собственности церковных феодалов и святотатстве в широком смысле, как особого рода посягательстве на религию. Во всех подобных составах основным непосредственным объектом выступали интересы религии и церкви. В тех же случаях, когда церковь все-таки регулирует ответственность за собственно имущественные преступления, она четко фиксирует сферу своего воздействия, ограничиваемую либо пределами семьи, либо особенностями предмета посягательства, либо способами совершения таких преступлений.

Библиография

1. Белогриц-Котляревский Л. С. Преступления против религии в важнейших государствах Запада. – Ярославль: Тип. Г. Фальк, 1886. – 354 с.
2. Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права. – Ростов-н/Д: Изд-тво Феникс, 1995. – 640 с.
3. Водовозов Н.В. История древней русской литературы. – М.: Учпедгиз, 1962. – 372 с.
4. Высоцкий С.А. Киевские граффити XI – XVII вв. Киев: Изд-во «Наукова думка», 1985. – 206 с.
5. Георгиевский Э.В. Собственность как объект охраны в уголовном праве Древней Руси // *Lex Russica*. – 2013. – № 4. (Том LXXVII). – С. 410 – 420.
6. Григорьев В. О достоверности ярлыков, данных ханами Золотой орды русскому духовенству: Историко-филологическое исследование. – М.: В универ. тип., 1842. – VIII с, 132 с.
7. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка: третье, исправленное и значительно дополненное издание / Под ред. проф. И. А. Бодуэна-де-Куртенэ. Т. 4. С – V. – М.: Издание т-ва М. О. Вольф, 1909. – 1619 с, XIV с., XII с.
8. Древнерусские княжеские уставы XI–XV вв. / Изд. подгот. Я. Н. Шапов. – М.: Наука, 1976. – 240 с.
9. Есипов В.В. Грех и преступление, святотатство и кража. – СПб.: Тип. А.Ф. Маркса, 1894. – 200 с.
10. Закон судный людем Пространной и Сводной редакции / Под ред. М. Н. Тихомирова. – М.: Изд-во Акад. наук СССР, 1961. – 288 с.
11. Кучерук В.И. Кража и ее уголовно-правовая характеристика: дисс. к-та юрид. наук. – Ставрополь, 2004. – 183 с.
12. Лопухин А. П. Законодательство Моисея. Исследование о семейных, социально-экономических и государственных законах Моисея. Суд над Иисусом Христом, рассматриваемый с юридической точки зрения. Вавилонский царь правды Аммураби и его новооткрытое законодательство в сопоставлении с законодательством Моисеевым: Под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. – М.: Зерцало, 2005. – 328 с.
13. Памятники русского права: в 8 вып. / Под ред. С. В. Юшкова. – М.: Госюриздат, 1952. – Вып. 1: Памятники права Киевского государства. X–XII вв. – 287 с.
14. Памятники русского права: в 8 вып. / Под ред. С. В. Юшкова. – М.: Госюриздат, 1953. – Вып. 2: Памятники права феодально-раздробленной Руси XII–XV вв. – 442 с.

⁴⁴ См.: Памятники русского права. Вып. 3. С. 448.

⁴⁵ Там же. С. 450.



15. Памятники русского права: в 8 вып. / Под ред. Л. В Черепнина. – М.: Госюриздат, 1955. – Вып. 3: Памятники права периода образования русского централизованного государства XIV – XV вв. – 527 с.
16. Рождественская Т.В. Древнерусские надписи на стенах храмов: Новые источники XI – XV вв. СПб.: Изд-во С.-Петербурга. ун-та, 1992. – 172 с.
17. Российское законодательство X—XX веков: тексты и коммент. в 9 т. / Под общ. ред. О. И. Чистякова. – М.: Юрид. лит., 1984. – Т. 1. Законодательство Древней Руси. – 430 с.
18. Русские летописи. Т. 12. Лаврентьевская летопись. – Рязань: Александрия, 2001. – 583 с.
19. Самоквасов Д. Я. Курс истории русского права. – Изд. 3-е, испр. и доп. – М.: Тип. Император. Моск. ун-та, 1908. – 616 с., 143 с., XXIX с.
20. Сергеевич В. И. Лекции и исследования по древней истории русского права: Под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. – М.: Зерцало, 2004. – 488 с.
21. Софийская первая летопись старшего извода. Полное собрание русских летописей. Том шестой. Вып. 1. – М.: Языки русской культуры, 2000. – 590 с.
22. Суворов Н. Объем дисциплинарного суда и юрисдикции церкви в период вселенских соборов. – Ярославль: Типолитография Г. Фальк, 1884. – 393 с.
23. Суворов Н. С. Учебник церковного права: Под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. – М.: Зерцало, 2004. – 504 с.
24. Хрестоматия памятников феодального государства и права стран Европы / Под ред. акад. В. М. Корецкого. – М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1961. – 950 с.
25. Щапов Я. Н. Государство и церковь Древней Руси. – М.: Наука, 1989. – 232 с.
26. Эклога. Византийский законодательный свод VIII века. – М.: Наука, Гл. ред. вост. лит., 1965. – 226 с.

References

1. Belogritys-Kotlyarevskii L. S. Prestupleniya protiv religii v vazhneishikh gosudarstvakh Zapada. – Yaroslavl': Tip. G. Fal'k, 1886. – 354 s.
2. Vladimirkii-Budanov M. F. Obzor istorii russkogo prava. – Rostov-n/D: Izd-tvo Feniks, 1995. – 640 s.
3. Vodovozov N.V. Istoriya drevnei russkoi literatury. – М.: Uchpedgiz, 1962. – 372 s.
4. Vysotskii S.A. Kievskie graffiti XI – XVII vv. Kiev: Izd-vo «Naukova dumka», 1985. – 206 s.
5. Georgievskii E.V. Sobstvennost' kak ob'ekt okhrany v ugovnom prave Drevnei Rusi // Lex Russica. – 2013. – № 4. (Tom LXXVII). – S. 410 – 420.
6. Grigor'ev V. O dostovernosti yarlykov, dannykh khanami Zolotoi ordy russkomu dukhovenstvu: Istoriko-filologicheskoe issledovanie. – М.: V univer. tip., 1842. – VIII s, 132 s.
7. Dal' V. Tolkovyi slovar' zhivogo velikorusskogo yazyka: tret'e, ispravlennoe i znachitel'no dopolnennoe izdanie / Pod red. prof. I. A. Boduena-de-Kurtene. T. 4. С – V. – М.: Izdanie t-va M. O. Vol'f, 1909. – 1619 с, XIV s., XII s.
8. Drevnerusskie knyazheskie ustavy XI-XV vv. / Izd. podgot. Ya. N. Shchapov. – М.: Nauka, 1976. – 240 s.
9. Esipov V.V. Grekh i prestuplenie, svyatostatstvo i krazha. – SPb.: Tip. A.F. Marksa, 1894. – 200 s.
10. Zakon sudnyi lyudem Prostrannoï i Svodnoi redaktsii / Pod red. M. N. Tikhomirova. – М.: Izd-vo Akad. nauk SSSR, 1961. – 288 s.
11. Kucheruk V.I. Krazha i ee ugovno-pravovaya kharakteristika: diss. k-ta yurid. nauk. – Stavropol', 2004. – 183 s.
12. Lopukhin A. P. Zakonodatel'stvo Moiseya. Issledovanie o semeinykh, sotsial'no-ekonomicheskikh i gosudarstvennykh zakonakh Moiseya. Sud nad Iisusom Khristom, rassmatrivaemy s yuridicheskoi tochki zreniya. Vavilonskii tsar' pravdy Ammurabi i ego novootkrytoe zakonodatel'stvo v sopostavlenii s zakonodatel'stvom Moiseevym: Pod red. i s predisl. V. A. Tomsinova. – М.: Zertsalo, 2005. – 328 s.
13. Pamyatniki russkogo prava: v 8 vyp. / Pod red. S. V. Yushkova. – М.: Gosyurizdat, 1952. – Vyp. 1: Pamyatniki prava Kievskogo gosudarstva. X–XII vv. – 287 s.
14. Pamyatniki russkogo prava: v 8 vyp. / Pod red. S. V. Yushkova. – М.: Gosyurizdat, 1953. – Vyp. 2: Pamyatniki prava feodal'no-razdroblennoi Rusi XII–XV vv. – 442 s.
15. Pamyatniki russkogo prava: v 8 vyp. / Pod red. L. V. Cherepnina. – М.: Gosyurizdat, 1955. – Vyp. 3: Pamyatniki prava perioda obrazovaniya russkogo tsentralizovannogo gosudarstva XIV – XV vv. – 527 s.
16. Rozhdestvenskaya T.V. Drevnerusskie nadpisi na stenakh khamov: Novye istochniki XI – XV vv. SPb.: Izd-vo S.-Peterburg. un-та, 1992. – 172 s.
17. Rossiiskoe zakonodatel'stvo X—XX vekov: teksty i komment. v 9 t. / Pod obshch. red. O. I. Chistyakova. – М.: Yurid. lit., 1984. – Т. 1. Zakonodatel'stvo Drevnei Rusi. – 430 s.



18. Russkie letopisi. T. 12. Lavrent'evskaya letopis'. – Ryazan': Aleksandriya, 2001. – 583 s.
19. Samokvasov D. Ya. Kurs istorii russkogo prava. – Izd. 3-e, ispr. i dop. – M.: Tip. Imperator. Mosk. un-ta, 1908. – 616 s., 143 s., XXIX s.
20. Sergeevich V. I. Lektsii i issledovaniya po drevnei istorii russkogo prava: Pod red. i s predisl. V. A. Tomsinova. – M.: Zertsalo, 2004. – 488 s.
21. Sofiiskaya pervaya letopis' starshego izvoda. Polnoe sobranie russkikh letopisei. Tom shestoi. Vyp. 1. – M.: Yazyki russkoi kul'tury, 2000. – 590 s.
22. Suvorov N. Ob''em distsiplinarnogo suda i yurisdiktsii tserkvi v period vselenskikh soborov. – Yaroslavl': Tipolitografiya G. Fal'k, 1884. – 393 s.
23. Suvorov N. S. Uchebnik tserkovnogo prava: Pod red. i s predisl. V. A. Tomsinova. – M.: Zertsalo, 2004. – 504 s.
24. Khrestomatiya pamyatnikov feodal'nogo gosudarstva i prava stran Evropy / Pod red. akad. V. M. Koretskogo. – M.: Gos. izd-vo yurid. lit., 1961. – 950 s.
25. Shchapov Ya. N. Gosudarstvo i tserkov' Drevnei Rusi. – M.: Nauka, 1989. – 232 s.
26. Ekloga. Vizantiiskii zakonodatel'nyi svod VIII veka. – M.: Nauka, Gl. red. vost. lit., 1965. – 226 s.

Материал получен редакцией 3 июля 2013 г.



АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

О.П. Бачмага*

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА

ОЦЕНКА ПРАВОТВОРЧЕСКОГО ПРОЦЕССА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ: СРАВНИТЕЛЬНО- ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ

Аннотация: Правотворчество представляет собой одну из важнейших сторон деятельности государства. В связи с тем, что сегодня ряд отраслей законодательства подвергается активному изменению и корректировке, проблемы правотворчества имеют первостепенное значение. В статье анализируется и оценивается правотворческий процесс современного Российского государства. Выявляются теоретические и практические проблемы данного аспекта, рассматриваются возможные последствия реализации правовых актов. Отслеживается скорость изменения законодательства, оценивается соответствие цели нормативно-правовых актов фактическим результатам. Также, проводятся сравнительные параллели с правотворчеством других государств, исследуются статистические данные, в качестве доказательной базы приводятся конкретные примеры. Исследуя данный вопрос, автором был проведен мониторинг официальных источников опубликования нормативно-правовых актов и соответствующих электронных правовых систем. Особо акцентируется внимание на качестве принимаемых законов. Отдельно рассматриваются существующие на сегодняшний день принципы правотворчества, после чего автором предлагается и обосновывается необходимость дополнения уже существующих принципов.

Ключевые слова: Правотворчество, принципы, закон, реализация, прогнозирование, пробелы в праве, современность, нестабильность, изменения, последствия.

DOI: 10.7256/1994-1471.2014.1.10251

Исследуя природу правового государства на примере современной Российской действительности, акцентируем внимание на таком аспекте, как правотворчество.

Часто в юридической литературе понятия «правотворчество» и «законотворчество» идентифицируют и употребляют в качестве синонимов. Разграничим данные понятия.¹

Правотворчество — это деятельность государственных органов (в случае референдума — всего народа) и должностных лиц по изданию, переработке и отмене нормативно-правовых актов.² Законотворчество — важная состав-

Опыт комплексного исследования. – М.: Издательская группа НОРМА – ИНФРА, 1998. – С. 810.

² Общая теория права. Курс лекций. Под ред. К.В. Бабаева. - Нижний Новгород, 1993. – С. 305.

¹ Алексеев С. С. Право. Азбука. Теория. Философия.



ная часть правотворчества, заканчивающаяся принятием законов и являющаяся исключительной прерогативой высших органов государства либо, в предусмотренных законом случаях, народа. Правотворчество, более широкое понятие, включающее в себя непосредственно законотворчество. Правотворчество же, в свою очередь, составная часть наиболее широкого процесса – правообразования, как долгого временного процесса формирования юридической нормы.

Правотворчество представляет собой одну из важнейших сторон деятельности государства. Сегодня целый ряд отраслей законодательства подвергается активному изменению и корректировке. Пока не удастся правильно определять меру достаточности законодательного регулирования.³

К сожалению, поспешность подготовки и принятия законов не преодолена, и во многие кодексы и другие федеральные законы за 8–12 лет существования вносились десятки и сотни поправок, дополнений и изменений. Остановить этот поток пока не удастся. Нормы законов нарушаются, бездействуют, обновляются.⁴

Сегодня решение какой-либо проблемы часто связывается только с фактом принятия правового акта, в связи с чем в стране ежегодно принимаются сотни законов, подзаконных и иных нормативно-правовых актов.

В связи с изложенным, нами выдвинута следующая гипотеза: в России поправки в законодательные акты вносятся чаще, чем в других странах.

Цель: отследить периодичность принимаемых законов, а также вносимых в законы изменений и дополнений.

Был проведен системный мониторинг официальных источников опубликования, официальных сайтов и правовых систем в первом полугодии 2013 года, с целью выяснить количество принимаемых нормативно-правовых актов за определенный малый период времени.

Были получены следующие результаты: среднее количество нормативно-правовых актов, принимаемых в день, составляет: в январе месяце 2013 года – 8,1; в феврале – 6,6; в марте – 7,4; апреле – 7,6; мае – 6,9; июне – 8.

Данные результаты выявляют высокий показатель скорости изменения законодательства. Высокая скорость изменения зако-

нодательства и правовая нестабильность напрямую взаимосвязаны.

Подтвердим обоснованность выводов статистикой. В Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 года №195 – ФЗ первая поправка была внесена 25.04.2002 №41-ФЗ, впоследствии 25.07.2002 №112-ФЗ, 30.10.2002 №130 – ФЗ, 31.10.2002 №133 – ФЗ, 31.12.2002 №187 – ФЗ и так далее. По состоянию на ноябрь 2013 года насчитывается свыше 300 федеральных законов, вносящих в текст кодекса те или иные изменения.⁵ Наблюдается тенденция к принятию поправок в среднем с периодичностью 5-6 в месяц.

В Налоговый кодекс Российской Федерации с момента принятия первой части в 1998 году в общей сложности в обе части по состоянию на октябрь 2013 года внесено около 700 изменений и дополнений.

Проведем сравнительные параллели.

Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 года пришел на смену Уголовному кодексу РСФСР 1960 года. На сегодняшний день он насчитывает около 136 поправок. Последние изменения вносились Федеральным законом от 02 ноября 2013 г. № 302-ФЗ. В течение 20 века на территории нашей страны было принято четыре Уголовных кодекса, начиная с кодекса РСФСР 1922 года.

Сопоставим Уголовный кодекс Российской Федерации с Уголовным кодексом Германии, который был принят 15 мая 1871 года (последняя редакция принята 13 ноября 1998 года). На сегодняшний день он насчитывает около 200 поправок. В основном все поправки затрагивают Особенную часть, в связи с прогрессирующим и совершенствующимся ритмом жизни.

Уголовный кодекс Франции был принят 22 июля 1992 года и пришел на смену Уголовному кодексу Франции 1810 года, принятым еще при Наполеоне I.

В Швейцарии действует Уголовный кодекс 1937 года, вступивший в силу с 1 января 1942 года. Впоследствии в него вносились незначительные изменения, затрагивающие в основном Особенную часть. Последние изменения вносились в 1999-2000 годах.

В Австрии Уголовный кодекс действует с 1 января 1975 года (последняя редакция принята в 2000 году).

Для наглядности, проведем аналогию и предположим, что Уголовный кодекс Российской Федерации будет действовать в течение

³ Тихомиров Ю.А. Правовое государство: проблемы формирования и развития. // Проблемный анализ и государственно-управленческое проектирование. 2011. №5. – С.23.

⁴ Тихомиров Ю.А. Правоприменение: теория и практика. М.: Формула права, 2008 – 432 с.

⁵ Гарант. Правовая база. [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://base.garant.ru/12125267/>



140 лет. Учитывая скорость и периодичность вносимых на сегодняшний день изменений, через обусловленный временной период количество поправок составит свыше 800.

В итоге, гипотеза подтверждается.

Анализируя ситуацию, выявляется следующая тенденция: весь пласт базисных законов в России полностью обновляется в среднем за 20-30 лет, то есть на смену старому закону приходит новый. В течение жизни одного человека законодательство полностью сменяется в среднем три раза. Только на протяжении 20 века в России сменилось пять Конституций, поэтому предположение о том, что сегодняшний Уголовный кодекс будет действовать через 140 лет маловероятно, тем не менее, оно ярко иллюстрирует существующую правовую лабильность.

Данная ситуация не является допустимой и приемлемой, и свидетельствует, в первую очередь, о политической и общественной нестабильности, почвой для создания фундамента правового нигилизма. Правовая нестабильность приводит к противоправным действиям и, в целом, способствует не развитию, а наоборот, тормозит развитие правовой системы. При законодательной лабильности и изменчивости, уважения к закону быть не может, так как здесь имеют место не законотворчество, а писание текста в угоду интересам. Имеет место отсутствие понимания юридической ценности права.

Как было уже отмечено, правотворчество — очень значимое направление государственной работы, в связи с чем оно должно строиться на рациональных, лишенных какой-либо идеологии эффективных принципах, то есть началах, основополагающих идеях. В отличие от признака, под которым понимается показатель, примета, знак, по которым можно узнать, определить что-нибудь. Другими словами, принцип и признак имеют разное значение и несут разную смысловую нагрузку. Под принципом понимается гораздо более важное, изначальное, определяющее, то, без чего не возможно существование определенного явления. При анализе работ отечественных правоведов можно встретить путаницу в этих понятиях, периодическую подмену одного понятия другим или их отождествление. В данном случае речь пойдет именно о принципах как основополагающих началах.

На сегодняшний день в юридической литературе принято выделять следующие основные принципы правотворчества:

1) принцип законности; 2) принцип демократизма; 3) принцип гуманизма; 4) принцип профессионализма (компетентности) субъектов законотворчества; 5) принцип научности; 6) принцип использования правового опыта;

7) принцип связи с практикой; 8) принцип гласности; 9) принцип коллегиальности; 10) принцип творческого характера; 11) принцип системности; 12) принцип плановости; 13) принцип тщательности, скрупулезности подготовки законопроектов; 14) принцип технического совершенства принимаемых законов; 15) принцип эффективности (разумности, целесообразности, своевременности), научная обоснованность.⁶

Все вышеперечисленные принципы логичны и обоснованны.

Однако особое внимание необходимо уделять не количеству, а качеству принимаемых законов. В связи с этим необходимо дополнить основные принципы правотворчества такими принципами, как ориентированность на современную реальность и юридическое прогнозирование. Это значительно сократит число вносимых в закон поправок, которые не были предусмотрены изначально. Также это упростит применение закона, сделает его более ясным для восприятия. Выявление причинно-следственной связи и последствий принимаемых законов в таких сферах, как политическая, экономическая, социальная, юридическая является первостепенной задачей.

Этим и обосновывается необходимость закрепления таких принципов правотворчества, как ориентированность на современность и прогнозирование в качестве основных принципов, наряду с вышеизложенными.

Возьмем, к примеру, Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», пришедший на смену Федеральному закону от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд». Закон еще не вступил в силу, однако, уже имеет новую редакцию от июля 2013 года, вносящую определенные коррективы в текст документа.

Изменениям должен предшествовать мониторинг, а прямое реформирование будет неэффективно.⁷

⁶ Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов. 3-е изд. – М.: «Юриспруденция», 2000. – С.250.; Теория государства и права. Матузов Н.И., Малько А.В. М.: Юрист, 2004. — С.293; Нерсеянц В.С. Общая теория права и государства. Учебник для вузов. – М.: «ИНФРА-М», 1999. – С. 415.

⁷ Бачмага О.П. Правовое государство и образование в России: взаимосвязь, основные проблемы и их последствия // «Актуальные проблемы гуманитарных и естественных наук». 2011. №5. Литера. – С.118-123; Бачмага О.П. Государство и личность в современной России: проблемы взаимоотношений // Московское научное



В итоге, здесь находит подтверждение еще одна гипотеза об отрыве правотворчества от правоприменения, и оценки последствий как стадии всего правового цикла.

Следствием этого является нестабильность закона, бесконечный поток поправок и изменений, низкое качество правотворчества из-за отсутствия правовой аналитико-оценочной фазы.

На данной проблеме акцентируют внимание и молодые, что определяет особую актуальность проблем правотворчества. Например, «трудности в практической реализации возникают в результате отсутствия смысловой завершенности и точности в изложении нормативного материала. Зачастую формулировки, которые использует законодатель, оказываются неоднозначными для толкования. Кроме того, неоднократно нарушается и такое технико-юридическое требование, как единство терминологии, что также приводит к неточности и неоднозначности в изложении нормативного материала»⁸.

Отдельной проблемой стоят пробелы в правах, а именно, отсутствие норм процессуального характера. В большинстве случаев, принятие нового закона не решает поставленной задачи и проблема остаётся нерешённой из-за отсутствия именно процессуальных норм, что препятствуют своевременной и правильной реализации норм материального права.

В итоге, в результате комплексного анализа, выделим основные недостатки принимаемых сегодня нормативно-правовых актов:

1. Пробелы в праве.
2. Противоречивость и неоднозначность формулировок закона (расплывчатость формулировок, неясность и двоякое толкование, последующая необходимость их разъяснения).
3. Различные интуитивно-эмоционально-оценочные понятия, для которых характерны личные ощущения (например, такие, как «побуждающие», «способные вызывать», «бранные слова и выражения, не относящиеся к нецензурной брани» и тому подобное).⁹
4. Отсутствие процессуальных норм, методов реализации (например, отсутствие

регламентации процедуры отрешения и порядке дачи судом заключения о наличии в действиях президента признаков преступления).

5. Не ориентированность на современную реальность (отсутствие в России условий для внедрения и функционирования какого-либо института, отсталость техники, отсутствие профессионализма кадров и специалистов и так далее).
6. Отсутствие юридического прогнозирования как обязательной стадии правотворческого процесса.

Проанализируем с учетом вышеперечисленного Федеральный закон от 29.12.2010 № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию», с изменениями, внесенными Федеральным законом от 02.07.2013 № 185-ФЗ, вступающими в силу с 1 сентября 2013 года.

Сразу оговорим, что закон не распространяется на рекламу, а также отдельные виды информации, указанные в статье 2.

В статье 5 вышеуказанного закона к информации, запрещенной для распространения среди детей, относится, в частности, информация:

- способная вызвать у детей желание употребить наркотические средства, психотропные и (или) одурманивающие вещества, табачные изделия, алкогольную и спиртосодержащую продукцию, пиво и напитки, изготавливаемые на его основе, принять участие в азартных играх, заниматься проституцией, бродяжничеством или попрошайничеством;
- отрицающая семейные ценности, пропагандирующая нетрадиционные сексуальные отношения и формирующая неуважение к родителям и (или) другим членам семьи;
- оправдывающая противоправное поведение;
- содержащая нецензурную брань;
- содержащая информацию порнографического характера.

Закон применяет интуитивно-эмоционально-оценочные понятия, как то: «вызывающая страх, ужас или панику», «состояние, при котором отсутствует риск... причинения вреда духовному, нравственному здоровью и развитию», «способная вызвать желание чего-либо» и тому подобное.

С юридической точки зрения, доказать подобные нормы практически невозможно, так как, во-первых, необходимо медицинское заключение, с подтверждением того, что ребенок находится в состоянии, к примеру, «паники, ужаса, страха», во-вторых, необходимо доказать причинно-следственную связь меж-

обозрение, №6. – М.: ИНГН, 2011. – С. 23-27.

⁸ Бузун Е. В. Роль правовой культуры в преодолении коррупционных факторов в правотворчестве [Текст] // Молодой ученый. — 2013. — №7. — С. 269-271.

⁹ Федеральный закон от 29.12.2010 № 436-ФЗ (ред. от 29.06.2013) «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию», Закона города Москвы от 12 июля 2002 года № 42 «Об административной ответственности за нарушение покоя граждан и тишины в ночное время в городе Москве».



ду просмотром информации и паническим состоянием субъекта. Ведь психо-эмоциональное состояние могло быть вызвано другими причинами, как то: неблагоприятные отношения в семье, школе, с друзьями или просто одновременная ссора с кем-либо на улице, произошедшая накануне. Да и эмоциональная устойчивость у людей различна, как и типы темперамента.

Подведем итоги нашего исследования и отметим, что Россия на сегодняшний день имеет высокую скорость изменения законодательства.

Важное значение имеют анализ и оценка возможных последствий реализации правовых актов, разностороннее планирование, соответствие цели результатам. Причем, юридические последствия могут наступить не только вследствие принятия нормативно-правового акта в целом, но также и вследствие противоречия отдельных его норм уже существующим нормам права, возникающими трудностями в их правоприменении.

Целесообразно делать оценку планируемыми целям и фактически достигнутым результатам.

Законодательные юридические формулировки должны сводить к минимуму содержание норм на уровне эмоционального восприятия какого-либо явления, так как в суде они недоказуемы и являются недействующими.

Минимизация правовой изменчивости и лабильности не способствует развитию, а наоборот, тормозит развитие правовой системы.

Целесообразно закрепление ориентированности на современную реальность и прогнозирования в качестве основных принципов правотворчества.

Законы должны приниматься с изначальным расчетом на максимально возможную продолжительность действия во времени за счет всесторонней продуманности, а не за счет вносимых изменений.

Все вышеизложенные меры помогут свести к минимуму издание точечно-локальных нормативных актов, которые изначально призваны восполнить определенный пробел в праве и внести ясность в какую-либо определенную сферу правоотношений, однако, в сущности, имеют прямо противоположную тенденцию.

Библиография

1. Алексеев С. С. Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. – М.: Издательская группа НОРМА – ИНФРА, 1998. – 810 с.
2. Алексеев С.С., Архипов С.И. Теория государства и права. – М.: Норма, 2005. — 496 с.
3. Бачмага О.П. Государство и личность в современной России: проблемы взаимоотношений // Московское научное обозрение. 2011. №6. – М.: ИНГН. – С. 23-27.
4. Бузун Е. В. Роль правовой культуры в преодолении коррупционных факторов в правотворчестве // Молодой ученый. — 2013. — №7. — С. 269-271.
5. Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов. 3-е изд. – М.: «Юриспруденция», 2000. – 528с.
6. Малько А.В. Теория государства и права: Учебник. – М.: Кнорус, 2008. – 400 с.
7. Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. – М.: Юристъ, 2004. — 512с.
8. Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства. Учебник для юридических вузов и факультетов. – М.: Издательская группа НОРМА—ИНФРА, 1999. – 552 с.
9. Тихомиров Ю.А. Правовое государство: проблемы формирования и развития // Проблемный анализ и государственно-управленческое проектирование. №5. – М.: Научный эксперт, 2011. — 136 с.
10. Тихомиров Ю.А. Правоприменение: теория и практика. – М.: Формула права, 2008. – 432с.
11. Ткаченко С.В. Правовые реформы в России: проблемы рецепции западного права – Самара: Изд-во Самар. ун-та, 2007. – 535с.

References

1. Alekseev S.S. Pravo. Azbuka. Teoriya. Filosofiya. Opyt kompleksnogo issledovaniya. – M.: Izdatel'skaya gruppa NORMA – INFRA, 1998. – 810 s.
2. Alekseev S.S., Arkhipov S.I. Teoriya gosudarstva i prava. – M.: Norma, 2005. — 496 s.
3. Bachmaga O.P. Gosudarstvo i lichnost' v sovremennoi Rossii: problemy vzaimootnoshenii. // «Moskovskoe nauchnoe obozrenie». 2011. №6. – M.: INGN. – S. 23-27.
4. Buzun E. V. Rol' pravovoi kul'tury v preodolenii korruptsionnykh faktorov v pravotvorchestve // Molodoi uchenyi. — 2013. — №7. — S. 269-271.
5. Vengerov A.B. Teoriya gosudarstva i prava: Uchebnik dlya yuridicheskikh vuzov. 3-e izd. – M.: «Yurisprudentsiya», 2000. – 528s.
6. Mal'ko A.V. Teoriya gosudarstva i prava: Uchebnik. – M.: Knorus, 2008. – 400 s.



7. Matuzov N.I., Mal'ko A.V. Teoriya gosudarstva i prava. – M.: Yurist', 2004. — 512s.
8. Nersesyants V. S. Obshchaya teoriya prava i gosudarstva. Uchebnik dlya yuridicheskikh vuzov i fakul'tetov. – M.: Izdatel'skaya gruppa NORMA—INFRA, 1999. – 552 s.
9. Tikhomirov Yu.A. Pravovoe gosudarstvo: problemy formirovaniya i razvitiya // Problemnyi analiz i gosudarstvenno-upravlencheskoe proektirovanie. №5. – M.: Nauchnyi ekspert, 2011. — 136 s.
10. Tikhomirov Yu.A. Pravoprimerenie: teoriya i praktika. – M.: Formula prava, 2008. – 432s.
11. Tkachenko S.V. Pravovye reformy v Rossii: problemy retseptsii zapadnogo prava – Samara: Izd-vo Samar. un-ta, 2007. – 535s.

Материал получен редакцией 25 ноября 2013 г.



РЕЦЕПЦИЯ КАК ИСТОРИЧЕСКАЯ ФОРМА ПРАВОВОЙ АККУЛЬТУРАЦИИ

Аннотация. В статье исследуется рецепция как историческая форма правовой аккультурации. Под правовой аккультурацией понимается продолжительный контакт правовых культур различных социумов, использующий в зависимости от исторических условий разнообразные методы и способы воздействия, необходимым результатом которого является изменение первоначальных структур контактируемых культур и формирование единого правового пространства. В зависимости от конкретных культурно-исторических условий различаются такие исторические формы правовой аккультурации, как рецепция, экспансия, ассимиляция, интеграция, конвергенция и др. Наиболее изученной формой правовой аккультурации является правовая рецепция - это историческая форма правовой аккультурации, под которой понимают односторонний добровольный процесс передачи элементов правовой культуры социума-донора с обязательным их усвоением социумом-реципиентом. Инициатором рецепции выступает принимающая сторона в лице правящей элиты, которая хочет внедрить у себя частично или полностью правовую систему донора. Результатом рецепции является частичное усвоение обществом-реципиентом культурно-правовых традиций, идей, ценностей общества-донора при сохранении своих национальных особенностей. Правовая рецепция как историческая форма правовой аккультурации обладает родовыми признаками последней и имеет ряд существенных особенностей.

Ключевые слова: юриспруденция, право, культура, аккультурация, правовая аккультурация, рецепция, межкультурный контакт, правовая культура, экспансия, социум.

DOI: 10.7256/1994-1471.2014.1.8908

Межкультурная коммуникация является неотъемлемым фактором развития современных социумов различных масштабов (от семьи до цивилизаций). Данный процесс длительного культурного контакта в науке получил название аккультурации, т.е. это исторический процесс длительного межкультурного контакта, в результате которого представители одной культуры перенимают нормы, ценности и традиции другой культуры и формируется единое (общее) культурное пространство.

В условиях новой социальной реальности проблемы межкультурного контакта стали предметом изучения почти всех гуманитарных наук. К теории аккультурации проявили интерес антропологи, психологи, культурологи, философы, педагоги, историки, политологи, социологи, экономисты. Сравнительно недавно аккультурация стала предметом самостоятельного исследования в отечественной и зарубежной юриспруденции (А.Е. Абрамов, А.Г. Гузнов, И.А. Кузьмин, Л.В. Сокольская, С.А. Софронова, В.Л. Перунова, Е.А.Тверякова, В.И.

Фатхи). Но до сих пор отсутствуют фундаментальные теоретические разработки, а «именно фундаментальные аккультурационные исследования до сих пор актуальны. Благодаря постоянно появляющимся работам, которые затрагивают малоизученные или вообще новые аспекты этой проблемы, теория правовой аккультурации дополняется новыми идеями и тем самым развивается и совершенствуется»¹.

На основе анализа широкого спектра научной литературы сформулировано следующее определение правовой аккультурации, под которой понимается продолжительный контакт правовых культур различных социумов, использующий в зависимости от исторических условий разнообразные методы и способы воздействия, необходимым результатом которого является изменение первоначальных структур

¹ Ушанова И.А. Перспективы развития теории аккультурации в глобализованном мире // Вестник Новгородского университета. 2003. №4. С.65.



контактируемых культур и формирование единого правового пространства.²

От других культурных контактов правовая аккультурация отличается определенными признаками: 1) Это результативный процесс взаимодействия правовых культур различных социумов; 2) Частичная или полная трансформация одной или нескольких контактируемых правовых культур; 3) В результате межкультурного контакта возникают новые формы культуры и образы жизни, формируется единое правовое пространство; 4) Процесс правовой аккультурации длителен во времени; 5) Правовая аккультурация не всегда предполагает равенство взаимодействующих правовых культур, взаимодействие между ними может носить добровольный, вынужденный или принудительный характер; 6) Взаимодействие возможно только однопорядковых культурных систем; 7) При правовой аккультурации этнические, религиозные и другие культурные дифференциации могут сохраняться (например, на основе политико-правового института «гражданства», сохраняется толерантное отношение к обычаям и традициям чужой культуры); 8) Процесс правовой аккультурации не всегда инициируется государственной властью, т.е. носит волевой характер, иногда он инициируется снизу, самим обществом; 9) Механизм правовой аккультурации модифицируется в зависимости от культурно-исторических условий.

В ходе исторического процесса изменяются социально-экономические, политико-правовые обстоятельства контакта правовых культур, меняется сам характер мировосприятия, а значит и сами правовые культуры. В зависимости от конкретных культурно-исторических условий различаются такие исторические формы правовой аккультурации, как рецепция, экспансия, ассимиляция, интеграция, конвергенция и др.

Наиболее изученной формой правовой аккультурации является правовая рецепция - процесс заимствования и усвоения каким-либо обществом элементов правовой культуры другого общества. Правовая рецепция характерна для многих исторических этапов развития общества и государства. Поэтому неслучайно в научной литературе рецепцию изучали именно в историческом аспекте при исследовании различных правовых культур и их влияния друг на друга. Классическим историческим примером является рецепция римского права,

когда элементы римского права были рецептированы государствами Западной Европы. Но до этого факта само римское право рецептировало институт ипотеки из греческого права, правила об аварии из финикийского. Это означает, что культурный обмен между социумами невозможно ограничить только рамками одной рецепции. Этот комплексный культурно-правовой процесс становления, развития и взаимодействия правовых культур возможно раскрыть только через такой правовой феномен, как правовая аккультурация.

Современное исследование правовой рецепции предполагает общетеоретическое осмысление накопленного исторического опыта. Отечественные правоведы все чаще пытаются сформулировать общее определение правовой рецепции, выделить ее характерные признаки и раскрыть ее содержание. В юридических словарях мы находим следующие определения данного феномена. Рецепция это - «заимствование чужеземного права»³, «заимствование и приспособление к условиям какой-либо страны права, выработанного в ином государстве или в предшествующую историческую эпоху»⁴, «процесс заимствования или воспроизведения»⁵, «процесс взаимодействия, заимствования, восприятия какой-либо внутригосударственной правовой системой принципов, институтов, основных черт другой внутригосударственной правовой системы»⁶. Приведенные выше определения являются обобщенными и не раскрывают сущность рецепции как формы правовой аккультурации. В научных работах не все исследователи формулируют четкое определение рецепции. Например, М.А. Пшеничнов под рецепцией понимает «принятие государством норм национального права, текстуально повторяющих нормы иной системы права, а также конкретизирующих и адаптирующих их к особенностям социального строя и правовой системы страны-реципиента»⁷. В.А. Летяев вообще уходит от конкретизации понятия, оставляя этот вопрос на рассмотрение авторам научных работ «... термин «рецепция» может иметь расширенное толкование, степень которого может оговорить сам автор научного

³ Юридический словарь. М., 1953. С. 575.

⁴ Большая советская энциклопедия. Т.22. М., 1975. С.188.

⁵ Большой юридический словарь/Под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина В.Е. Крутских. М., 1998.С.597.

⁶ Энциклопедический юридический словарь. М., 1999. С.255.

⁷ Пшеничнов М.А. Конституция России и международное право: проблемы взаимодействия. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Н.Новгород, 2002. С.16.

² См.: Сокольская Л.В. Понятие и признаки правовой аккультурации //Lex russica. 2009. №3 . С.557-570 и Она же: Этапы правовой аккультурации в России //Lex russica. 2009. №2. С. 396-410.



исследования».⁸ Отличное от других определений содержание рецепции раскрывает Ю.Н. Фольгерова в своей диссертации. Она рассматривает рецепцию права как процесс заимствования одним государством опыта правового регулирования национальной правовой системы другого государства (других государств).⁹ В диссертации Е.А. Тверяковой термин «рецепция» имеет более широкое содержание, включающее в себя не только процесс переноса норм права, но и их внедрения и усвоения социумом-реципиентом.¹⁰ С.В. Ткаченко, анализируя определения правовой рецепции, пришел к выводу, что современная российская наука в целом рассматривает рецепцию права как добровольный процесс по заимствованию и внедрению правовых ценностей иностранного происхождения. Полагая, что данное определение не отражает действительного характера современной правовой рецепции, автор предлагает вычленив ее идеологический компонент и исследует рецепцию права как заимствование и внедрение идей, правовых институтов, норм, терминологии иностранного права в силу идеологии реципиента и (или) донора.¹¹ Исходя из идеологического компонента рецепции права, для определения характера современной российской рецепции автор вводит термин «декоративная рецепция». По его мнению, декоративная рецепция возникает в качестве спасительной идеи для правящей элиты заимствования правовых «благ» более передовых цивилизаций в момент государственно-правового и экономического кризиса.

В.В. Мантуров предлагает исследовать процесс рецепции в узком и широком понимании и отличать его от иных форм культурного контакта. В результате, окончательно запутавшись, он не смог «разорвать порочный круг терминологии» и сформулировать четкие дефиниции, поэтому в заключении просто констатирует, что «... рецепция права представляет собой не просто технический перенос правовых норм иностранного права в российские законы, процесс рецепции гораздо слож-

нее переносится. Кроме того, данный процесс включает в себя адаптацию норм и идей, и их внедрение в правовую систему».¹² Как видим, ничего нового в данном определении нет, все сведено к процессу переноса, адаптации и внедрения элементов правовой культуры одного социума в другой.

Правовая рецепция как историческая форма правовой аккультурации обладает родовыми признаками последней и имеет ряд существенных особенностей. Можно выделить следующие основные качественные характеристики правовой рецепции: она имеет добровольный, односторонний характер; инициатором выступает социум-реципиент в лице политической (правящей) элиты, обеспечивается государственной волей (например, волей законодателя).

Важнейшая особенность правовой рецепции заключена в ее политической (властной) природе. Она в отличие от иных исторических форм правовой аккультурации не может начаться изнутри общества, она обязательно осуществляется по воле государства, носит исключительно волевой характер. Вспомним рецепцию византийского права Киевской Русью. Принятие христианства и основ византийского права осуществлялись княжеской властью. Историко-правовая наука определяет источники византийского права, которые были реципированы Киевской Русью – это Номоканоны Иоанна Схоластика и патриарха Фотия, Эклога, Прохирон, Эпанагога, Василики, Собрание новелл императора Льва VI и др. Но Великие князья Киевские заимствовали только нормы светско-канонического права, учредили церковный суд и определили виды правонарушений ему подсудных. В дальнейшем эти нормы компилируются Кормчими книгами и древнерусскими каноническими сборниками. Однако основой функционирования княжеского суда остаются нормы обычного права и княжеские указы, закрепленные в Русской Правде. Таким образом, на древнерусском правовом пространстве функционировали параллельно две правовые системы - княжеская (светская) и каноническая (религиозная). Властная природа правовой рецепции проявляется и в период осуществления правовых реформ в Российской Империи 1864 года, когда чиновникам Государственной канцелярии официально было дозволено применять в своей деятельности западные принципы и модели. И в США введение властями кодексов привело к изменению техники правоприменительной работы, к заимствованию ряда элементов римского права,

⁸ Летяев В.А. Необходимость и достаточность рецепции норм римского права в России XIX-начала XX вв. // Древнее право. 2004. №1. С.194.

⁹ Фольгерова Ю.Н. Преимущество и рецепция в конкурсном процессе стран Западной Европы и России: историко-сравнительный анализ. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Киров.-2008. С.7.

¹⁰ См.: Тверякова Е.А. Юридическая экспансия: теоретико-историческое исследование. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2002.

¹¹ См.: Ткаченко С.В. Правовые реформы в России: проблемы рецепции Западного права. Самара, 2008. С.3-24;

¹² Мантуров В.В. Соотношение рецепции и иных форм правовых заимствований. // Сибирский юридический вестник. 2012. №4. С.109.



в частности императивных методов договорного права.¹³

Другим характерным признаком рецепции является добровольность принимающей стороны. В юридической науке этот постулат фактически не оспаривается (кроме С.В. Ткаченко). Так, М. Ансель рассматривает рецепцию права как «наиболее полную форму преднамеренного, добровольного сближения правовых систем»¹⁴, а Г.И. Муромцев подчеркивает, что правовая рецепция предполагает только добровольное восприятие иностранного права в качестве регулятора отношений данного общества.¹⁵ Последующие исследователи, такие как В.А. Томсинов, Г.М. Азнагулова, О.В. Мартышин, С.А. Сафронова, В.В. Мантуров и другие только констатируют данный факт.¹⁶ Работа С.В. Ткаченко привносит диссонанс в данное утверждение. В частности он утверждает, что констатация «добровольности» рецепции приводит к игнорированию либо подтасовке исторических фактов. И далее, приводя примеры послевоенной Японии, реформирования в XIX – XX вв. уголовного права Турции, Ирана, Египта, принятие Конституции РФ 1993 г., вступление в ЕС новых государств автор рассуждает о принудительной рецепции. Позволим не согласиться с подобным мнением, т.к. термин «добровольность» подразумевает волю политической (правлящей) элиты. Если правительство заинтересовано в перенимании правового опыта иностранных государств, осознает необходимость данного процесса и выступает инициатором политико-правовых преобразований, то можно говорить о добровольности рецепции. Решение о реципировании правовых норм, идей и принципов может приниматься властью спонтанно или преднамеренно, оно может быть обусловлено экономическим, политическим давлением, но это будет именно властное решение, за которое придется нести политическую ответственность.

¹³ Егоров А.В. Правовая интеграция и ее содержание // Государство и право. 2004. №6. С.81.

¹⁴ Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права // В кн.: Очерки сравнительного права. М., 1981. С. 63.

¹⁵ Муромцев Г.И. Источники права в развивающихся странах Азии и Африки: система и влияние традиции. М., 1987. С.10;

¹⁶ Томсинов В.А. О сущности явления, называемого рецепцией римского права // Вестник МГУ. Серия : Право.- 1998., № 1; Азнагулова Г.М. Рецепция права как форма взаимодействия национальных правовых систем. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Уфа, 2003; Мартышин О.В. Национальная политическая и правовая культура в контексте глобализации // Государство и право. 2005. №4.

В качестве следующего признака рецепции выделяется ее односторонний характер. Рецепция - это односторонний акт государства, «импортирующего» элементы иной правовой системы.¹⁷ По мнению Д. Аджани, для развития правовой системы характерна периодическая рецепция, которая во все исторические периоды, как правило, происходила и происходит по инициативе принимающей правовой системы.¹⁸ Итак, правовая рецепция – это односторонний процесс, инициатором которого выступает правящая элита социума-реципиента. Классическим историческим примером считается рецепция римского права в Западной Европе, когда юридические формулы толковались средневековыми юристами уже после распада Римской империи и самого существования римского права. Но в современном мире социум-донор не столь безразличен к результату рецепции. Как правило, он заинтересован в расширении своего влияния, поэтому опосредованно способствует данному процессу. Если социум-донор открыто применяет силовые методы и средства, то это уже будет не рецепция, а экспансия или ассимиляция. Данные формы правовой аккультурации будут рассмотрены далее.

Итак, правящая элита осознает по экономическим, политическим или иным причинам, что необходимо собственную правовую систему изменить, т.к. нарождающиеся общественные отношения уже не могут быть урегулированы старыми правовыми нормами. Так было в Западной Европе, когда развитие товарно-денежных отношений привело к рецепции частного римского права. В данном случае власть определяет, каким способом осуществить подобные изменения: путем заимствования иностранного правового опыта или преемственности. И то и другое выступают как пути правовой аккультурации, только с разными векторами направленности. Заимствование – это привнесение элементов правовой культуры из вне, т.е. общество-реципиент воспринимает образцы чужого права, выработанные обществом – донором в эту же историческую эпоху. А преемственность – это обращение к собственному историческому опыту или восприятие чужого права, созданного в предшествующие исторические эпохи. Теоретическим основанием данной модели служит общепринятое положение о том, что право есть продукт предшествующего культурного развития общества и резуль-

¹⁷ Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт Запада / Кулагин М.И. Избранные труды. М., 1997. С.216.

¹⁸ Ajani D. By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe// American Journal of Comparative law. Vol. 43.- 1995. № 1 (Winter). P.97



тат взаимодействия с современными внешними культурно-правовыми формами.

Правовое заимствование – это осознанная односторонняя деятельность определенных субъектов по применению элементов иностранной правовой культуры в национальной правовой среде. Необходимость заимствования элементов правовой культуры социума-донора обусловлена появлением новых социально-экономических отношений, формированием потребности их урегулировать на государственном уровне (как альтернативный вариант можно вспомнить так называемую теневую экономику в советском государстве). После чего власть вырабатывает модель переноса чужеродных элементов в национальную правовую систему. Перенесенные правовые элементы могут адаптироваться к новым социокультурным условиям или быть отторгнуты обществом. «Любая правовая культура обладает способностью как ассимиляции (адаптации – термин наш Л.С.), так и к отторжению чужеродного ей юридического материала, чрезмерные дозы которого, массивно введенные в правовую систему, могут дезорганизовать и дестабилизировать правопорядок, внести негодные элементы борьбы различных начал».¹⁹ Отторжение может быть частичным или абсолютным. Например, в ходе рецепции швейцарского гражданского кодекса в Турции позднее произошло отторжение некоторых законодательных положений, в частности снижение брачного возраста и установление обязательной регистрации перехода собственности в определенных кланах. Конституция Казахстана 1993 г., разработанная на основе конституционной модели США, не смогла функционировать в реформируемом обществе и была отменена в 1995 году в связи с принятием новой конституции Республики Казахстан.

После адаптации, принятия чужеродных культурно-правовых форм наступает их введение в действие, законодательное закрепление. Правовая система социума-реципиента определяет результативность функционирования привнесенного правового элемента в отечественных социокультурных условиях. К сожалению, не всегда привнесенные элементы оказывают на общество-реципиент положительное, прогрессивное влияние. Мы можем вспомнить неудачный пример рецепции иностранного права Россией в период столыпинской реформы. Механически насаждавшийся западный опыт фермерско-хуторского хозяйствования не только не привел к прогнозируемому социально-экономическому процве-

танию России, но и настроил крестьянство против власти, что и стало одной из причин революции 1917 г. А суд присяжных на российской почве из судебного органа превратился в политический инструмент и фактически привел к безнаказанности российского терроризма (например, судебный процесс по делу революционерки В.И. Засулич).

Но если по прошествии определенного времени заимствованный элемент приживается, то он становится достоянием отечественного правового опыта. Вспомним институт присяжных заседателей. Некоторые исследователи (Л.А. Петручак, Г.В. Санкевич) полагают, что данный институт появился благодаря «обращению юристов к отечественной правовой традиции». Однако суд присяжных заседателей был заимствован Россией из других правовых систем в ходе реформы 1864 года.

Процесс заимствования иных культурно-правовых форм распадается на определенные стадии. *Первая стадия – выявление потребности.* На данном этапе в обществе-реципиенте появляются новые или претерпевают изменения социально-экономические отношения, а существующий механизм правового регулирования не дает нужного результата. Поэтому возникает потребность в заимствовании сходных правовых элементов из другой социально-экономической среды. *Вторая стадия – заимствование.* Это перенос правовых норм и институтов из одной правовой системы в другую. На этом этапе законодатель согласовывает принципы и идеи чужого права с внутригосударственным правом и практикой его применения; анализирует и оценивает сравнительно правовые данные о развитии законодательства в обоих социумах; изучает и сопоставляет зарубежный опыт по применению приемов юридической техники с национальным опытом; составляет прогноз и рекомендации по внедрению зарубежной модели права. *Третья стадия – адаптация.* Данный этап необходим для успешного применения правовых норм и институтов с учетом сложившихся национальных правовых обычаев и традиций. Заимствованные элементы должны адаптироваться в суверенной национальной правовой системе, стать ее частью. *Четвертая стадия – восприятие (усвоение).* На этом этапе происходит процесс принятия и введение в действие чуждых правовых принципов, норм и институтов в правовой системе реципиента. На законодательном уровне они закрепляются и получают официальное признание, применяются на практике. *Пятая стадия – результат.* Результативность и устойчивость функционирования правовых норм и институтов в новой среде. Это может выражаться в наличии

¹⁹ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. М., 2000. С.418.



определенного социального эффекта в виде уважения закона, повышения качества законотворческой деятельности, снижения уровня преступности, соблюдения законности и др. Частичное сохранение национальной правовой культуры. Зарождение новой культурной системы, формирование единого правового пространства и регионального (глобального) права.

Рецепция в праве может рассматриваться как разновидность преемственной связи. Связь между правовыми системами в рамках определенного исторического типа права имеет характер рецепции, восприятия, в основе которого лежит наличие общих закономерностей и сходных условий развития. Следовательно, рецепция в форме преемственности возможна лишь при наличии одинаковых социально-экономических отношений, историко-типологической совместимости взаимодействующих социумов.

Известный болгарский правовед Н. Неновски также рассматривает рецепцию «как пример преемственности, основывающейся главным образом на экономических, базисных факторах»,²⁰ в частности, в качестве причины реципирования частного римского права он называет развитие товарно-денежных отношений. Реципируемое явление должно органически слиться с принимающей его правовой средой, в противном случае нет смысла говорить о рецепции вообще.

Правовая преемственность имеет ярко выраженный исторический характер. Профессор Г.В. Мальцев верно подчеркивает, что «право движется по собственному кругу с обязательным возвратом в исходные точки».²¹ Именно культурно-правовые традиции народа позволяют обществу сохранить исторические особенности предшествующих поколений даже под воздействием агрессивного внешнего влияния.

Процесс переноса культурных ценностей из одного исторического этапа развития правовой системы в другой не всегда сопровождается положительным результатом, он может быть консервативным, реакционным и т.д. В своей монографии Н. Неновски отмечает, что «преемственность в праве означает связь между разными этапами (ступенями) в развитии права как социального явления, что суть этой связи состоит в сохранении определенных

элементов или сторон права (в его сущности, содержании, форме, структуре, функциях и др.) при соответствующих его изменениях».²² Анализируя связь между преемственностью и рецепцией автор, по нашему мнению, формулирует ошибочный вывод о том, что рецепция – это специфическое проявление преемственности в праве. Мы полагаем, что рецепция – более емкое понятие. Оно включает в себя не только сохранение собственных элементов правовой культуры при переходе в качественно новое состояние этой же правовой системы, но и принятие чужих элементов из правовых систем других государств, параллельно развивающихся в эту эпоху. Поэтому мы разделяем точку зрения на проблему соотношения категорий рецепция и преемственность В.В. Мантурова, который считает, что «преемственность, характеризующаяся только историческим аспектом, является составной частью рецепции, охватывающий как прошлый опыт, так и существующие на данный момент идеи и нормы».²³

Исходя из вышеизложенного, целесообразно различать два типа правовой рецепции:

Во-первых, рецепция по горизонтали (заимствование) – восприятие правовых институтов и явлений одной стороной от другой, когда обе правовые культуры существуют одновременно. Термин «рецепция» в данном случае употребляется для обозначения восприятия каким-либо правовым порядком действующих норм современной культурной системы. Горизонтальная рецепция может быть двухсубъектной (одностороннее заимствование культурно-правовых форм социума-донора социумом-реципиентом) и многосубъектной (одностороннее заимствование социумом-реципиентом культурно-правовых форм нескольких доноров). Примером двухсубъектной горизонтальной рецепции может выступать восприятие арабской культурой в VII-IX веках культуры и права завоеванных народов Сирии, Палестины и Ливана. Примером многосубъектной рецепции может служить история древнеримского права, которое органично восприняло достижения правовых культур различных народов Средиземноморья, которые были полезны для Рима. Профессор Г.И. Муромцев подчеркивает, что это было не механическое копирование нормативного материала, а имел место синтез национальных правовых институтов и достижений правовых культур Средиземноморья, а в частности, греческой правовой культуры (законы

²⁰ Неновски Н. Преемственность в праве. М., 1977. С. 46. Аналогичное мнение высказывает М.К. Бункина. См.: Бункина М.К. Взаимозависимость, интеграция, общеевропейский дом // Советское государство и право. 1989. № 10. С. 130.

²¹ Мальцев Г.В. Очерк теории обычая и обычного права // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. Ростов-на-Дону, 1999. С.96.

²² Неновски Н. Указ. соч. С. 42.

²³ Мантуров В.В. Соотношение рецепции и иных форм заимствований // Сибирский юридический вестник. 2012. №4. С.108.



Солона, законы Ликурга), правовой культуры Карфагена. В основе Законов XII таблиц лежит национальное римское право царского периода и греческие правовые тексты.²⁴

Во-вторых, рецепция по вертикали (преемственность), при смене культурно-исторических этапов развития общества. Рецепция, в данном случае, предполагает восприятие не отдельных правовых норм изолированных элементов правовой формы, а системы институтов, системы правовых норм, отраслей права, находящихся в тесной связи между собой неким признанным образцом. Рецепиенты выбирают не просто приемлемую систему правовых ценностей. Главное, что реципируемое право должно быть авторитетным и признанным, занимать свою нишу в правовом мировом пространстве. Это обычно право старое, традиционное, проверенное. В качестве такого образца могут выступать не только элементы иностранных правовых систем, но и свои, утраченные в прошлом. Такой тип рецепции В.Н. Синюков именуется «абберативной рецепцией». По его мнению, это способность правовой системы возвращаться к своим исходным началам. Самобытные черты социалистического права в российской системе были сформированы, в основном, в результате абберативной рецепции основ русского права и преодоления формальной принадлежности законодательства Российской империи к европейскому праву.²⁵

Для того чтобы рецепция была успешной, необходимо выполнить ряд условий:

- взаимодействие идентичных социокультурных систем;
- поэтапное восприятие элементов чужого юридического опыта: сначала система ценностей, а затем собственно правовые нормы, институты и т.д.;
- строго научный подход к реципируемому явлению;
- внедряемые элементы чужого права не должны отрицать национальные правовые традиции, юридическую практику общества-реципиента. По мнению О.В. Мартышина, успешное заимствование правовых моделей возможно только с учетом принципов и ценностей, лежащих в основе соответствующей политико-правовой культуры.²⁶

Какие же элементы чужого права являются предметом рецепции? В.А. Рыбаков предлагает исключить из данного понятия трансформацию и имплементацию норм международного права и элементы национального права из разных исторических эпох развития общества (он называет подобный процесс преемственностью и противопоставляет его рецепции), а также правосознание (особенно правовую ментальность и правовую психологию общества-донора) и правовой обычай, если его рассматривать как правило-привычку.²⁷ Мы можем только частично согласиться с данным положением, т.к. полагаем, что заимствование и преемственность – это различные пути осуществления правовой рецепции. О чем уже было изложено выше. Что же касается правосознания и правового обычая, то они как культурные феномены меньше всего подвержены реципированию. Они формируются в результате длительной общественной практики, отражают духовные ценности народа и его предрассудки. Однако человечество за свою тысячелетнюю историю выработало способность аккумулировать общечеловеческие ценности, которые сегодня одобряются многими сообществами. Чаще всего подлежат реципированию правовые нормы, регулирующие частноправовые отношения, нежели нормы публичного права. Это обусловлено тем, что нормы, закрепляющие основы государственной власти в стране, более прочно связаны с традиционными устоями данного общества с его самоидентификацией. Например, заимствование такого демократического принципа как разделение властей и системы «сдержек и противовесов» осуществляется в различных государствах с учетом исторических, национальных, психологических особенностей общества.

Проблема реципирования элементов иностранного права достаточно актуальна для современной России. История России свидетельствует о том, что ее государственность и право развивались в русле континентальной цивилизации (сказалось длительное влияние западноевропейского права), но и имели черты, особенности восточной культуры. Отрицать влияние восточных правовых

²⁴ Муромцев Г.И. Культура и право: аспекты соотношения // Право и культура. М., 2002. С.106-107.

²⁵ См.: Синюков В.Н. Российская правовая система: Введение в общую теорию права. – Саратов, 1994. С.162.

²⁶ Мартышин О.В. Национальная политическая и правовая культура в контексте глобализации // Государство и право. 2003. №10. С.26.

²⁷ Рыбаков В.А. Рецепция права: общетеоретический аспект // Вестник Омского университета. Серия: Право. 2007. №4. С.5-12. В более поздней его работе реципированию подлежат не только нормы иностранного права, но и трансформация (имплементация) норм международного права. См.: Рыбаков В.А. Рецепция и правотворчество // Вестник Омского университета. Серия: Право. 2012. №2. С.16-23;



ценностей на становление российской культуры нельзя, ведь на ряде этапов, например, в эпоху татаро-монгольского владычества оно было определяющим. Русская правовая культура в силу своего географического расположения, национальной и правовой ментальности формировалась как евразийская культура, которая имеет свою специфику и особенности.

На основании вышеизложенного можно сформулировать следующее определение правовой рецепции – это историческая форма правовой аккультурации, под которой понимают односторонний добровольный процесс передачи элементов правовой культуры социума-донора с обязательным их усвоением социумом-реципиентом. Инициатором рецепции выступает принимающая сторона в лице правящей элиты, которая хочет внедрить у себя частично или полностью правовую систему донора. Результатом рецепции является частичное усвоение обществом-реципиентом культурно-правовых традиций,

идей, ценностей общества-донора при сохранении своих национальных особенностей.

Признавая, что рецепция – это форма аккультурации, ее иногда называют «тотальной аккультурацией»²⁸ (глобальный процесс, изменяющий весь правовой строй общества-реципиента) или «культурной мутацией».²⁹ Нам трудно согласиться с подобным мнением, т.к. существование тотальной рецепции маловероятно. Ни одно государство в мире не способно на добровольный полный отказ от собственных национальных правовых традиций, идеологии, государственно-правовой идентичности. А вот в процессе открытой правовой экспансии (завоевания страны) возможна юридическая деккультурация, которая выражается в разрушении правовой культуры социума-реципиента и полного восприятия иностранного права завоевателей. Однако исследование правовой экспансии как исторической формы правовой аккультурации выходит за рамки данной научной работы.

Библиография

1. Ajani D. By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe// American Journal of Comparative law. Vol. 43.-1995. № 1 (Winter).
2. Азнагулова Г.М. Рецепция права как форма взаимодействия национальных правовых систем /Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Уфа, 2003.
3. Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права // В кн.: Очерки сравнительного права. М., 1981.
4. Большая советская энциклопедия. Т.22. М., 1975.
5. Большой юридический словарь/Под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина В.Е. Крутских. М., 1998.
6. Бункина М.К. Взаимозависимость, интеграция, общеевропейский дом // Советское государство и право. 1989. № 10.
7. Егоров А.В. Правовая интеграция и ее содержание//Государство и право. 2004. №6.
8. Карбонье Ж. Юридическая социология.-М., 1998.
9. Косырев А.И. Этапы рецепции римского права//Советское государство и право. – 1983. № 7.
10. Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт Запада / Кулагин МИ. Избранные труды. М., 1997.

²⁸ Примером тотальной рецепции, по мнению А.И. Косарева, является полное заимствование континентальной Европой римского права. См.:Косырев А.И. Этапы рецепции римского права//Советское государство и право. – 1983. № 7.

²⁹ См.: Карбонье Ж. Юридическая социология.- М., 1998.- С.198-200; Лотман Ю.М. Внутри мыслящих миров. – М., 1999.-С.21-22. Под культурной мутацией понимается полное изменение правовой системы социума-реципиента. В.В. Чемеринская полагает, что результатом рецепции может быть мутация воспринимаемых норм. Причина этого кроется в несовместимости реципируемого правового явления с традицией реципиента. См.:Чемеринская В.В. Влияние византийского права на древнерусское российское законодательство X-XVII вв.(опыт сравнительного анализа). Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2003.



11. Летяев В.А. Необходимость и достаточность рецепции норм римского права в России XIX-начала XXвв//Древнее право. 2004. №1.
12. Мальцев Г.В. Очерк теории обычая и обычного права//Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. Ростов-на-Дону, 1999.
13. Мантуров В.В. Соотношение рецепции и иных форм заимствований//Сибирский юридический вестник. 2012. №4.
14. Мартышин О.В. Национальная политическая и правовая культура в контексте глобализации //Государство и право. 2003. №10.
15. Муромцев Г.И. Источники права в развивающихся странах Азии и Африки: система и влияние традиции. М., 1987.
16. Муромцев Г.И. Культура и право: аспекты соотношения // Право и культура. М., 2002. С.106-107.
17. Неновски Н. Преемственность в праве. М., 1977.
18. Пшеничнов М.А. Конституция России и международное право: проблемы взаимодействия / Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Н.Новгород, 2002. С.16
19. Рыбаков В.А. Рецепция и правотворчество// Вестник Омского университета. Серия: Право. 2012. №2. С.16-23.
20. Рыбаков В.А. Рецепция права: общетеоретический аспект // Вестник Омского университета. Серия: Право. 2007. №4. С.5-12
21. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. М., 2000.
22. Синюков В.Н. Российская правовая система: Введение в общую теорию права. – Саратов, 1994.
23. Сокольская Л.В. Понятие и признаки правовой аккультурации //Lex russica. 2009. №3 . С.557-570.
24. Сокольская Л.В. Этапы правовой аккультурации в России //Lex russica. 2009. №2. С. 396-410.
25. Тверякова Е.А. Юридическая экспансия: теоретико-историческое исследование. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2002
26. Ткаченко С.В. Правовые реформы в России: проблемы рецепции Западного права. Самара, 2008.
27. Томсинов В.А. О сущности явления, называемого рецепцией римского права // Вестник МГУ. Серия : Право.-1998., № 1.
28. Ушанова И.А. Перспективы развития теории аккультурации в глобализованном мире// Вестник Новгородского университета. 2003. №4.
29. Фольгерова Ю.Н. Преемственность и рецепция в конкурсном процессе стран Западной Европы и России: историко-сравнительный анализ. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Киров, 2008.
30. Чемеринская В.В. Влияние византийского права на древнерусское российское законодательство X-XVII вв.(опыт сравнительного анализа) //Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2003.
31. Энциклопедический юридический словарь. М., 1999..
32. Юридический словарь. М., 1953.
33. Лотман Ю.М. Внутри мыслящих миров. – М., 1999.

References

1. Ajani D. By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe// American Journal of Comparative law. Vol. 43.-1995. № 1 (Winter).
2. Aznagulova G.M. Retseptsiya prava kak forma vzaimodeistviya natsional'nykh pravovykh sistem. Avtoreferat diss. ... kand. yur. nauk. Ufa, 2003.
3. Ansel' M. Metodologicheskie problemy sravnitel'nogo prava // V kn.: Ocherki sravnitel'nogo prava. M., 1981.S. 63.
4. Bol'shaya sovetskaya entsiklopediya. T.22. M., 1975.
5. Bol'shoi yuridicheskii slovar'/Pod red. A.Ya. Sukhareva, V.D. Zor'kina V.E. Krutskikh. M., 1998.
6. Bunkina M.K. Vzaimozavisimost', integratsiya, obshcheevropeiskii dom // Sovetskoe gosudarstvo i pravo. 1989. № 10. .
7. Egorov A.V. Pravovaya integratsiya i ee sodержanie//Gosudarstvo i pravo. 2004. №6.
8. Karbon'e Zh. Yuridicheskaya sotsiologiya.-M., 1998.
9. Kosyrev A.I. Etapy retseptsii rimskogo prava//Sovetskoe gosudarstvo i pravo. – 1983. № 7.
10. Kulagin M.I. Predprinimatel'stvo i pravo: opyt Zapada / Kulagin M.I. Izbran-nye trudy. M., 1997.



11. Letyaev V.A. Neobkhodimost' i dostatochnost' retseptsii norm rimskogo prava v Ros-sii KhKh-nachala KhKhvv//Drevnee pravo. 2004. №1.
12. Mal'tsev G.V. Ocherk teorii obychaya i obychnogo prava//Obychnoe pravo v Rossii: problemy teorii. istorii i praktiki. Rostov-na-Donu, 1999.
13. Manturov V.V. Sootnoshenie retseptsii i inykh form zaimstvovaniy//Sibirskii yuridicheskii vestnik. 2012. №4.
14. Martyshin O.V. Natsional'naya politicheskaya i pravovaya kul'tura v kontekste globalizatsii // Gosudarstvo i pravo. 2003. №10.
15. Muromtsev G.I. Istochniki prava v razvivayushchikhsya stranakh Azii i Afriki: sistema i vliyanie traditsii. M., 1987.
16. Muromtsev G.I. Kul'tura i pravo: aspekty sootnosheniya // Pravo i kul'tura. M., 2002. S.106-107
17. Nenovski N. Preemstvennost' v prave. M., 1977.
18. Pshenichnov M.A. Konstitutsiya Rossii i mezhdunarodnoe pravo: problemy vzaimo-deistviya. Avtoreferat diss. ... kand. yur. nauk. N.Novgorod, 2002.
19. Rybakov V.A. Retseptsiya i pravotvorchestvo// Vestnik Omskogo universiteta. Seriya: Pravo. 2012. №2. S.16-23.
20. Rybakov V.A. Retseptsiya prava: obshcheteoreticheskii aspekt//Vestnik Omskogo uni-versiteta. Seriya: Pravo. 2007. №4. S.5-12.
21. Saidov A.Kh. Sravnitel'noe pravovedenie. M., 2000.
22. Sinyukov V.N. Rossiiskaya pravovaya sistema: Vvedenie v obshchuyu teoriyu prava. – Saratov, 1994.
23. Sokol'skaya L.V. Ponyatie i priznaki pravovoi akkul'turatsii //Lex russica. 2009. №3 . S.557-570.
24. Sokol'skaya L.V. Etapy pravovoi akkul'turatsii v Rossii //Lex russica. 2009. №2. S. 396-410.
25. Tveryakova E.A. Yuridicheskaya ekspansiya: teoretiko-istoricheskoe issledovanie. Avtoreferat diss. ... kand. yur. nauk.M., 2002.
26. Tkachenko S.V. Pravovye reformy v Rossii: problemy retseptsii Zapadnogo prava. Samara, 2008.
27. Tomsinov V.A. O sushchnosti yavleniya, nazyvaemogo retseptsiei rimskogo prava // Vestnik MGU. Seriya : Pravo.-1998., № 1.
28. Ushanova I.A. Perspektivy razvitiya teorii akkul'turatsii v globalizovannom mire// Vestnik Novgorodskogo universiteta. 2003. №4.
29. Fol'gerova Yu.N. Preemstvennost' i retseptsiya v konkursnom protsesse stran Zapadnoi Evropy i Rossii: istoriko-sravnitel'nyi analiz. Avtoreferat diss. ... kand. yur. nauk. Kirov, 2008.
30. Chemerinskaya V.V. Vliyanie vizantiiskogo prava na drevnerusskoe rossiiskoe zakonodatel'stvo KhKhVII vv.(opyt sravnitel'nogo analiza). Avtoreferat diss. ... kand. yur. nauk. M., 2003.
31. Entsiklopedicheskii yuridicheskii slovar'. M., 1999.
32. Yuridicheskii slovar'. M., 1953.
33. Lotman Yu.M. Vnut-ri myslyashchikh mirov. – M., 1999.S

Материал получен редакцией 19 июня 2013 г.



АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЭКОЛОГИЧЕСКОГО ПРАВА

А.Ф. Шарифуллина*

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДОСТУПА К ГАЗОТРАНСПОРТНЫМ СИСТЕМАМ

Аннотация. *Транспортировка газа осуществляется в основном трубопроводным транспортом. В условиях ограниченной пропускной способности газотранспортной системы наиболее актуальным является вопрос недискриминационного доступа независимых организаций. В статье проведен анализ правового регулирования недискриминационного доступа к газотранспортным системам: принадлежащей ОАО "Газпром" и к местным газораспределительным сетям. Транспортировка газа по трубопроводам осуществляется в условиях естественной монополии. При этом в отличие от транспортировки нефти (естественно монопольным видом деятельности признается только транспортировка нефти по магистральным трубопроводам) естественной монополией признается транспортировка газа по любым видам трубопроводов. Доступ независимых организаций к газотранспортным системам осуществляется на основании договоров только при наличии свободных мощностей в газотранспортной системе от места подключения до места отбора газа на предлагаемый поставщиком газа период поставки газа. В случае недостаточности мощности для транспортировки всего запрашиваемого объема законодательством установлена очередность удовлетворения заявок на транспортировку. При этом приоритет отдается поставщикам газа для коммунальных и бытовых нужд населения. Отказ в предоставлении доступа может быть обжалован в ФАС России. В свою очередь, в судебной практике встречаются дела об обжаловании собственниками систем газоснабжения решений ФАС России о нарушении антимонопольного законодательства. Начиная с 2007 года ФАС России безуспешно инициирует принятие нового постановления Правительства, в соответствии с которым ОАО «Газпром» и его аффилированные лица должны получать доступ к магистральным газопроводам в общем порядке наравне с независимыми производителями газа. В отношении доступа к газораспределительным сетям ФАС России разработан проект постановления Правительства Российской Федерации «Об обеспечении недискриминационного доступа к газораспределительным сетям в Российской Федерации», предусматривающий замену действующего положения о доступе от 1998 года.*

Ключевые слова: *транспортировка газа, недискриминационный доступ, Единая система газоснабжения, газораспределительные сети, естественные монополии, независимые производители газа, газотранспортные системы, ФАС России, ОАО "Газпром", свободные мощности.*

DOI: 10.7256/1994-1471.2014.1.8965



Транспортировка газа как вид естественной монополии

В соответствии с частью первой ст. 21 Федерального закона от 31.03.1999 № 69-ФЗ «О газоснабжении в Российской Федерации»¹ (далее - Закон о газоснабжении) и ст.4 Федерального закона РФ «О естественных монополиях» от 17.08.1995 № 147-ФЗ² (далее - Закон о естественных монополиях) транспортировка газа по трубопроводам осуществляется в условиях естественной монополии. При этом в отличие от транспортировки нефти (естественно монопольным видом деятельности признается только транспортировка нефти по магистральным трубопроводам) естественной монополией признается транспортировка газа по любым видам трубопроводов.

Нефть в основном транспортируется на нефтеперерабатывающие заводы и на экспорт. В отличие от газа непосредственно сама нефть не используется потребителями, в связи с чем нет развитой системы трубопроводов для транспортировки нефти по так называемым сетям низкого давления.

Таким образом, естественной монополией в газовой отрасли признаются следующие виды деятельности:

1. Транспортировка газа по магистральным трубопроводам,
2. Транспортировка газа по газораспределительным сетям.

Согласно определению, данному в ст.3 Закона о естественных монополиях, естественная монополия – это состояние товарного рынка, при котором удовлетворение спроса на этом рынке эффективнее в отсутствие конкуренции в силу технологических особенностей производства (в связи с существенным понижением издержек производства на единицу товара по мере увеличения объема производства), а товары, производимые субъектами естественной монополии, не могут быть заменены в потреблении другими товарами, в связи с чем спрос на данном товарном рынке на товары, производимые субъектами естественных монополий, в меньшей степени зависит от изменения цены на этот товар, чем спрос на другие виды товаров.

В отношении транспортировки газа ситуация для потребителей усложняется невозможностью использования альтернативных видов

транспорта. В то время как при транспортировке нефти компании могут выбирать различные виды транспорта, в том числе услуги еще одной естественной монополии – железных дорог.

Одновременно пропускная способность трубопроводов ограничена техническими возможностями и не может удовлетворить потребности абсолютно всех производителей газа.

В результате складывается ситуация, когда ограниченные безальтернативные возможности перемещения природного газа должны быть распределены между производителями, для которых данное обстоятельство является экономически необходимым. При этом особенностью российской газовой отрасли является то обстоятельство, что сам транспортировщик, собственник системы газоснабжения, активно использует свою газотранспортную систему для транспортировки собственного газа.

Именно вышеуказанные условия функционирования газотранспортной системы и определяют ту степень участия государства в регулировании транспортировки газа, которая сложилась в настоящее время, и необходимость защиты интересов всех сторон данного процесса.

Государственное участие складывается из нескольких составляющих:

- методы регулирования деятельности субъектов естественных монополий, определенные в ст.6 Закона о естественных монополиях:
 - ценовое регулирование, осуществляемое посредством определения (установления) цен (тарифов) или их предельного уровня;
 - определение потребителей, подлежащих обязательному обслуживанию, и (или) установление минимального уровня их обеспечения в случае невозможности удовлетворения в полном объеме потребностей в товаре, производимом (реализуемом) субъектом естественной монополии, с учетом необходимости защиты прав и законных интересов граждан, обеспечения безопасности государства, охраны природы и культурных ценностей;
- контроль за недискриминационным доступом к газотранспортным системам.

Учитывая, что освещение первых двух методов регулирования достойно отдельного анализа, в настоящей статье попробуем раскрыть особенности недискриминационного доступа к газотранспортным системам (далее также – ГТС).

Недискриминационный доступ к газотранспортным системам

Основными нормативными актами, регулирующими вопросы доступа к ГТС, являются:

¹ Собрание законодательства РФ, 1999, № 14, ст. 1667; 2004, № 35, ст. 3607; 2009, № 1, ст. 17; 2011, № 30, ст. 4590; 2012, № 53, ст. 7616; № 14, ст. 1643.

² Собрание законодательства РФ, 1995, № 34, ст. 3426; 2003, № 2, ст. 168; № 13, ст. 1181; 2006, № 1, ст. 10; 2007, № 46, ст. 5557; 2011, № 29, ст. 4281; № 50, ст. 7343; 2012, № 31, ст. 4321; № 53 (ч. 1), ст. 7616.



Федеральный закон «О защите конкуренции» от 26.07.2006 № 135-ФЗ³ (далее – Закон о защите конкуренции);

- Закон о естественных монополиях;
- Закон о газоснабжении;
- постановление Правительства РФ от 14.07.1997 № 858 «Об обеспечении доступа независимых организаций к газотранспортной системе открытого акционерного общества «Газпром»⁴ (далее – Положение о доступе);
- постановление Правительства РФ от 24.11.1998 № 1370 «Об утверждении Положения об обеспечении доступа организаций к местным газораспределительным сетям»⁵ (далее – Положение о доступе к ГРС).

Закон о защите конкуренции под дискриминационными условиями понимает условия доступа на товарный рынок, при которых хозяйствующий субъект или несколько хозяйствующих субъектов поставлены в неравное положение по сравнению с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами (п.8 ст. 4). При этом под определение товарного рынка подпадает и сфера оказания услуг по транспортировке газа как услуги, которая не может быть заменена другой услугой, исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности.

Обязанность субъекта естественной монополии оказывать услуги всем хозяйствующим субъектам на недискриминационных условиях «красной нитью» проходит через все уровни правового регулирования. В частности:

- Подпункт 8 пункта 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции - запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц, в том числе создание дискриминационных условий.

- Пункт 3 статьи 8 Закона о естественных монополиях.
- Субъекты естественных монополий обязаны предоставлять доступ на товарные рынки и (или) производить (реализовывать) товары и услуги, в отношении которых применяется регулирование в соответствии с настоящим Федеральным законом, на недискриминационных условиях согласно требованиям антимонопольного законодательства.
- Статья 27 Закона о газоснабжении - организации - собственники систем газоснабжения обязаны обеспечить, если иное не предусмотрено настоящим Федеральным законом, недискриминационный доступ любым организациям, осуществляющим деятельность на территории Российской Федерации, к свободным мощностям принадлежащих им газотранспортных и газораспределительных сетей.
- Подпункт 3 пункта 20 Положения о доступе - организации системы ОАО «Газпром» обязаны (см. текст в предыдущей редакции).
- Предоставлять услуги по транспортировке газа независимым организациям на недискриминационной основе. Также согласно п.4 любая организация на территории Российской Федерации имеет право недискриминационного доступа к газотранспортной системе ОАО «Газпром» для транспортировки газа.
- Пункт 1 Положения о доступе к ГРС - любая организация на территории Российской Федерации имеет право на недискриминационный доступ к местным газораспределительным сетям для транспортировки газа к покупателям.

В отношении субъектов регулирования стоит обратить внимание, что Положение о доступе распространяет свое действие исключительно на ГТС, принадлежащую ОАО «Газпром». Положение о доступе к ГРС регулирует деятельность субъектов естественной монополии в области сетей низкого давления, предназначенных для поставок газа непосредственно потребителям.

В то же время к субъектам естественных монополий относятся собственники региональных систем газоснабжения и независимые организации (согласно определению в ст.2 Закона о газоснабжении независимые от организаций - собственников систем газоснабжения и организаций - собственников газораспределительных систем), имеющие в собственности газопроводы и оказывающие услуги по транспортировке газа. Деятельность данных субъектов

³ Собрание законодательства РФ, 2006, № 31 (1 ч.), ст. 3434; 2007, № 49, ст. 6079; 2008, № 18, ст. 1941; № 27, ст. 3126; № 45, ст. 5141; 2009, № 29, ст. 3601, 3610; № 52, ст. 6450, 6455; 2010, № 15, ст. 1736; № 19, ст. 2291; № 49, ст. 6409; 2011, № 10, ст. 1281; № 27, ст. 3873, 3880; № 29, ст. 4291; № 30, ст. 4590; № 50, ст. 7343; 2012, № 31, ст. 4334; № 53 (ч. 1), ст. 7643.

⁴ Собрание законодательства РФ, 1997, № 29, ст. 3525; 1999, № 48, ст. 5858; 2001, № 19, ст. 1941; 2012, № 17, ст. 1997.

⁵ Собрание законодательства РФ, 30.11.1998, № 48, ст. 5937; 14.08.2000, № 33, ст. 3390.



в части обеспечения недискриминационного доступа к своей газотранспортной системе не регулируется на уровне постановлений Правительства Российской Федерации. Однако данное обстоятельство не исключает их обязанность по обеспечению недискриминационного доступа на основании Закона о естественных монополиях и Закона о газоснабжении.

Если вернуться к определению естественной монополии, транспортировка газа характеризуется следующими особенностями:

удовлетворение спроса на этом рынке эффективнее в отсутствие конкуренции в силу технологических особенностей производства;

услуги по транспортировке газа не могут быть заменены другими услугами;

спрос на данные услуги в меньшей степени зависит от изменения цены на этот товар, чем спрос на другие виды товаров.

При этом темпы строительства новых и расширения старых транспортных мощностей внутри страны явно не соответствуют спросу со стороны производителей газа. Именно отсутствие достаточной технической возможности транспортировки газа является тормозом в разработке газовых месторождений независимых организаций. Кроме того, учитывая ужесточение требований к утилизации попутного нефтяного газа⁶, в соответствии с которыми уровень утилизации попутного газа должен составлять до 95%, производители нефти также оказались в очереди на получение доступа к ГТС ОАО «Газпром».

В результате можно констатировать, что в отношении услуг по транспортировке газа по магистральным газопроводам, в первую очередь, принадлежащим ОАО «Газпром», сложилась ситуация, когда спрос значительно превышает предложение.

Соответственно, нельзя говорить о том, что услуги по транспортировке газа должны оказываться абсолютно всем обратившимся лицам, то есть встает вопрос справедливого распределения объемов между производителями газа. В то же время, понимая, что ОАО «Газпром» транспортирует свой собственный газ, для недискриминационного распределения между остальными производителями газа

предоставляются мощности ГТС по остаточному принципу. Именно данная ситуация регулируется в действующем Положении о доступе.

Порядок предоставления доступа к магистральным газопроводам

В соответствии с Положением о доступе (п.5) ОАО «Газпром» обеспечивает доступ независимых организаций к своей газотранспортной системе на основании договоров, заключаемых этими организациями с ОАО «Газпром» или по поручению ОАО «Газпром» - с его газотранспортными организациями при соблюдении следующих условий:

- наличие свободных мощностей в газотранспортной системе от места подключения до места отбора газа на предлагаемый поставщиком газа период поставки газа;
- соответствие качества и параметров поставляемого газа стандартам и действующим в системе ОАО «Газпром» техническим условиям и другим нормативно-техническим документам; (см. текст в предыдущей редакции);
- наличие к предлагаемой поставщиком газа дате начала поставки газа подводных газопроводов у поставщиков и газопроводов - отводов к покупателям с пунктами учета и контроля качества газа.

Невыполнение (отсутствие) хотя бы одного из условий, указанных в Положении, является основанием для мотивированного отказа ОАО «Газпром» от заключения договора на оказание услуг по организации транспортировки газа по результатам рассмотрения заявки.

Учитывая, что последние два пункта имеют объективные критерии и их наличие или отсутствие легко доказуемы, полагаем целесообразным больше внимания уделить первому пункту.

Согласно п.1 Положения о доступе свободная мощность газотранспортной системы - это технически возможная мощность системы по приему и транспортировке газа за вычетом объемов транспортировки газа, осуществляемой для организаций системы ОАО «Газпром» и независимых организаций в соответствии с действующими в определенный момент времени договорами, а также в соответствии с решениями Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации об обязательных поставках газа организациями системы ОАО «Газпром».

Следовательно, при определении свободной мощности в конкретном транспортном коридоре и в конкретном периоде времени из общей технической мощности газопроводов на данном маршруте вычитаются законтракто-

⁶ Постановление Правительства от 08.01.2009 № 7 «О мерах по стимулированию сокращения загрязнения атмосферного воздуха продуктами сжигания попутного нефтяного газа на факельных установках» // Собрание законодательства РФ, 2009, № 3, ст. 407; 2012, № 47, ст. 6499; постановление Правительства РФ от 08.11.2012 № 1148 «Об особенностях исчисления платы за выбросы загрязняющих веществ, образующихся при сжигании на факельных установках и (или) рассеивании попутного нефтяного газа» // Собрание законодательства РФ, 2012, № 47, ст. 6499.



ванные в действующих договорах мощности, в том числе на поставку газа во исполнение международных договоров и соглашений Российской Федерации.

В случае недостаточности мощности для транспортировки всего запрашиваемого объема, что является довольно частой ситуацией, заявки на транспортировку удовлетворяются в порядке очередности. Согласно п.10 Положения о доступе приоритет отдается:

- в первую очередь - поставщикам газа для коммунальных и бытовых нужд населения;
- во вторую очередь - организациям, которые реализуют и приобретают природный газ на товарных биржах;
- в третью очередь - поставщикам газа, предусматривающим поставки газа в течение более длительного срока по сравнению с другими заявителями.

Заявки остальных независимых организаций удовлетворяются с учетом требований антимонопольного законодательства либо пропорционально заявленным объемам транспортировки газа, либо на конкурсной основе в порядке, определяемом Правительством Российской Федерации.

В то же время в рамках данного пункта Положения о доступе следует учитывать, что в настоящее время отсутствуют биржевые торги по продаже газа. Кроме того, на практике доступ независимым организациям предоставляется, как правило, на один год или меньше. Предоставление доступа на более длительные периоды является единичной практикой. Данное обстоятельство, по всей видимости, более выгодно монополисту, чем производителям газа, которые, безусловно, заинтересованы в долгосрочном доступе, поскольку получив его, они получили бы определенные гарантии для развития своего газового бизнеса.

Несмотря на установленную в Положении о доступе очередность, в декабре 2012 года в Закон о газоснабжении были внесены изменения⁷, предусматривающие еще одно основание для получения приоритетного доступа к ГТС: *в первую очередь* доступ к свободным мощностям газопроводов, принадлежащих собственникам систем газоснабжения, в том числе газораспределительных сетей, предоставляется поставщикам для транспортировки отбензиненного

сухого газа (СОГ), получаемого в результате переработки нефтяного (попутного) газа. Тем самым был установлен особый статус нефтедобывающих компаний. В то же время следует обратить внимание, что при этом транспортировка СОГ стала более приоритетной, чем поставка газа для коммунальных и бытовых нужд населения. Конечно, в определенной ситуации СОГ тоже может поставляться для коммунальных и бытовых нужд населения. Однако, понимая, что газ реализуется населению по регулируемым ценам и существуют проблемы с неплатежами за поставленный газ, можно предположить, что данное направление реализации не будет для нефтяных компаний основным.

Учитывая, что изменения в очередности предусмотрены Федеральным законом, следует констатировать, что в случае недостаточности мощности для транспортировки всего запрашиваемого объема приоритет отдается четырем категориям заявителей в четкой очередности. При этом, полагаем, что в Положение о доступе должны быть внесены соответствующие изменения.

Довольно любопытным на этом фоне кажется порядок, установленный в отношении доступа к системе российских магистральных трубопроводов и терминалов при вывозе нефти за пределы таможенной территории Российской Федерации. Согласно ст.6 Закона о естественных монополиях право доступа к данной системе предоставляется организациям, осуществляющим добычу нефти и зарегистрированным в установленном порядке, а также организациям, являющимся основными обществами по отношению к организациям, осуществляющим добычу нефти, *пропорционально объемам добытой нефти*, сданной в систему магистральных трубопроводов с учетом стопроцентной пропускной способности магистральных трубопроводов (исходя из их технических возможностей). Вместо определения очередности законодатель ввел систему доступа всех производителей.

Справедливости ради стоит отметить, что данный порядок не может быть полностью перенесен на газовую отрасль: во-первых, речь идет только о поставках нефти за пределы Российской Федерации, во-вторых, трубопровод не единственный способ транспортировки нефти, что дает нефтяникам определенную степень маневренности в транспортировке.

Сложившаяся ситуация с распределением объемов давно волнует Федеральную антимонопольную службу. Начиная с 2007 года служба инициирует принятие нового постановления Правительства, в соответствии с которым ОАО «Газпром» и его аффилированные лица долж-

⁷ Федеральный закон от 03.12.2012 № 241-ФЗ «О внесении изменений в статью 27 Федерального закона «О газоснабжении в Российской Федерации» // pravo.gov.ru; Официальный интернет-портал правовой информации; 04.12.2012; № 0001201212040021. URL: <http://pravo.gov.ru:8080/page.aspx?27607> (дата обращения: 03 июля 2013 г.).



ны получать доступ в общем порядке наравне с независимыми производителями газа⁸.

В планах на 2012 год руководителем ФАС России также была отмечена необходимость принятия постановлений Правительства РФ «Об обеспечении недискриминационного доступа к магистральным газопроводам в РФ», «Об обеспечении недискриминационного доступа к газораспределительным сетям в РФ», «О реализации газа на электронных торговых площадках в товарных биржах и внесении изменений в некоторые акты Правительства РФ по вопросам государственного регулирования цен на газ и доступа к газотранспортной системе ОАО «Газпром»⁹. Однако до настоящего времени (июнь 2013 года) Положение о доступе и Положение о доступе к ГРС действуют в старой редакции.

По итогам прошедшего 2012 года было принято только постановление Правительства Российской Федерации от 16.04.2012 № 323 «О реализации природного газа на товарных биржах и внесении изменений в акты Правительства Российской Федерации по вопросам государственного регулирования цен на газ и доступа к газотранспортной системе открытого акционерного общества «Газпром»».

В то же время следует отметить одно из значительных достижений ФАС России в борьбе за прозрачность естественных монополий - принятие изменений в Закон о естественных монополиях¹⁰ и последовавшее в их развитие постановление Правительства об обязательном раскрытии информации субъектами естественных монополий, оказывающими услуги по транспортировке газа по трубопроводам¹¹. В частности:

- о наличии (отсутствии) технической возможности доступа к регулируемым услугам по транспортировке газа по трубопроводам;

⁸ Сафонова Е. Проект постановления о равном доступе к ГТС снова буксует // rbcdaily.ru; Ежедневная деловая газета РБК daily. 03.10.2011. URL: <http://www.rbcdaily.ru/tek/562949981642541> (дата обращения: 03 июля 2013 г.).

⁹ Игорь Артемьев обозначил цели ФАС России на 2012 год // fas.gov.ru; официальный сайт ФАС России. 15.02.2012. URL: http://fas.gov.ru/fas-news/fas-news_32749.html (дата обращения: 03 июля 2013 г.).

¹⁰ Федеральный закон Российской Федерации «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 25.12.2008 № 281-ФЗ // Собрание законодательства РФ, 29.12.2008, № 52 (ч. 1), ст. 6236.

¹¹ Постановление Правительства Российской Федерации от 29.10.2010 № 872 «О стандартах раскрытия информации субъектами естественных монополий, оказывающими услуги по транспортировке газа по трубопроводам» // Собрание законодательства РФ, 2010, № 45, ст. 5855.

- регистрации и ходе реализации заявок на доступ к услугам по транспортировке газа по трубопроводам и заявок на подключение (подсоединение) к магистральному газопроводу или газораспределительной сети субъектов естественных монополий.

Вся обязательная информация публикуется на официальном сайте ОАО «Газпром»¹².

В случае отказа в предоставлении доступа юридическое лицо может обжаловать его в ФАС России.

Например, в январе 2012 г. ФАС России признала ОАО «Газпром», занимающего доминирующее положение на федеральном рынке услуг по транспортировке газа, нарушившим ч.1 ст.10 Закона о защите конкуренции. Общество необоснованно отказало ООО «Реал-газ» в доступе к своей ГТС, полагают в ведомстве¹³. Газовый монополист не удовлетворил заявку компании на получение доступа к ней и отказал в заключении договора на транспортировку газа. Газпром фактически устранил ООО «Реал-Газ» с рынка газа, заставив потребителя приобретать газ у своей дочерней компании.

ООО «Реал-Газ» выполнило все условия, указанные в Положении о доступе, однако, ОАО «Газпром» было принято решение об отказе ООО «Реал-Газ» в доступе к ГТС ОАО «Газпром».

Основанием для отказа явилось «полное обеспечение потребности потребителя в природном газе из ресурсов других поставщиков, а также то, что ОАО «Газпром» не может обеспечить гарантированную поставку газа до ГРС г.Михайловка-2». По мнению ФАС России, указанное основание для отказа в доступе ООО «Реал-Газ» к ГТС ОАО «Газпром» не предусмотрено Положением о доступе.

В отношении технологической возможности транспортировки газа по запрашиваемому маршруту было указано, что другим независимым поставщикам газа предоставляется возможность транспортировки газа для потребителей Волгоградской области в прерываемом режиме при отсутствии гарантий такой транспортировки.

По результатам рассмотрения жалобы Комиссией ФАС России по рассмотрению дела о

¹² Информация об услугах по транспортировке // www.gazprom.ru; официальный сайт ОАО «Газпром». 23.04.2013. URL: <http://www.gazprom.ru/investors/disclosure/transportation-services/> (дата обращения: 03 июля 2013 г.).

¹³ ОАО «Газпром» злоупотребило своим доминирующим положением // fas.gov.ru; официальный сайт ФАС России. 01.02.2012. URL: http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news_32684.html (дата обращения: 03 июля 2013 г.).



нарушении антимонопольного законодательства было выдано предписание:

1. На основании пункта 2 «в» части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции, незамедлительно прекратить нарушение правил недискриминационного доступа к услугам по организации транспортировки газа.
2. При наличии технологической возможности обеспечивать доступ независимых организаций к газотранспортной системе ОАО «Газпром» для транспортировки газа.
3. Оказывать услуги по транспортировке газа по газотранспортной системе ОАО «Газпром» всем независимым организациям на недискриминационных условиях¹⁴.

Заявления ОАО «Газпром» о признании незаконными решения и предписания ФАС России от 27 января 2012 года по данному делу не были удовлетворены ни в одной инстанции.

Существует и противоположная практика по вопросам доступа к ГТС. Например, постановления ФАС Московского округа № КА-А40/11185-09 от 29.10.2009 по делу № А40-83706/08-2-160, Девятого арбитражного апелляционного суда от 04.07.2007 № 09АП-8871/2007-АК по делу № А40-17405/07-149-116.

Несмотря на различную судебную практику по вопросам доступа к ГТС ОАО «Газпром», следует отметить, что проблемы независимых организаций будут существовать всегда. И связано это, в первую очередь, с ограниченностью самого ресурса – мощности трубопровода. По заявлениям самого монополиста, компания удовлетворяет все заявки на доступ независимых производителей к ГТС, за исключением случаев, когда это невозможно по техническим причинам и основная из них – это ограниченные возможности газотранспортной системы¹⁵.

Возможно, что заявляемые ежегодно ОАО «Газпром» капитальные вложения в объекты транспортировки в какой-то степени улучшат общую ситуацию, связанную с доступом к газотранспортной системе.

Порядок предоставления доступа к газораспределительным сетям

Принципиальным отличием правового регулирования доступа к газораспределительным сетям является то, что Положение о доступе к ГРС относится к достаточно большому кругу лиц, собственников данных сетей. В то время как Положение о доступе регулирует отношения фактически только с одним лицом – ОАО «Газпром» как собственником Единой системы газоснабжения.

В отношении иных вопросов достаточно много общих положений.

Согласно п.4 Положения о доступе к ГРС доступ организаций к местным газораспределительным сетям предоставляется при наличии:

- свободной мощности в местных газораспределительных сетях (от места подключения до места отбора газа) на заявленный период транспортировки газа;
- подводящих газопроводов и газопроводов - отводов к покупателям газа с пунктами учета и контроля качества газа, подготовленных к началу поставки газа;
- соответствия качества и параметров поставляемого газа требованиям действующей нормативно - технической документации;
- разрешений у потребителей на использование газа в качестве топлива.

Как видно, 3 из 4 условий аналогичны условиям п.5 Положения о доступе. Дополнительно указана только необходимость наличия у потребителей разрешений на использование газа в качестве топлива. Связано это в первую очередь с тем, что сами сети, в отличие от магистральных газопроводов, предназначены для поставки газа непосредственно потребителям.

Под свободной мощностью местной газораспределительной сети понимается технически возможная мощность сети по приему и транспортировке газа за вычетом объемов транспортировки газа, осуществляемой по действующим в соответствующий период времени договорам. В отличие от Положения о доступе в данном определении не упоминаются объемы транспортировки газа, осуществляемой в соответствии с решениями Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации об обязательных поставках газа организациями системы ОАО «Газпром».

При отсутствии в местной газораспределительной сети свободной мощности, достаточной для удовлетворения всех поданных заявок, также установлена очередность (п.7 Положения о доступе к ГРС): в приоритетном порядке удовлетворяются заявки организаций, обеспечивающих коммунально-бытовые нужды насе-

¹⁴ Решение Комиссии ФАС России по рассмотрению дела № 1 10 108-11 о нарушении антимонопольного законодательства от 27.01.2012 // fas.gov.ru; официальный сайт ФАС России. 02.04.2012. URL: http://fas.gov.ru/solutions/solutions_34399.html (дата обращения: 03 июля 2013 г.).

¹⁵ Релиз ОАО «Газпром» «Ответственность независимых производителей газа и их контрагентов за соблюдение обязательств по использованию ГТС необходимо повышать» // gazprom.ru; официальный сайт ОАО «Газпром». 12.02.2013. URL: <http://www.gazprom.ru/press/news/2013/february/article156007/> (дата обращения: 03 июля 2013 г.).



ления, проживающего в месте расположения газораспределительной сети.

При поставке газа для иных целей приоритетом пользуются заявки организаций, претендующих на заключение договора с наиболее длительным сроком транспортировки газа. При равных условиях доступ организаций к местной газораспределительной сети осуществляется пропорционально заявленным объемам транспортировки газа.

В настоящее время ФАС России разработала проект постановления Правительства Российской Федерации «Об обеспечении недискриминационного доступа к газораспределительным сетям в Российской Федерации», предусматривающий отмену действующего Положения о доступе к ГРС от 1998 года.

В проекте предусмотрены положения о подсоединении к ГРС. ФАС России считает это важным для развития конкуренции на рынке реализации природного газа в части обеспечения недискриминационности доступа на рынок. Поэтому, по мнению службы, вопросы технологического подсоединения должны рассматриваться как составная часть общих правил недискриминационного доступа к газораспределительным сетям¹⁶.

В целях решения этой задачи проект постановления вводит детальную регламентацию вопросов подключения к газораспределительным сетям для транспортировки газа в целях создания равных условий для собственников газораспределительных сетей, в том числе организаций группы лиц ОАО «Газпром», и независимых от собственников газораспреде-

лительных сетей организаций при подключении к газораспределительным сетям в целях осуществления поставок газа.

Урегулирование на подзаконном уровне вопросов подключения к ГРС, которые в течение длительного времени оставались пробелом в законодательстве, является логичным продолжением принятых в этом году изменений в Закон о газоснабжении. В частности, Федеральным законом от 05.04.2013 № 35-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О газоснабжении в Российской Федерации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹⁷ установлен порядок государственного регулирования платы за технологическое присоединение газоиспользующего оборудования к газораспределительным сетям.

Подводя итог рассмотрению правового регулирования недискриминационного доступа можно сделать определённые выводы в отношении перспектив развития законодательства. Принципиальным является разделение правового регулирования в зависимости от вида газотранспортной системы: транспортировка по магистральным газопроводам, отнесенным к Единой системе газоснабжения, или по газораспределительным сетям. В отношении последних в ближайшее время предстоит значительное изменение правового регулирования. В то же время вряд ли будут внесены какие-либо изменения в регулирование доступа к магистральным газопроводам и связано это, в первую очередь, с позицией ОАО «Газпром», блокирующей инициативы ФАС России.

Библиография

1. Сафонова Е. Проект постановления о равном доступе к ГТС снова буксует // rbcdaily.ru; Ежедневная деловая газета РБК daily. 03.10.2011. URL: <http://www.rbcdaily.ru/tek/562949981642541> (дата обращения: 03 июля 2013 г.).
2. Игорь Артемьев обозначил цели ФАС России на 2012 год // fas.gov.ru; официальный сайт ФАС России. 15.02.2012. URL: http://fas.gov.ru/fas-news/fas-news_32749.html (дата обращения: 03 июля 2013 г.).
3. ОАО «Газпром» злоупотребило своим доминирующим положением // fas.gov.ru; официальный сайт ФАС России. 01.02.2012. URL: http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news_32684.html (дата обращения: 03 июля 2013 г.).
4. Релиз ОАО «Газпром» «Ответственность независимых производителей газа и их контрагентов за соблюдение обязательств по использованию ГТС необходимо повышать» // gazprom.ru; официальный сайт ОАО «Газпром». 12.02.2013. URL: <http://www.gazprom.ru/press/>

¹⁶ ФАС разработала проект постановления Правительства РФ о недискриминационном доступе к газораспределительным сетям // quote.rbc.ru; бизнес-аналитический портал РБК quote. 06.06.2013. URL: <http://quote.rbc.ru/news/fond/2013/06/06/33962145.html> (дата обращения: 03 июля 2013 г.).

¹⁷ Федеральный закон от 05.04.2013 № 35-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О газоснабжении в Российской Федерации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // pravo.gov.ru; официальный интернет-портал правовой информации; 08.04.2013; № 0001201304080033. URL: <http://pravo.gov.ru:8080/page.aspx?39095> (дата обращения: 03 июля 2013 г.).



news/2013/february/article156007/ (дата обращения: 03 июля 2013 г.).

5. ФАС разработала проект постановления Правительства РФ о недискриминационном доступе к газораспределительным сетям // quote.rbc.ru; бизнес-аналитический портал РБК quote. 06.06.2013. URL: <http://quote.rbc.ru/news/fond/2013/06/06/33962145.html> (дата обращения: 03 июля 2013 г.).

References

1. Safonova E. Proekt postanovleniya o ravnom dostupe k GTS snova buksuet //rbcdaily.ru; Ezhednevnyaya delovaya gazeta RBK daily. 03.10.2011. URL: <http://www.rbcdaily.ru/tek/562949981642541> (data obrashcheniya: 03 iyulya 2013 g.).
2. Igor' Artem'ev oboznachil tseli FAS Rossii na 2012 god// fas.gov.ru; ofitsial'nyi sait FAS Rossii. 15.02.2012. URL: http://fas.gov.ru/fas-news/fas-news_32749.html (data obrashcheniya: 03 iyulya 2013 g.).
3. OAO «Gazprom» zloupotrebilo svoim dominiruyushchim polozheniem // fas.gov.ru; ofitsial'nyi sait FAS Rossii. 01.02.2012. URL: http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news_32684.html (data obrashcheniya: 03 iyulya 2013g.).
4. Reliz OAO «Gazprom» «Otvetstvennost' nezavisimyykh proizvoditelei gaza i ikh kontragentov za soblyudenie obyazatel'stv po ispol'zovaniyu GTS neobkhodimo povyshat'» // gazprom.ru; ofitsial'nyi sait OAO «Gazprom». 12.02.2013. URL: <http://www.gazprom.ru/press/news/2013/february/article156007/> (data obrashcheniya: 03 iyulya 2013 g.).
5. FAS razrabotala proekt postanovleniya Pravitel'stva RF o nediskriminatsionnom dostupe k gazoraspredeletel'nyim setyam // quote.rbc.ru; biznes-analiticheskii portal RBK quote. 06.06.2013. URL: <http://quote.rbc.ru/news/fond/2013/06/06/33962145.html> (data obrashcheniya: 03 iyulya 2013 g.).

Материал получен редакцией 28 августа 2013 г.



АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

А.А. Ножкина*

К ВОПРОСУ О ВИДАХ СТРАХОВАНИЯ ГРАЖДАНСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Аннотация: Статья посвящена классификации видов страхования гражданской ответственности. Действующее законодательство предусматривает два вида страхования гражданской ответственности по основанию ее возникновения: страхование риска ответственности по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц (статья 931 Гражданского кодекса РФ) и страхование риска ответственности по договорам (статья 932 Гражданского кодекса РФ). Ответственность за нарушение внедоговорных обязательств, в частности, ответственность арбитражного управляющего и лиц, входящих в состав органов управления юридического лица, не подлежит страхованию ни по правилам о страховании договорной ответственности, ни по правилам о страховании деликтной ответственности. Такая ответственность не основана на договоре, поскольку таковой не заключается, и не является следствием причинения вреда. В этой связи автором делается вывод о недостаточности правового регулирования в данной сфере и предлагаются возможные пути решения поставленной проблемы.

Ключевые слова: страхование ответственности, виды страхования ответственности, страхование договорной ответственности, страхование деликтной ответственности, страхование внедоговорной ответственности, классификация обязательств, ответственность арбитражного управляющего, природа арбитражного управления, страхование ответственности руководителя, ответственность исполнительных органов.

DOI: 10.7256/1994-1471.2014.1.10228

Действующее законодательство предусматривает два вида страхования гражданской ответственности в зависимости от основания возникновения ответственности:

1) страхование риска ответственности по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц;

2) страхование риска ответственности по договорам.

Вместе с тем, существуют многочисленные случаи возникновения ответственности за нарушение внедоговорных обязательств, которые сложно отнести к одному из указанных видов страхования гражданской ответственности.

В частности, речь идет о страховании ответственности арбитражного управляющего

© Ножкина Алена Александровна

* Аспирант кафедры гражданского и семейного права Московского государственного университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
[a.nozhkina@yandex.ru]

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9



и лиц, входящих в состав органов управления юридического лица.

Пунктом 4 статьи 20.3 и пунктом 4 статьи 20.4 Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ (в ред. от 23.07.2013)¹ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон о банкротстве) предусмотрено, что при проведении процедур, применяемых в деле о банкротстве, арбитражный управляющий обязан действовать добросовестно и разумно в интересах должника, кредиторов и общества. Арбитражный управляющий обязан возместить должнику, кредиторам и иным лицам убытки, которые причинены в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения арбитражным управляющим возложенных на него обязанностей в деле о банкротстве.

Лицо, которое в силу закона или учредительных документов юридического лица выступает от его имени, должно действовать в интересах представляемого им юридического лица добросовестно и разумно. Оно обязано по требованию учредителей (участников) юридического лица, если иное не предусмотрено законом или договором, возместить убытки, причиненные им юридическому лицу (пункт 3 статьи 53 Гражданского кодекса РФ).

Очевидно, что в строгом смысле слова договорной ответственности арбитражного управляющего и лиц, входящих в состав органов управления юридического лица, не является, поскольку договор с ними не заключается. В то же время до момента возникновения страхового случая между указанными лицами существуют обязательственные правоотношения, а значит, деликтной такая ответственность тоже не является.

Указанное в статье 929 Гражданского кодекса РФ деление видов страхования ответственности на договорную и деликтную, по всей видимости, уходит своими корнями к классификации обязательств, разработанной еще римскими юристами: на обязательства из контракта (*ex contractu*) и обязательства из деликта (*ex delicto*)².

Но нельзя не отметить, что уже к VI в. двучленная система обязательств была скорректирована и окончательно была сформирована четырехчастная система источников обязательств: из контракта (*ex contractu*), из квазиконтракта (*quasi ex contractu*), из деликта (*ex delicto*) и из квазиделикта (*quasi ex delicto*)³.

В настоящее время оснований возникновения обязательств, а стало быть, и оснований возникновения ответственности больше, чем только договор и деликт.

Гражданский кодекс РФ в части 2 статьи 307 предусматривает, что обязательства возникают из договора, вследствие причинения вреда и из иных оснований, указанных в Кодексе.

Поэтому в доктрине гражданского права ответственность по основаниям ее возникновения чаще разделяется на договорную и внедоговорную⁴, при этом внедоговорная ответственность понимается шире, чем деликтная.

В действующих реалиях, имея только два вида ответственности – договорную и внедоговорную, в доктрине, как правило, договорная ответственность трактуется узко – только как ответственность за нарушение обязательств из договора. Ответственность же за нарушение всех иных обязательств, установленных не договором, а законом (деликтных, кондикционных и иных обязательств) относят к внедоговорной ответственности⁵.

Исходя из представленных вводных замечаний относительно природы двух видов ответственности, рассмотрим сложившиеся в науке подходы к квалификации страхования ответственности арбитражного управляющего и лиц, входящих в состав органов управления юридического лица.

Страхование ответственности арбитражного управляющего

Обязанность арбитражного управляющего страховать свою ответственность предусмотрена статьей 24.1 Закона о банкротстве. В соответствии с данной нормой арбитражный управляющий обязан заключить договор обязательного страхования ответственности за причинение убытков лицам, участвующим в деле о банкротстве, и иным лицам в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением возложенных на арбитражного управляющего обязанностей в деле о банкротстве.

Законодательство не дает ответа на вопрос о виде страхуемой ответственности арбитражного управляющего, указывая лишь форму ответственности – возмещение убытков в связи с

⁴ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд., стер. – М.: Статут, 2009. С.628 (автор главы – Витрянский В.В.). Российское гражданское право: Учебник: в 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. – М.: Статут, 2010. С. 447 (автор главы – Е.А. Суханов).

⁵ Шевченко А.С., Шевченко Г.Н. Деликтные обязательства в российском гражданском праве: Учебное пособие. – М.: Статут, 2013. С. 5-6.

¹ Собрание законодательства РФ. 2002, N 43. Ст. 4190.

² Дождев Д.В. Римское частное право: учебник / Д.В. Дождев; под общ. ред. В.С. Нерсисянца. – 3-е изд., испр. и доп. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2013. С.487.

³ Там же. С. 489.



неисполнением или ненадлежащим исполнением возложенных на арбитражного управляющего обязанностей в деле о банкротстве.

В доктрине данный вопрос однозначно также не решен.

Отсутствие единообразного подхода к квалификации страхования ответственности арбитражного управляющего является следствием такой же неопределенности в вопросах о правовой природе ответственности арбитражного управляющего и самого арбитражного управления.

В литературе высказывались мнения о том, что арбитражный управляющий является: представителем кредиторов; органом конкурсной массы, образующей самостоятельную юридическую личность, не обладающую гражданской дееспособностью; исполнительным органом кредиторов; представителем должника; опекуном; аналогом судебного пристава; доверительным управляющим⁶.

Соответственно, вопрос о квалификации ответственности также является нерешенным. По мнению одних исследователей, ответственность арбитражного управляющего является деликтной; другие квалифицируют данную ответственность как ответственность за нарушение договора.

Т.П. Шишмарева относит ответственность арбитражного управляющего к деликтной ответственности. Она отмечает, что «договор страхования ответственности арбитражных управляющих следует отнести к договору страхования ответственности за причинение вреда, поскольку при определении правового статуса арбитражного управляющего не выявлено договорного отношения между ним и должником или иными субъектами, к договору следует применять положения ст. 931 ГК РФ»⁷. Аналогичная позиция высказывалась М.В. Жаботинским⁸, И.Ю. Мухачевым⁹, С.Л. Сотниковым¹⁰.

⁶ Белых В.С., Дубинчин А.А., Скуратовский М.Л. Правовые основы несостоятельности (банкротства). М., 2001. С. 87-89.

⁷ Шишмарева Т.П. Страхование ответственности арбитражного управляющего // Цивилист. 2010. №2.

⁸ Жаботинский М.В. Арбитражный управляющий как субъект гражданских правоотношений при банкротстве. Дисс. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2004. С.178.

⁹ Мухачев И.Ю. Правовое регулирование деятельности арбитражного управляющего при несостоятельности (банкротстве). Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С.156.

¹⁰ Сотников С.Л. Страхование профессиональной ответственности. Дис. ... канд. юрид. наук. Красноярск, 2010. С.53.

По нашему мнению, ответственность арбитражного управляющего деликтной не является. Формальное отсутствие договорных отношений не свидетельствует о деликтном характере ответственности арбитражного управляющего.

Безусловно, отношения по арбитражному управлению носят публичный, и даже процессуальный характер. Вместе с тем, совершенно справедливо, на наш взгляд отмечает А.А. Дубинчин, что «лицо, будучи назначенным арбитражным управляющим и выполняя публичные функции, вступает в гражданско-правовые отношения, становясь стороной в обязательстве, в силу которого оно обязано совершить определенные действия по отношению к должнику, его имуществу и кредиторам»¹¹.

Действительно, до момента возникновения страхового случая, у арбитражного управляющего уже есть целый спектр строго определенных обязанностей, что свидетельствует о наличии между арбитражным управляющим и лицами, участвующими в деле о банкротстве, гражданско-правовых обязательств, пусть даже обязанности по этим обязательствам установлены не договором, а законом. Как уже отмечалось, при страховании деликтной ответственности до момента возникновения страхового случая между причинителем вреда и потерпевшим не существует никаких обязательственных правоотношений.

В этой связи некоторыми учеными делается вывод о том, что раз ответственность арбитражного управляющего не является деликтной, значит, она является договорной.

Так, Е.Е. Владыка, не давая окончательную правовую квалификацию ответственности арбитражного управляющего, вместе с тем, отмечает, что «деятельность арбитражного управляющего ближе всего к оказанию услуг»¹².

В настоящее же время действующим законодательством заключение подобного договора не предусмотрено, хотя на целесообразность заключения такого договора неоднократно указывалось в литературе¹³.

Поскольку договор с арбитражным управляющим отсутствует, Ю.Б. Фогельсон указывает: «выбирая между договорным и деликтным

¹¹ Дубинчин А.А. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) юридического лица. Дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1999. С.131.

¹² Владыка Е.Е. Арбитражный управляющий – субъект профессиональной деятельности // Предпринимательское право. Приложение Бизнес и право в России и за рубежом. 2011. №3.

¹³ Свит Ю.П. Договор с арбитражным управляющим. Проблемы правового регулирования. Труды МГЮА. М., 1998. №3. С. 262, 272.



характером его [арбитражного управляющего – А.Н.] ответственности (а ничего другого нам гл. 49 ГК РФ не предоставляет), следует остановиться на договорном»¹⁴.

По нашему мнению, договорной, в строгом смысле слова, ответственность арбитражного управляющего не является, поскольку договор, устанавливающий основания и размер такой ответственности, действительно отсутствует. В то же время, деликтной такая ответственность также не является в силу наличия до момента возникновения страхового случая обязательственного правоотношения между арбитражным управляющим и лицами, участвующими в деле о банкротстве, за нарушение которого ответственность и возникает.

Страхование ответственности лиц, входящих в состав органов управления юридического лица

В соответствии со статьей 44 Федерального закона от 08.02.1998 N 14-ФЗ (в ред. от 29.12.2012, с изм. от 23.07.2013) «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее – Закон об ООО)¹⁵ и статьей 71 Федерального закона от 26.12.1995 N 208-ФЗ (в ред. от 06.11.2013) «Об акционерных обществах» (далее – Закон об АО)¹⁶ члены совета директоров (наблюдательного совета) общества, единоличный исполнительный орган общества, члены коллегиального исполнительного органа общества, а равно управляющий несут ответственность перед обществом за убытки, причиненные обществу их виновными действиями (бездействием), если иные основания и размер ответственности не установлены федеральными законами.

Дискуссий относительно природы ответственности не возникает в отношении, пожалуй, только управляющего и управляющей компании. Очевидно, что свои полномочия такие лица, входящие в состав органов управления юридического лица, осуществляют на основании гражданско-правового договора; отмечается, что этим договором оформляются обязательственные правоотношения об оказании услуг¹⁷. В этой связи делается вывод о договорном характере ответственности управляющего и управляющей компании перед обществом.

Вопрос о природе ответственности лиц, исполняющих обязанности единоличного¹⁸ и коллегиального исполнительных органов, членов совета директоров (наблюдательного совета) перед обществом является дискуссионным в доктрине гражданского права.

К договорной ответственности лиц, входящих в состав органов управления юридического лица, относят по двум причинам.

По мнению одних ученых, ответственность указанных лиц перед обществом носит договорный характер, поскольку основана на нарушении трудового договора, заключенного с обществом.

Так, С.В. Дедиков указывает: «В случае причинения убытков обществу единоличный исполнительный орган и члены коллегиального исполнительного органа несут договорную ответственность перед своей организацией, поскольку их связывает трудовой контракт (договор)»¹⁹. Аналогичная точка зрения высказана Г.Л. Рубеко²⁰, А.В. Широковым²¹.

С подобной позицией, по нашему мнению, согласиться нельзя.

Руководитель организации имеет двойственный статус в обществе.

С одной стороны, руководитель является работником общества, которого связывают с обществом трудовые отношения, регулируемые трудовым договором. За нарушение трудовых обязанностей руководитель несет ответственность, предусмотренную трудовым законодательством: полную материальную ответственность за прямой действительный ущерб, причиненный организации (статья 277 Трудового кодекса Российской Федерации от 30.12.2001 N 197-ФЗ (в ред. от 07.06.2013)). В этой связи, безусловно, справедливо А.Ф. Нуртдинова и Л.А. Чиканова отмечали, что руководитель организации, как и всякий другой работник, обязаны осуществлять работу по определенной должности, то есть выполнять определенную трудовую функцию, а не пере-

¹⁸ Для целей настоящей статьи термины «руководитель» и «лицо, исполняющее обязанности единоличного исполнительного органа» будут использоваться как синонимичные.

¹⁹ Дедиков С.В. Страхование ответственности руководителей юридических лиц // Юридическая работа в кредитной организации, 2012 №2

²⁰ Рубеко Г.Л. Правовой статус органов управления акционерных обществ. М.: Статут, 2007 // СПС КонсультантПлюс.

²¹ Широков А.В. Правовые вопросы страхования ответственности директоров и иных должностных лиц // Предпринимательское право, 2007, №4.

¹⁴ Фогельсон Ю.Б. Страхование право: теоретические основы и практика применения: монография / Ю.Б. Фогельсон. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2012. С. 445.

¹⁵ Собрание законодательства РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

¹⁶ Собрание законодательства РФ. 1996. № 1. ст. 1.

¹⁷ Бычкова Е.Н. Указ. соч. С.53.



давать работодателю конечный результат своего труда²².

Но в то же время руководитель исполняет обязанности единоличного исполнительного органа, то есть является органом управления юридического лица. Единоличный исполнительный орган без доверенности действует от имени общества, самостоятельно заключает определенные сделки.

Данные отношения регулируются корпоративным, но не трудовым законодательством, на что прямо указано в пункте 3 статьи 69 Закона об АО: на отношения между обществом и единоличным исполнительным органом общества (директором, генеральным директором) и (или) членами коллегиального исполнительного органа общества (правления, дирекции) действие законодательства Российской Федерации о труде распространяется в части, не противоречащей положениям Трудового кодекса РФ.

Приоритет в применении норм гражданского права перед нормами трудового к отношениям, возникающим между акционерным обществом и физическим лицом, осуществляющим функции его единоличного исполнительного органа, был отмечен Конституционным судом РФ²³.

Данный подход является преобладающим и в доктрине гражданского права. Совершенно справедливо, на наш взгляд, А.А. Маковская говорит «об отношениях, складывающихся между обществом и лицами, выполняющими функции его органов или входящими в его органы при осуществлении этих функций, как об отношениях корпоративных, отличных от отношений между работодателем и наемными работниками и являющихся по своей природе отношениями гражданско-правовыми»²⁴. Схожий подход

высказывался А.В. Богдановым²⁵, Т.Ю. Коршуновой²⁶, П.В. Степановым²⁷.

Аналогичное решение содержится в проекте N 47538-6/2 Федерального закона «О внесении изменений в главу 4 части первой гражданского кодекса Российской Федерации, статью 1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов», который предусматривает введение нового пункта 4 в статью 53 Гражданского кодекса РФ, устанавливающего, что отношения между юридическим лицом и лицами, входящими в его органы, регулируются Кодексом и принятыми в соответствии с ним законами о юридических лицах. В той части, в какой эти отношения не урегулированы указанным законодательством, к трудовым отношениям таких лиц применяется трудовое законодательство.

Таким образом, по нашему мнению, наличие трудового договора между руководителем организации и обществом не свидетельствует о договорном характере ответственности за нарушение установленной корпоративным законодательством обязанности действовать в интересах представляемого им юридического лица добросовестно и разумно.

Что касается членов совета директоров (наблюдательного совета), то трудовое законодательство в силу статьи 11 Трудового кодекса РФ на них не распространяется. Очевидно, что их ответственность носит гражданско-правовой характер.

По мнению других ученых, ответственность лиц, входящих в состав органов управления юридического лица, носит договорный характер, поскольку основана на нарушении договора на осуществление корпоративных функций. При этом сам этот гражданско-правовой договор понимается по-разному: как особый договор *sui generis*

²² Нуртдинова А.Ф., Чиканова Л.А. Соотношение трудового и нового гражданского законодательства. В кн.: Новый гражданский кодекс России и отраслевое законодательство. М., 1995. С. 14.

²³ Постановление Конституционного Суда РФ от 15.03.2005 N 3-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 2 статьи 278 и статьи 279 Трудового кодекса Российской Федерации и абзаца второго пункта 4 статьи 69 Федерального закона «Об акционерных обществах» в связи с запросами Волховского городского суда Ленинградской области, Октябрьского районного суда города Ставрополя и жалобами ряда граждан» // СПС КонсультантПлюс.

²⁴ Маковская А.А. Основание и размер ответственности руководителей акционерного общества за причиненные обществу убытки // Убытки и практика их возмещения: Сборник статей / отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статус, 2006

²⁵ Богданов А.В. Юридическая конструкция договора между акционерным лицом и лицом, осуществляющим функции его единоличного исполнительного органа // <http://www.jurvestnik.psu.ru/ru/vipusk2122011/122-2011-2-11.html>. Дата обращения - 09.11.2013 года.

²⁶ Коршунова Т.Ю. Единоличный исполнительный орган юридического лица: проблемы правового статуса» В кн.: Новое в гражданском законодательстве: баланс публичных и частных интересов: материалы для VII Ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся - М. ИЗиСП. 2012, С. 146.

²⁷ Степанов П.В. Правовая квалификация отношений, возникающих между единоличным исполнительным органом и акционерным обществом // Хозяйство и право. 2002, №12. С. 93.



(Н.В. Козлова)²⁸; как межотраслевой договор, объединяющий положения двух отраслей права – гражданского и трудового (Е.Н. Бычкова)²⁹; как состоявшееся в установленном порядке назначение лица на должность или наделение его соответствующими полномочиями компетентным органом общества, с одной стороны, и согласие на это назначаемого лица, в том числе выраженное путем реального начала исполнения функций, с другой стороны (И.Л. Иванов)³⁰; как договор о реализации функций единоличного исполнительного органа хозяйственного общества (Е.В. Тычинская)³¹.

По нашему же мнению, договорной, в строгом смысле слова, ответственность лиц, входящих в состав органов управления юридического лица (кроме управляющего и управляющей компании), не является. Действительно, с членами совета директоров гражданско-правовой договор, как правило, не заключаются, свои полномочия они осуществляют на основании решения общего собрания акционеров (участников). С руководителем, как правило, заключается только трудовой договор, который гражданско-правовые отношения сторон не регулирует.

Поскольку формально договор на осуществление корпоративных функций с лицами, входящими в состав органов управления юридического лица, не заключается, некоторыми авторами делается вывод о деликтном характере их ответственности (В.И. Добровольский³², А.Е. Молотников³³).

С данным выводом, по нашему мнению, согласиться нельзя.

Также как в случае с арбитражным управляющим, между лицами, входящими в состав

органов управления, и обществом до момента возникновения причинения ему убытков уже существуют обязательственные правоотношения. Следствием нарушения этих обязанностей является возникновение ответственности у лиц, участвующих в управлении юридическим лицом.

К таким обязанностям, в частности, относится уже упоминавшаяся обязанность лиц, входящих в состав органов управления юридического лица, действовать в интересах представляемого юридического лица добросовестно и разумно. Разумность и добросовестность должны присутствовать при осуществлении обязанности по выбору и контролю за действиями (бездействиями) представителей, контрагентов по гражданско-правовым договорам, работникам юридического лица, а также надлежущей системы управления юридическим лицом³⁴.

По нашему же мнению, ответственность лиц, входящих в состав органов управления юридического лица, не относится ни к договорной, ни к деликтной. Такая ответственность не основана на договоре, поскольку таковой не заключается, и не является следствием причинения вреда.

Возможные пути решения

В сложившейся ситуации, по нашему мнению, возможны три пути решения поставленной проблемы.

1. Признание за обязательственными правоотношениями, существующими, соответственно, между арбитражным управляющим и лицами, участвующими в деле о банкротстве и лицами, входящими в состав органов управления юридического лица, и обществом, договора sui generis.

Безусловно, не лишены смысла представленные в настоящей статье подходы авторов, настаивающих на существовании гражданско-правового договора при исполнении обязанностей арбитражным управляющим и лицами, входящими в состав органов управления юридического лица.

Но для применения такого подхода на практике требуется указание на это законодателя или судебного толкования.

Поскольку такая законодательная регламентация или судебное толкование отсутствуют, участникам страховых правоотношений приходится выбирать из того, что предлагает

²⁸ Козлова Н.В. Гражданско-правовой статус органов юридического лица // Хозяйство и право. 2004. №8. С. 47-48.

²⁹ Бычкова Е.Н. Договорная ответственность исполнительных органов акционерного общества. Дис. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2000. С.157, 164, 173.

³⁰ Иванов И.Л. Гражданско-правовая ответственность лиц, участвующих в управлении акционерным обществом, в праве России и Германии. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 8, 177.

³¹ Тычинская Е.В. Договор о реализации функций единоличного исполнительного органа хозяйственного общества / под ред. Л.Ю. Михеевой. М.: Статут, 2012 // СПС КонсультантПлюс.

³² Добровольский В.И. Вопросы страхования ответственности руководителей компаний в России (Directors and Officers Liability Insurance (D&O)) // «Юрист», 2008, № 12 // СПС КонсультантПлюс.

³³ Молотников А.Е. Ответственность в акционерных обществах. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 163.

³⁴ Пункт 5 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» №62 от 30.07.2013 года.



текущее регулирование: страхование договорной или деликтной ответственности. Страховая практика показывает, что ответственность арбитражного управляющего и лиц, входящих в состав органов управления юридического лица, страхуется по правилам о страховании деликтной ответственности. Подобное, по нашему мнению, недопустимо.

В этой связи признание в данном случае договора «особого рода» могло бы стать в каком-то смысле решением проблемы.

Действительно, формально договор на осуществление функций арбитражного управления или функций того или иного органа управления юридического лица не заключается.

Вместе с тем, началу осуществления таких функций предшествует сложный юридический состав действий, оформляющих назначение такого лица на должность, наделение его полномочиями и определение его обязанностей.

Полномочия арбитражного управляющего утверждаются определением арбитражного суда.

Полномочия лиц, входящих в состав органов управления юридического лица, утверждаются решением общего собрания акционеров (участников) общества.

При этом нельзя не отметить, что собственно соглашением сторон считается не решение акционеров (участников) или определение арбитражного суда. Очевидно, что такому утверждению судом или собранием акционеров (участников) предшествует предложение кандидату осуществлять функции арбитражного управляющего / лица, входящего в состав органов управления юридического лица, и его согласие на осуществление таких функций. Хотя в науке существует и позиция, в соответствии с которой решение общего собрания акционеров само по себе является гражданско-правовой сделкой³⁵.

В этом смысле следует согласиться с позицией И.Л. Иванова о том, что договор на осуществление функций указанных лиц представляет собой не единый документ, а совокупность документов, оформляющих согласование воли на осуществление таких функций, утверждение в должности и определение прав и обязанностей.

При признании таких отношений договором *sui generis*, ответственность арбитражного управляющего следует квалифицировать как договорную и страховать ее по правилам о страховании ответственности за нарушение договора в порядке, предусмотренном статьей 932

Гражданского кодекса РФ, если возможность такого страхования предусмотрена законом.

Возможность (более того, обязанность) страхования ответственности арбитражного управляющего, как уже отмечалось, прямо предусмотрена Законом о банкротстве.

Возможность страхования ответственности лиц, входящих в состав органов управления юридического лица, действующим законодательством не предусмотрена. Однако отметим, что в настоящее время Государственной Думой РФ во втором чтении рассматривается законопроект №394587-5 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части привлечения к ответственности членов органов управления хозяйственных обществ», который прямо предусматривает возможность страхования ответственности членов органов управления юридического лица³⁶.

2. Расширение смысла «договорной ответственности» путем включения в нее не только ответственности за нарушение договорных, но и иных недоговорных обязательств.

Отметим, что в доктрине такие попытки неоднократно предпринимались.

Так, О.А. Красавчиковым указывалось на условность термина «договорная» ответственность «в связи с тем, что рассматриваемая ответственность наступает не только по обязательствам, возникшим из договора, но и из других правомерных действий»³⁷.

В «Общем учении о деликтных обязательствах в советском гражданском праве» В.Т. Смирновым и А.А. Собчаком указывалось: «вред может явиться результатом неисполнения или ненадлежащего исполнения уже существующего между сторонами обязательства, возникшего из договора, административного акта и т.п... Правонарушению... обязательно должно предшествовать установление договорных или иных приравненных к ним правоотношений, опосредующих нормальную хозяйственную или иную деятельность их участников»³⁸.

Указанное расширенное толкование позволит страховать ответственность за нарушение обязательств, в частности ответственность арбитражного управляющего и лиц, входящих

³⁵ Архипов Б.П. Гражданско-правовой механизм слияний и присоединений акционерных обществ: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 8.

³⁶ Официальный сайт Государственной Думы Российской Федерации / <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=394587-5&02> (дата последнего обращения – 28 октября 2013 года).

³⁷ Советское гражданское право / Под ред. О.А. Красавчикова. М. «Высшая школа» 1985 г. Изд. 3.С. 508.

³⁸ Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. Л., 1983. С. 9, 100.



в состав органов управления юридического лица, по правилам о страховании договорной ответственности в соответствии со статьей 932 Гражданского кодекса РФ.

3. Однако более методологически верным представляется не «искусственное» применение норм о договорной ответственности к внедоговорным обязательствам, а изменение системы подвидов страхования гражданской ответственности путем выделения самостоятельного вида страхования - страхования внедоговорных обязательств.

На схожий характер договорных и внедоговорных обязательств указывает Е.А. Суханов. По его мнению, попытка отнесения иных «недоговорных» обязательств к внедоговорной ответственности неудачна, поскольку, с одной стороны, «искусственно разделяются однородные по сути обязательства из различных сделок (действий)», а с другой – «объединяются в одну группу обязательства из правомерных действий (сделок) и из правонарушений».

Как уже отмечалось, многими авторами ответственность арбитражного управляющего и лиц, входящих в состав органов управления юридического лица, относится к внедоговорной ответственности (отличной от деликтной ответственности), под которой понимается ответственность за нарушение обязательств, установленных законом.

С таким подходом спорить, безусловно, нельзя, поскольку, действительно, ответственность возникает из обязательства, но на договоре не основана.

Но решением проблемы такой подход не является, поскольку, как уже отмечалось, действующее страховое законодательство не регулирует отношения по страхованию внедоговорной ответственности, а предусматривает только два вида страхования ответственности – страхование договорной и деликтной ответственности.

Таким образом, налицо необходимость выделения страхования ответственности за нарушение внедоговорных обязательств в самостоятельный вид страхования ответственности.

Формулировка статьи 929 Гражданского кодекса РФ указывает на открытый перечень видов страхования ответственности: «по договору имущественного страхования могут быть, в частности, застрахованы следующие имущественные интересы...». Более того, статья 32.9 Закона РФ от 27.11.1992 N 4015-1 (в ред. от 25.12.2012) «Об организации страхового дела в Российской Федерации», устанавливающая виды страхования, в пп. 34 предусматривает «иные виды страхования, предусмотренные федеральными законами о конкретных видах обязательного страхования».

В этой связи действующее законодательство о страховании позволяет сделать вывод о возможности выделения страхования ответственности за нарушение внедоговорных обязательств в самостоятельный подвид страхования гражданской ответственности.

В пользу данной точки зрения высказывался А.П. Лебединов: «вполне допустимо предложить гипотезу, в соответствии с которой страхование ответственности, не являющейся ответственностью по договору и в то же время возникающей не в связи с причинением непосредственного вреда жизни, здоровью и (или) имуществу, следует относить к некоему самостоятельному виду страхования ответственности, который должен подчиняться только общим нормам гл. 48 ГК РФ, применяемым к договорам имущественного страхования»³⁹.

Но в этом случае необходимо определиться с юридико-техническими вопросами страхования: есть ли основания выделять страхование внедоговорной ответственности в самостоятельный вид страхования или возможно страхование такой ответственности по правилам о страховании договорной или деликтной ответственности?

Для решения данного вопроса рассмотрим основные различия в страховании деликтной и договорной ответственности.

1) В страховании ответственности за нарушение договора страхуется ответственность за нарушение обязательства перед конкретным лицом – контрагентом страхователя по гражданско-правовому договору; при страховании ответственности из причинения вреда - перед неограниченным числом лиц, поскольку потерпевшим может стать любое лицо и определить его заранее невозможно.

2) В страховании деликтной ответственности в определенных случаях допускается прямой иск потерпевшего к страховщику о возмещении причиненного вреда. В страховании договорной ответственности подобное право выгодоприобретателя не предусмотрено.

3) При страховании деликтной ответственности может быть застрахован риск ответственности самого страхователя или иного указанного им лица - застрахованного лица; при страховании договорной ответственности - под страхом ничтожности только риск ответственности самого страхователя.

4) Взыскание возмещения по договорам страхования договорной и деликтной ответственности подчиняется различным срокам

³⁹ Лебединов А.П. О продолжительности срока исковой давности при страховании профответственности // Юридическая и правовая работа в страховании. 2010. №3 // СПС «Консультант Плюс».



исковой давности: три года при страховании деликтной ответственности и два года при страховании договорной ответственности (статья 966 Гражданского кодекса РФ).

Различия, указанные в пунктах 2 – 4 представляются формальными. Они не свидетельствуют о различной природе данных видов страхования, а показывают лишь формальное указание законодателя. Отметим, что Ю.Б. Фогельсоном высказывалось мнение о необходимости универсального регулирования страхования всех видов ответственности⁴⁰.

Единственным существенным различием представляется только первое – выгодоприобретатель по договору страхования. Если им является конкретное лицо / лица, речь идет о страховании договорной ответственности. Если

выгодоприобретателем является любой заранее неопределенный круг лиц, лицо, речь идет о страховании деликтной ответственности.

В этой связи более правильным представляется страхование ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение внедоговорных обязательств по правилам о страховании договорной ответственности.

Это потребует внесения соответствующих изменений в действующее законодательство о страховании, но вместе с тем поможет избежать споров о виде страхуемой ответственности, которые существуют сейчас в отношении многих видов страхования ответственности, в частности, арбитражного управляющего и лиц, входящих в состав органов управления юридического лица.

Библиография

1. Архипов Б.П. Гражданско-правовой механизм слияний и присоединений акционерных обществ: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004.
2. Белых В.С., Дубинчин А.А., Скуратовский М.Л. Правовые основы несостоятельности (банкротства). М., 2001.
3. Богданов А.В. Юридическая конструкция договора между акционерным лицом и лицом, осуществляющим функции его единоличного исполнительного органа // <http://www.jurvestnik.psu.ru/ru/vipusk2122011/122-2011-2-11.html>.
4. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд., стер. – М.: Статут, 2009.
5. Бычкова Е.Н. Договорная ответственность исполнительных органов акционерного общества. Дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 2000.
6. Владыка Е.Е. Арбитражный управляющий – субъект профессиональной деятельности // Предпринимательское право. Приложение Бизнес и право в России и за рубежом. 2011. №3.
7. Дедиков С.В. Страхование ответственности руководителей юридических лиц // Юридическая работа в кредитной организации, 2012 №2.
8. Добровольский В.И. Вопросы страхования ответственности руководителей компаний в России (Directors and Officers Liability Insurance (D&O)) // Юрист. 2008. N 12.
9. Дождев Д.В. Римское частное право: учебник / Д.В. Дождев; под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – 3-е изд., испр. и доп. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2013.
10. Дубинчин А.А. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) юридического лица. Дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1999.
11. Жаботинский М.В. Арбитражный управляющий как субъект гражданских правоотношений при банкротстве. Дисс. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2004.
12. Иванов И.Л. Гражданско-правовая ответственность лиц, участвующих в управлении акционерным обществом, в праве России и Германии. Дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 1999.
13. Козлова Н.В. Гражданско-правовой статус органов юридического лица // Хозяйство и право. 2004. №8.
14. Коршунова Т.Ю. Единоличный исполнительный орган юридического лица: проблемы правового статуса» В кн.: Новое в гражданском законодательстве: баланс публичных и частных интересов: материалы для VII Ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся – М.: ИЗиСП. 2012.
15. Лебединов А.П. О продолжительности срока исковой давности при страховании профответственности // Юридическая и правовая работа в страховании. 2010. №3.
16. Маковская А.А. Основание и размер ответственности руководителей акционерного общества за причиненные обществу убытки // Убытки и практика их возмещения: Сборник статей / отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2006.

⁴⁰ Фогельсон Ю.Б. Указ соч. С. 444.



17. Молотников А.Е. Ответственность в акционерных обществах. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005.
18. Мухачев И.Ю. Правовое регулирование деятельности арбитражного управляющего при несостоятельности (банкротстве). Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004.
19. Нуртдинова А.Ф., Чиканова Л.А. Соотношение трудового и нового гражданского законодательства. В кн.: Новый гражданский кодекс России и отраслевое законодательство. М., 1995.
20. Российское гражданское право: Учебник: в 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. – М.: Статут, 2010.
21. Рубеко Г.Л. Правовой статус органов управления акционерных обществ. М.: Статут, 2007.
22. Свит Ю.П. Договор с арбитражным управляющим. Проблемы правового регулирования. Труды МГЮА. М., 1998. №3.
23. Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. Л., 1983.
24. Советское гражданское право. /Под ред О.А. Красавчикова. М. «Высшая школа» 1985 г. Изд. 3.
25. Сотников С.Л. Страхование профессиональной ответственности. Дисс. ... канд. юрид. наук. Красноярск, 2010.
26. Степанов П.В. Правовая квалификация отношений, возникающих между единоличным исполнительным органом и акционерным обществом // Хозяйство и право. 2002, №12.
27. Тычинская Е.В. Договор о реализации функций единоличного исполнительного органа хозяйственного общества / под ред. Л.Ю. Михеевой. М.: Статут, 2012.
28. Фогельсон Ю.Б. Страхование: теоретические основы и практика применения: монография / Ю.Б. Фогельсон. – М. : Норма : ИНФРА-М, 2012.
29. Широков А.В. Правовые вопросы страхования ответственности директоров и иных должностных лиц // Предпринимательское право, 2007, №4.
30. Шевченко А.С., Шевченко Г.Н. Деликтные обязательства в российском гражданском праве: Учебное пособие. – М.: Статут, 2013.
31. Шишмарева Т.П. Страхование ответственности арбитражного управляющего // Цивилист. 2010. №2.

References

1. Arkhipov B.P. Grazhdansko-pravovoi mekhanizm sliyanii i prisoedinenii aktsionerneykh obshchestv: Avtoref. diss. ... kand. yurid. nauk. M., 2004.
2. Belykh V.S., Dubinchin A.A., Skuratovskii M.L. Pravovye osnovy nesostoyatel'nosti (bankrotstva). M., 2001.
3. Bogdanov A.V. Yuridicheskaya konstruktsiya dogovora mezhdru aktsionernym litsom i litsom, osushchestvlyayushchim funktsii ego edinolichnogo ispolnitel'nogo organa // <http://www.jurvestnik.psu.ru/ru/vipusk2122011/122-2011-2-11.html>.
4. Braginskii M.I., Vitryanskii V.V. Dogovornoe prav. Kniga pervaya: Obshchie polozheniya. 3-e izd., ster. – M.: Statut, 2009.
5. Bychkova E.N. Dogovornaya otvetstvennost' ispolnitel'nykh organov aktsionernogo obshchestva. Diss. ... kand. yurid. nauk. Sankt-Peterburg, 2000.
6. Vladyka E.E. Arbitrazhnyi upravlyayushchii – sub'ekt professional'noi deyatel'nosti // Predprinimatel'skoe pravo. Prilozhenie Biznes i pravo v Rossii i za rubezhom. 2011. №3.
7. Dedikov S.V. Strakhovanie otvetstvennosti rukovoditelei yuridicheskikh lits // Yuridicheskaya rabota v kreditnoi organizatsii, 2012 №2.
8. Dobvol'skii V.I. Voprosy strakhovaniya otvetstvennosti rukovoditelei kompanii v Rossii (Directors and Officers Liability Insurance (D&O)) // Yurist. 2008. N 12.
9. Dozhdev D.V. Rimskoe chastnoe pravo: uchebnik / D.V. Dozhdev; pod obshch. red. V.S. Nersesyantsa. – 3-e izd., ispr. i dop. – M. : Norma : INFRA-M, 2013.
10. Dubinchin A.A. Pravovoe regulirovanie nesostoyatel'nosti (bankrotstva) yuridicheskogo litsa. Diss. ... kand. yurid. nauk. Ekaterinburg, 1999.
11. Zhabotinskii M.V. Arbitrazhnyi upravlyayushchii kak sub'ekt grazhdanskikh pravootnoshenii pri bankrotstve. Dis. ... kand. yurid. nauk. Krasnodar, 2004.
12. Ivanov I.L. Grazhdansko-pravovaya otvetstvennost' lits, uchastvuyushchikh v upravlenii aktsionernym obshchestvom, v prave Rossii i Germanii. Diss. ... kand. yurid. nauk. Moskva, 1999.
13. Kozlova N.V. Grazhdansko-pravovoi status organov yuridicheskogo litsa // Khozyaistvo i pravo. 2004. №8.



14. Korshunova T.Yu. Edinolichnyi ispolnitel'nyi organ yuridicheskogo litsa: problemy pravovogo statusa» V kn.: Novoe v grazhdanskom zakonodatel'stve: balans publicnykh i chastnykh interesov: materialy dlya VII Ezhegodnykh nauchnykh chtenii pamyati professora S.N. Bratusya – M. IZiSP. 2012.
15. Lebedinov A.P. O prodolzhitel'nosti stroka iskovoi давности pri strakhovanii profotvetstvennosti // Yuridicheskaya i pravovaya rabota v strakhovanii. 2010. №3.
16. Makovskaya A.A. Osnovanie i razmer otvetstvennosti rukovoditelei aktsionernogo obshchestva za prichinennye obshchestvu ubytki // Ubytki i praktika ikh vozmeshcheniya: Sbornik statei / otv. red. M.A. Rozhkova. M.: Statut, 2006.
17. Molotnikov A.E. Otvetstvennost' v aktsionernykh obshchestvakh. Diss. ... kand. yurid. nauk. Moskva, 2005.
18. Mukhachev I.Yu. Pravovoe regulirovanie deyatel'nosti arbitrazhnogo upravlyayushchego pri nesostoyatel'nosti (bankrotstve). Diss. ... kand. yurid. nauk. M., 2004.
19. Nurtdinova A.F., Chikanova L.A. Sootnoshenie trudovogo i novogo grazhdanskogo zakonodatel'stva. V kn.: Novyi grazhdanskii kodeks Rossii i otraslevoe zakonodatel'stvo. M., 1995.
20. Rossiiskoe grazhdanskoe pravo: Uchebnik: v 2 t. T. I: Obshchaya chast'. Veshchnoe pravo. Nasledstvennoe pravo. Intellektual'nye prava. Lichnye neimushchestvennye prava / Otв. red. E.A. Sukhanov. – M.: Statut, 2010.
21. Rubeko G.L. Pravovoi status organov upravleniya aktsionernykh obshchestv. M.: Statut, 2007.
22. Svit Yu.P. Dogovor s arbitrazhnym upravlyayushchim. Problemy pravovogo regulirovaniya. Trudy MGYuA. M., 1998. №3.
23. Smirnov V.T., Sobchak A.A. Obshchee uchenie o deliktnykh obyazatel'stvakh v sovetskom grazhdanskom prave. L., 1983.
24. Sovetskoe grazhdanskoe pravo. /Pod red O.A. Krasavchikova. M. «Vysshaya shkola» 1985 g. Izd. 3.
25. Sotnikov S.L. Strakhovanie professional'noi otvetstvennosti. Diss. ... kand. yurid. nauk. Krasnoyarsk, 2010.
26. Stepanov P.V. Pravovaya kvalifikatsiya otnoshenii, vznikayushchikh mezhdru edinolichnym ispolnitel'nyim organom i aktsionernym obshchestvom // Khozyaistvo i pravo. 2002, №12.
27. Tychinskaya E.V. Dogovor o realizatsii funktsii edinolichnogo ispolnitel'nogo organa khozyaistvennogo obshchestva / pod red. L.Yu. Mikhevoi. M.: Statut, 2012.
28. Fogel'son Yu.B. Strakhovoe pravo: teoreticheskie osnovy i praktika primeneniya: monografiya / Yu.B. Fogel'son. – M. : Norma : INFRA-M, 2012.
29. Shirokov A.V. Pravovye voprosy strakhovaniya otvetstvennosti direktorov i inykh dolzhnostnykh lits // Predprinimatel'skoe pravo, 2007, №4.
30. Shevchenko A.S., Shevchenko G.N. Deliktnye obyazatel'stva v rossiiskom grazhdanskom prave: Uchebnoe posobie. – M.: Statut, 2013.
31. Shishmareva T.P. Strakhovanie otvetstvennosti arbitrazhnogo upravlyayushchego // Tsivilist. 2010. №2.

Материал получен редакцией 18 ноября 2013 г.



СПОРНЫЕ ВОПРОСЫ КВАЛИФИКАЦИИ ДОГОВОРА МЕЖДУ ТУРОПЕРАТОРОМ И ТУРАГЕНТОМ

Аннотация. Статья посвящена спорным вопросам квалификации договора между туроператором и турагентом. Автором представлены основные позиции отечественных исследователей на правовую природу модели договора между туроператором и турагентом, рассмотрены нормы действующего гражданского законодательства, существующая судебная практика и деловая документация по данному вопросу. Проанализированы используемые в данных отношениях виды договоров (договор купли-продажи туристского продукта, договор возмездного оказания туристских услуг, договор франчайзинга (коммерческая концессия), договор поручения, договор комиссии, договор аквизиции, агентский договор), выявлены их сильные и слабые стороны. Рассмотрена возможность использования указанных договоров в отношениях между турагентом и туроператором. Предприняты попытки определения наиболее приемлемой модели регулирования отношений между указанными субъектами. Сделаны предложения в отношении совершенствования законодательства в части квалификации указанного договора в качестве агентского, внесения изменений в ФЗ «Об основах туристской деятельности» и Гражданский кодекс Российской Федерации.

Ключевые слова: туроператор, турагент, агентирование, комиссия, поручение, франчайзинг, аквизиция, купля-продажа, возмездное оказание услуг, модель договора.

DOI: 10.7256/1994-1471.2014.1.10024

Туризм является одной из самых динамичных и быстро развивающихся отраслей экономики Российской Федерации. В связи с необходимостью активного распространения услуг туроператора, быстрого и эффективного продвижения турпродукта, а также поиска новых клиентов, особой популярностью и востребованностью в туристской деятельности пользуются услуги агентов. Туроператоры активно прибегают к помощи агентов, ведь именно они «ближе к потребителю, имеют клиентские базы, могут дать исчерпывающую информацию о направлениях и маршрутах и т.д.»¹.

В результате такого обширного взаимодействия двух субъектов туристской деятельности (туроператора и турагента), возникает необходимость квалификации правовой при-

роды договора, заключаемого между ними. Как верно заметила Л.В. Щенникова еще в 1983 году, «особым видом договора оформляются отношения туристско-экскурсионных учреждений (бюро путешествий и экскурсий) между собой»².

В настоящий момент туристские отношения в Российской Федерации регулируются Федеральным законом «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации»³ (далее – Закон о туристской деятельности). В соответствии с данным Законом, продвижение и реализация туристского продукта турагентом осуществляются на основании договора,

² Щенникова Л. В. Гражданско-правовое регулирование туризма в СССР // Советское государство и право. 1983. №8. С. 129.

³ Федеральный закон от 24 ноября 1996 г. № 132-ФЗ «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 1996. № 49. Ст. 5491.

¹ Сирик Н. В. Особенности договора агентирования в туристической деятельности // Современное право. 2006. №9.



заключенного между туроператором и турагентом. Турагент осуществляет продвижение и реализацию туристского продукта от имени и по поручению туроператора, а в случаях, предусмотренных договором, заключаемым между туроператором и турагентом, - от своего имени (ч. 6, ст. 9 Закона о туристской деятельности). Как видно из приведенной нормы, законодатель не конкретизирует вид договора, заключаемого между туроператором и турагентом. На практике применяются различные виды договоров, в том числе договор комиссии, поручения, договор коммерческой концессии (франчайзинга), агентский договор, договор возмездного оказания туристских услуг, договор купли-продажи туристского продукта, а также различные виды смешанных договоров, заключение которых допускается в соответствии с закрепленным п. 3 ст. 421 Гражданского кодекса Российской Федерации⁴ (далее - ГК РФ) принципом свободы договора.

Для правильной квалификации договора, заключаемого между туроператором и турагентом, рассмотрим особенности используемых в практической деятельности моделей правового регулирования отношений между указанными субъектами.

Начнем изучение вопроса об определении модели договора между туроператором и турагентом с рассмотрения договора возмездного оказания туристских услуг. В соответствии с п. 1 ст. 779 ГК РФ по договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги. На практике такие договоры активно предлагались туроператорами турагентам до недавнего времени⁵. На сайтах некоторых туроператоров были представлены рекомендации в отношении заключения таких договоров⁶. Следует отметить, что в данном случае стороны фактически заключают договор о реализации турпродукта (схожий с договором, заключаемым между туроператором и туристом), при этом туроператор выступает исполнителем, а

турагент - заказчиком. Зачастую в таких договорах указывается, что «турагент обязуется заключать с туристами от своего имени договор на предоставление (реализацию) туристских услуг, включающий полный перечень предоставляемых услуг»⁷. Иными словами, в договоре возмездного оказания услуг прописываются положения о дальнейших действиях заказчика (турагента) по использованию предоставленных ему услуг, что, по сути, не должно подпадать под регулирование заключенного договора. Туроператоры вынуждены достаточно подробно описывать и указывать все нюансы оказываемых туристских услуг турагентом с целью получения желаемого результата при реализации турпродукта турагентом конечному потребителю. С нашей точки зрения, такие положения не совсем уместны, ведь, по сути, турагент (исполнитель) получает возможность реализовывать турпродукт в дальнейшем по собственному усмотрению, не отчитываясь перед туроператором.

Еще одним недостатком такой модели договора является то, что он не подпадает под регулирование Закона о туристской деятельности. Заказчик (турагент) по договору возмездного оказания услуг на реализацию турпродукта с исполнителем (туроператором) не является турагентом по смыслу ст. 1 Закона о туристской деятельности, соответственно, не может заключать с туристом договор о реализации турпродукта, предусмотренный ч. 1 ст. 10 Закона о туристской деятельности, поскольку этот вид договора имеют право заключать только туроператоры и турагенты. «Формально дилер вообще не может реализовать приобретенный им у туроператора комплекс услуг как турпродукт. Следовательно, ему придется осуществлять реализацию туристу некоего комплекса туруслуг (не турпродукта)»⁸. В связи с этим, исполнитель (туроператор) уже не несет ответственности, предусмотренной ч. 5 ст. 9 Закона о туристской деятельности, а именно - перед туристом и (или) иным заказчиком за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору о реализации туристского продукта, заключенному турагентом как от имени туроператора, так и от своего имени. Представляется, что при помощи такой модели договора туроператоры пытаются переложить ответственность

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994г. № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

⁵ См.: Договор Общества с ограниченной ответственностью «TRAVELSYSTEM» <http://www.travelsystem.kz/info/agents/contracts/agent_dogovor_kg.doc> (последнее посещение - 20 октября 2013 г.)

⁶ Информационное письмо Туроператора ООО «Анекс Тур 2012г. <http://anextour.com/doc/dogovor_2012/Kakoy_dogovor_dlya_zaklyucheniya_s_Aneks_Tur_luchshe_vybrat.doc> (последнее посещение - 20 октября 2013 г.)

⁷ См.: Договор Общества с ограниченной ответственностью «TRAVELSYSTEM» <[http://www.travelsystem.kz/info/age\).nts/contracts/agent_dogovor_kg.doc](http://www.travelsystem.kz/info/age).nts/contracts/agent_dogovor_kg.doc)> (последнее посещение - 20 октября 2013 г.)

⁸ Михаль С. Договор туроператора с турагентом <http://yourvariant.ru/dogovor_turoperatora_s_t> (последнее посещение - 20 октября 2013 г.)



на турагентов, что может привести лишь к незащищенности туристов, так как они не смогут потребовать у туроператора компенсации своих убытков в случае ненадлежащего оказания услуг.

При заключении договора возмездного оказания услуг с туроператором (исполнителем) агент (заказчик) сталкивается с проблемой налогообложения. Чтобы не потерять право на применение упрощенной системы налогообложения, доходы турфирм не должны превышать установленного законодательством лимита. В случае если турагент действует на основании агентского договора, его доходом в целях налогообложения является только агентское вознаграждение, стоимость услуг, которые он реализует туристу, в налогооблагаемую базу не входят. Если же он заключает с туроператором договор возмездного оказания услуг и в дальнейшем реализует турпродукт потребителю, налогом будет облагаться полная стоимость услуг по соответствующему договору.

Как видно из приведенного анализа, при заключении договора возмездного оказания услуг между туроператором и турагентом обе стороны договора сталкиваются с определенными трудностями и проблемами. Следует отметить, что большинство туроператоров отказались от указанной модели договора, так как она не соответствует существующим законодательно установленным требованиям.

Помимо модели договора возмездного оказания услуг, сторонами заключаются договоры купли-продажи турпродуктов. Для турагентских отношений, выстроенных по данной модели, характерны те же риски, что и для модели договора возмездного оказания услуг. Тем не менее, на практике субъекты туристской деятельности нередко прибегают к использованию данного вида договора⁹. «Пробелы в ранее действовавшем законодательстве приводили к заключению договоров купли-продажи, по условиям которых туроператор обязывался передать в собственность, а турагент - принять и оплатить туристские продукты - права на туры (путешествия) или отдельные туристские услуги»¹⁰.

В соответствии со ст. 454 ГК РФ, по договору купли-продажи одна сторона (продавец) обязуется передать вещь (товар) в собственность другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять этот товар и оплатить за

него определенную денежную сумму. В договорах купли-продажи, заключенных между туроператором и турагентом, в разделе «Предмет договора» встречаются следующие формулировки: «Туроператор предоставляет Турагенту по его заявке путевки на санаторно-курортное лечение и отдых для реализации Клиентам от своего имени, по своим ценам, на условиях настоящего Договора»¹¹; «Туроператор передает в собственность, а Турагент принимает и оплачивает туристские продукты для их дальнейшей реализации (перепродажи)»¹². Такие указанные выше недостатки модели договора возмездного оказания услуг, как заключение договора за рамками Закона о туристской деятельности, налоговые риски турагента, а также попытки туроператоров переложить ответственность на турагентов, в равной мере относятся и к договору купли-продажи туристского продукта. Кроме того, вопрос о факте купли-продажи осложняется тем, что тур сам по себе не является товаром, а представляет собой комплекс услуг, соответственно, есть точка зрения, что говорить о купле-продаже тура не представляется возможным. О турпродукте как об услуге говорится в Законе о туристской деятельности: «Туристский продукт – комплекс услуг по перевозке и размещению, оказываемых за общую цену (независимо от включения в общую цену стоимости экскурсионного обслуживания и (или) других услуг) по договору о реализации туристского продукта» (ст. 1 Закона о туристской деятельности). Для того чтобы согласиться или нет с данной точкой зрения, следует обратиться к понятию товара. Гражданский кодекс Российской Федерации не дает определения товара. В п.3. ст. 38 Налогового кодекса РФ¹³ товаром признается любое имущество, реализуемое либо предназначенное для реализации. В п. 9 ст. 2 Федерального закона «Об организованных торгах»¹⁴ товаром признаются не изъятые из оборота вещи (за исключением ценных бумаг, иностранной

¹¹ См.: Договор ООО «Рус Курорт» <http://www.ruskurort.ru/dogovor_kupli_prodagi_agenstv_rtf> (последнее посещение – 20 октября 2013 г.)

¹² См.: Договор ООО «Мир путешествий - туризм и сервис» <www.mirtour.ru/4travelbureaus/conditions/kuplja_prodagada.doc> (последнее посещение – 20 октября 2013 г.)

¹³ Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31 июля 1998г. № 146-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3824.

¹⁴ Федеральный закон от 21 ноября 2011г. № 325-ФЗ «Об организованных торгах» // Официальный интернет-портал правовой информации <<http://www.pravo.gov.ru>>. 2011; Собрание законодательства РФ. 2011. № 48. ст. 6726.

⁹ См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 27 мая 2008 г. № 2797/08 по делу № А40-53871/06-45-402 // Вестник ВАС РФ. 2008. № 8.

¹⁰ Шабров Р. Правовой статус турагента // Корпоративный юрист. 2009. № 1.



валюты) определенного рода и качества, любого агрегатного состояния, допущенные к организованным торгам. Согласно п.1. ст. 4 Федерального закона «О защите конкуренции»¹⁵ товар – объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот. Исходя из приведенных норм законодательства, можно сделать вывод о том, что услуга как товар объясняется только в специальном законодательстве, рассчитанном на применение к строго определенным отношениям. Именно это формальное соответствие предмета договора нормам специального законодательства позволяет турагенту и туроператору прибегать к конструкции купли-продажи. Однако такого объяснения товара не содержится в законодательстве о туристской деятельности. Следовательно, мы не можем говорить о купле-продаже туристского продукта турагентом.

В последнее время широкое распространение получил договор коммерческой концессии (франчайзинга), заключаемый между мелкими турагентствами и крупными туроператорами. Все чаще туроператоры размещают на своих сайтах ссылки с предложениями присоединиться к франчайзинговой сети турагентств¹⁶ и заключить договор коммерческой концессии. По словам представителя одной из ведущих туроператорских компаний «1001 Тур», «в России франчайзинг в туристической отрасли широко развит - сегодня не менее половины турагентств являются членами той или иной франчайзинговой сети, работающей под брендом туроператора, или независимой, работающей со всеми туроператорами на рынке»¹⁷. Предметом данного договора является возмездная передача одной туристской фирмой (правообладателем) своих средств индивидуализации оказываемых услуг другой фирме – пользователю. Безусловно, использование данного вида договора имеет преимущества

как для туроператора, так и для турагента. Первый, «по существу, расширяет границы своего влияния не только без каких бы то ни было дополнительных затрат, но даже получает от этого прибыль (в виде платы от пользователя)¹⁸, последний, используя франшизу туроператора, получает преимущество, заключающееся в том, что он «выходит на рынок в форме хорошо известных и зарекомендовавших себя потребителям услугодателей, использующих соответствующую технологию и обеспечивающих высокое качество результатов своей деятельности»¹⁹. Тем не менее, предполагаем, что данный договор преследует иные цели, нежели договор, построенный по модели, закрепленной в Законе о туристской деятельности. Договор коммерческой концессии призван способствовать в продвижении и расширении услуг крупных туроператоров и созданию удобных условий для развития бизнеса мелких турагентств. В то же время, данный договор не преследует цели защиты туриста и максимально эффективной реализации турпродукта. Несмотря на то, что пользователи по договору коммерческой концессии обязаны обеспечивать соответствие качества оказываемых услуг качеству аналогичных услуг, оказываемых непосредственно правообладателем (ст. 1032 ГК РФ), зачастую пользователи (турагенты) фактически используют коммерческое обозначение лишь с целью продвижения собственных интересов и предлагают туристам услуги ненадлежащего качества. При этом потребители уже не обладают установленными законом возможностями для привлечения туроператоров к ответственности (ч.5. ст. 9 Закона о туристской деятельности). Субсидиарная ответственность пользователя и правообладателя, предусмотренная ст. 1034 ГК РФ, не может полностью удовлетворить интересы потребителя.

Другим недостатком использования модели договора франчайзинга туроператорами и турагентами являются усложненные правила его оформления, ведь помимо соблюдения требования о письменной форме данного договора, договор коммерческой концессии подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности (п.2. ст. 1028 ГК РФ). Многие авторы отмечают, что «в России договор франчайзинга в качестве регулятора туристских отношений между туроператором

¹⁵ Федеральный закон от 26 июля 2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // Собрание законодательства РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3434.

¹⁶ См.: Сайт ООО «РоссТур» < <http://ross-tur.ru/franchising/> > (последнее посещение – 20 октября 2013 г.); Сайт ООО «Региональный Туристический Консорциум «ГЛОБАЛ-ТРЕВЕЛ» <<http://www.global-travel.ru/1562>> (последнее посещение – 20 октября 2013 г.); Сайт ООО «Управляющая компания «Трэвел Маркет» <http://www.elitatravel.ru/agent/franchise/> (последнее посещение – 20 октября 2013г.)

¹⁷ Цит. по: Франчайзинг в туризме: перспективные горизонты// Пресс-центр БиБосс.ру. 2013 <<http://www.beboss.ru/franchise/articles/1760>> (последнее посещение – 20 октября 2013 г.)

¹⁸ Ткаченко О. В. Гражданско-правовое регулирование туристской деятельности в Российской Федерации: дисс. ... канд. юрид. наук. Астрахань, 2004. С. 124 – 125.

¹⁹ Писаревский Е. Л. Агентский договор и франчайзинг в туризме: понятие и основные особенности // Юрист. 1998. № 10. С. 39.



и турагентом встречается относительно нечасто»²⁰. Данное обстоятельство объясняется относительной новизной данной модели договора. В подтверждение этого выступает и судебная практика: судебные решения в отношении споров, касающихся франчайзинга в туризме, за редким исключением, отсутствуют.

Рассматривая вопрос о квалификации договора между туроператором и турагентом, нельзя не упомянуть о договоре комиссии. По договору комиссии, одна сторона (комиссионер) обязуется по поручению другой стороны (комитента) за вознаграждение совершить одну или несколько сделок от своего имени, но за счет комитента (п.1. ст. 990 ГК РФ). С одной стороны, данное определение соответствует конструкции договора о продвижении и реализации туристского продукта, предусмотренной Законом о туристском обслуживании. С другой стороны, некоторые положения договора комиссии неприменимы в рамках данного Закона. Прежде всего, это касается предмета договора. В силу того, что предметом договора комиссии является лишь заключение определенных сделок, можно сделать вывод о том, что, используя данную модель договора, туроператор не сможет поручить турагенту оказание комплекса услуг, включенного в определение продвижения турпродукта (ст. 1 Закона о туристской деятельности), а именно - услуг по рекламе, участию в специализированных выставках, организации туристских информационных центров и т.д. Считаю, что данный договор существенно сужает возможности туроператора и турагента. По мнению некоторых юристов, в случае если договором комиссии предусмотрено оказание каких-либо дополнительных услуг фактического характера собственными силами, то такой договор нужно понимать как смешанный договор²¹. Считаю, что данная позиция не является правильной. Безусловно, фактические действия не входят в предмет договора комиссии. Тем не менее, корректнее было бы квалифицировать такой договор, как договор агентирования, ведь именно для данного договора законодатель уже предусмотрел возможность осуществления как юридических, так и фактических действий. Более того, в случаях, если агент действует от собственного имени, к условиям такого агентского договора будут применяться положения о договоре комиссии (ст. 1011 ГК РФ).

Еще одной трудностью использования коммиссионного договора является тот факт, что турагент, действующий на основании договора комиссии, самостоятельно заключает договор с туристом и приобретает права и обязанности по нему от собственного имени. Иными словами, ответственность по договору с туристом будет возложена на турагента, что напрямую противоречит статье 10 Закона о туристской деятельности, предусматривающей, что претензии к качеству туристского продукта предъявляются туристом туроператору. Помимо этого следует также обратить внимание на то, что количество субкомиссионеров может быть неограниченным и осуществление контроля за их деятельностью туроператором затрудняется, т.к. турагент наделен правом заключать договоры субкомиссии с другими лицами²².

Законодательная неопределенность модели турагентского договора позволяет использовать в отношениях между туроператором и турагентом также другой посреднический договор - договор поручения. Под договором поручения в силу ст. 971 ГК РФ понимается соглашение, в силу которого одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия, права и обязанности из которых возникают непосредственно у доверителя. Следует иметь в виду, что в настоящий момент такие договоры встречаются крайне редко, несмотря на то, что законодательно прямо закреплена возможность оформления турагентских отношений по модели договора поручения. Как правило, туроператоры наделяют полномочиями действовать от своего имени сетевые агентства, связанные с туроператорами либо договором франчайзинга, либо материнскими-дочерними отношениями. В научной среде идет обширная дискуссия относительно того, чтобы ограничить возможности турагента и законодательно закрепить лишь право агента на действия «от имени и за счет» туроператора. Следует указать, тем не менее, на возможные недостатки правового закрепления таких положений в законе, а, соответственно, и в самом использовании договора поручения в турагентской деятельности. В первую очередь, такое использование затрудняется необходимостью выдачи доверенности, что существенно увеличивает документооборот. Кроме того, туроператор не всегда может быть уверен в исполнении турагентом принятых обязательств, в то время как для оформления отношений по конструкции договора по-

²⁰ Батищев Е. А. Договоры в туристской деятельности // Черные дыры в российском законодательстве. 2011. № 1. С. 62.

²¹ См.: Беляева Н. Туроператоры и турагенты. Договор комиссии // Аудит и налогообложение. 2006. №2.

²² Светлова О.В. Смешанный договор на основе договора комиссии // Российский налоговый курьер. 2002. № 16. С. 62 – 65.



ручения необходима высокая степень доверия во взаимоотношениях²³. Более того, использование модели договора поручения не позволит турагентствам самостоятельно осуществлять и продвигать свою деятельность, осуществлять рекламу своих собственных услуг, ведь они по сути становятся лишь представителями туроператоров.

Другой особенностью договора поручения является возможность неуплаты вознаграждения поверенному в случае если это прямо предусмотрено договором, даже когда договор поручения связан с осуществлением обеими сторонами или одной из них предпринимательской деятельности. Так как туроператор и турагент всегда являются субъектами предпринимательской деятельности, уплата вознаграждения является обязательным условием в договоре между данными субъектами. Помимо сказанного, к договору поручения в полной мере относится недостаток, связанный с невозможностью осуществления по поручению Доверителя действий фактического характера, рассмотренный ранее.

До момента принятия части второй ГК 1996 г.²⁴ предлагались и иные модели договора, регулирующего отношения между туроператором и турагентом. В сфере международного туризма, в частности, предлагалось использовать так называемый договор аквизиции²⁵. В соответствии с данным договором, «комиссионер (направляющая туристическая фирма) обязуется по поручению другого лица (комитента – принимающей туристической фирмы) заключать для него от своего имени туристические договоры на поездки в страну комитента, а последний обязуется выплачивать комиссионеру обусловленное вознаграждение»²⁶. Следует отметить, что автор предлагаемой конструкции приходит к выводу о том, что данный договор является по сути договором комиссии, так как «предметом названного договора является действие по заключению туристской фирмой – комиссионером туристских договоров для бюро путешествий – комитента и за его счет, но от своего имени»²⁷. В то же время, в качестве отличительной черты договора аквизиции от

комиссионного договора, названо осуществление наряду с действиями юридического характера действий по информированию принимающей стороны, позволяющих последней принять необходимые меры для организации надлежащего обслуживания туристов²⁸. В связи с этим уточнением, можно сделать вывод о том, что договор аквизиции, предлагаемый Ивановым А.П., обладает чертами, схожими с агентским договором, закрепленным в действующем гражданском кодексе, в том случае если он сконструирован по модели договора комиссии.

В целом, следует отметить отсутствие необходимости выделения отдельного названия для указанного вида договора, так как он по сути подпадает под регулирование существующих норм. Более того, необходимо обратить внимание на неблагоприятность использования самого термина «договор аквизиции» применительно к туристским отношениям, так как в настоящий момент данный термин активно используется в других сферах, в частности, страховании, корпоративном праве. Добавление отдельного термина для характеристики договора между туроператором и турагентом, с нашей точки зрения, не будет способствовать его пониманию.

Подводя итог сказанному, хотелось бы выделить договор, активно используемый туроператорами и турагентами, и который представляется наиболее подходящей моделью регулирования турагентских отношений. Речь идет об агентском договоре, являющемся, пожалуй, самой популярной и востребованной моделью договора, заключаемого между туроператором и турагентом. Это объясняется множеством факторов, и, прежде всего, тем, что понятие агентского договора корреспондирует с понятием договора, заключение которого предписано туроператорам и турагентам Законом о туристской деятельности. Используя договор агентирования, турагент получает возможность действовать как от собственного имени, так и от имени туроператора, что значительно расширяет его возможности. При этом туроператор может поручить турагенту совершение как юридических, так и фактических действий, что не ограничивает турагента в оказании услуг по реализации и продвижению турпродукта. Кроме того, другим аргументом в пользу агентского договора является его длящийся характер. Данный признак договора оптимально подходит для сферы туризма, ведь зачастую туроператоры разрабатывают типовые агентские договоры для длительно-

²³ См.: Ткаченко О. В. Указ. соч. С. 108 – 109.

²⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26 января 1996г. № 14-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

²⁵ Иванов А. П. Правовое регулирование международных туристических отношений: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1974. С. 112.

²⁶ Там же. С.112.

²⁷ Там же. С.112.

²⁸ См.: Иванов А. П. Указ. соч. С. 119.



го взаимодействия с турагентами. Агентский договор позволяет оптимизировать отношения сторон и выполняет функцию, которой, по нашему мнению, наделил его законодатель при выделении отдельного параграфа, посвященного агентированию в ГК РФ, а именно - упрощение взаимоотношений сторон. В поддержку заключения между туроператорами и турагентами агентских договоров выступает и судебная практика. Суды, квалифицируя договор, заключаемый между туроператором и турагентом, приходят к выводу, что он является агентским договором²⁹.

В связи с вышесказанным и во избежание неоднозначных трактовок норм законодательства о договоре, заключаемом между туроператором и турагентом, предлагается квали-

фицировать данный договор как агентский и изложить абзац 6 статьи 9 ФЗ «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации» в следующей редакции: «Продвижение и реализация туристского продукта турагентом осуществляется на основании агентского договора, заключаемого между туроператором и турагентом. Турагент осуществляет продвижение и реализацию туристского продукта от имени и по поручению туроператора, а в случаях, предусмотренных договором, заключаемым между туроператором и турагентом, - от своего имени». В связи с этим предлагаем также дополнить пункт 4 ст. 1005 ГК РФ указанием на сферы применения агентского договора, в частности, возможностью применения агентского договора в туристской деятельности.

Библиография

1. Батищев Е. А. Договоры в туристской деятельности // Черные дыры в российском законодательстве. 2011. № 1.-С. 58-63.
2. Беляева Н. Туроператоры и турагенты. Договор комиссии // Аудит и налогообложение. 2006. №2. – С. 17-23.
3. Иванов А. П. Правовое регулирование международных туристических отношений: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1974.-142с.
4. Михаль С. Договор туроператора с турагентом (последнее посещение-20 октября 2013 г.).
5. Писаревский Е. Л. Агентский договор и франчайзинг в туризме: понятие и основные особенности // Юрист. 1998. № 10.-С. 37-39.
6. Светлова О.В. Смешанный договор на основе договора комиссии // Российский налоговый курьер. 2002. № 16. С. 62 – 65.
7. Сирик Н. В. Особенности договора агентирования в туристической деятельности // Современное право. 2006. №9.-С. 12-17.
8. Ткаченко О. В. Гражданско-правовое регулирование туристской деятельности в Российской Федерации: дисс. ... канд. юрид. наук. Астрахань, 2004. – 168с.
9. Франчайзинг в туризме: перспективные горизонты// Пресс-центр БиБосс.ру. 2013 (последнее посещение – 20 октября 2013г.).
10. Шабров Р. Правовой статус турагента// Корпоративный юрист. 2009. № 1. – С. 32-39.
11. Щенникова Л. В. Гражданско-правовое регулирование туризма в СССР // Советское государство и право. 1983. №8.-С. 126-130.

References

1. Batishchev E. A. Dogovory v turistskoi deyatel'nosti//Chernye dyry v rossiiskom zakonodatel'stve. 2011. № 1.-S. 58-63.
2. Belyaeva N. Turoperatory i turagenty. Dogovor komissii // Audit i nalogooblozhenie. 2006. №2. – S. 17-23.
3. Ivanov A. P. Pravovoe regulirovanie mezhdunarodnykh turisticheskikh otnoshenii: diss. ... kand. jurid. nauk. M., 1974.-142s.
4. Mikhal' S. Dogovor turoperatora s turagentom (poslednee poseshchenie-20 oktyabrya 2013 g.).
5. Pisarevskii E. L. Agentskii dogovor i franchaizing v turizme: ponyatie i osnovnye osobennosti // Yurist. 1998. № 10.-S. 37-39.
6. Svetlova O.V. Smeshannyy dogovor na osnove dogovora komissii // Rossiiskii nalogovyi kur'er. 2002. № 16. S. 62 – 65.

²⁹ См.: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 1 августа 2005г. № А05-26155/04-26 // Документ опубликован не был. – СПС КонсультантПлюс: судебная практика.



7. Sirik N. V. Osobennosti dogovora agentirovaniya v turisticheckoi deyatel'nosti // Sovremennoe pravo. 2006. №9.-S. 12-17.
8. Tkachenko O. V. Grazhdansko-pravovoe regulirovanie turistskoi deyatel'nosti v Rossiiskoi Federatsii: diss. ... kand. yurid. nauk. Astrakhan', 2004. – 168s.
9. Franchaizing v turizme: perspektivnye gorizonty// Press-tsentr BiBoss.ru. 2013 (poslednee poseshchenie – 20 oktyabrya 2013g.).
10. Shabrov R. Pravovoi status turagenta// Korporativnyi yurist. 2009. № 1. – S. 32-39.
11. Shchennikova L. V. Grazhdansko-pravovoe regulirovanie turizma v SSSR // Sovetskoe gosudarstvo i pravo. 1983. №8.-S. 126-130.

Материал получен редакцией 22 октября 2013 г.



АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОГО ПРАВА

К.П. Задоя*

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА

ЮРИДИЧЕСКИЕ КОНСТРУКЦИИ «ДЕЯНИЕ, КОТОРОЕ ПОВЛИЯЛО НА РЕЗУЛЬТАТЫ ГОЛОСОВАНИЯ ИЗБИРАТЕЛЕЙ НА ИЗБИРАТЕЛЬНОМ УЧАСТКЕ ЛИБО В ПРЕДЕЛАХ ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ОКРУГА» И «ДЕЯНИЕ, КОТОРОЕ ПРИВЕЛО К НЕВОЗМОЖНОСТИ ОПРЕДЕЛИТЬ ВОЛЕИЗЪЯВЛЕНИЕ ИЗБИРАТЕЛЕЙ НА ИЗБИРАТЕЛЬНОМ УЧАСТКЕ ИЛИ НА СООТВЕТСТВУЮЩИХ ВЫБОРАХ (РЕФЕРЕНДУМЕ)» КАК ХАРАКТЕРНЫЕ ОСОБЕННОСТИ УГОЛОВНОГО ПРАВА УКРАИНЫ

***Аннотация:** Новейшее уголовное законодательство Украины, предусматривающее ответственность за преступления против избирательных и референдумных прав граждан, неоднократно изменялось и дополнялось в силу разных социальных, политических и правовых причин. Однако его (законодательства) характерной особенностью (по сравнению с законодательством других стран постсоветского пространства) было и остается использование юридических конструкций «деяние, которое повлияло на результаты голосования избирателей на избирательном участке либо в пределах избирательного округа» и «деяние, которое привело к невозможности определить волеизъявление избирателей на избирательном участке или на соответствующих выборах (референдуме)». В науке уголовного права*

© Задоя Константин Петрович

* Кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и криминологии Киевского национального университета имени Тараса Шевченко [kostyantın.zadoya@gmail.com]
01601, Украина, г. Киев, ул. Владимирская, д. 64/13



Украины указанным конструкциям уделено недостаточно внимания. Однако их предметный структурный анализ дает основания считать, что обе они являются «мертворожденными» и нецелесообразными. Причина этого кроется в существенных противоречиях между положениями уголовного и избирательного (референдумного) законодательства Украины, которые традиционно остаются вне поля зрения ученых-криминалистов.

Ключевые слова: выборы, референдум, результаты голосования, избирательный участок, голосование, уголовная ответственность, юридическая конструкция, преступление, реестр избирателей, избирательные права.

DOI: 10.7256/1994-1471.2014.1.8991

Развитие уголовного законодательства может быть обусловлено разнообразными факторами – социальными процессами в обществе; принятием новых законодательных актов, которые, в свою очередь, требуют приведения уголовного закона в соответствии с ними; ратификацией международно-правовых договоров; намерением законодателя учесть опыт законотворчества других государств или исторические тенденции развития национального уголовного права и т.д. Причем на протяжении короткого временного отрезка на уголовное законодательство могут одновременно оказывать влияние несколько из вышеперечисленных факторов. Ярким примером такой ситуации является современное уголовное законодательство Украины, устанавливающее ответственность за преступления против избирательных прав граждан.

В первичной редакции Уголовного кодекса (далее – УК) Украины 2001 г.¹ в целом была предусмотрена ответственность за те же типы общественно опасного поведения, что и в последней редакции УК Украины 1960 г.², а именно: а) воспрепятствование осуществлению избирательного права (ст. 157 УК 2001 г., ст. 127 УК 1960 г.); б) неправомерное использование избирательных бюллетеней, подлог избирательных документов либо неправильное оглашение результатов выборов (ст. 158 УК 2001 г. ст. 128 УК 1960 г.); в) нарушение тайны голосования (ст. 159 УК 2001 г., ст. 129 УК 1960 г.); г) нарушение законодательства о референдуме (ст. 160 УК 2001 г., ст. 129-1 УК 1960 г.).

Позднее, в связи с многочисленными нарушениями избирательного процесса во время выборов Президента Украины в 2004 году, украинский законодатель был вынужден прибегнуть к внесению изменений и дополнений в уголовное законодательство. Так, в 2005-2006 г.г. были уточнены редакции ст.ст. 157, 158, 159 УК Украины, а также криминализован

ряд типов общественно опасного поведения – незаконное уничтожение избирательной документации либо документов референдума и нарушение порядка финансирования избирательной кампании кандидата, политической партии (блока).

22 февраля 2007 г. Верховным Советом Украины был принят Закон «О Государственном реестре избирателей»³, что повлекло за собой необходимость установить уголовную ответственность за ряд неправомерных действий, связанных с созданием указанного реестра. Следствием этого стало «разрастание» ст. 158 УК Украины до двенадцати частей, что делает её одним из наиболее громоздких положений Особенной части в уголовном законодательстве стран постсоветского пространства.

Вместе с тем, следует констатировать, что, несмотря на многочисленные изменения и дополнения положений УК Украины, касающихся уголовной ответственности за посягательства на избирательные права граждан, можно выделить ряд характерных особенностей соответствующего института Особенной части уголовного права Украины. Одной из них является использование законодателем при построении составов преступлений юридических конструкций «деяние, которое повлияло на результаты голосования избирателей» и «деяние, которое привело к невозможности определить волеизъявление избирателей»⁴. В первичной редакции УК Украины 2001 г. была использована лишь первая из указанных конструкций (ч. 3 ст. 157 УК Украины). На дан-

³ Закон України від 22 лютого 2007 р. № 698-V «Про Державний реєстр виборців» // Відомості Верховної Ради України. 2007. № 20. Ст. 282.

⁴ В этой работе словосочетания «деяние, которое повлияло на результаты голосования избирателей» и «деяние, которое привело к невозможности определить волеизъявление избирателей», мы будем использовать для обозначения реально содержащихся в ст. 158 УК Украины формулировок «деяние, которое повлияло на результаты голосования избирателей на избирательном участке либо в пределах избирательного округа» и «деяние, которое привело к невозможности определить волеизъявление избирателей на избирательном участке или на соответствующих выборах (референдуме)».

¹ Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III // Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25-26. Ст.131.

² Кримінальний кодекс України від 28.12.1960 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. 1961. № 2, Ст. 14.



ный же момент обе они отображены в ч.ч. 3, 6, 12 ст. 158 УК Украины, а вторая из них – еще и в ч. 7 ст. 158 УК Украины. При этом в ч. 7 ст. 158 УК Украины, в отличие от ч.ч. 3, 6, 12 ст. 158 УК Украины, говорится о «невозможности определить волеизъявление избирателей или установить результаты референдума», а не о «невозможности определить волеизъявление избирателей на избирательном участке или на соответствующих выборах (референдуме)»⁵.

⁵ Текст диспозиций ч.ч. 3, 6, 7, 12 УК Украины (перевод на русский язык мой – К.З.): «3. Подделка избирательных документов, документов референдума, а также использование заведомо подделанных избирательных документов, документов референдума, содеянные членом избирательной комиссии, комиссии по референдуму, кандидатом, его уполномоченным представителем, уполномоченным лицом политической партии (блока), членом инициативной группы референдума, которое повлияло на результаты голосования избирателей на избирательном участке или в пределах избирательного округа, или привело к невозможности определить волеизъявление избирателей на избирательном участке или на соответствующих выборах (референдуме), - ...»; «6. Похищение или сокрытие избирательного бюллетеня, бюллетеня для голосования на референдуме, избирательного протокола или протокола комиссии по референдуму либо урны с бюллетенями или незаконное уничтожение или повреждение урны с бюллетенями, что повлияло на результаты голосования избирателей на избирательном участке либо в границах избирательного округа, либо привело к невозможности определить волеизъявление избирателей на избирательном участке или на соответствующих выборах (референдуме), - ...»; «7. Подписание избирательного протокола или протокола комиссии по референдуму до окончательного подсчета голосов или установления результатов голосования или включение неучтенных избирательных бюллетеней или бюллетеней для голосования на референдуме в число бюллетеней, использованных при голосовании, или подмена действительных избирательных бюллетеней с пометками избирателей или граждан, которые имеют право принимать участие в референдуме, или незаконное внесение в протокол изменений после его заполнения, или похищение либо утаивание избирательного бюллетеня, бюллетеня для голосования на референдуме, избирательного протокола или протокола комиссии по референдуму или урны с бюллетенями, или незаконное уничтожение или порча урны с бюллетенями, что привело к невозможности определить волеизъявление избирателей или установить результаты референдума, содеянные членом избирательной комиссии, комиссии по референдуму, - ...»; «12. Действия, предусмотренные статьями девятой-одиннадцатой этой статьи [умышленное предоставление неправдивых сведений органу Государственного реестра избирателей (ч. 9); действие, предусмотренное частью девятой этой статьи, совершенное должностным лицом с использованием служебного положения, а также распоряжение относительно внесения заведомо неправдивых сведений в базу данных Государственного реестра избирателей, изданное должностным лицом органа Государственного реестра избирателей (ч. 10); умышленное внесение неправдивых сведений в базу данных Государственного реестра избирателей, несанкционированные действия с информацией, которая находится в базе данных Государственного реестра избирателей, либо иное несанкционированное вмеша-

Отметим, что схожие конструкции содержатся в уголовном законодательстве лишь одного государства постсоветского пространства. Речь идет о ст.ст. 173-175 УК Литовской Республики, в которых предусмотрена ответственность за «деяние, которое значительно повлияло на результаты выборов или референдума» и за «деяние, которое привело к признанию выборов или референдума недействительными»⁶. В связи с этим возникает резонный вопрос о том, насколько оправдано использование подобных юридических конструкций в уголовном законодательстве?

Переходя к ответу на поставленный вопрос, следует подчеркнуть, что в теории уголовного права Украины указанные конструкции не исследуются как особые правовые феномены. Украинские криминалисты, как правило, ограничиваются лишь толкованием признаков «повлияло на результаты голосования избирателей на избирательном участке либо в границах избирательного округа» и «привело к невозможности определить волеизъявление избирателей на избирательном участке или на соответствующих выборах (референдуме)», не обращая особого внимания на их связь («взаимодействие») с другими признаками составов преступлений.

Так, в научной и научно-практической литературе традиционно подчеркивается, что оба вышеуказанных признака характеризуют преступные последствия⁷. При этом первый из признаков, например, М.И. Мельник трактует как изменение в результатах голосования избирателей на избирательном участке либо в пределах избирательного округа⁸. По мнению П.П. Андрушко, даже один голос за того или иного кандидата может повлиять на результаты голосования из-

тельство в работу Государственного реестра избирателей, совершенное должностным лицом, которое имеет право доступа к этой информации, либо иным лицом путем несанкционированного доступа к базе данных Государственного реестра избирателей (ч. 11) – К.З.], что повлияло на результаты голосования избирателей на избирательном участке либо в границах избирательного округа, либо привело к невозможности определить волеизъявление избирателей на избирательном участке или на соответствующих выборах (референдуме), - ...».

⁶ Уголовный кодекс Литовской республики / науч. ред. В. Павилонис, предисл. Н. И. Мацнев, вступ. статья В. Павилонис, А. Абрамовичюс, А. Дракшене, пер. с лит. В. П. Казанскене. СПб.: Юридический центр пресс, 2003.

⁷ Кримінальна відповідальність за порушення виборчих і референдних прав / П.П. Андрушко, І.О. Зінченко, С.Я. Лихова та ін.; за заг. ред. В.П. Тихого. Х., 2008. С. 126; Лихова С.Я. Злочини у сфері реалізації громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина (розділ V Особливої частини КК України) : монографія. К., 2006. С. 465, 468.

⁸ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. К., 2007. С. 386.



бирателей на избирательном участке или в пределах избирательного округа⁹.

Что касается второго признака, то его содержание, как правило, устанавливается путем формальной отсылки к избирательному законодательству, в котором определяется понятие «невозможность определить волеизъявление избирателей на избирательном участке»¹⁰.

Так, в ч. 1 ст. 92 Закон Украины (далее – ЗУ) «О выборах народных депутатов Украины»¹¹, ч. 1 ст. 80 ЗУ «О выборах Президента Украины»¹² и ч. 1 ст. 73 ЗУ «О выборах депутатов Верховного Совета Автономной Республики Крым, местных советов и сельских, поселковых и городских председателей»¹³ указано, что участковая избирательная комиссия вправе признать голосование на соответствующем избирательном участке недействительным в случаях, когда невозможно достоверно установить волеизъявление граждан: а) выявление фактов незаконного голосования (опускание избирательного бюллетеня вместо избирателя другим лицом; голосование лицами, которые не имеют права голоса; голосование лицами, которые не включены в список избирателей на этом участке или внесены в него безосновательно; голосование избирателя более одного раза) в количестве, которое превышает десять процентов избирателей, которые получили бюллетени на избирательном участке; б) уничтожение или повреждение урны (урн) для голосования, что делает невозможным установить содержание избирательных бюллетеней, если количество этих бюллетеней превышает двадцать процентов избирателей, которые получили на избирательном участке бюллетени; в) выявление в урнах для голосования избирательных бюллетеней в количестве, которое превышает более чем на десять процентов количество избирателей, получивших бюллетени на изби-

рательном участке. Кроме того, ч. 15 ст. 94 ЗУ «О выборах народных депутатов Украины» предоставляет окружной избирательной комиссии право признать выборы на соответствующем избирательном участке недействительными в случае выявления подтвержденных судебными решениями фактов умышленного создания препятствий в осуществлении полномочий членами избирательных комиссий в день, предшествующий голосованию, в день голосования или во время подсчета голосов, умышленного неправомерного удаления из помещения для голосования или помещения, в котором происходит подсчет голосов, членов избирательных комиссий высшего уровня, кандидатов в депутаты, их доверенных лиц, уполномоченных лиц партии, официальных наблюдателей и представителей средств массовой информации, а также неправомерного недопуска указанных лиц в помещение для голосования или помещение, в котором происходит подсчет голосов.

Отметим также, что избирательное и референдумное законодательство Украины не оперирует понятием «невозможность определить волеизъявление избирателей на соответствующих выборах (референдуме)», поэтому его толкование отсылочным способом является попросту невозможным. Тем не менее, в научной и научно-практической литературе это обстоятельство фактически игнорируется, и понимать указное понятие все равно предлагается путем обращения к положениям регулятивного законодательства.

На наш взгляд, описанный выше подход к толкованию признаков «повлияло на результаты голосования избирателей на избирательном участке либо в границах избирательного округа» и «привело к невозможности определить волеизъявление избирателей на избирательном участке или на соответствующих выборах (референдуме)» является поверхностным. «Вырывание» отдельных законодательных формулировок из уголовно-правовой «материи» и их изолированный анализ не позволяет выявить серьезных проблем, заложенных законодателем в содержание ч.ч. 3, 6, 7, 12 ст. 158 УК Украины. Данные признаки должны рассматриваться как неотъемлемые части сложных нормативно-теоретических образований – юридических конструкций

Для начала опишем структуру конструкций «деяние, которое повлияло на результаты голосования избирателей» и «деяние, которое привело к невозможности определить волеизъявление избирателей». Она включает в себя: а) деяние, которое характеризуется признаками, предусмотренными ч.ч. 3, 6, либо 12 ст. 158 УК Украины (а во второй конструкции деяние может характеризоваться еще и признаками,

⁹ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2 т. Т. 2 / За заг. ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка. К., 2009. С. 425.

¹⁰ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2 т. Т. 2 / За заг. ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка. К., 2009. С. 435-436; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. К., 2007. С. 386-387.

¹¹ Закон України від 17 листопада 2011 р. № 4061-VI «Про вибори народних депутатів України» // Відомості Верховної Ради України. 2012. № 10-11. Ст. 73.

¹² Закон України від 5 березня 1999 р. № 474-XIV «Про вибори Президента України» // Відомості Верховної Ради України. 1999. № 14. Ст. 81.

¹³ Закон України від 10 липня 2010 р. № 2487-VI «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад, сільських, селищних, міських голів» // Відомості Верховної Ради України. 2010. № 35. Ст. 491.



предусмотренными ч. 7 ст. 158 УК); б) последствие, которое характеризуется признаком «повлияло на результаты голосования избирателей на избирательном участке либо в границах избирательного округа» (в структуре первой конструкции) либо признаком «привело к невозможности определить волеизъявление избирателей на избирательном участке или на соответствующих выборах (референдуме)» (в структуре второй конструкции); в) причинную связь между деянием и последствием. Таким образом, можно сделать вывод, что анализируемые юридические конструкции, по большому счету, разнятся между собой лишь законодательным признаком, обозначающим общественно опасные последствия.

Не вдаваясь в предметный анализ характеристик деяния в структуре обеих конструкций (мы остановимся на этом ниже), обратим внимание на особенность другой их составляющей – причинной связи. Исходя из характера последствий в обеих конструкциях (по сути, они представляют собой особые юридические факты-состояния), можно сделать вывод, что в данном случае причинная связь имеет, выражаясь терминологией А.А. Тер-Акопова, нормативно-программную природу, потому что не сводится к переносу материи, энергии либо информации [2, с. 428-429].

Безусловно, отдельного и пристального внимания заслуживает ключевой «компонент» указанных конструкций, а именно – преступные последствия.

Во-первых, позволим себе высказать мысль о том, что традиционное для украинской теории уголовного права понимание признака «повлияло на результаты голосования избирателей на избирательном участке либо в пределах избирательного округа» является не в полной мере корректным. На наш взгляд, понятие «результаты голосования» не должно, упрощенно говоря, сводиться к результатам подсчета голосов.

В избирательном законодательстве Украины наряду с понятиями «подсчет голосов» («подсчет голосов на участке для голосования», «подсчет голосов участников референдума»), «установление результатов голосования» и «установление результатов выборов» («установление результатов референдума»), которыми обозначаются самостоятельные стадии избирательного (референдумного) процесса, используется и понятие «голосование».

При этом в постсоветской теории избирательного права голосование понимается как узко, так и широко. В узком значении это действия избирателя по заполнению избирательного бюллетеня в соответствии с установленными законом правилами, направленные на выражение электоральных пристрастий избирателя, в широком – стадия избирательного процесса, во время ко-

торой избиратели имеют право в установленном законом порядке выразить свою волю относительно кандидата (списка кандидатов) на выборную государственную либо местную должность, а органы, которые осуществляют подготовку и проведение выборов, обязаны обеспечить возможность волеизъявления избирателей, а также его учет [1, с. 34-35; 7, с. 242].

Таким образом, как бы не понималось понятие «голосование» (узко или широко), оно, так или иначе, подразумевает волеизъявление избирателей. Из этого следует, что под результатами голосования на избирательном участке или в пределах избирательного округа нужно понимать не результаты подсчета голосов, а результаты волеизъявления граждан на избирательном участке либо в пределах избирательного округа – особого рода объективные обстоятельства (юридические факты), которые, в свою очередь, подлежат установлению избирательными комиссиями.

Данный вывод дает основания утверждать, что деяния, указанные в ч.ч. 3, 6, 12 ст. 158 УК Украины, на самом деле, могут повлиять не на результаты голосования, а лишь на их установление. Например, уничтожение урны с бюллетенями не позволит установить волеизъявление отдельных избирателей, но также очевидно, что это деяние не «отменяет» самого факта их волеизъявления. То есть, признак «повлияло на результаты голосования избирателей на избирательном участке либо в пределах избирательного округа» фактически обозначает последствие, которое в принципе не может быть причинено деяниями, предусмотренными в ч.ч. 3, 6, 12 ст. 158 УК Украины.

Во-вторых, точно так же неоправданным, на наш взгляд, выглядит использование в ст. 158 УК Украины признака «привело к невозможности определить волеизъявление избирателей на избирательном участке или на соответствующих выборах (референдуме)». Как отмечалось выше, его содержание в теории украинского уголовного права устанавливается путем отсылок к положениям избирательного законодательства. Однако нормативная характеристика деяний, указанных в ч.ч. 3, 6, 7, 12 ст. 158 УК Украины, ставит под сомнение их способность причинять подобного рода последствия.

Напомним, что в отличие от ч.ч. 3, 6, 7, 12 ст. 158 УК Украины, избирательное (референдумное) законодательство Украины оперирует понятием «невозможность определить волеизъявление избирателей (участников референдума)» исключительно в отношении избирательного участка (участка референдума). В избирательном (референдумном) законодательстве не упоминается о невозможности определить волеизъявление граждан на соответствующих выборах (в соответствующем референдуме). При



этом во всех вышеперечисленных избирательных законах, а также – в ЗУ «О всеукраинском референдуме»,¹⁴ «зафиксирована» прямая обязанность соответствующих избирательных комиссий (комиссий референдума) более высоких уровней, чем уровень избирательного участка (участка референдума), установить результаты волеизъявления граждан на соответствующих выборах (референдуме) независимо от количества избирательных участков (участков референдума), голосование на которых было признано недействительным. Из этого следует, что ни одно деяние (в т. ч. и деяния, которые предусмотрены в ч.ч. 3, 6, 7, 12 ст. 158 УК Украины) не может привести к невозможности установить волеизъявление граждан на соответствующих выборах либо референдуме.

Кроме того, далеко не во всех случаях деяния, предусмотренные в ч.ч. 3, 6, 12 ст. 158 УК Украины, могут стать причиной невозможности определить волеизъявления граждан на избирательном участке¹⁵. Например, сомнительно, что умышленное предоставление неправдивых сведений органу Государственного реестра избирателей может привести к выявлению в урнах для голосования избирательных бюллетеней в количестве, которое превышает более чем на десять процентов количество избирателей, получивших бюллетени на избирательном участке. Последний факт, как указывалось выше, является одним из показателей невозможности определить волеизъявление избирателей на избирательном участке по законодательству Украины.

Отдельно стоит упомянуть и о том, что в ч. 6 ст. 158 УК Украины уничтожение или повреждение урны для голосования рассматривается законодателем как некий юридический факт, отличный от невозможности определить волеизъявление избирателей на избирательном участке. Однако из ч. 1 ст. 90 ЗУ «О выборах народных депутатов Украины», ч. 1 ст. 80 ЗУ «О выборах Президента Украины», ч. 1 ст. 73 ЗУ «О выборах депутатов Верховного Совета Автономной Республики Крым, местных советов и сельских, поселковых и городских председателей» и ч. 1 ст. ст. 87 ЗУ «О всеукраинском референдуме» следует иной вывод – уничтожение или повреждение урны для голосования является составляющей сложного юридического факта «невозможность опреде-

лить волеизъявление избирателей на избирательном участке (участке референдума)».

На наш взгляд, невозможность определить волеизъявление избирателей на избирательном участке может быть последствием (результатом) действий, предусмотренных ч.ч. 3, 6, 12 ст. 158 УК Украины, лишь в следующих случаях: а) если подделка избирательного документа в виде списка избирателей и/или его использование привели к голосованию лицами, внесенными в список избирателей бесосновательно в количестве, которое превышает десять процентов избирателей, получивших бюллетени на избирательном участке; б) если действия, предусмотренные ч. 12 ст. 158 УК¹⁶, привели к голосованию лицами, бесосновательно внесенными в список избирателей в количестве, которое превышает десять процентов избирателей, получивших бюллетени на избирательном участке.

Таким образом, юридическая конструкция «деяние, которое привело к невозможности определить волеизъявление избирателей на избирательном участке или на соответствующих выборах (референдуме)» является «мертвой» лишь частично. Однако целесообразность той её составляющей, которая может реально «функционировать», в свою очередь, представляется сомнительной.

Признак «привело к невозможности определить волеизъявление избирателей на избирательном участке или на соответствующих выборах (референдуме)» на уровне ст. 158 УК является квалифицирующим (особо квалифицирующим), т.е. таким, с которым законодатель связывает ужесточение уголовной ответственности. В связи с этим возникает вопрос по поводу обоснованности усиления уголовной ответственности в случаях, когда деяние субъекта «породило» обстоятельства, являющиеся в соответствии с избирательным законодательством основаниями для признания выборов недействительными.

Почему ситуация, когда деяние субъекта привело к невозможности определить волеизъявление избирателей на избирательном участке, и далее – к признанию выборов на этом участке недействительными, по мнению законодателя, таит в себе большую общественную опасность, чем ситуация, когда деяние субъекта привело к голосованию лицами, внесенными в список избирателей бесосновательно, в количестве, которое составляет меньше десяти процентов

¹⁴ Закон України від 6 листопада 2012 р. № 5475-VI «Про всеукраїнський референдум» // Офіційний вісник України. 2012. № 92. Ст. 3729.

¹⁵ Отметим, что в ст. 158 УК Украины прямо говорится лишь о «невозможности определить волеизъявление избирателей на избирательном участке». «Участок референдума» в данном положении УК не упоминается, что, очевидно, является отдельным технико-юридическим дефектом данной статьи Особенной части УК.

¹⁶ Обратим внимание, что в соответствии со ст.ст. 27, 28 ЗУ «О Государственном реестре избирателей», ст. 53 ЗУ «О всеукраинском референдуме» списки избирателей (участников референдума) для абсолютного большинства избирательных участков (кроме специальных участков) составляются на основании данных Государственного реестра избирателей.



избирателей, получивших бюллетени на избирательном участке? Ведь во втором случае результаты подсчета голосов на избирательном участке будут искажены, а в итоге – будет искажено установление результатов выборов в целом?!

На наш взгляд, с точки зрения уголовно-правовой охраны избирательных прав граждан именно эти случаи являются более общественно опасными. Если же законодатель связывает повышенную общественную опасность деяний, приведших к невозможности определить волеизъявление избирателей на избирательном участке, с причиненным государству материальным ущербом на сумму, равную затратам на организацию избирательного процесса на соответствующем избирательном участке, то, на наш взгляд, указание на такой ущерб должно было прямо содержаться в тексте уголовного закона.

Подводя итоги, подчеркнем, что, несмотря на определенную оригинальность (в сравнении с уголовным законодательством большинства постсоветских государств) юридических конструкций «деяние, которое повлияло на результаты голосования избирателей на избирательном участке либо в пределах избирательного округа» и «деяние, которое привело к невозможности определить волеизъявление избирателей на избирательном участке или на соответствующих выборах (референдуме)», обе они из-за несогласованности положений уголовного и избирательного (референдумного) законодательства Украины являются полностью либо частично «мертворожденными». Кроме того, их законодательное использование вряд ли можно считать «хорошим примером» нормотворчества в сфере уголовной ответственности за преступления против избирательных прав граждан.

Библиография

1. Ерофеев Д.В. Голосование в избирательном процессе // Право и власть. 2002. № 3. – С. 34-49.
2. Тер-Акопов А.А. Преступление и проблемы нефизической причинности в уголовном праве. М., 2003. – 480 с.
3. Кримінальна відповідальність за порушення виборчих і референдних прав / П.П. Андрушко, І.О. Зінченко, С.Я. Лихова та ін.; за заг. ред. В.П. Тихого. Х., 2008. – 342 с.
4. Лихова С.Я. Злочини у сфері реалізації громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина (розділ V Особливої частини КК України) : монографія. К., 2006. – 573 с.
5. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / за заг. ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка: У 2-х т.т. Том 2. К., 2009. – 624 с.
6. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. К., 2007. – 1184 с.
7. Чемсак Ю.В. Завершальна стадія виборчого процесу й місце в ній інституту голосування // Проблеми законності. 2009. Вип. 101. – С. 240-246.

References

1. Erofeev D.V. Golosovanie v izbiratel'nom protsesse // Pravo i vlast'. 2002. № 3. – S. 34-49.
2. Ter-Akopov A.A. Prestuplenie i problemy nefizicheskoi prichinnosti v ugovolnom prave. M., 2003. – 480 s.
3. Kriminal'na vidpovidal'nist' za porushennya viborchikh i referendnikh prav / P.P. Andrushko, I.O. Zinchenko, S.Ya. Likhova ta in.; za zag. red. V.P. Tikhogo. Kh., 2008. – 342 s.
4. Likhova S.Ya. Zlochiny u sferi realizatsii gromadyans'kikh, politichnikh ta sotsial'nikh prav i svobod lyudini i gromadyanina (rozdil V Osobливої частини КК України) : monografiya. K., 2006. – 573 s.
5. Naukovo-praktichnii komentar do Kriminal'nogo kodeksu Ukraїni / za zag. red. P. P. Andrushka, V. G. Goncharenka, Є. V. Fesenka: U 2-kh t.t. Tom 2. K., 2009. – 624 s.
6. Naukovo-praktichnii komentar Kriminal'nogo kodeksu Ukraїni / za red. M. I. Mel'nika, M. I. Khavronyuka. K., 2007. – 1184 s.
7. Chemsak Yu.V. Zavershal'na stadiya viborchoho protsesu i mistse v nii institutu golosuvannya // Problemi zakonnosti. 2009. Vip. 101. – S. 240-246.



АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

М.Н. Токарев*

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ УЧАСТИЯ СПЕЦИАЛИСТА НА ЭТАПЕ ПРОВЕРКИ СООБЩЕНИЯ О ПРЕСТУПЛЕНИИ

Аннотация: Статья посвящена проблемным вопросам методического и тактического характера, возникающим при участии специалиста в процессе проверки сообщения о преступлении, связанного с незаконной добычей водных биологических ресурсов. Внесенные Федеральным законом от 04.03.2013 г. №23-ФЗ в УПК изменения, увеличивающие круг процессуальных действий, проводимых при проверке сообщения о преступлении, требуют разработки отдельных методических рекомендаций и тактических приемов, которые повысят эффективность раскрытия преступлений и исключат допущение ошибок криминалистического характера. Для этого необходимо сформировать новый этап, соответствующий в уголовном процессе стадии возбуждения уголовного дела, – этап проверки сообщения о преступлении, характеризующийся определенными задачами, способами их решения, качественным и количественным составом участников и средств, влияющих на выдвижение версий и планирование действий следователя (дознателя) по проверке сообщения о преступлении. В данной работе рассмотрены две типичные следственные ситуации, которые раскрывают наиболее актуальные проблемные вопросы участия специалиста-ихтиолога на данном этапе. Предложено ряд практических рекомендаций, направленных на повышение эффективности применения специальных знаний. Уточнены задачи осмотра места происшествия (рыбодобывающего судна), разработан порядок его проведения с участием специалистов: ихтиолога и промышленного рыболовства – который способен повысить результативность данного следственного действия.

Ключевые слова: специалист, незаконная добыча, биоресурсы, следственная ситуация, проверка сообщения, методические рекомендации, тактические рекомендации, ихтиолог, следственные действия, доказательственная информация.

DOI: 10.7256/1994-1471.2014.1.8777

Преступление, связанное с незаконной добычей водных биологических ресурсов (далее – ВБР), невозможно раскрыть без привлечения специалистов различных областей знаний. Но, как показывает практика, процесс их участия сопровождается проблемами

методического и тактического характера. При этом для каждого направления специализации они имеют определенные особенности. Наиболее острые проблемы возникают в ходе проверки сообщения о преступлении чаще всего именно в связи с привлечением к расследова-

© Токарев Максим Николаевич

* Адъюнкт Хабаровского пограничного института Федеральной службы безопасности России [tmax1@mail.ru]

680017, Россия, г. Хабаровск, ул. Большая, д. 85



нию специалиста-ихтиолога. Поэтому исследование данных проблем необходимо проводить относительно специалиста конкретной области знаний и определенному этапу уголовного судопроизводства.

Учитывая существующие реалии, мы считаем, что следует расширить предмет криминалистической методики и установить новый этап, соответствующий в уголовном процессе стадии возбуждения уголовного дела – этап проверки сообщения о преступлении.

На наш взгляд, потребность в данном этапе существовала давно, а внесенные в УПК РФ Федеральным законом от 04.03.2013 г. №23-ФЗ¹ изменения, расширяющие круг процессуальных действий при проверке сообщения о преступлении, придали ей более актуальный характер.

Процесс данной проверки имеет свои особенности: отсутствие подозреваемого; наличие ограничений по срокам её проведения; неполный арсенал средств, предусмотренных УПК, предназначенных для установления обстоятельств преступления. Из этого следует, что практические рекомендации, разработанные для этапа расследования, не будут эффективными при проверке сообщения о преступлении, поэтому необходимо разрабатывать новые методические рекомендации и усовершенствовать существующие, но это возможно сделать только в рамках определенного этапа, имеющего четко обозначенные задачи, особенности и границы.

Вышеуказанное предложение будет способствовать полному и подробному изучению учеными-криминалистами такой фазы уголовного судопроизводства, как проверка сообщения о преступлении, а не отдельных процессуальных действий, проводимых на ней.

Изучение 217 уголовных дел, возбужденных по ч.ч. 1, 3, ст. 256 и ч. 2, ст. 253 УК в период с 2002 г. по 2012 г. позволили на этапе проверки сообщения о преступлении выделить две типичные следственные ситуации, требующие участие специалиста-ихтиолога.

Из всего многообразия существующих точек зрения, считаем, что наиболее точно отражает суть и содержание следственной ситуации понятие, предложенное В.К. Гавло. Следственная ситуация – это обстановка, характеризующаяся наличием и совокупностью доказательств, фактических данных, суммой информации,

следовой картиной на конкретный момент и этап расследования².

Типичность первой следственной ситуации определяет 77 уголовных дел. Характерна она для ведения незаконной добычи ВБР с берега, а также с использованием маломерных судов³ (в основном моторных лодок и катеров). Исходной информацией при этом является сообщение о совершении противоправной деятельности, переданное по каналам радио, телефонной связи и содержащее сведения о месте, времени браконьерства; количестве участников; способе, средствах и орудиях добычи; предполагаемом предмете преступного посягательства. Необходимо установить вид и количество ВБР; их жизненное состояние, то есть способны ли они выжить при возврате в естественную среду обитания; орудия, средства и следы противоправной деятельности. Кроме этого, требуется выпустить ВБР в естественную среду обитания. Реализовывалась данная ситуация в результате осмотра места происшествия (далее – ОМП), проводимого с участием ихтиолога. В роли данного специалиста в 63 случаях принимали участие сотрудники Государственной морской инспекции пограничных органов ФСБ РФ (далее – инспектор ГМИ), в оставшихся 14 – сотрудники организаций, осуществляющих научную деятельность в области ихтиологии (далее – сотрудник научного учреждения).

В результате исследований выявлены следующие недостатки:

1. При визуальном осмотре ВБР, проводимом во время осмотра места происшествия, их вид инспекторами ГМИ определялся неточно, чаще всего в протоколах данного следственного действия указывалась фраза: «... Обнаружены водные биологические ресурсы, по внешним признакам схожие с камчатским крабом ...». Вместе с тем, точно устанавливается их жизненное состояние, необходимое для выпуска в естественную среду обитания.
2. Ихтиолог, хоть и участвует в осмотре места происшествия, но не в статусе специалиста, а иного участника, вместе с тем устанавливает необходимую информацию, требующую применения специальных знаний.
3. Инспектор ГМИ участвовал в осмотре места происшествия, проводимого в

¹ О внесении изменений в статьи 62 и 303 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: Федеральный закон от 04.03.2013 г. №23-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

² См.: Гавло В. К. Избранные труды. Барнаул, 2011. С. 581.

³ Маломерное судно, согласно примечания статьи 11.7 КоАП РФ, это судно, длина которого не должна превышать двадцать метров и общее количество людей на котором не должно превышать двенадцать.



рамках проверки сообщения о преступлении, в качестве специалиста и одновременно вел расследование дела об административном правонарушении, возбужденного по событию, изложенному в данном сообщении.

Причина первого недостатка заключается в следующем. Все участвующие в осмотре места происшествия инспектора ГМИ обучались на факультете ускоренной подготовки и дополнительного профессионального образования Дальневосточного государственного технического рыбохозяйственного университета (далее – Дальрыбвтуз) в г. Владивостоке по программе «Проблемы определения видового состава и возможности возвращения в среду обитания крабов и других морских биоресурсов, добытых с нарушением Правил рыболовства или незаконным путем». Имели стаж работы после обучения не менее трех лет. Уровень знаний в области ихтиологии, на наш взгляд, достаточный для участия в уголовном судопроизводстве в качестве специалиста. Но причина, по которой большинство сотрудников ГМИ не точно определяют вид ВБР, заключается в том, что не все инспектора проходили обучение по данной программе. Расследуя дела об административных правонарушениях, они допускали ошибки при определении вида биоресурсов. В связи с этим руководство ГМИ рекомендовало инспекторам при установлении вида ВБР использовать фразу: «... Обнаружены водные биологические ресурсы, по внешним признакам схожие с ... (к примеру, трепангом дальневосточным)».⁴

На наш взгляд, ситуация, когда инспектор ГМИ вид биоресурсов устанавливает неточно, но при этом выпускает их в естественную среду обитания, только ухудшает процесс расследования уголовного дела, так как нет никакой гарантии, что выпущенные особи имеют именно тот вид, который в дальнейшем установит эксперт по изъятым образцам. Тогда основу обвинения по незаконной добыче ВБР может войти только количество биоресурсов, которое изъято для исследования.

Второй и третий недостатки свидетельствуют о «недоверии» субъекта расследования к институту специалиста. Инспектор ГМИ, выполняя задачи данного участника уголовного судопроизводства, по сути, им не являлся.

Полученная данным способом информация почти во всех случаях преобразовывается в доказательственную путем назначения и проведения экспертизы.

Статьи 70, 71 УПК указывают на то, что специалист не может принимать участие в производстве по уголовному делу, если он находился или находится в служебной или иной зависимости от сторон или их представителей. Пограничное управление ФСБ РФ является органом дознания, а подразделение дознания и подразделение ГМИ входят в его структуру. Таким образом, инспектор ГМИ, участвующий в качестве специалиста в расследовании уголовного дела, проводимом дознавателем одного и того же Пограничного управления, находится в служебной зависимости от стороны обвинения, так как Пограничное управление является органом дознания, это недопустимо.

Но сотрудник ГМИ как специалист может участвовать при расследовании данного вида преступления дознавателем или следователем полиции при условиях: наличие у сотрудника ГМИ вышеуказанного уровня знаний и точно установленного вида незаконно добытых ВБР.

Наиболее эффективными будут результаты осмотра места происшествия при участии специалиста-ихтиолога, являющегося сотрудником научного учреждения.

Качество расследования преступления зависит не только от уровня знаний специалиста, но и от его заинтересованности в исходе уголовного дела, что может возникнуть в рамках осуществления профессиональной деятельности. На наш взгляд, велика вероятность появления заинтересованности у специалистов тех направлений деятельности, которые обеспечивают процесс добычи ВБР: ихтиология; промышленное рыболовство; рыбохозяйственная деятельность; обеспечение, установка и ремонт навигационного, электромеханического оборудования, средств связи; переработка биоресурсов; сюда же можно отнести и судовождение (капитаны рыбодобывающих судов).

Например, Тихоокеанский научно-исследовательский рыбохозяйственный центр (далее – ТИНРО – центр) в г. Владивостоке, Камчатский научно-исследовательский институт рыбного хозяйства и океанографии (далее – КамчатНИРО) в г. Петропавловске-Камчатском, Сахалинский научно-исследовательский институт рыбного хозяйства и океанографии в г. Южно-Сахалинске для осуществления своей научной деятельности арендуют рыболовные суда у рыбодобывающих компаний, при этом ученые и члены экипажей судов тесно сотрудничают⁵. Некоторыми направлениями деятельности Дальрыбвтуза являются предвидение перспектив развития рыбной отрасли

⁴ Интервьюирование сотрудников ГМИ Пограничного управления ФСБ России по Приморскому краю.

⁵ Интервьюирование сотрудников данных учреждений. Архив Находкинского городского суда, г. Находка, уголовное дело №1-1315-07 от 2007 г.



России и прогнозирование потребностей в подготовке специалистов; постоянная разработка, развитие и внедрение новых прогрессивных технологий⁶. Это также свидетельствует о тесном взаимодействии сотрудников данного института с рыбодобывающими предприятиями.

Другой пример, 13 декабря 2012 г. возбуждено уголовное дело по факту превышения полномочий должностными лицами Приморского территориального управления Росрыболовства при проведении аукциона по продаже права на заключение договора о закреплении долей квот добычи камчатского краба в подзоне Приморье. Главе ведомства Иванкову предъявлено обвинение в том, что при проведении данного аукциона преимущество было незаконно отдано заранее определенным компаниям, одной из которых является «Акваресурс-ДВ»⁷.

Учитывая специфику деятельности данных организаций, заключающуюся в постоянном контакте с рыбодобывающими компаниями, перед проведением процессуального или иного действия с участием специалиста, следует направлять руководителю организации, в подчинении которого он находится, или при наличии договоренности – непосредственно данному участнику, а также частному лицу (капитану судна, индивидуальному предпринимателю, занимающемуся ремонтом и установкой навигационного оборудования), «вызов» любым способом, обеспечивающим быструю передачу информации (нарочно, факс, электронная почта и т.д.). В этом документе должны быть указаны: основания вызова специалиста; краткие обстоятельства противоправного деяния; предполагаемый вид ВБР; данные предполагаемого подозреваемого, подозреваемого, обвиняемого, подсудимого (ФИО, год рождения, место работы, занимаемая должность); цель и задачи процессуального действия; место, дата, время проведения запланированного действия; предусмотренные УПК права, обязанности и ответственность специалиста.

«Вызов» будет являться основанием для возникновения у лица статуса специалиста, он дает ему право отказаться от участия в расследовании уголовного дела в случае отсутствия соответствующих специальных знаний или при наличии заинтересованности в исходе уголовного дела. При этом следует учитывать,

что знакомство по роду профессиональной или иной деятельности с подозреваемым без существования какой-либо зависимости или участие в качестве специалиста по другому уголовному делу, где это же лицо имело такой же процессуальный статус, не свидетельствуют о заинтересованности.

Таким образом, у руководителя организации появляется возможность рекомендовать субъекту расследования квалифицированного специалиста, а тот, в свою очередь, при наличии заинтересованности в исходе уголовного дела, имеет возможность заранее отказаться от полного или частичного участия в процессуальном действии или уточнить задачи исследования. Если круг поставленных вопросов шире области знаний сведущего лица, то субъект расследования может переназначить или дополнительно вызвать специалиста другой области знаний для проведения комплексного исследования, способствующего получению более объективных результатов, тем самым эффективнее используется время, определенное уголовно-процессуальным законом как для проведения проверки сообщения о преступлении, так и предварительного расследования и судебного следствия.

Обобщая практический опыт, а также ориентируясь на диспозицию ч. 1, ст. 256 УК и постановление Пленума Верховного Суда РФ №26 от 23.11.2010 г., считаем, что в данной следственной ситуации при проведении осмотра места происшествия с участием специалиста-ихтиолога необходимо установить: вид ВБР, его жизнеспособность, общее количество особей, количество особей промыслового размера (промысловая мера устанавливается в зависимости от размера гидробионта⁸ или его веса), вес всех особей, пол, нерестовое состояние. На основании этих данных субъект расследования может установить характер причиненного ущерба.

В данной следственной ситуации дознавателю и ихтиологу в первую очередь следует обратить внимание на обеспечение сохранения и воспроизводства видов незаконно добытых биоресурсов. В связи с этим детальный осмотр места происшествия следует начинать с ВБР.

Методика определения вида ВБР сводится к визуальному поиску и сличению морфологических образований и особенностей строения тела и его фрагментов, являющихся видоспецифическими, систематическими признаками⁹.

⁸ Гидробионт – организм, обитающий в водной среде.

⁹ Методические рекомендации по определению видового состава и возможности возвращения в среду обитания крабов и других морских биоресурсов, добытых с нарушениями правил рыболовства или незаконным

⁶ Официальный сайт Дальневосточного государственного технического рыбохозяйственного университета <http://www.dalrybvvtuz.ru/uni/mission>. (дата обращения 17.03.2013).

⁷ Бондаренко А. Иванкова обвинили по «крабовому» делу. Российская газета. URL <http://www.rg.ru/2013/02/18/reg-dfo/obvinienie.html>. (дата обращения 19.03.2013).



Затем требуется определить, являются ли они жизнеспособными и возможно ли их возвращение в естественную среду обитания. При выпуске ВБР в среду обитания ихтиологу следует обязательно фиксировать повреждения особей (травмирование), измерять их и взвешивать. Для установления размерных и весовых показателей ВБР необходимо использовать сертифицированные измерительные приборы.

Уголовные дела, формирующие данную следственную ситуацию, возбуждены по факту незаконной добычи биоресурсов, запретных для вылова, эти ограничения установлены в связи с нахождением их численности на критически низком уровне. По 24 уголовным делам в момент пресечения незаконной добычи биоресурсы находились в живом виде и были выпущены в естественную среду обитания, при этом субъектом расследования на экспертизу изымались от 5 до 40 особей. Но учитывая и без того низкую численность данных видов, на наш взгляд, указанное количество особей, отбираемых для производства экспертного исследования, также причиняет существенный вред окружающей среде. Изымаемое для данного следственного действия количество особей не превышает 12% от общего улова, следовательно, оно не способно полностью раскрыть картину о состоянии незаконно добытых ВБР. Поэтому мы предлагаем при осмотре места происшествия подробно описывать признаки, характеризующие вид морских животных, признаки их жизнеспособности, размерно-весовые показатели особей промыслового размера. Обязательно следует производить фото- или видеofиксацию, уделяя особое внимание на изложенных выше признаках, применяя при этом узловую и детальную фотосъемку. Изымать рекомендуем по одной или две особи каждого вида для обеспечения принципа объективности и соблюдения прав подозреваемого после заявления ходатайства стороны защиты о назначении экспертизы по предмету преступного посягательства, а также в случае поломки технических средств фиксации, способной привести к утрате фото- или видеоматериала.

Типичность второй следственной ситуации характеризуют 62 уголовных дела. Преступления совершаются с использованием судов, являющихся как маломерными с автономностью плавания более суток, так и судов более высокого класса. Исходными сведениями, помимо

сообщения о преступлении, являются материалы дела об административном правонарушении или результаты оперативно-розыскной деятельности. При наличии на борту водных биологических ресурсов, помимо сведений, указанных в предыдущей следственной ситуации, требуется определить, способно ли судно с имеющимся на борту оборудованием осуществлять добычу ВБР.

В этих уголовных делах установление данных фактов осуществлялось при осмотре места происшествия (судна) путем выявления орудий, средств, следов противоправной деятельности, предметов преступного посягательства, их фиксации и изъятия. При этом привлекался специалист-ихтиолог.

Выявление вышеуказанной информации усложнялось тем, что изначально судно осматривалось в море, в рамках дела об административном правонарушении, затем оно доставлялось в ближайший Российский порт, и только после этого дознаватель мог произвести осмотр места происшествия (судна). В некоторых случаях период доставки составляет несколько суток. Следами, свидетельствующими о добыче ВБР, являются и части деталей промыслового оборудования, натертые до блеска в результате трения о них элементов орудий лова. Почти все это оборудование находится на верхней палубе судна, и оградить его от воздействия дождя и морской воды (волнения моря) невозможно. Под воздействием влаги данные детали ржавеют, что приводит к исчезновению следов преступления. К тому же лица, осуществлявшие производство по делу об административном правонарушении, не всегда подробно описывали эти следы. В ряде случаев дознаватели при участии специалиста-ихтиолога выявляют и фиксируют неполный перечень промыслового оборудования, подробно не исследуют орудия лова, на предмет их соответствия нормативам, указанным в Правилах рыболовства, хотя это важно. Однако, в соответствии с п. 6 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.10.2010 г. №26, решая вопрос о том, совершено ли преступление с применением способов массового истребления водных биологических ресурсов, судам надлежит не только исходить из того, какой запрещенный вид орудия лова или способ вылова был применен, но и устанавливать, может ли их применение с учетом конкретных обстоятельств дела повлечь указанные последствия.

Положительным моментом можно считать то, что с 2010 года к участию в осмотре места происшествия привлекаются сотрудники научных организаций в качестве специалистов-ихтиологов (11 уголовных дел). Но недостатком является: постановка им задач по обнаружению, фиксации

путем [Электронный ресурс]: утверждены Департаментом рыбного хозяйства Администрации Приморского края 22 января 2003 г. Документ опубликован не был. ДФО портал. URL <http://dfoportal.info/area02x/partie6p/article-xyrgdh.htm>. (дата обращения 19.03.13).



и описанию следов и предметов, используемых для добычи ВБР, объективное решение которых по силам лицу, обладающему знаниями в области промышленного рыболовства.

Так, дознаватель, проверяя сообщение о преступлении, свидетельствующем о незаконной добыче гражданином Г. 5445 кг. краба-стригуна опилю с использованием судна «О-в П-ва», оборудованного для добычи и переработки биоресурсов, произвел осмотр места происшествия (судна) с участием специалиста-ихтиолога сотрудника КамчатНИРО. В протоколе данного следственного действия указаны не все элементы промышленного оборудования и орудий лова. К примеру, между мальгогером¹⁰ и выборочным комплексом¹¹ должны быть ролю¹², которые направляют хребтину¹³ от первого элемента ко второму; не зафиксированы приспособления, монтирующиеся на кормовой палубе и необходимые для постановки крабового порядка; не обследована палуба, находящаяся под транспортной лентой, предназначенной для перемещения крабовых ловушек от места их выборки к месту постановки, на предмет нахождения под ней объектов донной флоры и фауны или их фрагментов; не обнаружены емкости для наживы – «баночки» или «мешочки», укладываемые в крабовые ловушки¹⁴.

Так как данное судно оснащено рыбоперерабатывающим цехом и большими морозильными трюмами, не может быть исключена и версия о перегрузе краба с другого судна. Протокол осмотра места происшествия, описываемый в последнем примере, – это доказательство, свидетельствующее о способности данного судна вести добычу ВБР. Но обозначенные недостатки не дают основания однозначно утверждать, что именно это судно добыло 5445 кг краба-стригуна опилю.

По 49 уголовным делам дознаватели привлекали к участию в осмотре места происшествия инспекторов ГМИ – результаты мало чем отличаются.

В одном уголовном деле ОМП (судна) проведен дознавателем без участия специалистов, затем, спустя несколько дней, он производит

повторный осмотр места происшествия, но уже с участием специалиста промышленного рыболовства. В протоколе данного следственного действия указаны орудия лова (тралы) и их технические характеристики, но перечислен неполный перечень промыслового оборудования, используемого для постановки и выборки данных тралов, не зафиксированы следы их использования. В деле есть объяснение капитана судна «МРС-0...», гражданина А., который сознается, что добыл биоресурсы, не указанные в разрешении, одновременно с другими ВБР при последнем тралении¹⁵.

Возможно, следы добычи были утеряны, так как осмотр с участием специалиста проведен не сразу после доставления судна в порт. Довольствуясь признательными показаниями капитана, дознаватель не поставил задачу специалисту обнаружить все промысловое оборудование и сформулировать вывод о способности судна вести добычу. Но если бы капитан судна изменил свои показания и стал утверждать, что находящиеся на судне биоресурсы были перегружены с другого плавсредства, то дознавателю пришлось бы вновь возвращаться к ОМП «МРС-0...» для фиксации всего промыслового оборудования и формированию вывода о способности судна осуществлять добычу ВБР.

Вместе с тем, выявлен единичный случай совместного участия в осмотре места происшествия специалиста-ихтиолога и специалиста по промышленному рыболовству. В результате исследований, проведенных при выполнении данного следственного действия, специалист выявил все детали промышленного оборудования, следы их использования, несмотря на демонтаж данного оборудования, что позволило ему сделать вывод о способности судна добывать крабов. Используя специализированную терминологию, данный участник точно описал расположение на судне того или иного элемента промышленного оборудования, инструментов для его демонтажа (ключей) и орудий лова¹⁶.

Анализируя протоколы осмотров мест происшествия всех уголовных дел данной следственной ситуации, мы выявили общие недостатки:

1. При осмотре судна дознаватели не описывают состояние его бортов: к примеру, потертые места и отбитая краска свидетельствуют о подъеме в том месте крабового порядка. На судах, где транс-

¹⁰ Мальгогер – приспособление из роликов для изменения направления тяги и движения нагруженного каната, а также и уменьшения его износа от трения.

¹¹ Выборочный комплекс – гидравлическое (механическое) устройство, предназначенное для подъема крабового порядка.

¹² Ролю – вращающийся цилиндр, вал.

¹³ Хребтина – прочный канат, к которому крепятся крабовые ловушки.

¹⁴ Архив Петропавловска-Камчатского городского суда, г. Петропавловск-Камчатский, уголовное дело №1-62-2012 от 2012 г.

¹⁵ Архив Фрунзенского районного суда г. Владивостока, уголовное дело №1-256-09 от 2009 г.

¹⁶ Архив Южно-Сахалинского городского суда, г. Южно-Сахалинск, уголовное дело №2050553 от 2011 г.



портные ленты установлены за корпусом судна, и перемещение ловушек происходит вдоль борта, на их поверхностях остаются такие же следы, а на ловушках может находиться отпавшая краска.

2. При детальном осмотре места происшествия используется фронтальный способ: начинается осмотр с носовой части судна и производится последовательно по направлению к комовой части.

Данный способ не эффективен, применяя его, невозможно последовательно отобразить все элементы промыслового оборудования, что способствует упущению некоторых из них.

В последнем примере, хоть это и неярко выражено, но порядок осмотра судна совпадал с технологией добычи ВБР. Так, осмотр промысловой палубы начат с места подъема крабового порядка, где предположительно должен быть установлен мальгогер, и окончен в месте, где крабовые ловушки крепятся к транспортеру¹⁷, перемещающему их за надстройку на кормовую палубу. Далее осмотр производился опять фронтальным способом.

Поэтому мы считаем, что детальный осмотр места происшествия (судна) необходимо проводить в следующем порядке. Изначально дознаватель совместно с лицом, обладающим знаниями в области промышленного рыболовства, выявляют наличие на судне орудий лова, так как они свидетельствуют об используемом промысловом оборудовании. После чего исследования необходимо проводить по порядку, соответствующему технологии добычи биоресурсов (например, изначально идет их постановка, затем – подъем), выявляя при этом следовую картину происшедшего процесса вылова биоресурсов и все имеющееся промышленное оборудование. Одновременно лицо, обладающее знаниями в области ихтиологии, в местах проведения исследований первого специалиста, выявляет наличие биоресурсов, их фрагментов, а также объектов донной флоры, фауны и определяет их вид. Затем следует осматривать оборудование для хранения и транспортировки ВБР, далее – переходить к исследованию морских животных и в последнюю очередь изучать средства для обеспечения мореплавания судна.

Кроме того, четкая формулировка задач ОМП приведет к эффективному разрешению данной следственной ситуации, которые, на наш взгляд, должны иметь следующее содержание:

1. Установить: вид ВБР, его жизнеспособность, общее количество особей, количе-

ство особей не промыслового размера, вес всех особей, пол, нерестовое состояние.

2. Определить: может ли использоваться судно с имеющимся на борту промысловым оборудованием и орудиями лова для добычи ВБР и какого вида.
3. Выявить: наличие технического и материального оборудования судна, необходимого для обеспечения мореплавания (навигационного оборудования, средств связи, основных и вспомогательных двигателей, якорного устройства и т.д., их работоспособность), осуществления погрузочных и швартовых операций.

Первую задачу должен решать ихтиолог, вторую – специалист промышленного рыболовства, третью – дознаватель, так как оборудование, указанное в последней задаче, общеизвестно, а при возникновении конфликтной ситуации, то с участием, к примеру, сотрудника администрации порта или другой специализации в зависимости от характера конфликта.

Необходимость в специалисте промышленного рыболовства вызвана тем, что инспектора ГМИ и ученые-ихтиологи специального образования по технологии добычи ВБР не имеют и не работали в этой сфере, они лишь наблюдали процесс вылова ВБР при осуществлении своей профессиональной деятельности. Поэтому участие последних в установлении способности судна вести добычу ВБР – недопустимо.

Указанные примеры и приведенные аргументы свидетельствуют о необходимости одновременного участия в осмотре места происшествия специалиста-ихтиолога, являющегося сотрудником организации, осуществляющей научно-исследовательскую деятельность, и специалиста промышленного рыболовства.

Таким образом, результаты исследования позволяют нам сформулировать следующие выводы:

1. В целях обеспечения объективности при установлении обстоятельств совершенного деяния следует проводить исследование всего объема незаконно добытых ВБР. Для этого при производстве процессуальных действий на этапе проверки сообщения о преступлении следует привлечь специалиста-ихтиолога, являющегося сотрудником научного учреждения.
2. Для экспертизы необходимо изымать по одной или две особи каждого вида в целях соблюдения прав подозреваемого на проведение повторных исследований и сохранности популяции незаконно добытых видов морских животных.
3. Если следователь (дознаватель), ведущий досудебное производство, и ин-

¹⁷ Транспортёр (транспортная лента) – устройство для перемещения крабовых ловушек от места выборки к месту хранения и постановки.



спектор ГМИ являются сотрудниками одного и того же пограничного управления – органа дознания, то участие в процессуальных действиях инспектора ГМИ в качестве специалиста недопустимо. В этом случае появляется служебная зависимость специалиста от стороны обвинения. Не следует привлекать инспектора ГМИ в роли специалиста-ихтиолога, если он не обучался по данному направлению, не имеет документа, свидетельствующего о теоретической подготовке, и практического опыта.

4. Недопустимо участие специалиста-ихтиолога в процессуальных действиях, направленных на установление способности судна вести добычу ВБР. Для этого следует привлекать специалиста промышленного рыболовства. Его действия должны быть направлены на обнаружение, исследование, фиксацию ре-

зультатов исследования и возможного изъятия промышленного оборудования, орудий лова и их элементов, невзирая на признательные показания подозреваемого.

5. Порядок осмотра места происшествия (судна) должен соответствовать технологии добычи ВБР. Это будет способствовать обнаружению всех элементов промышленного оборудования, используемого при совершении незаконной добычи, и следов преступления.

Проведение ОМП с участием специалистов вышеуказанных направлений, с учетом сформулированных задач следственного действия и предложенных методических и тактических рекомендаций, позволит субъекту расследования получать доказательственную информацию уже на этапе проверки сообщения о преступлении, что улучшит качество расследования.

Библиография

1. Гавло В. К. Избранные труды. Барнаул, 2011. – 850 с.
2. Алексова А. В. Участие специалиста при расследовании преступлений, связанных с применением незаконно изготовленного огнестрельного оружия // Право и политика. - 2012. - 7. - С. 1227 - 1232.
3. Яровенко В.В. Проблемы применения специальных знаний при исследовании различных видов огнестрельного оружия и боеприпасов // ВВ: Вопросы права и политики. - 2012. - 2. - С. 146 - 163. DOI: 10.7256/2305-9699.2012.2.165.
4. Божкова Н.Р. Заключение специалиста // Актуальные проблемы российского права. - 2008. - 4. - С. 311 - 314.
5. Копылова С.А. Статус специалиста и возможность использования специальных знаний в работе судебных приставов // Актуальные проблемы российского права. - 2009. - 3. - С. 605 - 615.

References

1. Gavlo V. K. Izbrannyye trudy. Barnaul, 2011. – 850 s.
2. Aleksova A. V. Uchastie spetsialista pri rassledovanii prestuplenii, svyazannykh s primeneniem nezakonno izgotovlennogo ognestrel'nogo oruzhiya // Pravo i politika. - 2012. - 7. - С. 1227 - 1232.
3. Yarovenko V.V. Problemy primeneniya spetsial'nykh znaniy pri issledovanii razlichnykh vidov ognestrel'nogo oruzhiya i boepripasov // ВВ: Voprosy prava i politiki. - 2012. - 2. - С. 146 - 163. DOI: 10.7256/2305-9699.2012.2.165.
4. Bozhkova N.R. Zaklyuchenie spetsialista // Aktual'nye problemy rossiiskogo prava. - 2008. - 4. - С. 311 - 314.
5. Kopylova S.A. Status spetsialista i vozmozhnost' ispol'zovaniya spetsial'nykh znaniy v rabote sudebnykh pristavov // Aktual'nye problemy rossiiskogo prava. - 2009. - 3. - С. 605 - 615.

Материал получен редакцией 29 июня 2013 г.



АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

А.А. Шулаков*

КОНСЕКВЕНЦИАЛЬНЫЙ МЕТОД В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Аннотация: В статье анализируется механизм действия принципа наиболее тесной связи по методу «сравнения ущерба» (консеквенциальному методу), предложенному американским ученым В. Бакстером и кодифицированному в Книге IV ГК Луизианы (автор-разработчик С. Симеонидес). В соответствии с консеквенциальным методом любой акт (действие или документ) следует судить исключительно по его последствиям. Консеквенциализм в международном частном праве выражается в том, что выбор применимого права обсуждается по последствиям, которые этот выбор производит на интересы и ценности, отраженные в противоречивых законах. Автором рассматриваются легальные факторы, составляющие содержание наиболее тесной связи, обосновывается вывод о том, что консеквенциальная методология в международном частном праве не только ограничивает автономию воли, но и одновременно аккумулирует в себе ещё и обе оговорки о публичном порядке (собственно оговорку о публичном порядке и институт сверхимперативных норм), дается определение принципа наиболее тесной связи.

Ключевые слова: тесная связь, сравнительный ущерб, публичные интересы, консеквенциализм, консеквенциальный метод, коллизионное регулирование, защитные оговорки, автономия воли, коллизионные нормы, материальные нормы.

DOI: 10.7256/1994-1471.2014.1.8891

Наиболее значительной из всех имеющихся на сегодня в США доктрин по определению применимого права является «теория сравнения ущерба» В. Бакстера (The comparative impairment theory)¹. Суть теории состоит в беспристрастном взвешивании коллидирующих в правоотношении интересов штатов (государств) и применении права того штата (государства), интересам которого был бы нанесен наиболее серьезный ущерб не толь-

ко в правовой, но и в экономической и других сферах, если бы его право не было применено судом². При этом правоприменитель не только

¹ См., подр. Baxter W. F. Choice of Law and the Federal System. Stanford Law Review. Vol. 16, No. 1 (Dec., 1963), pp. 1-42.

² Об этой теории см. также: Glossary of Conflict of Laws. Prof. William Tetley. McGill Law Faculty <http://www.mcgill.ca/maritimelaw/glossaries/conflictlaws/#letter_c> (последнее посещение – 1 июня 2013); Visher F. General Course on Private International Law // Collected courses of the Hague Academy of international law, - Dordrecht et ctr.: Nighoff, 1992-(I). – Т.232. P.59; Nygh P. E. The reasonable expectation of parties as a guide to the choice of law in contract and in tort // Collected courses of the Hague Academy of international law. Dordrecht et ctr.: Nighoff, 1995. - Т. 251. P. 285; Holger Spamann. Choice of Law in a Federal System and an Internal Market. 2001. <[© Шулаков Андрей Анатольевич](http://centers.</p></div><div data-bbox=)

* Кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

[docent-law@rambler.ru]

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9



взвешивает интересы, связанные с применением той или иной нормы иностранного права, но и учитывает запреты на их реализацию.

В основе правоприменительной оценки, связанной с действием принципа наиболее тесной связи по методу «сравнения ущерба» лежит этическое учение, берущее начало в теологической части философии Аристотеля, развитое затем в христианском богословии³ и получившее в современной этике название консеквенциализма. В соответствии с этим понятием действие, акт следует судить исключительно по его последствиям (иными словами последствия поведения являются основой основ для любого суждения о правильности такого поведения)⁴.

Понятие консеквенциализма ввел в международное частное право (МЧП) профессор Симеон Симеонидес в 2009 году, посвятив ему в

своей статье всего две строки. Консеквенциализм в выборе права, отмечает С. Симеонидес, состоит в том, что выбор применимого права обсуждается по последствиям, которые этот выбор производит на интересы и ценности, отраженные в противоречивых законах⁵.

Таким образом, судья при выборе применимого права сравнивает, оценивает не качество той или иной иностранной нормы (такая оценка будет вмешательством во внутренние дела государства), а последствия её применения. Ориентиром, вектором и критерием при таком выборе должен служить наименьший ущерб конкретным публичным интересам (социальным, экономическим и политическим), затрагиваемым правоотношением⁶.

В этой связи важно отметить, что В. Бакстер, обосновавший в 1963 г. метод «сравнения ущерба» в МЧП, делал общую ссылку на социальные цели⁷, но конкретных критериев оценки (публичных интересов), связанных с применением этого метода по отдельным частноправовым отношениям (гражданским, семейным и др.), не указывал. Впервые такие

law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/01/012601.html> (последнее посещение – 1 июня 2013 г.); Erin Ann O'Hara and Larry E. Ribstein. 9600 Conflict of Laws and Choice of Law. George Mason University School of Law. 1999. <9600 CONFLICT OF LAWS AND CHOICE OF LAW> (последнее посещение – 1 июня 2013 г.); Passler R. G. Comparative Impairment: Louisiana's New Methodology for Resolving Conflicts of Law // Louisiana Law Review. Vol. 52, № 2. 1991. <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol52/iss2/6> (последнее посещение – 1 июня 2013 г.); Symeon C. Symeonides. The Conflicts Book of the Louisiana Civil Code: Civilian, American, or Original? [To be published in 83 Tulane Law Review (2009)]. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1343878#> (последнее посещение – 1 июня 2013 г.).

³ Одной из основ христианской религии является догмат о том, что последствия грехов (зависть, гнев, похоть, чревоугодие и др.) наносят непоправимый ущерб душе и телу (психическому и физическому здоровью) человека. (См., напр.: Три Святителя. Василий Великий, Григорий Богослов, Иоанн Златоуст. М.: Православное братство святого апостола Иоанна Богослова, 2012. С. 280-291, 420-421).

⁴ Термин «консеквенциализм» (от лат. «consequentia» – следствие, следствие) введен в этику английским философом-аналитиком Элизабет Энском (Elizabeth Anscombe; 1919-2001) в работе «Современная моральная философия». (См. подр.: Anscombe G. E. M. Modern moral philosophy // Philosophy 33. 124. 1958. P. 1-19. <http://www.philosophy.uncc.edu/mleldrid/cmt/mmp.html> (последнее посещение – 1 июня 2013 г.); Прокофьев А. В. Человеческая природа и социальная справедливость в современном этическом аристотелианстве. Электронная библиотека Института философии Российской Академии Наук. <http://iph.ras.ru/elib/EM2_3.html> (последнее посещение – 1 июня 2013 г.); Артемьева О. В. У истоков современной этики добродетели. Электронная библиотека Института философии Российской Академии Наук. <http://iph.ras.ru/elib/EM6_7.html> (последнее посещение – 1 июня 2013 г.); Консеквенциализм. Русская Британника. <http://phenomen.ru/public/dictionary.php?article=1046> (последнее посещение – 1 июня 2013 г.); Consequentialism. Wikipedia. <http://en.wikipedia.org/wiki/Consequentialism> (последнее посещение – 1 июня 2013 г.).

⁵ См. подр.: Symeon C. Symeonides. The Conflicts Book of the Louisiana Civil Code: Civilian, American, or Original? P. 12.

⁶ Публичные интересы, понимаемые, как совокупность общих интересов, т.е. интересов государства, интересов общества и усредненных правомерных интересов частных лиц фигурируют в ст. 29 Всеобщей декларации прав человека, положения которой имплементированы в норму п. 3 ст. 55 Конституции РФ. Закрепленные в данной норме основы конституционного строя, нравственность, здоровье, права и законные интересы частных лиц, обеспечение обороны страны и безопасности государства - признаются Конституционным судом РФ одновременно и публичными интересами, и конституционно значимыми ценностями (См.: Постановление Конституционного суда РФ № 15 - П от 30.10.2003 «Вестник Конституционного суда РФ». 2003. № 6.). Указанные публичные интересы (конституционно значимые ценности) составляют основу публичного порядка страны. С 2007 года публичные интересы закреплены в п. (32) преамбулы Регламента Рим II и в п. (37) преамбулы Рим I, где фигурирует единое положение в соответствии, с которым «соображения публичного интереса оправдывают в исключительных обстоятельствах использование судами государств - членов таких механизмов, как оговорка о публичном порядке и преобладающие императивные положения». (Регламент ЕС «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» «Рим I» (Перевод и предисловие Четверикова А. О.) <http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/collision/dogovornoe.htm> (последнее посещение – 1 июня 2013 г.); Регламент ЕС «О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам» «Рим» II (Перевод и предисловие Четверикова А. О.) <http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/collision/vnedogovornoe.htm.> (последнее посещение – 1 июня 2013 г.).

⁷ См.: Baxter W. F. Choice of Law and the Federal System. Stanford Law Review. Vol. 16, No. 1 (Dec., 1963), P.9.



критерии в рамках модификации принципа наиболее тесной связи по методу «сравнения ущерба» были законодательно закреплены в Книге IV (Коллизии законов) Гражданского кодекса Луизианы в редакции 1991 года, вступившей в силу с 1 января 1992 г.

Автор - разработчик данного закона профессор С. Симеонидес⁸ отмечает, что первая часть ст. 3515 («Определение применимого права; общее и остаточное правило») Титула I («Общие положения») ГК Луизианы, закрепляет общую цель правоприменительного процесса, а вторая - предписывает процесс или метод достижения этой цели в судебном порядке⁹.

Данный подход реализован конкретными статьями восьми Титулов книги IV ГК Луизианы¹⁰. Как указывает С. Симеонидес: «Статья 3515¹¹ является общей статьей в том смысле,

что она содержит общие принципы, из которых другие статьи Книги IV были получены и в свете которых они должны быть интерпретированы. Основная цель процесса, связанного с выбором применимого права в рамках Книги IV, заключается в применении закона того государства, интересам (*policies* – прим. А.Ш.) которого был бы нанесен «наиболее серьезный ущерб, если бы его право не было применено к этому вопросу». Эта по-гиппократовски звучащая фраза является общим принципом Книги IV»¹². Применимым правом, уточняет С. Симеонидес, должен быть закон того государства, которое понесет наиболее серьезные правовые, социальные, экономические и другие последствия, если его право не будет применено к рассматриваемому судом вопросу¹³.

Смысл важнейшего термина «*policies*», используемого в законодательстве не только в ГК Луизианы, но и, в частности, в §6 Второго Свода законов США 1971 г., указывающем на факторы, которые должны помогать суду определять наиболее тесную связь, а также в теориях американских авторов (Б. Карри и пр.), - можно передать словами «публичная политика», «публичные интересы», «публичные ценности». Авторы сборника «Международное частное право: Иностранное законодательство» переводят термин «*policies*», закрепленный в статьях 3515, 3519, 3537, 3542, 3547 книги IV «Коллизии законов Гражданского кодекса Луизианы (редакция 1991 г.) как «устремления»¹⁴.

С учетом важности трактовки термина «*policies*» (в единственном числе «*policy*») он нуждается в определенной правовой характеристике.

Для термина «*policy*», указанного в коллизионном (конфликтном) законодательстве США, связанном с регулированием международных и междуштатных отношений полностью подходит трактовка этого понятия в значении «*Policy, public*», данная в «Юридическом словаре Джона Бувье, адаптированном к Конституции и законам Соединенных штатов Америки и нескольких государств Американского союза». В соответствии с этим словарем «*public policy*» означает закрепленную в законе государственную политику, направленную на общественное

⁸ Давая в 2009 году характеристику своему творению, профессор С. Симеонидес отмечает, что Книга IV ГК Луизианы «... конкретизирует уроки американской революции о выборе применимого права в краткие правила гражданско-правового стиля в сочетании их с гибким по-американски «подходом»; и представляет тем самым больше уверенности, чем коллизионное право любого другого штата США и большую гибкость, чем любая европейская коллизионная кодификация» (Symeon C. Symeonides. Op.cit. P. 1; О ГК Луизианы см. также: Symeon C. Symeonides. Louisiana Conflicts Law: Two “Surprises”// Louisiana Law Review. V. 54. № 3. January 1994. <<http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol54/iss3/3>> (последнее посещение – 1 июня 2013 г.).

⁹ Ст. 3515 Кодекса Луизианы: «Определение применимого права; общее и остаточное правило. За исключением об ином в настоящей книге, любой вопрос в деле, имеющем связи с другими штатами, регулируется правом штата, устремлениям которого был бы нанесен наиболее серьезный ущерб, если бы его право не было применено к этому вопросу. Этот штат определяется посредством оценивания силы и уместности, имеющих отношение к делу устремлений всех вовлеченных штатов в свете: (1) отношений каждого штата со сторонами и спором; (2) устремлений и нужд межштатных и международных систем, включая устремления поддержать законные ожидания сторон и минимизировать неблагоприятные последствия, которые могут следовать из подчинения стороны праву более чем одного штата». (Международное частное право: Иностранное законодательство /Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: «Статут», 2001. С. 541).

¹⁰ Указанное положение, как главное коллизионное начало, помимо Титула I «Общие положения» (ст. 3515), закреплено также в Титуле II «Статус» (ст. 3519 «Статус физического лица; общий принцип»), в Титуле VI «Договорные обязательства» (ст. 3537 «Общее правило» и ст. 3540 «Автономия воли») и в Титуле VII «Деликтные и квазиделиктные обязательства» (ст. 3542 «Общее правило»). Этот же критерий ограничивает в ст. 3540 и возможность для сторон договора избрать применимое право. (См.: Международное частное право: Иностранное законодательство. С. 540-550).

¹¹ С. Симеонидес и В. П. Звеков называют правила, закрепленные в ст. 3515 ГК Луизианы, модификацией

принципа наиболее тесной связи. (См. подр.: Symeon C. Symeonides. The Conflicts Book of the Louisiana Civil Code: Civilian, American, or Original? P. 10; Звеков В. П. Международное частное право. : Учебник.-2-е изд., перераб. и доп.-М.: Юристъ, 2004. С. 168).

¹² Symeon C. Symeonides. The Conflicts Book of the Louisiana Civil Code: Civilian, American, or Original? P. 8.

¹³ Ibid.

¹⁴ См.: Международное частное право: Иностранное законодательство. С. 541.



благо¹⁵. Американский словарь (The American Heritage Dictionary of the English Language) трактует «public policy» как «основную политику или набор политик, лежащих в основе государственных законов»¹⁶.

В связи с указанным, термин «policies», указанный в § 6 Второго Свода законов США (1971) и в ГК Луизианы (1991) без всяких сомнений имеет публично-правовое значение. Как представляется, данный термин в полной мере совпадает с теми публично-правовыми категориями, которые в романо-германской правовой системе составляют содержание общих и отраслевых принципов права, а также с публичными интересами, ценностями национального правопорядка (публичного порядка в смысле международного частного права). В соответствии с американской и европейской доктриной (У. Риз, М. Цепенфельд, Я. Нойак и др.) эти публичные интересы или ценности не только обосновывают применение концепции о публичном порядке в МЧП, но и позволяют законодателю формулировать на их основе вначале односторонние коллизионные нормы, а затем редуцировать их в нормы двусторонние¹⁷.

¹⁵ См.: «POLICY, PUBLIC. By public policy is meant that which the law encourages for the promotion of the public good». A LAW DICTIONARY ADAPTED TO THE CONSTITUTION AND LAWS OF THE UNITED STATES OF AMERICA AND OF THE SEVERAL STATES OF THE AMERICAN UNION. <<http://americanheritage.yourdictionary.com/public-policy>> (последнее посещение – 1 июня 2013 г.).

¹⁶ См.: The American Heritage Dictionary of the English Language <<http://ahdictionary.com/word/search.html?q=public+policy&submit.x=39&submit.y=25>> (последнее посещение – 1 июня 2013 г.).

¹⁷ В доктрине (М. Цепенфельд) указывается на то, что данный процесс имеет ряд этапов. На первом этапе при неэффективности уже сложившихся двусторонних норм суды для достижения приемлемого материально-правового результата начинают всё чаще и чаще применять оговорку о публичном порядке. На втором этапе после того, как применение указанной оговорки достигает критической массы, как правило, выкристаллизовывается заложенная в основе всех подобных дел односторонняя коллизионная норма, определяющая пределы применения отечественного права. На третьем этапе, после практической проверки данной односторонней коллизионной нормы и распространения в разных странах материально-правовых норм, чьё применение «обслуживает» указанная односторонняя коллизионная норма, становится возможным превратить её в двустороннюю. Четвертый этап связан с рецепцией этой двусторонней нормы другими странами, в результате чего становится достижимой цель МЧП – международное единообразие решений. Указанный процесс, обусловленный изменением принципов материального права, основанных на тех или иных публичных интересах (ценностях), является непрерывным (См. подр.: Асосков А. В. Основы коллизионного права. - М.: Инфотропик Медиа, 2012. С.190-191). Так непризнание

Описывая историю создания Книги IV ГК Луизианы, С. Симеонидес отмечает, что ещё до утверждения Юридическим Советом Луизианы проекта этого кодекса он столкнулся с серьезным противодействием, связанным с неприятием предложенной в Книге юридической методологии В. Бакстера, используемой калифорнийскими судами. Против использованного в проекте Книги коллизионного подхода, пишет С. Симеонидес, активно выступал покойный профессор Лютер Макдугалл, считавший, что указанный в Кодексе подход находится под влиянием используемой в Калифорнии методологии В. Бакстера¹⁸.

Основной довод С. Симеонидеса в защиту оригинальности своего подхода в ГК Луизианы свелся к тому, что при выборе применимого права необходимо *минимизировать* ущемление интересов всех участвующих государств, вместо того, чтобы *максимизировать* интересы одного государства за счёт интересов других государств, что, по мнению С. Симеонидеса, присутствует в количественном подходе В. Бакстера¹⁹.

С указанным доводом С. Симеонидеса нельзя согласиться по той причине, что процесс выяв-

ранее на территории Франции однополых браков с иностранцами за счет срабатывания оговорки о публичном порядке - опиралось на публичный интерес, связанный с традиционными ценностями брака и закреплённый в императивной норме ГК Франции (ст. 1387). Данная норма ограничивала автономию воли посредством указания на то, что заключение брака не может противоречить добрым нравам. Римский юрист Э. Папиниан включал в понятие «добрые нравы» (лат. - bonos mores) благочестие, гражданское достоинство и стыдливость. (D. 28.7.15). После того как французский парламент узаконил однополые браки – публичный интерес, формирующий публичный порядок Франции, кардинально изменен. На основе новой материальной нормы в ГК Франции может быть создана односторонняя коллизионная норма, а после того, как «ценность» однополых браков будет признана большинством стран Евросоюза и норма двусторонняя. Необходимо отметить, что в генезисе самых первых коллизионных норм, созданных судебной практикой Франции и связанных, в частности, с определением статуса недвижимости и статуса физических лиц, лежат именно публичные интересы, интересы, связанные с суверенитетом государства.

¹⁸ См., подробнее: Symeon C. Symeonides. Op. cit. P. 11.

¹⁹ См.: Symeon C. Symeonides. Op. cit. P. 11. В отличие от взглядов С. Симеонидеса на теорию В. Бакстера, в Глоссарии Коллизионного права профессора Вильяма Тетлея (William Tetley) в статьях «Baxter W. F.» и «Comparative impairment» указано, что цель теории «сравнительного ущерба» В. Бакстера состоит во взвешивании коллидирующих интересов и «в применении того права, которое в наименьшей степени вредит интересам других государств» (Glossary of Conflict of Laws. Prof. William Tetley. McGill Law Faculty; <http://www.mcgill.ca/maritimelaw/glossaries/conflictlaws/#letter_c> (последнее посещение – 1 июня 2013 г.).



ления ущерба интересам государства и по формуле В. Бакстера, и по формуле ст. 3515 ГК Луизианы имеет одни и те же два этапа. На первом этапе путем взвешивания публичных интересов, коллидирующих в правоотношении государств, происходит выявление государства, интересы которого, по сравнению с другими, *максимально* страдают от неприменения к правоотношению его права (*этап максимизации*). На втором этапе максимальный ущерб интересам этого государства по отношению к другим заинтересованным государствам *минимизируется* (нивелируется) за счет применения его права (*этап минимизации*). Таким образом, «различие» в подходах, выявленное С. Симеонидесом, является не более чем изящной игрой слов.

Безусловной заслугой профессора С. Симеонидеса является развитие консеквенциального метода в МЧП путем закрепления в ГК Луизианы сочетания сразу двух факторов, где в качестве первого (общего правила) выступает оценка силы и уместности устремлений вовлеченных штатов, а в качестве второго (остаточного правила) - классические жесткие презумпции, исторически сформировавшиеся в МЧП, по сути, на основе учёта первого из этих факторов²⁰.

Материализация коллизионных норм в ГК Луизианы происходит в результате оценки правоприменителем силы и уместности устремлений всех имеющих к делу государств. Из 35 статей Книги IV «Коллизии законов» 27 статей содержат коллизионные нормы, ориентированные на учет материально-правового результата²¹.

Универсальность выявления наиболее тесной связи по методу «сравнения ущерба» (консеквенциальному методу) в ГК Луизианы заключается также в том, что она не только ограничивает автономию воли, но и одновре-

менно аккумулирует в себе ещё и обе оговорки о публичном порядке (собственно оговорку о публичном порядке и институт сверхимперативных норм)²². Положение, по которому норма иностранного права не применяется, если последствия ее применения явно противоречат основам правопорядка (публичному порядку), полностью укладывается в модификацию принципа наиболее тесной связи по методу «сравнения ущерба», содержащуюся в ГК Луизианы²³.

Необходимо подчеркнуть, что консеквенциальная методология в МЧП не может не учитывать действие в МЧП и защитных оговорок, и автономии воли. В самих формулировках и содержании этих институтов указывается на необходимость учета последствий применения права. Так, согласно оговорке о публичном порядке, норма иностранного права, подлежащая применению, в исключительных случаях не применяется, когда *последствия* её применения явно противоречат основам правопорядка (публичному порядку). Суд учитывает *последствия* применения или неприменения императивных норм, основанных на важнейших публичных интересах и имеющих тесную связь с отношением. Все эти положения, закрепленные и в российском, и в зарубежном праве, полностью укладываются в консеквенциальную методологию. Таким образом, правоприменитель не только взвешивает интересы, связанные с применением той или иной нормы иностранного права, но и учитывает запреты на их реализацию.

Анализ норм ГК Луизианы позволяет сделать вывод, что принцип определения наиболее тесной связи в этом законе опирается на две составляющие. Первая составляющая механизма определения применимого права необходима

²⁰ Так, например, сформулированное в Титуле II «Статус», правило ст. 3519 «Статус физического лица; общий принцип» добавляет к перечисленным в ст. 3515 интересам, относящимся к общему правилу, еще и интересы, связанные с поддержкой действительности добровольно принятых обязательств, защитой детей и других лиц, нуждающихся в защите, а также с защитой семейных ценностей и стабильности. Судья обязан определять применимое право на основе этих публичных интересов (устремлений) с учетом жестких коллизионных презумпций (законы места заключения и расторжения брака, закон места жительства супругов и др.), фигурирующих в статьях Титула II. (См.: Международное частное право: Иностранное законодательство. С. 542).

²¹ См.: Symeon C. Symeonides. Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?: XV International Congress of Comparative Law. P. 37. <Symeon C. Symeonides. Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?: XV International Congress of Comparative Law/> (последнее посещение – 1 июня 2013 г.).

²² В этой связи особую актуальность приобретает вывод Г. К. Дмитриевой, указавшей на комплексное действие принципа наиболее тесной связи, в соответствии с которым данный принцип выполняет не только роль основной принципиальной идеи, правового регулирования, но и роль корректора уже сформулированных коллизионных презумпций, а также роль ограничителя «автономии воли» сторон, основанную на действии императивных норм права той страны, с которой договор реально связан. (Международное частное право: учеб. /отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2010. С. 301-303).

²³ С. Симеонидес отмечает, что предложенная им для внесения в Книгу IV статья с оговоркой о публичном порядке в традиционной ее формулировке была отвергнута юридическим Советом штата Луизианы. В качестве оснований исключения этой статьи Совет указал на то, что внесение дополнительных исключений в проект, и так обладающий достаточной гибкостью, не нужно и опасно. (См.: Symeon C. Symeonides. The Conflicts Book of the Louisiana Civil Code: Civilian, American, or Original? P. 28). В свете понимания действия консеквенциального метода в МЧП, данный факт является особенно примечательным.



судье для выявления и взвешивания интересов (политик), затронутых в том или ином правоотношении, а вторая – для выбора, из предлагаемого законодателем набора, тех коллизионных презумпций, которые максимально обеспечивают эти интересы. Руководствуясь этими интересами, судья, при решении конкретных частноправовых споров с иностранным элементом, стоит на тех же позициях, что и законодатель, выражает с ним единую государственно-правовую позицию. Такое совпадение законодательной и судебной точки зрения, основанной на единой позиции, полностью соответствует праву, установленному Ф.К. Савиньи в споре с К.Г. Вехтером²⁴.

Необходимо отметить, что формулировка ст. 3515 ГК Луизианы представляет собой единственный в мире пример легального определения, раскрывающего механизм действия принципа наиболее тесной связи. Это действие связано с применением права той страны, интересам (устремлениям) которой был бы нанесен наиболее серьезный ущерб, если бы ее право не было бы применено к этому правоотношению. Преимущество такой модификации принципа наиболее тесной связи в ГК Луизианы заключается в том, что она требует от судьи учитывать не многочисленные, а значительные связи, основанные на наиболее серьезном ущербе публичным интересам страны, чье право не было бы применено к конкретному правоотношению. Законодатель ориентирует судью не на математический подсчет, а на аналитический процесс. Этот процесс обязывает судью, в соответствии с известной римской максимой: *argumenta ponderantur, non numerantur*, взвешивать, а не считать аргументы.

С учетом сказанного, на поставленный профессором С. Симеонидесем в названии своей статьи вопрос²⁵ следует дать однозначный ответ – коллизионное регулирование ГК Луизианы, сочетает в себе лучшие традиции американского и европейского права, является не только оригинальным, заслуживающим рецепции законодательным актом, но и новым этапом в развитии МЧП. Указанный этап связан с так назы-

ваемой материализацией МЧП и представляет собой включение в состав коллизионного регулирования публичных интересов, являющихся критериями и векторами такого регулирования.

Вместе с тем, следует отметить, что механизм наиболее тесной связи, закрепленный в ст. 3515 ГК Луизианы, в большей степени ориентирован на правоприменение в рамках США, т.е. на оценку публичных интересов штатов, коллидирующих в рамках одного государства с едиными ценностями. При таком подходе судья сравнивает коллидирующие публичные интересы, закрепленные в праве штата X и праве штата Y, определяет, какие из них в наибольшей степени затронуты, и по ним выбирает применимое к правоотношению право. В рамках одного государства (США) подводить под эти интересы общий ценностный и для законодателя, и для правоприменителя знаменатель – не требуется. Данный подход начинает хромать, когда в правоотношении с иностранным элементом начинают фигурировать публичные интересы государств с несопадающими ценностями. Так, например, в трансграничном правоотношении, касающемся статуса женщины из мусульманской страны, публичные интересы, зафиксированные в исламском праве, могут быть затронуты в правоотношении гораздо больше и страдать значительно больше, чем публичные интересы других неисламских стран, коллидирующих в правоотношении. Однако в этом случае, и американский, и европейский правоприменитель будут ориентироваться не на ценности ислама, а на публичные интересы, закрепленные законодателем в американском и европейском праве. Следовательно, на первое место в оценке наиболее тесной связи выходит не просто сравнение судьями коллидирующих в правоотношении интересов, а наименьший ущерб публичным интересам с точки зрения общего для законодателя и правоприменителя ценностного подхода.

С учетом сказанного следует дать определение принципа наиболее тесной связи в МЧП.

Принцип наиболее тесной связи – это принцип выбора (законодателем и правоприменителем) из коллидирующих в трансграничном правоотношении правопорядков права того государства, которое связано с наименьшим ущербом для публичных интересов (ценностей), затронутых этим правоотношением. Оценка наименьшего ущерба и выбор применимого права производится правоприменителем с учетом последствий такого выбора для публичных интересов (ценностей) страны суда и других государств, с которыми связано правоотношение.

Действие принципа наиболее тесной связи, основанное на выполнении главной задачи МЧП – поиск применимого права – и распространяющееся на все частноправовые отношения с ино-

²⁴ Важнейшим в учении Ф.К. Савиньи был вывод о том, что в случае коллизий законов законодательная и судебная точки зрения на определение применимого к правоотношению права должны в значительной мере совпадать. К.Г. Вехтер, в отличие от Савиньи, полагал, что смешивать судебную и законодательную точки зрения на применимое право нельзя и в связи с этим предлагал неполноту коллизионного права «исцелять» путем применения закона суда (См.: Вольф М. Международное частное право. М.: Иностранная литература. 1948. С. 50-51).

²⁵ Symeon C. Symeonides. The Conflicts Book of the Louisiana Civil Code: Civilian, American, or Original? P. 1.



странным элементом, закрепляет за этим принципом роль основного начала международного частного права²⁶.

В основе действия принципа наиболее тесной связи лежит такое применение права, которое не должно вызывать негативных последствий для интересов (ценностей), затронутых в правоотношении с иностранным элементом. Механизм поиска применимого права по консеквенциальному методу, обозначенный в МЧП американским ученым В. Бакстером как теория «сравнения ущерба», является законом природы международного частного права и, следовательно, существовал задолго до того, как В. Бакстер, а затем и С. Симеонидес дали ему название.

Как представляется, великий постгlossатор Бартоло де Сассоферрато, создавая в XIV веке действующие до сегодняшнего времени коллизионные формулы прикрепления (закон места нахождения вещи, законы места заключения и исполнения договора и др.), не мог не учитывать характерных для природы международного частного права интересов, затронутых в правоотношении.

Коллизионные презумпции, найденные Бартоло для вещей (закон места нахождения вещи), для актов (закон места заключения акта, законы места заключения и исполнения договора), а также правило об обсуждении дееспособности по национальному закону полностью усвоены современной юриспруденцией. «Мы, указывал Бартоло, всегда считаемся с местом совершения акта, будь то договор или завещание»²⁷.

Какие факторы лежали за утверждением «мы всегда считаемся», Бартоло не указывал. Учения о суверенитете государства и публичных интересах (*publica utilitas*), лежащих в основе свехимперативных норм публичного порядка в смысле международного частного права, были разработаны Ж. Боденом (1529 – 1596), Г. Гроцием (1583-1645), Ф.К. Савиньи (1779-1861) и другими авторами значительно позднее. Тем не менее, эмпирический опыт и интуиция почти всегда подсказывали Бартоло верное решение.

Сказанное позволяет сделать вывод, что не только в основе теории «сравнения ущерба», но и в основе теорий «международной вежливо-

сти», «приобретенных прав», «оседлости правоотношения», «анализа государственного (правительственного) интереса» применявшихся ранее и применяющихся в международном частном праве сейчас, как правило, лежит не что иное, как нежелание причинять ущерб публичным интересам государства, отказывая в применении его права по тем видам частнопроводных отношений (например, при определении статуса недвижимости либо при определении формы брака), где это право абсолютно неоспоримо, поскольку оно основано на признанных государствами на разных исторических этапах принципах суверенного равенства, невмешательства во внутренние дела государств или соблюдения прав человека²⁸.

Консеквенциальная методология в современном МЧП эволюционирует в сторону тех ценностей, которые за последние полстолетия стали неоспоримыми и общими для большинства цивилизованных государств, и начинает учитывать ущерб тем публичным интересам, которые связаны с правами человека (например, применение права наиболее благоприятного для интересов ребенка). На этом этапе развития принципа наиболее тесной связи по методу «сравнения ущерба» стал возможен переход с территориальных (географических) критериев, установленных в привязке коллизионной нормы (законы места жительства, места заключения или расторжения брака, гражданства и т.д.) к закреплению в коллизионной привязке конкретных публичных интересов (например, право, наиболее благоприятное для защиты интересов получателя алиментов или подопечного, более высокий стандарт финансовой защиты для пострадавшего лица, коллективные интересы потребителей, профессиональные интересы и т.д.).

Применение наиболее благоприятного права или сравнение ущерба от неприменения такого права - две стороны одного явления, связанного с затронутыми в правоотношении публичными интересами. Различие заключается в том, что в случаях установления в законодательстве норм, указывающих на применение наиболее благоприятного права, интересы стороны, больше всего страдающей от последствий такого ущерба, являются признанными и не нуждаются в доказательствах, а потому сразу закрепляются законодателем как коллизионное решение, понятное для любого правоприменителя.

²⁶ Указанное действие, если говорить образно, подобно действию дирижера оркестра. Пока дирижер стоит недвижно, установить его ведущую роль в ансамбле лицу, несведущему в музыке, - невозможно. Роль руководителя оркестра определяется с первыми же взмахами его дирижерской палочки, синхронизирующей игру всех музыкантов.

²⁷ Гетьман-Павлова И. В. Наука международного частного права: дозволительный и запретительный статуты в теории Бартоло де Сассоферрато // Международное публичное и частное право, 2008, N 5

²⁸ О применении иностранного права на основе общепризнанных принципов международного права см., подробнее: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) (Виноградова Р. И., Дмитриева Г. К., Репин В. С.) / под редакцией В. П. Мозолина // СПС Консультант Плюс (автор комментария – Дмитриева Г. К.)



Таким образом, не только классические формулы прикрепления, но и коллизионные нормы, в привязке которых напрямую закрепляется тот или иной публичный интерес, основаны на консеквенциальной методологии, определяющей наиболее тесную связь по ущербу тем ценностям (публичным интересам), которые в максимальной степени затронуты в частно-правовом отношении и страдают от неприменения права, связанного с ними. Эта исторически сложившаяся методология является единой для регулирования всех частноправовых отношений с иностранным элементом, поскольку, как указывалось выше, она учитывает действие в МЧП и автономии воли и защитных оговорок.

Библиография

1. Артемьева О. В. У истоков современной этики добродетели. Электронная библиотека Института философии Российской Академии Наук (последнее посещение – 1 июня 2013 г.).
2. Асосков А. В. Основы коллизионного права.-М.: Инфотропик Медиа, 2012.
3. Вольф М. Международное частное право. М.: Иностранная литература. 1948.
4. Гетьман-Павлова И. В. Наука международного частного права: дозвольтельный и запретиельный статуты в теории Бартоло де Сассоферрато // Международное публичное и частное право, 2008, №5.
5. Звеков В. П. Международное частное право. : Учебник.-2-е изд., перераб. и доп.-М.: Юристъ, 2004.
6. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) (Виноградова Р. И., Дмитриева Г. К., Репин В. С.) / под редакцией В. П. Мозолина // СПС Консультант Плюс.
7. Международное частное право: Иностранное законодательство /Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: «Статут», 2001.
8. Международное частное право: учеб. /отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2010.
9. Прокофьев А. В. Человеческая природа и социальная справедливость в современном этическом аристотелианстве. Электронная библиотека Института философии Российской Академии Наук (последнее посещение – 1 июня 2013 г.).
10. Три Святителя. Василий Великий, Григорий Богослов, Иоанн Златоуст. М.: Православное братство святого апостола Иоанна Богослова, 2012. Литература на иностранных языках
11. Anscombe G. E. M. Modern moral philosophy // Philosophy 33. 124. 1958. P. 1–19. (последнее посещение – 1 июня 2013 г.)
12. A LAW DICTIONARY ADAPTED TO THE CONSTITUTION AND LAWS OF THE UNITED STATES OF AMERICA AND OF THE SEVERAL STATES OF THE AMERICAN UNION (последнее посещение – 1 июня 2013 г.).
13. Baxter W. F. Choice of Law and the Federal System. Stanford Law Review. Vol. 16, No. 1 (Dec., 1963).
14. College of Law: Faculty: Symeon C. Symeonides | Willamette University. (последнее посещение – 1 июня 2013 г.).
15. Erin Ann O’Hara and Larry E. Ribstein. 9600 Conflict of Laws and Choice of Law. George Mason University School of Law. 1999. (последнее посещение – 1 июня 2013 г.)
16. Glossary of Conflict of Laws. Prof. William Tetley. McGill Law Faculty (последнее посещение – 1 июня 2013 г.).
17. Holger Spamann. Choice of Law in a Federal System and an Internal Market. 2001. (последнее посещение – 1 июня 2013 г.)
18. Nygh P. E. The reasonable expectation of parties as a guide to the choice of law in contract and in tort // Collected courses of the Hague Academy of international law. Dordrecht et ctr.: Nijhoff, 1995.-Т. 251.
19. Passler R. G. Comparative Impairment: Louisiana’s New Methodology for Resolving Conflicts of Law // Louisiana Law Review. Vol. 52, № 2. 1991 (последнее посещение – 1 июня 2013 г.).
20. Symeon C. Symeonides. The Conflicts Book of the Louisiana Civil Code: Civilian, American, or Original? [To be published in 83 Tulane Law Review (2009)] (последнее посещение – 1 июня 2013 г.).
21. Symeon C. Symeonides. Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?: XV International Congress of Comparative Law. P. 37 (последнее посещение – 1 июня 2013 г.).
22. Symeon C. Symeonides. Louisiana Conflicts Law: Two «Surprises»// Louisiana Law Review. V. 54 .№ 3. January 1994 (последнее посещение – 1 июня 2013 г.).
23. The American Heritage Dictionary of the English Language (последнее посещение – 1 июня 2013 г.).



24. Visher F. General Course on Private International Law // Collected courses of the Hague Academy of international law,-Dordrecht et ctr.: Nijhoff, 1992-(I). – T.232.

References

1. Artem'eva O. V. U istokov sovremennoi etiki dobrodeteli. Elektronnaya biblioteka Instituta filosofii Rossiiskoi Akademii Nauk (poslednee poseshchenie – 1 iyunya 2013 g.).
2. Asoskov A. V. Osnovy kollizionnogo prava.-M.: Infotropik Media, 2012.
3. Vol'f M. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo. M.: Inostrannaya literatura. 1948.
4. Get'man-Pavlova I. V. Nauka mezhdunarodnogo chastnogo prava: dozvolitel'nyi i zapretitel'nyi statuty v teorii Bartolo de Sassoferrato // Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo, 2008, N 5.
5. SPS Konsul'tant Plyus. 5. Zvekov V. P. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo. : Uchebnik.-2-e izd., pererab. i dop.-M.: Yurist', 2004.
6. Kommentarii k Grazhdanskomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii, chasti tret'ei (postateinyi) (Vinogradova R. I., Dmitrieva G. K., Repin V. S.) / pod redaktsiei V. P. Mozolina // SPS Konsul'tant Plyus.
7. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: Inostrannoe zakonodatel'stvo /Predisl. A. L. Makovskogo; sost. i nauchn. red. A. N. Zhil'tsov, A. I. Muranov. – M.: «Statut», 2001.
8. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: ucheb. /otv. red. G. K. Dmitrieva. – 3-e izd., pererab. i dop. – M.: Prospekt, 2010.
9. Prokof'ev A. V. Chelovecheskaya priroda i sotsial'naya spravedlivost' v sovremennom eticheskom aristotelianstve. Elektronnaya biblioteka Instituta filosofii Rossiiskoi Akademii Nauk (poslednee poseshchenie – 1 iyunya 2013 g.).
10. Tri Svyatitelya. Vasilii Velikii, Grigorii Bogoslov, Ioann Zlatoust. M.: Pravoslavnoe bratstvo svyatogo apostola Ioanna Bogoslova, 2012. Literatura na inostrannykh yazykakh.
11. Anscombe G. E. M. Modern moral philosophy // Philosophy 33. 124. 1958. R. 1–19. (poslednee poseshchenie – 1 iyunya 2013 g.).
12. A LAW DICTIONARY ADAPTED TO THE CONSTITUTION AND LAWS OF THE UNITED STATES OF AMERICA AND OF THE SEVERAL STATES OF THE AMERICAN UNION (poslednee poseshchenie – 1 iyunya 2013 g.).
13. Baxter W. F. Choice of Law and the Federal System. Stanford Law Review. Vol. 16, No. 1 (Dec., 1963).
14. College of Law: Faculty: Symeon C. Symeonides | Willamette University. (poslednee poseshchenie – 1 iyunya 2013 g.).
15. Erin Ann O'Hara and Larry E. Ribstein. 9600 Conflict of Laws and Choice of Law. George Mason University School of Law. 1999. (poslednee poseshchenie – 1 iyunya 2013 g.)
16. Glossary of Conflict of Laws. Prof. William Tetley. McGill Law Faculty (poslednee poseshchenie – 1 iyunya 2013 g.).
17. Holger Spamann. Choice of Law in a Federal System and an Internal Market. 2001 (poslednee poseshchenie – 1 iyunya 2013 g.).
18. Nygh P. E. The reasonable expectation of parties as a guide to the choice of law in contract and in tort // Collected courses of the Hague Academy of international law. Dordrecht et ctr.: Nijhoff, 1995.-T. 251.
19. Passler R. G. Comparative Impairment: Louisiana's New Methodology for Resolving Conflicts of Law // Louisiana Law Review. Vol. 52, № 2. 1991 (poslednee poseshchenie – 1 iyunya 2013 g.).
20. Symeon C. Symeonides. The Conflicts Book of the Louisiana Civil Code: Civilian, American, or Original? [To be published in 83 Tulane Law Review (2009)] (poslednee poseshchenie – 1 iyunya 2013 g.).
21. Symeon C. Symeonides. Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?: XV International Congress of Comparative Law. P. 37 (poslednee poseshchenie – 1 iyunya 2013 g.).
22. Symeon C. Symeonides. Louisiana Conflicts Law: Two «Surprises»// Louisiana Law Review. V. 54 .№ 3. January 1994 (poslednee poseshchenie – 1 iyunya 2013 g.).
23. The American Heritage Dictionary of the English Language (poslednee poseshchenie – 1 iyunya 2013 g.).
24. Visher F. General Course on Private International Law // Collected courses of the Hague Academy of international law,-Dordrecht et ctr.: Nijhoff, 1992-(I). – T.232.

Материал получен редакцией 17 июня 2013 г.



МЕЖДУНАРОДНАЯ ГАРАНТИЯ В ОТНОШЕНИИ ПОДВИЖНОГО ОБОРУДОВАНИЯ. ПРОБЛЕМЫ КВАЛИФИКАЦИИ

Аннотация. В условиях современного трансграничного коммерческого оборота решающее значение приобретает доступ к финансированию, что увеличивает роль средств, обеспечивающих надлежащее исполнение обязательств. Наиболее эффективным инструментом унификации обеспечительных сделок выступает Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования. В статье рассмотрены способы квалификации обеспечительных сделок, отмечаются возможные противоречия при квалификации обеспечительных сделок с позиций применимого права. Разъяснены положения статьи 2 Конвенции, содержащие указания на необходимость применения национального права в целях квалификации обеспечительной сделки в качестве устанавливающей международную гарантию в отношении подвижного оборудования. Рассматривается вопрос о роли понятийного аппарата Конвенции при автономной квалификации обеспечительной сделки. Выдвинуто предположение о необходимости осуществления процедуры квалификации в два этапа - опираясь на понятийный аппарат Конвенции (что вкупе с общими целями и принципами позволяет охватить наибольшее количество видов обеспечительных сделок), затем, с позиций применимого права. Сделан вывод о необходимости разумного сочетания подходов к процедуре квалификации и роли функционального подхода к регулированию обеспечительных сделок.

Ключевые слова: обеспечение исполнения обязательства, Кейптаунская конвенция, обеспечительный интерес, международная гарантия, квалификация, подвижное оборудование, обеспечительные сделки, соглашение, сохранение права собственности, лизинг.

DOI: 10.7256/1994-1471.2014.1.9740

В условиях роста объемов международного коммерческого оборота, решающее значение приобретает доступ к финансированию, как следствие совершенно особое значение получают инструменты, позволяющие упростить и удешевить получение кредита и обеспечить исполнение обязательств, защитить предоставившего финансирование кредитора, обеспечить признание и соблюдение его интересов на территории как можно большего числа государств. Все более очевидной становится необходимость создания единого правового режима в области регулирования обеспечительных интересов в отношении движимого имущества.

Неоспорима необходимость гармонизации законодательства об обеспечительных сделках, однако в практическом плане ни один проект гармонизации законодательства об обеспечительных сделках, представленный разработчиками, не получил должной под-

держки. Вместе с тем, ряд видных ученых считают идею всеобщей конвенции, унифицирующей право обеспечительных сделок труднореализуемой на практике¹. При таком под-

¹ Профессор Ульрих Дробниг отмечал: «... принятие универсальной конвенции в отношении регулирования обеспечительных сделок не выглядит наиболее оптимальным решением, поскольку сфера действия трансграничных обеспечительных сделок относительно невелика (в сравнении со сделками международной купли-продажи товаров), будет очень трудно получить поддержку национальных законодательных органов». Что же касается средств гармонизации обеспечительных сделок, профессор Дробниг еще более категоричен: «Рекомендации, даже исходящие от очень авторитетной международной организации, не смогут обеспечить гармонизацию среди достаточного числа государств». Цит. по Modern Law for Global Commerce. Proceedings of the congress of the United Nations Commission on international Trade Law Held on the Occasion of the Fortieth Session of the Commission. United Nations, March



ходе Конвенция о международных гарантиях в сфере подвижного оборудования² (далее - Конвенция), регулирующая создание, регистрацию и определения приоритета обеспечительных интересов в отношении строго ограниченного круга объектов, является менее амбициозным, однако более эффективным инструментом.

Конвенция вводит новую конструкцию, объединяющую основные виды обеспечительных сделок в одну категорию. Однако Конвенция не дает определения международной гарантии, в котором были бы перечислены ее главные признаки. Вместо этого, статья 2 Конвенции вводит концепцию международной гарантии, перечисляя средства, опосредующие ее создание. Так, международная гарантия опосредуется тремя видами сделок: соглашение об обеспечении исполнения обязательства, соглашение о резервировании права собственности и договор лизинга. С тем чтобы определить содержание международной гарантии, требуется ответить на вопрос: подпадает ли соглашение, посредством которого стороны намереваются обеспечить исполнение обязательства, под одну из категорий, указанных в статье 2(2) Конвенции? Соответственно, необходимо решить, к какому источнику стоит обращаться – непосредственно к Конвенции или же к применимому праву?

Казалось бы, данный вопрос решается в п. 4 ст.2 Конвенции: применимое право определяет вопрос о том, подпадает ли гарантия, к которой применяется пункт 2 под действие подпунктов а), б) или с) указанного пункта. Однако данная формулировка трудна для восприятия и не позволяет определить роль понятий, представленных в статье 1.

Итак, именно применимое право, а не Конвенция определяет, является ли заключенное сторонами соглашение соглашением об обеспечении исполнения обязательства, соглашением о резервировании права собственности или же лизинговым соглашением. Но «последствия возникновения» международной гарантии, такие как регистрация, формализация, средства правовой защиты должника, порядок определения приоритета конкурирующих гарантий и т.д. Тем не менее, определения соглашения об обеспечении исполнения обязательства, о резервировании права собственности, лизинге приводятся уже в первой статье. Не совсем ясна целесообразность этих определений, если вопрос квалификации отдан применимому пра-

ву. Очевидно, Конвенция допускает два способа квалификации – в соответствии с понятийным аппаратом, содержащимся в статье 1, либо же в соответствии с применимым правом. Попробуем определить соотношение этих двух методов.

Единообразная квалификация соглашений, подпадающих под действие п.2 ст.2 Конвенции, существенным образом облегчила бы понимание концепции международной гарантии. Еще при разработке Конвенции высказывалось мнение о том, что принятие единообразного подхода к квалификации соглашений об обеспечении исполнения обязательств, резервировании права собственности и лизинге, было нецелесообразным, ввиду серьезных противоречий между формальным и функциональным подходами к регулированию обеспечительных сделок, воспринятых в разных правовых системах. От выбора в пользу того или иного подхода зависит возможность отнесения заключенного соглашения к одной из трех названных категорий. В итоге, членами исследовательской группы было высказано мнение о необходимости воспринимать соглашения об обеспечении исполнения обязательства с позиций функционального подхода, объединяя их таким образом в одну категорию с соглашениями о резервировании права собственности и соглашениями о лизинге. Тем не менее, представители ряда правовых систем, придерживающихся формального подхода, настаивали на сохранении различий в регулировании традиционных средств обеспечения исполнения обязательств и соглашений о резервировании права собственности и лизинге³. Поскольку в зависимости от применимого права одно и то же соглашение может быть отнесено к разным категориям, благодаря принятому Конвенцией подходу к квалификации, соглашение может попасть под действие одного из трех подпунктов пункта 2 статьи 2 Конвенции. Соответственно, в зависимости от категории, к которой отнесена та или иная обеспечительная сделка, назначаются и средства правовой защиты, предоставляемые Конвенцией. В качестве примера, иллюстрирующего действие данного механизма, можно привести следующую ситуацию. Продавец, находящийся в Париже, заключает с покупателем, находящимся в Нью-Йорке, договор купли-продажи воздушного судна. Нью-йоркский судья, квалифицируя обеспечительную сделку с позиций права Нью-Йорка, отнесет ее к категории соглашений об обеспечении исполнения обязательств (security agreement). В свою очередь, французский судья, применяя француз-

2011 Р. 136-140.

² Россия присоединилась к Конвенции с заявлениями (Федеральный закон от 23.12.2010 № 361-ФЗ). Конвенция вступила в силу для России 01.09.2011 // Собрание законодательства РФ. 5 сентября 2011 г. № 36. Ст. 5124; Бюллетень международных договоров. 2012. № 10. С. 26 - 50.

³ Davies I. The New Lex Mercatoria: International Interests in Mobile Equipment // International and Comparative Law Quarterly. 2003. Vol. 52, №1. P. 151-176.



ское право, отнесет сделку к категории соглашений о резервировании права собственности. Соответственно, в случае возникновения вопроса о применении средств правовой защиты, указанных в главе III Конвенции, при условии, что суды будут применять свое право, суд Нью-Йорка станет применять статьи 8 или 9 Конвенции, французский суд, в свою очередь применит статью 10⁴.

Безусловным преимуществом решения осуществлять квалификацию обеспечительной сделки с позиций национального права, видится его компромиссный характер. Статья 2 Конвенции выделяет три группы обеспечительных сделок, что позволяет странам, все еще придерживающимся формального подхода, прибегать к раздельному регулированию средств обеспечения исполнения обязательств и средств «квази-обеспечения» (таких, как соглашения, о резервировании права собственности)⁵, не исключая их при этом из категории международной гарантии. Соответственно, и страны, воспринявшие функциональный подход, имеют возможность отнести соглашения о резервировании права собственности и соглашение о лизинге к обеспечительным сделкам, подчиняя их таким образом конвенционному регулированию, характерному для средств обеспечения исполнения обязательств (security). Подобное решение позволяет объединить три вида обеспечительных сделок более широкой категорией международной гарантии, которая, в свою очередь, и получает единообразное регулирование⁶.

Тем не менее, единообразное регулирование затрагивает не все аспекты существования обеспечительных интересов. Вопрос об отнесении обеспечительной сделки к той или иной категории вновь обретает важность при осуществлении средств правовой защиты. Так кредиторам в зависимости от типа обеспечительной сделки предоставлены разные средства защиты в случае неисполнения обязательства. Полномочия кредитора по соглашению об обеспечении исполнения в тексте конвенции получили более подробную регламентацию, поскольку стороны по соглашениям

резервирования права собственности и лизинга рассматриваются как собственники имущества, все потребности которых в мерах правовой защиты сводятся к мерам, направленным на расторжение договора и установления владения над имуществом, в случае неисполнения основного обеспечиваемого обязательства. Также следует отметить, что в странах, чье законодательство восприняло функциональный подход, соглашения о резервировании права собственности и лизинге относятся к соглашениям об обеспечении исполнения обязательств (security). Соответственно, в случае применения права одного из таких государств, кредитор по обеспечительной сделке не сможет воспользоваться средствами правовой защиты, доступными продавцу по договору сохранения права собственности или лизингодателю. Поэтому дабы исключить возможные махинации со стороны участников сделки, направленные на произвольную квалификацию, п.2 ст.2 указывает на невозможность отнесения сделки к нескольким категориям. Таким образом, сделка, квалифицированная как соглашение о резервировании права собственности, не будет далее рассматриваться как соглашение об обеспечении исполнения обязательства.

Хотя Конвенции в некоторой степени и удалось несколько сгладить противоречия между формальным и функциональным подходами, квалификация обеспечительных сделок с позиций применимого права предоставляет сторонам возможность выбора наиболее благоприятного правопорядка. К примеру, продавцу по договору о резервировании права собственности, который будет рассматриваться как соглашение об обеспечении исполнения обязательства при функциональном подходе, выгоднее применение права страны, где в силу формального подхода проводится разграничение между средствами обеспечения исполнения обязательства и остальными видами обеспечительных сделок. Так, статья 10 Конвенции позволяет продавцу прекратить действие договора и вступить во владение либо установить контроль над объектом, выступающим в качестве обеспечения. Статья 8, в свою очередь, позволяет принять во владение предоставленный объект, продать или передать такой объект в лизинг, но лишь в случае согласия должника.

Принимая во внимание положения статьи 2, закономерен следующий вопрос: поскольку квалификация обеспечительной сделки и применение мер правовой защиты осуществляется в соответствии с применимым правом, какова в таком случае роль определений различных обеспечительных сделок, приведенных в статье 1.

Конвенция не дает четкого ответа на этот вопрос. Ряд исследователей полагает, что опреде-

⁴ Goode R. Official Commentary on the Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment. Revised edition. International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). Rome, 2008. P.169-170.

⁵ Подробней о термине «квази-обеспечение» см. Beale H., Bridge M., Gullifer L., et al. The Law of Security and Title Based Financing. 2nd ed. Oxford 2012.

⁶ Honnebier B. The New International Regimen by UNIDROIT as a Means of Safeguarding Rights In Rem of the Holder of an Aircraft under Netherlands Law // Uniform Law Review. 2001. №6. P. 17-22.



ление, к какой из категорий, перечисленных в п. 2 ст.2 Конвенции, осуществляется в соответствии с применимым правом, а установление значения терминов «соглашение об обеспечении исполнения обязательства», «соглашение о предварительной продаже с резервированием права собственности», «соглашение о лизинге» должно осуществляться в соответствии со статьей 1 Конвенции⁷.

Но как только соглашение уже было отнесено к одной из категорий обеспечительных сделок, зачем в таком случае еще раз проводить квалификацию, опираясь на положения статьи 1? Более того, положения Конвенции и материального права, в соответствии с которыми может осуществляться квалификация, не всегда совпадают.

В качестве примера можно привести такое существенное различие между соглашениями об аренде (leasing agreement) и соглашениями о продаже в рассрочку (hire purchase agreement). Оба соглашения предусматривают передачу имущества в обмен на периодические платежи, за тем лишь исключением, что соглашение об аренде не предусматривает право выкупа арендуемого имущества. Подобные различия весьма очевидны с точки зрения применимого права, при квалификации соглашения о продаже в рассрочку, очевидно, будут учтены применимым правом и не будут отнесены ни к одной из трех категорий обеспечительных сделок. В то же время, с точки зрения понятийного аппарата, предусмотренного самой конвенцией, к соглашениям о лизинге относятся соглашения, по которым одно лицо (лизингодатель) предоставляет другому лицу (лизингополучателю) право на владение или управление объектом (с правом или без права покупки) за арендную или иную плату. Столь широкое определение втягивает в сферу действия конвенции соглашения, не являющиеся средством обеспечения исполнения обязательства (с точки зрения формального подхода).

Не дают ответа и пояснения, содержащиеся в официальном комментарии: «...соглашение, по которому лизингодатель передает лизингополучателю право на владение управлением объектом (с правом выкупа или без права его покупки), независимо от того, будет ли данное соглашение рассматриваться применимым правом как соглашение о лизинге. Но именно применимое право определяет, будет ли переклассифицировано для целей настоящей Конвенции данное соглашение в соглашение об обеспечении исполнения обязательства или

же в соглашение о резервировании права собственности»⁸.

Аналогичная ситуация складывается и при анализе соответствующих положений Единого образного Торгового Кодекса США, поскольку в нем разграничиваются лизинговые соглашения, имеющие целью обеспечить исполнение обязательства и лизинговые соглашения, передающие имущество в аренду.

Таким образом, складывается противоречивая ситуация: с одной стороны, Конвенция оставляет вне сферы своего действия вопрос об определении принадлежности обеспечительной сделки к той или иной категории. С другой стороны, в конвенции же содержатся определения соглашения об обеспечении исполнения обязательства, соглашения о сохранении права собственности, лизинге, которые, в случае их применения сторонами, обеспечивают единообразную основу для квалификации обеспечительных сделок. Каким же образом должны взаимодействовать эти взаимоисключающие подходы? Как увязать эти диаметрально противоположные механизмы квалификации?

Обратимся к содержанию п.4 ст.2 Конвенции. Применимое право определяет, к какой категории относится обеспечительная сделка. Данный пункт ясно дает понять, что при квалификации обеспечительной сделки сама конвенция применяться не должна. То же самое прослеживается и в проекте конвенции, где разработчики указывают, что «Конвенция не определяется подпадает ли гарантия, к которой применяется пункт 2, под действие подпунктов а), б) или с)»⁹. Подобная формулировка говорит о том, что ни при каких обстоятельствах положения статьи 1 не должны применяться при определении, к какой категории относится обеспечительная сделка. Данное утверждение можно подкрепить и комментарием, предоставленным японской стороной: «...поскольку квалификация обеспечительной сделки – первый шаг при определении применимости правил конвенции (т.е. о средствах правовой защиты)», и так как именно данный пункт в будущем будет применяться и толковаться сторонами постоянно, наиболее

⁷ Goode R., Kronke H., McKendrick E., et al. Transnational Commercial Law: Text, Cases and Materials. Oxford, 2007. P. 449.

⁸ Goode R. Official Commentary on the Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment. Revised edition. International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). Rome, 2008. P. 161.

⁹ Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment: Diplomatic Conference to Adopt a Mobile Equipment Convention and an Aircraft Protocol - Acts and Proceedings. International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). Rome, 2006. Draft [UNIDROIT] Convention on International Interests in Mobile Equipment, DCME Doc No. 3. 6/4/01.



предпочтительной видится явная и недвусмысленная формулировка данного положения (об осуществлении квалификации в соответствии именно с применимым правом), которая позволила бы избежать ошибок и недопонимания. Поэтому наиболее логичным было бы отдать предпочтение нормам статьи 2, позволяющим осуществлять квалификацию обеспечительных сделок с позиций применимого права. Тем не менее, это не снимает вопроса о роли определенных, перечисленных в статье 1.

Наиболее логичным образом на этот вопрос ответило бы предположение о том, что квалификация обеспечительных сделок должна осуществляться в два этапа, и что понятийный аппарат в части определения обеспечительных сделок, должен применяться на первой стадии квалификации, а именно при установлении применимости конвенции к конкретной обеспечительной сделке. То есть если в ходе применения статьи 1 удастся установить, что обеспечительная сделка в принципе может регулироваться конвенцией и если права кредитора можно классифицировать как права залогодержателя по договору обеспечения исполнения обязательства, продавца по договору предварительной купли-продажи или лизингодателя по договору лизинга, то данная сделка подпадает под действие конвенции.

Несмотря на то, что данное решение предложено в официальном комментарии к Конвенции, оно не лишено некоторых недостатков. Как уже было указано, ряд определений, предусмотренных в тексте самой конвенции, в принципе не может полностью совпадать с положениями применимого права. В свою очередь, это может привести к ситуации, когда сделка, считающаяся обеспечительной с точки зрения ст. 1, изымается из сферы действия конвенции в силу применимого права. Поэтому вопрос о повторной квалификации обеспечительной сделки по-прежнему остается открытым. Также не снимается вопрос о регулировании обеспечительной сделки, до повторной квалификации подчиняющаяся конвенции. Если же обеспечительная сделка меняет свой статус, в процессе применения средств правовой защиты, на какие именно средства защиты может рассчитывать кредитор? Дополнительная путаница может возникнуть и в случае когда изначально сделка рассматривалась Конвенцией как соглашение об обеспечении исполнения обязательства, но применимым правом была отнесена к соглашениям о лизинге.

Возможен и второй вариант, отличный от представленного в официальном комментарии, в соответствии с которым изначально квалификация и определение средств правовой защиты должны осуществляться в соответ-

ствии с применимым правом, а во всех остальных случаях толкование терминов должно осуществляться в соответствии со статьей 1. То есть, вопрос о применимости конвенции решается после того, как был установлен характер обеспечительной сделки. Данный механизм позволил бы избежать риска перекалфикации обеспечительной сделки, обеспечивая кредитору более предсказуемый результат качественно средств правовой защиты.

Профессор Рональд Каминг предлагает свое видение проблемы квалификации обеспечительных сделок, отмечая, что хотя конвенция и допускает применение национального права в отношении ряда вопросов, она отвергает традиционный формализм и придерживается более простого функционального подхода к квалификации обеспечительных сделок¹⁰. Конвенцией определяются порядок и последствия возникновения международных гарантий в отношении отдельных категорий подвижного оборудования. Это, по словам профессора, свидетельствует о том, что типы сделок, к которым применяется конвенция, должны рассматриваться как сделки *sui generis*, и их содержание не должно зависеть от национального права. Их характеристики как раз и представлены в статье 1. Теоретически стороны могут заключить обеспечительную сделку, соответствующую требованиям Конвенции, даже если применимое право не признает такого рода обеспечительные интересы. Однако не стоит исключать и обстоятельства, при которых обращение к применимому праву для определения, подпадает ли обеспечительная сделка под действие конвенции, просто необходимо.

На наш взгляд, данная позиция наилучшим образом отвечает принципам и целям конвенции. основополагающие принципы конвенции – предсказуемость, автономия воли сторон, обеспечение надлежащей правовой защиты обеспечительного кредитора¹¹. Все эти принципы направлены на содействие финансированию приобретения подвижного оборудования. Одна из целей – обеспечение универсального признания и защиты гарантий, касающихся подвижного оборудования. Данные принципы требуют, чтобы максимально широкий круг обеспечительных сделок подпадал под регулирование конвенции, создавая тем самым международную гарантию.

¹⁰ Ronald C.C. Cuming The Convention on International Interests in Mobile Equipment. When It Applies And With What Consequences. A paper presented to the Canadian Cape Town Convention Seminar Toronto Ontario. April 29-30, 2013. p. 4-6.

¹¹ Goode. Commentary p.173.



Библиография

1. Beale H., Bridge M., Gullifer L., et al. The Law of Security and Title Based Financing. 2nd ed. Oxford 2012. – 888p.
2. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment: Diplomatic Conference to Adopt a Mobile Equipment Convention and an Aircraft Protocol-Acts and Proceedings. International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). Rome, 2006. – 925p.
3. Davies I. The New Lex Mercatoria: International Interests in Mobile Equipment // International and Comparative Law Quarterly. 2003. Vol. 52, №1. P. 151-176.
4. Goode R., Kronke H., McKendrick E., et al. Transnational Commercial Law: Text, Cases and Materials. Oxford, 2007. – 832p.
5. Goode R. Official Commentary on the Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment. Revised edition. International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). Rome, 2008. – 572p.
6. Honnebier B. The New International Regimen by UNIDROIT as a Means of Safeguarding Rights In Rem of the Holder of an Aircraft under Netherlands Law // Uniform Law Review. 2001. №6. P. 5-25.
7. Modern Law for Global Commerce. Proceedings of the congress of the United Nations Commission on international Trade Law Held on the Occasion of the Fortieth Session of the Commission. United Nations, March 2011.
8. Ronald C.C. Cuming The Convention on International Interests in Mobile Equipment. When It Applies And With What Consequences. A paper presented to the Canadian Cape Town Convention Seminar Toronto Ontario. April 29-30, 2013. (Последнее посещение 28 сентября 2013г.).

References

1. Beale H., Bridge M., Gullifer L., et al. The Law of Security and Title Based Financing. 2nd ed. Oxford 2012. – 888p.
2. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment: Diplomatic Conference to Adopt a Mobile Equipment Convention and an Aircraft Protocol-Acts and Proceedings. International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). Rome, 2006. – 925p.
3. Davies I. The New Lex Mercatoria: International Interests in Mobile Equipment // International and Comparative Law Quarterly. 2003. Vol. 52, №1. P. 151-176.
4. Goode R., Kronke H., McKendrick E., et al. Transnational Commercial Law: Text, Cases and Materials. Oxford, 2007. – 832p.
5. Goode R. Official Commentary on the Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment. Revised edition. International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). Rome, 2008. – 572p.
6. Honnebier B. The New International Regimen by UNIDROIT as a Means of Safeguarding Rights In Rem of the Holder of an Aircraft under Netherlands Law // Uniform Law Review. 2001. №6. P. 5-25.
7. Modern Law for Global Commerce. Proceedings of the congress of the United Nations Commission on international Trade Law Held on the Occasion of the Fortieth Session of the Commission. United Nations, March 2011;
8. Ronald C.C. Cuming The Convention on International Interests in Mobile Equipment. When It Applies And With What Consequences. A paper presented to the Canadian Cape Town Convention Seminar Toronto Ontario. April 29-30, 2013. (Poslednee poseshchenie 28 sentyabrya 2013g.).

Материал получен редакцией 28 сентября 2013 г.



ОБЪЕКТИВНАЯ АРБИТРАБИЛЬНОСТЬ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ, ДОКТРИНЕ И АРБИТРАЖНОЙ ПРАКТИКЕ РОССИИ

Аннотация. В статье анализируется понятие объективной арбитрабельности. На основе положений федерального законодательства детально рассматриваются общие условия объективной арбитрабельности, в частности, гражданско-правовая природа спора, наличие иностранного элемента в спорных отношениях. Исследуется понятие «коммерческое предприятие стороны». Формулируются выводы об арбитрабельности и неарбитрабельности отдельных категорий споров, в частности, споров, предметом которых является недвижимое имущество, находящееся на территории Российской Федерации, или права на него; имущественных споров, связанных с пользованием недрами; споров между участниками торгов на фондовой бирже, между ними и их контрагентами; споров о достоверности величины рыночной или иной стоимости объекта оценки; споров между поставщиками и покупателями при заключении, изменении, расторжении и исполнении государственных контрактов на закупку и поставку сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд, а также споров о возмещении убытков; споров между государством и инвестором из соглашений о разделе продукции; споров, связанных с защитой интеллектуальных прав. Приводятся примеры практики государственных арбитражных судов, Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ. Особое внимание уделяется спорам, связанным с законодательством о банкротстве, налогах, корпоративным спорам, выводы об арбитрабельности и неарбитрабельности которых обосновываются с учетом положений отечественной доктрины, а также предложений практикующих юристов. В качестве общего правила определения объективной арбитрабельности предлагается презумпция арбитрабельности споров.

Ключевые слова: объективная арбитрабельность, объективная арбитрабельность, международный коммерческий арбитраж, арбитрабельность споров, арбитрабельность споров, рассмотрение споров, корпоративные споры, налоговые споры, споры о банкротстве, МКАС ТПП РФ
DOI: 10.7256/1994-1471.2014.1.9095

В последнее время в российской юридической литературе все чаще можно встретить термин «арбитрабельность»¹ (от

англ. arbitrability)². С его помощью, как пра-

¹ См. Арбитражный процессуальный кодекс РФ – 2002. Официальный текст. Закон о третейских судах в Российской Федерации - 2002. Комментарий к закону. Новосибирск, 2002. С. 27; Виноградова Е.А. Вопросы третейского разбирательства в «пакете» законопроектов о судебной реформе // Третейский суд. 2001. № 3/4. С. 13; Костин А.А. Pacta sunt servanda в аспекте арбитражного соглашения // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража. Отв. ред. А.С. Комаров. М., 2002. С. 42; Мата О.В. Арбитражное соглашение и разрешение споров в международных коммерческих арбитражных судах. М., 2004. С. 7; Мусин В.А. О взаимоотношениях арбитражных и третейских судов // Арбитражные споры. 2004. № 1 (25). С. 101; Петров М.В. Институт оспаривания решений третейских судов: роль норм АПК // Третейский суд. 2004. № 4 (34). С. 113; Скворцов О.Ю. Комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации»: науч-

но-практический. Омега-Л, 2003 г. С. 78; Скворцов О.Ю. Третейский суд. Арбитрабельность споров // Юрист и бухгалтер. 2004. № 2 (15). С. 30-34; Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 30; Хвалей В. Арбитраж – арбитры сами решают. Подлежит ли вопрос разрешению в арбитражном порядке // Третейский суд. 2003. № 4 (28). С. 69; Хвалей В. Как убить арбитражное соглашение // Третейский суд. 2003. № 5 (29). С. 52.

² Написание слова «арбитрабельность» в российской правовой науке не является устоявшимся. «Арбитрабельность» представляет собой адаптацию термина «arbitrability» к правилам русского языка. «Арбитрабельность», используемый в настоящем исследовании, является транскрипционным переводом. См. Сологуб О. П. Усвоение иноязычных структурных элементов в русском языке. Наука. Университет. 2002. Материалы Третьей научной конференции. Новосибирск, 2002. С. 130-134. Ударение при произношении термина на рус-



вило, очерчивается круг дел, которые подведомственны международному коммерческому арбитражу. По указанию Б.Р. Карабельникова³, в российской правовой науке термин впервые был упомянут С.Н. Лебедевым⁴ и именно в приведенной транскрипции.

В общем виде понимание объективной арбитрабельности и круг дел, допустимых к рассмотрению и разрешению международными коммерческими арбитражами в России, определены Законом РФ «О международном коммерческом арбитраже»⁵. Согласно п. 2 ст. 36 указанного акта «в признании и исполнении решения международного коммерческого арбитража может быть отказано, если суд найдет, что объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по закону Российской Федерации». Арбитрабельность спора определяется по закону суда. В этом отношении нормы, действующие в российском законодательстве, полностью дублируют Нью-Йоркскую конвенцию о признании и исполнении решений международного коммерческого арбитража 1958 г.⁶

Таким образом, с точки зрения российского законодательства, споры, передаваемые в международный коммерческий арбитраж, должны отвечать требованиям, предъявляемым к их правовой природе. Особые условия закон устанавливает в отношении характера передаваемых споров.

Прежде всего, это гражданско-правовые споры, связанные с осуществлением внешнеэкономической деятельности. Если спор, возникший при осуществлении внешнеэкономических или иных международных экономических связей, имеет не гражданско-правовую, а публично-правовую природу (к примеру, споры, возникающие между экспортерами и импортерами с участием таможенных органов об уплате таможенных платежей), то он будет признан неарбитрабельным.

В соответствии с п. 1 ст. 2 ГК РФ, гражданско-правовыми являются отношения, связан-

ные с определением правового положения участников гражданского оборота, основаниями возникновения и порядком осуществления права собственности и других вещных прав, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности), договорные и иные обязательственные отношения, имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников.

Требования к характеру споров предполагают наличие иностранного элемента, который может быть представлен в нескольких вариантах.

«1) Различная государственная принадлежность спорящих сторон...[которая] может выражаться в том, что:

а) обе спорящие стороны являются иностранными лицами по отношению как друг к другу, так и к государству, где расположен международный коммерческий арбитраж, рассматривающий спор. Так обстоит дело в случае когда, например, спор, возникающий из внешнеторгового контракта, заключенного между датской и голландской фирмами, передается на рассмотрение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ (далее - МКАС при ТПП РФ);

б) спорящие стороны являются иностранными лицами по отношению друг к другу, но арбитраж расположен на территории государства, к которому принадлежит одна из сторон. Имеется в виду спор между российскими и иностранными контрагентами внешнеторгового контракта, переданный для разрешения в МКАС при ТПП РФ;

Изложенные ситуации охватываются формулировкой «если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей».

2) Обе стороны спора имеют статус российских юридических лиц, созданных, однако, с иностранным участием. Здесь подразумеваются споры:

а) между коммерческими организациями с иностранными инвестициями;

б) между коммерческой организацией с иностранными инвестициями и российским юридическим лицом без иностранного участия (... российским индивидуальным предпринимателем), включая споры с российским участником данной организации;

в) между российскими участниками коммерческой организации с иностранными инвестициями (если спор возник из учредительного договора или связан с ним);

ском языке чаще всего ставится на третий слог.

³ Международный коммерческий арбитраж: учебник / Б.Р. Карабельников. – М.: Инфотропик Медиа: б. и., 2012. С. 126.

⁴ См., например, Лебедев С.Н. Международное сотрудничество в области коммерческого арбитража. М., 1979.

⁵ Закон РФ от 07.07.1993 «О международном коммерческом арбитраже» № 5338-1 // Ведомости СНД и ВС РФ. 12.08.1993. № 32. Ст. 1240.

⁶ Конвенция Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. // Вестник ВАС РФ. 1993. № 8.



г) между международными объединениями (организациями), созданными на российской территории;

д) между упомянутым объединением (организацией) и чисто российским юридическим лицом (в том числе участником) либо российским индивидуальным предпринимателем;

е) между российскими участниками международного объединения (организации), если спор возник из учредительного договора или связан с ним»⁷.

Как указывает В.А. Канашевский: «Термин «коммерческое предприятие стороны» характеризует не субъект права, а место основной деятельности стороны, постоянное место осуществления деловых операций (place of business). Таковым может быть признано место нахождения главной конторы юридического лица, а также его представительства, филиала»⁸.

В соответствии с абз. 1 п. 3 ст. 1 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже»: «если сторона имеет более одного коммерческого предприятия, коммерческим предприятием считается то, которое имеет наибольшее отношение к арбитражному соглашению». Это положение предполагает ситуацию, при которой сторона спора имеет, к примеру, филиалы в различных государствах.

Положения абз. 2 п.3 ст. 1 Закона «О международном коммерческом арбитраже» о том, что «если сторона не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание ее постоянное местожительство» относится к спорам, участниками по которым выступают индивидуальные предприниматели⁹. Согласно ст. 20 ГК РФ «местом жительства гражданина признается место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает».

Круг дел, допустимых к рассмотрению международным коммерческим арбитражем, установлен рядом федеральных законов. В соответствии с ними, в международный коммерческий арбитраж могут быть переданы следующие категории дел:

- споры, предметом которых является недвижимое имущество, находящееся на территории Российской Федерации, или права на него¹⁰;

- имущественные споры, связанные с использованием недр¹¹;
- споры между участниками торгов на фондовой бирже, между ними и их контрагентами¹²;
- споры о достоверности величины рыночной или иной стоимости объекта оценки¹³;
- споры между поставщиками и покупателями при заключении, изменении, расторжении и исполнении государственных контрактов на закупку и поставку сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд, а также споры о возмещении убытков¹⁴;
- споры между государством и инвестором из соглашений о разделе продукции¹⁵. Ряд авторов полагает, что международный коммерческий арбитраж в этой связи является самым предпочтительным способом разрешения споров¹⁶;
- споры в области использования и охраны природных лечебных ресурсов, лечебно-оздоровительных местностей и курортов, а также имущественные споры, связанные с возмещением причиненного вреда¹⁷;

делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», статьи 28 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», пункта 1 статьи 33 и статьи 51 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации» // СПС Консультант Плюс.

¹¹ Закон РФ от 21.02.1992 «О недрах» № 2395-1 // СЗ РФ. 1995. № 10. Ст. 823.

¹² ФЗ от 22.04.1996 «О рынке ценных бумаг» № 39-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918.

¹³ ФЗ от 29.07.1998 «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» № 135-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3813.

¹⁴ ФЗ от 02.12.1994 «О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд» № 53-ФЗ // СЗ РФ. 1994. №32. Ст. 3303.

¹⁵ ФЗ от 30.12.1995 «О соглашениях о разделе продукции» № 225-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 18.

¹⁶ Курбатов Р.А. К вопросу о разрешении споров при реализации соглашений о разделе продукции // Российский судья. 2005. № 9. С. 20.

¹⁷ ФЗ от 23.02.1995 «О природных лечебных ресурсах, лечебно-оздоровительных местностях и курортах» № 26-ФЗ // СЗ РФ. 1995. № 9. Ст. 713.

⁷ Комментарий к Закону Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже»: постатейный, научно-практический. Под ред. А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, В.А. Мусина. СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд», 2007. С. 27-28.

⁸ Канашевский В.А. Международное частное право: Учебник. Изд. 2-е, доп. – М.: Междунар. отношения, 2009. С. 348.

⁹ Там же.

¹⁰ Постановление КС РФ от 26.05.2011 № 10-П «По



- земельные споры¹⁸. При условии, что они носят гражданско-правовой характер¹⁹;
- споры, возникающие из торгового мореплавания (п. 2 Положения о МАК при ТПП РФ²⁰; ст. 81, 342, 343, 352, 388 Кодекса торгового мореплавания РФ²¹ от 30.04.1999 г. № 81-ФЗ; ст. 129, 138 Кодекса внутреннего водного транспорта РФ²² от 07.03.2001 г. № 24-ФЗ);
- споры, связанные с защитой интеллектуальных прав допускаются к рассмотрению в международном коммерческом арбитраже, благодаря п. 1 ст. 1248 ГК РФ за отдельными изъятиями, установленными законом. В качестве примера рассмотрения такого спора можно привести резонансное дело, рассмотренное МКАС при ТПП РФ по иску Голландского архитектора Эрика ван Эгераат к ООО «Капитал Групп» по поводу проекта строительства в поселке Барвиха Московской области. МКАС РФ присудил выплатить архитектору задолженность за выполненные работы, а также компенсацию за нарушение авторских прав, так как ответчик передал уже разработанный проект другому архитектурному бюро («Ворошиловский»)²³.

Существуют также правовые акты, содержащие, напротив, прямое указание о неарбитрабельности определяемой ими категории споров. Примером такого законодательного акта является Федеральный закон от 26.10.2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»²⁴, п. 3 ст. 33 которого устанавливает, что дело о банкротстве подлежит рассмотрению в арбитражном суде. Практика отечественных судов в данном вопросе единогласно признает споры с участием лица, в отношении которого инициирована процедура банкротства неарбитрабельными, даже в случаях, когда исковое заявление было подано в третейский суд до

принятия определения о возбуждении дела о несостоятельности²⁵.

Позицию МКАС при ТПП РФ по этому вопросу иллюстрируют его решения. Так, признавая арбитрабельным спор с участием английской компании, находящейся в стадии ликвидации в соответствии с Законом Англии «О несостоятельности» 1986 г.²⁶ МКАС при ТПП РФ пояснил следующее: «Состав арбитража полагает, что при решении вопроса о том, может ли объект спора быть предметом разбирательства в международном коммерческом арбитраже, следует, в первую очередь, руководствоваться нормами *lex arbitri*, т.е., в данном случае, ввиду избрания сторонами Москвы в качестве места проведения арбитражного разбирательства - нормами российского законодательства.

Согласно п. 2 ст. 1 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», в международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться споры из договорных и иных гражданско-правовых отношений, причем исключение из этого правила в силу нормы п. 4 ст. 1 указанного Закона может быть установлено только другим законом Российской Федерации. В настоящее время в России действует Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» от 26.10.2002 г. № 127-ФЗ (с последующими изменениями), согласно п. 3 ст. 33 которого дело о банкротстве не подлежит рассмотрению в третейском суде.

Тем не менее, состав арбитража не считает возможным прекратить разбирательство по настоящему делу со ссылкой на указанную норму российского законодательства, так как указанный Федеральный закон, очевидно, не регулирует процесс ликвидации ответчика - английской компании, не имеющей, по всей видимости, в России ни постоянного места осуществления деятельности, ни активов.

Процесс ликвидации ответчика должен регулироваться английским законодательством о несостоятельности. ... Состав арбитража не может самостоятельно решить вопрос об арбитрабельности спора исходя из статуса ответчика и применимых к нему требований английского законодательства. ... но в соответствии с

¹⁸ Земельный кодекс РФ от 25.10.2001 № 136-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4147.

¹⁹ Скворцов О.Ю. Указ. соч. С. 433.

²⁰ Приказ ТПП РФ от 21.12.2006 № 93 «О Регламенте Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации» (27.12.2011) // СПС Консультант Плюс.

²¹ Кодекс торгового мореплавания РФ от 30.04.1999 № 81-ФЗ // СЗ РФ. 1999. № 18. Ст. 2207.

²² Кодекс внутреннего водного транспорта РФ от 07.03.2001 № 24-ФЗ // СЗ РФ. 2001. №11. Ст. 1001.

²³ Решение МКАС при ТПП РФ от 25.09.2008 № 87/2006. Практика МКАС при ТПП РФ за 2007-2008 гг. М., 2010. С. 356.

²⁴ ФЗ от 26.10.2002 «О несостоятельности (банкротстве)» № 127-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

²⁵ См. например, Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 02.12.2003 по делу № Ф04/6142-2051/А45-2003 // СПС Консультант Плюс, Постановление ФАС Московского округа от 01.11.2004 г. по делу № КГ-А40/9998-04 // СПС Консультант Плюс, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 04.09.2003 по делу № А05-3104/03-126/23 // СПС Консультант Плюс.

²⁶ The Insolvency Act 1986. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents> (Дата обращения 28.01.2012).



п. 5 § 31 Регламента МКАС это не препятствует составу арбитража в продолжение арбитражного разбирательства и вынесении арбитражного решения»²⁷.

По другому делу МКАС при ТПП РФ привел такое обоснование: «Отвергнуто заявление ответчика об отсутствии у МКАС компетенции рассматривать данный спор в связи с введением в отношении его региональным государственным арбитражным судом процедуры наблюдения, поскольку иск был предъявлен истцом в МКАС до вынесения соответствующего определения регионального государственного арбитражного суда, а в силу Федерального закона РФ «О несостоятельности (банкротстве)» его положения о подсудности споров применяются только с даты вынесения арбитражным судом определения о введении процедуры наблюдения»²⁸.

Еще одним примером может служить следующая формулировка МКАС при ТПП РФ, приведенная в обоснование арбитрабельности спора, связанного с процедурой банкротства: «Факт поступления информации о начале в отношении ответчика процедуры банкротства и о назначении конкурсного управляющего не препятствует рассмотрению МКАС настоящего дела и вынесению решения с учетом того, что эта информация поступила в МКАС после предъявления истцом иска и формирования состава арбитража, а также процедура банкротства начата позднее этих моментов и при этом истцом не заявлено ходатайства о приостановлении арбитражного разбирательства»²⁹.

С.В. Крохалев, в связи со сложившейся ситуацией, предлагает решение, способное, по его мнению, обеспечить оптимальное сосуществование процедур банкротства и рассмотрения дела арбитражем. Базой для его рассуждений служит учет принципов, являющихся ключевыми в соответствующих сферах. Это принципы равенства прав кредиторов одной очереди, запрета нарушения установленной очередности удовлетворения требований кредиторов, установленного законодателем особого порядка признания требований кредиторов установленными, а также правило о запрете пересмотра арбитражного решения по существу и положения о приоритете правил международного договора РФ по отношению к положениям закона о банкротстве. Подчеркивая отсутствие возможности нарушения обозначенных выше принципов, С.В. Крохалев указывает, что признание требо-

ваний установленными возможно исключительно со стороны арбитражного суда»³⁰.

Рассуждая об отсутствии возможности признания и исполнения решения арбитража в соответствии со ст. 244 АПК РФ или 417 ГПК РФ, С.В. Крохалев настаивает на необходимости внедрения решений международных коммерческих арбитражей в процедуру, установленную ст. 71 и 126 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», предъявляя решение не для целей получения исполнительного листа, а для вынесения судом определения о включении заявленных требований в реестр требований кредиторов, размера таких требований, а также очередности их удовлетворения»³¹.

Следует особо отметить степень ограниченности полномочий государственного суда в приведенной ситуации в силу положений Нью-Йоркской конвенции 1958 г. о невозможности пересмотра решения международного коммерческого арбитража по существу. Проверка обоснованности требований, требуемая п. 3 ст. 71 закона № 127-ФЗ от 26.10.2002, станет невозможна, суд будет вправе проверить лишь предусмотренные ст. V Конвенции основания к отказу в признании и исполнении решения»³².

Приведенные рассуждения, по мнению С.В. Крохалева, не остались незамеченными для отечественной судебной практики. Так, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 04.09.2003 г. содержит положение, что «решение третейского суда, обязывающее должника, признанного банкротом, к выплате денежных сумм, свидетельствует лишь о том, что требования кредитора признаны установленными. Тем не менее, они должны быть предъявлены должнику в рамках дела о несостоятельности»³³.

Представляется, что отсутствие у государственного суда возможности осуществить проверку обоснованности требований, как того требует п. 3 ст. 71 Закона № 127-ФЗ от 26.10.2002 и безоговорочное включение требований в реестр требований кредиторов на основании решения международного коммерческого арбитража могут породить нежелательные последствия в виде злоупотреблений, к примеру, со стороны кредиторов, не успевших в установленные законом сроки заявить о своих требованиях. Международный коммер-

³⁰ Крохалев С.В. Категория публичного порядка в международном гражданском процессе. Сравнительное исследование на основе правовых систем России и Франции. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 14.

³¹ Там же. С. 15.

³² Там же.

³³ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 04.09.2003 по делу № А05-3104/03-126/23.

²⁷ Практика МКАС при ТПП РФ за 2007-2008 гг. М., 2010. С. 50.

²⁸ Там же. С. 90.

²⁹ Там же. С.177.



ческий арбитраж, в этом отношении, станет для них возможностью обхода закона. Едва ли стоит ослаблять процедуру банкротства подобными механизмами. Публичный элемент в отношениях несостоятельности, в конце концов, более актуален, важен и ценен в сегодняшней российской действительности, нежели расширение границ арбитрабельности.

Возвращаясь к другим категориям споров, следует сказать, что в ряде законов запрет на передачу определенных видов споров в арбитраж выражен в форме их отнесения к исключительной компетенции судов или иных государственных органов. Аналогичные предписания содержатся в ст. 138 Налогового кодекса РФ от 31.07.1998 г. № 146-ФЗ (налоговые споры)³⁴. Таким образом, нормы позитивного права, по общему правилу, довольно определенно устанавливают границы, за пределами которых третейское разбирательство недопустимо³⁵.

Неарбитрабельность налоговых споров требует особого внимания, так как само понятие «налоговый спор» российской судебной практикой трактуется достаточно широко. Так, одним из своих Определений ВАС РФ признал неарбитрабельным спор, сославшись на неисполнимость арбитражной оговорки, закрепленной в контракте между ООО Нефтяной терминал Белокаменка и ОАО Нефтяная компания «Роснефть». Исковые требования были мотивированы тем, что ответчик в цену услуг необоснованно включал НДС по ставке 18%, в то время как, по мнению истца, услуги подлежали обложению НДС по ставке 0%. При указанных обстоятельствах истец ссылался на наличие на стороне ответчика неосновательного обогащения в размере необоснованного увеличения цены оказываемых услуг. ВАС РФ пришел к выводу, что «правильность применения обществом, являющимся резидентом Российской Федерации, публичного (налогового) законодательства РФ не может быть предметом рассмотрения Арбитражного института Торговой Палаты г. Стокгольма в соответствии с его Регламентом.

Кроме того, следует учитывать, что международный коммерческий арбитраж, как средство разрешения споров, применяется в международных коммерческих отношениях, то есть в отношениях, основанных на конфликте юрисдикций и применимого права.

В рассматриваемом случае конфликт юрисдикций и применимого права отсутствует, поскольку отношения не носят международного

характера - сторонами контракта являются российские юридические лица, услуги, являющиеся предметом договора, подлежат оказанию на территории Российской Федерации.

При указанных обстоятельствах суд кассационной инстанции пришел к правильному выводу о неисполнимости третейской оговорки³⁶.

Едва ли данная позиция является оправданной. На наш взгляд, в случае если споры возникают из гражданско-правовых договоров, условия которых учитывают налоговые обязательства сторон для целей расчета сторон и не вторгаются в отношения «налоговой орган – налогоплательщик», их можно считать арбитрабельным. Формулировка ВАС РФ о том, что международный коммерческий арбитраж применяется в отношениях, основанных на конфликте юрисдикций, по нашему мнению, является необоснованной.

Отдельного внимания заслуживают корпоративные споры. Неопределенность в этом вопросе была создана судебной практикой, которая, опираясь на нормы АПК РФ об исключительной компетенции арбитражных судов и специальной подведомственности дел арбитражным судам (п. 5 ч. 1 ст. 248 и п. 2 ч. 1 ст. 33 АПК РФ), признавала корпоративные споры неарбитрабельными. Против этого в литературе были выдвинуты доводы³⁷, суммируя которые можно заключить, что:

Норму ст. 248 АПК РФ нельзя трактовать как запрещающую рассмотрение корпоративных или каких-либо иных споров в международном коммерческом арбитраже, так как она направлена лишь на разграничение компетенции государственных судов различных стран и не препятствует сторонам использовать международный коммерческий арбитраж для рассмотрения таких споров.

³⁶ Определение ВАС РФ от 22.03.2010 № ВАС-3174/10 по делу № А42-6967/2008 // СПС Консультант Плюс.

³⁷ См., например, Нигматуллина Д. Арбитрабельность корпоративных споров. URL: <http://www.arbitrations.ru/?i=news/item&id=245> (Дата обращения 11.02.2013), Корпоративный юрист. Арбитрабельность корпоративных споров. URL: <http://www.clj.ru/publications/11/872/> (Дата обращения 11/02/2013), Уоскин С. Арбитрабельность: акции сменили недвижимость. URL: http://zakon.ru/Blogs/arbitrabelnost_akcii_smenili_nedvizhimost/1808 (Дата обращения 11.02.2013), Шаулко О. Арбитраж не принимает. URL: http://www.cetra.com.ua/files/tugaya_01.PDF (Дата обращения 11.02.2012), Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / под ред. А.А. Костина; МКАС при ТПП РФ. – М.: Статут, 2012. С. 6-23, Международный коммерческий арбитраж: учебник / Б.Р. Карельников. – М.: Инфотропик Медиа: б. и., 2012. С. 129-136.

³⁴ Налоговый кодекс РФ (части 1-2) от 31.07.1998 № 146-ФЗ и от 05.08.2000 № 117-ФЗ // СЗ РФ. 03.08.1998. № 31. Ст. 3824 и СЗ РФ. 07.08.2000. № 32. Ст. 3340.

³⁵ Комаров А.С. Международный коммерческий арбитраж и государственный суд // Закон. 2003. № 2. С. 78.



Нормы ст. 33 АПК РФ лишь разграничивают компетенцию различных видов российских государственных судов (судов общей юрисдикции и государственных арбитражных судов) и также не препятствуют передаче корпоративного или иного спора на рассмотрение международного коммерческого арбитража, что прямо допускается п. 6 ст. 4 АПК РФ.

Точка в данном вопросе была поставлена Определением ВАС РФ³⁸ по резонансному делу с участием ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат» (ОАО НЛМК) и Николая Максимова относительно взыскания с первого в пользу г-на Максимова долга и процентов за пользование чужими средствами. Весной 2011 года истец добился положительного решения в МКАС при ТПП РФ. Однако, по мнению ОАО НЛМК, решение было принято с нарушениями. Компания успешно оспорила его в Арбитражном суде г. Москвы, который пришел к выводу, что спор не является подсудным МКАС, несмотря на то, что арбитражная оговорка предусматривала, что любые споры, которые возникают в связи с этими правоотношениями, должны решаться в МКАС РФ. Позиция первой судебной инстанции была подтверждена позднее в апелляции и кассации. С такой позицией согласился и Высший арбитражный суд России, отметив, что МКАС при ТПП РФ недостаточно полно исследовал природу сделки, послужившей основанием для иска, что привело к неверному выводу относительно компетенции арбитража.

Стоит согласиться с мнением А.И. Муранова, который в этой связи замечает, что правовые основания неарбитрабельности корпоративных споров отсутствуют: «По российскому праву любой частноправовой спор арбитрабелен, если закон прямо не устанавливает иное»³⁹. Подчеркивая отсутствие такого закона, автор констатирует, что «... Конституция... говорит о том, что у каждого есть право защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом. Это означает презумпцию арбитрабельности корпоративных споров. Безусловно, согласно Конституции, осуществление прав и свобод не должно нарушать права и свободы других лиц. ...Конституция оговаривает, что права и свободы могут быть ограничены федеральным законом, но только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интере-

сов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства»⁴⁰. Указывая на отсутствие объяснений со стороны ВАС о том, что арбитрабельность корпоративных споров нарушает права и свободы других лиц и, что признание неарбитрабельности корпоративных споров необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства, А.И. Муранов выражает негативную оценку сложившейся ситуации⁴¹.

Как указывает А.Н. Жильцов, «говорить о неарбитрабельности можно лишь применительно к тем отношениям, в регулировании которых явно преобладают публично-правовые начала»⁴².

А с точки зрения Б.Р. Карабельникова и А.Л. Маковского, «арбитрабельность присуща всегда в силу самой гражданско-правовой природы отношений, из которых они возникают, и закон может лишь ограничить действие этого принципа в отношении определенных споров»⁴³.

К сожалению, в настоящее время не представляется возможным подтвердить приверженность законодателя и практики мнению, что недопустимость арбитражного рассмотрения каких-либо споров должна устанавливаться только на основании прямых указаний закона. Если неарбитрабельность какого-либо спора все же не установлена законом, вопрос о неарбитрабельности должен разрешаться судом в каждом конкретном случае, исходя из обстоятельств дела. Установление неарбитрабельности какого-либо спора решением суда не должно влечь признание неарбитрабельными аналогичных споров, как это происходит в России в случае с решениями высших судов, благодаря реализации принципа единообразия судебной практики.

Для разрешения вопроса об арбитрабельности какого-либо спора руководствоваться решением одного из высших судов, а также принципом единообразия судебной практики недопустимо в силу приоритета над ними положений Закона о международном коммерческом

⁴⁰ Там же.

⁴¹ Там же.

⁴² Жильцов А.Н. Оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. Под ред. А.С. Комарова; МКАС при ТПП РФ. М.: Статут, 2007. С. 178.

⁴³ Карабельников Б.Р., Маковский А.Л. Арбитрабельность споров: российский подход // Международное частное право, защита культурных ценностей, интеллектуальная собственность, унификация права; ВВВ, 2004. С. 47.

³⁸ Определение ВАС РФ от 30.01.2012 № ВАС-15384/11 по делу № А40-35844/2011-69-311. СПС Консультант Плюс.

³⁹ Муранов А.И. Интервью для журнала «Закон». URL: http://www.tpprf-arb.ru/ru/component/docman/doc_details/51----- (Дата обращения 11.02.2012).



арбитраже, устанавливающих, что «Настоящий Закон не затрагивает действия какого-либо другого закона Российской Федерации, в силу которого определенные споры не могут передаваться в арбитраж или могут быть переданы в арбитраж только в соответствии с положениями иными, нежели те, которые содержатся в настоящем Законе», а также по той причине, что решения высших судов в контексте едино-

образия судебной практики в процессуальных вопросах носят обязывающий характер лишь для нижестоящих государственных судов, не обладая таковым для международных коммерческих арбитражей. На наш взгляд, предложенный подход, устанавливающий презумпцию арбитрабельности споров, является более желательным и соответствует мировым тенденциям в рассматриваемой области.

Библиография

1. Виноградова Е.А. Вопросы третейского разбирательства в «пакете» законопроектов о судебной реформе // Третейский суд. 2001. № 3/4.
2. Жильцов А.Н. Оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. Под ред. А.С. Комарова; МКАС при ТПП РФ. М.: Статут, 2007.
3. Канашевский В.А. Международное частное право: Учебник. Изд. 2-е, доп. – М.: Междунар. отношения, 2009.
4. Карабельников Б.Р., Маковский А.Л. Арбитрабельность споров: российский подход // Международное частное право, защита культурных ценностей, интеллектуальная собственность, унификация права; ВВВ, 2004.
5. Комаров А.С. Международный коммерческий арбитраж и государственный суд // Закон. 2003. № 2.
6. Комментарий к Закону Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже»: постатейный, научно-практический. Под ред. А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, В.А. Мусина. СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд», 2007.
7. Конвенция Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. // Вестник ВАС РФ. 1993. № 8.
8. Корпоративный юрист. Арбитрабельность корпоративных споров. URL: <http://www.clj.ru/publications/11/872/> (Дата обращения 11/02/2013).
9. Костин А.А. Pacta sunt servanda в аспекте арбитражного соглашения // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража. Отв. ред. А.С. Комаров. М., 2002.
10. Крохалев С.В. Категория публичного порядка в международном гражданском процессе. Сравнительное исследование на основе правовых систем России и Франции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005.
11. Курбатов Р.А. К вопросу о разрешении споров при реализации соглашений о разделе продукции // Российский судья. 2005. № 9.
12. Лебедев С.Н. Международное сотрудничество в области коммерческого арбитража. М., 1979.
13. Мата О.В. Арбитражное соглашение и разрешение споров в международных коммерческих арбитражных судах. М., 2004.
14. Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / под ред. А.А. Костина; МКАС при ТПП РФ. – М.: Статут, 2012.
15. Международный коммерческий арбитраж: учебник / Б.Р. Карабельников. – М.: Инфотропик Медиа: б. и., 2012.
16. Муранов А.И. Интервью для журнала «Закон». URL: http://www.tpprf-arb.ru/ru/component/docman/doc_details/51 (Дата обращения 11.02.2012).
17. Мусин В.А. О взаимоотношениях арбитражных и третейских судов // Арбитражные споры. 2004. № 1 (25).
18. Нигматуллина Д. Арбитрабельность корпоративных споров. URL: <http://www.arbitrations.ru/?i=news/item&id=245> (Дата обращения 11.02.2013).
19. Петров М.В. Институт оспаривания решений третейских судов: роль норм АПК // Третейский суд. 2004. № 4 (34).
20. Практика МКАС при ТПП РФ за 2007-2008 гг. М., 2010.
21. Скворцов О.Ю. Комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации»: научно-практический. Омега-Л, 2003 г.
22. Скворцов О.Ю. Третейский суд. Арбитрабельность споров // Юрист и бухгалтер. 2004. № 2 (15).



23. Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М.: Волтерс Клувер, 2005.
24. Сологуб О. П. Усвоение иноязычных структурных элементов в русском языке. Наука. Университет. 2002. Материалы Третьей научной конференции. Новосибирск, 2002.
25. Усоскин С. Арбитрабельность: акции сменили недвижимость. URL: http://zakon.ru/Blogs/arbitrabelnost_akcii_smenili_nedvizhimost/1808 (Дата обращения 11.02.2013).
26. Хвалей В. Арбитраж – арбитры сами решают. Подлежит ли вопрос разрешению в арбитражном порядке // Третейский суд. 2003. № 4 (28).
27. Хвалей В. Как убить арбитражное соглашение // Третейский суд. 2003. № 5 (29).
28. Шаулко О. Арбитраж не принимает. URL: http://www.cetra.com.ua/files/tugaya_01.PDF (Дата обращения 11.02.2012).

References

1. Vinogradova E.A. Voprosy treteiskogo razbiratel'stva v «pakete» zakonoproektov o sudebnoi reforme // Treteiskii sud. 2001. № 3/4.
2. Zhil'tsov A.N. Osparivanie reshenii mezhdunarodnykh kommercheskikh arbitrazhei. Mezhdunarodnyi kommercheskii arbitrazh: sovremennye problemy i resheniya. Pod red. A.S. Komarova; MKAS pri TPP RF. M.: Statut, 2007.
3. Kanashevskii V.A. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: Uchebnik. Izd. 2-e, dop. – M.: Mezhdunar. otnosheniya, 2009.
4. Karabel'nikov B.R., Makovskii A.L. Arbitrabil'nost' sporov: rossiiskii podkhod // Mezhdunarodnoe chastnoe pravo, zashchita kul'turnykh tsennostei, intellektual'naya sobstvennost', unifikatsiya prava; BWV, 2004.
5. Komarov A.S. Mezhdunarodnyi kommercheskii arbitrazh i gosudarstvennyi sud // Zakon. 2003. № 2.
6. Kommentarii k Zakonu Rossiiskoi Federatsii «O mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe»: postateinyi, nauchno-prakticheskii. Pod red. A.C. Komarova, S.N. Lebedeva, V.A. Musina. SPb.: ANO «Redaktsiya zhurnala «Treteiskii sud», 2007.
7. Konventsiya Organizatsii Ob"edinennykh Natsii o priznanii i privedenii v ispolnenie inostrannykh arbitrazhnykh reshenii 1958 g. // Vestnik VAS RF. 1993. № 8.
8. Korporativnyi yurist. Arbitrabel'nost' korporativnykh sporov. URL: <http://www.clj.ru/publications/11/872/> (Data obrashcheniya 11/02/2013).
9. Kostin A.A. Pacta sunt servanda v aspekte arbitrazhnogo soglasheniya // Aktual'nye voprosy mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha. Otv. red. A.S. Komarov. M., 2002.
10. Krokhavev S.V. Kategoriya publichnogo poryadka v mezhdunarodnom grazhdanskom protsesse. Sravnitel'noe issledovanie na osnove pravovykh sistem Rossii i Frantsii: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. Ekaterinburg, 2005.
11. Kurbatov R.A. K voprosu o razreshenii sporov pri realizatsii soglashenii o razdele produktsii // Rossiiskii sud'ya. 2005. № 9.
12. Lebedev S.N. Mezhdunarodnoe sotrudnichestvo v oblasti kommercheskogo arbitrazha. M., 1979.
13. Mata O.V. Arbitrazhnoe soglashenie i razreshenie sporov v mezhdunarodnykh kommercheskikh arbitrazhnykh sudakh. M., 2004.
14. Mezhdunarodnyi kommercheskii arbitrazh: sovremennye problemy i resheniya: Sbornik statei k 80-letiyu Mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazhnogo suda pri Torgovo-promyshlennoi palate Rossiiskoi Federatsii / pod red. A.A. Kostina; MKAS pri TPP RF. – M.: Statut, 2012.
15. Mezhdunarodnyi kommercheskii arbitrazh: uchebnik / B.R. Karabel'nikov. – M.: Infotropik Media: b. i., 2012.
16. Muranov A.I. Interv'y u dlya zhurnala «Zakon». URL: http://www.tpprf-arb.ru/ru/component/docman/doc_details/51 (Data obrashcheniya 11.02.2012).
17. Musin V.A. O vzaimootnosheniyakh arbitrazhnykh i treteiskikh sudov // Arbitrazhnye spory. 2004. № 1 (25).
18. Nigmatullina D. Arbitrabel'nost' korporativnykh sporov. URL: <http://www.arbitrations.ru/?i=news/item&id=245> (Data obrashcheniya 11.02.2013).
19. Petrov M.V. Institut osparivaniya reshenii treteiskikh sudov: rol' norm APK // Treteiskii sud. 2004. № 4 (34).
20. Praktika MKAS pri TPP RF za 2007-2008 gg. M., 2010.
21. Skvortsov O.Yu. Kommentarii k Federal'nomu zakonu «O treteiskikh sudakh v Rossiiskoi Federatsii»: nauchno-prakticheskii. Omega-L, 2003 g.
22. Skvortsov O.Yu. Treteiskii sud. Arbitrabel'nost' sporov // Yurist i bukhgalter. 2004. № 2 (15).



23. Skvortsov O.Yu. Treteiskoe razbiratel'stvo predprinimatel'skikh sporov v Rossii: problemy, tendentsii, perspektivy. M.: Volters Kluver, 2005.
24. Sologub O. P. Usvoenie inoyazychnykh strukturnykh elementov v russkom yazyke. Nauka. Universitet. 2002. Materialy Tret'ei nauchnoi konferentsii. Novosibirsk, 2002.
25. Usoskin S. Arbitrabel'nost': aktsii smenili nedvizhimost'. URL: http://zakon.ru/Blogs/arbitrabelnost_akcii_smenili_nedvizhimost/1808 (Data obrashcheniya 11.02.2013).
26. Khvalei V. Arbitrazh – arbitry sami reshayut. Podlezhit li vopros razresheniyu v arbitrazhnom poryadke // Treteiskii sud. 2003. № 4 (28).
27. Khvalei V. Kak ubit' arbitrazhnoe soglasenie // Treteiskii sud. 2003. № 5 (29).
28. Shaulko O. Arbitrazh ne prinimaet. URL: http://www.cetra.com.ua/files/tugaya_01.PDF (Data obrashcheniya 11.02.2012).

Материал получен редакцией 9 июля 2013 г.



АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВА ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

П.А. Калиниченко*, С.А. Михайлова**

ЭВОЛЮЦИЯ НОРМ И СТАНДАРТОВ ЕС В СФЕРЕ ПРИЗНАНИЯ И ИСПОЛНЕНИЯ РЕШЕНИЙ ПО ГРАЖДАНСКИМ ДЕЛАМ

Аннотация: Настоящее исследование посвящено эволюции нормативных положений в сфере признания и исполнения судебных решений по гражданским делам, выработанных на уровне Европейского Союза (ЕС), интеграционной организации 28 государств Европы. Методологически в настоящей работе используется диалектический метод, историко-правовой и сравнительно-правовой на основе системного подхода. Научная новизна исследования определяется тем, что, на сегодняшний день Европейский Союз обладает обширной компетенцией в сфере сотрудничества судебных органов государств-членов по гражданским, торговым и семейным делам и сближения норм гражданского процесса, закрепленной в положениях Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС) среди норм о создании пространства свободы, безопасности и правосудия и на основе целей, закрепленных в пар. 2 ст. 3 Договора о Европейском Союзе (ДЕС). К выводам исследования можно отнести следующее. Современный механизм судебной защиты по гражданским делам в рамках Европейского Союза прошел несколько эволюционных этапов в своем развитии. На первом этапе, берущем начало в далекие 1960-е гг., в рамках Европейских сообществ применялись исключительно международно-правовые средства гармонизации законодательства государств-членов в области юрисдикции, признания и исполнения судебных решений. Второй этап развития механизма судебной защиты по гражданским делам на европейском уровне, берущий начало со вступлением в силу Амстердамского договора в 1999 г., примечателен сменой правового инструментария, используемого Европейским Союзом. В этот период коренным образом была реформирована правовая основа системы признания и исполнения судебных решений на Европейском уровне – в 2000 году Брюссельская конвенция I была заменена Брюссельским регламентом I. Наконец, современный этап развития механизма судебной защиты по гражданским делам в европейском праве характеризуется совершенствованием системы на основе комбинации международно-

© Калиниченко Пауль Алексеевич, Михайлова София Александровна

* Доктор юридических наук, профессор кафедры права Европейского Союза Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
[paulkalinichenko@mail.ru]

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

** Кандидат юридических наук, ассистент кафедры права Европейского Союза Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
[sofia.mikhailova@gmail.com]

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Данная статья подготовлена в рамках Программы стратегического развития ФБГУОУ ВПО Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА); НИР «Теоретические и практические проблемы соотношения материального права и судебной формы защиты по гражданским делам».



правовых и европейско-правовых инструментов гармонизации гражданско-процессуального права государств-членов. Новации были подвергнуты Луганская конвенция (путем заключения в 2007 г. Луганской конвенции II) и Брюссельский регламент I (Регламент № 44/2001).

Ключевые слова: Европейский Союз, гражданское судопроизводство, гармонизация, право, Регламент Брюссель I, эволюция, ЕС, Брюссельская конвенция I, свобода, безопасность, правосудие, Конвенция Лугоно II

DOI: 10.7256/1994-1471.2014.1.10106

Вводные замечания. Настоящее исследование посвящено эволюции нормативных положений в сфере признания и исполнения судебных решений по гражданским делам, выработанных на уровне Европейского Союза (ЕС), интеграционной организации 28 государств Европы.

На сегодняшний день Европейский Союз обладает обширной компетенцией в сфере сотрудничества судебных органов государств-членов по гражданским, торговым и семейным делам и сближения норм гражданского процесса, закрепленной в положениях Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС) среди норм о создании пространства свободы, безопасности и правосудия и на основе целей, закрепленных в пар. 2 ст. 3 Договора о Европейском Союзе (ДЕС). Данная компетенция носит совместный характер с государствами-членами.

Современный механизм судебной защиты по гражданским делам в рамках Европейского Союза прошел несколько эволюционных этапов в своем развитии. В частности, по мнению С.А. Михайловой, можно выделить несколько периодов развития деятельности и компетенции Европейского Союза в области формирования норм европейского гражданского процесса в зависимости от комбинации инструментов сотрудничества государств-членов в рамках ЕС¹.

Брюссельская конвенция о юрисдикции и исполнении решений по гражданским и торговым делам 1968 г. Основные положения, давшие начало развитию законодательства в области признания решений по гражданским, коммерческим делам, были изначально закреплены в Римском договоре, учреждающем Европейское экономическое сообщество², заключенным 25 марта 1957 г. На основании его статьи 220 и во исполнение целей, указанных в Договоре, 27 сентября 1968 года под эгидой Европейского экономического сообщества 6 государств-членов приняли Конвенцию по вопросам юрисдикции и принудительного испол-

нения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров (Брюссельская конвенция I). Именно в этом механизме, как, подчеркивает профессор А.О. Четвериков, первоначально отразился принцип взаимного признания в гражданском процессе ЕС³.

Брюссельская конвенция не в полной мере соответствовала замыслу статьи 220 Римского договора. С одной стороны, Брюссельская конвенция была ограничена «гражданскими и торговыми» делами, исключая более широкую сферу, подразумеваемую ст. 220. Но, с другой стороны, Конвенция содержала не только положения по вопросам признания и исполнения судебных решений. Государства-члены осознавали важность положения о юрисдикции в вопросе исполнения решений. Они обсуждали «двойную конвенцию», которая включала в себя прямую юрисдикцию для суда, выносящего решение, а также правила для признания и исполнения решения судом, которому это решение направлено для придания ему юридической силы⁴. Конвенция гармонизировала правила юрисдикции и обеспечила особую защиту ответчику, проживающему на территории другого государства-члена, от «чрезмерного» юрисдикционного базиса. Конвенция установила, что любая проверка юрисдикции в государстве признания и исполнения является недействительной. Этим положением было значительно упрощено обращение судебных решений в рамках ЕС.

В силу международного характера рассматриваемой конвенции государствами преследовалась цель единого толкования понятий для урегулирования проблем признания судов разных стран компетентными в разрешении коммерческих споров с участием иностранно-

¹ Михайлова С.А. Правовое регулирование сотрудничества судебных органов по гражданским, торговым и семейным делам в рамках Европейского Союза: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 11-12.

² Ныне – Договор о функционировании Европейского Союза.

³ Четвериков А.О. Нормативная модель либерализации трансграничных отношений в праве Европейского Союза: правовые формы и общие принципы создания пространства без внутренних границ в рамках ЕС. М., 2011. С. 27.

⁴ Простые конвенции о признании решений имеют дело только с непрямой юрисдикцией и применяются только по решению суда, в котором запрошено признание. Признающий суд изучает юрисдикцию суда, вынесшего решение, и решает, признать ли это решение. Двойные конвенции предусматривают не только признание, но и правила прямой юрисдикции, применяемые в суде рассмотрения дела.



го элемента. Для достижения этой цели был заключен Люксембургский протокол о толковании от 3 июня 1971 г. (далее – Протокол), в котором была установлена высшая компетенция главного судебного органа Сообществ и Союза – Суда Европейских сообществ в части толкования Брюссельской конвенции. Верховный суд государства – участника Конвенции получил возможность, если это важно для вынесения решения, направить запрос о толковании в Суд Европейских сообществ. При этом необходимость использовать возможность обращения с таким запросом, а также обязанность в категорической форме соблюдать прецедентное право Суда Европейских сообществ в некоторых странах закреплены законодательно. Таким образом, провозгласив в преамбуле к Брюссельской конвенции цель – «усиление в рамках сообщества правовой защиты проживающих там лиц», государства-участники будут стремиться для ее достижения к единообразному аутентичному толкованию положений и понятий Конвенции. Несмотря на то, что Суд ЕС вынес более сотни решений по интерпретации Брюссельской конвенции 1968 г., отчетные документы были опубликованы в Официальном журнале ЕС только по нескольким делам⁵.

Брюссельская конвенция регулировала три основных блока вопросов:

1. Юрисдикция;
2. Признание и исполнение иностранных судебных решений;
3. Требования, предъявляемые к иностранным официальным документам.

Согласно статье 25 Брюссельской конвенции, судебное решение – это любое решение, принятое судом или трибуналом, независимо от его названия, в том числе постановление, приказ, решение или исполнительный документ, а также определение судебных издержек или расходов, выданное должностным лицом суда. Судебное решение признается в других государствах без какой-либо специальной процедуры. Брюссельская конвенция не требует каких-либо особых процедур для признания. Любая заинтересованная сторона может обратиться с просьбой вынести постановление о признании решения, т.е. с просьбой о выдаче экзекватуры (ст. 26, п. 2).

Однако не все решения могут быть признаны и, ни при каких обстоятельствах, иностранное судебное решение не может быть пересмотрено по существу (ст.ст. 27 - 30).

Судебное решение приводится в исполнение после того, как по ходатайству заинтересованной стороны оно объявлено к принудительно-

му исполнению. Оно является процессуальным вопросом, который урегулирован статьями 31-45 Конвенции. Однако в Соединенном Королевстве такое решение приводится к исполнению только после того, как его внесли в реестр для приведения в исполнение в одной из областей (Англии, Уэльсе, Шотландии или Северной Ирландии) (ст. 31). Список судебных органов, в которые может быть подано ходатайство, приводится в статье 32 Конвенции. Так в Дании оно направляется в городской суд, в ФРГ – председателю палаты Земельного суда, во Франции – председательствующему судьей трибунала высокой инстанции. По общему правилу, юрисдикция местных судов определяется в зависимости от domicilia стороны, против которой испрашивается исполнение. Но если сторона не имеет domicilia в государстве исполнения решения, то юрисдикция определяется местом исполнения.

Процедура подачи ходатайства регулируется законом государства, в котором заявитель испрашивает исполнение решения (ст. 33). К ходатайству заявитель прикладывает документы, предусмотренные в ст. 46 и 47 Конвенции.

Запрашиваемый суд принимает постановление безотлагательно и сторона, против которой испрашивается исполнение решения, на этой стадии не вправе делать какие-либо представления в отношении ходатайства (ст. 34). Если приведение в исполнение разрешается, сторона, против которой оно испрашивается, может обжаловать это решение в течение месяца после его вручения. Список судебных органов, в которые может быть подана апелляция, указан в статье 37 Конвенции.

Конвенция носила закрытый характер и не предусматривала возможности вступления в нее государств, не являющихся членами Сообщества – третьих стран. Нельзя не отметить, что именно опыт Брюссельской конвенции, ее успех с момента вступления в силу и огромный объем прецедентного права, сопровождающий ее толкование и применение, создали хорошую основу для дальнейшего развития сферы признания и исполнения судебных решений в ЕС. С принятием данной Конвенции Сообщество приобрело инструмент, основанный на единых правилах прямой юрисдикции, соответствие которым не требует пересмотра решения судом государства-члена, в котором истребуется признание, и на автоматическом признании решений, которые совместно ускоряют обращение судебных актов на территории стран ЕС.

Луганская конвенция о юрисдикции, признании и исполнении решений по гражданским и торговым делам 1988 г. Содержащиеся в Брюссельской конвенции нормы

⁵ Weatherill S., Beaumont P. EU Law. London: Pinguin publ. 2009. P. 189-190



международной подсудности и механизм исполнения судебных решений привлекли внимание других европейских государств, в частности, стран Европейской ассоциации свободной торговли (ЕАСТ)⁶. Торговый оборот между странами ЕАСТ и ЕС представлял больше половины внешней торговли для первых и больше четверти общего экспорта Сообщества. Еще в 1973 г. Швеция внесла предложение о присоединении стран ЕАСТ к Брюссельской конвенции, но просто распространение Брюссельской конвенции государства, не входящие в ЕС, было юридически невозможно. С одной стороны, эти страны не могли исходить из положений ст. 220 Римского договора 1957 г., а с другой – не было юридических оснований для обязательного действия в этих странах интерпретации, которая давалась Брюссельской конвенции Судом ЕС. Только в 1985 г. Комиссия экспертов от стран Европейских сообществ и Европейской Ассоциации Свободной Торговли (ЕАСТ) приступила к разработке аналогичного соглашения. Конвенция была подписана 16 сентября 1988 г. между государствами-членами ЕС и ЕАСТ на дипломатической конференции в г. Лугано. Луганская конвенция в отличие от Брюссельской относится к открытому типу многосторонних соглашений. Правом присоединения к ней обладали не только государства-члены Европейских сообществ, но и страны, приглашенные к вступлению в порядке, установленном Конвенцией (п. b ч. 1 ст. 62).

По структуре и нумерации статей, а также их содержанию Брюссельская и Луганская конвенции практически совпадают, поэтому их называют «параллельными». Хотя абсолютной идентичности нет. Например, различен механизм толкования Конвенций. Протокол №2 о единообразном толковании Луганской конвенции хотя и аналогичен по предмету регулирования Протоколу от 3 июня 1971 Брюссельской конвенции, но возможности обращения в Суд ЕС

не предусматривает. Вместо судебного органа единообразному применению должна содействовать образованная согласно Протоколу постоянная комиссия, в рамках которой ежегодно обсуждается практика применения Луганской конвенции в судах стран-участниц. Также стоит отметить, что в заявлении, приложенном к Луганской конвенции, представители правительств государств, входящих в ЕАСТ, выразили мнение о целесообразности использования судами этих государств постановлений Европейского суда и судов стран европейских сообществ относительно тех положений Брюссельской конвенции, которые были восприняты Луганской⁷.

Регламент Совета (ЕС) №44/2001, о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам от 22 декабря 2000 г. С принятием Маастрихтского договора о Европейском Союзе от 7 февраля 1992 г., Союз приобрел компетенцию по регулированию сотрудничества судебных органов государств-членов по гражданским и торговым делам в рамках т.н. «третьей опоры» - сотрудничества в области правосудия и внутренних дел. Полномочия в этой сфере носили ограниченный характер и давали возможность урегулировать отношения исключительно на конвенциональной основе, без принятия собственных нормативных актов Союза. Для осуществления идеи построения «европейского пространства свободы, безопасности и правосудия» Амстердамским договором 1997 г. было предусмотрено усиление сотрудничества государств-членов ЕС в сфере «третьей опоры», а также частичная ее «коммунитаризация», то есть вынесение ряда положений внутренних дел и правосудия на наднациональный уровень путем переноса данных положений в Римский договор.

При разработке проекта Брюссельской конвенции II, положения которой были посвящены юрисдикции, признанию и исполнению судебных решений по семейным делам, в отличие от Конвенции Брюссель 1, законодатели изначально внесли в ее положения механизм интерпретации со стороны Суда ЕС на основе преюдициальных запросов национальных судов. Это, по мнению С. Уэзерилла и П. Бьюмонта, напрямую указывает на изменившийся с Амстердамским договором 1997 г. характер компетенции ЕС в сфере свободы, безопасности и правосудия⁸.

⁶ Европейская ассоциация свободной торговли (ЕАСТ, англ. European Free Trade Association, EFTA) была создана в 1960 году с целью создания зоны свободной торговли, первоначальными членами были Великобритания, Дания, Норвегия, Швеция, Австрия, Швейцария и Португалия. Финляндия стала ассоциированным членом в 1961 (в 1986 году стала полноправным членом), а Исландия вошла в состав ЕАСТ в 1970 году. Лихтенштейн присоединился в 1991 году (предварительно, его интересы в ЕАСТ представляла Швейцария). Великобритания (1973), Дания (1973), Португалия (1986), Финляндия (1995), Австрия (1995), и Швеция (1995) вышли из ЕАСТ и стали членами ЕС. Сегодня только Исландия, Норвегия, Швейцария и Лихтенштейн остаются членами ЕАСТ. Подробнее см.: Калининченко П.А. Европейская ассоциация свободной торговли: правовой статус и отношения с Россией // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 2. С. 24-27.

⁷ Гражданское процессуальное право зарубежных стран: Учеб. - 2-е изд., перераб. и доп. - М: Проспект, 2004. С. 287-289.

⁸ Weatherill S., Beaumont P. EU Law. P. 385-386.



На встрече, проведенной 4 и 5 декабря 1997 года, Совет назначил группу представителей ad hoc от государств-членов Союза, Республики Исландии, Королевства Норвегии и Швейцарской Конфедерации для работы над пересмотром Брюссельской и Луганской конвенций. Основываясь на полномочиях, предоставленных ст. 220 Римского договора, рабочая группа ad hoc в марте 1999 года закончила работу по модификации обеих конвенций.

После принятия и вступления в силу Амстердамского договора и получения Союзом новых полномочий в сфере сотрудничества судебных органов по гражданским делам, Комиссия видоизменила форму пересмотренной рабочей группой ad hoc проекта новой Брюссельской конвенции и 14 июля 1999 г. представила проект Регламента для его последующей инкорпорации в право ЕС.

Регламент Совета (ЕС) №44/2001, о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам⁹ от 22 декабря 2000 г., конкретизировавший и развивавший положения Брюссельской конвенции, вступил в силу 1 марта 2002 года. Он был принят с учетом толкований Суда ЕС и преобразил процедуру признания судебных решений. Регламент был призван улучшить, расширить и углубить судебное сотрудничество по гражданским делам между государствами-членами, как того требовала ст. 65 Римского договора в Амстердамской редакции. Регламент фактически заменил Брюссельскую конвенцию 1968 г. Но и по настоящее время в сфере признания и принудительного исполнения судебных решений указанная конвенция продолжает применяться в отношении тех территорий, которые попадают под ее территориальное действие и которые исключены из Регламента (ЕС) №44/2001 согласно ст. 355 Лиссабонского договора (Гваделупа, Французская Гвиана, Канарские острова, Мадейра, Азорские острова и т.д.).

Ст. 69 Регламента (ЕС) №44/2001 также содержит список конвенций, договоров и соглашений между государствами-членами ЕС, которые данный Регламент отменяет. Всего Регламент (ЕС) №44/2001 заменил 24 международных договора, среди которых Конвенция между Бельгией и Францией о юрисдикции, признании и исполнении судебных и арбитражных решений, а также аутентичных документов от 8 июля 1899 г., Конвенция между

Германией и Италией о признании и исполнении судебных решений по гражданским делам от 9 марта 1936 г. и проч.

Регламент, являющийся наследником конвенции, перенял от нее большое количество положений, схожую структуру и цели. Еще при первичных обсуждениях будущего регламента было четко определено, что непрерывность между Брюссельской конвенцией и Регламентом должна быть обеспечена. Это же касается положений Конвенции, которые были рассмотрены Судом ЕС. Несмотря на некоторые различия указанных документов, прецедентная сфера по данному вопросу еще долго будет иметь огромное значение по вопросам толкования положений регламента.

Регламент содержит преамбулу, 76 статей и 6 приложений. Принятый документ действует на территории всех стран Европейского Союза, за исключением Дании, Великобритании и Ирландии.

Регламент применяется только к решениям, вынесенным судами государств-членов. Для признания и исполнения решений судов третьих стран должны применяться нормы национального законодательства конкретного государства-члена. Это положение было подтверждено делом *Owens v. Bracco*¹⁰, в котором Суд ЕС четко указал на то, что Регламент (в тот момент еще Брюссельская конвенция) применяется только к решениям, вынесенным на территории ЕС.

Как отмечает П. Вале, регламент «применяется только к решениям судов и трибуналов»¹¹. Хотя статья 7 не определяет, что относится к этому понятию, но оно покрывает все судебные органы, действующие независимо от других органов государства и решения которых, принимаются согласно судебным процедурам, т.е. основаны на принципе должного процесса.

Согласно практике Суда ЕС «для того, чтобы быть «решением» для целей Конвенции, решение должно исходить от судебного органа Договаривающейся страны, принимающего его на основании своей власти по вопросам, возникающим между сторонами»¹². Решение, принятое административным органом, должно соответствовать положениям ст. 32 Регламента (ЕС) №44/2001. В этом случае, административный орган должен исполнять функции судебного

¹⁰ Дело C-129/92 «Owens Bank Ltd. v. Fulvio Bracco and Bracco Industria Chimica SpA», (Case C-129/92) // ECR [1994] I-117599.

¹¹ European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation / Eds. U. Magnus and P. Mankowski. Munchen: European Law Publishers. 2007. P. 539.

¹² Дело C-414/92 «Solo Kleinmotoren GmbH v. Emilio Boch», (Case C-414/92) ECR [1994] I-2237.

⁹ Регламент Совета №44/2001 о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам от 22 декабря 2000 г. (Council Regulation (EC) 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters) // OJ L 143 20.12.2012. P.1.



органа и удовлетворять требованиям независимости и нормам отправления правосудия, являющимся основой судебного процесса.

Если суд или трибунал соответствует требованиям независимости и нормам отправления правосудия, неважно, заседает ли суд в гражданском, торговом, административном или уголовном процессе. Регламент применяется к решениям, вынесенным в уголовном процессе, например, решением о возмещении ущерба жертве.

Правила главы III Регламента (ЕС) №44/2001 не распространяются на арбитражные решения и решения церковных судов. Решения международных судов и трибуналов, таких как Европейский Суд по правам человека, исключены из сферы действия Регламента.

Регламент (ЕС) №44/2001 применяется независимо от природы юрисдикции... вынесенного решения суда. От суда, который выносит решение, не требуется обязательно использования правил юрисдикции регламента, а также подтверждения домицилия ответчика в государстве-члене. Факт того, что суд использовал правила юрисдикции, не включенные в перечень регламента, не влияет на юридическую силу решения. Это положение следует из того, что суд, которому направляется решение, не вправе пересматривать юрисдикцию суда, который его вынес. Возможность использовать положения Регламента (ЕС) №44/2000 для получения признания или исполнения в отношении стороны, недомицилированной в государстве-члене, критикуется многими европейскими исследователями, в частности, А. Бриггсом и П. Ризом¹³. Таким образом, решение получает «общеевропейскую» силу и национальную юрисдикцию, касающуюся нерезидентов. Однако, не стоит забывать, что эвикция такой юрисдикции требует взаимности, которая гарантирована только в государствах-членах ЕС. Правила регламента также могут применяться, если спор привел к решению, которое носит «домашний» характер.

Регламент также принимает во внимание некоторые специфические обстоятельства. Так, ст. 65 Регламента (ЕС) №44/2001 исключила некоторые основания для юрисдикции в Германии и Австрии. Но, чтобы избежать недоразумений, в части 2 данной статьи разъяснено, что решения, вынесенные на основании исключенных положений о юрисдикции, тем не менее признаются в обеих странах. Также иные государства-члены обязаны признавать силу решений, принятых согласно немецкому или австрийскому праву.

Регламент устанавливает правила определяющие юрисдикцию судов в гражданских и коммерческих делах. Судебное решение, вынесенное в судах государств-членов, признается автоматически, без специальных процедур, если оно не будет оспариваться. Подтверждение о том, что иностранное решение имеет законную силу, выносится после формальной проверки поданных документов. Регламент не распространяется на доходы, налоги и дела из административных правонарушений. Также не применяется в отношении:

1. Гражданского состояния, право- и дееспособности, основанного на законе представительства физических лиц, статуса брачного имущества, наследственного права, в том числе наследования, основанного на завещании;
2. Дел о несостоятельности, заключении мирового соглашения в конкурсном производстве и иных подобных процедур,
3. Социального обеспечения;
4. Третьейского разбирательства.

Материальная сфера Регламента (ЕС) №44/2001 ограничена не только исключениями, указанными в его ст. 1, но и в ст. 71, в которой указано, что положения о юрисдикции и исполнении решений, которые содержатся в других конвенциях в отношении некоторых вопросов, не затрагиваются данным Регламентом. Однако если одна сторона не является участником применяемой конвенции по конкретному вопросу, то признание и исполнение решений производится по правилам Регламента. Но и в случае когда признание и исполнение решений регулируется конвенцией, стороны, по своему усмотрению, могут использовать положения Регламента.

Рассмотрение дела входит в юрисдикцию суда, если ответчик имеет место жительства в стране суда, несмотря на свое гражданство. Место жительства определяется в соответствии с внутренними законами того государства-члена, в котором был подан иск. Если ответчик не имеет постоянного места жительства на территории суда государства-члена, то суд выясняет, право какого государства-члена он должен применить. В случае рассмотрения дел с участием юридических лиц, домицилий определяется местом их постоянного нахождения, нахождения административного центра либо постоянным местом ведения бизнеса.

Хотя основным принципом определения подсудности является постоянное место жительства ответчика, он в некоторых случаях может быть привлечен к суду в другом государстве-члене.

Суд имеет исключительную юрисдикцию, несмотря на место постоянного проживания в делах:

¹³ Briggs A., Rees P. Civil Jurisdiction and Judgments. London: Informa UK Ltd. 2009. P. 429.



- по спорам, вытекающим из вещных прав на движимое имущество и их аренды данного имущества – суды государств-членов, в которых это имущество находится;
- об оспаривании действительности устава, ничтожности ликвидации предприятия или иного юридического лица, законности решений их органов – суды государств-членов, которых данные образования имеют постоянное место нахождения;
- о проверке законности внесения юридических лиц в государственный регистр – судами государств-членов, в которых была внесена запись;
- о проверке законности регистрации патентов, фирменных наименований, промышленных образцов - в судах по месту регистрации;
- о принудительном исполнении решений судебных решений – либо в суде страны, который вынес решение, либо в суде страны, который выносит подтверждение.

Если стороны заключили пророгационное соглашение, то указанный в соглашении суд будет правомочен рассматривать дело. Регламент устанавливает лишь некоторые формальности, которые должны быть соблюдены в соглашении о выборе подсудности: оно должно быть в письменной форме либо в форме, в которой стороны привыкли взаимодействовать между собой либо по обычаям международной торговли.

Учитывая то, что правила о юрисдикции в основном были заимствованы в Брюссельской конвенции, нормы о признании и исполнении решений, установленные в регламенте, стали новеллой. Как и конвенция, регламент в первую очередь разрешил признание решений и иных аутентичных документов, вынесенных в суде одного государства-члена, в другом.

Регламент проводит различия между признанием и исполнением иностранных решений. В случае если признание не оспаривается, оно производится автоматически, для него не требуется никаких специальных процедур, все происходит на основании принципа взаимного доверия между судебными системами государств-членов. Для того чтобы решение было исполнено, необходимо пройти ряд упрощенных процедур. Автоматическое вступление в законную силу судебного решения путем его признания означает, что какие-либо иные процедуры, имеющие такие же основания иска, должны быть прекращены.

Автоматическое признание решения без каких-либо дополнительных процедур обеспе-

чивает статья 33 Регламента (ЕС) №44/2001. Этот принцип является одним из основополагающих принципов Европейского судебного пространства. Однако автоматическая природа признания не означает, что такие решения приравниваются к «домашним». Решению может быть отказано в признании, если оно попадает под одно из оснований, указанных в Регламенте. Сторона, требующая признания, должна иметь специальный сертификат, заполненный судом, который вынес решение. Таким образом, автоматическое признание означает, что сторона, которая желает исполнения решения, не должна проходить некоторые неформальные процедуры.

Решение не признается:

- если признание решения противоречит публичной политике государства-члена, в котором решение должно быть признано;
- если ответчик в должный срок не подал документы и тем самым не смог обеспечить себе защиту в суде;
- если это противоречит решению, вынесенному по спору между теми же сторонами в суде государства-члена, в котором требуют признание;
- если это противоречит судебному решению, вынесенному в другом государстве-члене либо в третьем государстве по тому же основанию и между теми же сторонами.

Регламент не требует финального характера решения для его попадания под действие главы 3 Регламента (ЕС) №44/2001. Статья 32 не ограничена решениями, окончательно разрешающими спор полностью или в части, но она также применяется к решениям, которые могут быть оспорены или иным образом изменены. Статья 48 Регламента (ЕС) №44/2001 предоставляет возможность частичного исполнения решения, при условии, что решение может быть разделено. Это положение следует из того, что некоторые решения могут содержать вопросы, которые выпадают из сферы применения регламента, а другие могут быть исполнены. Также при истребовании заявления о признании, истец вправе сам может ограничить свои требования.

Регламент (ЕС) №44/2001 запрещает пересмотр решения по существу (ст. 36). Это одно из важнейших правил для любого инструмента по признанию и исполнению решений, иначе такой инструмент будет терять большую часть своего смысла. Суд страны признания не вправе рассматривать вопрос о том, было ли вынесено правильное решение судом другого государства-члена. Признание даже отдаленно не является видом обжалования, а суд страны



исполнения не имеет силы выше, чем суд страны вынесения решения. Суд страны, в которой истребуется признание иностранного решения, не может проверять юридическую силу этого решения. Это делает процедуру признания ускоренной и одновременно увеличивает юридическую защиту истца. Взаимное доверие в вопросе юридической силы решений является одним из важнейших факторов уменьшения стоимости всех процедур.

Решение должно быть исполнено в другом государстве-члене по заявлению заинтересованной стороны; после этого оно будет признано как имеющее силу. Стороны могут обжаловать данное заявление.

Данный регламент не устанавливает порядок признания решений, вынесенных несудебными органами.

Несмотря на действия Протокола №22 о позиции Дании, 19 октября 2005 года было подписано Соглашение между Европейским Сообществом и Королевством Дании о юрисдикции, принятии и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам¹⁴. 27 апреля 2006 года оно было одобрено Решением Совета 2006/325/ЕС¹⁵. Документ вступил в силу 1 июля 2007 года. Дания согласилась участвовать в механизме, разработанном Регламентом (ЕС) №44/2001, но с рядом оговорок. Например, в ст. 2 Соглашения указано, что ст. 3 п. 1 Регламента (ЕС) №44/2001 не применяется; перечислены судебные учреждения страны. Дания, в отличие от остальных государств-членов, не воспринимает автоматически изменения к Регламенту (ЕС) №44/2001, они должны быть одобрены, и во время их принятия либо в течение 30 дней после принятия, Дания подтверждает или отклонит введение этих изменений на ее территории.

Так же как и Дания, Великобритания и Ирландия подписали Протокол по позиции Объединенного Королевства и Ирландии в отношении пограничного контроля, убежища

и иммиграции, судебного сотрудничества по гражданским делам и полицейского сотрудничества¹⁶ и Протоколу о позиции Объединенного Королевства и Ирландии в отношении пространства свободы, безопасности и правосудия¹⁷ указали на свое неучастие в принятии мер по указанным вопросам, но отметили, что они намерены применять положения Регламента (ЕС) №44/2001.

Несмотря на все свои положительные стороны, Регламент (ЕС) №44/2001 должен быть доработан, считает Т. Крюгер. Особенно это касается вопросов юрисдикционного характера, некоторые из которых должны быть расширены, а некоторые уточнены¹⁸.

Вполне возможно говорить о необходимости унификации процедуры исполнения решений, которая сейчас отдана на откуп национальным законодательствам государств-членов ЕС.

Луганская конвенция о юрисдикции, признании и исполнении решений по гражданским и торговым делам 2007 г. Через 11 лет после подписания Луганской конвенции о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим делам страны-участницы решили модернизировать данный документ и в 1999 году начала свою деятельность специально созданная рабочая группа.

В 1997 году Совет Европейского Союза начал одновременный пересмотр Брюссельской и Луганской конвенций с целью их гармонизации и внесения изменений по конкретным вопросам, толкование которых было произведено Европейским Судом. Необходимость изменения положений обеих конвенций была продиктована современными реалиями, которым ни один из документов уже не отвечал.

На встрече в декабре 1997 года была создана рабочая группа экспертов, состоящая из представителей государств-членов Европейского Союза и членов Европейской ассоциации свободной торговли (ЕАСТ). Группа должна была

¹⁴ Соглашение между Европейским Сообществом и Королевством Дании о юрисдикции, принятии и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам (Agreement between the European Community and the Kingdom of Denmark on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters) // OJ L 299 16.11.2005 P. 62.

¹⁵ Решение Совета №2006/325/ЕС от 27 апреля 2006 г. о заключении Соглашения между Европейским Сообществом и Королевством Дании о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам (2006/325/ЕС: Council Decision of 27 April 2006 concerning the conclusion of the Agreement between the European Community and the Kingdom of Denmark on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters) // OJ L 120 05.05.2006.

¹⁶ Протокол о позиции Соединенного Королевства и Ирландии в отношении пограничного контроля, убежища и иммиграции, судебного сотрудничества по гражданским делам и полицейского сотрудничества (Protocol on the position of the United Kingdom and Ireland on policies in respect of border control, asylum and immigration, judicial cooperation in civil matters and on police cooperation) // OJ C 310 16.12.2004 P. 353.

¹⁷ Протокол о позиции Объединенного Королевства и Ирландии в отношении пространства свободы, безопасности и правосудия (Protocol on position of the United Kingdom and Ireland in relation to the area of freedom, security and justice) // OJ C 115 09.05.2008 P. 284.

¹⁸ Kruger T. Civil jurisdiction rules of EU and their impact on the third states. Oxford: University Press. 2008. P. 397.



изучить все поправки, предложенные государствами-членами и Европейской комиссией, обратить внимание на прецедентное право Суда Европейского Союза, а также национальных судов, с целью создания нового проекта конвенции. Рабочей группой было проведено девять встреч, последняя из которых состоялась в апреле 1999 г. и на которой было достигнуто соглашение по пересмотренным текстам конвенций – Брюссельской и Луганской.

Рассмотрение и подписание новой Луганской конвенции откладывались по многим причинам. Во-первых, по-разному толковали параграф о потребителях Интернет-провайдера и сами потребители. Этот вопрос был решен в Регламенте (ЕС) № 44/2001. Далее переговоры откладывались из-за того, что с Данией обговаривался отдельный документ, так как она не является участницей интеграционных процессов, проводимых ЕС в сфере полицейских и гражданских дел.

Более того, новые полномочия Европейской комиссии повлияли не только на судьбу новой Брюссельской конвенции, но и Луганской. Встал вопрос о том, кто полномочен вести переговоры и подписывать новую Луганскую конвенцию – только лишь Сообщество или Сообщество совместно с государствами-членами.

В конце апреля 1999 года рабочая группа ЕС и ЕАСТ закончили разработку значительной части новых проектов Брюссельской и Луганской конвенций. Но после вступления в силу Амстердамского договора все положения «новой» Брюссельской конвенции были последовательно перенесены в Брюссельский регламент и необходимость в подписании самой конвенции отпала. А подписание новой Луганской конвенции растянулось почти на 10 лет. Основаниями для такой задержки стали проблемы толкования параграфа о потребителях интернет-провайдерами и самими потребителями, а также переговоры с Данией, которая не является частью интеграционного процесса ЕС в сфере полицейского и судебного сотрудничества. К тому же, было неясно, имеет ли Европейское Сообщество исключительную или совместную компетенцию для подписания новой Луганской конвенции. В марте 2003 г. Совет направил запрос в Суд ЕС, содержащий следующий вопрос: «Попадает ли заключение новой Луганской конвенции в сферу исключительной компетенции Сообщества или в сферу совместной компетенции Сообщества и государств-членов?»

В феврале 2006 года Суд ответил на запрос: «Заключение новой Луганской конвенции <...> полностью попадает в сферу исключительной компетенции Европейского Сообщества»¹⁹. Со-

ответственно, подписание новой конвенции полностью подпадает в сферу исключительной компетенции Европейского Сообщества, что означает, что Швейцария, Норвегия и Исландия теперь ведут переговоры только с одной договаривающейся стороной – Европейским Союзом, через Европейскую комиссию. Государства-члены имели статус наблюдателей.

Следуя заключению Суда, в октябре 2006 года в Лугано была проведена дипломатическая конференция, в которой участвовали представители Европейского Сообщества, Дании, Норвегии, Швейцарии и государств-членов – в качестве наблюдателей. На встрече были обсуждены некоторые вопросы, по которым рабочая группа достигла соглашения в 1999 г., а также была формально принята сама Конвенция. По некоторым спорным вопросам был проведен ряд переговоров, и 30 октября окончательный текст Конвенции был принят. От имени Европейского Сообщества документ подписывал Альберто Коста, Министр юстиции Португалии. Согласно ст. 73 Конвенции ратификационные грамоты будут храниться в Швейцарии.

Конвенция о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам²⁰ (Луганская конвенция II) была подписана 30 октября 2007 года в г. Лугано. Европейское Сообщество ратифицировало ее 18 мая 2009 г., ее действие распространяется на все государства за исключением Дании. Она присоединилась к Конвенции 24 сентября 2009 г. Луганская конвенция вступила в силу 1 января 2011 г.

Пересмотр существенной части Конвенции касается правил определения судебной юрисдикции и юрисдикции по потребительским договорам. Иные важные изменения были внесены в следующие сферы: специальная компетенция по корпоративному праву, иски, находящиеся на рассмотрении и объединение в одном производстве взаимосвязанных исков, а также вопросы экзекватуры.

Цель раздела III Луганской конвенции II... учредить процедуру, которая будет упрощать свободное обращение судебных решений и уменьшать количество препятствий, которые все еще существуют несмотря на положения Брюссельской конвенции 1968 г. Изменения, внесенные в привила о признании и исполнении судебных решений, касаются сокращения влияния государства исполнения решения на

²⁰ Конвенция о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам (Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters) // OJ L 339 21.12.2007 P.3.

¹⁹ Суд ЕС, Заключение № 1/03 от 7.02.2006.



процесс признания и исполнения, а роль заявления о возможности приведения решения в исполнение снижается до простой формальности. Декларация должна выдаваться автоматически, без какой-либо проверки на начальной стадии. Проверка на основании отказа в признании может быть проведена только на второй стадии, в случае если декларация о возможности приведения решения в исполнение будет обжаловаться. Были также пересмотрены и сужены основания для отказа в признании решения:

1. Противоречие решения публичной политике/порядку (ст. 34, п. 1);
2. Нарушение прав ответчика, в случае его отсутствия в разбирательстве (ст. 34, п. 2);
3. Несовместимость между решениями (ст. 34, пп.3 и 4).

Суды, в которые можно обращаться, перечислены в приложении II к Луганской конвенции II. Ст. 39 указывает, что гражданин может обращаться «в суд или к компетентным властям»²¹, так во Франции заявления на получение декларации могут принимать нотариальные бюро, на Мальте создан специальный регистрационный суд.

Регламент Европейского парламента и Совета № 1215/2012 о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам от 12 декабря 2012 г. На основании доклада Комиссии об исполнении Регламента 44/2001, опубликованном в 2009 г., в котором указывались положительные сдвиги и недостатки применения документа, было принято решение о принятии новой редакции регламента с учетом практики его применения и внесенных изменений. Такая форма обновления/кодификации нормативного акта в праве Европейского Союза называется рекаст (рефонте).

Рекаст Регламента 44/2001 был принят 12 декабря 2012 г. Регламент Европейского парламента и Совета (ЕС) № 1215/2012 о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам²² полностью заменит своего предшественника с 10 января 2015 г. в соответствии с его статьей 81. Новый регламент содержит преамбулу, 81 статью, структурированных в 8 глав и 3 приложения.

²¹ «court or competent authority» (англ.)

²² Регламент Европейского парламента и Совета (ЕС) №1215/2012 о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам от 12 декабря 2012 г. (Council Regulation (EC) 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters) // OJ L 351 20.12.2012. P.1.

Лиссабонский договор 2007 г. существенным образом изменил компетенцию ЕС в области свободы, безопасности и правосудия. Положения ДФЕС относительно судебного сотрудничества по гражданским делам сконцентрированы сегодня в ст. 87. Принятие решений в рассматриваемой сфере подразумевает участие Европейского парламента в качестве полноценного законодателя, поэтому в отличие от Регламента Совета 44/2001, новый документ принят Советом и Европейским парламентом в порядке обычной законодательной процедуры.

В целом старый и новый Брюссельские регламенты I весьма схожи по содержанию. Однако одно сопоставление количества статей, говорит о некотором усложнении механизма признания и исполнения судебных решений на европейском уровне в виду рекаста Брюссельского регламента I. В новом регламенте:

- уточнена сфера применения документа, основные определения, положения о специальной юрисдикции (ст.ст. 1, 2, 7, 73);
- дополнены некоторые правила пророгации юрисдикции и заключения юрисдикционных соглашений (ст. 25, 26, 29, 31, 32), а также правила в отношении решений, рассмотренных ранее в судах третьих стран (ст. 33, 34);
- обновлены правила в отношении признания, исполнения судебных решений и отказа в признании (ст.ст. 37-50);
- уточнены формы судебных сертификатов в рамках признания и исполнения судебных решений (Приложения 1 и 2);
- определен вопрос о подключении механизма признания и исполнения судебных решений к Европейской судебной сети по гражданским и торговым делам, учрежденной Решением Совета 2001/470/ЕС (ст. 65).

Заключение. В своем историческом развитии механизм признания и исполнения решений по гражданским, торговым делам прошел 3 этапа: 1968–2000 гг. (первый этап), 2001–2009 гг. (второй этап), 2009 г.– настоящее время (третий этап). Каждый этап характеризуется оригинальностью закрепления компетенции ЕС и специфическим набором правовых инструментов в рассматриваемом вопросе.

Первый этап (1968–2000 гг.) характеризуется международно-правовым инструментарием, который отражается в Брюссельской конвенции 1968 г. и Луганской конвенции 1988 г. В связи с тем, что первичной и практически важнейшей целью ЕС на момент его учреждения было формирование общего (внутреннего)



рынка, органы Союза не обладали достаточными полномочиями для гармонизации сферы судебного сотрудничества на основе нормативных актов ЕС. Брюссельская конвенция 1968 г. стала огромным шагом в развитии признания и исполнения решений, упростив традиционный механизм экзекватуры. Просуществовав более 30 лет, Брюссельская конвенция подвергалась переработке в связи с несоответствием современным реалиям, однако, проект новой Брюссельской конвенции так и не вступил в силу.

Второй этап (2001 – 2009 гг.) характеризуется принятием актов сближения и унификации и отказом от международно-правовых инструментов при реализации компетенции ЕС в рассматриваемой сфере. После вступления в силу Амстердамского договора 1997 г. сфера судебного сотрудничества переходит в компетенцию Европейского Сообщества, и Совет получает возможность принимать нормы, регулирующие данное направление в форме актов ЕС – регламентов и директив. Европейский Союз ставит перед собой цель – построение единого правового пространства путем упрощения доступа граждан ЕС к правосудию. Коренным образом реформируется правовая основа признания и исполнения решений по гражданским, торговым и семейным делам: на смену нормам Брюссельской конвенции приходят нормы Брюс-

сельского регламента (Регламента 44/2001).

Третий этап (2009-н/в гг.) развития механизма признания и исполнения решений по гражданским, торговым делам на уровне ЕС характеризуется комбинацией правовых средств и инструментов сотрудничества. Во-первых, вступление в силу Лиссабонского договора 2007 г. завершило реформу компетенции ЕС в рассматриваемой сфере, предоставив Союзу полноценный набор инструментов развития собственного законодательства в области гражданского процесса и судебного сотрудничества по гражданским, торговым и семейным делам на основании статьи 81 ДФЕС. Во-вторых, помимо актов вторичного права, Европейский Союз совместно с Европейской ассоциацией свободной торговли ЕАСТ разработал и принял новый текст Луганской конвенции, расширяющий возможности для гармонизации положений о признании и исполнении решений по гражданским и торговым делам за пределами ЕС и Европейского экономического пространства (ЕЭП), для третьих стран на основе правового опыта ЕС. В-третьих, была проведена новация Брюссельского регламента I с целью совершенствования его положений и дальнейшего облегчения свободного обращения судебных решений и обеспечения свободного доступа к правосудию.

Библиография

1. Гражданское процессуальное право зарубежных стран: Учеб. 2-е изд., перераб. и доп. М: Проспект, 2004.-С. 512.
2. Калининченко П.А. Европейская ассоциация свободной торговли: правовой статус и отношения с Россией // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 2.-С. 24-27.
3. Михайлова С.А. Правовое регулирование сотрудничества судебных органов по гражданским, торговым и семейным делам в рамках Европейского Союза: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2012.-С. 161.
4. Четвериков А.О. Нормативная модель либерализации трансграничных отношений в праве Европейского Союза: правовые формы и общие принципы создания пространства без внутренних границ в рамках ЕС. М. 2011.-С. 232.
5. Briggs. A., Rees. P., Civil Jurisdiction and Judgments. London: Informa UK Ltd. 2009.-P. 534.
6. European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation / Eds. U. Magnus, P. Mankowski. Sellier. Munchen: European Law Publishers.2007.-P. 682.
7. Kruger T. Civil jurisdiction rules of EU and their impact on the third states // Oxford: University Press. 2008.-P. 469.
8. Weatherill S., Beaumont P. EU Law. London: Punguin publ. 2009.-P. 1120.

References

1. Grazhdanskoe protsessual'noe pravo zarubezhnykh stran: Ucheb. 2-e izd., pererab. i dop. M: Prospekt, 2004.-S. 512.
2. Kalinichenko P.A. Evropeiskaya assotsiatsiya svobodnoi trgovli: pravovoi status i otnosheniya s Rossiei // Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika. 2013. № 2.-S. 24-27.
3. Mikhailova S.A. Pravovoe regulirovanie sotrudnichestva sudebnykh organov po grazhdanskim, trgovym i semeinym delam v ramkakh Evropeiskogo Soyuz: dis.... kand. yurid. nauk. M., 2012.-S. 161.
4. Chetverikov A.O. Normativnaya model' liberalizatsii transgranichnykh otnoshenii v prave



Evropeiskogo Soyuza: pravovye formy i obshchie printsipy sozdaniya prostranstva bez vnutrennikh granits v ramkakh ES. M. 2011.-S. 232.

5. Briggs. A., Rees. P., Civil Jurisdiction and Judgments. London: Informa UK Ltd. 2009.-P. 534.
6. European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation / Eds. U. Magnus, P. Mankowski. Sellier. Munchen: European Law Publishers.2007.-P. 682.
7. Kruger T. Civil jurisdiction rules of EU and their impact on the third states // Oxford: University Press. 2008.-P. 469.
8. Weatherill S., Beaumont P. EU Law. London: Punguin publ. 2009.-P. 1120.

Материал получен редакцией 31 октября 2013 г.



ПЕРЕЧЕНЬ СТАТЕЙ, ОПУБЛИКОВАННЫХ В ЖУРНАЛЕ ЗА 2013 ГОД

№	ФИО автора, название статьи	Номер журнала
Актуальные проблемы истории государства и права		
1	Галкин И.В. (Москва) Проблема алиенации в политической философии Венедикта Спинозы	1
2	Георгиевский Э.В. (Иркутск) Генезис института соучастия в уголовном праве Древней Руси	5
3	Жолобова Г.А. (Оренбург) «Операция обандероваливания» в российском механизме правового регулирования чайной торговли на рубеже XIX-XX вв.	2
4	Жолобова Г.А. (Оренбург) Правовые меры противодействия фальсификации чая в российской торговле конца XIX – начала XX вв.	1
5	Исаев И.А. (Москва) Маркиз де Сад и революционный закон	10
6	Кунафина И.Р. (Москва) Соотношение норм российского законодательства, шариата с нормами обычного права башкир в XVI — начале XX веков	5
7	Курабцева А.В. (Симферополь, Украина) Нормативно-правовое обеспечение эволюции военно-судебной системы в первой половине XIX в.	5
8	Наумов М.В. (Хабаровск) Эволюция правового института задержания подозреваемого в уголовно-процессуальном законодательстве России	5
9	Осьмакова О.Н. (Белгород) Особенности нормативно-правового регулирования миссионерской деятельности Русской Православной Церкви в начале XIX в.	9
10	Пирожкова И.Г. (Тамбов) Нормативные источники по истории градостроительства Российской империи	2
11	Пиунова В.И. (Москва) Генезис возникновения и развития судебных органов административной юстиции в России	9
12	Потапов М.Г. (Новосибирск) История явлений регионального права античности	2
13	Савченко Д.А. (Новосибирск) «Государю хотети добра во всем»: присяга подданных московскому царю (начало XVII века)	8
14	Серов Д.О. (Новосибирск) Законотворческий процесс в России первой четверти XVIII в.: традиции и новации	8
Актуальные проблемы теории государства и права		
1	Беспалова М.В. (Москва) Суверенитет как признак государства и как принцип права в контексте его законодательного обеспечения в современных европейских государствах	11
2	Варламова Н.В. (Москва) Публично-правовое представительство: теоретические аспекты	5



3	Джамалова Э.К. (Махачкала) Религиозный экстремизм как деструктивное явление в правовой культуре народов Дагестана	5
4	Потапов М.Г. (Новосибирск) Научно-теоретические и методологические проблемы исследования регионального права	5
5	Сулейманов Б.Б. (Махачкала) Суд в системе государственной власти (методологические аспекты)	3
Актуальные проблемы конституционного права России и зарубежных стран		
1	Боброва Т.М. (Москва) Проверка Конституционным Судом РФ конституционности законов в процедуре письменного производства (2011 и 2012 годы)	12
2	Васильев С.А. (Москва) Проблемы развития организационно-правовых основ предоставления государственных и муниципальных услуг населению в многофункциональных центрах	12
3	Вахрамеев Р.Г. (Екатеринбург) Структура конституционного права на информацию	6
4	Вискулова В.В. (Благовещенск) О некоторых вопросах теории гарантий избирательных прав граждан	4
5	Ву Куанг Хуан (Волгоград) Понятие и элементы механизма законотворчества	12
6	Гаврилова Л.В., Игнатенко В.В., Петров А.А., Подшивалов В.Е., Суркова И.С. (Иркутск) О проверке конституционности в целом Федерального закона от 8 июня 2012 года №-65ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и Федеральный закон «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» и его отдельных положений	4
7	Григорьева В.А. (Москва) Стратегическое экономическое планирование государства: конституционно-правовой аспект	8
8	Жамборов М.С. (Москва) Конституционный принцип состязательности как способ аргументированного обоснования правовой позиции сторон в российском судопроизводстве	4
9	Зенин С.С. (Москва) Особенности правового закрепления народовластия в конституциях республик, входящих в состав Российской Федерации	6
10	Киричкёв Е.В. (Москва) Гражданский (общественный) контроль за деятельностью органов публичной власти в сфере обеспечения конституционных прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации	9
11	Кокотов А.Н. (Санкт-Петербург) О прямом действии Конституции Российской Федерации	12
12	Комарова В.В. (Москва) Общественные объединения в системе прямой демократии	12
13	Коновалов А.О. (Новосибирск) Некоторые проблемы реализации внесудебных механизмов защиты конституционного права на доступ к информации о деятельности судов в Российской Федерации	6
14	Коновалов А.О. (Новосибирск) Некоторые проблемы использования судебного способа защиты конституционного права на доступ к информации о деятельности судов (на материалах Новосибирской области)	9
15	Кравченко О.А. (Ставрополь) Вопросы искажения волеизъявления народа при подведении итогов голосования	9
16	Нарутто С.В. (Москва) Основы конституционного строя Российской Федерации и ее субъектов в решениях Конституционного Суда РФ	8
17	Нарутто С.В. (Москва) Особые территориальные единицы субъектов Российской Федерации	4



18	Нарутто С.В. (Москва) Патронат как институт защиты имущественных прав несовершеннолетних: особенности регионального регулирования	12
19	Новиков М.В. (Москва) Модель клерикализма в Иорданском Хашимитском Королевстве: историческая эволюция и конституционное оформление	7
20	Новиков М.В. (Москва) Египетская модель клерикализма: история и конституционное оформление	8
21	Остапенко (Плетень) А.С. (Хабаровск) Принципы оказания бесплатной юридической помощи	7
22	Петрова М.А. (Москва) Особенности формирования Союзного Совета Швейцарии	12
23	Пибаев И.А. (Киров) Конституционно-правовой статус военных священников в Российской Федерации и Италии: история и современные тенденции	10
24	Праскова С.В. (Иркутск) О федеральных территориальных единицах	12
25	Приходько Т.В. (Иркутск) Источники стандартов прав и свобод РФ и ФРГ: сравнительно-правовой анализ	6
26	Саламатова М.С. (Новосибирск) Избирательная система Советской России 1936 - 1918 гг.: новые интерпретации	12
27	Симонова С.В. (Ярославль) Установление режима специально отведенных для публичных мероприятий мест: юридико-ошибочный аспект правового регулирования	12
28	Соболева А.К. (Москва) Толкование права на судебную защиту в контексте избирательного законодательства: последнее слово за Конституционным Судом	7
29	Сторожев А.Н. (Москва) Модели конституционной юстиции	9
30	Сторожев А.Н. (Москва) Институциональный аспект испанского и российского конституционного правосудия: сравнительный анализ	12
31	Таева Н.Е. (Москва) К вопросу о конституционности норм, ограничивающих пассивное избирательное право граждан, осужденных когда-либо к лишению свободы за совершение тяжких и (или) особо тяжких преступлений	9
32	Чиркин В.Е. (Москва) К вопросу о ценности российской Конституции 1993 г.	12
33	Шугрина Е.С. (Москва) О проверке конституционности правил организации и проведения публичных мероприятий	4
Актуальные проблемы местного самоуправления и муниципального права		
1	Каюров Е.А. (Самара) Некоторые аспекты повышения эффективности системы формирования доходов местных бюджетов в России	9
Актуальные проблемы административного права и процесса		
1	Добробаба М.Б. (Краснодар) Дисциплинарная ответственность в служебно-деликтном праве: понятие и правовая природа	6
2	Добробаба М.Б. (Краснодар) Содержательная характеристика служебно-деликтных правоотношений	11
3	Зарецкая Д.С. (Иркутск) Электронное правительство: понятие и перспективы развития	3
4	Кинёв А.Ю. (Москва) Современные проблемы административно-правовой защиты от недобросовестной конкуренции	6
5	Смышляев С.М. (Москва) Электронное государственное управление: региональный уровень электронного правительства	3



6	Табаков Н.В., Кретов В.В. (Тюмень) Анализ нормативно-правового обеспечения дорожной деятельности Российской Федерации	9
7	Шилюк Т.О., Жабин Н.А. (Москва) Право на образование и способы его защиты	6
8	Щербакова Л.В. (Воронеж) Процедура исполнения административно-договорного обязательства: основные стадии	4
Актуальные проблемы финансового права		
1	Базаров Б.Б. (Новосибирск) Давность в российском налоговом праве: понятие и признаки	11
2	Болтинова О.В. (Москва) К вопросу о реализации принципа прозрачности (открытости) бюджета	7
3	Гнатовская А.И. (Черновцы, Украина) Место муниципального образования в российском и украинском бюджетном праве	8
4	Карандаев И.Ю. (Москва) Особенности бюджетного финансирования деятельности бюджетных учреждений Российской Федерации в современных условиях	1
5	Кастанова Е.Д. (Москва) Международно-правовые инструменты сотрудничества налоговых администраций с целью устранения двойного налогообложения и борьбы с уклонением от уплаты налогов	7
6	Кастанова Е.Д. (Москва) Обмен налоговой информацией в рамках борьбы с уклонением от уплаты налогов в новом международном контексте	10
7	Кожевникова С.И. (Москва) О правовых аспектах внедрения международных стандартов финансовой отчетности	5
8	Кожевникова С.И. (Москва) Правовое регулирование внедрения МСФО: реалии и перспективы для российской экономики	3
9	Мирзоева А.Г. (Баку, Азербайджан) Правовое значение правильного определения объекта налогообложения и предмета налога – как основных элементов юридического состава налога в налоговом законодательстве: проблемы теории и практики	10
10	Мошкова Д.М. (Москва) К вопросу о финансировании образования в Российской Федерации	3
11	Пономарева К.А. (Омск) Основания бюджетно-правовой ответственности в Российской Федерации и Федеративной Республике Германии	11
12	Рыжкова А.Н. (Москва) Принципы административной ответственности за нарушение законодательства о трудовой миграции	11
13	Соловова Е.В. (Москва) Некоторые аспекты секьюритизированной формы публичных заимствований в США	10
14	Татаринцева К.Н. (Москва) Ограничения прав участников рынка ценных бумаг в процессе эмиссии акций: законодательство и судебная практика	3
15	Цареградская Ю.К. (Москва) Управление государственным внешним долгом в современной России: подходы и тенденции развития	3
Актуальные проблемы экологического права		
1	Артамонова В.О. (Москва) Государственное управление в сфере охраны и защиты лесов	8
2	Артамонова В.О. (Москва) Правовое регулирование охраны и защиты лесов	6
3	Жаворонкова Н.Г., Агафонов В.Б. (Москва) Теоретические проблемы формирования концепции государственной политики и стратегии в сфере правового обеспечения рационального природопользования и совершенствования природоресурсного законодательства в контексте обеспечения национальной безопасности России	1



4	Спиридонов Д.В. (Москва) Особенности юридической ответственности в сфере использования и охраны недр	12
5	Чхутиашвили Л.В. (Москва) Актуальные вопросы подготовки экологических аудиторов как специалистов по охране окружающей среды	6
Актуальные проблемы гражданского права		
1	Агафонова Н.Н. (Москва) Защита прав потребителей в свете последних разъяснений Верховного Суда Российской Федерации	6
2	Алекберова Н.Н. (Москва) Основания отграничения мнимых и притворных сделок от других видов недействительных сделок	7
3	Алекберова Н.Н. (Москва) Порок воли как основание недействительности мнимых и притворных сделок	3
4	Алмаева Ю.О., Токарева К.Г. (Казань) Агентский договор в современной правовой системе России: за и против	6
5	Афанасьев И.В. (Москва) Сервитут в системе ограниченных вещных прав	7
6	Барановская И.Г. (Южно-Сахалинск) Правовые основы аренды земли в Германии	9
7	Батурова Е.А. (Москва) Правовые особенности одностороннего отказа от исполнения обязательств (отказ от выплаты страхового возмещения) в личном страховании	6
8	Богдан В.В. (Курск) Модернизация Закона РФ «О защите прав потребителей» должны быть сбалансированной: к вопросу о необходимости внесения изменений и дополнений	2
9	Воробьев С.М. (Рязань) Альтернативные способы возмещения морального вреда потерпевшим	3
10	Гаприндашвили Р.Р. (Москва) Проблемы правовой структуры перевода долга	3
11	Гребенкина И.А. (Киров) Право преимущественной покупки чужой недвижимости как новое ограниченное вещное право для РФ: анализ вещных признаков и проблема «обязательственных элементов»	2
12	Гусева Т.А., Полотовская Е.Ю. (Орел) Государственные (муниципальные) учреждения в системе размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных (муниципальных) нужд	1
13	Ильичев П.А. (Москва) Некоторые вопросы определения правовой природы срока исковой давности	2
14	Имекова М.П. (Томск) Отказ лица от права собственности на земельный участок в системе оснований прекращения права собственности на землю	11
15	Клещёв А.С. (Москва) Правовые аспекты договора энергосбережения и его регулирование ГК РФ	2
16	Костин П.Ю. Имущественный комплекс как совокупность субъективных гражданских прав и обязанностей	2
17	Молдованов М.М. (Москва) О правовом положении федеральных казенных, бюджетных и автономных учреждений	1
18	Наумова О.В. (Москва) Преобразование института самовольного строительства	6
19	Ножкина А.А. (Москва) Страхование профессиональной ответственности в системе существующих видов страхования	10
20	Подузова Е.Б. (Москва) Рамочный договор в современном гражданском праве	3



21	Покачалова А.С. (Саратов) Проблемы гражданско-правового регулирования договорных отношений в сфере обязательного пенсионного страхования с участием негосударственных пенсионных фондов и пути их решения	12
22	Рудакова В.Д. (Москва) О путях реализации теории публичного юридического лица в российском законодательстве	1
23	Садриева Р.Р. (Якутск) Сущность публично-правовых образований в судебных актах конституционного суда Российской Федерации	1
24	Свирков С.А. (Москва) Правовая природа договоров, направленных на реализацию электроэнергии на оптовом рынке	2
25	Свирков С.А. (Москва) Проблемы гражданско-правового регулирования технологической инфраструктуры в теплоснабжении	9
26	Свистунова М.В. (Екатеринбург) Право застройки и сфера его применения	11
27	Ульянов А.В. (Москва) Юридический интерес и обеспечение равенства субъектов гражданского права	12
28	Фаракшина К.Ф. (Йошкар-Ола) Предмет договора суррогатного материнства: теория и практика	6
29	Шилова Н.П. Современные юридические модели регулирования создания и деятельности кооперативов в зарубежных странах	2
Актуальные проблемы семейного права		
1	Татаринцева Е.А. (Ставрополь) Правовое регулирование вопросов подготовки ребенка к усыновлению: опыт Англии	9
Актуальные проблемы трудового права		
1	Козлов И.И. (Москва) Особенности правового регулирования труда иностранных работников в Канаде	11
2	Мжаванадзе Э.А. (Москва) Трудовой договор и нетипичные формы занятости	8
3	Савин В.Т. (Краснодар) К вопросу о самостоятельности материальной ответственности сторон трудового договора как вида юридической ответственности	5
4	Челнокова Г.Б. (Москва) Прожиточный минимум и минимальный размер оплаты труда – основные критерии определения бедности в социальном законодательстве России	11
Актуальные проблемы права социального обеспечения		
1	Антипьева Н.В. (Санкт-Петербург) Специфика профессиональной деятельности как критерий дифференциации правового регулирования социальных обеспечений отдельных категорий граждан	4
2	Егоров С.А. (Москва) К вопросу о значении и возможностях применения рекомендательных актов МОТ в процессе совершенствования норм международного и внутригосударственного трудового права	4
3	Князева Н.А. (Воронеж) Сроки обращения за защитой трудовых прав работников: юридическая природа, продолжительность и порядок применения	4
4	Постников Н.А. (Москва) Социальные отпуска по беременности и родам и уходу за ребенком	4
Актуальные проблемы предпринимательского права		
1	Ершова И.В. (Москва) Дефиниция субъекта малого и среднего предпринимательства: законодательные, статистические, доктринальные подходы	9



2	Иволжатов А.В. (Москва) Основания признания юридических лиц взаимозависимыми в контексте сравнительного межотраслевого исследования	11
3	Лаптев В.А. (Москва) Корпоративная на смену кооперативной организации предпринимательства в России	2
4	Макарычева Е.В. (Москва) Формирование правовых механизмов обеспечения государственных нужд в сфере строительства жилья: история и современность	2
5	Поляков В.В. (Казань) Особенности и пределы ответственности исполнителя по договору оказания аудиторских услуг	1
6	Сподырев Р.Н. (Москва) Модели управления обществом с ограниченной ответственностью	1
7	Яковлева И.А. (Москва) Некоторые проблемы определения предмета банковской тайны в предпринимательской деятельности	10
8	Яковлева И.А. (Москва) Информация с ограниченным доступом: понятие, признаки и тенденции в правовом регулировании и использовании в бизнес среде	11
Актуальные проблемы гражданского процесса		
1	Василькова С.В. (Санкт-Петербург) Проблемы защиты интересов группы лиц в арбитражном процессе	3
2	Егорова Л.В. (Москва) Лица, заявляющие встречный иск	3
3	Ершова Н.В. (Москва) История развития норм о подложности судебного доказательства в российском процессуальном законодательстве	3
4	Папулова З.А. (Екатеринбург) К вопросу о процедурных особенностях современного приказного производства России	3
5	Петручак Р.К. (Москва) Недействительная сделка как новое обстоятельство для пересмотра вступивших в законную силу судебных актов в гражданском и арбитражном процессах	4
6	Петручак Р.К. (Москва) Судебная ошибка при пересмотре вступивших в законную силу судебных актов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам	1
7	Райская И.Ю. (Москва) Дела об изменении правового положения гражданина в системе видов гражданского судопроизводства	1
Актуальные проблемы уголовного права		
1	Бавсун М.В. (Омск) Изменения и дополнения уголовного закона как средства повышения эффективности его применения	4
2	Велиев Ф.З. (Москва) Мотив ненависти или вражды в уголовном законодательстве России	10
3	Демидова Л.Н. (Харьков, Украина) Структура имущественного ущерба в уголовном праве Украины	11
4	Есаков Г.А. (Москва) Обычное международное право как источник уголовно-правовых запретов	10
5	Идрисов И.Т., Идрисов Н.Т. (Самара) О соотношении понятий принудительного и рабского труда и некоторых проблемах квалификации использования рабского труда	5
6	Ильина Е.П. (Петропавловск-Камчатский) Уголовно-правовая охрана водных биоресурсов	9
7	Калинина Т.М. (Нижний Новгород) Меры уголовно-правового характера в законодательстве Китая и мусульманских государств	9



8	Карелова Г.А. (Киев, Украина) Юридическая сила решений конституционного суда Украины по вопросам уголовного права	8
9	Князева Е.А. (Владивосток) Угон и захват судна воздушного или водного транспорта: сравнительно-правовой аспект	8
10	Наумов М.В. (Хабаровск) Условия, мотивы и основания задержания лица по подозрению в совершении преступления	7
11	Петрова И.А. (Вологда) К вопросу о понятии «злостного уклонения от уплаты средств на содержание детей»	10
12	Сидоркин А.И. (Йошкар-Ола) Вопросы усиления ответственности за ненадлежащее исполнение обязанностей по охране оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ и взрывных устройств	4
13	Филатова М.А. (Москва) Предмет преступления предусмотренный статьями 1741, 174 УК РФ	10
14	Щедрин Н.В., Никитина Н.А. (Красноярск) О правовой природе и перспективах института освобождения с применением принудительных мер воспитательного воздействия	8
Актуальные проблемы уголовного процесса		
1	Амельков Н.С. (Москва) Заявитель в уголовном судопроизводстве России	5
2	Воскобитова Л.А. (Москва) Конституционные основы апелляции в уголовном судопроизводстве	12
3	Козубенко Ю.В. (Екатеринбург) К вопросу о двусторонней координации процессуальных и материальных отраслевых конструкций в механизме уголовно-правового регулирования	10
4	Мельников В.Ю. (Ростов-на-Дону) Права личности в уголовном процессе	1
5	Паночкин А.М. (Москва) Задержание подозреваемого в уголовном судопроизводстве	4
6	Паночкин А.М. (Москва) Порядок рассмотрения сообщения о преступлении в уголовном процессе	11
7	Наумов М.В. (Хабаровск) Условия, мотивы и основания задержания лица по подозрению в совершении преступления	7
8	Россинский С.Б. (Москва) Вопросы соотношения результатов невербальных следственных и судебных действий с вещественными доказательствами	11
9	Стельмах В.Ю. (Екатеринбург) Участники получения информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами	1
10	Хохряков М.А. (Москва) Пределы судебного разбирательства по делам частного обвинения	5
11	Шарапова Д.В. (Москва) Проблемы назначения и производства судебно-психологической экспертизы в отношении несовершеннолетних, потерпевших по половым преступлениям	1
12	Шарапова Д. (Москва) Процессуальные аспекты обеспечения явки в суд свидетеля	11
Актуальные проблемы криминологии		
1	Мацкевич И.М. (Москва) Алкоголь и преступность	7
2	Моргун О.В., Щедрин Н.В. (Красноярск) Основания и пределы мер финансовой безопасности	9
3	Новикова Ю.В. (Воронеж) Методологические начала криминологической характеристики преступности (преступлений)	11
Актуальные проблемы уголовно-исполнительного права		



1	Горбань Д.В. (Рязань) Институт проживания осужденных за пределами исправительных учреждений и проблемы его реформирования	6
2	Горбань Д.В. (Рязань) Совершенствование уголовно-исполнительного законодательства о проживании осужденных за пределами исправительных учреждений	11
3	Дьяченко А.П., Митропольская К.В. (Москва) Содержание ВИЧ-инфицированных заключенных в тюрьмах США	7
4	Фалалеев Н.Н. (Киров) Исправление осужденных как мера предупреждения насильственных преступлений против предпринимателей	11
Актуальные проблемы криминалистики и судебной экспертизы		
1	Артюшенко Д.В. (Москва) Некоторые процессуальные аспекты классификации судебных экспертиз	3
2	Зинин А.М. (Москва) Особенности регламентации использования специальных знаний при раскрытии и расследовании преступлений	6
3	Оверчук Д.С. (Москва) Развитие судебно-бухгалтерской экспертизы в США и Канаде на рубеже XX в.	8
4	Подволоцкий И.Н. (Москва) Взаимодействие судебных экспертов с участниками процессуальной деятельности при проведении портретных экспертиз	10
5	Россинская Е.Р., Галяшина Е.И. (Москва) К вопросу о форме и содержании заключения эксперта антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и их проектов	10
6	Токарев М.Н. (Хабаровск) Криминалистическая характеристика преступлений, связанных с незаконной добычей водных биологических ресурсов	6
7	Шурухнов В.А. (Москва) Особенности противодействия организаторов и руководителей преступных сообществ, реализуемого на этапе их создания	3
Актуальные проблемы адвокатуры и нотариата		
1	Дидык М.Е. (Москва) Представительство адвокатом интересов доверителя в конституционном судопроизводстве	12
Актуальные проблемы организации правоохранительной деятельности		
1	Пиунова В.И. (Москва) Конституционно-правовые предпосылки создания системы административных судов в Российской Федерации	8
2	Романова И. (Саратов) Правовые последствия выявления органами прокуратуры коррупциогенных факторов в нормативных правовых актах и их проектах	10
Актуальные проблемы международного права		
1	Аверьянов К.Ю. (Москва) Действие решений Европейского Суда по правам человека в рамках российской правовой системы	5
2	Бусол К.И. (Киев, Украина) Соответствие действий США по защите культурных ценностей во время войны в Ираке 2011-2003 гг. международному праву и национальному праву США	10
3	Гуласарян А.С. (Москва) Ответственность международных организаций и национальные суды	9
4	Катасонов Д.А. (Москва) Ответственность государств в практике Органа по рассмотрению жалоб по проектам Европейского банка реконструкции и развития	5
5	Кожеуров Я.С. (Москва) Международная ответственность за нарушение «право ВТО»: соотношение с общим международным правом	10



6	Кожеуров Я.С. (Москва) Международно-правовые аспекты возмещения ядерного ущерба, причиненного аварией на АЭС «Фукусима1-»	6
7	Сурвилло Я.В. (Москва) Международно-правовая ответственность государств за ущерб, причиненный окружающей среде опасными видами деятельности	8
8	Чаплыгина А.И. (Москва) Вхождение России в ВТО и конституционно-правовые проблемы реализации права граждан на образование	9
9	Шабалина Я.М. (Москва) Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации и ЕСПЧ по вопросам депортации граждан по основаниям, связанным с ВИЧ-инфекцией	9

Актуальные проблемы международного частного права

1	Акимова Ю.М. (Москва) Методология классификации принципов международного частного права	5
2	Батурова Е.А. (Москва) Правовые основания отказа страховщика от выплаты страхового возмещения в европейском праве	2
3	Ковалева М.А., Дмитриева Г.К. (Москва) Отдельные аспекты правового регулирования инвестиционной деятельности в условиях членства России в ВТО	2
4	Москвина А.В. (Москва) Особенности квалификации лизинга	7
5	Москвина А.В. (Москва) Отдельные особенности содержания договора международного лизинга	5
6	Москвина А.В. (Москва) Трансграничные признаки лизинговой сделки	6
7	Мучак Р.И. (Москва) Инструменты саморегулирования международных коммерческих отношений	3
8	Петрова Д.А., Шахназаров Б.А. (Москва) Правовые основы осуществления торговой политики в сельскохозяйственном секторе в условиях членства России в ВТО	2
9	Петруша А.А. (Москва) Юрисдикция английского суда на примере сделки международной купли-продажи товаров	2

Актуальные проблемы права Европейского Союза

1	Арабей Е.А. (Москва) Понятие «потребитель» в праве Европейского Союза	12
2	Кашкин С.Ю., Слепак В.Ю. (Москва) Организационный механизм проведения военных операций Европейского Союза как средство обеспечения национальной безопасности государств-членов ЕС	7
3	Кашкин С.Ю., Слепак В.Ю. (Москва) Основные направления общей политики безопасности и обороны, служащие обеспечению национальной безопасности государств-членов ЕС	5
4	Четвериков А.О. (Москва) Европейские силы жандармерии — новый инструмент поддержания национальной и международной безопасности государств-членов Европейского Союза	7
5	Четвериков А.О. (Москва) Правовые аспекты двусторонней интеграции Европейских государств в области обеспечения национальной безопасности: пример Франко-Германской бригады	8

Актуальные проблемы юридического образования

1	Захаров В.В. (Курск) Юридическая клиника в структуре академической подготовки юристов в России XIX — начала XX вв	7
2	Нарутто С.В. (Москва) Образовательные технологии в юридической клинике	7



3	Шугрина Е.С. (Москва) Автономия вуза и академические свободы: соотношение международного и национального правового регулирования	8
4	Шугрина Е.С. (Москва) Юридическая клиника в России: новое или хорошо забытое старое?	7



ABOUT THE AUTHORS, ANNOTATIONS AND KEYWORDS

The issue of Law in the Greek tragedy

ISAEV, Igor Andreevich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of History of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University
[kafedra-igp@mail.ru]

Review. *The article is related to the issue of interaction between the legal ideas and views in the cultural context of the ancient Greek drama. The tragedy moments interacted with the ideas of law and order, which were being formed in the ancient world, and provided them with epic and aesthetic platforms. The heroes and personalia of the tragedy were reflections of typical prose, statuses and acts within these legal views. The mythological attitude to law brought special features into legal conscience and legal practice. The Greek democracy revived the ancient traditions while correcting them with its legal and political commentary. The right to speak and the right to see became specific legal institution of this political system. Specific features of criminal law – guilt and punishment – were duly included into the dramatic picture of the epoch, and they were reflected in the Greek tragedy. The views and institutions, which sprang from the Greek polices and democracy, later had a considerable influence upon the development of European law and legal ideology. In this aspect the law becomes an important part of culture, and its language correlates to the language of legal customs and documents. The ancient Greek tragedy became a visible drama, reflecting the formation of ideas, norms and views, which formed the “body” of law in the sense, in which it shall be perceived by the theoreticians of natural law in Europe and elsewhere.*

Keywords: *law, legal conscience, guilt, punishment, crime, punishment, adversarial system, democracy, responsibility, state.*

Criminal law protection of property by the ancient Russian Orthodox Church

GEORGIEVSKIY, Eduard Viktorovich — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Criminal Law of the Law Institute of the Irkutsk State University
[georgcrime@yandex.ru]

Review. *Protection of property by the ancient Russian Orthodox Church has a rather specific character. By the time when the lists of the Synodal edition of the Statute of Prince Yaroslav on the Church Courts were formed, a number of encroachments on orthodox religious rites and other objects had appeared and formed as well. The Russian Orthodox Church considered the Eastern Slavic people were ready for the religion, and strengthened the protection of its other subsidiary objects. In addition to the Orthodox Christian dogma the protection covered property relations regarding church property, symbols and constructions. Crimes against them were often unified by the researchers within the category of sacrilege in the broad sense of this word. Additionally the Church started protecting specific persons. Criminal law protection of property by the ancient Russian Orthodox Church was not among the priority goals, unless one is to speak of the property of the church feudal and sacrilege in the broad sense of the term as a type of encroachment upon religion. For all of such crimes the immediate object of crime was interests of religion and church. And when the church regulated responsibility for property-related crimes, it clearly limited the sphere of its influence with the family or specific feature of the object of crime, or with the methods of committing such crimes.*

Keywords: *church theft, sacrilege, Church Statutes, to insult the dead, blasphemy, harming cross, writing on walls, graffiti, epigraphic, grave robbery.*



Evaluation of law-making process in the Russian Federation at the current stage: comparative legal analysis.

BACHMAGA, Olga Petrovna — Law Consultant of the Ministry of Emergency Situations of Russia

Review. *The law-making is one of the most important spheres of state activities. Currently a number of branches of law are being actively changed and corrected, so the law-making problems have considerable priority. The article includes analysis and evaluation of the law-making process in the modern Russian state. The author singles out theoretical and practical problems regarding this aspect, and possible consequences of implementation of legal acts. The author follows the speed of legislative amendments, and correlation between the goals of normative legal acts and de facto results. The author also provides comparisons with the law-making in foreign states, studying the statistical data, and providing specific examples to substantiate a position. In the process of studying this issue the author monitored the official sources of publication of normative legal acts and electronic legal system. Special attention is paid to the quality of the laws, and to the principles of law-making. Then the author proposes and substantiates the need to add new principles to the existing ones.*

Keywords: *law-making, principles, law, implementation, forecasting, gaps in law, modern time, lack of stability, changes, consequences.*

Reception as a historical form of legal acculturation

SOKOLSKAYA, Lyudmila Viktorovna — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Civil Law Disciplines of the Moscow State Regional Institute for the Humanities

[law2012@mgogi.ru]

Review. *The article provides the study of reception as a historical form of legal acculturation. The legal acculturation is recognized as a lasting contact among the legal cultures of various societies, using various means and methods of influence depending on the historical conditions. Its necessary result includes changes in the previously existing structures in the contacting cultures and the formation of a unified legal area. Depending on the specific cultural and historical conditions the following forms of legal acculturation are recognized: reception, expansion, assimilation, integration, convergence, etc. The legal reception is most well-studied form of legal acculturation, it is a historic form of legal acculturation recognized as an unilateral voluntary process of transferring the element of legal culture of a donating society and their obligatory acceptance by the receiving society. The ruling elite of the receiving subject initiates reception in order to adopt the legal system of the donating state in whole or in part into the receiving state. The result of reception is partial adoption of the cultural legal traditions, ideas, and values of the donating society by the receiving society, while the receiving society preserves its national specific features. The legal reception as a form of legal acculturation possesses the generic characteristics of the latter, while having a number of significant specific features.*

Keywords: *jurisprudence, law, culture, acculturation, legal acculturation, reception, inter-cultural contact, legal culture, expansion, society.*

Legal regulation of access to gas transportation systems

SHARIFULLINA, Aigul Faitovna — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Natural Resources and Environmental Law of the Russian State Oil and Gas University named after I.M. Gubkin [7194051@mail.ru]

Review. *Transportation of gas is mostly arranged via the pipeline transportation. In the situation of limited carrying capacity of gas transportation system the issue of non-discriminatory access of independent organizations becomes especially topical. The article includes analysis of the legal regulation of non-discriminatory access to gas transportation system belonging to the OAO "Gazprom" and the local gas distribution systems. Transportation of gas via pipelines is based on natural monopoly. However, unlike with transportation of oil (natural monopoly is recognized only for the transportation of oil via the long-distance pipelines) the natural monopoly for gas transportation applies to any types of pipelines. Access of independent organizations to the gas transportation system is based upon contracts and is available only upon the presence of free capacity in the gas transportation system from the place of connection to the place of gas drawing throughout the period of gas delivery required by the supplier.*



If the available free capacity is not sufficient for the transportation of the entire amount the legislation establishes the order for satisfying claims for transportation. Priority is provided to the suppliers of gas for utilities and consumer needs. The refusal to provide access may be challenged in the Federal Anti-Monopoly Service (FAS) of Russia. Judicial practice includes cases when the owners of gas transportation systems challenge the decisions of the FAS on violations of anti-monopoly law. Starting from 2007 the FAS of Russia took a number of unsuccessful attempts to lobby a new Resolution of the Government according to which the OAO "Gazprom" and its affiliated entities should have access to pipelines on equal terms with the independent gas producers. The FAS has developed a draft Resolution of the Government of the Russian Federation "On the Guarantees of Non-Discriminatory Access to Gas Distribution Systems in the Russian Federation" instead of the current provisions on access dating back to 1998. **Keywords:** transportation of gas, non-discriminatory access, the United Gas Supply System; gas distribution networks, natural monopolies, independent gas producers, gas transportation system, the FAS of Russia, OAO "Gazprom", free capacity.

On the issue of insuring civil liability

NOZHKINA, Alena Aleksandrovna — Postgraduate student of the Department of Civil and Labor Law of the Kutafin Moscow State Law University
[a.nozhkina@yandex.ru]

Review. The article is devoted to classification of types of insuring civil liability. The current legislation provides for two types of insuring civil liability divided based upon the grounds for its appearance: insuring the risk of liability on obligations arising out of damage to life, health or property of other persons (Art. 931 of the Civil Code of the Russian Federation) and insuring the contractual responsibility (Art. 932 of the Civil Code of the Russian Federation). Liability for violation of non-contractual obligations, such as liability of arbitration manager and the members of administration of a legal entity do not fall within any of these two categories (contractual or delict liability insurance). Such a liability is not contract-based, since there is no such contract, and it does not arise from causing harm. Based on above-mentioned positions the author concludes that legal regulation in this sphere is not sufficient and offers the possible solutions to the problem **Keywords:** insuring liability, types of liability insurance, insuring contractual liability, insuring delict liability, insuring non-contractual liability, classification of obligation, liability of an arbitration manager, nature of arbitration management, insuring liability of administrator, liability of executive bodies.

Topical issues of classification of contracts between the tour operator and tour agent

PUZYREVA, Aleksandra Nikolaevna — Postgraduate student of the Department of Civil and Labor Law of the Kutafin Moscow State Law University
[medley27@mail.ru]

Review. The article is devoted to topical issues of classification of contracts between the tour operator and tour agent. The author presents key positions of the Russian legal scholars towards the legal nature of the model contract between the tour operator and tour agent, she also analyzes the norms of current legislation, as well as judicial practice and business documents on this issue. The author studied the types of contract used (sale of tourist product, provision of tourist services for remuneration, franchise (commercial concession), mandate contract, commission contract, acquisition contract, agent contract), showing their strong and weak points. She also evaluates the possibility to use these contracts in the relations between tour agent and tour operator. The author also attempts to find the most acceptable model for the regulation of relations between the said subjects. The author also proposes to improve legislation regarding qualifying such a contract as an agency contract by amending the Federal Law "On the Fundamentals of Tourism Activities" and the Civil Code of the Russian Federation. **Keywords:** tour operator, tour agent, agency, commission, commission, mandate, franchise, acquisition, sale, provisions of service for remuneration, contract model.

Legal constructions of the "act which influenced the results of the voting of electors in an electoral precinct or district" and the "act causing inability to establish the will of the electors in a electoral precinct or in elections (referendum)" as a specific features of the Ukrainian criminal law



ZADOYA, Konstantin Petrovich — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Criminal Law and Criminology of the Kyiv National University named after Taras Shevchenko
[kostyantın.zadoya@gmail.com]

Review. *The novel criminal legislation of Ukraine provides for criminal responsibility for the crimes against election and referendum rights of people, and it was often amended due to various social, political and legal reasons. However, its characteristic feature compared to other post-Soviet states was and still is use of the legal constructions of “act which influenced the results of the voting of electors in an electoral precinct or district” and the “act causing inability to establish the will of the electors in a electoral precinct or in elections (referendum)”. However, the amount of attention to these constructions in the science of Ukrainian criminal law is not sufficient. Their subject-structure analysis allows to consider both of these constructions stillborn and unviable. The reason for it lays in contradictions between the provisions of criminal and election (referendum) law of Ukraine, which traditionally fall outside the scope of attention of the legal scholars specializing in criminal law.*
Keywords: elections, referendum, results of the election, election precinct, voting, criminal responsibility, legal construction, crime, elector register, election rights.

Some topical issues of specialist participation at the stage of examination of reported crime

TOKAREV, Maksim Nikolaevich — Adjunct of the Khabarovsk Customs Institute of the Federal Security Service of Russia
[tmax1@mail.ru]

Review. *The article is devoted to the topical problems of methodological and tactical character, appearing due to participation of examination of reported crime information regarding unlawful procurement of water biological resources. The amendments introduced by the Federal Law of 04.03.2013 N. 23-FZ into the Criminal Procedural Code of the Russian Federation widened the range of procedural acts taken at the stage of examining the reported crime information, and it requires development of specialized methodological recommendation and tactical schemes in order to improve the efficiency of crime disclosure and to avoid the forensic mistakes. In order to achieve this goal, it is necessary to form the novel stage of examination of reported crime information similar to the stage of initiating a criminal case, and this novel stage should be characterized with the certain goals, means to achieve them, quantitative and qualitative characteristics of participants and means influencing formation of versions and planning of the acts of investigator (enquirer) taken in order to examine the reported crime information. This article concerns two typical investigative situation, showing the most topical problems regarding the participation of the specialist – ichthyologist at this stage. The author offers a number of practical recommendations aimed to improve efficiency of application of specialized knowledge. The author clarifies the goal of crime scene examination (fishing boat) and establishes the procedure for it involving specialists – an ichthyologist and specialist in industrial fishing, which would allow to improve the efficiency of this investigative act.*
Keywords: specialist, unlawful procurement, biological resources, investigative situation, examination of a report, methodological recommendations, tactical recommendations, ichthyologist, investigative acts, evidentiary information.

Consequential method in international private law

SHULAKOV, Andrey Anatolievich — PhD in Law, Associate Professor of the Department of International Private Law of the Kutafin Moscow State Law University
[docent-law@rambler.ru]

Review. *The article concern analysis of the mechanism of application of the principle of the closest link in accordance with the “damage comparison” method (consequential method) offered by the American scientist W. Baxter and codified in the Book IV of the Civil Code of Louisiana developed by S. Symeonides. In accordance with the consequential method any act (action or a document) should be evaluated exclusively by its consequences. Consequentialism in the international private law is expressed by choice of applicable law based on consequences of this choice on interests and values of the conflicting laws. The author evaluates the legal factors forming the closest link and substantiates the conclusion that consequential methodology in the international private law limits the autonomy of will and also accumulates both public order reservations (public order reser-*



vation and institution of super-imperative norms), and he provides the definition of the closest link. **Keywords:** close link, comparative damage, public interests, consequentialism, consequential method, conflict of law regulations, autonomy of will, conflict of laws norm, material norms.

International security in regard to mobile equipment. Qualification problems

MARTYNETS, Pavel Vladimirovich — Postgraduate student of the Department of International Private Law of the Kutafin Moscow State Law University
[martynetspavel@yandex.ru]

Review. In the conditions of the current trans-border commercial turnover the access to financing plays a decisive role, and it makes the security of due performance of obligations especially important. The most efficient means of unification of security transactions is the Convention on International Interests in Mobile Equipment. The article concerns means of qualification of security transactions, the author points out possible contradictions in qualification of security transactions from the standpoint of applicable law. The author also interprets the provisions of Art. 2 of the Convention containing references to the need to apply national law in order to qualify a security transaction as the one providing an international guarantee towards mobile equipment. The author also analyzes the issue of definition apparatus of the Convention with the autonomous qualification of the security transaction. He offers to implement qualification in two stages: based upon the definition apparatus of the Convention (with allows to cover most of the security transaction with due regard to general goals and principles to the Convention) and then based upon the position of the applicable law. The author also points out the need for a reasonable combination of approaches within the qualification procedure and the role of functional approach towards the regulation of security transactions. **Keywords:** guarantees of performance of obligations, Capetown Convention, secured interest, international guarantee, qualification, mobile equipment, security transactions, agreement, reservation of the proprietary rights, leasing.

The objective arbitrability in legislation, doctrine and arbitration practice in Russia

MININA, Anna Igorevna — PhD in Law
[minina.a.i@gmail.com]

Review. The article concerns the definition of objective arbitrability. Based upon the provisions of the federal law the author provides a detailed evaluation of objective arbitrability, such as civil law nature of the dispute, presence of a foreign element in the disputed relations. The author studies the term "commercial enterprise of a party". She formulates conclusions on arbitrability and non-arbitrability of certain categories of disputes, in particular, the disputes regarding immovable property in the territory of the Russian Federation or the titles to it; property disputes regarding use of subsoil resources; disputes between the participants of stock exchange bidding and their contracting parties; disputes on the authentic market or other price of evaluated object; disputes between suppliers and buyers regarding conclusion, amendment, termination and performance under the state contracts for supply of agricultural products, raw materials and foodstuffs for the state needs; disputes on compensation of harm; disputes between the state and investor based upon the agreement for the production sharing, copyright disputes. The author provides examples from the practice of the state arbitration courts, the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation. Special attention is paid to the disputes regarding legislation on bankruptcy, taxes, corporate disputes, conclusions on arbitrability and non-arbitrability based on the provisions of the Russian doctrine as well as the propositions of the practicing lawyers. The author offers to use the presumption of arbitrability of disputes as a general rule for objective arbitrability. **Keywords:** objective arbitrability, objective arbitrability, international commercial arbitration, arbitrability of disputes, arbitrability of dispute, dispute resolution, corporate disputes, fiscal disputes, insolvency disputes, International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation

Evolution of the EU norms and standards in the sphere of recognition and enforcement of the decisions on civil cases

KALINICHENKO, Paul Alekseevich — Doctor of Law, Professor of the Department of the European Union Law of the Kutafin Moscow State Law University



[paulkalinichenko@mail.ru]

MIKHAILOVA, Sofia Aleksandrovna — PhD in Law, Professor of the Department of the European Union Law of the Kutafin Moscow State Law University
[sofia.mikhailova@gmail.com]

Review. *This study is devoted to the evolution of normative provisions in the sphere of recognition and enforcement of judicial decisions on civil cases, as developed in the European Union, which is an integration organization of 28 European states. From the methodological standpoint, this article uses dialectic method, historic legal and comparative legal methods based upon a systemic approach. The scientific novelty of the study is defined by the fact that currently the EU has a broad competence in the sphere of cooperation of judicial bodies of the Member States in civil, trade and family cases, as well as in the issues of unification of civil procedural norms, as provided for by the Treaty on the Functioning of the European Union among the provisions on the formation of the territory of freedom, security and justice based upon the goals provided for by the paragraph 2 of the Art. 3 of the European Union Treaty. The conclusions are the following. The modern mechanism of judicial protection in civil cases in the EU passed several evolutionary stages in its development. At the first stage, which took place in 1960s the European Communities employed solely international legal means for harmonizing the legislation of the Member States in the sphere of jurisdiction, recognition and enforcement of judicial decision. The second stage of development of judicial protection mechanism in the civil cases at the European level started when the Amsterdam Treaty of 1999 came into force, and it is notable for the change in the legal instruments employed by the European Union. It was a period of a substantive reform of the very legal basis for the system of recognition and enforcement of judicial decisions at the European level. In 2000 the Brussels Convention I was substituted for the Brussels Regulation I. Finally, the modern stage of development of the mechanism of judicial protection in the civil cases in the European law is characterized with the development of the system based upon the combination of international legal and European legal instruments for the harmonization of civil procedural law of the Member States. The Lugano Convention (by the Lugano Convention II) and the Brussels Regulation I (Regulation N. 44/2001).*

Keywords: *the European Union, civil judicial procedure, harmonization, law, Brussels Regulation I, evolution, the EU, the Brussels Convention I, freedom, security, justice, the Lugano Convention II.*



УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ

Более подробная информация содержится на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина) в разделе «Издательская деятельность», «Научные журналы» http://msal.ru/primary-activity/publishing/scientific_journals/actual_problems_of_russian_law/

1. В Журнале публикуются результаты научных исследований и научные сообщения Авторов, изложенные в форме научных статей или рецензий в соответствии с тематикой журнала (далее — статья).
2. К сотрудничеству приглашаются Авторы — ведущие специалисты, ученые и практики. При прочих равных условиях преимущественное право на опубликование имеют:
 - профессорско-преподавательский состав МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина) — перед сотрудниками иных вузов и научных учреждений;
 - лица, имеющие учёные степени, — перед аспирантами и соискателями.
3. Один Автор может опубликовать в течение года не более трех своих статей. Все исключения необходимо заранее согласовывать с редакцией.
4. **Направление Автором статьи для опубликования в Журнале считается акцептом**, т.е. согласием Автора на заключение Лицензионного договора о передаче права использования статьи в журнале «Актуальные проблемы российского права». Содержание договора опубликовано на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина).
5. Автор направляет в редакцию Журнала статью согласно условиям и порядку предоставления и опубликования статей, а также требованиям к оформлению статей, размещенным на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина). **При несоблюдении указанных требований редакция оставляет за собой право вернуть статью автору без рассмотрения.**
6. Статья направляется в редакцию через сервис **online-редакция NOTA BENE**. Автору необходимо зарегистрироваться в системе, указав все запрашиваемые данные. **Для аспирантов и соискателей** обязательна для заполнения информация о научном руководителе / консультанте, его контактная информация (в поле «Дополнительные сведения»). В дальнейшем для отправки очередной статьи заново вводить эти данные не потребуется. При добавлении новой статьи откроется окошко регистрации статьи, где приводятся все данные о статье (соавторы, название статьи, название журнала, название рубрики, ключевые слова на русском, аннотация на русском, библиография на русском). Текст статьи прикрепляется к регистрационной форме в виде файла, сохраненного в любой версии Word с расширением .doc, .docx или .rtf.
7. Требования к содержанию и объему статьи:
 - объем статьи должен составлять от 15 до 25 тыс. знаков (с пробелами, с учетом сносок) или 10–15 страниц А4 (шрифт — Times New Roman, высота шрифта — 14 пунктов; межстрочный интервал — полуторный, абзацный отступ — 1,25 см, поля: левое — 3 см, правое — 1,5 см, верхнее и нижнее — 2 см). Опубликование материалов меньшего или большего объема должно согласовываться с редакцией журнала;



- статья должна быть написана на актуальную тему, отвечать критерию новизны, содержать определенное новаторство в подходе к изучаемой теме/проблеме;
 - в статье должны быть отражены результаты научного исследования, основанного на анализе теоретических конструкций, нормативных актов, материалов правоприменительной практики;
 - материал, содержащийся в статье, не должен быть только описательным, констатировать существующее положение вещей (статьи, значительная часть которых содержит воспроизведение нормативного материала, будут отклоняться);
 - в материале должна быть соблюдена фактологическая и историческая точность;
 - необходимо обращать внимание на аккуратное использование заимствованного материала, точность цитирования.
8. Все аббревиатуры и сокращения, за исключением заведомо общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте.
9. Следует точно указывать источник приводимых в рукописи цитат, цифровых и фактических данных.
10. При оформлении ссылок необходимо руководствоваться **библиографическим ГОСТом 7.0.5-2008**. Ссылки оформляются в виде постраничных сносок (размещаются в тексте как подстрочные библиографические ссылки), нумерация сплошная (например, с 1-й по 32-ю). Сноски набираются шрифтом Times New Roman. Высота шрифта — 12 пунктов; межстрочный интервал — одинарный. Знак сноски в тексте ставится перед знаком препинания (точкой, запятой, двоеточием, точкой с запятой). Пример оформления смотрите на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина).
Ссылки на иностранные источники следует указывать на языке оригинала, избегая аббревиатур и по возможности максимально следуя таким же требованиям, как и при оформлении библиографии на русском языке.
Ссылки на электронные ресурсы следует оформлять в соответствии с **библиографическим ГОСТом 7.82–2001**. Необходимо указывать заголовок титульной страницы ресурса, <в угловых скобках> полный адрес местонахождения ресурса и (в круглых скобках) дату последнего посещения веб-страницы.
11. При оформлении списка литературы (библиографии) необходимо руководствоваться **библиографическим ГОСТом 7.1-2003**. В библиографическом списке не указываются правовые источники (нормативные акты, судебные решения и иная правоприменительная практика). Пример оформления смотрите на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина).

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору за соблюдением законодательства в сфере массовых коммуникаций и охране культурного наследия

ПИ № ФС77-125128 от 28 июля 2006 г.

ISSN 1994-1471

Телефон редакции (8-499)244-85-56

Почтовый адрес редакции: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

E-mail: actprob@msal.ru

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Объем: 15,62 усл.печ.л., формат 60x84/8. Подписано в печать 29.01.2014 г.

Тираж 1000 экз. Печать офсетная. Бумага офсетная

Отпечатано с готовых диапозитивов

Первая оперативная типография, 115114, г. Москва, 2-й Кожевнический пер., 12.

Подписка на журнал возможна с любого месяца

Подписной индекс в объединенном каталоге «Пресса России» — 11178

ООО «НБ-Медиа»

Тел./факс (495) 424-26-02.; E-mail: w.danilenko@gmail.com

Почтовый адрес редакции: 117465, Россия, Москва, ул. Генерала Тюленева 31/1-210

Любой журнал или статью можно заказать на сайте издательства www.nbpublish.com

При использовании опубликованных материалов журнала ссылка на «Актуальные проблемы российского права» обязательна. Перепечатка допускается только по согласованию с редакцией. Точка зрения редакции не всегда совпадает с точкой зрения авторов публикаций. Ответственность за достоверность информации в рекламных объявлениях несут рекламодатели.